

THÈSE de DOCTORAT



de l'UNIVERSITÉ TOULOUSE CAPITOLE

Présentée et soutenue par

Madame Clothilde MELIN

Le 22 mars 2025

**Le droit au juge légal en Allemagne : étude à la lumière
du droit français et perspectives européennes**

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Spécialité : **Droit**

Unité de recherche : **IMH - Institut Maurice Hauriou**

*Thèse dirigée par Madame Aurore GAILLET et
Monsieur Claus Dieter CLASSEN*

Composition du jury

*Président du jury et examinateur : **Monsieur Francesco MARTUCCI***

*Rapporteuse : **Madame Frédérique FERRAND***

*Rapporteur : **Monsieur Gernot SYDOW***

*Examinatrice : **Madame Angelika NÜßBERGER***

*Co-directrice de thèse : **Madame Aurore GAILLET***

*Co-directeur de thèse : **Monsieur Claus Dieter CLASSEN***

**UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE**



*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur »*

À mes sœurs.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements s'adressent aux professeurs qui ont accepté de codiriger ce travail. À la Professeure Aurore Gaillet, je souhaite exprimer ma plus profonde gratitude pour la confiance qu'elle m'a accordée pendant ces cinq années. Par son soutien, sa bienveillance et son exigence, l'achèvement du présent projet lui doit beaucoup. Au Professeur Claus Dieter Classen, je voudrais exprimer ma reconnaissance pour avoir accepté de m'encadrer dans le cadre d'une cotutelle. Son appui, ses encouragements et sa disponibilité ont grandement participé à me donner la confiance nécessaire pour mener à bien cette recherche.

Mes remerciements vont ensuite aux Professeurs Frédérique Ferrand, Angelika Nußberger, Francesco Martucci et Gernot Sydow, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire et d'évaluer mon travail.

Je remercie l'Université de Greifswald, dans laquelle j'ai été cordialement accueillie durant deux séjours de recherche, ainsi que l'Université Toulouse Capitole et l'Institut Maurice Hauriou, lequel accorde une place importante à la vie de laboratoire et aux échanges entre enseignants-chercheurs et doctorant.e.s.

Merci à ma famille et à mes ami.e.s pour m'avoir encouragée et soutenue à chaque étape de ce projet. Mes grands-parents, mes parents, Célia et Giovanni, Agathe, Timothé et Nicky, Lilian et Mathilde, Chloé, Salomé, Haitz, Thea, Élia, Marie, Matthieu, Mathilde, Sarah, Mélanie, Michael. J'exprime en particulier ma plus profonde gratitude à Marie, Matthieu et Mélanie.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	15
PARTIE I : LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DROIT AU JUGE LÉGAL : LA VOLONTÉ DE PROTÉGER LES COMPÉTENCES DES JUGES FACE AU POUVOIR EXÉCUTIF	41
TITRE I : L'APPARITION DE REVENDICATIONS CONVERGENTES CONTRE L'ABSOLUTISME MONARCHIQUE EN EUROPE (XV ^e -XVIII ^e SIÈCLES)	43
Chapitre I : La centralisation de la justice par le pouvoir monarchique à l'origine des revendications pour un droit au juge naturel ou légal	45
Chapitre II : Le schéma argumentatif des revendications contre l'absolutisme judiciaire monarchique	97
TITRE II : DES ÉVOLUTIONS DIVERGENTES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE AU XIX ^e SIÈCLE	145
Chapitre III : La relégation du droit au juge naturel et de ses spécificités dans le contexte révolutionnaire et postrévolutionnaire français	147
Chapitre IV : L'importance croissante du juge et du droit au juge <i>légal</i> dans l'Allemagne du XIX ^e siècle : une progression parallèle à celle du <i>Rechtsstaat</i>	199
PARTIE II : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS LES DROITS NATIONAUX CONTEMPORAINS – PERSPECTIVE COMPARÉE	247
Chapitre préliminaire : Le décalage entre l'Allemagne et la France : entre fondamentalisation du droit au juge légal et absence du droit au juge naturel	249
TITRE I : AU CŒUR DE LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT AU JUGE <i>LÉGAL</i> EN ALLEMAGNE : LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES	293
Chapitre V : L'obligation constitutionnelle de détermination précise du juge compétent	295
Chapitre VI : Le contrôle constitutionnel variable de la répartition des compétences	345
TITRE II : DES CONVERGENCES ENTRE LA FRANCE ET L'ALLEMAGNE AUTOUR DES QUALITÉS ATTENDUES DU <i>JUGE LÉGAL</i> : LE RESPECT DES RÈGLES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRES	383
Chapitre VII : L'indépendance et l'impartialité du juge, principes fondamentaux	385
Chapitre VIII : La nécessaire garantie de l'impartialité effective du juge : les règles de déport et de récusation	427
PARTIE CONCLUSIVE : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS UNE PERSPECTIVE EUROPÉENNE	469
Chapitre IX : La Cour de justice de l'Union européenne, juge légal dans l'ordre juridique allemand	473
Chapitre X : L'étendue du contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale sur les décisions de non-renvoi des juridictions ordinaires	509
CONCLUSION GÉNÉRALE	559

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Abréviations usuelles

al.	Alinéa
art.	Article
art. cité	Article déjà cité
c.	Contre
coll.	Collection
dir.	Direction
éd.	Édition
en part.	En particulier
<i>et al.</i>	Et les autres auteurs
et s.	Et suivant
etc.	
ex.	Exemple
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>op. cit.</i>	Ouvrage déjà cité
p.	Page(s)
part.	Partie
sect.	Section
resp.	Respectivement
t.	Tome
voy.	Voyez
vol.	Volume

Abréviations spécifiques

aff.	affaire
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique Droit pénal</i>
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten</i>

<i>AöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
ass.	Assemblée
ass. plén.	Assemblée plénière
<i>BB</i>	<i>Betriebsberater</i>
<i>BFHE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesfinanzhofs</i>
<i>BGHSt</i>	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i>
<i>Bull. ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambres civiles</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambre criminelle</i>
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)</i>
<i>BVerfGG</i>	<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i>
C. cass.	Cour de cassation
C. constit. féd. all.	Cour constitutionnelle fédérale allemande (<i>Bundesverfassungsgericht</i>)
C. féd. de justice	Cour fédérale de justice (<i>Bundesgerichtshof</i>)
C. féd. fin.	Cour fédérale des finances (<i>Bundesfinanzhof</i>)
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communautés économiques européennes
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
ch.	Chambre
ch. civ.	Chambre civile
ch. com.	Chambre commerciale
ch. crim.	Chambre criminelle
ch. req.	Chambre des requêtes
ch. soc.	Chambre sociale
chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative

CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Comm.	Commission
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DÖV</i>	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
<i>DRiZ</i>	<i>Deutsche Richterzeitung</i>
<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>
gr. ch.	Grande chambre
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
<i>EuGRZ</i>	<i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JCP A.</i>	<i>La Semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JCP G.</i>	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
<i>Jura</i>	<i>Juristische Ausbildung</i>
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>JuristenZeitung</i>
LF	Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i>)
<i>MDR</i>	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NStZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>NVwZ</i>	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
<i>NZA</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
<i>NZG</i>	<i>Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht</i>
<i>NZS</i>	<i>Neue Zeitschrift für Sozialrecht</i>

ord.	Ordonnance
PUF	Presses Universitaires de France
PULIM	Presse Universitaire de Limoges
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RGSt.</i>	<i>Reichsgericht in Strafsachen</i>
<i>RGZ</i>	<i>Reichsgericht in Zivilsachen</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>StV</i>	<i>Strafverteidiger</i>
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
trib.	Tribunal
Trib. adm. féd. all.	Tribunal administratif fédéral allemand (<i>Bundesverwaltungsgericht</i>)
TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>ZPO</i>	<i>Zivilprozessordnung</i> (code de procédure civile allemand)
<i>ZZPint</i>	<i>Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts-journal</i>

Avertissements concernant les règles d'usage et la traduction

Les *op. cit.* et art. cité redémarrent à chaque début de chapitre.

Les citations issues de documents en ancien français ont été harmonisées selon les règles d'orthographe actuelles.

L'ensemble des traductions ont été réalisées par nos soins, sauf mention contraire.

INTRODUCTION

1. Selon l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE), « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits appartenant à des minorités ». Dans cette conception contemporaine de l'État de droit, ce n'est pas seulement l'encadrement juridique de la puissance de l'État qui est exigé, mais également une protection effective des droits fondamentaux individuels. Cette valeur est cependant aujourd'hui attaquée. Ce qui est aujourd'hui commun d'appeler la « crise de l'État de droit » désigne l'adoption de politiques sécuritaires et autoritaires par des gouvernements populistes ou nationalistes, sapant certaines structures fondamentales de l'État de droit¹. Du côté de la conception matérielle de l'État de droit, ces actions visent par exemple à remettre en cause la liberté de la presse ou les droits des personnes réfugiées et des minorités. Du côté de la conception originelle formelle de l'État de droit, ce sont en particulier la justice constitutionnelle et l'indépendance de la justice qui sont touchées. Cela apparaît nettement avec l'exemple de la Pologne : le parti populiste *PiS* a procédé, dès 2017, à la réorganisation du système juridictionnel dans le sens d'une mise sous contrôle de la justice et des juges par le pouvoir politique². Le rôle de ce dernier dans la sélection des juges constitue ainsi une « variable d'ajustement dans l'État de droit »³. Cela témoigne de l'importance de l'indépendance de la justice et de l'encadrement du droit de l'organisation judiciaire dans une perspective plus globale d'État démocratique, libéral, attaché aux valeurs de l'État de droit et au respect des droits fondamentaux. À cet égard, indépendance de la justice et fonctionnement démocratique de la société apparaissent fortement liés⁴. La Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a d'ailleurs récemment eu l'occasion de constater qu'« un regard au-delà des frontières [allemandes] montre que les

¹ Voy. par ex. le dossier publié à la *Revue des droits et libertés fondamentaux* en 2019 : « Quel État de droit dans une Europe en crise ? » (*RDLF*, 2019 [en ligne]).

² A. NÜBBERGER, « Ein europäisches Trauerspiel. Rechtsstaat und Justiz in Polen », *Forschung und Lehre*, 2020, n° 5, p. 418-420 ; X. SOUVIGNET, « Le dialogue des juges sur la notion de tribunal “établi par la loi” », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n° 10.

³ A. NÜBBERGER, « Die Auswahl der Richter – Stellschraube im Rechtsstaat. Zu den Schwierigkeiten einer unpolitischen Entscheidung über die Frage „Quis iudicabit“ », in J. URBANIK, A. BODNAR (dir.), *Law in a Time of Constitutional Crisis. Studies offered to Mirsolaw Wyrzykowski*, Varsovie, C. H. Beck, 2021, p. 529-538.

⁴ S. GABORIAU, « L'enjeu démocratique de la Justice », in H. PAULIAT, S. GABORIAU (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, PULIM, 2003, p. 27.

aspirations autocratiques peuvent aussi et surtout se retourner contre la justice constitutionnelle, garante d'un ordre libéral, démocratique et fondé sur l'État de droit »⁵.

2. Dans ce contexte, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) ne s'y trompe pas : c'est précisément par l'imposition de garanties exigeantes autour des juridictions et des juges qu'elle est intervenue, à son niveau, pour exercer une pression sur les États remettant en cause les valeurs de l'Union, en particulier celle de l'État de droit. Depuis 2018, elle développe ainsi des critères attachés à la notion de « juridiction » au sens du droit de l'Union, afin d'encadrer la recevabilité des renvois préjudiciels qu'elle est amenée à traiter. Après avoir estimé qu'une juridiction ne remplissant pas les conditions d'indépendance et d'impartialité ne peut plus être qualifiée de « juridiction » au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE)⁶, elle a également exploité la référence à un tribunal « établi par la loi », afin de restreindre l'accès à son prétoire⁷. Cette technique lui permet, avec l'examen de la recevabilité des questions préjudicielles, de dénoncer les attaques gouvernementales contre les systèmes juridictionnels nationaux.

3. Aujourd'hui comme historiquement, l'importance d'une justice légale, indépendante et impartiale se perçoit ainsi, a contrario, lorsque ces principes sont bafoués, notamment en période dictatoriale. L'une des mesures systématiquement adoptées par les régimes autoritaires vise à contrôler le pouvoir judiciaire : il y a en effet toujours un « grand intérêt », pour les dirigeants politiques, « à pouvoir choisir [leurs] juges »⁸. C'est la raison pour laquelle est apparu le besoin d'encadrement et de protection de l'exercice de la fonction juridictionnelle et, en particulier, celui de garantir le plus objectivement et précisément possible l'attribution de la fonction juridictionnelle à des juridictions et à des juges désignés par la loi et les règlements, respectant les garanties d'indépendance et d'impartialité. Ce besoin a donné naissance à différents types de garanties fondamentales. La première garantie juridictionnelle

⁵ C. constit. féd. all., ass. plén., avis du 11 septembre 2024 (communiqué de presse n° 75/2024 du 12 septembre 2024, disponible en ligne : <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/bvg24-075.html>).

⁶ CJUE, gr. ch., arrêt du 27 février 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, § 41-45 ; gr. ch., arrêt du 21 janvier 2020, aff. C-274/14, *Banco de Santander SA*, § 56-63. Pour une application récente au régime disciplinaire des juges en Pologne, voy. notamment CJUE, gr. ch., arrêt du 15 juillet 2021, aff. C-791/19, *Commission c. Pologne*, et l'analyse donnée in A. BOUVERESSE, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER, « Chronique. Droit de l'Union européenne et droit administratif français », *RFDA*, 2022, n° 1, p. 143 et s.

⁷ CJUE, gr. ch., arrêt du 21 décembre 2023, aff. C-718/21, *L. G. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, § 58-61 (affaire qui concerne une chambre spéciale de la Cour suprême polonaise). Voy. A. BOUVERESSE, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER, « Chronique. Droit administratif et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2024, n° 1, p. 178 et s.

⁸ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022, p. 317.

est le droit au juge, appelé également droit à un tribunal, droit d'accès au juge, droit d'agir en justice ou encore droit à un recours. « Droit des droits »⁹, « bouclier des autres droits fondamentaux »¹⁰, le droit au juge consiste à donner la « faculté générale et reconnue par la puissance publique de faire protéger des droits subjectifs par un juge »¹¹. Interprété largement, ce droit comprend des exigences liées à l'effectivité de l'accès à ce juge : obligation d'agir du législateur pour organiser les recours, aide financière pour garantir l'égal accès au juge par exemple¹². Ce droit est aussi mis en lien avec le droit à une *décision* juridictionnelle effective¹³. Le droit au juge peut ainsi faire l'objet de découpages en « séquences » : accès au prétoire, droit à un jugement motivé, droit à l'exécution de la décision¹⁴. Au niveau européen, il est protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH), depuis son arrêt *Golder c. Royaume-Uni* de 1975¹⁵, et par la Cour de justice de l'Union européenne depuis son arrêt *Marguerite Johnston* de 1986¹⁶. Le droit au juge implique d'abord la *présence* d'un juge, ce dernier terme étant entendu de manière fonctionnelle, c'est-à-dire comme tout organe exerçant une fonction juridictionnelle¹⁷. En la matière, l'éventuel statut spécifique dont il dispose ne définit pas le juge, mais permet précisément d'entourer les personnes chargées d'exercer la fonction juridictionnelle de garanties spécifiques. Ce n'est donc pas la dénomination de « juge » ou de « magistrat » qui permet de délimiter ce droit – tout comme les autres garanties juridictionnelles, mais bien la nature juridictionnelle de la fonction exercée. C'est dans cette mesure que cette définition ne saurait inclure les magistrats du parquet français, bénéficiant d'un statut particulier, mais n'exerçant pas la fonction juridictionnelle.

⁹ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 287, 1997, p. 238.

¹⁰ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 321 ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G.*, 1993, p. 215.

¹¹ J. PINI, T. S. RENOUX, « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaires, 2006, p. 503.

¹² T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », art. cité ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », art. cité.

¹³ J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 7.

¹⁴ V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Propos introductifs », in *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 34.

¹⁵ CEDH, plén., arrêt du 21 février 1975, requête n° 4451/70, *Golder c. Royaume-Uni*, § 31 et s.

¹⁶ CJCE, arrêt du 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston*.

¹⁷ V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER, art. cité, p. 27 ; K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 634.

4. Au-delà de l'accès au juge, d'autres garanties liées à la tenue ou à la structuration de la procédure juridictionnelle se sont également développées¹⁸, aux côtés de garanties spécifiques liées à la matière pénale (légalité des délits et des peines, présomption d'innocence, droits de la défense, principe *ne bis in idem*). Outre des exigences relatives au procès (caractère équitable, égalité des armes, respect du contradictoire, délai raisonnable), les garanties relatives au juge lui-même apparaissent comme primordiales. Plus qu'un droit au juge, il faut garantir à chacun l'accès au « bon juge »¹⁹. Celui-ci apparaît en effet comme le gardien des droits et libertés individuelles et comme l'instrument de réalisation de l'État de droit. Il ne paraît donc pas incohérent de l'entourer d'un certain nombre de garanties. Son indépendance, d'abord, participe à « la confiance fondatrice de la légitimité de la justice »²⁰. Sa compétence, ensuite, constitue un enjeu important pour les justiciables et la crédibilité de l'institution judiciaire. Historiquement, l'exigence de compétence de celui en charge du jugement d'une affaire apparaît dès le XII^e siècle, avec la fonction juridictionnelle de l'*ordo iudiciarius*²¹. Alors qu'en droit romain classique, aucune règle procédurale n'est invocable comme moyen de défense, le droit canonique impose la nécessaire compétence de celui qui juge comme garantie de procédure. L'interdiction des jurys non-juristes pour rendre la justice contribue à donner un rôle déterminant au juge professionnel, lequel ne se contente plus de présider la procédure, mais décide seul, et selon le droit canonique. La question de la compétence de celui qui juge devient déterminante pour les parties, l'incompétence pouvant être sanctionnée par la nullité de la décision. C'est dans ce contexte que l'exigence de la légalité de la compétence du juge apparaît. Un droit subjectif en découle : le droit au juge naturel ou légal.

§ 1 : Le droit au juge naturel ou légal, garantie de la compétence du juge

5. « Principe fondamental du droit judiciaire contemporain »²² en Europe²³, le droit au juge naturel ou légal, selon les appellations, vise en principe à garantir aux justiciables que leur

¹⁸ C. D. CLASSEN, *Staatsrecht II: Grundrechte: ein Studienbuch*, Munich, C. H. Beck, 2018, p. 269 et s. ; V. EPPING, *Grundrechte*, 8^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2019, p. 489.

¹⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 877.

²⁰ S. GABORIAU, « L'enjeu démocratique de la Justice », art. cité, p. 27.

²¹ U. SEIF, « Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, vol. 83, n° 2, p. 217.

²² P. ALVAZZI DEL FRATE, « Le principe du "juge naturel" et la Charte de 1814 », in S. DAUCHY, V. DEMARSTON (dir.), *Juges et criminels. Études en hommage à Renée Martinage*, Lille, L'espace juridique, 2001, p. 465.

²³ N. PICARDI, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, 2010, p. 27.

juge est établi par la loi, que sa compétence est prévue par des règles d'organisation judiciaire et de compétence. En France, l'expression classique est celle de « juge naturel », mais elle constitue en réalité un synonyme de l'expression « juge légal », préférée en Allemagne. Plusieurs autres notions sont également utilisées : juge ordinaire, juge légitime, juge de droit commun. Le caractère protéiforme²⁴ de l'expression la rend particulièrement difficile à manœuvrer pour la doctrine française. Ce qui semble important, c'est ce qu'excluent ces expressions. En effet, le droit au juge légal ou naturel est le plus souvent présenté sous la forme négative : il est fait interdiction de priver ou de soustraire un individu de son juge naturel ou légal. Négativement, ce droit se définit ainsi par l'interdiction d'être jugé par un juge « illégal ». Cette illégalité découle de son caractère « extraordinaire », dans le sens d'« exceptionnel », de sa qualification de tribunal « d'exception » ou « spécialement constitué ». « Juge ordinaire » peut donc être utilisé en ce qu'il s'oppose à « juge extraordinaire » – mais non en ce que ce qualificatif permet de désigner les juridictions civiles et pénales comme les juridictions « ordinaires », à côté de juridictions « spécialisées »²⁵. L'expression « juge légitime » ne peut être employée qu'en ce qu'elle entend la légitimité comme la légalité, le respect des règles de droit. En revanche, nous écarterons l'expression « juge de droit commun », car elle ne s'oppose qu'à « juge d'attribution ». Or, ce juge d'attribution peut (et doit également) voir sa compétence inscrite dans la loi et les normes réglementaires. Le fait qu'il s'agisse d'une compétence d'attribution et non de droit commun ne remet pas en cause sa qualification de juge légal ou naturel pour le justiciable qui se trouve face à lui. Il semble qu'ici, la doctrine française se soit principalement penchée sur la signification du « juge naturel » et de la question de savoir quel juge est le « juge naturel » des justiciables. Tel est particulièrement l'objet de la thèse de Marjorie Dupuis-Berruex²⁶, ou encore d'une contribution de la Professeure Hélène Gaudemet-Tallon²⁷. La référence aux critères *ratione materiae*, *ratione loci* ou même *ratione temporis* leur

²⁴ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 22.

²⁵ Par ex. en Allemagne : l'expression « juridictions ordinaires » désigne les juridictions de l'ordre civil et pénal (*ordentliche Gerichtsbarkeit*), à côté des juridictions pour des matières « spécialisées » : administratives, financières, sociales et du travail. Voy. par ex. l'article 95 al. 1^{er} de la Loi fondamentale allemande de 1949, ou encore le paragraphe 13 de la loi relative à l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*). Pour une présentation, voy. par ex. F. FERRAND, « Les ordres de juridiction en République fédérale d'Allemagne », *Justices*, 1995, p. 357. L'expression « juridictions spécialisées » (*Fachgerichte*) est employée pour désigner les juridictions non-constitutionnelles, par opposition avec les juridictions constitutionnelles. Nous emploierons l'expression française « juridictions ordinaires » lorsqu'il sera question de la distinction entre juridictions constitutionnelles et non-constitutionnelles. Voy. A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021, p. 50 (note n° 65).

²⁶ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*

²⁷ H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable “juge naturel” », in *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612.

permet de considérer que, par principe, le juge naturel est le juge du domicile du défendeur, mais que d'autres critères peuvent remettre en cause cette compétence du « juge naturel ». Il n'est dès lors pas étonnant que cette notion paraisse impropre à rendre compte d'une réalité, et apparaisse même comme une « formule incantatoire dépourvue de réelle signification »²⁸. Tel n'est pas l'objet de cette étude, qui s'intéresse à l'expression « juge naturel » ou « juge légal » de manière générale, comme désignant le juge chargé de trancher un litige en vertu des règles d'organisation judiciaire et de compétence. L'objectif est de se pencher sur l'existence et le contenu d'un *droit au* juge naturel ou légal pour les justiciables, en tant que droit permettant aux justiciables de remettre en cause la compétence ou la qualité du juge chargé de trancher leur litige, et de réclamer le jugement par « leur » juge naturel ou légal.

6. Apparu textuellement en France en 1790, le droit au juge naturel s'est développé tout au long du XIX^e siècle dans les États européens, avant de devenir l'un des éléments caractéristiques du droit au procès équitable garanti par les juridictions européennes au XX^e siècle. Les articles 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme et 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantissent ainsi le droit, pour chaque personne, d'être jugé par un tribunal « établi par la loi ». Cela correspond à une formule minimaliste et commune du droit au juge naturel. Classiquement, le droit au juge naturel impose une réserve de loi en matière d'organisation judiciaire, doublée d'une interdiction de création de juridictions extraordinaires ou d'exception. Partant, le juge compétent et l'ordre des juridictions doivent être « déterminés par la loi en raison de considérations objectives (*ratione loci, ratione materiae*), et [pour la matière pénale notamment] avant la commission de l'infraction (*ratione temporis*) »²⁹. Dans cette perspective, le juge naturel est davantage celui du litige que celui du justiciable. Pourtant, c'est bien le justiciable qui a un droit à ce que son litige soit jugé par « son » juge naturel – ce qui n'empêche donc pas d'avoir, selon les règles de compétence, plusieurs juges naturels pour un même litige. Tel est le cas en matière pénale par exemple : le principe de compétence du juge du lieu de commission de l'infraction est désormais ancré comme un « principe supérieur de droit processuel », sans que cela remette en question l'idée selon laquelle le juge naturel de l'accusé est toujours le juge de son domicile³⁰.

²⁸ *Ibid.*, p. 592.

²⁹ M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 11.

³⁰ *Ibid.*, p. 136-141.

7. Dans certains États européens, notamment ceux qui ont connu la dictature au XX^e siècle, le droit au juge naturel a été amplifié, « étendu et intensifié »³¹, en particulier parce qu'il est au centre de la garantie plus générale d'une justice entièrement indépendante : indépendante vis-à-vis des autres pouvoirs étatiques (exécutif, législatif), mais aussi indépendante, dans son organisation interne, des juges eux-mêmes. Les exigences liées à la détermination légale du juge chargé de trancher un litige sont ainsi renforcées, notamment par la garantie d'une prédétermination objective et générale de la répartition des juges et des affaires au sein des juridictions. À cet égard, l'Allemagne dispose d'une garantie dont le contenu a été continuellement enrichi. Consacré dans le texte constitutionnel de 1949, le droit au juge légal y fait l'objet d'une jurisprudence très développée, notamment grâce à la place centrale jouée par la Cour constitutionnelle fédérale. L'étude du droit allemand au juge légal permet ainsi de présenter la spécificité de la conception allemande et d'illustrer, plus généralement, le rôle créateur et central de la juridiction constitutionnelle allemande. Parmi les droits les plus invoqués au niveau constitutionnel, le droit au juge légal est ainsi d'une importance cardinale en droit constitutionnel allemand (A). Dans cette perspective, la comparaison avec le système français est instructive à plusieurs égards. D'abord, l'origine de la garantie est française. Ce sont en effet succédé des textes législatifs et constitutionnels, entre 1790 et 1848, consacrant explicitement le droit des justiciables au juge naturel. Ces consécutions ont pu influencer le développement d'une garantie similaire dans les autres pays, et en particulier en Allemagne. Par ailleurs, et par contraste, le droit au juge naturel ne fait aujourd'hui pas partie des garanties juridictionnelles de valeur constitutionnelle – aussi en raison du développement moindre de la jurisprudence constitutionnelle. Paradoxalement, l'État dans lequel la garantie a été créée ne contient aujourd'hui plus ce droit, tant à un niveau constitutionnel qu'à un niveau législatif. Le déséquilibre apparent avec le droit allemand au juge légal est ainsi particulièrement visible (B).

A. L'importance cardinale du droit au juge légal en droit constitutionnel allemand

8. En Allemagne, la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (*Grundgesetz*, ci-après LF) occupe une place centrale dans la vie politique et juridique³². Celle-ci prévoit, à son article 101

³¹ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR*, 1969, vol. 94, p. 263.

³² F. FERRAND, « Allemagne », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 19 ; A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, *op. cit.*, p. 303 et s.

al. 1^{er}, deuxième phrase (ci-après article 101 al. 1^{er} (2) LF), le droit au juge légal : « Nul ne doit être soustrait à son juge légal »³³. En suivant les idées déjà développées par le juriste Eduard Kern dans l'Entre-deux-guerres³⁴ et après l'expérience de la dictature nationale-socialiste, la conception allemande contemporaine du droit au juge légal recouvre les deux aspects d'indépendance de la justice. Ce droit vise à la fois à empêcher qu'une affaire soit confiée à une personne, autorité ou commission extérieure à la justice, mais aussi à interdire que le juge prévu par la loi pour statuer sur une affaire soit écarté et remplacé par un autre juge ou un autre tribunal³⁵. Mais, en sus de cette conception déjà élargie du droit au juge légal, l'importance de l'indépendance de la *justice* a poussé la Cour constitutionnelle fédérale à inclure, dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2), les garanties d'indépendance et d'impartialité des *judges* : indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs, mais aussi vis-à-vis des justiciables. Par conséquent, le droit allemand au juge légal recouvre aujourd'hui une double dimension. Classiquement, le droit au juge légal s'impose d'abord négativement à l'ensemble des pouvoirs, qui ne peuvent méconnaître les règles de compétence judiciaire établies par la loi. C'est la première dimension classique *procédurale* de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF : le droit à un juge déterminé légalement. De façon inédite, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a étendu cette dimension à l'autorité judiciaire elle-même, qui doit donc également respecter les règles légales de compétences. À la suite de cette extension, cette même Cour a développé une dimension *matérielle* à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, en consacrant le droit à un juge remplissant les qualités attendues d'indépendance et d'impartialité. Ce sont donc à la fois les règles de compétence, mais également les règles de mise en œuvre de l'indépendance et de l'impartialité des juges qui doivent être respectées par les pouvoirs publics.

9. Le droit au juge légal est rattaché au principe de l'État de droit³⁶. Ce principe allemand s'est développé dès le XIX^e siècle, avec comme objectif de déduire le pouvoir de l'État d'un but qui n'est « pas immanent à l'État en tant que tel », mais issu de la société et des individus³⁷. Avec la révolution de 1848, ce concept est plus précisément associé au rôle des

³³ Pour une présentation, en français, du droit au juge légal garanti par l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, voy. par ex. C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 801 et s.

³⁴ Sur ce professeur de droit pénal, de procédure pénale et de droit de l'organisation judiciaire de Tübingen, voy. par ex. E. SCHMIDHÄUSER, « Eduard Kern », in F. ELSENER (dir.), *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1977, p. 177-188.

³⁵ E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 185 et s.

³⁶ Sur le développement historique de ce principe allemand, voy. par ex. O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

³⁷ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44 et s. ; A. GAILLET *et al.*, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2019, p. 133.

juges, supposés contribuer à modérer le pouvoir par l'exercice d'un contrôle juridictionnel³⁸. Même après l'échec de cette révolution et de la Constitution mise en place par les constituants de l'Église Saint-Paul, l'État de droit maintient une dimension formelle imposant le respect des formes juridiques par les pouvoirs étatiques, associé à un contrôle juridictionnel opéré par les juges pour garantir des libertés individuelles pensées comme défensives³⁹. À partir de la République de Weimar, le principe d'État de droit trouve un contenu matériel, garantissant également le respect des droits fondamentaux⁴⁰. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'indépendance de la justice et des juges apparaît comme l'« essence » du principe, aux côtés de la protection contre les privations arbitraires de liberté, des droits de la défense ou encore de la protection contre les actions arbitraires de l'État⁴¹. En droit positif allemand, le principe découle de l'article 20 LF, il a valeur constitutionnelle en tant qu'idée directrice (*Leitidee*) de la Loi fondamentale⁴². Le principe de l'État de droit bénéficie d'une définition extensive, à la fois formelle et matérielle⁴³. Dans ce contexte, le droit au juge légal est qualifié de « manifestation » du principe allemand de l'État de droit⁴⁴, permettant de garantir la sécurité juridique et l'objectivité de la justice⁴⁵. Si l'on prend par exemple les trois piliers sur lesquels Jean-Marc Sauvé fait reposer le principe d'État de droit (le respect de la hiérarchie des normes, l'égalité des citoyens devant la loi, et la séparation des pouvoirs⁴⁶), il peut en effet être considéré que la conception allemande actuelle du droit au juge légal permet, dans une certaine mesure, de contribuer à leur respect. D'abord, il impose une réserve en faveur du législateur en ce qui concerne l'adoption de normes d'organisation judiciaire et l'interdiction pour les pouvoirs exécutif et judiciaire de méconnaître l'organisation judiciaire mise en place par le législateur. Ensuite, le droit au juge légal, dans sa conception moderne – après l'abolition de l'ensemble des privilèges, favorise l'égalité des citoyens devant la justice, en garantissant que tout citoyen

³⁸ A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012, p. 171.

³⁹ *Ibid.*, p. 244, 257.

⁴⁰ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », art. cité, p. 111.

⁴¹ M. STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, Histoire du droit, 2018, p. 170.

⁴² C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 1^{er} juillet 1953, 1 BvL 2232/51, § 85 (BVerfGE 2, 380 [en part. p. 403]).

⁴³ C. GREWE, « Réflexions comparatives sur l'État de droit », in *L'État des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation comparée, 2018, p. 371.

⁴⁴ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 280 ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 498 ; A. ESER, « Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall », in A. ESER et al. (dir.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hanns Karl Salger*, Cologne, Heymanns, 1995, p. 247 ; C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 2049.

⁴⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 octobre 1966, 2 BvR 291, 656/64 (BVerfGE 20, 336 [en part. p. 344]) ; décision du 31 mai 1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87 (BVerfGE 82, 159 [en part. p. 194]).

⁴⁶ J.-M. SAUVÉ, « L'État de droit aujourd'hui », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, chron. n° 62.

soit jugé par le juge compétent en vertu de lois générales et égales. Enfin, ce droit permet de garantir le respect de la séparation des pouvoirs, en ce qu'il interdit aux pouvoirs législatif et exécutif d'intervenir dans le cours de la justice, par la création de juridictions d'exception ou par la manipulation des ordres de juridiction ordinaires.

10. Cette conception élargie du droit au juge légal, qui n'est pas sans susciter certaines réserves⁴⁷, a notamment été rendue possible grâce à l'existence d'une voie de recours, permettant à la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) de connaître des décisions juridictionnelles définitives, afin d'imposer aux juges eux-mêmes le respect des compétences légales et des principes d'indépendance et d'impartialité⁴⁸. Le recours constitutionnel individuel contre les jugements (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), initialement absent de la liste des compétences de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans la Loi fondamentale (mais prévu dès l'origine par la loi sur la Cour), est devenu le mécanisme principal d'action jurisprudentielle de cette juridiction. Les potentialités du droit au juge légal sont décuplées lorsque le juge constitutionnel dispose d'un instrument lui permettant de contrôler le respect, par les juges eux-mêmes, des règles légales de compétence et des règles garantissant leur indépendance et leur impartialité dans les litiges qui leurs sont concrètement soumis. À cet égard, l'importance de la Cour constitutionnelle fédérale dans le système constitutionnel allemand est à souligner⁴⁹. De façon générale, celle-ci doit avant tout sa place centrale dans l'ordre constitutionnel et légal allemand à la circonstance qu'elle ne se limite pas à une interprétation abstraite des droits fondamentaux, mais connaît de leur application concrète dans les affaires individuelles qui lui sont soumises par la voie du recours constitutionnel individuel⁵⁰. L'importance qui lui est accordée s'est d'ailleurs récemment illustrée par une réforme constitutionnelle du 20 décembre 2024, laquelle constitutionnalise les règles relatives à son statut et précise que la Cour est un « tribunal autonome et indépendant à l'égard de tous les autres organes constitutionnels »⁵¹. De par son statut et ses compétences, et même sans être

⁴⁷ Ces réserves sont en particulier liées à la « sur-constitutionnalisation » du droit processuel ordinaire qui découle de la possibilité de contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, ainsi qu'à l'absence de contours de la garantie, issue de la jurisprudence extensive de la Cour.

⁴⁸ Sur l'historique des voies de recours directes en Allemagne, voy. A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*

⁴⁹ Sur l'importance de cette juridiction, voy. par ex. A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, *op. cit.*, p. 52 et s. ; B. PIEROTH, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », *Cités*, 2003, vol. 13, p. 57-66.

⁵⁰ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 15.

⁵¹ Les articles 93 et 94 LF ont ainsi été réécrits : *Loi de modification de la Loi fondamentale (articles 93 et 94) (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94))*, Bulletin des lois fédérales (*Bundesgesetzblatt*) 2024, I, n° 439, 27 décembre 2024. Sur cette réforme constitutionnelle, voy. par ex. A. GAILLET, D. GRIMM, « Allemagne : une réforme constitutionnelle dictée par le contexte politique », *Le Club des juristes*, 8 janvier 2025, disponible sur <https://www.leclubdesjuristes.com/international/allemande-une-reforme-constitutionnelle-dictee->

officiellement une cour suprême, hiérarchiquement supérieure aux juridictions ordinaires, elle bénéficie d'une autorité incontestable, ce qui lui permet de donner « un effet à la fois ample et profond » aux droits fondamentaux⁵². Pour ce qui est précisément du droit au juge légal, cette juridiction constitutionnelle bénéficie ainsi de la force et de la légitimité nécessaire pour imposer à l'ensemble des juridictions allemandes la bonne application du droit au juge légal, interprété de façon extensive. D'ailleurs, le niveau allemand de développement du droit au juge légal n'est en général comparable qu'avec les systèmes dans lesquels il existe également une procédure de saisine directe de la juridiction constitutionnelle par les individus, pour remettre en cause la constitutionnalité d'une décision juridictionnelle. Tel est par exemple le cas de l'Espagne : le Tribunal constitutionnel espagnol peut en effet connaître de la constitutionnalité des décisions juridictionnelles (recours d'*amparo* – article 44 al. 1 de la loi organique n° 2/1979 sur le Tribunal constitutionnel), au regard du droit au juge naturel, consacré à l'article 24 de la Constitution espagnole⁵³.

11. En somme, l'importance cardinale du droit au juge légal en Allemagne résulte de trois éléments : de l'existence d'une base juridique constitutionnelle, avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, de la mise à disposition d'une voie de recours permettant aux individus de faire valoir le respect de ce droit devant la juridiction constitutionnelle allemande, et, enfin, de la force et la légitimité de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, pour imposer le respect de cette conception extensive du droit au juge légal aux autres juridictions allemandes. Ces trois éléments n'ont pas de réels pendants en droit français.

B. L'absence de droit français au juge naturel équivalent

12. Explicitement, le droit au juge naturel n'est pas garanti en droit constitutionnel ou ordinaire positif français. La France n'est pas le seul pays européen dans lequel le droit au juge

par-le-contexte-politique-8667/ (consulté le 30 janvier 2025) ; A. GAILLET, « Cour constitutionnelle fédérale allemande : constitutionnaliser le statut, renforcer la résilience ? », *Jus Politicum Blog*, 21 janvier 2025, disponible sur <https://blog.juspoliticum.com/2025/01/21/cour-constitutionnelle-federale-allemande-constitutionnaliser-le-statut-renforcer-la-resilience-par-aurore-gaillet/> (consulté le 30 janvier 2025).

⁵² Voy. par ex. O. JOUANJAN, « La Cour constitutionnelle fédérale et l'autorité de la justice en Allemagne », *Après-demain*, 2017, vol. 41, n° 1, p. 6.

⁵³ Sur le recours d'*amparo* espagnol, voy. par ex. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021, p. 731 (§ 842).

légal ou juge naturel n'est pas garanti explicitement⁵⁴. Cependant, ce constat peut surprendre, dans la mesure où cette garantie trouve son origine historique en France, dans les revendications des états et des juges contre l'absolutisme judiciaire du monarque absolu. Il peut ainsi paraître paradoxal qu'aujourd'hui, la plupart des constitutionnalistes français ne connaissent pas ce droit subjectif, en raison de son absence de consécration positive, alors même que la France a pu être un exemple pour un grand nombre de pays, en ce qui concerne la consécration de cette garantie – en particulier l'Allemagne. L'expression « juge naturel » demeure utilisée par une partie de la doctrine, en particulier la doctrine processualiste, comme synonyme de « juge compétent ». Le juge naturel est « naturellement, celui du litige concerné »⁵⁵, c'est « le juge désigné par les règles ordinaires de la compétence comme étant le mieux placé pour trancher un type de litige »⁵⁶, le juge qui « correspondra le mieux à l'attente de justice des plaideurs et de la société toute entière »⁵⁷. Le « juge naturel » est « celui auquel tout justiciable, quelle que soit sa situation, doit avoir accès »⁵⁸. Plus qu'au caractère naturel du *juge*, cette expression doctrinale renvoie en réalité davantage au caractère naturel de la *compétence* de ce juge⁵⁹. Mais il y a un réel inconfort des auteurs français avec cette notion. Hélène Gaudemet-Tallon évoque par exemple le caractère insaisissable, ambigu, voire impalpable de l'expression⁶⁰. Pour Marjorie Dupuis-Berruex, l'actualité de la notion de « juge naturel » ne fait aucun doute : elle considère notamment que, même si elle n'apparaît plus expressément dans la Constitution de 1958, l'idée d'un droit au juge naturel demeurerait en droit français⁶¹. Au contraire, Emmanuel Jeuland note que la notion est « quasiment oubliée »⁶² et milite en faveur d'un retour du principe du juge naturel en droit positif français⁶³. Certains travaux autour de la « doctrine du juge naturel » se concentrent en réalité sur la question de la compétence du juge français dans des litiges à caractère international⁶⁴. L'expression « juge naturel » est en effet aujourd'hui

⁵⁴ Aucune garantie équivalente ne peut ainsi être trouvée dans les constitutions danoise et suédoise, ainsi qu'en Grande-Bretagne.

⁵⁵ T. CLAY, « Juge naturel », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 680.

⁵⁶ G. CORNU (dir.), « Naturel, elle », *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., Paris, PUF, 2024, p. 686.

⁵⁷ H. GAUDEMET-TALLON, art. cité, p. 594.

⁵⁸ T. CLAY, art. cité, p. 681.

⁵⁹ H. GAUDEMET-TALLON, art. cité, p. 593.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 591.

⁶¹ M. DUPUIS-BERRUX, op. cit., p. 16.

⁶² E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », *ZZPint.*, 2010, vol. 15, p. 65 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », in B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 87.

⁶³ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *RFAP*, 2008, vol. 125, n° 1, p. 33-42 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité.

⁶⁴ Voy. par ex. J. HUDAULT, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Rev. crit. DIP*, 1972, vol. 61, p. 27-54, 249-268 ; ou, dans une certaine mesure, H. GAUDEMET-TALLON, art. cité.

par exemple employée dans un contexte de droit international privé, pour se référer au juge de la nationalité d'une des parties – en particulier du défendeur⁶⁵.

13. La difficulté principale de ces réflexions doctrinales tient à ce qu'il ne s'agit pas toujours de réfléchir à l'existence d'un *droit au* juge naturel, mais principalement de rechercher l'emploi de cette expression et ce qu'elle désigne. À cet égard, un auteur doit en particulier être cité, en tant que premier auteur contemporain à avoir (re)donné une importance à cette garantie d'origine française : il s'agit du Professeur Thierry Renoux. Sa conception du droit au juge naturel est étroitement liée au principe d'égalité des citoyens devant la justice⁶⁶. Cette association est issue de l'importance accordée à la première consécration textuelle du droit au juge naturel en France, dans la loi des 16 et 24 août 1790. Dans cette loi, l'abolition des privilèges de juridiction – conséquence de l'abolition plus générale de la société d'ordres dès le lancement de la Révolution française – précède l'affirmation selon laquelle « les justiciables [ne pourront être] distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi ». Selon Thierry Renoux, le droit au juge naturel existe donc en France sous la forme de cette composante du principe d'égalité devant la justice. Après lui, d'autres auteurs français se sont réappropriés ce droit au juge naturel, dans une conception plus proche de son principe de base. En particulier, le magistrat Hubert Dalle et le Professeur Emmanuel Jeuland comprennent le juge naturel comme juge prédéterminé par la loi, y compris par l'adoption de critères objectifs de répartition des juges et des affaires au sein des tribunaux. Cette définition est distincte de celle de M. Renoux, dans la mesure où celui-ci se concentre sur une garantie extérieure aux juridictions, davantage dans un rapport de séparation entre la justice et les pouvoirs exécutif et législatif. Cette distinction de définition les conduit à estimer que, si le droit au juge naturel n'existe pas, aujourd'hui, en droit positif français, il gagnerait à être réhabilité. Hubert Dalle, par exemple, plaide pour que les règles de droit processuel françaises répondent « aux exigences du juge naturel », en rappelant et en garantissant « la prédétermination du rapport entre un juge et une affaire » et en sanctionnant « sa violation par une nullité absolue »⁶⁷. Au début des années 2000, il estime que cette réforme est « urgente et indispensable pour que la magistrature française

⁶⁵ En faisant référence aux articles 14 et 15 du Code civil, analysés comme des privilèges de juridiction pour les plaideurs français dans des litiges à caractère international.

⁶⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993, vol. 92, n° 1, p. 33-58 ; T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », *Les Épisodiques*, 1995, n° 7, p. 9-19.

⁶⁷ H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, PULIM, 2001, p. 100.

retrouve les standards européens du procès et de l'activité juridictionnelle »⁶⁸. Les principes français d'organisation des juridictions et de répartition des compétences n'ont pourtant pas évolué jusqu'à aujourd'hui. Tout en tenant compte de la conception doctrinale de M. Renoux, nous retiendrons une approche du droit au juge naturel liée à la prédétermination légale des compétences judiciaires et à l'interdiction d'instauration des juridictions d'exception. En l'absence de droit explicite au juge naturel dans le droit positif, d'autres principes seront mobilisés, tels que le principe d'égalité, mais aussi celui de la réserve de loi en matière d'organisation judiciaire.

14. En tout état de cause, des exemples récents dans le débat législatif et doctrinal français attestent l'intérêt des Français pour les questions liées à la composition des juridictions. Ainsi, la mise en place expérimentale puis généralisée des cours criminelles départementales, lesquelles statuent sur des infractions sans jury, contrairement aux cours d'assises, suscite des débats depuis 2021. En 2023, le Conseil constitutionnel a été saisi de la question de la constitutionnalité des dispositions prévoyant la compétence de ces cours criminelles⁶⁹. Plusieurs arguments étaient mis en avant par les requérants. Du point de vue de la composition de ces juridictions, ils faisaient valoir la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République imposant l'intervention d'un jury pour juger les crimes de droit commun. Celui-ci serait issu d'une tradition républicaine bien ancrée du jury en tant que « traduction du droit d'être jugé par ses pairs »⁷⁰. Du point de vue de la compétence de ces juridictions et de sa délimitation avec celle des cours d'assises, les requérants dénonçaient la violation du principe d'égalité devant la loi, en raison de la différence de traitement entre les accusés. Enfin, en ce qui concerne la procédure suivie devant les cours criminelles départementales, les requérants invoquaient la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et devant la justice, en raison de la différence des règles de majorité applicables. Le Conseil constitutionnel a cependant validé la constitutionnalité du dispositif. Au regard des dérogations historiques à la règle du jugement des crimes par jury, il refuse de créer un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Par ailleurs, il écarte les arguments tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant la justice. Pour ce faire, il précise

⁶⁸ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁹ Cons. const., décision n° 2023-1069/1070 QPC du 24 novembre 2023. Voy. par ex. *D.*, 2023, n° 41, p. 2088.

⁷⁰ B. FIORINI, « L'intervention du jury criminel : un principe constitutionnel ? », *Lexbase Pénal*, octobre 2023, n° 64 ; B. FIORINI, « Le Conseil constitutionnel refuse de faire de l'intervention du jury criminel un principe constitutionnel », *Jus Politicum Blog*, 29 novembre 2023, disponible sur <https://blog.juspoliticum.com/2023/11/29/le-conseil-constitutionnel-refuse-de-faire-de-l-intervention-du-jury-criminel-un-principe-constitutionnel-par-benjamin-fiorini/> (consulté le 5 décembre 2023).

que les deux types de juridictions, cours d'assises et cours criminelles départementales, présentent des garanties équivalentes, notamment en termes d'indépendance et d'impartialité. Cette modification de la composition des juridictions pénales et cette décision du Conseil constitutionnel a fait l'objet de débats doctrinaux⁷¹. De même, dans le cadre de l'adoption de la loi « pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration » en 2023-2024, la modification des règles de composition de la Cour nationale du droit d'asile a été dénoncée par un certain nombre d'acteurs et d'institutions. La loi généralise en effet le recours au juge unique dans le contentieux de l'asile, alors que, jusqu'à présent, le principe était celui de la collégialité. Cette inversion du principe et de l'exception en matière de composition est par exemple vivement critiquée par la Défenseure des droits, dans son avis du 23 février 2023. Elle dénonce en particulier les risques d'atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité de la justice : « le recours au juge unique vide de sa substance le délibéré qui constitue un gage d'impartialité de la justice »⁷². Malgré les critiques formulées par d'autres auteurs, en particulier par la doctrine juridique⁷³, le Conseil constitutionnel a estimé le dispositif conforme à la Constitution, considérant que cette généralisation du juge unique ne méconnaît, ni le droit au procès équitable, ni les droits de la défense, ni le principe d'égalité devant la justice⁷⁴. Il peut à cet égard être précisé que le droit au juge naturel est absent de ces débats et des arguments mis en avant par les auteurs, ce qui illustre la thèse selon laquelle le droit au juge naturel n'est pas garanti, même implicitement, en France.

⁷¹ Benjamin Fiorini est en particulier très investi dans la défense de l'institution du jury. Voy. notamment B. FIORINI, « Le jury, “Dieu merci” ! Cinq propositions de QPC pour lutter contre les cours criminelles départementales », *Lexbase Pénal*, juin 2023, n° 61 ; B. FIORINI, « L'intervention du jury criminel : un principe constitutionnel ? », art. cité ; B. FIORINI, « Le Conseil constitutionnel refuse de faire de l'intervention du jury criminel un principe constitutionnel », art. cité. Pour une défense des cours criminelles départementales, voy. Y. BERNAND, « Pour que vivent les cours criminelles départementales ! », *D.*, 2024, p. 23-28. Pour des critiques de la décision du Conseil constitutionnel du 24 novembre 2023, voy. également par ex. J.-H. ROBERT, « Cours criminelles départementales - Nouvelles lois saliques », *Droit pénal*, 2024, p. 1-2 ; A. BOTTON, « Chronique de droit pénal constitutionnel. Le jury populaire, tradition républicaine pour accusé privilégié », *RSC*, 2024, p. 433-440.

⁷² Défenseur des droits, avis n° 23-02 du 23 février 2023, p. 12.

⁷³ L. MEGAHED, « La généralisation du juge unique - Une réforme risquée de la Cour nationale du droit d'asile ? », *RFDA*, 2024, n° 2, p. 277-283 ; S. SLAMA, « Le projet de loi “Darmanin” peut-il contribuer à contrôler l'immigration et améliorer l'intégration ? Focus sur deux mesures précises », *Le Club des juristes*, 13 février 2023 ; X. VANDENDRIESSCHE, « Non le juge unique n'est pas la solution pour améliorer l'efficacité du contentieux de l'asile », *AJDA*, 2023, n° 11, p. 521 ; S. CORNELOUP, « Une réforme structurelle du droit d'asile », *Rev. crit. DIP*, 2024, n° 2, p. 266-267.

⁷⁴ Cons. const., décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, cons. n° 243 et 244.

§ 2 : Intérêts de l'étude

15. Si de nombreuses études, en langue française, sont consacrées à certaines thématiques en lien direct avec notre sujet, aucun travail de recherche spécifique sur le droit au juge naturel et sa conception singulière en Allemagne n'a encore été réalisé. Quelques travaux portent sur le droit au juge naturel, tantôt dans une perspective uniquement historique⁷⁵, tantôt dans une perspective purement française⁷⁶. De nombreuses études portent sur les droits fondamentaux allemands ou la justice constitutionnelle, dans une perspective comparée ou non⁷⁷, mais aucune ne porte sur ce droit quasi-fondamental en particulier. De même, la justice, le pouvoir judiciaire fait l'objet d'études⁷⁸, la question de son indépendance est souvent traitée⁷⁹, y compris dans une dimension franco-allemande⁸⁰, mais cela ne permet pas de mettre en avant le droit au juge légal. Quant au juge, les questions autour de son indépendance et de

⁷⁵ Voy. par ex. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale : prassi e dottrina in Francia dall'Ancien régime alla Restaurazione*, Rome, Viella, 1999 ; U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009 ; M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*

⁷⁶ Il s'agit alors de contributions ou d'articles, mais pas d'études approfondies. Voy. par ex. T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité ; T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », art. cité ; J. HUDAULT, art. cité ; E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité.

⁷⁷ Voy. par ex. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.* ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 87, 2001 ; V. BARBÉ, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 131, 2009 ; C. DE ARANJO, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'Homme : étude comparée, France-Allemagne*, Bruxelles, Bruylant, collection de droit public comparé et européen, 2009 ; C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 45, 2011 ; A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, *op. cit.*

⁷⁸ Voy. par ex. T. S. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Paris, Economica, PUFAM, coll. Droit public positif, 1984 ; G. ARMAND, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de C. GREWE), Caen, Université Caen Normandie, 2000 ; F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; G. DELALOY, *La justice dans l'organisation des pouvoirs en France : l'émergence du pouvoir judiciaire*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de J.-P. MACHELON), Paris, Université Paris 5, 2004 ; S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *Justice et démocratie : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, Limoges, PULIM, 2003.

⁷⁹ Voy. par ex. M. MANTELLI, *L'indépendance de la justice en France et en Italie*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de P. JAN), Bordeaux, Université de Bordeaux, 2022 ; J. ASPIRO SEDKY, G. DELMAS, S. ROBBE (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Presses universitaires de Sceaux, 2011.

⁸⁰ Voy. par ex. récemment C. JANSSEN-BENNYNCK, *Les concepts d'indépendance de la justice. Une analyse historique et comparée (Angleterre, Allemagne et France)*, thèse de doctorat, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2015.

son impartialité⁸¹, ou encore autour de sa compétence ou de son accès⁸², font l'objet de différentes études françaises, mais, à nouveau, sans dimension liée au droit au juge naturel. Au contraire, c'est un droit qui fait l'objet de nombreuses études doctrinales en Allemagne⁸³, illustrant le grand intérêt jurisprudentiel et doctrinal résidant dans l'étude de la conception spécifique de ce droit dans l'ordre juridique allemand.

16. En premier lieu, du point de vue du droit des libertés, l'intérêt d'une étude du droit au juge légal se révèle au regard de l'importance acquise par les droits et garanties de procédure. Les droits procéduraux ou « judiciaires »⁸⁴ se définissent comme des « principes juridiques qui garantissent, le plus souvent au niveau constitutionnel, l'octroi d'une protection juridique concernant les biens protégés par l'ordre juridique »⁸⁵. Ils peuvent être qualifiés de droits-prestation fonctionnels⁸⁶. L'existence de tels principes illustre le lien « inextricable » entre État de droit, accès au droit et accès à la justice⁸⁷. Un État de droit ne pourrait en effet être conçu

⁸¹ Voy. par ex. S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, n° 33, 1998 ; J. VAN COMPERNOLLE, G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; B. BERNABÉ, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque de droit privé, n° 514, 2009 ; B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011 ; A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Caen, Université Caen Normandie, 2021.

⁸² Voy. par ex. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 57, 2006 ; V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHNEIDER (dir.), *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; A.-P. SO'O, *Les conflits de compétences juridictionnelles au regard des droits individuels. Étude de droit comparé (fin du XVIII^e siècle - début du XXI^e siècle) : France, Allemagne, Belgique*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de J. BOUDON), Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2021.

⁸³ Voy., entre autres, E. KERN, *op. cit.* ; G. KRÖGER, *Der gesetzliche Richter und die « besondere Bedeutung » des Falles i. S. des § 24 I Nr. 2, 3 GVG*, Dissertation, Münster, 1962 ; I. GOTTSCHALK, *Das Recht auf den gesetzlichen Richter - Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG - in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte unter Berücksichtigung des Schrifttums*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1965 ; E. MARX, *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1967 ; H. GERLEIT, *Das Recht des Einzelnen auf seinen gesetzlichen Richter*, Dissertation, Cologne, 1967 ; J. HENKEL, *Der gesetzliche Richter*, Dissertation, Göttingen, Georg-August-Universität Göttingen, 1968 ; J. HENKEL, *England: Rechtsstaat ohne « gesetzlichen Richter »*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Metzner, 1971 ; U. REICHL, *Probleme des gesetzlichen Richters in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Dissertation, Passau, 1993 ; C. STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt : eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Dissertation, Tübingen, 1975 ; T. ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000 ; C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011 ; U. MÜBIG, *Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat?*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007 ; D. REMUS, *Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter*, Hambourg, Kovač, 2008 ; U. MÜBIG, *op. cit.* ; K. BOHN, *Der gesetzliche Richter als rechtsstaatstragendes Prinzip in europäischen Staaten*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011.

⁸⁴ Voy. par ex. l'étude de G. C. NEUBAUER, *Verfassungsrechtliche Begründung und Legitimation der justiziellen Grundrechte*, Dissertation, Münster, 1991.

⁸⁵ P. GRZYBEK, *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 20-21.

⁸⁶ G. C. NEUBAUER, *op. cit.*, p. 156 et s.

⁸⁷ R. BOFFA, M. MEKKI, « L'accès au droit et l'accès à la justice », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 30^e éd., Paris, Dalloz, Spécial CRFPA, 2024, p. 593.

« sans existence d'une protection juridictionnelle des droits »⁸⁸. Les droits procéduraux permettent alors de garantir la confiance des justiciables dans la justice⁸⁹, en établissant un lien entre organisation judiciaire et droits fondamentaux substantiels⁹⁰. Ils ont ainsi une double fonction : d'un côté, ils participent à assurer la garantie des droits subjectifs individuels, et, d'un autre côté, ils ont une fonction objective de ligne directrice pour le droit processuel et l'organisation judiciaire⁹¹. Pour résumer, les droits fondamentaux procéduraux ont pour fonction de garantir le respect du droit *matériel* par des exigences *formelles*⁹². Le droit d'agir en justice apparaît par exemple comme la « caractéristique de base de toute société fondée sur le respect de la règle de droit »⁹³, en tant que « bouclier des autres droits fondamentaux »⁹⁴. Sans ce droit, il n'y a pas de possibilité de mettre en œuvre les autres droits. Plus que l'existence formelle d'une voie de recours, les garanties procédurales contribuent également à assurer l'effectivité de l'ensemble des règles juridiques matérielles⁹⁵. Une telle procéduralisation des droits fondamentaux⁹⁶ se produit tant au niveau supranational que national. Certains systèmes juridiques reconnaissent un certain nombre de droits procéduraux aux côtés des droits fondamentaux classiques⁹⁷, tandis que d'autres proclament des garanties procédurales dans la section relative au pouvoir judiciaire⁹⁸. En Allemagne, les droits fondamentaux procéduraux occupent une place particulièrement importante dans la Loi fondamentale de 1949. Ils opèrent à deux niveaux : en tant que droits *à* une procédure juridictionnelle (avec en premier lieu le droit à une protection juridictionnelle effective) et en tant que droits *dans* la procédure juridictionnelle⁹⁹. La protection élevée de ces deux niveaux doit permettre d'assurer l'effectivité des droits matériels de manière organisationnelle et procédurale. D'une part, les articles 19

⁸⁸ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », art. cité, p. 311 ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », art. cité, p. 212.

⁸⁹ Voy. par ex. pour la CEDH : CEDH, arrêt du 26 avril 1995, requête n° 15974/90, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 34. Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, voy., parmi toutes les décisions, C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 mai 2012, 2 BvR 610, 625/12, § 11 (*NJW* 2012, 2334 [en part. p. 2335]).

⁹⁰ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 34.

⁹¹ P. GRZYBEK, *op. cit.*, p. 25.

⁹² *Ibid.*

⁹³ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », art. cité, p. 312 ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », art. cité, p. 212.

⁹⁴ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », art. cité, p. 321 ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », art. cité, p. 215. Joël Rideau le qualifie de « fer de lance du droit au droit » (J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », art. cité, p. 3.).

⁹⁵ J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », art. cité, p. 3. Voy. aussi P. MARTENS, « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, p. 79-83.

⁹⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 317.

⁹⁷ Tel est le cas en Italie, au Luxembourg, en Espagne, en Grèce, au Portugal, en Irlande et en Belgique. Voy. par ex. P. GRZYBEK, *op. cit.*, p. 22-23.

⁹⁸ Tel est le cas en Allemagne ou aux Pays-Bas. Voy. P. GRZYBEK, *op. cit.*, p. 23-24.

⁹⁹ Des garanties de « structuration générale de la procédure » selon Volker Epping (V. EPPING, *op. cit.*, p. 489.).

al. 4¹⁰⁰, 20 al. 3¹⁰¹ et 2 al. 1 LF¹⁰² garantissent un accès complet aux juridictions étatiques. D'autre part, les articles 101 LF et suivants concernant plus spécifiquement l'institution et les aménagements de la procédure juridictionnelle. Le droit au juge légal et le droit d'être entendu, consacré à l'article 103 al. 1^{er} LF¹⁰³, sont particulièrement importants, car ils expriment ce qui constitue l'essence même d'une juridiction¹⁰⁴. Il est en effet essentiel pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, de garantir une justice performante, en tant que composante essentielle d'un État de droit¹⁰⁵. En France, l'importance des droits procéduraux découle d'une jurisprudence plus récente, notamment influencée par la jurisprudence européenne en la matière¹⁰⁶. En effet, le texte constitutionnel ne contient pas de garanties juridictionnelles ou procédurales. Par exemple, le droit au juge ou droit au recours n'est pas explicitement garanti par la Constitution et les textes rattachés au « bloc de constitutionnalité ». Certains publicistes commencent dans les années 1990 à plaider en faveur de la reconnaissance d'un « droit au recours juridictionnel »¹⁰⁷ ou d'un « droit constitutionnel au juge »¹⁰⁸. Le droit au juge a ensuite été progressivement reconnu par le Conseil constitutionnel, notamment pour ne pas être marginalisé sur ces questions par rapport aux juridictions européennes¹⁰⁹. D'abord, dans sa décision sur la maîtrise de l'immigration, il oblige le législateur à respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, parmi lesquels il range « l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »¹¹⁰. Par la suite, il affirme clairement le fondement de ce « droit d'exercer un recours »¹¹¹, ensuite qualifié de « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹¹² : l'article 16 de la

¹⁰⁰ L'article 19 al. 4 LF dispose : « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire. L'article 10, al. 2, 2^{ème} phrase n'est pas affecté. »

¹⁰¹ L'article 20 al. 3 LF dispose : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. »

¹⁰² L'article 2 al. 1 LF dispose : « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. »

¹⁰³ L'article 103 al. 1 LF dispose : « Devant les tribunaux, chacun a le droit d'être entendu. »

¹⁰⁴ D. KUCH, « Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) », *Juristische Ausbildung*, 2020, vol. 42, p. 229.

¹⁰⁵ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 30 avril 2003, 1 PBvU 1/02, (*BVerfGE* 107, 395 [en part. p. 401]).

¹⁰⁶ Voy. par ex., pour l'influence sur la Cour de cassation, F. FERRAND, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *RIDC*, 1995, n° 3, p. 693-701.

¹⁰⁷ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », art. cité ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », art. cité.

¹⁰⁸ P. TERNEYRE, « Le droit constitutionnel au juge », *Les Petites Affiches*, 1991, n° 145, p. 4-14.

¹⁰⁹ I. BOUCOBZA, « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *Revue des droits de l'homme*, 2021, n° 20, § 9.

¹¹⁰ Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 3.

¹¹¹ Cons. const., décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, cons. n° 4.

¹¹² Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. n° 83.

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen -ci-après DDHC). Les juridictions ordinaires françaises ont également reconnu le droit à un recours juridictionnel effectif, en se fondant sur l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹³. Ces deux articles, l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, constituent les deux dispositions qui fondent, en droit constitutionnel et ordinaire français, l'ensemble des garanties juridictionnelles associées au procès et au juge. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen est en particulier qualifié de « droit-garantie », en ce qu'au-delà de sa dimension individuelle, formelle et procédurale, il a des implications institutionnelles relatives à la séparation des pouvoirs, à l'indépendance des juridictions, ou encore à la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels. Ce droit constitue donc un droit donnant aux individus les moyens de défendre les droits subjectifs face au pouvoir¹¹⁴. Il sera ainsi fait plusieurs fois référence à cette disposition et à la jurisprudence extensive qu'en a donné le Conseil constitutionnel depuis plus de vingt ans.

17. En deuxième lieu, l'intérêt d'un travail de recherche consacré au droit au juge légal allemand, en comparaison avec le droit français, dans une perspective historique, se révèle également du point de vue de l'étude de la culture juridique et des systèmes de protection¹¹⁵. L'intérêt de prendre en compte la culture juridique résulte dans la possibilité d'intégrer à la réflexion des « éléments qui permettent de comprendre la conception et la pratique des règles abstraites et des institutions »¹¹⁶. Une étude relative au développement du droit au juge naturel en France, puis en Allemagne, ainsi qu'à la conception actuelle de ce droit procédural permet de mettre en lumière les différences de culture juridique entre la France et l'Allemagne, et les grands principes du droit constitutionnel mis en avant dans les deux systèmes¹¹⁷. Il est en effet possible de replacer le développement du droit au juge naturel dans un contexte historique et juridique plus large, et de mettre en avant les grands principes caractéristiques des cultures juridiques allemande et française. Du côté français, l'étude de la consécration du droit au juge

¹¹³ CE, sect., arrêt du 22 avril 2005, n° 257406, *Magerand* : « principe constitutionnel du droit pour les personnes intéressées d'exercer un recours devant une juridiction » ; C. cass., ass., arrêt du 7 avril 2006, *Bull. ass. plén.*, n° 3 : « droit d'accès à un tribunal ».

¹¹⁴ I. BOUCOBZA, « QPC et article 16 », art. cité, § 2.

¹¹⁵ Sur l'importance de la comparaison de la culture juridique dans les études de droit comparé, voy. par ex. M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2021, p. 30-31, 128 et s. ; R. WAHL, « Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung », in *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 2003, p. 96 et s. Sur la culture juridique et constitutionnelle, voy. les études de Paul W. Kahn, et en particulier par ex. P.W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

¹¹⁶ A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit., p. 94.

¹¹⁷ Sur ces différences, voy. par ex. *ibid.*, p. 95 et s.

naturel au moment de la Révolution française, ou encore de sa tentative de revalorisation par le Professeur Renoux illustre la « passion de l'égalité »¹¹⁸ caractéristique de la culture juridique française. Du côté allemand, les liens, déjà explicités, entre le principe de l'État de droit et le droit au juge légal s'illustrent dès le développement historique de ce droit, dans l'Allemagne du XIX^e siècle. Plus généralement, le développement historique de la garantie et la conception actuelle dans les droits positifs français et allemand illustrent une différence fondamentale de culture juridique, relative au rôle et à l'importance accordés au juge dans le système juridictionnel. La culture allemande est marquée par une juridicisation précoce¹¹⁹ et une grande confiance placée dans le juge et dans le droit¹²⁰. L'idée de protection juridictionnelle fait partie de la « pensée politique et juridique allemande » depuis plusieurs siècles, bien avant la Loi fondamentale de 1949¹²¹, et ce par la protection des statuts juridiques individuels¹²². Le juge est considéré comme le garant des droits individuels opposables à l'État¹²³. Il bénéficie d'un rôle central dans la culture juridique allemande. Au contraire, la culture française est davantage marquée par une méfiance envers le juge¹²⁴. Ce dernier a donc traditionnellement un rôle plus modeste, en particulier pour la protection des droits fondamentaux individuels¹²⁵. Cet élément de distinction entre la France et l'Allemagne se perçoit en particulier par l'étude du développement des premières garanties du juge naturel dans les deux pays tout au long du XIX^e siècle : la garantie a des difficultés à prospérer en France, pays dans lequel l'importance du juge et la protection des droits individuels sont régulièrement relativisées par rapport à d'autres principes cardinaux tels que la souveraineté de la nation, tandis qu'en Allemagne la garantie acquiert une importance fondamentale dans la construction de l'État de droit, plus impactée par la défense des droits individuels et de leur garantie juridictionnelle que par la participation politique des individus¹²⁶. L'extension du contrôle constitutionnel allemand au respect du droit

¹¹⁸ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁹ A. GAILLET *et al.*, *Droits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 31, 62.

¹²⁰ R. WAHL, « Aux origines du droit public allemand contemporain », *RDP*, 2007, n° 3, p. 821 ; M. STOLLEIS, « Image et réalité de l'état en Allemagne de l'ouest (1945-1960) », *Droits*, 2009, n° 49, p. 158 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 11.

¹²¹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 16.

¹²² S. KLUCKERT, « § 95 Verfassungsgerichtlicher Schutz für die Grundrechte », in K. STERN, H. SODAN, M. MÖSTL (dir.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, tome 3 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 2022, § 12.

¹²³ O. JOUANJAN, « La Cour constitutionnelle fédérale et l'autorité de la justice en Allemagne », art. cité, p. 5.

¹²⁴ F. HOURQUEBIE, *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Systèmes, 2010, p. 11-23 ; R. BADINTER, « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 7-12.

¹²⁵ J. RIVERO, « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 249 ; C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 144 et s. ; C. GREWE, « L'accès au juge : le droit processuel d'action », in *L'État des droits*, *op. cit.*, p. 386.

¹²⁶ A. GAILLET *et al.*, *Droits constitutionnels*, *op. cit.*, p. 61-62.

au juge légal par les juges eux-mêmes peut apparaître comme contradictoire avec cette grande confiance accordée, dans la culture allemande, au juge. Mais cela n'est qu'en apparence paradoxal : c'est précisément en raison de cette place centrale accordée à la protection juridictionnelle des droits et libertés individuels, qu'un encadrement strict de l'institution judiciaire, des juridictions, des juges, paraît indispensable, afin d'assurer, *in fine*, l'indépendance complète de l'institution et des juges en tant que personnes. De même, la grande liberté laissée, en France, aux juges et aux présidents de juridiction dans l'organisation judiciaire et l'application des règles de compétence, témoigne de la place moindre accordée aux garanties juridictionnelles de manière générale, et au juge en tant qu'instrument de protection des libertés individuelles face à l'État. Enfin, l'étude du droit allemand au juge légal permet de mettre en avant le rôle prépondérant de la Cour constitutionnelle fédérale dans la vie politique et juridique contemporaine, notamment grâce à l'existence du recours constitutionnel individuel contre les jugements. Dans cette mesure, le rôle du Conseil constitutionnel ne peut que contraster avec l'importance de la Cour allemande¹²⁷. La jurisprudence constitutionnelle relative au droit au juge légal depuis les années 1950 illustre ainsi le rôle de cette Cour en tant que moteur de la constitutionnalisation¹²⁸. De façon générale, celle-ci est chargée d'interpréter en dernier lieu la Loi fondamentale, ce qui lui permet de « concrétiser et de faire évoluer le droit constitutionnel, afin de l'adapter de manière modérée à la réalité politique et sociale »¹²⁹. L'étude de l'interprétation et de l'application du droit au juge légal permet d'illustrer ce rôle de la Cour de Karlsruhe d'adaptation du texte constitutionnel à la réalité sociale. Cela est particulièrement vrai au regard de la dernière extension jurisprudentielle de l'article 101 al. 1^{er} (2), avec l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le champ d'application du droit au juge légal.

18. Ce dernier élément permet de mettre en lumière, en troisième lieu, un intérêt plus spécifique de l'étude du droit allemand au juge légal. Le recours à ce droit dans le cadre du respect du droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, de la compétence préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne, permet de se pencher sur la question classique, mais toujours débattue, du contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel dans le

¹²⁷ A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit., p. 90 et s.

¹²⁸ T. HOCHMANN, « Chapitre 7. Droits fondamentaux », in A. GAILLET et al., *Droits constitutionnels*, op. cit., p. 370.

¹²⁹ A. VOßKUHLE, « La loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, vol. 59, p. 58. Dans le même sens, voy. A. NUBBERGER, « Neue Grundrechte für das Grundgesetz », *Einsichten und Perspektiven Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte*, 2023, p. 113.

contexte européen. La saga, encore récente, de la décision *PSPP* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹³⁰, menaçant la Banque centrale européenne de mettre un terme à la participation de la Banque fédérale allemande au programme d'achat de dettes lancé en 2015, illustre la difficulté des rapports de systèmes en Europe. Ceux-ci sont ainsi connus sous l'angle *matériel*, que soient en question la protection des droits fondamentaux, l'identité constitutionnelle, le contrôle *ultra vires* ou les conceptions réciproques de la démocratie¹³¹. Si la question de la contribution *procédurale* de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe à la construction européenne est moins connue, elle n'en est pas moins intéressante. Cette Cour a notamment développé une construction spécifique du droit au juge légal, lui permettant de contrôler les décisions de non-renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union par les juridictions allemandes de dernière instance. À côté des nombreuses études françaises et allemandes sur la jurisprudence allemande en matière de construction européenne et des travaux relatifs au mécanisme du renvoi préjudiciel¹³², l'étude tend à présenter

¹³⁰ C. constit. féd. all., décision du 5 mai 2020, 2 BvR 859, 1651, 2006/15, 980/16, intervenue après une procédure préjudicielle : CJUE, gr. ch., arrêt du 11 décembre 2018, aff. C-493/17, *Weiss e.a.* Voy., entre autres, F. MARTUCCI, « La BCE entre démocratie et Union de droit », *RTD eur.*, 2020, n° 4, p. 787-796 ; J.-C. ZARKA, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », *Les Petites Affiches*, 2020, n° 133, p. 7-17 ; D. SIMON, « Nouvelle guerre des juges : “bras d'honneur” ou “bras de fer” ? », *Europe*, 2020, n° 6 ; J.-P. JACQUÉ, « La coopération entre les juges. Quelques nuances de gris », *RTD eur.*, 2021, p. 237-242.

¹³¹ Voy. par ex. R. HOUBOUYAN-PEDERSEN, *La participation de l'Allemagne à l'Union européenne : coopération constitutionnelle et résistance juridictionnelle*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de P. MANIN), Paris : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2003 ; C. de ARANJO, *Les juges de la loi et la garantie des droits de l'homme : étude des rapports entre cours constitutionnelles et européennes en France et en Allemagne*, thèse de doctorat : droit (sous la direction d'E. DECAUX), Paris : Université Paris II Panthéon-Assas, 2005 ; J. SCHWARZE, « Das Kooperationsverhältnis des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof », in P. BADURA, H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen : Mohr Siebeck, 2001, p. 223-243 ; C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, 2019, vol. 2, n° 1, p. 69-80. La contribution d'autres cours constitutionnelles nationales peut également être mise en lumière. Tel est en particulier le cas de la Cour constitutionnelle italienne et de sa jurisprudence relative à la protection des droits fondamentaux. Voy. par ex. J. RIDEAU, « La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l'ordre juridique italien et le droit de l'intégration européenne : autonomie ou intégration ? », in F. PICOD, B. NASCIBENE (dir.), *L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 83-96 ; N. PERLO, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un “barrage contre le Pacifique” ? », *RFDC*, 2013, n° 95(3), p. 717-734 ; F. MARTUCCI, « La Cour constitutionnelle italienne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in A. ILIOPOULOU-PENOT, L. XENOU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 83-105.

¹³² Pour des thèses, voy. par ex. N. IVANOV, *Les transformations du renvoi préjudiciel : contribution à l'étude des mécanismes de l'intégration dans l'Union européenne*, thèse de doctorat : droit (sous la direction de J.-C. GAUTRON), Bordeaux : Université Montesquieu Bordeaux IV, 2009 ; L. MÈDE, *Le juge constitutionnel et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne : étude de droit comparé, Belgique, France, Italie*, thèse de doctorat : sciences juridiques (sous la direction de J.-J. PARDINI), Toulon : Université de Toulon, 2023 ; T. CARACACHE, *L'utilisation du renvoi préjudiciel dans la construction des rapports entre juridictions nationales*, projet de thèse de doctorat : droit (sous la direction de F. MARTUCCI), Paris : Université Paris II Panthéon-Assas, depuis 2018. Pour d'autres travaux, voy. par ex. C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, 2^e éd., Bruxelles : Larcier, 2010 ; A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2011 ; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE* :

l'application spécifique du droit au juge légal dans le contexte du renvoi préjudiciel européen, en complément de l'étude des questions matérielles. D'un côté en effet, celles-ci permettent d'appréhender les réponses apportées par les cours européennes et nationales à des problématiques similaires, de mettre en avant les connexions entre les cours et les influences réciproques qui en sont issues. C'est par exemple le cas des études portant sur la protection des droits fondamentaux au niveau national et au niveau communautaire. D'un autre côté, les questions procédurales complètent les approches matérielles : l'étude des mécanismes procéduraux à la disposition des cours nationales et européennes permet en effet de mettre en lumière les techniques jurisprudentielles contribuant à l'exécution et la défense du droit matériel qu'elles développent. S'il est donc intéressant d'étudier les rapports de force entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour de justice sous l'angle matériel, une autre facette de ces rapports apparaît sous l'angle procédural : la mise en œuvre du droit procédural allemand au service de l'exécution du droit de l'Union européenne et de la défense des droits dont disposent les individus en vertu de ce droit.

§ 3 : Objectifs et démarche de la recherche

19. Notre étude a pour ambition d'évaluer, dans une perspective à la fois historique et comparée, dans quelle mesure le droit allemand au juge légal s'est constitué comme un droit-pivot dans l'ordre juridique allemand. Celui-ci permet en effet aujourd'hui de faire le lien entre des éléments qui ne paraissent pas à première vue avoir de lien direct : la question de la compétence du juge, celle de son indépendance et de son impartialité, et la question de l'obligation de renvoi préjudiciel. La Cour constitutionnelle fédérale, par la mobilisation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, a établi un lien cohérent entre ces éléments, afin de leur apporter une garantie effective.

20. La démarche retenue consiste à présenter le droit allemand au juge légal, inconnu pour un certain nombre de juristes français, en précisant sa nature, son rang, son contenu général et spécifique, ainsi que ses différentes applications. Dans ce cadre, il s'agit de faire appel au droit comparé dans le temps et dans l'espace¹³³. La perspective historique paraît d'abord

le renvoi préjudiciel, Bruxelles : Bruylant, 2013 ; L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles : Bruylant, 2014 ; E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles : Larcier, 2015.

¹³³ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 22 ; A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit., p. 71 et s.

importante, en ce qu'elle apporte des clefs d'explication à la conception actuelle de ce droit en Allemagne. Classiquement, il serait en effet difficile de saisir la compréhension contemporaine du droit au juge légal « sans en connaître un tant soit peu la ou les provenances »¹³⁴. Cette méthode historique nous conduit, par ailleurs, à poursuivre une démarche de droit comparé, notamment parce que l'origine de la garantie est française. Il n'est pas rare qu'histoire du droit et droit comparé soient associés, « notamment au regard de l'enrichissement et de la distance, y compris critiques, qu'ils offrent à l'étude du droit »¹³⁵. Notre étude cherche ainsi à identifier la construction du droit au juge naturel dans les deux États étudiés, à en situer les origines, et à en suivre les trajectoires et évolutions successives dans les deux traditions nationales. Dans ce cadre, une mise en contexte de l'histoire constitutionnelle est nécessaire, en tenant compte du contexte politique, social, intellectuel et scientifique¹³⁶. Cette mise en perspective nous a conduits à réunir les textes normatifs et doctrinaux des différentes époques, afin de cerner l'évolution de la compréhension des expressions « juge naturel » ou « juge légal », qui se sont progressivement imposées. Ce travail a ainsi nécessité la prise en compte de plusieurs niveaux de discours : le droit en tant que normes juridiques, et les discours sur le droit, principalement alimentés par les juristes, « ancrés dans leur(s) environnement(s) historique, politique, social, culturel et intellectuel »¹³⁷.

21. Le droit comparé dans l'espace regroupe différents objectifs. D'abord, il permet de connaître et de comprendre le droit allemand¹³⁸. En outre, la perspective comparée nous permet de mettre en lumière la spécificité du droit allemand au juge légal dans le droit positif actuel et de renforcer la perception de ce droit comme droit-pivot. En effet, les différents éléments rattachés aujourd'hui au droit allemand au juge légal (compétence du juge, indépendance, impartialité et contrôle de l'obligation de renvoi préjudiciel) ne font, par contraste, pas l'objet d'un traitement sous l'égide d'une garantie particulière en droit français. Au-delà de présenter un droit étranger aux juristes français, cette étude vise un objectif subversif : « regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective

¹³⁴ C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁵ A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, *op. cit.*, p. 71. Voy. déjà B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, 1949, vol. 1, n° 4, p. 402-403 ; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ (dir.), *Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, p. 8.

¹³⁶ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *RFDC*, n° 68, 2006, p. 678.

¹³⁷ A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, *op. cit.*, p. 100. Voy. également M. STOLLEIS, « Methode der Rechtsgeschichte », in A. CORDES et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome 3, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2014, p. 1475-1484.

¹³⁸ J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, les Cours de droit, 1958, p. 10 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 22.

traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes »¹³⁹. L'étude du droit allemand, mise en perspective avec le droit français, permet ainsi de « changer d'optique, de remettre en cause ce que l'on présente pour acquis »¹⁴⁰. Cet objectif justifie le déséquilibre entre les différents aspects étudiés. En effet, en ce qui concerne le droit positif, le travail de recherche part du droit allemand au juge légal, tel qu'il est consacré par la Loi fondamentale de 1949 et interprété par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le droit positif français, étudié en contrepoint de cette présentation du droit étranger, permet de mettre l'accent sur les spécificités allemandes, et les aspects de rapprochement entre les deux systèmes¹⁴¹. Un constat s'impose : même en l'absence de garantie équivalente et explicite, le droit français protège un certain nombre d'éléments comparables à ceux qui sont protégés sous l'égide du droit allemand au juge légal. La comparaison avec le droit français sera en revanche extrêmement limitée pour ce qui concerne l'étude de l'application spécifique du droit au juge légal dans le contexte du respect de la compétence préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne. L'aspect très spécifique de cette mise en œuvre du droit au juge légal explique le traitement plus court dont elle fait l'objet.

22. La présente étude se donne ainsi pour ambition d'analyser le développement historique et la conception actuelle du droit allemand au juge légal, dans une perspective comparée avec le droit français. Dans un premier temps, l'analyse du développement historique du droit au juge naturel, d'abord en France puis en Allemagne, tend à montrer que le droit s'est construit pour protéger les compétences des juges face au pouvoir exécutif (**Partie I**). Dans un deuxième temps, l'étude de la conception actuelle du droit allemand au juge légal, mis en perspective avec le droit positif français, invite à constater que ce droit vise aujourd'hui avant tout à garantir le respect des compétences juridictionnelles et des règles d'indépendance et d'impartialité par les juges eux-mêmes (**Partie II**). À cet égard, une partie conclusive permettra de mettre en perspective le caractère particulièrement extensif du droit allemand au juge légal dans une perspective européenne (**Partie conclusive**).

¹³⁹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 506.

¹⁴⁰ K. MARIAT, « Ce que comparer veut dire », *D.*, 2023, n° 29, p. 1471.

¹⁴¹ Dans le même sens, voy. A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 22.

PARTIE I : LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DROIT AU JUGE LÉGAL : LA VOLONTÉ DE PROTÉGER LES COMPÉTENCES DES JUGES FACE AU POUVOIR EXÉCUTIF

23. Les revendications pour garantir le respect des compétences des juges apparaissent, d'abord en France, puis dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, dans un contexte de centralisation des pouvoirs par les souverains. Initialement, la figure du roi justicier, l'image de la justice comme pouvoir reflétant la puissance de celui qui le détient, donnent une valeur très importante au contrôle monarchique de la justice. S'il n'est, naturellement, pas question de remettre en cause la toute-puissance du souverain de droit divin, la doctrine et les juges cherchent à encadrer – non sans contradiction – l'exercice du pouvoir monarchique absolu dans le domaine de la justice. Cette ambivalence entre souveraineté monarchique et respect des compétences juridictionnelles s'exprime notamment dans les critiques contre les interventions directes des souverains dans la justice et contre la création, par ces derniers, de juridictions d'exception. C'est dans ce contexte que l'idée, pas encore explicite, du droit au juge légal ou naturel apparaît, tant en France qu'en Allemagne (**Titre I**). Le tournant du XVIII^e siècle vers le XIX^e siècle fait évoluer les contextes nationaux, parfois de manière violente, permettant les premières consécration textuelles du droit au juge naturel ou légal. L'évolution de ces consécration, et de leur réalité concrète en tant que garanties individuelles, au cours du XIX^e siècle paraît cependant déterminante pour l'avenir – prometteur ou déçu – des garanties aux XX^e et XXI^e siècles. Un élément paraît en particulier être décisif quant à la survie de la garantie : la place prise, dans la culture juridique des pays, par le juge et la justice pour la garantie des droits et libertés individuels. En Allemagne, ce rôle du juge pour la garantie des droits et libertés trouve progressivement sa place dans la construction du *Rechtsstaat* libéral. En France, au contraire, les juges sont perçus, au fil des régimes, comme les agents dépendants du pouvoir politique, tandis que la protection des droits et libertés demeure l'affaire du législateur. Il semble que cette différence de culture juridique, née au cours du XIX^e siècle, soit une clé d'explication aux destins différents du droit au juge naturel français et du droit au juge légal allemand (**Titre II**).

TITRE I : L'APPARITION DE REVENDICATIONS CONVERGENTES CONTRE L'ABSOLUTISME MONARCHIQUE EN EUROPE (XV^e- XVIII^e SIÈCLES)

24. Si la chute de l'Empire romain d'occident entraîne une période de repli sur soi des sociétés au début du Moyen-Âge, le pouvoir monarchique a su, en France, retrouver peu à peu son importance et sa supériorité. Dans le cadre de cette quête de souveraineté, l'exercice de la justice, en tant que droit régalien – un droit qui appartient en propre au roi souverain –, se révèle être un instrument particulièrement efficace pour museler les volontés d'autonomie de certains vassaux et corporations. En France, comme dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, l'acquisition d'une souveraineté de plus en plus marquée va ainsi de pair avec un mouvement de centralisation de la justice entre les mains du monarque. Ce mouvement entraîne la mise en retrait des juridictions préexistantes, et même l'usurpation de leurs compétences par les juges royaux ou le monarque lui-même. C'est dans ce contexte que les premières revendications, judiciaires et/ou doctrinales, apparaissent pour exiger le respect des compétences juridictionnelles ordinaires par le souverain et ses agents (**Chapitre I**). Les expressions « juge naturel » et « juge légal » sont progressivement associées à ces revendications, par opposition à la justice extraordinaire, d'exception ou spéciale, exercée directement ou indirectement par le souverain. La mobilisation de ces expressions, dans l'argumentation de la doctrine et du personnel judiciaire, permet de mettre en lumière les efforts communs pour encadrer par le droit l'activité des souverains (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : LA CENTRALISATION DE LA JUSTICE PAR LE POUVOIR MONARCHIQUE À L'ORIGINE DES REVENDICATIONS POUR UN DROIT AU JUGE NATUREL OU LÉGAL

25. Bien que décalé dans le temps, le phénomène de centralisation de la justice au profit du monarque absolu se produit à la fois en France et dans les territoires du Saint-Empire romain germanique. Cette centralisation entraîne la mise en retrait des juridictions préexistantes, originaires, qualifiées d'ordinaires, ce qui fait l'objet de critiques. En France, les revendications contre cet absolutisme judiciaire du monarque se manifestent de manière précoce dès le XV^e siècle. C'est à partir de ces revendications que se développe l'idée d'un droit au juge *naturel* (**Section 1**). Dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, les mêmes revendications apparaissent plus tardivement, et mènent au développement de l'idée d'un droit au juge *légal* (**Section 2**). Malgré des formulations différentes, la signification donnée à cette expression est la même : garantir la possibilité, pour tout justiciable, d'être jugé par le juge qui est ordinairement compétent, dans le respect des lois, en empêchant le recours, par le pouvoir monarchique, à des instruments de justice extraordinaire.

Section 1 : Des revendications précoces dans la France centralisée et absolue du XV^e siècle : l'apparition du droit au juge naturel

26. Avec la chute de l'Empire romain d'occident et l'émiettement progressif du royaume français, l'État et ses structures disparaissent progressivement pour laisser place à l'organisation féodale. Le roi de France n'est alors qu'un seigneur parmi d'autres, qui ne peut pas prétendre être souverain sur l'ensemble du territoire. Certains de ses vassaux sont d'ailleurs plus puissants que lui, notamment parce que la justice fait partie des droits de souveraineté de chaque seigneur¹⁴². À côté de la justice seigneuriale, les justices ecclésiastique et communale complètent le système judiciaire médiéval. Tandis que le seigneur détient une compétence

¹⁴² M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 49 ; A. LEBIGRE, *La Justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, Albin Michel, 1988, p. 19-20.

ratione loci sur les sujets de son territoire¹⁴³, l'Église fonde sa compétence sur le critère *ratione personae*, c'est-à-dire le privilège du for¹⁴⁴. Un autre privilège permet enfin aux nobles et aux bourgeois des villes d'être jugés par leurs « pairs »¹⁴⁵. Parmi tous ces privilèges, d'après les médiévistes, puis les coutumiers, chaque justiciable doit trouver « son » juge (« *judex suus* »). Cette notion est considérée comme constituant les prémices médiévales de l'idée de juge naturel¹⁴⁶. À partir des débuts de la monarchie capétienne en 987, les choses évoluent dans le sens de la réaffirmation de la supériorité du roi. Alors que ce dernier travaille à reconquérir sa position de suzerain suprême du royaume, il développe une conception de la justice fondée sur sa souveraineté judiciaire¹⁴⁷. En ce sens, une justice royale centralisée est peu à peu établie, en concurrence avec les justices préexistantes. Afin de faire valoir leurs compétences *ratione personae* et *ratione loci*, celles-ci se saisissent, dès le XV^e siècle, de la notion de juridiction naturelle¹⁴⁸ (§ 1). Elles sont cependant rapidement écartées de la plupart des contentieux, qui reviennent à des juridictions royales. À partir du XVII^e siècle, le système judiciaire français se complexifie encore davantage, au regard de la multiplication des juridictions royales extraordinaires et des procédures de justice retenue. Ce sont alors davantage les juges royaux qui dénoncent l'absolutisme judiciaire de leur roi et affirment également leur statut de juges naturels (§ 2). Sans ignorer que le développement de critères pour déterminer le juge « naturel » de chaque justiciable puisse coïncider avec une forme de garantie individuelle pour celui-ci – notamment par l'existence de règles sanctionnant, soit le juge, soit les parties, en cas d'incompétence du juge appelé à statuer –, il nous semble que l'idée du juge naturel n'aurait pas pu se développer et prospérer sans cet activisme des juges, qui ont un intérêt prépondérant à se désigner comme juges naturels des justiciables ou des litiges qui leur sont soumis. L'argument du juge naturel est en effet un argument central pour eux, notamment au regard des enjeux politiques et financiers que cela constitue¹⁴⁹, tant pour les juges originaires que pour les

¹⁴³ La règle romaine *actor sequitur forum rei*, qui donne la compétence au juge du lieu de domicile du défendeur, s'impose très rapidement comme la règle la plus logique et « naturelle » pour déterminer le juge de chaque justiciable. Voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 68 et s., p. 127 et s.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 39 et s. ; A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁵ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 49 et s.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 122. La première mention expresse de l'expression « juge naturel » serait celle d'Étienne Pasquier, avocat au Parlement de Paris, dans *Des Recherches pour la France. Livre premier et second. Plus, un pourparler du Prince, & quelques dialogues*, Paris, G. Robinot, 1581 (*ibid.*, p. 125.) Il fait d'ailleurs déjà valoir cet argument contre la justice retenue du roi – en l'occurrence, contre les commissions extraordinaires et contre les évocations au Grand conseil (*ibid.*, p. 323-325).

¹⁴⁷ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴⁸ L'apparition de l'expression « *jurisdictio naturalis* » apparaît en premier, selon Marjorie Dupuis-Berruex, chez Jean Boutillier. Ce sont en effet les juristes médiévaux qui ont initialement théorisé la « juridiction naturelle » des seigneurs, puis des ecclésiastiques (voy. *ibid.*, resp. p. 240-243, 254-256).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 227-228.

juges royaux. La progression constante de cet argument, liée à sa « malléabilité et [sa] plasticité »¹⁵⁰, est ainsi étroitement liée au pouvoir et aux conflits de compétence et de juridiction. C'est la raison pour laquelle les développements qui suivent mettent en avant les revendications des juges et les conflits de compétence qui naissent de la complexité du système judiciaire français d'Ancien régime.

§ 1 : La centralisation de la justice au détriment des juridictions préexistantes, les juridictions *naturelles*

27. Au Moyen-Âge et jusqu'à la Révolution française, la justice est un ensemble complexe mêlant superposition et juxtaposition de différentes justices apparues au fil du temps¹⁵¹. Dès le XIII^e siècle, l'autorité royale revendique la compétence judiciaire et s'engage dans la création d'une justice royale d'État (A). Jusqu'au XV^e siècle, la primauté de cette justice royale peine à s'imposer sur les justices locales existantes¹⁵², en raison de l'organisation féodale prédominante. Progressivement, la justice royale se substitue pourtant partiellement à ces justices locales. Les conflits de compétence qui en découlent sont une clé d'explication au développement précoce de revendications pour le respect de la juridiction naturelle des différents juges¹⁵³. Les juges concernés, pour certains soutenus par les justiciables, estiment en effet être les juges « naturellement » compétents pour les litiges qui leur sont retirés (B).

A. Le développement de la justice royale

28. Sous l'Ancien régime, la justice est conçue à partir de la souveraineté judiciaire du roi. Depuis Saint-Louis, « toute justice émane du roi », « fontaine de justice » ou « source de toute justice »¹⁵⁴. Le roi capétien est donc perçu avant tout comme un justicier¹⁵⁵ : « la plus

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 232.

¹⁵¹ J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 53.

¹⁵² J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, les Cours de droit, Litec, 1994, p. 11.

¹⁵³ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁴ J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France : de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions La Découverte, Repères, 2015, p. 8. ; B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, Folio Histoire, n° 173, 2009, p. 30 ; A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁵ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 151 ; J. RICHOU, *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien régime*, Paris, A. Rousseau, 1905, p. 6-7.

importante fonction des rois est de rendre la justice à leurs peuples »¹⁵⁶. Ce *pouvoir*, qui est en réalité un réel *devoir* de justice¹⁵⁷, trouve son origine dans le serment du sacre : le roi y promet à tous ses sujets une bonne justice, dans le cadre plus général de la poursuite du bien commun¹⁵⁸. Conformément à cette promesse du sacre, l'autorité monarchique crée, à partir du XIV^e siècle, des juridictions royales chargées de rendre la justice en son nom¹⁵⁹. C'est ce que l'on nomme la justice *déléguée*¹⁶⁰, qualifiée à l'époque de justice « communiquée au Parlement »¹⁶¹, et qui est opposée à la justice *retenue* du roi¹⁶². Dans l'Ancien régime, marqué par l'absence de séparation des pouvoirs, la justice retenue du roi n'est pas l'exception, mais bien la règle de principe¹⁶³. La justice royale déléguée est composée d'une juridiction de première instance (les prévôtés pour les roturiers, les bailliages et sénéchaussées pour les nobles), d'une juridiction de deuxième instance (les bailliages et sénéchaussées pour les roturiers, les présidiaux pour les nobles) et d'une juridiction de troisième instance (les parlements¹⁶⁴). Le Conseil du roi, « refuge » de la justice retenue¹⁶⁵, peut être éventuellement saisi en dernier ressort comme cour de cassation. Le roi confie à ces juridictions royales une compétence générale, de droit commun, tandis qu'il conserve la possibilité de créer des juridictions d'exception, dotées d'une compétence d'attribution. La (puis les) cour(s) des monnaies en est un exemple¹⁶⁶. Tout au long du Moyen-Âge et de l'Ancien régime, les rois successifs précisent dans des édits, déclarations et ordonnances, la répartition des compétences entre ces juges royaux dans les différentes

¹⁵⁶ C. LE BRET, *Les œuvres de messire C. Le Bret, revues et augmentées par lui de plusieurs choses notables depuis la dernière édition*, Paris, Veuve T. Du Bray, 1643, p. 80.

¹⁵⁷ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal*, *op. cit.*, p. 151. : le roi est « débiteur » de justice envers ses sujets. C'est ce qu'exprime d'ailleurs Louis XV, dans des Lettres patentes du 11 novembre 1753, portant établissement d'une chambre royale : « Un des principaux devoirs des rois est de rendre la justice aux peuples que la Providence leur a confiés » (reproduites in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 22 : 1737-1774, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1830, p. 258-259).

¹⁵⁸ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁹ Voy. par ex. un édit de Philippe VI de Valois du 10 juillet 1338 réglant la juridiction des prévôts et des juges des justices royales, cité in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 4 : 1327-1357, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821, p. 443.

¹⁶⁰ Cette expression, tout comme celle de « justice retenue » employée ci-dessous, n'existent pas à l'époque, mais ont été créées par les historiens du droit à l'ère contemporaine (J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 1 : *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009, p. 25, 67.). Ce vocable sera plus tard utilisé par la justice administrative française pour revendiquer son émancipation vis-à-vis du pouvoir exécutif.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁶² Voy. *infra*, § 2, A, para. n° 45 et s.

¹⁶³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁴ J. HILAIRE, « Parlements », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, p. 962-964.

¹⁶⁵ Sur ce Conseil, voy. par ex. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 93-101 ; J.-L. THIREAU, « Le Conseil du roi au XVI^e siècle », *La Revue administrative*, 1999, p. 10-19.

¹⁶⁶ Henri II, édit de janvier 1551 qui érige la cour des monnaies en cour souveraine et supérieure, en lui donnant compétence en dernier ressort pour toutes les causes civiles et criminelles dont elle a connaissance (cité in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 13 : 1546-1559, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1828, p. 248).

matières¹⁶⁷, et légifèrent régulièrement pour créer des juridictions ou organiser les compétences juridictionnelles¹⁶⁸.

29. Au-delà de la création de ces juridictions royales, le roi cherche également à contrôler les juridictions déjà existantes et initialement exemptes de toute domination monarchique : les juridictions seigneuriales, ecclésiastiques et communales. Au début du Moyen-Âge et en raison de l'éclatement du pouvoir souverain dans le régime féodal, ces juridictions sont quasiment indépendantes du roi et constituent des attributs essentiels des seigneurs, de l'Église et des communes. Néanmoins, dans le processus de centralisation de la justice, le monarque leur impose son pouvoir souverain et son autorité, en estimant qu'il s'agit de justices *concedées*¹⁶⁹. Les juridictions seigneuriales se voient par exemple contraintes de rendre la justice « au nom du roi », alors qu'elles statuaient jusque-là « au nom du seigneur ». Pourtant, en apparence, les souverains français successifs s'engagent régulièrement à respecter les compétences des juridictions locales. C'est d'abord le cas vis-à-vis de la justice ecclésiastique¹⁷⁰, puis un peu plus tard, face à de premières plaintes de nobles, vis-à-vis de la justice seigneuriale¹⁷¹. À cet égard, même lorsque le roi formule une garantie au profit des justiciables – par exemple en posant la règle selon laquelle un justiciable ne peut être traduit

¹⁶⁷ Voy. par ex. pour le jugement des sergents et soldats employés pour la garde des châteaux, qui revient, d'après un mandement de Philippe VI de Valois du 1^{er} mai 1347, en première instance aux châtelains, en appel aux sénéchaux, et en « second appel » au Roi lui-même (reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, p. 533 et s.). Voy. également un édit de François I^{er} du 19 juin 1536 affirmant la primauté des baillis et juges présidiaux sur les prévôts et châtelains dans leur domaine de compétence (reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 12 : 1514-1546, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1828, p. 504-510).

¹⁶⁸ Voy., à titre d'exemples, un édit de François I^{er} du 30 août 1536, sur le fait de la justice dans le duché de Bretagne (reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 513-527) ; un édit de Charles IX de novembre 1563, qui crée la juridiction des juges et consuls de Paris et règle leur compétence (citée in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 14 : 1559-1589, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 153) ; la très importante ordonnance civile d'avril 1667 de Louis XIV (reproduite in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 18 : 1661-1671, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 103-180) ; jusqu'à l'ordonnance sur l'administration de la justice de mai 1788 de Louis XVI (reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 28 : 1785-1789, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827, p. 534-550).

¹⁶⁹ Sur l'importance des légistes royaux du XVI^e siècle dans l'implantation de cette idée, voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 272-277 (laquelle cite notamment Bodin et Loyseau).

¹⁷⁰ Voy. par ex. des lettres de Philippe II Auguste de 1210, lequel s'engage à respecter le privilège des clercs, en matière criminelle, de n'être jugés que par l'Église (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 1 : 420-1270, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821, p. 204). Voy. également, en 1290 et 1299, des lettres de Philippe IV le Bel respectant les privilèges de juridiction accordés aux prélats (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 2 : 1270-1308, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821, resp. p. 683 et p. 721-722).

¹⁷¹ Voy. par ex. les ordonnances de Louis X du 15 mai 1315 (pour les nobles des bailliages d'Amiens et de Vermandois) et de mai 1315 (pour ceux du comté de Champagne) (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 3 : 1308-1327, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821, resp. p. 65 et p. 85), l'ordonnance de Philippe VI de Valois de juin 1338 (pour les nobles du Languedoc) (reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, p. 430-433), ou encore l'ordonnance de Henri II du 17 mai 1315, dans laquelle il s'engage à ce que les nobles et les religieux jouissent « sans trouble de leur haute et basse justice » (citée in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 3, p. 76).

devant la juridiction d'un seigneur que s'il est « couchant et levant » sur la seigneurie –, il apparaît que l'énonciation de la règle vise plutôt à satisfaire les seigneurs-justiciers que les justiciables eux-mêmes¹⁷².

30. Malgré les apparences et les déclarations royales en ce sens, les juges royaux empiètent régulièrement sur les compétences traditionnelles des juges locaux¹⁷³ – ce qui pousse d'ailleurs les monarques à réitérer les déclarations de respect des compétences locales. Face à la justice seigneuriale, les rois français limitent continuellement la compétence matérielle ou personnelle des juges seigneuriaux, notamment au moyen de théories spéciales, telles celle des cas royaux ou encore celle de la prévention absolue¹⁷⁴. Le roi utilise également la technique de l'appel pour diminuer l'influence de cette justice et sa capacité à trancher les litiges de manière définitive ; il joue en outre sur les règles de fonctionnement de la justice locale afin d'empêcher concrètement les seigneurs de rendre la justice (personnes « de suffisance et probité »¹⁷⁵ exigées, diplôme en droit obligatoire, greffe et prison nécessaires¹⁷⁶, liste de lieux interdits pour rendre la justice, etc.) S'agissant de la justice ecclésiastique, le procédé relève davantage d'un « grignotement » progressif des compétences par les juges royaux, notamment par l'invocation de la prédominance de l'aspect temporel sur l'aspect spirituel¹⁷⁷, ou grâce à la procédure d'appel comme d'abus¹⁷⁸. Cet objectif de l'autorité royale de neutralisation de l'influence des justices préexistantes dans l'administration judiciaire¹⁷⁹ se couple, au fil du temps, à une négligence, voire à un abandon, des seigneurs féodaux dans l'exercice de leur compétence judiciaire¹⁸⁰. Le

¹⁷² M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 82-83, qui cite précisément l'ordonnance précitée de Louis X du 15 mai 1315 – laquelle permet de calmer le mécontentement des seigneurs, dont la compétence pénale liée au domicile du défendeur avait été mise en concurrence avec celle du juge du lieu de commission de l'infraction (*ibid.*, p. 96-97).

¹⁷³ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁴ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁵ Par ex. Anne d'Autriche, édit de septembre 1645, reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 17 : 1643-1661, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 54.

¹⁷⁶ Voy. par ex. Louis XVI, ordonnance sur l'administration de la justice de mai 1788, reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 534-550. Le roi y indique d'abord en préambule ne pas vouloir porter atteinte à la compétence judiciaire des seigneurs, mais impose ensuite un nombre important de contraintes matérielles pour les seigneurs hauts-justiciers qui veulent rendre la justice (art. 18 : « avoir auditoire, greffe, et prisons saines et sûres », « un juge gradué, un procureur fiscal, un greffier et un geôlier », « après information de vie et mœurs et examen de leur capacité » – *ibid.*, p. 541). Si elles ne sont pas respectées, l'exercice de la justice sera dévolu aux juges royaux (art. 19 – *ibid.*).

¹⁷⁷ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 80. Voy. par ex., pour le jugement des « hérétiques » – traditionnellement réservé à l'Église – : Henri II, édit du 27 juin 1551, reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 13, p. 189-208.

¹⁷⁸ Voy. ici la thèse du Professeur Nicolas Sild : N. SILD, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de S. RIALS), Paris, Paris Panthéon-Assas, 2015, p. 310 et s.

¹⁷⁹ U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 85.

¹⁸⁰ A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 2, p. 678 (note n° 1).

déséquilibre s'opère ce faisant rapidement au bénéfice du pouvoir royal centralisé, lequel justifie parfois ses interventions par le « désordre » et la « confusion » que constitue cette « pluralité et multitude de justices »¹⁸¹. Les justices locales, même diminuées ou sous l'autorité du roi, continuent d'exister jusqu'à la Révolution française¹⁸² ; et leur rôle dans la vie quotidienne des sujets demeure primordial. La justice seigneuriale est notamment considérée comme plus proche des justiciables, s'adaptant plus facilement à leurs attentes, ainsi que moins coûteuse¹⁸³. Les « abus » dénoncés contre ces justices locales, un temps mis en avant, sont aujourd'hui davantage observés comme des « ajustements nécessaires pour fournir aux populations un service de proximité »¹⁸⁴. Ces arguments sont précisément importants pour appuyer les juridictions locales préexistantes dans la défense de leur compétence : dès cette première période, les juges locaux défendent leur « juridiction naturelle » face aux juges royaux.

B. La défense des juridictions locales « naturelles » face aux juges royaux

31. Dès le début du XIV^e siècle, les juridictions locales, représentées aux états généraux – notamment parce qu'elles exercent leur compétence *ratione personae* sur des personnes privilégiées représentées dans ces assemblées (clergé, noblesse) –, défendent leur compétence face aux juges royaux et réclament l'interdiction de la justice extraordinaire, notamment en matière pénale (1). Cette dernière, qualifiée parfois de « vice le plus grave »¹⁸⁵ de l'Ancien régime, est dénoncée par les représentants des états, sur le fondement du principe du juge naturel. Les juridictions préexistantes, dont l'ombre est toujours présente derrière ces revendications, se perçoivent comme les « juridictions naturelles », face aux juridictions royales¹⁸⁶. Si les monarques successifs prennent presque systématiquement des dispositions

¹⁸¹ François I^{er}, édit du 16 février 1539 relatif à la réunion de toutes les justices seigneuriales de la ville de Paris au domaine de la couronne, reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 665-670, en part. p. 665-666.

¹⁸² J.-C. FARCY, *Histoire de la justice*, *op. cit.*, p. 9, lequel dénombre par exemple encore 70 000 justices seigneuriales avant cet événement.

¹⁸³ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 193-194.

¹⁸⁴ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸⁵ J. RICHOU, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁶ Dans la conception médiévale initiale, les justices seigneuriale et ecclésiastique sont les justices « naturelles », tandis que les prémisses de la justice royale sont appelées « justice ordinaire ». Au fondement de cette distinction, il y a l'idée selon laquelle le roi peut toujours juger en personne, car il est le roi-justicier. Cette distinction disparaît rapidement, au profit de l'assimilation des adjectifs « ordinaire » et « naturel » (M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 244-245).

permettant tant de mieux régler les conflits de compétences, que de réaffirmer les critères de détermination des « juges ordinaires » et interdire les juridictions extraordinaires, l'engagement ne tient, en pratique, que trop rarement (2).

1. Une revendication constante des états généraux

32. L'expression « juridiction naturelle » apparaît, au cœur du Moyen-Âge, dans un contexte de complexification de l'appareil judiciaire et de dispute à propos du titulaire des compétences juridictionnelles. Dans un premier temps, les juridictions originaires, représentées aux états généraux, souhaitent faire respecter les privilèges de juridiction des clercs et des nobles, ainsi que la compétence territoriale des seigneurs justiciers, afin de mettre en échec les tentatives d'accaparement des compétences juridictionnelles par les juges royaux¹⁸⁷. À cette période, l'objectif n'est pas de supprimer les privilèges de juridiction ni la société d'ordres, mais plutôt « de remettre chaque ordre à sa place »¹⁸⁸. À la même période, les premières revendications contre la création de juridictions extraordinaires par le roi apparaissent également.

33. En effet, le début du XIV^e siècle par le règne de Philippe IV le Bel constitue une étape importante de l'histoire de France, permettant au royaume de retrouver sa puissance, après plusieurs siècles d'émiettement. L'exercice du pouvoir judiciaire par le roi est un instrument précieux dans ce processus, en particulier le système des commissaires, utile pour unifier et centraliser la justice. Philippe le Bel fait par exemple juger plusieurs procès par des commissions extraordinaires, telles que le célèbre procès de l'ordre du Temple, entre 1307 et 1312 ; des templiers y sont jugés par des commissaires royaux, alors qu'ils auraient dû être jugés par l'Église¹⁸⁹. Les commissions créées *ad hoc* pour juger un cas particulier sont des juridictions extraordinaires permettant d'éluder la compétence pénale des juges normalement compétents. Cela permet au roi à la fois de réserver un traitement de faveur à ses favoris, mais

¹⁸⁷ L'ombre des juridictions derrière les revendications des états se perçoit notamment dans l'invocation du privilège provincial par certaines provinces, privilège qui a d'abord été invoqué par les parlements de province pour faire valoir leur compétence face aux interventions du pouvoir royal (voy. *ibid.*, p. 174-179).

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁹ J. RICHOU, *op. cit.*, p. 33.

aussi de juger plus sévèrement ses ennemis¹⁹⁰. Mandataire du roi¹⁹¹, le commissaire reçoit une lettre de commission lui attribuant le jugement d'un cas particulier et agit sous la surveillance du pouvoir monarchique. Les commissions extraordinaires sont créées tantôt pour juger des individus nommément identifiés¹⁹², tantôt pour connaître d'un ensemble de litiges prédéterminés¹⁹³. Parfois, le roi préside en personne les commissions mises en place¹⁹⁴. Lorsqu'il s'agit de personnages importants, et malgré le principe du jugement par les pairs, valable pour les « pairs de France »¹⁹⁵, le jugement par commission s'apparente en outre à un jugement politique. C'est dans ce cadre que l'usurpation de la compétence pénale des juridictions locales par les agents du roi sera fortement dénoncée.

34. À partir de cette période, les états généraux sont conçus comme des assemblées permettant de prévenir les « inconvénients qui causent souvent les ruines des plus puissantes monarchies », en mettant au jour « les imperfections et les désordres qui s'étaient formés dans [les] états », et en donnant leur avis quant « aux moyens les plus convenables pour les retrancher »¹⁹⁶. Dès les états généraux convoqués par Jean le Bon¹⁹⁷ et tout au long des siècles

¹⁹⁰ Les commissions ne sont pas le seul fait du roi. Certains hauts seigneurs utilisent également cet instrument, à l'instar du duc de Bretagne : au XV^e siècle, ce dernier nomme par exemple une commission pour juger le maréchal Rais Laval, laquelle le condamne à être brûlé vif comme sorcier et hérétique (sentence du 25 octobre 1440, reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 9 : 1438-1461, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825, p. 76).

¹⁹¹ J. RICHOU, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹² Voy. par ex., sous Charles VI, une sentence prononcée par commission contre Jean Desmarets, avocat-général au Parlement de Paris, en janvier 1382, pour avoir été l'un des principaux chefs de la sédition de Paris (reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 6 : 1380-1400, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1824, p. 574, les auteurs précisant que « sa condamnation est regardée comme injuste par tous les historiens »). Sur ce procès, voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 35-36. Voy. encore le jugement du 17 octobre 1409 prononcé par une commission contre le ministre des Finances Montaigu, qui le condamne à mort avec confiscation de ses biens, pour crime de lèse-majesté (reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 7 : 1401-1437, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825, p. 218). Selon une anecdote célèbre, François I^{er}, visitant plus tard l'abbaye de Marcoussy, dit en parlant de Montaigu : « quel dommage qu'un pareil homme soit mort par justice », ce à quoi un moine lui aurait répondu : « Sire, il n'a pas été jugé par justice, ains seulement par commissaires » (É. PASQUIER, « Les recherches de la France », in *Les œuvres d'Estienne Pasquier*, tome 1, Amsterdam, 1723, col. 548 ; J. RICHOU, *op. cit.*, p. 36).

¹⁹³ Que ce soit en raison de leur localisation géographique ou du délit commis. Voy., pour la première hypothèse, des lettres de Charles VI donnant le pouvoir à trois individus de connaître de tous les délits et malversations commis dans le Dauphiné et d'infliger les peines nécessaires (lettres du 9 juillet 1391, citées in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 6, p. 700), et, pour la seconde hypothèse, des lettres du même roi, instituant une commission spécialisée dans la recherche et le jugement des usuriers (lettres du 3 mars 1402, citées in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 7, p. 46).

¹⁹⁴ Par ex. pour le procès par commission de Jacques Cœur, présidé par Charles VII (arrêt du 19 mai 1453, reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 9, p. 254-256). Sur ce procès, voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 36-37.

¹⁹⁵ Principe rappelé par ex. par Louis XI, ordonnance du 13 octobre 1463, citée in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 10 : 1461-1483, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825, p. 474.

¹⁹⁶ Anne d'Autriche, déclaration du 31 juillet 1648, citée in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 86.

¹⁹⁷ États généraux convoqués en février 1350, en novembre 1355, et en mars 1356, cités in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, resp. p. 628, p. 734, p. 813. À partir du XVI^e siècle, les états sont représentés par ordres, ce qui permet de mettre en évidence certaines différences entre les revendications des états privilégiés et celles du tiers-état, notamment en ce qui concerne les privilèges de juridiction. Voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 203 et s.

suivants, des contestations et des revendications naissent, tendant à faire respecter, en matière civile, les privilèges de juridiction des clercs et des nobles, et donc, corrélativement, les compétences des juridictions locales. Cela se traduit notamment par des demandes récurrentes pour supprimer les lettres de *committimus* et autres privilèges spéciaux¹⁹⁸. En matière pénale, les juridictions extraordinaires et les lettres de cachet sont fortement critiquées. À l'occasion de doléances rédigées par les états du Languedoc aux mois de janvier et février 1455, les états mettent par exemple en avant l'usurpation de la compétence des juridictions ecclésiastiques et seigneuriales, « à la totale énervation des juridictions ordinaires desdits gens d'église et nobles », et se plaignent des évocations abusives du roi en matière criminelle¹⁹⁹. Cela montre l'ambivalence des revendications individuelles ou collectives des justiciables : c'est l'« énervation » que constitue l'usurpation de compétences pour les juridictions qui est mise en avant par les états, ce qui tend à démontrer que « l'ombre du juge » se profile toujours en filigrane des revendications²⁰⁰. Dans les cahiers rédigés pour les états généraux de Tours entre janvier et avril 1483²⁰¹, un chapitre entier est consacré à la justice ; les états y demandent à nouveau l'interdiction des évocations, le respect de la compétence des églises et des nobles et l'interdiction des commissions extraordinaires²⁰².

35. En réaction, les rois français successifs reconnaissent formellement, dans leurs ordonnances et édits, la compétence des juges ecclésiastiques et seigneuriaux, encadrent l'exercice des compétences en matière civile et pénale par le rappel des critères *ratione personae et ratione loci* prédominants ; interdisant même parfois les juridictions extraordinaires, notamment les commissions et les évocations. À titre d'illustration, Jean le Bon accorde une grande importance aux « juridictions ordinaires » dans son ordonnance du

¹⁹⁸ Sur la récurrence de ces demandes, tant dans la doctrine que par les justiciables, voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 132-133.

¹⁹⁹ Doléances des états du Languedoc exposées au début de l'ordonnance de Charles VII du 8 juin 1456 (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 9, p. 278-303, en part. p. 295).

²⁰⁰ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 122.

²⁰¹ Cahier des états rédigé dans le cadre des états généraux de Tours entre janvier et avril 1483, reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 11 : 1483-1514, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827, p. 18 et s.

²⁰² *Ibid.*, resp. p. 54, p. 58 et p. 62.

28 décembre 1355²⁰³ ; tandis que son fils, durant la captivité du roi en Angleterre, fait de même en énonçant le principe du juge naturel dans son ordonnance du 3 mars 1356²⁰⁴ :

« nous [...] avons ordonné et ordonnons que *toutes justices et juridictions soient laissées aux juges ordinaires*, et à chacun singulier en sa juridiction, *sans que les baillis, prévôts ou justiciers les puissent traire devant eux* »²⁰⁵.

C'est l'une des premières fois que le principe est explicitement posé. La dichotomie entre « juge ordinaire » et « juge extraordinaire » est alors au centre du propos : celui qui détient la compétence qualifiée d'ordinaire défend cette dernière face à des titulaires de justice extraordinaire – ici, dans ce passage, les baillis, prévôts et justiciers. C'est également à notre connaissance dans cette même ordonnance de 1356 qu'est énoncée pour la première fois l'interdiction des commissions extraordinaires par le lieutenant du roi²⁰⁶. Ces éléments seront rappelés plusieurs fois par la suite, chaque fois que les états généraux protesteront à ce sujet ; et l'engagement écrit des rois successifs sera ininterrompu²⁰⁷. Par exemple, dans l'ordonnance de Montils-les-Tours d'avril 1453²⁰⁸, Charles VII redéfinit la compétence de son parlement et interdit un certain nombre de lettres en matière judiciaire (lettres d'état, de chancellerie et d'abolition). En outre, il interdit le jugement par commission et ordonne que les causes soient renvoyées « par-devant les juges auxquels la connaissance en appartient »²⁰⁹. Sur ce modèle, ses successeurs reconnaissent régulièrement la nécessité que les justiciables soient jugés « par-devant les juges ordinaires »²¹⁰, et l'interdiction de juger « extraordinairement »²¹¹, « par

²⁰³ Jean le Bon, ordonnance du 28 décembre 1355, reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, p. 734-738 : « ils ne pourront être assignés à cet égard, que devant leurs juges ordinaires » (p. 736) ; « seulement par-devant les juges ordinaires des défendeurs » (p. 749) ; « voulons et ordonnons que toutes juridictions soient laissées aux juges ordinaires » (p. 752). Les deux premiers extraits tendent à faire respecter les critères de détermination du juge compétent (critères *ratione personae* et *ratione loci*), tandis que le dernier extrait s'attache plutôt à garantir le cours ordinaire de la justice et à limiter les juridictions extraordinaires.

²⁰⁴ Charles V, ordonnance du 3 mars 1356, reproduite in *ibid.*, p. 814-847.

²⁰⁵ Article 23 de l'ordonnance précitée du 3 mars 1356 (*ibid.*, p. 829 – nous soulignons).

²⁰⁶ Article 27 de l'ordonnance précitée du 3 mars 1356 : « Pour ce que nous entendons que de la cour de notre seigneur et père et de nous, *plusieurs commissions sont empêtrées, et baillées* à plusieurs personnes autres que de la cour de notre seigneur et père, [...] dont les parties sont communément moult grevées, *nous avons ordonné et ordonnons que dès maintenant dorénavant telles commissions soient nulles, et outre ne soient passées* ; [...] et voulons que les juges ordinaires des parties contre qui les lettres seraient empêtrées, en connaissent, et ne souffrent à telles commissions être obéi. » (*ibid.*, p. 831-832 – nous soulignons).

²⁰⁷ Voy., entre autres, une première ordonnance de Montils-les-Tours de 1446 par laquelle Charles VII indique que les causes introduites devant sa cour et « qui ne sont de l'ordinaire de celle-ci » doivent être « renvoyées par-devant leurs juges ordinaires » (article 23, reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 9, p. 159).

²⁰⁸ Charles VII, ordonnance de Montils-les-Tours d'avril 1453 (reproduite in *ibid.*, p. 202 et s.).

²⁰⁹ Article 79 de l'ordonnance précitée d'avril 1453 (*ibid.*, p. 234-235 – nous soulignons).

²¹⁰ Article 36 de l'ordonnance d'Orléans de Catherine de Médicis de janvier 1560 (reproduite in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 14, p. 63-98, en part. p. 74).

²¹¹ Article 30 de l'ordonnance de Roussillon de Charles IX de janvier 1563 (reproduite in *ibid.*, p. 160-169, en part. p. 167).

commissaires »²¹², ainsi que l'interdiction des évocations²¹³. La récurrence « de règne en règne »²¹⁴ de ces engagements dans les ordonnances rendues en conséquence des états généraux montre que cette question est fondamentale pour les ordres. Ils ne manquent pas une occasion de demander au roi de respecter les privilèges de juridiction et les règles de compétence. En tout état de cause, l'accumulation des conflits de compétences impose aux différents rois de mieux encadrer la répartition des compétences et de créer des garanties procédurales au profit des justiciables²¹⁵.

36. Au-delà des assemblées des états généraux, des traces de revendication de la part des seigneurs sont perceptibles dans les lettres que le roi rédige, lequel n'hésite pas à préciser que la demande d'un plus grand respect des compétences judiciaires locales provient des seigneurs. À titre d'illustration, des lettres intéressantes de Charles VII, datées du 12 avril 1452, enjoignent au parlement de renvoyer aux juges ordinaires²¹⁶ les causes dont la connaissance leur appartient. Cette lettre débute par :

« Comme par plusieurs de notre sang et lignage, prélats et barons, et nos autres sujets, tant nobles que autres, et aussi par aucuns de nos baillis, sénéchaux et justiciers, nous ayons été averti et nous ait été remontré [...] »²¹⁷.

La réclamation tendant à un meilleur respect des compétences judiciaires par le parlement, juridiction royale, et à une répartition raisonnable entre justice royale déléguée et justice concédée, provient de tous : tant des titulaires d'une compétence de justice concédée (seigneurs, Église), que des juges royaux inférieurs (baillis et sénéchaux). Cet extrait illustre l'évolution progressive des conflits de compétences : alors que, dans un premier temps, les conflits sont essentiellement entre les juridictions préexistantes et les juridictions royales, la multiplication de ces dernières entraîne le déclin de l'importance des premières, et l'augmentation des conflits de compétence entre les juges royaux eux-mêmes²¹⁸. Les rois cherchent alors à protéger la compétence des juridictions les plus fragiles, notamment les

²¹² Article 68 de l'ordonnance de Moulins de Charles IX, sur la réforme de la justice, de février 1566 (reproduite *in ibid.*, p. 189-212, en part. p. 207).

²¹³ Articles 91 et 97 de l'ordonnance de Blois de Henri III de mai 1579 (reproduite *in ibid.*, p. 380-463, en part. p. 404, 405).

²¹⁴ A.-F.-C. FERRAND, *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions et cassations*, 1789, p. 93.

²¹⁵ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 117.

²¹⁶ La dénomination de « juges ordinaires » semble ici être utilisée par les directeurs de publication du *Recueil général des anciennes lois françaises*, et non pas par le roi lui-même, qui utilise l'expression « juges auxquels la connaissance en appartient (ordinairement) ».

²¹⁷ Charles VII, lettres du 12 avril 1452, reproduites *in* A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 9, p. 185.

²¹⁸ Pour une description précise de cette évolution, voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 270 et s.

juridictions de première instance, tant face aux volontés d'accaparement des affaires par les juridictions de second degré (afin de gagner plus d'argent issu des procès), que face aux volontés de saisine d'une juridiction de dernier ressort par les justiciables (afin de régler le conflit plus rapidement et à moindres frais)²¹⁹.

37. Avant le XVI^e siècle, l'expression « juge naturel » n'apparaît pas explicitement, ni dans la doctrine, ni dans les cahiers des états généraux, ni dans la législation royale. L'expression « juridiction naturelle » est certes utilisée dans la doctrine pour désigner la justice ecclésiastique ou la justice seigneuriale, mais elle n'apparaît pas dans les cahiers des états ou dans les actes royaux. Il semble que l'expression la plus partagée soit celle de « juges ordinaires » ou de « juridictions ordinaires », laquelle permet en premier lieu de délimiter la justice ordinaire de la justice extraordinaire²²⁰. Ce sont au départ les juges des juridictions préexistantes qui sont perçus comme les juges naturels ordinaires, bénéficiant de la compétence de droit commun²²¹, avant que la répartition des compétences soit plus encadrée et que les juges royaux délégués disposent également de compétences qualifiées d'ordinaires. Par exemple, en 1483, les états généraux défendent les justices seigneuriale, ecclésiastique et communale comme leur « justice ordinaire », face au prévôt, officier royal, considéré comme étant « hors de la justice ordinaire »²²². Moins d'un siècle plus tard, en novembre 1541, François I^{er} déclare que les conseillers du Parlement de Paris sont « les juges ordinaires du roi »²²³. Progressivement en effet, les conflits de compétence tournent en faveur des juges royaux, ce qui laisse une compétence résiduelle aux juridictions ecclésiastiques, seigneuriales et communales. Dès le XVI^e siècle, le roi apparaît à nouveau comme « prince légitime et naturel », faisant dès lors de l'argument du juge naturel un argument au profit des juridictions royales²²⁴, qui s'opposent progressivement à la justice retenue du roi²²⁵. C'est la raison pour laquelle les historiens

²¹⁹ *Ibid.*, p. 307. Voy. aussi A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 40.

²²⁰ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 208-209, qui donne l'exemple des états généraux d'Orléans de 1560, au cours desquels les trois états ont recours à cette expression pour dénoncer la justice extraordinaire (*ibid.*, p. 209-211).

²²¹ Par ex. Charles V, ordonnance du 3 mars 1356, qui associe la « justice et juridiction des seigneurs » aux « juges ordinaires » et l'oppose aux baillis et prévôts, juges royaux (reproduite *in ibid.*, p. 814-847, en part. p. 829). Voy. aussi l'utilisation de l'expression « juge naturel » pour désigner ces mêmes juridictions ordinaires, par l'ordre de la noblesse pour les états généraux de Blois de 1576 (voy. leur cahier de doléances et notamment son article 94, reproduit *in* C. LALOURCÉ, *Recueil des cahiers généraux des trois ordres aux États-Généraux*, tome 2, Paris, Barrois l'aîné, 1789, p. 147).

²²² Cahier des états rédigé dans le cadre des états généraux de Tours entre janvier et avril 1483, reproduit *in* N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 11, p. 33 et s., en part. p. 61.

²²³ François I^{er}, déclaration du 20 novembre 1541 portant que les appellations en matière criminelle seront portées au Parlement de Paris, reproduite *in* N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 759-761, en part. p. 761.

²²⁴ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 270.

²²⁵ Voy. *infra* Section 1, § 2.

retiennent aujourd'hui que la justice royale déléguée est cette justice « ordinaire »²²⁶, face aux instruments de justice retenue – justice « extraordinaire ».

38. En substance, les revendications des états généraux sont constantes, ce qui montre « quel grand intérêt la nation avait à maintenir la juridiction des tribunaux ordinaires »²²⁷. En apparence, les rois successifs semblent compréhensifs dans les réponses apportées. Toutefois, en pratique, leurs engagements ne tiennent que trop rarement, les outrepassements de compétence et l'exercice de la justice retenue étant de plus en plus fréquents.

2. Des engagements non tenus par les monarques français

39. Malgré ces engagements écrits et la bonne volonté de façade des rois français, l'influence du roi sur le cours de la justice grandit progressivement à partir du XV^e siècle, particulièrement à partir du règne de Louis XI (1461-1483). Le souverain intervient lui-même dans plusieurs procédures judiciaires²²⁸ et l'usage des commissions extraordinaires devient une arme de centralisation particulièrement efficace²²⁹. Si les rois s'engagent explicitement et par écrit à respecter les compétences des juridictions ecclésiastiques, seigneuriales et communales, la pratique effective du pouvoir judiciaire monarchique met en lumière une tout autre situation. C'est dans ce contexte que les revendications pour faire respecter la compétence des juges ordinaires prennent de plus en plus d'importance, en se focalisant sur la lutte contre la justice extraordinaire.

40. Tout d'abord, même s'ils s'engagent à faire respecter les compétences juridictionnelles, les rois français peuvent toujours invoquer des circonstances particulières pour contrevenir à leurs propres édits et déclarations. Ainsi, d'un côté, le roi peut officiellement ordonner à ses juges délégués de ne pas exécuter les potentielles lettres qu'ils recevraient de lui-même pour le traitement de certaines affaires judiciaires²³⁰. Il s'autolimité en demandant à

²²⁶ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 55 ; J. HILAIRE, « Parlements », art. cité, p. 962-963.

²²⁷ A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 301.

²²⁸ Voy. par ex. Louis XI, lettres du 15 juin 1470, ordonnant au parlement de « mettre un procès au néant » (citées in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 10, p. 614).

²²⁹ Voy. par ex. l'arrêt d'une commission du parlement du 26 décembre 1475, condamnant à mort le connétable de Saint-Paul (cité in *ibid.*, p. 727 ; voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 38), ou encore l'arrêt du Parlement de Paris, « garni de commissaires », du 10 juillet 1477, condamnant à mort le duc de Nemours (cité in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 10, p. 777 ; voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 38-39).

²³⁰ À titre d'exemple, voy. l'article 171 de l'ordonnance de Villers-Cotterêts de François I^{er} de 1539 : « Et si lesdites lettres étaient autrement baillées, défendons à tous nos juges de n'y avoir aucun égard, et condamner les impétrants

ses officiers royaux de respecter l'ordre ordinaire des compétences. Toutefois, d'un autre côté, il conserve toujours la possibilité d'une exception à cette règle, dont la délimitation est souvent laissée à sa propre discrétion. Un exemple éclairant est donné par un extrait d'une ordonnance de Philippe VI de Valois de juin 1338 :

« Les sénéchaux et les autres officiers royaux ne pourront, sous prétexte de lettres obtenues, ou à obtenir du Roi, traire devant eux en matière civile, ou criminelle, les sujets des seigneurs hauts justiciers, *à moins qu'il n'y ait mention expresse dans les lettres, que telle est l'intention du Roi, par des raisons particulières.* »²³¹

41. Les relations entre le roi de France et les juridictions locales sont d'autant plus tumultueuses que le comportement des sujets eux-mêmes appelle l'action du roi. En s'appuyant sur la promesse du sacre, ceux-ci lui réclament régulièrement – « journallement » si l'on en croit François I^{er}²³² – justice et sécurité²³³. Il n'est pas rare que les sujets s'adressent directement au monarque pour voir leur affaire judiciaire réglée en personne par celui-ci. La pratique des placets, ces « écrit[s] adressé[s] à une personne détenant du pouvoir pour lui demander justice, obtenir une grâce, une faveur »²³⁴, est ainsi courante tout au long de l'Ancien régime. Fortement critiquée et dénoncée par les juges locaux – et notamment par les seigneurs justiciers –, cette pratique est parfois limitée par les rois. Par exemple, face aux revendications du duc de Bretagne, Louis X s'engage à ne pas accepter les appels des sujets qui voudraient échapper à la juridiction du duc²³⁵. Néanmoins, en pratique, les sujets continuent jusqu'à la fin de l'Ancien régime à s'adresser directement au roi pour obtenir justice²³⁶.

42. Par ailleurs, un certain nombre de jugements politiques célèbres impliquent directement le roi, lequel se réserve toujours la possibilité, en vertu de son pouvoir souverain

en l'amende ordinaire [...] » (reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 600-640, en part. p. 635).

²³¹ Philippe VI de Valois, ordonnance de juin 1338, reproduite et traduite en français in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, p. 432 (nous soulignons).

²³² Voy. François I^{er}, ordonnance de juillet 1539 relative à la juridiction du Grand conseil, reproduite in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 575-589, en part. p. 575.

²³³ Voy. par ex. Jean le Bon, qui note dans des lettres portant nomination d'un commissaire pour juger criminellement les bannis et suspects datant du 31 janvier 1354 : « le peuple de notre royaume a été et est encore de jour en jour grandement endommagé et grevé, et de cela sont venues et viennent encore de jour en jour plusieurs plaintes devers nous, afin que nous y pourvoyions de remèdes convenables » (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 4, p. 706-707).

²³⁴ Trésor de la langue française, « Placet » (en ligne).

²³⁵ Louis X, rescrit de mars 1315, Saint-Germain-en-Laye, reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 3, p. 130 : « Le Roi n'accordera plus de lettres à ceux qui diront avoir interjeté appel, pour être exempts de la juridiction du duc ».

²³⁶ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 41.

absolu, de juger toute affaire de son choix – notamment en matière pénale. Par exemple, Charles V décide de présider la cour des pairs²³⁷ qui doit juger le duc de Bretagne pour son alliance avec les Anglais durant la guerre de Cent Ans. Malgré les protestations des pairs, le roi ne préside pas uniquement la séance, mais expose lui-même les griefs et annonce la condamnation à mort et la confiscation des biens du duc²³⁸. En guise d'humiliation, le roi peut également refuser le privilège de juridiction, et tantôt utiliser l'arme de la commission pour garantir un traitement défavorable à une personnalité publique²³⁹, tantôt la faire condamner par un parlement de province, et non par le Parlement de Paris réuni en cour des pairs²⁴⁰. L'exemple des commissions criminelles extraordinaires durant les guerres de religion (1572-1598) est topique à cet égard²⁴¹ ; les commissions instituées étant le plus souvent composées spécifiquement d'ennemis de l'accusé²⁴². Les procès politiques sont aussi nombreux sous le commandement de Richelieu et de Louis XIII²⁴³, tandis que, plus tard, le procès par commission de Nicolas Fouquet²⁴⁴, sous Louis XIV, constitue encore une occasion pour le roi de refuser au surintendant des finances le privilège du jugement par les pairs²⁴⁵. En outre, la toute-puissance du roi s'exprime par la possibilité pour ce dernier, après avoir activement participé à la condamnation d'un personnage public, d'« abolir » la condamnation et d'innocenter la personne initialement condamnée²⁴⁶. Le roi fait et défait les jugements à son gré.

43. L'extension du pouvoir judiciaire du souverain français, à la fois par la création de juridictions royales ainsi que par l'exercice d'un contrôle croissant sur les justices préexistantes,

²³⁷ Au XIV^e siècle, le roi sédentarise en effet sa cour à Paris et crée le Parlement de Paris, chargé de juger les pairs de France (voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 57-58).

²³⁸ Arrêts de la Cour des pairs présidée par Charles V des 9 décembre 1378 et 20 juillet 1379 (reproduits in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 5 : 1357-1380, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1824, resp. p. 493, 513).

²³⁹ Par ex. l'amiral de France Chabot est condamné par une commission créée par lettre patente et présidée par François I^{er}, lequel rédige d'ailleurs la décision finale de condamnation dans une lettre royale du 8 février 1540 (reproduite in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 721-743). Voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 40-41.

²⁴⁰ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 568, qui donne l'exemple de Richelieu, lequel refuse, en 1627 et 1632, de faire juger des ducs rebelles, Henri de Rohan et Montmorency, par le Parlement de Paris, et les fait juger par le parlement de Toulouse.

²⁴¹ Par ex. contre le prince de Condé. Voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 41-44.

²⁴² U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 89.

²⁴³ Voy. le chapitre consacré à Richelieu dans J. RICHOU, *op. cit.*, p. 46-78. Ce dernier note que pendant ses dix-huit années de ministère, il a fait condamner à mort 47 personnes par commission, dont 26 ont été exécutées (*ibid.*, p. 78).

²⁴⁴ Jugement par commissaires condamnant Fouquet au bannissement perpétuel pour trahison et concussion (procès du 14 novembre au 20 décembre 1664, cité in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 18, p. 43).

²⁴⁵ Sur ce procès, voy. J. RICHOU, *op. cit.*, p. 104-114 ; F. CHERCHÈVE, « Le procès de Nicolas Fouquet », in J. IMBERT (dir.), *Quelques procès criminels des XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, PUF, 1964, p. 101-120. Dans sa thèse, Marjorie Dupuis-Berruex met en évidence l'importance de l'argument du juge naturel dans la défense de Fouquet et de son épouse (M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 197-202).

²⁴⁶ C'est ainsi que François I^{er} a finalement innocenté Chabot en mars 1541 (lettres reproduites in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 773-778).

constitue la base qui permet au roi d'imposer progressivement, et jusqu'au XVIII^e siècle, l'absolutisme monarchique²⁴⁷. D'un point de vue individuel et collectif, l'argument du juge naturel permet aux individus et aux états privilégiés de faire garantir leurs privilèges de juridiction contre les privilèges spéciaux et les tribunaux d'exception. Les juges naturels sont ainsi des juges « fondés de juridiction légitime, non choisis ni affectés »²⁴⁸. Du point de vue des juridictions préexistantes, l'argument de la « juridiction naturelle » leur permet de s'opposer aux usurpations de compétences de la part de la justice royale. Si les revendications des seigneurs-justiciers se font déjà plus rares à la fin du Moyen-Âge²⁴⁹, celles de l'Église se maintiennent partiellement jusqu'à la fin de l'Ancien régime²⁵⁰. Toutefois, ces justices préexistantes ne sont plus au centre des conflits de juridiction qui occupent le roi. En effet, à partir du XVII^e siècle, l'absolutisme judiciaire fait l'objet de critiques par les juges royaux eux-mêmes, notamment les juges des cours souveraines²⁵¹. Ceux-ci, qualifiés de juges royaux ordinaires par le roi, revendiquent le respect de leur compétence face à la justice retenue – extraordinaire – du souverain. L'argument du « juge naturel » apparaît fondamental dans leur lutte.

§ 2 : L'absolutisme judiciaire du roi au cœur des revendications des juges royaux, juges *naturels*

44. Si dans les premiers temps de l'Ancien régime, les juges royaux constituent les alliés du roi dans l'imposition du pouvoir souverain de l'autorité monarchique, ils deviennent peu à peu des officiers autonomes réclamant davantage de privilèges et d'autonomie face au monarque. S'opposant au roi lorsque celui-ci intervient dans le cours de la justice et leur confisque leurs compétences, ils revendiquent leur statut de juges naturels des litiges qui leur sont dévolus. Le conflit qui naît entre le roi et ses juges, notamment ses parlements (A), s'intensifie peu à peu et atteint son paroxysme sous la monarchie absolue des rois Louis XIV et Louis XV, période durant laquelle les juges royaux utilisent l'argument du juge naturel, afin de

²⁴⁷ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 544.

²⁴⁸ N. FOUQUET, *Recueil des Defenses de Mr Fouquet: Defenses de Mr Fouquet, Sur tous les points de son Procez*, tome 2, 1665, p. 3.

²⁴⁹ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 250.

²⁵⁰ Pour de la doctrine moderne relative à la juridiction naturelle de l'Église, voy. *ibid.*, p. 263-266.

²⁵¹ N. PICARDI, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, 2010, p. 30.

lutter contre la justice extraordinaire du monarque (B). Cet argument connaît alors un « développement et une portée sans précédent »²⁵².

A. Le conflit naissant entre le roi et ses parlements

45. Le roi, en tant que souverain absolu, peut toujours suspendre, interrompre ou retenir la délégation faite aux juridictions royales²⁵³. Au cœur de l'Ancien régime, l'exercice de la justice retenue ne saurait formellement constituer un abus d'autorité du roi : il exerce simplement sa fonction souveraine de justicier, qu'il ne peut pas toujours exercer lui-même directement pour des raisons pratiques²⁵⁴ et qu'il délègue donc « pour la vie de tous les jours »²⁵⁵. Selon l'adage, *adveniente principe, cessat magistratus* : lorsque le roi se présente dans l'une de ses cours souveraines, cela suspend par principe la délégation qu'il a donnée aux officiers de justice²⁵⁶. Il reprend la plénitude de sa compétence judiciaire en jugeant les affaires soumises. C'est ce que défend la doctrine royale, et ce jusqu'à la veille de la Révolution²⁵⁷. Le conflit entre le roi et ses propres juges apparaît lorsque le premier, se méfiant des seconds et du rôle politique qu'ils souhaitent prendre, multiplie l'emploi des mécanismes de justice retenue²⁵⁸. Ce sont notamment avec les juges des parlements que le conflit s'intensifie. Initialement, les juges du parlement, rendu sédentaire à Paris en 1302, font corps avec le roi, puisqu'il s'agit de l'organe judiciaire dérivant de la Cour du roi²⁵⁹. Les juges représentent le

²⁵² M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 315.

²⁵³ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 25 ; N. PICARDI, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », art. cité, p. 31.

²⁵⁴ Voy. A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 12-13. La même idée est exprimée par le roi Louis XV lui-même : « Un des principaux devoirs des rois est de rendre la justice aux peuples que la Providence leur a confiés ; et comme ils ne peuvent par eux-mêmes vaquer à cette importante fonction, ils sont dans l'obligation d'en commettre le soin à des personnes capables de la remplir à leur décharge. » (lettres patentes du 11 novembre 1753 portant établissement d'une chambre royale, reproduites in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 22, p. 258-259).

²⁵⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 88.

²⁵⁷ Sur la doctrine royale la plus pertinente à ce sujet, voy. M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 362 et s. Cette dernière démontre que l'argument du juge naturel a été partiellement utilisé par les légistes du roi pour renverser l'opposition des juges royaux contre l'usage de la justice retenue.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 321.

²⁵⁹ J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 87-88.

roi²⁶⁰ et rendent la justice pour lui, en son nom. Le roi peut à tout moment siéger au parlement pour juger une affaire, en décidant alors des personnes qui doivent l'entourer dans cette tâche²⁶¹.

46. Toutefois, progressivement, les juges du Parlement de Paris prennent davantage d'importance. En premier lieu, à partir de l'instauration du principe de cooptation de leurs sièges, ils se perçoivent comme membres d'un organe doté d'une confiance politique pour l'administration des états²⁶². Les parlementaires se présentent comme les défenseurs des intérêts des états, comme « les gardiens des privilèges et libertés des provinces »²⁶³. C'est la raison pour laquelle apparaissent, dans des ordonnances rendues en conséquence d'états généraux, des références au respect de la compétence des « cours souveraines », et non pas uniquement des juridictions locales des états²⁶⁴. À partir du moment où les états généraux ne sont plus convoqués – après 1614 –, les parlements deviennent les adversaires principaux des mécanismes de justice retenue ; ils reprennent alors, tout au long des XVII^e et XVIII^e siècles, le rôle d'opposition au pouvoir royal qu'occupaient les états²⁶⁵. Au-delà de la représentation de ces derniers, le parlement se positionne politiquement comme le représentant du peuple en entier, de la nation²⁶⁶. Par cette manœuvre, il impose son implication dans le processus législatif, par l'enregistrement des lois²⁶⁷. Ceci est l'une des sources de conflit les plus importantes entre le roi et ses propres juges.

47. En second lieu et dans le prolongement de la question de la participation au pouvoir législatif, les parlementaires revendiquent une certaine autonomie vis-à-vis du roi. Politiquement, ils tentent d'affaiblir l'autorité royale et de réclamer davantage de pouvoir, en

²⁶⁰ Voy. par ex. Charles V, lieutenant du roi, mandement du 19 mars 1359 : « le parlement [...], de tout temps, a été, et est, quand il se tient, la justice capitale et souveraine de tout le royaume de France, *représentant, sans moyen, la personne de mon seigneur [le roi] et la nôtre* » (reproduit in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 5, p. 72 – nous soulignons).

²⁶¹ Voy. par ex. un arrêt du parlement prononcé par le roi Charles VI au sujet du comté d'Eu datant du 6 novembre 1392 (cité in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 6, p. 713).

²⁶² U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 105.

²⁶³ N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 13, p. 459 (note n° 2). Cela apparaît par exemple dans le cahier de doléances de l'ordre de la noblesse pour les états généraux de Blois de 1576 (voy. l'article 107 de leur cahier reproduit in C. LALOURCÉ, *op. cit.*, p. 149).

²⁶⁴ Par ex. Henri III, ordonnance de Blois de mai 1579 : à son article 91, le roi s'engage à ne pas évoquer les procès, devant son conseil privé, qui reviennent normalement à la compétence de « ses » juges ordinaires et de « ses » cours souveraines. Il ne s'agit pas ici des juges ordinaires locaux et originaires, mais bien des juges royaux ordinaires de première instance (reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 14, p. 380-463, en part. p. 404).

²⁶⁵ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 104.

²⁶⁶ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 191-192 ; M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 334. Cela n'est pas sans contradiction avec le fait que le parlement « représente » le roi en son absence, qu'il fait « corps » avec le roi (F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIII^e siècle) », *Droits*, 2001, vol. 34, p. 197).

²⁶⁷ Cet enregistrement des actes royaux par les parlements et autres cours souveraines naît au XIV^e siècle, dans l'objectif de faire connaître et de faire conserver les lettres patentes du roi dans l'ensemble du royaume. Voy. F. SAINT-BONNET, art. cité, p. 178-179.

contrôlant les actes plus politiques du roi – qualifiés d’actes de gouvernement. C’est tout particulièrement le cas lors des périodes de régence²⁶⁸. Ils fondent leur indépendance sur l’idée selon laquelle l’origine de leur pouvoir proviendrait de Dieu ; le Parlement serait né avec la monarchie et en serait un élément consubstantiel²⁶⁹. Les magistrats du parlement seraient ainsi responsables à la fois devant le roi, mais aussi directement devant Dieu²⁷⁰. Le monarque multiplie donc, en représailles, les évocations²⁷¹, appels et cassations devant son Conseil²⁷², ce que les parlements ont toujours considéré comme étant des instruments illégaux²⁷³. Bien que ces procédures aient existé dès le XIV^e siècle²⁷⁴, leur usage se renforce considérablement en même temps que l’autorité du roi de France. Elles lui permettent de rappeler à ses juges royaux la prééminence de son pouvoir judiciaire, dont il « distribue souverainement l’exercice »²⁷⁵. Ainsi, en 1555, Henri II renforce l’effectivité des instruments de justice retenue, en rendant exécutoires dans tout le royaume les arrêts, décrets et commissions du Conseil du roi²⁷⁶, au détriment donc des compétences juridictionnelles des juges royaux ordinaires. Sous Louis XIII, l’exercice du pouvoir judiciaire royal s’exerce avant tout par la mise en place de commissions extraordinaires²⁷⁷, tandis que, durant la période absolutiste, les instruments les plus utilisés par

²⁶⁸ Un premier conflit entre le roi et le Parlement de Paris semble se situer au moment où François I^{er}, de retour d’Italie en juillet 1527, s’aperçoit que les conseillers du Parlement de Paris ont tenté d’affaiblir le pouvoir de sa mère, alors régente. En réponse aux réclamations du parlement contre les évocations faites au Grand conseil, le roi rappelle l’interdiction pour les conseillers de s’occuper d’autre chose que de la justice (procès-verbal de l’évènement reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 12, p. 275 et s).

²⁶⁹ F. SAINT-BONNET, art. cité, p. 185.

²⁷⁰ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 320 ; J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice », art. cité, p. 91. La revendication de l’origine divine de la fonction de juge est d’ailleurs plus large que les revendications du parlement (voy. J.-L. THIREAU, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *op. cit.*, p. 132).

²⁷¹ On distingue deux types d’évocations : les évocations-récusation, qui constituent « une voie de justice pour les particuliers », et les évocations-dessaisissement, qui sont « un mode de régulation juridique et politique », l’expression de la justice retenue du roi (G. LEYTE, « Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique », *Histoire, économie & société*, 2010, vol. 29, n° 3, p. 38). En parlant des premières, le chancelier D’Aguesseau, proche du pouvoir royal aux XVII^e et XVIII^e siècles, reconnaît que « l’évocation est contraire au droit commun », que « c’est un remède extraordinaire qui ne s’accorde qu’à ceux qui n’en ont plus d’autre à attendre » (H.F. D’AGUESSEAU, « Mémoire sur les évocations », in J.-M. PARDESSUS (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d’Aguesseau*, tome 9, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 327). Sur les évocations, voy. par ex. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 96-98.

²⁷² J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 76.

²⁷³ *Ibid.*, p. 260.

²⁷⁴ À titre d’exemple, voy. Charles V, lettres d’évocation du 4 juillet 1366, reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 5, p. 253-255 : le roi évoque devant son Grand conseil les contestations initialement portées devant le Parlement de Paris, dans un litige opposant le duc de Berry à plusieurs églises du Berry et de l’Auvergne.

²⁷⁵ G. LEYTE, art. cité, p. 41.

²⁷⁶ Henri II, édit de septembre 1555, reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 13, p. 459-461. Les directeurs de publication du *Recueil* précisent en note de bas de page qu’« au moyen des évocations le conseil usurpait tout » (p. 459).

²⁷⁷ Notamment par Richelieu, l’instrument de la commission lui permettant de se venger de ses ennemis politiques (U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 101). Voy. par exemple des remontrances faites par le Parlement de Paris à Louis XIII le 28 novembre 1631, contre l’exécution de deux hommes condamnés à mort par des commissaires, sur ordre de

les monarques sont les lettres de cachet et les évocations²⁷⁸. Les membres des parlements, soutenus par les « gens du roi »²⁷⁹, protestent contre l'usage de ces mécanismes de justice retenue – notamment les évocations²⁸⁰ –, ainsi que contre les cassations illégales, qui se produisent « avec une facilité scandaleuse »²⁸¹. Si le monarque s'engage toujours, face aux « plaintes réitérées des états et des cours »²⁸², à respecter et à faire respecter les ordonnances encadrant la répartition des affaires et l'utilisation des mécanismes de justice retenue²⁸³, il ne tient pas ses promesses en pratique. Les critiques portent ainsi, dès le XV^e siècle, sur la dépossession des juges « ordinaires » que sont les parlements, qui perdent finalement leur qualificatif de cours *souveraines* sous Louis XIV, pour celui de cours *supérieures*²⁸⁴. De manière subsidiaire, les parlementaires protestent également contre la création de juridictions royales spécialisées ou d'exception, des nouvelles juridictions concurrentes auxquelles est généralement attribuée une partie de leur contentieux²⁸⁵.

48. C'est dans ce contexte de plus en plus conflictuel, entre le roi et ses propres juges, que l'argument du juge naturel est invoqué par les parlementaires pour combattre la justice extraordinaire du monarque. L'importance que revêt progressivement cet argument est en adéquation avec le développement de la justice retenue par le pouvoir monarchique²⁸⁶.

Richelieu (citées in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 16 : 1610-1643, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 369).

²⁷⁸ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 103.

²⁷⁹ Les « gens du roi » sont la catégorie d'officiers dont le rôle est de parler au nom du roi et de défendre ses intérêts dans les juridictions (ministère public). Voy. ici A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 114-146, lequel donne un grand nombre de références de réclamations des gens du roi depuis le XV^e siècle. Ferrand indique même que « le ministère public ne laissait passer aucune évocation sans la dénoncer au Parlement » (*ibid.*, p. 147-148).

²⁸⁰ Par ex. : Parlement de Paris, règlement du 11 janvier 1657 (reproduit partiellement in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 341-343) ; remontrances du 1^{er} mars 1721 sur l'évocation du procès du duc de la Force (reproduites in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 1 : 1715-1753, Paris, Imprimerie nationale, 1888, p. 140-148) ; parlement de Bordeaux, remontrances du 30 mai 1786 (reproduites in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 179-183) ; parlement de Toulouse, remontrances du 10 octobre 1755 (reproduites en annexe in J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 310-316).

²⁸¹ A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 261.

²⁸² *Ibid.*, p. 71.

²⁸³ Voy. par ex. Henri III, ordonnance de Blois de mai 1579, reproduite in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 14, p. 380-463, en part. p. 404 : il s'engage à faire respecter la compétence des « juridictions ordinaires » et des « cours souveraines », en tant que « juges qui [...] doivent naturellement connaître [des litiges] », et de ne pas évoquer les procès devant son conseil. Voy. aussi Louis XIV, déclaration du 11 janvier 1657, à la suite des plaintes exposées par le Parlement de Paris, reproduite in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 344-345. Le roi y rappelle son engagement pour le respect des ordonnances relatives aux évocations.

²⁸⁴ G. LEYTE, art. cité, p. 41 ; M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 333 ; J. HILAIRE, « Parlements », art. cité, p. 962.

²⁸⁵ Voy. notamment l'opposition des parlements à la création des présidiaux par Henri II (édit du 3 février 1553, cité in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, tome 13, p. 353) – réforme qui a d'ailleurs finalement été un échec (J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 58 ; A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 45).

²⁸⁶ M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 336.

B. L'argument du juge naturel, instrument de lutte contre la justice extraordinaire du monarque

49. Pendant une grande partie de l'Ancien régime, les juges des parlements œuvrent pour défendre leur compétence face aux interventions du roi dans le cours de la justice. Leur argumentation, mettant en avant l'opposition entre la justice *ordinaire* qu'ils rendent, et la justice *extraordinaire* mise en place par l'autorité royale, se fonde progressivement sur la notion de « juges naturels ». Cependant, jusqu'au milieu du XVII^e siècle, cet argument est ancré dans un discours politique, sans donner de définition positive de ce que sont ces « juges naturels », mais simplement pour s'opposer aux mécanismes de justice retenue et faire garantir les compétences des parlements²⁸⁷.

50. Au XVI^e siècle, la dichotomie entre la justice ordinaire et la justice extraordinaire n'est pas une nouveauté. Cependant, sa mobilisation pour mettre en échec les tentatives du roi d'intervenir dans le cours de la justice est plus importante à mesure que l'absolutisme monarchique se développe. Cela n'est pas toujours fait pour discréditer le roi. Par exemple, la distinction entre l'office, charge ordinaire, et la commission, charge extraordinaire, existe dans l'œuvre de Charles Loyseau²⁸⁸, pourtant fidèle à la monarchie absolue²⁸⁹. Il définit l'office comme une « dignité avec fonction *ordinaire* en l'État », étant précisé que « le mot *ordinaire* » distingue l'office « d'avec la commission »²⁹⁰. Cependant, et même si l'opposition entre les officiers et les commissaires est moins marquée en réalité que ce qui est décrit dans la doctrine²⁹¹, c'est avant tout la contradiction entre les juridictions royales ordinaires et les commissions extraordinaires qui est mise en avant par une grande partie de la doctrine entre les XVI^e et XVIII^e siècles²⁹². Au-delà de la simple dichotomie entre justice ordinaire et justice extraordinaire, c'est tout un lexique d'antagonismes que construit la littérature pour décrire

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 328.

²⁸⁸ C. LOYSEAU, *Cinq Livres du droit des offices*, 2^e éd., Paris, Veuve A. L'Angelier, 1613, p. 14.

²⁸⁹ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Loyseau Charles », *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 678-680.

²⁹⁰ C. LOYSEAU, *Cinq Livres du droit des offices*, *op. cit.*, p. 14 (nous soulignons).

²⁹¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 109.

²⁹² Voy. par ex. É. PASQUIER, art. cité ; P. AYRAULT, *Ordre et instruction judiciaire [1610]*, revue et corrigée par V. Jeanvrot, Paris, A. Cotillon et A. Chevalier-Marescq, 1881 ; B. de LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlemens de France*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617 ; C. JOLY, *Recueil de maximes véritables et importantes pour l'institution du roy. Contre la fausse & pernicieuse politique du cardinal Mazarin, prétendu Sur-Intendant de l'éducation de Sa Majesté*, Paris, 1663 (lequel qualifie par exemple les commissions extraordinaires de « chambre[s] d'injustice », p. 396) ; P.-L. CHAILLOU, *Des commissions extraordinaires en matière criminelle*, 1766.

l'utilisation des mécanismes de justice retenue²⁹³. L'ordinaire répond à l'extraordinaire, l'impartialité à l'arbitraire ; le caractère permanent, fixe, stable des compétences inscrites dans la loi est comparé au caractère éphémère, fluctuant des interventions du roi dans le cours de la justice. De façon générale, l'établissement de juges extraordinaires est perçu comme un « renversement de l'ordre »²⁹⁴ ordinaire.

51. Ce vocabulaire d'opposition est repris par les juges eux-mêmes, les officiers, pour critiquer le recours aux « juges extraordinaires »²⁹⁵ ou « arbitraires »²⁹⁶, et faire valoir le respect de leurs propres compétences face à l'intervention du roi dans le cours de la justice. En particulier, le Parlement de Paris se présente comme l'antonyme de cette justice extraordinaire. Concernant les commissions, cela apparaît par exemple en filigrane des délibérations de la Chambre Saint-Louis de juin et juillet 1648²⁹⁷, pendant la Fronde parlementaire. Dans ces délibérations, les parlementaires révoquent tous les mécanismes de justice retenue, en utilisant notamment à plusieurs reprises le qualificatif « extraordinaire » pour nommer les commissions²⁹⁸. Le Parlement de Paris justifie cette critique des commissions par la mise en lumière du soupçon de partialité qui naît en cas d'utilisation de ce mécanisme de justice retenue. Il insiste ainsi sur l'exigence d'être jugé par un juge ou un tribunal impartial, qualité dont un commissaire nommé spécialement par le roi pour juger un litige ne saurait se prévaloir²⁹⁹. Selon les juges, la confiance du justiciable dans la justice provient de la confiance dans la loi – laquelle établit la compétence du juge –, et non pas de la confiance envers les hommes directement³⁰⁰.

52. Dans ces mêmes délibérations de 1648, l'expression « juge naturel » apparaît en matière pénale, afin de faire interdire les lettres de cachet :

²⁹³ À la fin de l'Ancien régime, Boucher d'Argis définit ainsi simplement la commission comme n'étant « pas le juge naturel de l'affaire » (A.-G. BOUCHER D'ARGIS, « Commission », in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 3, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1753, p. 711).

²⁹⁴ L.-A. LE PAIGE, *Memoires au sujet d'un nouvel Ecrit contre le Parlement, intitulé : Observations sur le refus que fait le Châtelet reconnoître le Chambre royale*, s.d., cité par M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 340.

²⁹⁵ Parlement de Paris, grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les Refus de Sacrements, citées in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 571.

²⁹⁶ Parlement de Paris, grandes remontrances précitées du 9 avril 1753 (*in ibid.*, p. 569).

²⁹⁷ Assemblée des cours souveraines (Parlement de Paris, chambre des comptes de Paris, Grand conseil, cour des aides de Paris), délibérations arrêtées, tenues et commencées en la chambre Saint-Louis, du 30 juin au 9 juillet 1648, reproduites in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 72-84.

²⁹⁸ Voy. à l'article 1^{er} (« commissions extraordinaires non vérifiées par les cours souveraines », reproduit *in ibid.*, p. 72-73), à l'article 10 (« commissions extraordinaires », reproduit *in ibid.*, p. 78), ou encore à l'article 17 (« commissions contraires et extraordinaires », reproduit *in ibid.*, p. 80-81).

²⁹⁹ Parlement de Paris, remontrances des 5 et 8 décembre 1766 sur l'évocation du procès criminel de MM. de la Chalotais et consorts, reproduites in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 2 : 1755-1768, Paris, Imprimerie nationale, 1895, p. 663-673, en part. p. 664.

³⁰⁰ Parlement de Paris, remontrances précitées des 5 et 8 décembre 1766, reproduites *in ibid.*

« Art. 6. Qu'aucun des sujets du roi, de quelque qualité et condition qu'il soit, ne pourra être détenu prisonnier passé vingt-quatre heures, sans être interrogé, suivant les ordonnances, et rendu à son juge naturel [...] »³⁰¹.

Dans une « sorte d'*Habeas corpus* »³⁰², le principe du juge naturel est énoncé comme le droit, pour toute personne détenue, d'être présentée au plus vite à un juge, pour décider de sa détention ou de sa mise en liberté. Le « juge naturel » s'oppose à l'autorité de police, qui ne peut détenir des personnes indéfiniment, sans l'intervention d'un juge³⁰³. Mais il s'oppose aussi au roi lui-même et à sa volonté, puisque dans ce même article 6 sont supprimées les lettres de cachet, un mécanisme qui permet justement à l'autorité royale d'imposer l'emprisonnement d'une personne sans procès ni jugement. À la veille de la Révolution française, les critiques faites aux lettres de cachet, ainsi que ce lien entre la liberté individuelle, la détention, et l'intervention nécessaire du « juge naturel » auront une place particulièrement importante dans de nombreux cahiers de doléances³⁰⁴.

53. Après une mise en retrait forcée de cet argument sous Louis XIV, le Parlement de Paris revient à la charge au début du XVIII^e siècle, afin de critiquer les évocations et cassations³⁰⁵. Dans ses grandes remontrances sur les refus de sacrements de 1753, il dénonce l'interruption du « cours *ordinaire* de la justice » qui en résulte³⁰⁶, opposant encore la justice ordinaire à ces mécanismes de justice extraordinaire. En 1768, dans de nouvelles remontrances contre le Grand conseil, le Parlement de Paris associe explicitement la critique des évocations à un « droit » au juge naturel :

³⁰¹ Article 6 des Délibérations précitées de la chambre Saint-Louis du 30 juin 1648 (reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 75-76).

³⁰² F. SAINT-BONNET, art. cité, p. 188.

³⁰³ Il s'agit des prémices du principe énoncé aujourd'hui à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

³⁰⁴ Voy. *infra*, Chapitre II, Section 1, § 1, B, para. n° 93 et Chapitre II, Section 2, § 1, B, para. n° 109.

³⁰⁵ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 336.

³⁰⁶ Parlement de Paris, grandes remontrances précitées du 9 avril 1753, reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 521 (nous soulignons).

« Tous ces abus, Sire, prennent leur source dans la nature et l'essence de l'assemblée dite Grand conseil, qui, n'existant que par *des évocations et des attributions* contre lesquelles les lois réclament, qui, *dépouillant les tribunaux ordinaires de la juridiction qui leur appartient naturellement*, les Cours souveraines de leurs droits les plus essentiels et *tous les citoyens du droit qu'ils ont de ne pouvoir être distraits de leurs juges naturels*, est nécessairement en contradiction avec les lois, avec les tribunaux, avec l'État entier. »³⁰⁷

Cet extrait est intéressant, car il met en lumière les deux aspects de développement de la notion de juge naturel : à la fois l'argument des juridictions pour revendiquer une compétence qui leur « appartient naturellement », mais aussi la garantie individuelle pour les justiciables. À la veille de la Révolution de 1789, les deux éléments se mêlent encore davantage : la garantie du juge naturel des sujets est cette fois mise directement en opposition avec l'usage des mécanismes de justice retenue. Un extrait des itératives remontrances du Parlement de Paris datées du 3 mai 1788³⁰⁸ semble en particulier intéressant à cet égard :

« [...] *chaque sujet a ses juges naturels* [...]. Or, nous osons le demander, quels sont les droits, quelles sont les lois qui pourraient résister à la prétention annoncée par vos ministres, sous le nom de Votre Majesté ? Sa seule volonté fera l'arrêt en matière de législation ! Elle pourra donc, par une loi, [...] *intervertir l'ordre des tribunaux, s'investir elle-même du droit de juger seule, ou de choisir les juges en matière civile, en matière criminelle* [...]. »³⁰⁹

Les parlementaires opposent au projet de réforme un « droit », une « loi » : le principe du juge naturel. Or, selon eux, ce principe ne survivrait pas si la réforme projetée était entérinée. En effet, il serait en quelque sorte vidé de sa substance, puisque la réforme permettrait au roi de modifier les compétences juridictionnelles, de créer des commissions (« choisir les juges ») et d'évoquer les procès (« s'investir elle-même [l'autorité royale] du droit de juger seule »). Le droit au juge naturel est en contradiction avec ces mécanismes de justice retenue ; il va à l'encontre de cette justice extraordinaire du souverain lui-même ou de ses agents. La garantie

³⁰⁷ Parlement de Paris, représentations adressées au roi le 7 juillet 1768, reproduites in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *op. cit.*, tome 2, p. 892-897, en part. p. 896 (nous soulignons).

³⁰⁸ Parlement de Paris, itératives remontrances du 3 mai 1788 sur la séance royale du 19 novembre 1787 et sur la réponse du roi aux premières remontrances (datée du 17 avril 1788), reproduites in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés*, tome 1, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 285-288.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 286 (nous soulignons).

du juge naturel est directement mise à contribution par les parlementaires pour garantir, *in fine*, le respect de leurs propres compétences.

54. Le glissement du « juge ordinaire » vers le « juge naturel » ne modifie pas fondamentalement l'idée de respect des compétences et de critique de l'intervention du monarque dans le cours de la justice. Cette seconde expression permet de donner un poids supplémentaire à la critique et à l'argumentaire développé³¹⁰. Du point de vue de l'individu, ces expressions désignent toutes deux le juge du domicile du défendeur³¹¹. Pour les juges, l'important n'est pas nécessairement de faire respecter la compétence *ratione loci* des juges royaux délégués, mais surtout d'empêcher le roi de leur confisquer leur compétence de façon extraordinaire. Les expressions « juge naturel » et « juge ordinaire » sont initialement indifféremment utilisées comme synonymes³¹², à la fois par le pouvoir royal³¹³ et les praticiens³¹⁴. Néanmoins, l'adjectif « naturel » permet aux juges et à la doctrine parlementaire de donner, dans un second temps, plus de légitimité et d'autorité à leurs compétences, à l'ordre ordinaire des compétences, au-delà de la simple dichotomie entre justice ordinaire et justice extraordinaire.

55. Dans les deux derniers siècles de l'Ancien régime, l'expression « juge(s) naturel(s) » s'impose chez les parlementaires, mais aussi dans la doctrine. C'est le cas de l'avocat général d'Aguesseau³¹⁵, personnage essentiel de la fin du XVII^e siècle et du début du

³¹⁰ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 129.

³¹¹ Voy. par ex. chez Jean Bacquet : « en France en action personnelle le demandeur est tenu suivre le domicile du défendeur, & le poursuivre pardevant son juge naturel & domiciliaire » (J. BACQUET, « Traicte des droicts de iustice haute, moyenne, et basse », in *Les oeuvres de Jean Bacquet*, Paris, François Ivlliot, 1630, p. 39 – chap. VIII). Voy. aussi A.-G. BOUCHER D'ARGIS, « Demandeur », in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 4, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1754, p. 804 : « le demandeur doit faire assigner le défendeur devant son juge naturel, qui est le juge ordinaire du lieu de son domicile ». C'est enfin cette même définition que retient le *Glossaire de l'ancien droit français*, publié en 1846, à l'entrée « juge ordinaire » : « juge naturel du territoire où le défenseur est domicilié » (A. M. J. J. DUPIN, É. LABOULAYE, *Glossaire de l'ancien droit français contenant l'explication des mots vieillis ou hors d'usage qu'on trouve ordinairement dans les coutumes et les ordonnances de notre ancienne jurisprudence*, Paris, Videcoq Père et Fils, Auguste Durand, 1846, p. 89).

³¹² Elles le sont d'ailleurs également par la doctrine contemporaine. Voy. notamment A. LEBIGRE, *op. cit.*, p. 37.

³¹³ Par ex., dans le Code Michau de 1629, adopté par Richelieu : il utilise la formule « juges naturels » à l'article 105, puis l'expression « juridiction ordinaire » à l'article 106, alors qu'il parle du même sujet – à savoir : le jugement des protestants (reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 16, p. 223-342, en part. p. 257-258).

³¹⁴ Il en est ainsi de D'Aguesseau, d'abord avocat général au Parlement de Paris, qui utilise indifféremment « juge naturel » ou « juge ordinaire » dans ses plaidoyers et mémoires. Voy. par ex. H. F. D'AGUESSEAU, « Cinquante-septième plaidoyer du 5 janvier 1700 », in J.-M. PARDESSUS (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 5, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 328-513, en part. p. 412 ; H. F. D'AGUESSEAU, « Onzième mémoire », in J.-M. PARDESSUS (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 8, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 175-188, en part. p. 187.

³¹⁵ Sur Henri-François d'Aguesseau, voy. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Aguesseau Henri-François d' », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 8-10.

XVIII^e siècle. Il fait par exemple appel à l'expression « juges naturels » dans un mémoire relatif aux évocations³¹⁶. Qualifiant ces dernières de « remède extraordinaire »³¹⁷, il conserve l'opposition implicite entre les juges naturels ordinaires et la justice extraordinaire. L'emploi de l'expression est généralement opposé à d'autres expressions rappelant les mécanismes de justice retenue : « commissaires » nommés « arbitrairement »³¹⁸, « juges choisis arbitrairement »³¹⁹. Un autre auteur, le comte Antoine-François-Claude Ferrand, écrit à la fin de l'Ancien régime un *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions et cassations*³²⁰, dans lequel il utilise fréquemment l'expression « juge naturel »³²¹, dans sa partie consacrée à la critique des évocations et commissions illégales. Il base d'ailleurs son raisonnement sur un premier chapitre consacré à la nécessité d'assurer l'égalité des citoyens devant la justice et devant les juges³²², ce qui constituera l'aspect prépondérant de la conception française révolutionnaire du principe du juge naturel³²³.

56. En conclusion, la France d'Ancien régime connaît de manière précoce des revendications liées au respect des compétences juridictionnelles par le pouvoir royal. Dans un premier temps, ce sont les juridictions héritées du Moyen-Âge, les juridictions ecclésiastiques, seigneuriales et municipales, qui sont attaquées par un pouvoir royal qui cherche à reconstruire son autorité souveraine sur l'ensemble du territoire. Par l'application des privilèges de juridiction et de la règle *actor sequitur forum rei*, elles sont initialement les juges « naturels » des justiciables – même si l'expression n'est pas encore utilisée. Jusqu'au début du XVII^e siècle, les assemblées des états sont les principales forces d'opposition contre les violations des privilèges de juridiction et contre l'usurpation des compétences juridictionnelles de l'Église et des seigneurs. Dans la recherche d'un pouvoir « absolu », les rois français tentent également, à partir du XVII^e siècle, d'imposer leur omnipotence dans le cours de la justice royale. Cela provoque un conflit entre le pouvoir royal et ses propres juges, notamment ceux des « cours

³¹⁶ H. F. D'AGUESSEAU, « Mémoire sur les évocations », art. cité, p. 329, 330. Il utilise également l'expression dans un « Mémoire sur les juridictions consulaires » (H. F. D'AGUESSEAU, « Mémoire sur les juridictions consulaires », in J.-M. PARDESSUS (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 9, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 521).

³¹⁷ H. F. D'AGUESSEAU, « Mémoire sur les évocations », art. cité, p. 327.

³¹⁸ H. F. D'AGUESSEAU, « Lettre du 6 avril 1736 », reproduite in J.-M. PARDESSUS, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 12, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 113-115, en part. p. 114.

³¹⁹ H. F. D'AGUESSEAU, « Lettre du 6 avril 1736 », reproduite in *ibid.*

³²⁰ A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*

³²¹ Par ex. *ibid.*, p. 9, p. 52, p. 58, p. 59, p. 65, p. 72. À noter que dans sa deuxième partie, consacrée à la critique des cassations illégales, il emploie plutôt des expressions faisant appel à l'adjectif « légal », se rapprochant ici des futurs développements allemands (voy. *infra*, section 2). Par ex. : « ce tribunal, qui n'a pour ce aucun caractère légal » (*ibid.*, p. 315).

³²² *Ibid.*, p. 4-12.

³²³ Voy. *infra*, Chapitre III, Section 1, para. n° 130 et s.

souveraines » du royaume. C'est précisément au cours de ce conflit qu'apparaît, dans les contestations des parlementaires, un droit au juge naturel pour les sujets du roi. Négativement, ce droit permet d'empêcher l'intervention du roi dans le cours de la justice. *A contrario*, ce droit doit donc permettre de garantir que chaque sujet soit jugé par « son » juge, dans le respect des compétences juridictionnelles inscrites dans les lois, en faveur des juges ordinaires ou naturels. À la même période, dans une Allemagne plurielle et morcelée³²⁴, les princes territoriaux allemands développent également une conception absolutiste de leur pouvoir. De manière moins conflictuelle, l'idée de garantir le respect des compétences des juges, inscrites dans la loi, se développe dans la doctrine et chez les opposants aux souverains. Ces revendications sont au fondement du développement du droit au juge légal en Allemagne.

Section 2 : Des revendications plus tardives dans les territoires du Saint-Empire romain germanique : le développement d'un premier droit au juge légal

57. Au regard de l'histoire des territoires composant l'actuelle Allemagne, les enjeux ne sont pas les mêmes pour les souverains allemands que pour le roi de France. Un grand nombre de territoires gouvernés par différents types de souverains (princes, ducs, archevêques, villes libres etc.) sont réunis sous la dénomination de Saint-Empire romain germanique, une confédération à la tête de laquelle se trouve un empereur élu par les « princes-électeurs » (*Kurfürsten*³²⁵). Dans ce cadre confédératif, aucune centralisation de la justice ne peut réellement s'imposer et pendant longtemps, les différents souverains sont trop occupés à se faire mutuellement la guerre pour réfléchir à une stratégie d'ampleur pour accroître leurs pouvoirs. Ce n'est qu'après la paix de Westphalie, signée en 1648 à Münster, que les « États territoriaux germaniques » s'émancipent du Saint-Empire et développent des régimes despotiques, dont le « pouvoir territorial » (*Landesherrschaft*³²⁶) va au-delà de la personne du souverain³²⁷. Le pouvoir judiciaire n'échappe pas à leur conception absolutiste du pouvoir (§ 1). C'est la raison pour laquelle apparaissent, dans ces États, des revendications pour un meilleur partage ou

³²⁴ J. CHAPOUTOT, *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, 2^e éd., Que sais-je ?, Paris, PUF, 2017, p. 3.

³²⁵ Sur cette notion, voy. C. DUHAMELLE, « Kurfürst », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/kurfurst> (consulté le 26 juillet 2024).

³²⁶ Sur cette conception du pouvoir, voy. R. RENAULT, « Landesherrschaft », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/landesherrschaft> (consulté le 26 juillet 2024).

³²⁷ D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankenreich bis zur Europäischen Union*, 9^e éd., Juristische Kurz-Lehrbücher, Munich, C. H. Beck, 2024, p. 133-134.

respect des compétences judiciaires et un retrait du souverain dans l'exercice de cette compétence (§ 2). Ces revendications sont au fondement du développement ultérieur de l'expression « juge légal ».

§ 1 : La centralisation de la justice au profit des souverains territoriaux après la paix de Westphalie

58. Les traités de paix de Westphalie, signés à Münster et à Osnabrück le 24 octobre 1648, mettent fin à plusieurs guerres impliquant presque l'ensemble des puissances européennes de l'époque, et notamment à un conflit opposant le Saint-Empire à certains de ses États territoriaux protestants, alors en rébellion depuis trente ans. Ces traités de paix permettent l'émancipation des États territoriaux germaniques vis-à-vis de l'autorité impériale ; les deux formes d'entités coexistent alors durant cette période³²⁸. La seconde moitié du XVII^e siècle voit s'implanter dans le centre de l'Europe un certain nombre de régimes politiques absolutistes, englobés sous le terme d'« absolutisme éclairé allemand »³²⁹, car leurs souverains reprennent à leur compte les idées développées par les Lumières, tout en maintenant une conception absolutiste du pouvoir étatique³³⁰. L'exercice de la compétence judiciaire est alors un enjeu majeur pour les souverains territoriaux, qui centralisent et monopolisent ce pouvoir (A), désireux de prendre l'avantage sur les états (*Stände*³³¹) et leurs justices locales, ainsi que sur le pouvoir impérial et sa justice (B).

A. La centralisation administrative et judiciaire et l'omnipotence des souverains territoriaux

59. Après 1648, le développement des États absolus allemands entraîne un mouvement de monopolisation des pouvoirs par les souverains territoriaux. Dans ce cadre, la création

³²⁸ A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012, p. 12.

³²⁹ Sur la doctrine politique du despotisme éclairé, voy. F. BLUCHE, *Le despotisme éclairé*, Pluriel, Paris, Hachette, 2000 ; J. MEYER, *Le despotisme éclairé*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1991 ; D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 216-219, 221 ; J. DROZ, *Histoire de l'Allemagne*, tome 1 : *La formation de l'unité allemande 1789-1871*, Paris, Hatier, collection d'histoire contemporaine, 1970, p. 17-19.

³³⁰ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 28 (note n° 102).

³³¹ Sur ce terme, qui regroupe plus que les trois ordres que l'on identifie classiquement en France, voy. R. RENAULT, « Stand », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/stand> (consulté le 23 juillet 2024).

d'entités administratives et judiciaires centralisées permet au prince territorial d'asseoir son autorité face aux autres pouvoirs (Empire, états³³²). Cela lui permet de contrôler plus facilement les agents qu'il y déploie pour rendre la justice, tout en se laissant la possibilité, en tant que prince absolu, d'intervenir lui-même dans le cours de la justice³³³.

60. L'histoire du Saint-Empire romain germanique est marquée par la « consolidation constante des territoires »³³⁴. C'est la raison pour laquelle, alors qu'ils avaient eux-mêmes subi les empiètements de l'empereur jusqu'à la paix de Westphalie, les juridictions des états territoriaux s'emparent elles-mêmes de ce pouvoir arbitraire, après 1648³³⁵. La mise en place des états territoriaux absolus s'accompagne ainsi de la création d'institutions administratives centrales et permanentes par les souverains : un « conseil aulique » (*Hofrat*), qui dispose de chambres spéciales pour les affaires financières, une cour de justice (*Hofgericht*), un conseil de guerre (*Kriegsrat*) et un conseil ecclésiastique (*Kirchenrat*) forment en général l'administration centrale territoriale³³⁶. En l'absence de délimitation claire des compétences³³⁷, les litiges juridiques peuvent être soumis, d'une part, au *Hofgericht*, influencé par les états³³⁸, ou, d'autre part, à des « collèges de justice » (*Justiz-Collegia*³³⁹) créés à partir du conseil aulique par le souverain territorial. Il revient cependant plutôt à ces collèges de justice de traiter des litiges entre personnes privées (*Privatangelegenheiten, Parteisachen*). Or, ceux-ci sont perçus comme des autorités administratives, et leur compétence juridictionnelle est considérée comme une mission administrative³⁴⁰. En effet, et ce jusqu'au XIX^e siècle, il n'y a pas de séparation réelle entre l'activité administrative et l'activité juridictionnelle³⁴¹. Ce contexte permet aux souverains territoriaux de s'emparer du pouvoir judiciaire et de le centraliser. L'ambivalence des collèges de justice comme organes administratifs supérieurs et autorités juridictionnelles est

³³² Voy. *infra*, Section 2, § 1, B.

³³³ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 184.

³³⁴ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 15.

³³⁵ *Ibid.*, p. 16.

³³⁶ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 134-136 ; D. WILLOWEIT, « Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien », in K. G. A. JESERICH, H. POHL, G.-C. von UNRUH (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tome 1 : *Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1983, p. 292.

³³⁷ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 135.

³³⁸ E. DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, p. 4.

³³⁹ Selon la traduction utilisée par le roi prussien Frédéric II, lorsqu'il rédige ses écrits philosophiques ou politiques en français (voy. par ex. dans son *Testament politique* de 1752, reproduit in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert* [Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert (Première série)], tome 9 : *Akten von Anfang August 1750 bis Ende 1753*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1907, p. 370).

³⁴⁰ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 220.

³⁴¹ E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 54 ; D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 134.

fondamentale pour garantir l'effectivité de leur pouvoir territorial³⁴², en centralisant la justice et en garantissant l'exécution effective des jugements.

61. En parallèle, des chambres spécialisées pour s'occuper de différentes administrations, instruments de la volonté du souverain territorial³⁴³, se voient également attribuer la compétence juridictionnelle en cas de litige concernant leur domaine d'administration. Les collèges de justice n'ont ainsi qu'une compétence résiduelle par rapport à ces chambres, créées par exemple pour l'administration de la guerre et des domaines, des finances et des impôts, ou encore des affaires relatives aux bois et forêts, à la chasse, aux champs, aux prairies et aux moulins. Un règlement prussien de répartition des compétences juridictionnelles, datant du 19 juin 1749³⁴⁴, retire par exemple aux collèges de justice la compétence pour connaître des affaires relatives aux domaines et revenus fonciers royaux, ainsi qu'au « statut économique et politique », pour la confier aux chambres de la guerre et du domaine (*Krieges- und Domainen-Cammern*). Cela est justifié, d'une part, par le fait que les chambres concernées sont en général mieux informées sur ces affaires, et, d'autre part, par le fait qu'elles ne respecteraient pas leur mission si elles ne pouvaient traiter des affaires contentieuses dans la matière pour laquelle elles ont été créées³⁴⁵. En substance toutefois, ces chambres permettent aux souverains territoriaux « d'imposer, avec force et insistance, les nouveaux principes monarchiques d'administration, contre les résistances de l'ancien système territorial-corporatif »³⁴⁶.

62. À côté de la création de ces entités centralisées autour du souverain, ce dernier s'octroie la possibilité d'intervenir lui-même dans le cours de la justice, se considérant comme le « juge suprême ». En Prusse par exemple, le roi Frédéric I^{er} impose aux juridictions de son royaume de rendre la justice « au nom du roi »³⁴⁷, lequel peut toujours intervenir pour statuer lui-même sur les litiges civils et pénaux³⁴⁸. C'est un droit auquel Frédéric I^{er} ne renoncera

³⁴² H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 1980, p. 185.

³⁴³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 221.

³⁴⁴ Règlement sur les affaires judiciaires qui sont laissées aux chambres de la guerre et du domaine, et celles qui relèvent des collèges de justice ou des gouvernements (*Reglement, was für Justiz-Sachen denen Krieges- und Domainen-Cammern verbleiben, und welche vor die Justiz-Collegia oder Regierungen gehören*), du 19 juin 1749, Potsdam (reproduit in C. O. MYLIUS (dir.), *Corporis Constitutionum Marchicarum* (n° LXVI), 4^e Continuatio : 1748-1750, Berlin, Halle, 1751, colonnes 163 à 174).

³⁴⁵ Introduction au règlement précité du 19 juin 1749, reproduit in *ibid.*, colonne 163.

³⁴⁶ O. HINTZE, *Acta Borussica*, tome 6/1 : *Einleitende Darstellung der Behördenorganisation und allgemeinen Verwaltung in Preußen beim Regierungsantritt Friedrichs II.*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1901, p. 233.

³⁴⁷ Cela sera d'ailleurs inscrit formellement dans la loi sous Frédéric II, avec l'adoption du *Corpus Iuris Fridericianum* de 1781 (en particulier au § 9, al. III, n° 1).

³⁴⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 59.

jamais, et qu'il exercera auprès de sa cour à Königsberg³⁴⁹. Son fils, Frédéric-Guillaume I^{er}, paraît avoir fait moins usage de son droit, même s'il « se sentait toujours fondamentalement comme le juge suprême de ses sujets »³⁵⁰ et qu'il témoigne d'une grande méfiance envers les juges³⁵¹. Lorsqu'il traite les suppliques des sujets, il ne juge pas directement l'affaire au fond, mais donne des consignes au tribunal supérieur d'appel³⁵². Ce roi est d'ailleurs connu pour avoir accéléré la politique de centralisation, déjà entreprise par ses prédécesseurs, afin de « mieux contrôler l'autre pilier du pouvoir incarné par les *Standen* »³⁵³. C'est surtout à partir du règne de Frédéric II, dit Le Grand, réel « despote éclairé »³⁵⁴, que la politique de centralisation devient « absolutiste », et implique la « mainmise du pouvoir central sur l'administration de la justice »³⁵⁵. Son objectif principal est de contrôler les juges et les avocats. Dans son *Corpus Iuris Fridericianum*, adopté en 1781, il impose notamment le devoir pour le roi de superviser personnellement le pouvoir judiciaire³⁵⁶.

63. Le souverain éclairé allemand dispose de différents instruments lui permettant d'intervenir, plus ou moins directement, dans le cours de la justice. Comme pour la France d'Ancien régime, l'intervention du souverain territorial peut d'abord résulter d'une demande d'un sujet³⁵⁷. Les justiciables réclament, par le biais de suppliques, le jugement personnel du souverain, l'atténuation des peines ou la grâce. Ces demandes apparaissent le plus souvent en matière pénale, mais elles peuvent également naître ponctuellement au cours de litiges civils³⁵⁸. Certains souverains, notamment les rois prussiens, tentent de circonscrire l'usage des suppliques et de dissuader les justiciables d'en abuser³⁵⁹. Pour y répondre, le prince peut notamment faire acte d'autorité en ordonnant à ses agents, son ministre, son chancelier, ou encore des juges précis, de traiter ou d'abandonner un litige pendant, ou de juger dans un sens

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 61-62.

³⁵¹ G. SCHMOLLER, « Einleitung. Ueber Behördenorganisation, Amtswesen und Beamtenthum im Allgemeinen und speciell in Deutschland und Preußen bis zum Jahre 1713 », in G. SCHMOLLER, O. KRAUSKE (dir.), *Acta Borussica*, tome 1 : *Akten von 1701 bis Ende Juni 1714*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1894, p. 108.

³⁵² E. KERN, *op. cit.*, p. 62.

³⁵³ Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle », in R. LÉVY, X. ROUSSEAU (dir.), *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1997, p. 273.

³⁵⁴ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 5.

³⁵⁵ Y. CARTUYVELS, art. cité, p. 273.

³⁵⁶ E. KERN, *op. cit.*, p. 75.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 57 ; W. OGRIS, « Kabinettsjustiz », in A. CORDES et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome II, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, p. 1487-1492.

³⁵⁸ W. von KREITMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, tome 1 : *Von dem allgemeinen Staatsrechte*, 2^e éd., Munich, Joseph Lentner, 1789, p. 21 ; W. OGRIS, art. cité.

³⁵⁹ E. KERN, *op. cit.*, p. 58-59.

ou dans l'autre ce litige particulier. C'est ce que l'on nomme, en allemand, le *Machtspruch*³⁶⁰. En latin, cet acte est désigné par l'expression « *sententia ex plenitudine potestatis* », ce qui montre que le fondement de ce type d'actes est l'autorité omnipotente du souverain³⁶¹. Ce terme désigne ainsi une « institution juridique centrale des États de l'époque moderne », permettant la concrétisation juridique, dans des cas particuliers, du concept abstrait de « plénitude du pouvoir du souverain »³⁶². Ces actes peuvent être pris dans tous les domaines régaliens. Le grand chancelier Philipp Joseph Pandin de Jarriges (1706-1770), homme politique prussien sous Frédéric II et consacrant un essai à ces actes, les désigne comme étant des « décisions arbitraires et immédiates du Souverain »³⁶³. Initialement, la notion de *Machtspruch* est neutre et exempte de toute connotation négative, tout comme le recours à l'adjectif « arbitraire », qui ne désigne que le pouvoir d'arbitre suprême du souverain absolu. En matière judiciaire, cette dénomination regroupe à la fois les actes qui tranchent définitivement un litige (qui a potentiellement déjà été traité par un juge ordinaire), mais aussi les actes de surveillance des tribunaux et des juges par le pouvoir régalien, ainsi que la transmission d'une affaire à un juge ou tribunal spécial, normalement incompétent³⁶⁴. Constitue un exemple de *Machtspruch* l'ordre de cabinet (*Cabinetsordre*) donné par Frédéric II à son chancelier Samuel von Cocceji³⁶⁵ le 30 janvier 1749³⁶⁶, et concernant les éventuelles plaintes de la part de nobles dans la région de Silésie, réclamant de l'argent à leurs paysans pour des activités liées aux guerres de Silésie (1740-1763). Le roi y indique qu'aucun noble ne peut demander de comptes à ses sujets, et notamment à ses paysans, pour des services rendus pendant les temps de guerre. Il termine son ordre en indiquant à son chancelier :

³⁶⁰ Sur ce terme, voy. H. ERWIN, « *Machtspruch* », in A. CORDES *et al.* (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome III, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2016.

³⁶¹ W. von KREITMAYR, *op. cit.*, p. 21.

³⁶² H. ERWIN, art. cité.

³⁶³ P. J. PANDIN DE JARRIGES, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, 1765. Dans cet essai, Pandin de Jarriges, alors grand chancelier de Frédéric II, considère que les *Machtsprüche* sont illégaux car ils méconnaissent le principe de prééminence de la loi. Pour lui, le monarque doit s'abstenir de tout exercice du pouvoir judiciaire, qu'il s'agisse de sentences judiciaires ou de sentences arbitraires. Il a publié cet essai anonymement.

³⁶⁴ W. OGRIS, art. cité.

³⁶⁵ Sur ce juriste et homme politique prussien, voy. par ex. I. K. AHL, « Cocceji, Samuel von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 131-132.

³⁶⁶ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, ordre de cabinet à Cocceji (*Cabinetsordre an Cocceji*), du 30 janvier 1749, Berlin (reproduit in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 8: *Akten vom 21. Mai 1748 bis 1. August 1750*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1906, p. 255-257).

« [...] Vous devez ordonner aux gouvernements silésiens susmentionnés que, si des plaintes de ce genre devaient leur être adressées par des nobles, ils doivent immédiatement y renoncer selon Mes intentions et ne pas laisser l'affaire aller jusqu'à un procès. »³⁶⁷

Un autre ordre de cabinet de Frédéric II en date du 28 août 1748³⁶⁸ est également intéressant. Il est cette fois sollicité par le chancelier von Cocceji concernant une affaire d'expropriation de terres d'un paysan par un monastère³⁶⁹. Celle-ci a été jugée, en troisième instance, par le Grand Directoire (*General-Direktorium*)³⁷⁰, une entité administrative prussienne traitant des questions d'administration interne et financière, laquelle a statué en faveur du monastère. Le roi s'en étonne et demande à son chancelier de remédier à cette situation, en abrogeant ce jugement et en sollicitant la juridiction d'un collège de justice pour trancher l'affaire – tout en précisant la règle qui doit s'appliquer (à savoir, qu'un monastère ne saurait acquérir le champ d'un paysan qui le détient depuis plus de cent ans). Le roi intervient alors pour priver un organe administratif d'une compétence judiciaire qu'il s'est octroyée, et pour rendre cette compétence à la juridiction ordinaire, tout en encadrant l'exercice de cette compétence. Ces deux exemples témoignent de l'étendue du pouvoir arbitraire du roi en matière judiciaire. Dans le second ordre, il termine d'ailleurs en invoquant la prospérité du bien commun (*Wohlfahrt des gemeinen Wesens*), principe vague qui lui permet de justifier toute intervention dans le cours de la justice. Il semble que ce soit notamment après la seconde affaire que Frédéric II a demandé à Cocceji de travailler sur un règlement « ordonné et clair » concernant la délimitation de juridiction entre, d'une part, le Grand directoire et les différentes chambres administratives créées, et, d'autre part, les collèges de justice et les gouvernements, en ce qui concerne le jugement des affaires judiciaires (*Justizsachen*)³⁷¹. Cela donne lieu à plusieurs règlements de délimitation des compétences, comme celui évoqué précédemment concernant les chambres de la guerre et du domaine³⁷².

64. En outre, les souverains territoriaux conservent la possibilité de nommer des commissaires pour juger des affaires spécifiquement désignées. Le prince absolu est toujours

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 257.

³⁶⁸ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, ordre de cabinet à Cocceji, du 28 août 1748, Potsdam (reproduit *in ibid.*, p. 78-79).

³⁶⁹ S. VON COCCEJI, Rapport au roi (*Bericht Coccejis*), du 25 août 1748 (reproduit *in ibid.*, p. 77-78).

³⁷⁰ Selon la traduction utilisée par Frédéric II de Prusse, lorsqu'il rédige ses écrits de philosophie politique en français (voy. notamment dans son *Testament politique* de 1752, reproduit *in* G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 9, *op. cit.*, p. 370).

³⁷¹ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, ordre de cabinet, du 23 octobre 1748, Potsdam, et instruction du 20 mai 1748 (cités *in* G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 8, *op. cit.*, p. 131-136, en part. p. 131 (document intitulé : « Verhandlungen wegen des zu erlassenden Ressortreglements »).

³⁷² Voy. *supra*, avec par exemple le règlement précité du 19 juin 1749 (para. n° 61).

habilité à attirer, vers lui ou vers des personnes de son choix, le jugement de litiges individuels. La désignation de commissaires, tout comme les décisions rendues par ces commissaires, entrent dans la catégorie des « sentences arbitraires et immédiates du souverain ». L'encadrement de la mise en place de commissions résulte d'ailleurs lui-même du pouvoir arbitraire du souverain. Par exemple, dans un ordre de cabinet du 17 septembre 1746, Frédéric II de Prusse indique que la création de commissions extraordinaires est proscrite lorsque l'affaire a déjà été définitivement jugée ou est sur le point d'être jugée³⁷³. La création d'une commission est au contraire préférée lorsque l'affaire est pendante depuis peu de temps ou n'est pas encore pendante. Dans une instruction ultérieure du 2 octobre 1746, le roi précise que l'objectif de la création d'une commission doit être de régler plus rapidement une affaire par rapport à la procédure judiciaire ordinaire³⁷⁴. L'intérêt des justiciables à obtenir justice plus rapidement conduit ainsi à la création de commissions. Ces règles sont ensuite inscrites dans les législations prussiennes de réformation de la justice³⁷⁵.

65. Cette centralisation de la justice et la possibilité, pour le souverain, d'intervenir dans le cours de la justice, directement ou indirectement, illustre la montée en puissance des princes territoriaux, au détriment de l'administration judiciaire des anciens états, et en concurrence avec la juridiction impériale. C'est ce changement profond dans l'administration judiciaire qui déclenche des appels pour un meilleur respect des compétences juridictionnelles, au fondement de la garantie du juge légal.

B. Le recul des justices locales et impériale

66. À l'origine des revendications allemandes, plus tardives, pour garantir le respect de la compétence de leurs juges ordinaires, la centralisation et la monopolisation du pouvoir judiciaire par les souverains territoriaux allemands ont pour conséquence le recul des justices originaires et locales des différents états de la société d'ordres, ainsi que de la justice impériale. En effet, après 1648, l'absolutisme revendiqué par les souverains des états territoriaux entraîne

³⁷³ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, ordre de cabinet aux ministres du département de la justice (*Cabinetsordre an die Minister vom Justizdepartement*), du 17 septembre 1746, Potsdam (« Commissionen in Proceßsachen ») (reproduit in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 7 : *Akten vom 2. Januar 1746 bis 20. Mai 1748*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1904, p. 151).

³⁷⁴ Voy. le point n° 16 de cette instruction, dans l'ordre de cabinet du 2 octobre 1746, Potsdam (reproduit in *ibid.*, p. 141-147, en part. p. 144).

³⁷⁵ Par ex. aux paragraphes 3 à 5 de la section I du titre VI de la partie IV du projet de *Codicis Fridericiani Marchici* de 1748, précisément préparé par Samuel von Cocceji.

l'effacement progressif de l'ancienne société d'ordres (*altständische Gesellschaft*), puisque dans cette nouvelle conception, tous les sujets sont soumis à une unique puissance publique³⁷⁶. Dans la société d'ordres du Moyen-Âge, tout comme en France, la justice est intégrée dans les pouvoirs locaux des différents ordres : Église, communes, seigneurs. Le juge y a une place prépondérante, en ce qu'il participe à former le droit, la coutume du territoire³⁷⁷. Il cumule la fonction normative et la fonction juridictionnelle. Les premières évolutions de cette société moyenâgeuse – essor des villes, Réforme – bousculent ces principes de réglementation et de jugement très localisés. Un besoin de réglementation au-delà des territoires en résulte, lequel ouvre une brèche pour l'intervention du pouvoir supérieur. L'érosion de la société d'ordres permet aux souverains de gagner en autorité et de déresponsabiliser progressivement les ordres³⁷⁸. En pratique, des réformes normatives, dans les états et les communes, instaurent des réserves au profit des souverains, pour modifier ou compléter les dispositions juridiques³⁷⁹. Ces réformes offrent aux princes un nouveau pouvoir de commandement, par l'adoption de normes juridiques³⁸⁰. Ceci constitue la base du changement fondamental qui entraîne le glissement de la société d'ordres du Moyen-Âge vers les États territoriaux absolus³⁸¹. Dans le cadre de cette évolution majeure de la société, les souverains territoriaux ont encore besoin des seigneurs locaux pour mettre en place l'organisation administrative de l'État territorial. Néanmoins, ils affaiblissent leur statut, en établissant des privilèges à leur profit, révocables par le souverain. Les seigneurs ne peuvent plus faire valoir leurs droits judiciaires originaires, mais bénéficient de droits acquis dérivés de la volonté du souverain³⁸².

67. L'intervention des souverains territoriaux dans la formation du droit entraîne notamment le déclin de l'utilisation des juges assesseurs (*Schöffen*)³⁸³, juges de proximité et des pairs par excellence, qui constituaient généralement la juridiction de première instance. En effet, les échevins permettaient aux justiciables d'être jugés par des personnes proches d'eux, à la fois géographiquement mais également socialement. Le droit appliqué ou créé par ces juges assesseurs était simple, local. Avec l'intervention du souverain territorial dans l'édiction de

³⁷⁶ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 15.

³⁷⁷ D. WILLOWEIT, « Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft », in K. G. A. JESERICH, H. POHL, G.-C. von UNRUH (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tome 1 : *Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1983, p. 69, 120 ; U. MÜBIG, op. cit., p. 218.

³⁷⁸ U. MÜBIG, op. cit., p. 219 ; H. MAIER, op. cit., p. 71 et s.

³⁷⁹ H. HÜBNER, *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts*, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, tome 8, Königstein im Taunus, Peter Hanstein Verlag, 1980, p. 21.

³⁸⁰ H. MAIER, op. cit., p. 73.

³⁸¹ U. MÜBIG, op. cit., p. 220.

³⁸² *Ibid.*, p. 222.

³⁸³ D. WILLOWEIT, op. cit., p. 136.

règles plus abstraites et générales, l'activité juridictionnelle se complexifie, et nécessite l'intervention de juges professionnels, de juristes³⁸⁴. Si, au départ, les échevins se maintiennent davantage à titre honorifique que pratique, ils sont finalement remplacés par des juges professionnels³⁸⁵, assimilés au droit et au pouvoir du souverain territorial. Cette transformation illustre le recul de la justice locale, originaire, proche des sujets, de même que la centralisation de la justice par le pouvoir absolu. Au-delà de l'exercice strict du pouvoir juridictionnel, centralisé par le souverain, l'incursion de juges professionnels, formés à l'application du droit édicté par ce même souverain, permet indirectement à celui-ci d'imposer son droit, face aux coutumes locales et aux ordres. Ce sont donc à la fois les juges locaux, mais aussi le droit local, qui disparaissent peu à peu, au profit de la toute-puissance des souverains territoriaux.

68. Cette toute-puissance des princes territoriaux s'exprime en outre dans leurs relations avec l'Empire. Auparavant déjà, les relations entre l'Empereur et les princes-électeurs concernant l'exercice du pouvoir judiciaire étaient tumultueuses. Ce pouvoir est en effet l'un des marqueurs les plus importants de la souveraineté, et constitue donc une bataille permanente entre l'Empire et les États territoriaux. Dans la première partie de l'existence de l'Empire, l'empereur a un droit d'évocation des affaires judiciaires, qu'il juge lui-même en siégeant dans sa cour impériale (*Hofgericht*)³⁸⁶. Ce droit est ensuite fortement limité par la Bulle d'or de 1356, laquelle prévoit à son chapitre XI une immunité pour les princes-électeurs, ainsi que la reconnaissance de privilèges, initialement illimités³⁸⁷, *de non appellando*³⁸⁸, principe qui interdit aux sujets de faire appel des décisions des juridictions territoriales devant d'autres tribunaux que ceux de leur ressort territorial – donc à l'exclusion des juridictions impériales³⁸⁹. Les princes-électeurs obtiennent d'autres privilèges et mécanismes leur permettant de se soustraire à la justice impériale. L'illustration la plus marquante de cette « pression » exercée par les princes-électeurs est l'obtention de la création, à la Diète de Worms en 1495, de la Chambre impériale de justice (*Reichskammergericht*)³⁹⁰, une juridiction impériale indépendante de l'empereur – lequel, de son côté, exerce son pouvoir judiciaire au sein de ses

³⁸⁴ E. KERN, *op. cit.*, p. 54.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 45.

³⁸⁷ G. SYDOW, « Das Verhältnis von Landes- und Reichsgerichtsbarkeit im Heiligen Römischen Reich: Eine Neubewertung der privilegia de non appellando », *Der Staat*, 2002, vol. 41, p. 263.

³⁸⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 46.

³⁸⁹ Sur ce principe, voy. F. BRETSCHNEIDER, « Privilegium de non appellando », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/privilegium-de-non-appellando> (Consulté le 17 juillet 2024). ; J. J. MOSER, *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, tome 1, Francfort, Leipzig, 1774, p. 179 et s.

³⁹⁰ E. DÖHRING, *op. cit.*, p. 20 et s. ; D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 122.

conseils et du *Kammergericht*, cour d'appel entièrement dépendante de lui³⁹¹. La création de cette juridiction s'est accompagnée de l'une des premières lois sur l'organisation judiciaire en Allemagne : l'ordonnance sur la chambre impériale de justice (*Reichskammergerichtsordnung* – RKGO), qui a été d'une grande importance pour le développement moderne du droit de l'organisation judiciaire en Allemagne³⁹². Selon cette loi, la chambre impériale est composée de juges professionnels, permanents, indépendants de l'empereur³⁹³. L'article 25 de cette ordonnance, qui pose l'indépendance de la chambre impériale dans l'acceptation des recours extraordinaires, est perçu comme une première forme d'interdiction des procédures extraordinaires et des sentences arbitraires de l'empereur³⁹⁴. Si cela peut en apparence paraître extrêmement précurseur pour les droits des justiciables dans le cadre du procès, l'adoption de cette loi n'est cependant pas motivée par l'intérêt des sujets, mais davantage par la volonté des princes-électeurs de se soustraire à la juridiction de l'empereur³⁹⁵. Ce dernier tente donc, en parallèle de ces concessions faites aux princes-électeurs, de maintenir une influence directe sur le cours de la justice impériale. En 1654, il crée par exemple un second tribunal suprême, le Conseil aulique (*Reichshofrat*), dont il est à la tête en tant que juge suprême³⁹⁶. Dans ce cadre, et malgré l'interdiction officielle pour l'empereur d'empiéter sur les compétences de la cour impériale, celui-ci, et son Conseil aulique, méconnaissent régulièrement ces principes³⁹⁷.

69. Après la paix de Westphalie, la prétention à l'exclusivité de la justice retenue des souverains territoriaux se retourne contre la jurisprudence des tribunaux impériaux, qui incarnaient jusqu'alors la prétention au pouvoir du Saint-Empire. Les états territoriaux – et avant tout les plus puissants comme la Prusse –, cherchent à se soustraire à la compétence des juridictions impériales³⁹⁸. Pour ce faire, les princes se fondent notamment sur le *privilegium de non appellando*, reconnu désormais au paragraphe 56 de l'article V du Traité de paix d'Osnabrück de 1648, qui leur permet d'interdire à leurs sujets de faire appel devant les tribunaux impériaux³⁹⁹. Sur le fondement de ce paragraphe, les souverains absolus créent un

³⁹¹ E. KERN, *op. cit.*, p. 47.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Bien qu'ils soient nommés par l'empereur, la moitié des juges doit être des juristes professionnels, et leurs décisions ne peuvent être contestées. Voy. l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 août 1495 sur la chambre impériale de justice.

³⁹⁴ H. ERWIN, art. cité.

³⁹⁵ C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011, p. 30.

³⁹⁶ E. KERN, *op. cit.*, p. 50 ; E. DÖHRING, *op. cit.*, p. 22 et s.

³⁹⁷ E. DÖHRING, *op. cit.*, p. 1 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF, C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour, p. 11.

³⁹⁸ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 15.

³⁹⁹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 217.

tribunal supérieur au niveau de leur territoire⁴⁰⁰, dernier échelon des recours juridictionnels possibles pour les justiciables. Ce tribunal supérieur leur permet à la fois de centraliser la justice territoriale, mais également d'écarter la juridiction des tribunaux impériaux⁴⁰¹. En Prusse par exemple, Frédéric I^{er} crée en 1703 un tribunal supérieur d'appel (*Oberappellationsgericht*), compétent pour connaître des appels formés contre les décisions des juridictions territoriales, à la place du conseil aulique de l'Empire, dont il rejette explicitement la compétence en 1708. Le système judiciaire de l'Empire et des territoires est finalement assez complexe : juridictions impériales et juridictions territoriales se cumulent⁴⁰² – sans oublier les détenteurs de la souveraineté, qui disposent du pouvoir judiciaire.

70. Le bouleversement que connaît le Saint-Empire romain germanique au milieu du XVII^e siècle entraîne la consolidation la plus importante du pouvoir des princes territoriaux. Ceux-ci accaparent le pouvoir abandonné par l'Empereur, et développent des régimes absolus fondés sur une très forte centralisation administrative et judiciaire. À la veille du XVIII^e siècle, la justice qui est rendue dans les territoires des différents États est issue de l'unique volonté du souverain absolu. Les justices locales originaires et la justice impériale disposent d'un pouvoir résiduel. Le « souverain éclairé » allemand peut, à l'aide de *Machtsprüche*, imposer sa volonté dans toutes les sphères régaliennes, notamment en matière juridictionnelle. Les états ne restent pas inactifs, et commencent à réclamer, régulièrement, un meilleur encadrement de l'usage du pouvoir judiciaire par le souverain absolu. Toutefois, ces revendications ne coïncident pourtant pas avec une remise en cause fondamentale du pouvoir absolu du souverain.

§ 2 : Les réactions des états contre l'usage arbitraire du pouvoir judiciaire par le souverain éclairé allemand : des réactions sans remise en cause du pouvoir absolu

71. Dans un premier temps, les critiques issues de la monopolisation, par les princes territoriaux, du pouvoir judiciaire, se fondent sur un conflit opposant différents titulaires d'un pouvoir suprême⁴⁰³ : le souverain territorial, les représentants des états, et l'empereur.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ L'octroi de tels privilèges n'est cependant pas réellement une concession de l'empereur, car ces privilèges et les juridictions impériales, lui permettent de jouer un rôle, en partie indirect, sur l'organisation de la justice des États territoriaux. Sur cet aspect, voy. G. SYDOW, art. cité. Voy. également *infra*, Chapitre II, Section 1, § 2, B, para. n° 99 et s.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 267.

⁴⁰³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 240.

Toutefois, dès le début du XVIII^e siècle, le caractère absolu du pouvoir détenu par les souverains territoriaux ne fait plus de doute. Sans prétendre remettre en question le pouvoir absolu revendiqué par le prince territorial (**B**), les états ont parfois la possibilité de demander à leur souverain un meilleur encadrement de l'usage de son pouvoir judiciaire (**A**).

A. Les réclamations des états pour un meilleur encadrement de l'usage du pouvoir judiciaire par le souverain ou ses agents

72. Tout au long du XVIII^e siècle, certaines affaires scandaleuses donnent lieu à des réclamations de la part des états en vue d'une meilleure régulation de l'usage du pouvoir judiciaire par leurs souverains territoriaux. En réaction, ces derniers entreprennent de régler le domaine, notamment dans le cadre de projets de codification législative. L'exemple de la Prusse est à nouveau privilégié, en tant que « centre du développement de l'absolutisme constitutionnel dans l'Empire »⁴⁰⁴.

73. Même lorsque le souverain s'engage, ou exprime le fait qu'il ne devrait pas se charger de rendre la justice lui-même, il maintient une vision absolutiste du pouvoir qui lui permet, selon ses motivations, d'intervenir malgré tout dans le cours de la justice. Par exemple, Frédéric II de Prusse indique, dans son *Testament politique* de 1752, que « [r]endre justice soi-même est un soin dont aucun souverain ne peut se charger »⁴⁰⁵. Cependant, il reconnaît dans ce même texte qu'il doit exercer fermement son pouvoir suprême, ce qui implique notamment de « faire rendre prompte justice à ceux qu'on veut opprimer »⁴⁰⁶. Il s'engage en particulier pour faire sanctionner les « juges prévaricateurs » avec beaucoup de sévérité⁴⁰⁷, mais aussi pour surveiller les agents du service de la justice (juges et avocats), en mettant en place un système de visite des tribunaux à échéance régulière⁴⁰⁸. L'une des affaires les plus choquantes d'intervention du roi dans le cours de la justice est précisément le fait du roi Frédéric II, dans la célèbre affaire du meunier Arnold, en 1779⁴⁰⁹. En l'espèce, Christian Arnold exploite un

⁴⁰⁴ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁰⁵ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Testament politique*, avril-juillet 1752 (reproduit in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 9, *op. cit.*, p. 327-407, en part. p. 329-330).

⁴⁰⁶ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Testament politique*, avril-juillet 1752 (reproduit in *ibid.*, p. 327-407, en part. p. 370).

⁴⁰⁷ E. KERN, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰⁸ Par ex. : « [...] il faut, que, tous les trois ans, il se fasse une visite des tribunaux des provinces, pour qu'il y ait des surveillants qui s'informent de la conduite des juges et des avocats que l'on punit, quand on les trouve en défaut » (FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Exposé du gouvernement prussien*, 1776, reproduit in *ibid.*, p. 68.).

⁴⁰⁹ Sur cette affaire, voy. T. REPGEN, « Müller-Arnold-Prozesse », in A. CORDES et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome III, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2016. En français, voy. C. JANSSEN-BENNYNCK, *Les*

moulin à eau dans l'Oderbruch, dans le cadre d'un bail emphytéotique, pour lequel il paie une redevance annuelle à son seigneur. Un jour, un voisin, qui possède des terres en amont du cours d'eau, crée un étang, ce qui entraîne une baisse du débit du cours d'eau. Le meunier Arnold se plaint de ne plus pouvoir produire suffisamment, et, en conséquence, de ne plus pouvoir verser la redevance au seigneur. Il s'adresse au tribunal compétent de Küstrin, lequel statue en faveur du seigneur. Arnold fait appel devant la cour d'appel de Berlin (*Kammergericht*), qui confirme le jugement de première instance. Connaissant le roi, Arnold et sa femme s'adressent à lui pour obtenir gain de cause au moyen de plusieurs suppliques (*Bittschrift*). Frédéric II demande aux juges d'appel de justifier la motivation de leur décision de rejet. Le président de la cour refuse de s'expliquer – ce qui semble illégal, car le roi est en droit de demander les motifs de la décision⁴¹⁰. Le roi ordonne donc une enquête sur cette affaire, à l'issue de laquelle il estime que les juges de la cour d'appel se sont rendus coupables de prévarication. Il les fait arrêter et juger par la chambre criminelle de la même juridiction. Toutefois, les juges pénaux considèrent qu'il n'y a aucune prévarication et que l'affaire doit être réglée, en dernière instance, par le tribunal supérieur (l'*Obertribunal*). Frédéric II, insatisfait de ce résultat, édicte lui-même un jugement le 1^{er} janvier 1780. Sur le volet pénal, il condamne les juges d'appel pour prévarication, à un an d'emprisonnement. Sur le volet civil, il condamne tous les adversaires du meunier Arnold (les juges, le seigneur, le voisin) au paiement de dommages et intérêts, et ordonne qu'Arnold soit remis en possession du moulin, et que le voisin lui construise un moulin à vent pour remplacer l'eau dont il est désormais privé. Cette affaire est considérée comme étant une « catastrophe judiciaire »⁴¹¹, un exemple choquant de *Machtspruch*. Malgré l'engagement de ce roi pour encadrer la prérogative royale en matière judiciaire, son intervention dans l'affaire Arnold démontre toute l'ambiguïté de la posture de l'autorité royale, entre renonciation à interférer dans les affaires judiciaires d'un côté, et maintien d'une surveillance étendue de la justice et vérification des jugements au fond d'un autre côté⁴¹². Frédéric II conçoit encore son pouvoir comme omnipotent, et, même s'il reconnaît qu'il ne peut pas, matériellement, intervenir systématiquement dans le cours de la justice, il souhaite pouvoir contrôler l'exercice du pouvoir judiciaire par ses agents, et se réserve la possibilité d'intervenir lui-même, notamment pour mettre fin à ce qu'il considère comme étant des injustices. Ce n'est que par pragmatisme de

concepts d'indépendance de la justice. Une analyse historique et comparée (Angleterre, Allemagne et France), thèse de doctorat, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2015, p. 266-270.

⁴¹⁰ E. KERN, *op. cit.*, p. 80.

⁴¹¹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 234.

⁴¹² E. KERN, *op. cit.*, p. 80. Cette ambiguïté est d'ailleurs perceptible dans l'œuvre doctrinale de Ernst Ferdinand Klein, grand juriste prussien (voy. notamment E. F. KLEIN, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1797, p. 254 et s.).

politique quotidienne que Frédéric II renonce à l'usage fréquent des *Machtsprüche*⁴¹³. Les critiques suscitées par cette affaire ont d'ailleurs participé à engager l'évolution et la réorganisation du système judiciaire prussien⁴¹⁴.

74. Les affaires scandaleuses de ce type incitent les états à réclamer un meilleur respect des compétences juridictionnelles prévues dans les lois. En particulier, de nombreuses réclamations des états (*ständische Monita*)⁴¹⁵, par exemple en Prusse, critiquent les empiètements arbitraires des commissions extraordinaires dans le cours de la justice. Ainsi, dès 1713, les états de la ville de Halberstadt demandent à ce que « nul ne soit attrait devant des commissions contre son gré »⁴¹⁶. La même demande est formulée, fin 1715, par les états du duché de Clèves-La Mark, qui s'appuient sur un recès de la diète prussienne (*Landtag*) de 1661⁴¹⁷. Dans une supplique ultérieure, les mêmes états expliquent la raison pour laquelle ils protestent contre les commissions et les évocations : ces instruments obligent les parties à comparaître devant un juge incompétent (mettant ici en avant l'idée fondamentale de la compétence de celui qui tranche le litige), et perturbent l'ordre des juridictions, entravent le cours de la justice⁴¹⁸. Ce sont là des arguments similaires à ceux qui sont mis en avant, de l'autre côté du Rhin, par les parlementaires français pour réclamer le respect de leur compétence juridictionnelle par le roi de France. Dans le même sens, en 1738, les états de la Marche-Électorale (*Kurmark*) dénoncent à leur tour, dans des requêtes visant à demander l'amélioration de la justice, les abus commis dans le cadre des commissions⁴¹⁹. De nombreuses requêtes de ce type apparaissent à cette période, pointant le caractère contraire de ces commissions avec la

⁴¹³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 241.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 235.

⁴¹⁵ En Prusse, le recours aux *Monita* et à la demande d'avis des « gouvernements, états et avocats » existe déjà dans le cadre du projet de code législatif sous Frédéric II. Voy. la correspondance entre Frédéric II et von Cocceji à ce sujet, les 16 et 18 août 1747, décrite in « Schriftwechsel des Königs mit Cocceji. », in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 7, *op. cit.*, p. 354-355.

⁴¹⁶ Article 5 des volontés des états de la ville de Halberstadt (*Desiderien der Halberstädtischen Stände nebst den Resolutionen des Königs*) du 24 avril 1713, reproduits in G. SCHMOLLER, O. KRAUSKE (dir.), *Acta Borussica*, tome 1, *op. cit.*, p. 427-436, en part. p. 428.

⁴¹⁷ Article 33 des volontés des états de Clèves-La Mark (*Desiderien der Cleve-Märkischen Landstände nebst den Resolutionen der Regierung*) du 18 décembre 1715, reproduites in G. SCHMOLLER, O. KRAUSKE, V. LOEWE (dir.), *Acta Borussica*, tome 2 : Akten vom Juli 1714 bis Ende 1717, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1898, p. 303-307, en part. p. 304.

⁴¹⁸ Supplique la plus humble des fidèles états du duché de Clèves et du comté de Mark (*Allerunterthänigste Supplication deren deputirten getreuen Landständen des Herzogthums Cleve und der Grafschaft Mark*), signée à Berlin le 22 juin 1724, reproduite in G. SCHMOLLER, W. STOLZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 4/1 : *Akten vom 8. Januar 1723 bis Ende Dezember 1725*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1908, p. 555-556, en part. p. 555.

⁴¹⁹ Point n° 15 de la requête des états de la Marche-Électorale du 13 mai 1738, reproduite in « Aus den Akten betr. der Justizverbesserung in der Kurmark », in G. SCHMOLLER, W. STOLZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 5/2 : *Akten vom 4. Januar 1736 bis 31. Mai 1740*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1912, p. 353-357, en part. p. 355.

volonté des parties⁴²⁰. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, les états mettent également en avant le nécessaire respect des lois – d’attribution des compétences juridictionnelles – au soutien de leurs réclamations. Il en est ainsi des états de l’Altmark qui déplorent, dans leur *Monitum* du 19 mars 1788, l’absence de « loi, fondée sur le droit de la nature et sur plusieurs lois positives, selon laquelle nul ne peut être tenu pour responsable par un autre juge que le juge ordinaire, et nul ne peut être puni sans avoir été légalement entendu »⁴²¹. Des requêtes des états de Clèves de 1723 mettent également en avant cette nécessité, pour les parties, d’être « laissées à leurs juges compétents »⁴²². Dans la préparation de codes législatifs provinciaux, les états des provinces prussiennes sont à nouveau entendus pour présenter leurs remarques relatives au Code général prussien. Dans ce cadre, les états de la Marche-Électorale proposent une disposition posant l’interdiction que les affaires juridiques soient « soustraites aux tribunaux ordinaires conformes à la loi [*gesetzmäßig*] » ou qu’elles soient « renvoyées par le régent ou ses agents, à des commissions spécialement nommées »⁴²³. Le lien avec la légalité de la compétence de celui qui tranche le litige est à nouveau établi. Le juge ordinaire compétent est celui qui est désigné par la loi, qui est conforme à la loi. Les commissions « spécialement nommées », *ad hoc*, constituent l’antithèse de ces juges ordinaires.

75. C’est ainsi qu’en 1788, les *Monita* du gouvernement de Magdeburg résument l’ensemble de ces critiques : elles mettent en avant l’inadmissibilité des *Machtsprüche*, l’indépendance des juges, ainsi que l’interdiction des commissions⁴²⁴. Une remarque, inscrite en marge par Heinrich Dietrich von Grolman, l’un des rédacteurs d’une compilation de ces *Monita* (appelée *Revisio Monitorum*, à l’initiative de Carl Gottlieb Svarez⁴²⁵), témoigne de la récurrence de ce type de demandes. Il indique en effet :

⁴²⁰ Voy., à titre d’exemple, les réclamations des états de la principauté de Halberstadt du 20 juillet 1740 (*Gravamina und Desideria der Stände des fürstenthums Halberstadt*) : « aucune commission ne peut être ordonnée contre le souhait et la volonté des parties [...] » (reproduites in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 6/2 : *Akten vom 31. Mai 1740 bis Ende 1745*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1901, p. 116-133, en part. p. 127 – nous soulignons).

⁴²¹ *Monitum* des états de l’Altmark du 19 mars 1788, cité in U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 244.

⁴²² Introduction des requêtes des états de Clèves (*Eingabe der Clevischen Landstände*) du 7 décembre 1723, reproduites in G. SCHMOLLER, W. STOLZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 4/1, *op. cit.*, p. 395-397, en part. p. 396).

⁴²³ *Monita* des états de la Marche-Électorale sur le Code général prussien pour l’élaboration du code législatif provincial (1791-1799), citées par U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 246.

⁴²⁴ *Monita* du gouvernement de Magdeburg du 14 avril 1788, citées in *ibid.*, p. 244.

⁴²⁵ Sur ce juriste prussien, voy. par ex. I. K. AHL, « Svarez, Carl Gottlieb », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 598-600. Sur le *Revisio Monitorum*, voy. par ex. D. WILLOWEIT, « Die Revisio Monitorum des Carl Gottlieb Svarez », in G. BIRTSCHE (dir.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, *Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte*, 1998, p. 91-112.

« Il serait en particulier souhaitable qu'il soit établi ici ou ailleurs dans le code que nul ne doit être tenu de se faire juger par un autre tribunal que celui auquel il appartient, et que si, pour des causes légales, la décision ne peut être laissée au tribunal ordinaire, l'affaire ne doit pas être confiée à une commission mais à un autre collège de justice. Car l'histoire enseigne comment de telles commissions ont été abusivement utilisées par le régent et les ministres puissants ou les favoris pour commettre des injustices. Les tribunaux ordinaires sont la meilleure garantie de la liberté civile. »⁴²⁶

76. Ces revendications des états ont permis de faire reculer l'exercice du pouvoir judiciaire par le roi ou ses agents. La distinction qui s'opère progressivement entre le gouvernement et les cours de justice, est notamment une concession accordée par le roi prussien aux états. Dans les cours de justice sont en effet présents des juges issus des états, qui protègent leurs intérêts contre les tentatives d'influence monarchique et centralisatrice – lesquelles sont dominantes au sein du gouvernement⁴²⁷. Par ailleurs, l'encadrement des sentences arbitraires du roi fait l'objet de réflexions au niveau législatif, dans le cadre des projets de codification entrepris en Prusse à partir des années 1780, menés par Johann Heinrich von Carmer et Carl Gottlieb Svarez. C'est sous l'influence des réclamations des états que Svarez propose d'abord un article 94 garantissant à chacun le droit d'être jugé par son juge ordinaire⁴²⁸. En considération de ces réclamations et de cette version préliminaire, l'article 6 de l'introduction (intitulée : « Des lois en général et des principes généraux du droit ») du projet finalisé de Code général pour l'État prussien (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten*) de 1784 dispose : « Nul ne doit être atteint dans ses droits par des sentences arbitraires »⁴²⁹. Avec le concours de Ernst Ferdinand Klein, un des juristes les plus importants de la fin de l'époque des Lumières⁴³⁰, l'article 6 de l'introduction du Code général pour l'État prussien de 1792 (*Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten – AGB*) indique finalement : « Les sentences arbitraires, ou autres décisions de l'autorité supérieure, qui sont rendues, dans des litiges, sans procédure légale, ne produisent ni droit ni obligation »⁴³¹.

⁴²⁶ Passage cité par U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 245.

⁴²⁷ G. SCHMOLLER, « Einleitung », art. cité, p. 105.

⁴²⁸ C. G. SVAREZ, « Version préliminaire IIIa », cité par U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 244.

⁴²⁹ J. H. von CARMER, *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, Berlin, Leipzig, George Jacob Decker, 1784, p. 18.

⁴³⁰ Sur ce grand juriste prussien, voy. G. KLEINHEYER, « Klein, Ernst Ferdinand », *Neue deutsche Biographie*, tome 11, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 734-735.

⁴³¹ *Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten*, Berlin, Königl. Hofbuchdruckerei, 1791, p. 3.

Cependant, l'entrée en vigueur de ce dernier est suspendue⁴³², en raison du tumulte provoqué par la Révolution française dans tous les États d'Europe, et en particulier en Prusse. Dans la version postérieure – et plus conservatrice – de l'*AGB*, l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)* de 1794⁴³³, il n'y a plus de disposition relative à la limitation du *Machtspruch* du roi. La seule disposition intéressant la légalité de la compétence du juge qui doit trancher les litiges est l'article 79 de l'introduction. Ce dernier dispose :

« Le jugement des différends qui surviennent, ainsi que la détermination des peines à infliger, doivent être confiés aux tribunaux que les lois désignent, pour tout habitant de l'État. »

Certains commentateurs postérieurs de cette disposition y voient une interdiction de la justice retenue, et même une consécration implicite du droit au juge légal⁴³⁴. Néanmoins, il ne s'agit en réalité pas d'une disposition qui limiterait le pouvoir encore absolu du souverain. Svarez, qui n'est pas à l'origine de cette modification, critique d'ailleurs cette formulation, en ce qu'elle ne permet pas de garantir que la compétence du juge ordinaire, établie par la loi, soit respectée⁴³⁵. D'ailleurs, le successeur de Frédéric II, Frédéric-Guillaume II, avait donné l'ordre de supprimer de l'*AGB* toutes les dispositions susceptibles de mettre en danger les droits de souveraineté du roi⁴³⁶, et avait ensuite approuvé cette version de *ALR*⁴³⁷. Il n'a donc pas perçu de menace, dans l'article 79, pour son pouvoir judiciaire et son pouvoir d'édicter des sentences arbitraires. Dès son accession au trône, Frédéric-Guillaume II était déjà intervenu de manière arbitraire dans le cours de la justice. En 1792, il intervient par exemple dans le procès d'un prédicateur libéral, le pasteur Johann Heinrich Schulz, pour prononcer sa suspension, ainsi que la sanction des juges de la cour d'appel⁴³⁸. L'inclusion de cette première forme de garantie de la compétence légale des juges qui tranchent les litiges résulte ainsi de la pression des états sur le pouvoir prussien⁴³⁹. Toutefois, elle ne remet pas en question le pouvoir absolu du roi, ni sa possibilité d'intervenir directement dans les procédures juridictionnelles.

77. Ces prémices de consécration de la garantie légale des compétences juridictionnelles ou de limitation de l'utilisation des commissions spéciales ne permettent pas de remettre en

⁴³² FRÉDÉRIC-GUILLAUME II DE PRUSSE, ordre du 18 avril 1792, confirmé par un ordre du 5 mai 1792 (cités par E. KERN, *op. cit.*, p. 91).

⁴³³ Sur ce document, considéré comme l'« arsenal législatif le plus complet », voy. D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 217 et s.

⁴³⁴ E. KERN, *op. cit.*, p. 92.

⁴³⁵ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 247-248.

⁴³⁶ FRÉDÉRIC-GUILLAUME II DE PRUSSE, ordre du 17 novembre 1793 (cité par E. KERN, *op. cit.*, p. 91).

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 90.

⁴³⁹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 248.

cause le caractère absolutiste du régime politique en vigueur. En effet, les États absolus allemands du XVIII^e siècle se caractérisent par une volonté de centraliser, de manière rationnelle, l'administration et la législation. C'est la raison pour laquelle des efforts de codification, nationale ou provinciale, ont été faits, notamment en Prusse. L'approche retenue est celle d'une planification législative rationnelle, visant à réglementer de façon systématique des domaines juridiques connexes⁴⁴⁰. Il en résulte ainsi une primauté de la loi rationnelle⁴⁴¹, orientée vers le bien commun, qui n'est pas liée au principe d'État de droit, encore inexistant. L'idée de ne pas priver les justiciables de leurs juges ordinaires compétents et d'encadrer la mise en place de commissions spéciales, est ainsi intégrée dans les réformes judiciaires. Le « juge idéal » y est conçu comme l'agent public soumis à la loi⁴⁴². Néanmoins, ces dispositions ne visent pas à abolir le caractère absolu du pouvoir souverain, qui ne connaît aucune séparation du pouvoir⁴⁴³.

B. L'absence de remise en cause de l'absolutisme monarchique dans l'Allemagne du XVIII^e siècle

78. Si la deuxième moitié du XVIII^e siècle voit naître les premières dispositions consacrant l'obligation de respect de la compétence ordinaire des juges, ainsi que l'encadrement de la création de commissions, la période est toujours marquée par un fort absolutisme, justifié par la doctrine dominante. Ces premières règles n'ont ainsi pas pour conséquence de diminuer le pouvoir judiciaire du souverain, ou de donner une certaine indépendance aux juges.

79. Au XVIII^e siècle, les objectifs des États territoriaux allemands sont ceux de bien-être commun (*Wohlfahrt*)⁴⁴⁴ et de félicité (*Glückseligkeit*)⁴⁴⁵. Le concept de puissance publique unifiée est au cœur du fonctionnement de ces États absolus⁴⁴⁶. Tous les sujets sont soumis à la

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 214.

⁴⁴³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 248.

⁴⁴⁴ D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Dritter Theil, Hannovre, Johann Wilhelm Schmidt, 1761, p. 12 ; J. G. SIEBER, *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen*, Göttingen, Victorin Bossiegel und Sohn, 1773, p. 1 ; W. von KREITTMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, tome 1 : *Von dem allgemeinen Staatsrechte*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 15 ; K. F. HÄBERLIN, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter*, tome 2, Francfort, Leipzig, 1794, p. 300.

⁴⁴⁵ J. H. von G. JUSTI, *Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policy, und aller Regierungswissenschaften, desgleichen als die Quelle aller Gesetze*, Berlin, Stettin, Leipzig, Verlag Johann Heinrich Rüdigers, 1760, p. 45 ; J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 1 ; H. G. SCHEIDEMANTEL, *Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, Iéna, Joh. Rudolph Cröckers seel. Wittwe, 1775, p. 7.

⁴⁴⁶ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 28 (note n° 102).

puissance publique, puissance détenue entièrement par le prince. Selon les juristes allemands du XVIII^e siècle, la prospérité de l'État pâtirait d'une séparation des pouvoirs⁴⁴⁷. Partant, l'auto-engagement des princes germaniques n'emporte aucune limitation constitutionnelle de leur autorité judiciaire, leur pouvoir reste illimité. L'ensemble de la doctrine est en effet d'accord, au XVIII^e siècle, pour considérer que le pouvoir judiciaire est une prérogative souveraine inaliénable, un « droit de majesté »⁴⁴⁸. Le souverain a le pouvoir judiciaire⁴⁴⁹, il est la « source de toute justice »⁴⁵⁰. L'ancien droit naturel est abandonné au profit de la théorie absolutiste de l'État, dans laquelle le pouvoir judiciaire appartient aux droits de souveraineté particuliers du régent, droits liés à son pouvoir suprême (*obersten Gewalt*)⁴⁵¹. C'est le « bon droit » (*gutes Recht*) du souverain d'intervenir dans la justice⁴⁵². Même s'il délègue l'exercice de certains pouvoirs à des agents, le régent réunit en sa personne le pouvoir suprême⁴⁵³ ; il reste « arbitre suprême de la justice »⁴⁵⁴, « juge suprême de l'État »⁴⁵⁵, car c'est une dette qu'il a envers son peuple⁴⁵⁶. Le juge chargé de trancher un litige agit au nom du prince et dans la limite de la délégation que lui a faite le souverain. Strube estime ainsi que le juge qui tranche le litige d'un sujet exerce une partie des droits de souveraineté (*Hoheitsrechte*) du prince⁴⁵⁷. Sieber fait la différence entre le « maître du tribunal » (le souverain absolu) et « celui qui exerce [la justice] en son nom » (les juges)⁴⁵⁸. Klein opère lui aussi la distinction entre le « pouvoir judiciaire suprême » (*oberste Justizgewalt*), dont le titulaire est le souverain, et le « pouvoir juridictionnel » (*richterliche Gewalt*) exercé par des juges professionnels⁴⁵⁹. D'ailleurs, les œuvres de Locke et de Montesquieu ne sont traduites en allemand qu'au cours du XVIII^e siècle ; et, même après sa traduction, la théorie de Montesquieu n'est pas populaire dans la philosophie

⁴⁴⁷ Voy. par ex. H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 29, 54.

⁴⁴⁸ Cela apparaît par ex. dans le plan adopté par Scheidemantel in H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.* : le chapitre « Affaires judiciaires » est inclus dans la section « Des droits de majesté en particulier ». Voy. aussi W. von KREITTMAYR, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴⁹ K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 301.

⁴⁵⁰ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 18 ; N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1804, p. 5.

⁴⁵¹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁵² E. KERN, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁵³ Voy. par ex. H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 146 ; J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 9-10.

⁴⁵⁴ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Anti-Machiavel, ou Essai de critique sur le Prince de Machiavel*, (publié par Voltaire), Amsterdam, Jaques la Caze, 1741, part. 2, p. 58.

⁴⁵⁵ H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁵⁶ « C'est donc la justice qui doit faire le principal objet d'un Prince, c'est donc le bien des peuples qu'il gouverne, qu'il doit préférer à tout autre intérêt. Le Souverain, bien loin d'être le Maître absolu des peuples qui sont sous sa domination, n'en est que le premier Magistrat. » (FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Anti-Machiavel*, *op. cit.*, p. 3).

⁴⁵⁷ D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Dritter Theil, *op. cit.*, p. 51, 68.

⁴⁵⁸ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 9-10.

⁴⁵⁹ E. F. KLEIN, *op. cit.*, p. 264-265.

allemande de la seconde moitié du XVIII^e siècle⁴⁶⁰. Par exemple, Strube estime qu'en Allemagne, le fait que le prince ou son conseil interviennent dans la résolution de litiges n'a jamais porté atteinte à la liberté – et que ce n'est donc pas une préoccupation qui doit occuper les penseurs allemands⁴⁶¹. Frédéric II de Prusse, bien qu'étant sensible aux idées des Lumières, est l'un des principaux représentants de l'absolutisme éclairé allemand. Dans son *Testament politique* de 1752, il concède ainsi qu'« [i]l faut qu'un gouvernement bien conduit ait un système [...]. Or, un système ne peut émaner que d'une tête ; donc il faut qu'il parte de celle du souverain »⁴⁶². Plus loin, il conclut qu'il faut « que le prince fasse son système et l'exécute lui-même »⁴⁶³. Même au niveau de l'Empire, les penseurs allemands considèrent que l'idée de Kant de séparation nécessaire entre les pouvoirs législatif et judiciaire est « inconnue dans la constitution allemande de l'Empire »⁴⁶⁴.

80. Selon la doctrine contemporaine, le prince territorial allemand a donc au moins un droit de confirmation des jugements (*Bestätigungsrecht*), qui va de pair avec un droit d'adoucir et d'aggraver les jugements et le droit de grâce⁴⁶⁵. Dans la procédure pénale prussienne, par exemple, la confirmation du jugement est une obligation pour le monarque – obligation renforcée par le règlement criminel (*Kriminalordnung*) de 1717⁴⁶⁶. Cela est justifié, d'une part, par le fait que le roi est le détenteur de la souveraineté, et, d'autre part, par le besoin de protection des sujets contre les jugements arbitraires des tribunaux⁴⁶⁷. C'est également en Prusse que l'un des cas les plus célèbres d'aggravation d'une peine a été observé : en 1730, le roi Frédéric-Guillaume I^{er} y ordonne la décapitation d'un jeune militaire, Hans Hermann von Katte, alors que le tribunal militaire ne l'avait condamné qu'à la prison à vie.

81. Par ailleurs, et en conséquence de cette théorie absolutiste de l'État, la doctrine allemande ne peut pas défendre l'indépendance des juges ordinaires face à l'omnipotence du souverain absolu. Les juges sont ainsi davantage vus comme les « arbitres désignés par le

⁴⁶⁰ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 225 ; U. SEIF, « Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, vol. 83, n° 2, p. 230. Voy. par ex. Scheidemantel, qui critique Montesquieu in H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 287, 323-324.

⁴⁶¹ D.G. STRUBE, *Nebenstunden*, Dritter Theil, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁶² FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Testament politique*, avril-juillet 1752 (reproduit in G. SCHMOLLER, O. HINTZE (dir.), *Acta Borussica*, tome 9, *op. cit.*, p. 327-407, en part. p. 369-370).

⁴⁶³ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Testament politique*, avril-juillet 1752 (reproduit in *ibid.*, p. 327-407, en part. p. 378).

⁴⁶⁴ Voy. par ex. N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶⁵ W. von KREITMAYR, *op. cit.*, p. 21 ; E. F. KLEIN, *op. cit.*, p. 269 ; E. KERN, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁶⁶ E. KERN, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

souverain »⁴⁶⁸, dépendants de ce dernier. Christian von Wolff⁴⁶⁹, par exemple, reconnaît parfaitement que les juges et autorités « ne peuvent user de leur droit autrement que par la volonté du souverain »⁴⁷⁰. Scheidemantel considère qu'il est plus confortable pour le régent de nommer des « officiers de justice » (*Gerichtspersonen*), et de leur indiquer pour quelles matières, dans quel ressort et pour quelles personnes elles peuvent « exercer [*verwalten*] leurs droits de juge »⁴⁷¹. Häberlin ne peut concevoir que les juges nommés ne soient pas d'abord soumis à un « examen long et pointu » par le régent⁴⁷². Dans cette période, les juges sont en général qualifiés de « juges-agents » (*beamtete Richter*), considérés d'abord comme des serviteurs de l'État, et seulement dans un second temps comme des juges⁴⁷³. Leur « subordination » et leur surveillance par d'autres « agents publics » sont explicitement envisagées par certains auteurs⁴⁷⁴. Certains juges luttent pour revendiquer leur indépendance, mais sans succès. Une affaire badoise de 1791, opposant le vicomte André Boniface de Mirabeau, frère cadet du célèbre marquis de Mirabeau à une maison de commerce de Zürich devant la cour de justice de Bade (*Hofgericht*), illustre cette situation⁴⁷⁵. Par un rescrit du 11 juin 1791, le souverain badois, le margrave Karl Friedrich, conteste la décision de la cour de justice, en l'invitant à statuer différemment. Le juge Johann Georg Schlosser, *Direktor* de cette juridiction, lui répond, au nom de ses collègues, par une déclaration solennelle relative à l'indépendance des juges. Il se dit notamment prêt à démissionner de sa fonction de juge, plutôt que d'être détourné, « par quelque considération que ce soit, de la droite ligne des droits et de la justice »⁴⁷⁶. Ce qui est intéressant, c'est que le juge Schlosser aurait pu s'abstenir de faire une telle déclaration, dans la mesure où le rescrit du margrave ne corrigeait pas lui-même la décision juridictionnelle, et que l'affaire était pendante, en appel, devant la chambre impériale de justice – laquelle entérina d'ailleurs la décision de la cour de justice. Le juge Schlosser a ainsi souhaité

⁴⁶⁸ C. von WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts: worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle, Rengerische Buchhandlung, 1754, p. 741.

⁴⁶⁹ Sur ce juriste, voy. par ex. T. REPGEN, « Wolff, Christian von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 656-658.

⁴⁷⁰ C. von WOLFF, *op. cit.*, p. 769-770.

⁴⁷¹ H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁷² K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁷³ E. KERN, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁷⁴ Voy. par ex. H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 152 ; W. von KREITTMAYR, *op. cit.*, p. 20 ; K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 478.

⁴⁷⁵ Affaire décrite par M. LÖHNIG, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*, 2012, vol. 80, p. 427-428., ou encore par E. KERN, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁷⁶ Déclaration reproduite in M. LÖHNIG, art. cité, p. 428.

faire acte de résistance, se percevant comme indépendant du souverain. Toutefois, l'indépendance qu'il met en avant n'est encore, au mieux, qu'un principe « en devenir »⁴⁷⁷.

82. En somme, l'idée selon laquelle la personne chargée de trancher un litige doit tirer sa compétence de la loi, être le « juge légal », apparaît dans les territoires du Saint-Empire romain germanique au cours du XVIII^e siècle. À cette période, les princes territoriaux revendiquent un pouvoir omnipotent, concurrent et supérieur face aux états et à l'autorité impériale. L'usage arbitraire du pouvoir judiciaire par les princes est progressivement dénoncé par ces forces diminuées. C'est dans ce cadre que se développent des critiques contre l'usage abusif de la justice retenue par le souverain, fondées sur la primauté de la loi règlementant l'exercice du pouvoir judiciaire. Or, en tant que souverain absolu, le prince demeure l'autorité détentrice à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Ces premières revendications se limitent donc à demander au souverain de respecter les lois d'administration judiciaire qu'il a lui-même édictées, sans remettre en question le caractère absolu du régime.

⁴⁷⁷ E. KERN, *op. cit.*, p. 56. (« *werdendes Recht* »).

CONCLUSION DU CHAPITRE I

83. L'étude du développement historique du droit au juge naturel ou légal permet de faire remonter les origines de cette garantie aux revendications provoquées par la centralisation de la justice à l'échelle étatique, et ses conséquences dans le système judiciaire multicouche des anciens régimes. En France, comme dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, l'appropriation des pouvoirs par le roi et les souverains territoriaux entraîne la réorganisation de la justice, dans l'objectif d'assurer l'omnipotence monarchique. Le souverain tente alors de s'approprier les compétences juridictionnelles, par la mise en place d'une justice étatique, mais aussi de contrôler la mise en œuvre de la justice, notamment lorsqu'il s'agit d'affaires médiatisées. En France, l'origine médiévale de la garantie du juge naturel se situe dans l'exigence procédurale d'être jugé par « son juge »⁴⁷⁸. Les juges locaux originaires tentent de reprendre cet argument pour défendre leurs compétences, face à la mise en place de la justice royale. Mais, progressivement, les juges royaux eux-mêmes, notamment les parlements, monopolisent l'exigence d'être jugé par « son » juge, afin de dénoncer les empiètements directs du roi dans le cours de la justice royale. Dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, la centralisation du pouvoir judiciaire entre les mains des souverains territoriaux entraîne une concurrence avec, d'un côté, les juridictions des différents ordres médiévaux, et, d'un autre côté, la justice impériale du Saint-Empire. Sans remettre fondamentalement en cause l'idée de la concentration des pouvoirs entre les mains du « despote éclairé » allemand, les états et la doctrine tentent d'encadrer les interventions extérieures dans le cours de la justice. Dans les deux pays, c'est au départ l'adjectif « ordinaire » qui est principalement employé pour s'opposer à la justice extraordinaire des souverains. Mais le besoin de fonder juridiquement leurs revendications les poussent à adopter d'autres expressions : en France, c'est celle de « juge naturel » qui s'impose dans les revendications parlementaires, tandis qu'en Allemagne, c'est la référence à la loi qui permet d'associer l'expression « juge légal » aux revendications. Tout cela participe d'un schéma argumentatif comparable en France et dans les territoires germaniques.

⁴⁷⁸ Voy. ici M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 37 et s.

CHAPITRE II : LE SCHÉMA ARGUMENTATIF DES REVENDICATIONS CONTRE L'ABSOLUTISME JUDICIAIRE MONARCHIQUE

84. Dans cette première période de développement des demandes pour un meilleur respect des compétences judiciaires, au fondement de l'apparition d'un droit au juge naturel ou légal, les acteurs du monde juridique cherchent à faire reconnaître une garantie objective : la soumission du pouvoir étatique au droit (**Section 1**). Autant en France qu'en Allemagne, l'« arbitraire » du souverain est critiqué, alors qu'il n'a au départ aucune connotation négative, désignant le pouvoir d'arbitre détenu par le souverain (et par les juges). À la fin du XVIII^e siècle, ce terme renvoie à l'idée de caprice et d'injustice⁴⁷⁹. Malgré la persistance de régimes absolus et l'absence de réception pratique des théories de séparation des pouvoirs, cette période voit progresser l'idée d'encadrement de la puissance étatique par le droit, particulièrement en matière de respect de l'ordre juridictionnel. Les contextes politiques des deux systèmes étudiés sont toutefois différents, ce qui participe à expliquer les développements ultérieurs des garanties dans les deux pays (**Section 2**). En France, l'absolutisme monarchique est d'abord remis en question par les parlementaires, qui mobilisent un droit supralégislatif, constitutionnel, pour justifier leur opposition aux usurpations de compétence et à la justice retenue. Tout en rejetant l'ensemble du système judiciaire de l'Ancien régime, les états de 1789 adaptent le principe du juge naturel à leurs revendications révolutionnaires. Dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, le XVIII^e siècle ne permet pas encore la remise en question de l'absolutisme. Le souverain détient tous les pouvoirs et constitue, en matière judiciaire, le « juge suprême ». La mise en retrait du souverain éclairé allemand se justifie donc davantage par un usage modéré, raisonnable, rationnel du pouvoir judiciaire. C'est par la raison que le souverain allemand doit faire et interpréter la loi, ce qui restreint son périmètre d'intervention dans le cours de la justice.

Section 1 : Le respect des compétences juridictionnelles par le souverain, reflet de l'objectif commun de soumission du souverain au droit

85. L'étude du développement des critiques contre l'absolutisme monarchique a montré que les demandes pour que le souverain respecte davantage les compétences juridictionnelles

⁴⁷⁹ J.-M. CARBASSE, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », *Droits*, 1988, p. 124.

des juges ordinaires ont besoin, en France comme dans les territoires germaniques, d'un ancrage juridique. En France, c'est dans les dernières décennies de l'Ancien régime que l'argument du juge naturel est le plus précisément utilisé au cœur d'une argumentation juridique. Le lien entre les revendications des parlementaires et le respect du droit par le roi est alors plus explicite et développé. Conscients de la limite de l'argument tiré de la soumission à la simple loi, qui est l'œuvre du souverain lui-même, les parlementaires fondent finalement le principe du juge naturel sur un droit supérieur, constitutionnel : les lois fondamentales du royaume (§ 1). En Allemagne, la philosophie des Lumières influence également la théorie politique de la fin du XVIII^e siècle. Certes, la conception absolutiste du pouvoir détenu par le souverain éclairé n'est pas remise en cause. Cependant, la loi prend une plus grande place dans l'organisation et le fonctionnement des États germaniques. Dans ces « États légaux »⁴⁸⁰, l'exercice du pouvoir étatique doit tenir compte du bien-être commun, dont la réalisation incombe au souverain par l'adoption de lois rationnelles. La doctrine de l'absolutisme éclairé allemand met ainsi en avant le nécessaire respect de la loi rationnelle par le souverain, en cas d'intervention dans le cours de la justice (§ 2).

§ 1 : Le droit au juge naturel, recherche du respect d'un droit supérieur par le souverain français

86. Dans leurs remontrances contre les usages répétés des mécanismes de justice retenue, les parlementaires ont besoin d'une base juridique pour fonder la soumission du roi de France aux compétences « ordinaires » des juges royaux et lui interdire d'intervenir dans le cours de la justice. Dans un premier temps, et jusqu'aux années 1765-1770, le discours parlementaire se concentre sur la loi, dont le respect par le prince est nécessaire pour garantir la légitimité de la monarchie. En particulier, la référence à Henri IV et au principe « deux souverains, Dieu et la loi », apparaissent comme des éléments structurants de ce discours⁴⁸¹. La doctrine et les juges parlementaires insistent donc sur l'illégalité des mécanismes de justice extraordinaire ou retenue⁴⁸² ; et, inversement, sur la légalité de leurs compétences. Les juges

⁴⁸⁰ U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 224-225.

⁴⁸¹ Voy. par ex. Parlement de Paris, grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les refus de sacrements, citées in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 1 : 1715-1753, Paris, Imprimerie nationale, 1888, p. 521-609, en part. p. 527.

⁴⁸² Parlement de Paris, remontrances du 14 mars 1770 sur les opérations financières de l'abbé Terray, reproduites in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 3 : 1768-1788, Paris, Imprimerie

naturels sont ainsi les « juges désignés par la loi »⁴⁸³, les « juges légaux »⁴⁸⁴. Les références aux ordonnances prises tout au long de l'Ancien régime permettent notamment de mettre en avant le respect des lois de compétence⁴⁸⁵. C'est ce qu'illustrent les querelles entre les parlements et Louis XV dans les affaires du Grand conseil de 1755-1756 et de Bretagne de 1766⁴⁸⁶. Ayant conscience de la limite de ce raisonnement – compte tenu du fait que le roi *fait* la loi –, la doctrine parlementaire s'attache à démontrer la valeur supérieure de la loi imposant le respect des compétences juridictionnelles. Pour ce faire, ils reprennent une idée médiévale selon laquelle le monarque français est soumis à « un ordre juridique supérieur »⁴⁸⁷, découlant initialement du droit naturel et divin. Le plus souvent qualifié de « lois fondamentales du royaume »⁴⁸⁸, cet ordre supérieur, « constitutionnel », contiendrait le respect de l'ordre naturel des juridictions par le monarque français (A). Même si la période prérévolutionnaire est marquée par la remise en cause de l'ensemble du système de la monarchie française, l'idée de faire respecter les compétences juridictionnelles inscrites dans la loi est à nouveau mise en avant par un grand nombre de cahiers de doléances, qui affermissent l'utilisation de l'expression « droit au juge naturel » dans la conception française (B).

nationale, 1898, p. 84-100, en part. p. 90. La référence à la loi et à son respect par le roi apparaît déjà dans le discours du conseiller Voisin, pendant la « Fronde princière » de 1648-1650, lequel s'oppose à la détention de certains nobles (prince de Condé, prince de Conti, duc de Longueville) : « Des personnes si chères et si considérables à l'état, lesquelles étant nées sujets du roi, sont nées sujets aux lois et doivent être jugées par leurs juges naturels » (extrait du discours du conseiller Voisin du 7 juin 1650, sollicitant un arrêt du Parlement de Paris, reproduit en note de bas de page in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 17 : 1643-1661, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 218-220, en part. p. 220).

⁴⁸³ Parlement de Paris, remontrances des 19 et 20 mars 1768 sur le Grand conseil, reproduites in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 2 : 1755-1768, Paris, Imprimerie nationale, 1895, p. 853-888, en part. p. 865. Dans des remontrances ultérieures contre ce même Grand conseil, le Parlement de Paris dénonce les évocations comme étant « nécessairement en contradiction avec les lois, avec les tribunaux, avec l'État entier. » (Parlement de Paris, représentations adressées au roi le 7 juillet 1768, reproduites in *ibid.*, p. 892-897, en part. p. 896)

⁴⁸⁴ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 320, 338 et s.

⁴⁸⁵ C'est ce que reproduisent, dans l'*Encyclopédie*, Jaucourt et Boucher d'Argis, qui écrivent qu'« [e]n France les évocations trop fréquentes, & faites sans cause légitime, ont toujours été regardées comme contraires au bien de la justice ; & les anciennes ordonnances de nos rois veulent qu'on laisse à chaque juge ordinaire la connaissance des affaires de son district », avant de donner en détail le contenu des principales ordonnances prises en la matière (A.-G. BOUCHER D'ARGIS, L. de JAUCOURT, « Évocation », in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 6, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1756, p. 161-169 – nous soulignons). De manière générale, le recours aux actes des prédécesseurs est fréquemment utilisé par les parlements, afin de renforcer leurs arguments et, notamment, les principes faisant partie, selon eux, des « lois fondamentales du royaume » (voy. F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIII^e siècle) », *Droits*, 2001, vol. 34, p. 191).

⁴⁸⁶ Ces affaires sont par exemple étudiées par M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, resp. p. 340-341, 346-348.

⁴⁸⁷ J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 1 : L'idéologie de la magistrature ancienne, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009, p. 215.

⁴⁸⁸ Sur ces lois, voy. A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien régime*, Paris, Albert Fontemoing, 1907 ; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*, 17^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit public, 2022, p. 29-33.

A. L'ordre naturel des juridictions comme loi fondamentale du royaume : des juges naturels supposés juges constitutionnels

87. Dès le Moyen-Âge, les civilistes estiment que malgré l'omnipotence du roi de France, celui-ci est lié par un certain nombre de principes, de lois, qui lui sont supérieurs. Le roi est certes réputé être « au-dessus des lois », mais « sa place n'en est pas moins définie en droit »⁴⁸⁹. Cette idée est reprise aux Temps modernes, y compris par les théoriciens de la monarchie absolue. Par exemple, tout en affirmant le caractère absolu du pouvoir monarchique, Jean Bodin⁴⁹⁰ reconnaît que le roi est soumis à des lois supérieures, qualifiées tantôt de lois « divines et naturelles »⁴⁹¹, tantôt de lois « qui concernent l'état du Royaume »⁴⁹². Selon lui, la souveraineté est subordonnée au droit naturel et au droit divin. D'un côté, la puissance du roi est « absolue et souveraine » si « elle n'a autre condition que la loi de Dieu et de nature ne commande »⁴⁹³. D'un autre côté, « tous les Princes de la terre sont sujets aux lois de Dieu, et de nature, et à plusieurs lois humaines communes à tous peuples »⁴⁹⁴. Il expose clairement que « la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'étend aucunement aux lois de Dieu et de nature »⁴⁹⁵. Innocent Gentillet exprime d'ailleurs la même idée dans son *Discours sur les moyens de bien gouverner* de 1576⁴⁹⁶.

88. Dans les dernières décennies de la monarchie, la doctrine et les juges parlementaires reprennent cette idée, en affirmant que l'« ordre invariable dans l'administration de la justice »⁴⁹⁷ fait partie de ces lois supérieures, à côté du pouvoir d'enregistrement des lois par

⁴⁸⁹ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 215.

⁴⁹⁰ Sur Jean Bodin, voy. par ex. D. QUAGLIONI, « Bodin Jean », *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 120-122.

⁴⁹¹ J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Lyon, Jean de Tournes, 1579, p. 92 : « Mais quant aux lois divines et naturelles, tous les princes de la terre y sont sujets, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, s'ils ne veulent être coupables de lèse-majesté divine ; faisant guerre à Dieu ».

⁴⁹² *Ibid.*, p. 95 : « Quant aux lois qui concernent l'état du Royaume, et de l'établissement de celui-ci, d'autant qu'elles sont annexées et unies avec la couronne, le Prince n'y peut déroger, comme est la loi salique ».

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁹⁶ I. GENTILLET, *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en paix un royaume, ou autre principauté*, Genève, Jacques Stoer, 1576, p. 47 : « La puissance Absolue est celle qui ne peut ni doit être aucunement limitée, ains s'étend à toutes choses quelles qu'elles soient, si ce n'est quant aux lois de Dieu et de nature, et à celles qui font le fondement de la Principauté et état. Car le Prince n'a point de puissance par-dessus Dieu, non plus que le vassal par-dessus son Seigneur lige, mais doit lui-même obéir à ses commandements et ordonnances : tant s'en faut qu'il les puisse aucunement abolir ni y déroger. » (nous soulignons).

⁴⁹⁷ Parlement de Paris, grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les refus de sacrements, reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 568 : « Les monarchies ne se soutiennent, Sire, que par l'observation d'un ordre invariable dans l'administration de la justice. »

les parlements⁴⁹⁸ – ce que réfutent l'autorité royale et ses juristes⁴⁹⁹. Selon la doctrine et les parlementaires, ces lois ont établi « des tribunaux réglés, qui par leur stabilité se sont acquis la confiance des peuples, et qui, sous l'autorité du Prince, sont l'expression vivante de l'impartialité de la loi »⁵⁰⁰. Ainsi, les compétences ordinaires des officiers royaux ne seraient pas à la disposition arbitraire du souverain⁵⁰¹, puisqu'elles sont « dans l'ordre public, & même dans le droit naturel »⁵⁰². « Le roi doit respecter l'ordre naturel des juridictions, au motif que cet ordre le dépasse »⁵⁰³. Cette reconnaissance de l'ordre naturel des juridictions comme loi fondamentale du royaume doit ainsi entraîner l'interdiction des mécanismes de justice extraordinaire. C'est par exemple l'objectif de Pierre-Louis Chaillou, parlementaire rennais, dans son essai *Des commissions extraordinaires en matière criminelle* de 1766. Selon lui, les lois de compétence empêcheraient « à jamais tout établissement de juridiction factice et momentanée », ce qui permettrait de « protéger les principes du droit naturel, les règles de l'équité et de la constitution de l'État »⁵⁰⁴. De son côté, le comte Ferrand, ancien conseiller aux enquêtes aux parlements de Rouen puis de Paris, considère que les commissions et les évocations sont « destructives de l'ordre de la justice », et qu'elles favorisent les inégalités⁵⁰⁵. En se fondant sur l'ordre des juridictions, une « maxime universellement reconnue »⁵⁰⁶, il considère, de manière plus générale, que l'ensemble des sujets, le roi et les juges, doivent respecter la loi. Le culte naissant autour de la loi générale, abstraite, commune ou égale pour tous, est perceptible chez cet auteur. Il ne tolère aucune exception à cette loi, y compris donc les exceptions aux règles de compétence des juges que constituent les commissions et les évocations⁵⁰⁷.

⁴⁹⁸ A.-F.-C. FERRAND, *Accord des principes et des lois, sur les évocations, commissions et cassations*, 1789, p. 19 : « Aussi a-t-on senti de tout temps la nécessité des tribunaux dépositaires des lois. Cet établissement admis dans tous les gouvernements, est même une *partie nécessaire de la constitution monarchique*. » (nous soulignons). Voy. aussi A. LEMAIRE, *op. cit.*, p. 211 et s.

⁴⁹⁹ Voy. par ex. P. de L'HOMMEAU, *Maximes generales du droit françois, divisées en trois livres*, Paris, Henry Le Gras, 1657 ; C. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1608 ; C. LE BRET, *Les œuvres de messire C. Le Bret, revues et augmentées par lui de plusieurs choses notables depuis la dernière édition*, Paris, Veuve T. Du Bray, 1643 ; J. DOMAT, *Les quatre livres du droit public [1697]*, édition revue et corrigée par Joseph RÉMY, Paris, Firmin Didot père et fils, 1829. Il est parfois difficile pour ces auteurs de concilier la théorie absolutiste du pouvoir avec l'expression « juge naturel », accaparée par les parlementaires. Voy. par ex. à propos de formulations ambiguës de Cardin Le Bret, M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 366-367.

⁵⁰⁰ P.-L. CHAILLOU, *Des commissions extraordinaires en matière criminelle*, 1766, p. 15.

⁵⁰¹ A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 14-15.

⁵⁰² P.-L. CHAILLOU, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰³ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 322.

⁵⁰⁴ P.-L. CHAILLOU, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁰⁵ A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 38.

89. Les juges des parlements se saisissent de ces arguments, afin de demander au monarque de respecter les lois fondamentales de l'État. Une première occurrence de l'expression « constitution de l'État » dans les remontrances du Parlement de Paris apparaît dès 1721, afin de faire valoir le principe du jugement par les pairs, face à l'évocation du procès du duc de la Force par le roi et son conseil⁵⁰⁸. Après une longue période, c'est à partir des années 1750 que ces expressions renvoyant à un droit supérieur, constitutionnel, resurgissent avec force dans l'argumentaire des parlementaires. Un extrait des remontrances du Parlement de Paris de 1768 illustre le lien qui est établi entre les lois fondamentales et l'ordre des juridictions, dans une hiérarchie qui, selon le parlement, doit être respectée par le roi :

« Les lois, Sire, qui tiennent à la constitution même de l'État, [...] ne doivent être ni anéanties ni même éludées. De ce genre sont ces lois sur lesquelles est fondé le *système général de l'administration de la justice* en France et qui fixent l'*ordre hiérarchique des juridictions, leurs droits, leur compétence et leur autorité respective*, ces lois qui assurent aux citoyens des juges, tant en matière civile qu'en matière criminelle, des juges dont l'accès est toujours facile et dont la loi elle-même garantit aux yeux des peuples la capacité et l'impartialité. L'ordre fixe et permanent établi par ces lois [...] est incompatible avec l'arbitraire qui inspire la fréquence des évocations et préside à la formation des commissions extraordinaires. »⁵⁰⁹

Selon le parlement, les évocations « arbitraires »⁵¹⁰ constituent ainsi « le renversement »⁵¹¹ de l'ordre qui découle des lois « qui tiennent à la constitution même de l'État ». Antérieurement, Louis XIV avait déjà reconnu lui-même que « la fréquence des évocations » pouvait « trouble[r] l'ordre des juridictions »⁵¹². Aucun adjectif ne venait alors préciser la nature de cet ordre, mais cela permet toutefois de prendre la mesure de l'importance et de la récurrence de l'argument invoqué. À la fin du XVII^e siècle, Louis XIV n'emploie pas

⁵⁰⁸ Parlement de Paris, remontrances du 1^{er} mars 1721 sur l'évocation du procès du duc de la Force (reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 140-148). Sur ces remontrances et l'apparition de cette expression, voy. A. VERGNE, « La première référence à la "Constitution de l'État" dans les remontrances du parlement de Paris [1^{er} mars 1721] », in A. J. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Collection « Histoire », 2010, p. 137-153.

⁵⁰⁹ Parlement de Paris, remontrances des 19 et 20 mars 1768 sur le Grand conseil, reproduites in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *op. cit.*, tome 2, p. 853-888, en part. p. 867 (nous soulignons).

⁵¹⁰ Parlement de Paris, grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les refus de sacrements, reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 569.

⁵¹¹ Parlement de Paris, grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les refus de sacrements, reproduites in *ibid.*

⁵¹² Louis XIV, Déclaration du 14 août 1687 sur l'article 5 du titre I^{er} de l'ordonnance d'août 1669, sur l'évocation au Grand conseil, reproduite in N. DECRUSY, A.-H. TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 20 : 1686-1715, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 51-52.

l'adjectif « naturel », car c'est précisément à cette période que la doctrine royale se saisit de l'argument du juge naturel en faveur du roi absolu et justicier. L'objectif du monarque absolu est alors d'accentuer la dépendance des juges royaux, y compris des cours souveraines, vis-à-vis de son autorité. C'est d'ailleurs ce qu'exprime son successeur, Louis XV, au cours de la célèbre séance royale dite de la Flagellation : « c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; [...] la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi, et [...] l'usage n'en peut jamais être tourné contre moi [...] »⁵¹³.

90. À la fin de l'Ancien régime, les parlements utilisent l'arme que constituent les lois fondamentales du royaume dans ce « discours d'opposition »⁵¹⁴, en particulier pour contester les projets de réforme qui touchent la justice ou les questions financières. Le Parlement de Paris se perçoit comme le gardien des lois fondamentales⁵¹⁵, le « dépositaire & le conservateur des Loix constitutives de l'État »⁵¹⁶. Dans ce cadre, il s'estime compétent pour dénoncer les actes royaux (tant les actes législatifs que les actes liés à l'exercice du pouvoir judiciaire) qui sont contraires aux lois fondamentales, en particulier celle qui définit l'ordre naturel des juridictions. Les parlementaires ne dénoncent pas spécifiquement l'usurpation de *leur* compétence personnelle, mais l'illégalité (ou inconstitutionnalité) des actes du roi. Le recours à cet argument les pousse ainsi à monopoliser l'expression « juges naturels », afin de se positionner comme « juges constitutionnels »⁵¹⁷, dans un sens négatif d'opposition à l'exercice de la justice retenue⁵¹⁸. À l'ultime fin de l'Ancien régime, le Parlement de Paris exprime peut-être de la façon la plus aboutie l'argument du juge naturel comme loi fondamentale du royaume, au soutien d'une nouvelle opposition à un projet de réforme de la justice. Dans un arrêté du 3 mai 1788, il rejette les réformes projetées par le roi, et impose une « leçon » de droit constitutionnel au roi :

⁵¹³ Louis XV, Séance royale, dite de la Flagellation, du 3 mars 1766, reproduite in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *op. cit.*, tome 2, p. 554-560, en part. p. 557.

⁵¹⁴ A. VERGNE, art. cité, p. 147.

⁵¹⁵ Voy. déjà Parlement de Paris, grandes remontrances sur les refus de sacrements du 9 avril 1753, reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 528. Le Parlement de Paris indique qu'il est chargé, « par état [...], de garder et faire observer toutes les lois et maximes du Royaume ».

⁵¹⁶ L.-A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement ; sur le droit des pairs, et sur les lois fondamentales du royaume*, Amsterdam, 1753 1754, p. 32. La vision de cet avocat au Parlement de Paris n'a rien d'étonnant : en effet, tout au long de la seconde moitié du XVIII^e siècle, il est « l'âme et le scribe de la cause parlementaire » face au pouvoir royal (R. SCIALOM, « Le Paige Louis-Adrien », in *Dictionnaire historique des juristes français : XIII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 644). En 1818, le grand juriste Henrion de Pansey reprend cette idée dans son ouvrage *De l'autorité judiciaire en France*, en qualifiant le parlement siégeant en cour des pairs de « gardienne de l'autorité royale, des lois fondamentales de l'État, de l'indépendance de la couronne » (P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818, p. 68).

⁵¹⁷ F. SAINT-BONNET, art. cité, p. 190 ; M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 349 et s.

⁵¹⁸ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 323.

« Déclare que la France est une monarchie gouvernée par le Roi, suivant les lois ; que *de ces lois, plusieurs qui sont fondamentales*, embrassent et consacrent : le droit de la maison régnante au Trône, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion des filles et de leurs descendants ; le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des états-généraux régulièrement convoqués et composés ; les coutumes et les capitulations des provinces ; l'immovibilité des magistrats ; le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État ; *le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui sont ceux que la loi lui désigne* ; et le droit, sans lequel tous les autres sont inutiles, celui de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents »⁵¹⁹.

L'ensemble des revendications les plus importantes des parlementaires sont dans cet extrait d'arrêté : le roi est soumis aux lois fondamentales, dont ils sont les gardiens ; parmi ces lois, il y a le droit pour chaque justiciable d'être jugé par son juge naturel, c'est-à-dire par le juge « que la loi lui désigne ». Deux dimensions de respect du droit au juge naturel apparaissent : d'une part, le respect des lois fondamentales par le roi, qui contient le principe du juge naturel ; et, d'autre part, le respect des lois de répartition des compétences juridictionnelles, qui découle de ce principe du juge naturel. Le roi est ainsi indirectement soumis aux lois de compétences. Ces deux éléments de garantie trouvent un écho particulier dans de nombreux cahiers de doléances de la période pré révolutionnaire.

B. La rémanence du droit au juge naturel dans les cahiers de doléances de 1788-1789 : des juges naturels comme juges légaux

91. L'analyse des cahiers de doléances, rédigés à la veille de la Révolution française, met en lumière l'importance des critiques de la justice retenue à la fin de l'Ancien régime⁵²⁰.

⁵¹⁹ Parlement de Paris, arrêté du 3 mai 1788, les pairs y séant, concernant les édits projetés, reproduit in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 3, p. 745-746, en part. p. 746 (nous soulignons). L'arrêté en question est ensuite cassé par un arrêt du Conseil du roi du 4 mai 1788 (cité in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 28 : 1785-1789, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827, p. 534).

⁵²⁰ Ces cahiers doivent être utilisés avec précaution, notamment en ce qui concerne les revendications touchant la justice (J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 429). En

En s'appuyant à la fois sur les principes posés par les parlementaires depuis le XVII^e siècle, ainsi que sur les théories récentes des philosophes des Lumières⁵²¹, les rédacteurs des cahiers de doléances mettent en avant la nécessité de respecter et de faire respecter les compétences juridictionnelles inscrites dans la loi, en tant que principe supérieur. Les états généraux de 1789 permettent « la résurgence de la garantie du juge naturel, désormais présentée comme une valeur intangible à laquelle nul ne saurait légitimement contrevenir, pas même le roi »⁵²². Certes, certains cahiers du clergé et de la noblesse continuent de demander le respect des privilèges de juridiction⁵²³, mais, le plus souvent, l'idéal révolutionnaire d'égalité des citoyens entraîne le déclin de cette revendication, et même sa contestation constante chez le Tiers. Ce dernier souhaite « créer un ordre juridictionnel unique et certain, un ordre établi par les lois »⁵²⁴. Cette volonté d'imposer au pouvoir souverain le respect de la légalité de l'ordre judiciaire fait l'unanimité dans les cahiers⁵²⁵. S'agissant spécifiquement de la légalité du juge, les formulations sont variées : « juges que lui donne la loi »⁵²⁶, « indiqués par la loi »⁵²⁷, « juges reconnus de la nation et d'après les lois »⁵²⁸, « juges légaux et naturels »⁵²⁹, « juges compétents et établis pour rendre habituellement la justice à ses sujets »⁵³⁰, « tribunaux qui en doivent connaître »⁵³¹, « justice réglée »⁵³². À l'image de ces deux derniers exemples, certaines de ces expressions reprennent presque mot pour mot la doctrine parlementaire, ce qui montre la

particulier, les cahiers de bailliages sont le plus souvent l'œuvre de « bourgeois éclairés », d'hommes de loi, ce qui explique la défiance envers l'autorité judiciaire royale (J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, les Cours de droit, Litec, 1994, p. 33 ; J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 241 ; R. BADINTER, « Introduction. Naissance d'une justice », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 13).

⁵²¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 33.

⁵²² M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 214.

⁵²³ Sur ces disparités concernant les privilèges de juridiction, voy. *ibid.*, p. 216-217.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 218.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁵²⁶ Article 4 du cahier des pouvoirs et instructions des députés de la noblesse d'Agenois, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 1, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 679-686, en part. p. 680. Voy. aussi l'article 11 du cahier général des remontrances, plaintes et demandes du tiers état de la sénéchaussée d'Albret (reproduit in *ibid.*, p. 704-707, en part. p. 705).

⁵²⁷ Article 7-4^o du cahier de l'ordre de la noblesse du bailliage d'Alençon, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 710-716, en part. p. 713.

⁵²⁸ Article 20 du chapitre 1^{er} (« Du royaume en général ») des demandes et doléances du clergé d'Anjou, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 2, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 30-32, en part. p. 30.

⁵²⁹ Article 12 du cahier des doléances, plaintes et remontrances de l'ordre de la noblesse des sénéchaussées réunies d'Armagnac et Lisle-Jourdain (reproduit in *ibid.*, p. 69-72, en part. p. 69).

⁵³⁰ Article 16 du cahier des pouvoirs, demandes et instructions que l'ordre de la noblesse de la province d'Artois donne à ses députés aux États généraux, lequel précise d'ailleurs juste avant explicitement que « le Roi ne peut juger aucune cause entre parties » (reproduit in *ibid.*, p. 79-85, en part. p. 80).

⁵³¹ Cahier des doléances de l'ordre de la noblesse d'Autun, reproduit in *ibid.*, p. 102-104, en part. p. 102.

⁵³² Article 4 du cahier général des plaintes, doléances et demandes de l'assemblée générale du tiers-état du bailliage de Villers-Cotterêts, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 6, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 189-191, en part. p. 189.

diffusion complète de cette idée dans les derniers moments de l'Ancien régime. Un grand nombre de cahiers proclament explicitement le droit au juge naturel, en utilisant tant l'adjectif « ordinaire » que l'adjectif « naturel ». Les deux expressions sont autant employées l'une que l'autre⁵³³, à la fois par le clergé⁵³⁴, la noblesse⁵³⁵, mais surtout par le tiers-état⁵³⁶. La formulation sous la forme d'une interdiction de soustraction du juge naturel, déjà utilisée par le Parlement de Paris en 1788, est parfois employée⁵³⁷. La proximité de cette expression avec le mot « compétence »⁵³⁸, souvent constatée, montre que les rédacteurs s'attachent à mettre en avant l'origine légale ou naturelle des compétences juridictionnelles dont ils imposent le respect. Le droit au juge naturel ou ordinaire doit ainsi permettre d'assurer le respect des règles légales de compétences⁵³⁹, car le juge naturel est le juge désigné par la loi et garanti par la constitution⁵⁴⁰. À l'inverse, ce droit permet de demander la suppression de tous les privilèges de juridiction⁵⁴¹, ainsi que de l'ensemble des instruments de justice extraordinaire, y compris la justice retenue.

92. Ainsi, dans un grand nombre de cahiers, l'exigence d'être jugé par le juge naturel, compétent selon la loi, se double souvent de la demande de suppression des commissions⁵⁴²,

⁵³³ Une recherche par mot-clé dans les *Archives parlementaires*, bien qu'étant imparfaite, nous a ainsi permis de constater que l'usage des expressions « juge(s) naturel(s) » et « tribunal(aux) naturel(s) », d'une part, et celui des expressions « juge(s) ordinaire(s) » et « tribunal(aux) ordinaire(s) », d'autre part, sont équivalentes dans les cahiers de doléances (plus de 320 occurrences pour les deux types de formulations).

⁵³⁴ À titre d'exemple, voy. l'article 1^{er} du cahier des plaintes et doléances du clergé de la sénéchaussée d'Auch (« juges naturels et compétents »), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 91-94, en part. p. 92 ; et le cahier des doléances du clergé de Péronne, Montdidier et Roye (« juge ordinaires »), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 5, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 347-355, en part. p. 354.

⁵³⁵ À titre d'exemple, voy. le cahier de doléances données par la noblesse du bailliage d'Amont (« juges naturels » à deux reprises), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 763-768, en part. p. 765, 766 ; et le cahier des pouvoirs et instructions donnés par la noblesse des pays et juderie de Rivière-Verdun (« juge ordinaire »), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 5, 2^e éd., p. 583-586, en part. p. 584.

⁵³⁶ À titre d'exemple, voy. l'article 20 du cahier des vœux et réclamations de l'assemblée du tiers-état de la sénéchaussée d'Auch (« juge ordinaire »), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 96-99, en part. p. 97 ; et l'article 43 du cahier de doléances, plaintes et remontrances des gens du tiers-état de la sénéchaussée de Gascogne, siège présidial de la ville et cité de Condom (« juges naturels »), reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 3, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 38-40, en part. p. 40.

⁵³⁷ Par ex. à l'article 4 du chapitre consacré à la « réforme de la justice » du cahier des doléances, plaintes et remontrances du clergé du bailliage de Gien pour les États généraux, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 398-400, en part. p. 399 : « Qu'aucun citoyen ne puisse être enlevé à ses juges naturels. »

⁵³⁸ Voy. par ex. l'article 2 du cahier des pétitions et doléances du tiers Etat du Haut-Vivarais : « Juge naturel et compétent » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 50-53, en part. p. 51).

⁵³⁹ M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 219.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

⁵⁴¹ Voy. par ex. l'article 8 du cahier général des doléances, plaintes et remontrances du tiers-état de la sénéchaussée de l'Isle-Jourdain, lequel demande la « suppression de tous droits de *committimus* » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 72-75, en part. p. 72).

⁵⁴² Voy. par ex. dans le cahier de la noblesse de la province d'Angoumois, reproduit in *ibid.*, p. 3-7, en part. p. 3 : « usage dangereux et *illégal* de toutes commissions particulières » (nous soulignons).

évocations, lettres de cachet⁵⁴³ et « ordres arbitraires »⁵⁴⁴. La présence de telles demandes dans des cahiers de corporations – et non d'états –, tels que celui de la corporation des maîtres poêliers, chaudronniers, fondeurs et potiers de la ville d'Angers⁵⁴⁵, ou celui des citoyens de la même ville ne formant aucune corporation⁵⁴⁶, montre le caractère unanime, en 1789, du rejet de la justice retenue. À nouveau, ces exemples illustrent également le fait que le principe du juge naturel s'est construit principalement en opposition avec les mécanismes de justice extraordinaire⁵⁴⁷, et que c'est par la suppression de ces mécanismes que le principe sera respecté⁵⁴⁸. Cela apparaît explicitement dans certains cahiers, tels que celui du tiers-état du bailliage d'Amiens :

⁵⁴³ Ce sont d'ailleurs ces lettres de cachet qui font l'objet de toutes les attentions et des demandes de suppression de la part des cahiers des trois ordres. Grâce à une recherche par mots-clés dans les *Archives parlementaires*, on trouve ainsi, pour chaque tome d'environ 800 pages, environ deux fois plus d'occurrences de l'expression « lettres de cachet » que du terme « évocations ». Les appels pour l'abolition de ces lettres sont unanimes. En effet, les critiques et revendications dans la France prérévolutionnaire, influencée par la pensée des Lumières, sont concentrées sur la procédure judiciaire, et moins sur le juge. Or, les lettres de cachet, au-delà de priver le justiciable de son juge naturel, le privent de toute procédure judiciaire (U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 145).

⁵⁴⁴ Par ex. chez les députés de la noblesse de la sénéchaussée d'Aix, qui demandent « L'entière suppression des lettres de cachet et ordres arbitraires » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 693-695, en part. p. 694).

⁵⁴⁵ Article 3 du cahier de doléance, plaintes, et remontrance, de la délibération et corporations, des maîtres poilliers, chodronniers, fondeurs, potiers détin, et autres de la ville d'Angers, disponible sur : <https://recherche-archives.angers.fr/ark:/34887/r11754zr7nvpkk/f389> (consulté le 6 février 2024) : « qu'il ne soit point expédié des lettres de cachet, les citoyens jugés par leurs juges naturels sur les lieux ».

⁵⁴⁶ Doléances et désirs de la classe des citoyens de la ville d'Angers ne formant aucune corporation, disponible sur : <https://recherche-archives.angers.fr/ark:/34887/r11754zr7nvpkk/f434> (consulté le 6 février 2024) : « que les lettres de cachet soient supprimées ; qu'on abolisse à jamais les commissions particulières tout citoyen devant être jugé par son tribunal naturel ».

⁵⁴⁷ Cela apparaît explicitement dans le cahier des plaintes, doléances et remontrances [du tiers-état du bailliage de Blois], à l'article 11 : « [...] il soit instruit sans délai par les juges ordinaires et non pas par une commission » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 387-391, en part. p. 387).

⁵⁴⁸ Cela apparaît par ex. à l'article 6 du cahier d'instructions et mandats illimités donnés au député de l'ordre de la noblesse de la sénéchaussée de Gévaudan : « Qu'il soit assuré à chaque citoyen le droit qu'il a d'être jugé par ses juges naturels, en proscrivant l'usage des commissions, des évocations au conseil, des droits de *committimus*, des juges d'attribution et d'exception [...] » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 754-755, en part. p. 754, nous soulignons).

« 11° Les fastes de l'histoire prouvent que trop souvent les commissions extraordinaires n'ont été établies que pour perdre des innocents ou sauver des coupables illustres ; il devient donc nécessaire de demander que nulle personne ne puisse être jugée, en matière civile et criminelle, que par ses juges naturels ; et qu'à cet effet, il ne puisse être établi aucune commission extraordinaire [...] »⁵⁴⁹.

93. Enfin, il est intéressant de constater qu'un autre argument est mis en avant pour interdire les commissions, évocations et lettres de cachet en matière pénale : la liberté individuelle. Elle est généralement évoquée au soutien de la demande de suppression de ces instruments, et comme justification du droit au juge naturel⁵⁵⁰. Dans ce contexte, ce droit apparaît alors comme une réelle garantie individuelle, subjective – et non plus uniquement comme un principe permettant le respect des règles légales de compétences. Les rédacteurs des cahiers demandent à ce que personne ne puisse être privé de sa liberté individuelle en dehors des « formes judiciaires et légales »⁵⁵¹, c'est-à-dire en dehors des cas prévus par la loi et par l'intervention du juge compétent. La liberté individuelle est parfois la première revendication du cahier ; le respect de la compétence du juge chargé de priver l'individu de sa liberté individuelle (« sacrée ») étant alors indispensable au regard du rang le plus élevé que l'on donne à cette garantie « inviolable »⁵⁵². C'est ce qu'exprime par exemple la noblesse du bailliage de Blois, à l'article 1^{er} du premier chapitre de ses doléances, intitulé « Liberté personnelle » :

⁵⁴⁹ Article 11 de la cinquième partie (« De la justice ») des cahiers des doléances, plaintes et remontrances de l'ordre du tiers-état du bailliage d'Amiens, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 744-756, en part. p. 747.

⁵⁵⁰ Voy. par ex. dans le cahier des demandes, plaintes et doléances, mandats et pouvoirs du tiers-état de la sénéchaussée d'Agenois : « Rien n'étant plus cher aux citoyens que leur liberté, les Etats généraux statueront qu'à l'avenir, il ne sera porté aucune atteinte à celle des individus ; c'est pour cela qu'on supprimera les lettres de cachet, et que dans aucuns cas nul citoyen ne pourra être enlevé à ses juges naturels. » (reproduit in *ibid.*, p. 686-691, en part. p. 687). La même idée apparaît dans le cahier des doléances de la noblesse du bailliage d'Amiens (article 9, reproduit in *ibid.*, p. 739-744, en part. p. 740) ou encore dans le cahier des doléances, pétitions et remontrances du clergé du bailliage d'Amont (article 3, reproduit in *ibid.*, p. 757-763, en part. p. 757).

⁵⁵¹ Article 6 des vœux et demandes des communes des cinq sénéchaussées de la province d'Anjou, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 38-45, en part. p. 38.

⁵⁵² Article 2 du cahier des doléances, remontrances et instructions de l'assemblée du tiers-état de la ville de Rouen : « Que la liberté personnelle est inviolable ; qu'aucun citoyen n'en peut être privé que conformément à la loi et par le jugement des tribunaux ordinaires. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 5, 2^e éd., p. 597-602, en part. p. 597).

« Pour assurer l'exercice de ce premier et du plus sacré des droits de l'homme, nous demandons qu'aucun citoyen ne puisse être exilé, arrêté, et constitué prisonnier, que dans les cas prévus par la loi, et en vertu d'un décret décerné par les tribunaux ordinaires. »⁵⁵³

94. En somme, la lecture des cahiers de doléances permet d'entériner l'idée selon laquelle, en 1789, il n'est plus concevable que l'autorité royale puisse exercer le pouvoir judiciaire ou créer des juridictions extraordinaires à son gré. Le nécessaire respect des lois par le roi, et en particulier des lois de répartition des compétences juridictionnelles, est un argument invoqué depuis plusieurs décennies par les parlements. Cependant, à l'extrême fin de l'Ancien régime, ce respect est présumé être tiré d'un principe de droit supérieur, d'un principe constitutionnel : celui du juge naturel. La présence de la garantie dans le chapitre consacré à la « constitution de l'état » de nombreux cahiers de doléances du tiers-état montre que l'invocation des lois fondamentales du royaume par les parlementaires a imprégné la rédaction des cahiers – souvent rédigés par des avocats ou magistrats pour le tiers-état. Ce contexte prérévolutionnaire français, qui illustre l'importance accordée au droit au juge naturel en tant que principe fondamental de procédure, contraste fortement avec les revendications outre-Rhin de la même période. En effet, si celles-ci mettent également en avant le nécessaire respect de la loi par le souverain allemand, elles ne coïncident pas avec une remise en cause générale de l'ordre établi, mais se rapportent à la rationalité de la loi et du souverain.

§ 2 : Les prémices du droit au juge légal, illustration de la soumission du souverain éclairé allemand à l'objectif rationnel de la loi

95. Sous l'influence de la philosophie des Lumières, la loi prend une place considérable dans les systèmes politiques germaniques. L'État mis en place par le souverain absolu est un « État légal »⁵⁵⁴ : l'exercice du pouvoir étatique doit conduire à adopter et exécuter des lois rationnelles visant le bien-être commun. Plus particulièrement, l'intervention du prince dans le cours de la justice doit respecter ce système centré autour de la loi⁵⁵⁵. Pour en limiter les

⁵⁵³ Article 1^{er} de l'instruction donnée par la noblesse du bailliage de Blois à MM. Le vicomte de Beauharnois et le chevalier de Phelines, ses députés aux États généraux, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 378-385, en part. p. 379.

⁵⁵⁴ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 224-225.

⁵⁵⁵ En matière pénale, l'influence de la philosophie des Lumières permet également de diminuer l'usage de la torture ou encore de ne pas poursuivre les auteurs d'infractions liées à la sorcellerie (W. OGRIS, « Kabinettsjustiz »,

contours, la doctrine allemande distingue alors entre les affaires privées et les affaires publiques, distinction qui permet d'encadrer par le droit l'intervention du souverain (A). Même si leur influence est diminuée, le droit impérial et les représentants des états jouent également un rôle dans l'encadrement du pouvoir judiciaire du prince territorial (B). Les prémices de l'expression « juge légal » apparaissent d'ailleurs dans les revendications des états, déjà exposées⁵⁵⁶, qui insistent sur l'origine légale de la compétence du juge « ordinaire » qui doit juger les affaires judiciaires.

A. La limitation du périmètre d'intervention du souverain par la distinction entre les affaires privées et les affaires publiques

96. Par opportunisme, les princes germaniques, soutenus par la doctrine majoritaire, tentent de justifier leur intervention dans le cours de la justice en opérant la distinction entre les affaires privées et les affaires publiques : les premières, soumises au droit appliqué de manière raisonnable, doivent rester exemptes de tout arbitraire monarchique, tandis que les secondes, soumises à la volonté politique, peuvent impliquer l'engagement personnel du monarque⁵⁵⁷. C'est ainsi que le droit public allemand du XVIII^e siècle limite la dénomination « affaires judiciaires » (*Justizsachen*) aux litiges entre personnes privées⁵⁵⁸. Cela permet de distinguer, pour l'intervention du monarque dans le cours de la justice, entre ces affaires privées et les affaires publiques, les affaires de gouvernement (*Regierungssachen*)⁵⁵⁹. Ces dernières sont définies par David Georg Strube comme des « affaires qui n'exigent pas d'instruction et de jugement judiciaires, mais qui peuvent être tranchées par des lois, des règlements et des conclusions, en partie par l'arbitraire prudent du souverain »⁵⁶⁰. *A contrario*, la littérature et les souverains territoriaux reconnaissent que les litiges privés doivent être jugés par la justice

in A. CORDES *et al.* (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome II, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, p. 1487-1492).

⁵⁵⁶ Voy. *supra*, Chapitre I, Section 2, § 2, A, para. n° 74 et s.

⁵⁵⁷ En France, cette dualité existe également dans l'organisation du Conseil du roi, à partir du XV^e siècle : ce conseil doit s'occuper des « affaires de gouvernement » d'une part, et des « affaires de justice-administration » d'autre part (J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 94).

⁵⁵⁸ Par ex. H. G. SCHEIDEMANTEL, *Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, Iéna, Joh. Rudolph Cröckers seel. Wittwe, 1775, p. 148 : « dans les affaires civiles, la justice protège parfaitement le mien et le tien des personnes privées » (*das Mein und Dein*). Voy. aussi N. T. von GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, Philipp Krüll, 1804, p. 472 et s.

⁵⁵⁹ Voy. par ex. J. G. SIEBER, *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen*, Göttingen, Victorin Bossiegel und Sohn, 1773, p. 4.

⁵⁶⁰ D. G. STRUBE, *Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justitz-Sachen, Worinn untersucht wird: Welche Geschäfte ihrer Natur und Eigenschaft nach vor die Regierungs- oder Justitz-Collegia gehören?*, Hildesheim, Ludolph Schröder, 1733, p. 42.

« civile »⁵⁶¹. Les compétences des juges doivent d'ailleurs être « indiquées avec précision, afin que le citoyen sache auprès de quel juge il peut faire valoir ses droits »⁵⁶², une exigence proche de ce qu'impliquera dans le futur la garantie du juge légal. Dès qu'une affaire peut être considérée comme d'intérêt public, la volonté politique du souverain s'impose, et non plus la juridiction civile. Dans l'absolutisme éclairé allemand, cette distinction est présumée nécessaire pour garantir le bien-être commun (« *gemeine Wohlfarth* »⁵⁶³), qui impose par exemple une exigence de célérité dans la résolution des affaires de gouvernement⁵⁶⁴. La délimitation entre ces deux types d'affaires peut cependant soulever des débats, ce que reconnaît d'ailleurs la doctrine, sans nécessairement tenter de les résoudre⁵⁶⁵.

97. De cette distinction découle une autre distinction concernant le pouvoir judiciaire exercé en pratique par le souverain, en limitant partiellement l'exercice. Le souverain, en tant que titulaire d'un pouvoir suprême et omnipotent, peut toujours intervenir dans le cours de la justice, même lorsqu'il s'agit d'une « affaire judiciaire ». Il a même une responsabilité de juge suprême, de préservation d'une bonne justice⁵⁶⁶ ; il incarne l'idéal du bon juge⁵⁶⁷. La décision qu'il rend dans cette configuration est une sentence judiciaire (en allemand, un « *Rechtsspruch* »). Celle-ci s'oppose à la sentence « arbitraire » du souverain, appelée « *Machtspruch* »⁵⁶⁸, qui désigne le type de décisions prises par le souverain dans les affaires gouvernementales, fondées sur sa « plénitude de pouvoir »⁵⁶⁹. Initialement, la distinction entre ces deux types de sentences est formelle, institutionnelle : la sentence arbitraire est rendue par le souverain omnipotent en dehors de toute procédure judiciaire formelle, tandis que la sentence judiciaire est rendue dans le cadre de la procédure judiciaire institutionnalisée, par une juridiction⁵⁷⁰. Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, la différenciation est ainsi opérée formellement, sans critique⁵⁷¹. À partir de ce moment néanmoins, les jurisconsultes expriment le besoin

⁵⁶¹ C'est par ex. le cas de Scheidemantel : les affaires judiciaires concernent, selon lui, « les actions et les omissions des sujets, selon les prescriptions des lois civiles » (H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 146). Voy. également T. von SCHMALZ, *Das teutsche Staats-Recht. Ein Handbuch zum Gebrauche academischer Vorlesungen*, Berlin, J. H. Cawitzel, 1825, p. 249. Pour un exemple de législation, voy. le règlement prussien précité du 19 juin 1749.

⁵⁶² H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁶³ D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Fünfter Theil, 2^e éd., Hannovre, Johann Wilhelm Schmidt, 1766, p. 422-423.

⁵⁶⁴ D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Dritter Theil, Hannovre, Johann Wilhelm Schmidt, 1761, p. 48.

⁵⁶⁵ Par ex. *ibid.*

⁵⁶⁶ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁶⁷ W. OGRIS, art. cité.

⁵⁶⁸ Sur ce terme, voy. *supra*, Chapitre I, Section 2, § 1, A, para. n° 63.

⁵⁶⁹ J. J. MOSER, *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*, Francfort-sur-le-Main, 1750, p. 8 (lequel se concentre sur le pouvoir d'édiction de sentences arbitraires de l'empereur, et non pas des princes territoriaux) ; W. OGRIS, art. cité (« *ex plenitudine potestatis* »).

⁵⁷⁰ W. OGRIS, art. cité.

⁵⁷¹ *Ibid.*

d'encadrer l'usage des sentences arbitraires par le souverain. Progressivement, les sentences judiciaires ne diffèrent plus des sentences arbitraires seulement d'un point de vue formel ou institutionnel, mais également d'un point de vue matériel. Lorsque le souverain rend une sentence dans le cadre de la procédure judiciaire formelle (dans une affaire judiciaire), il doit respecter la loi, l'interpréter et l'appliquer en tenant compte de son objectif rationnel, de son esprit⁵⁷². C'est ce qu'exprime par exemple Frédéric II de Prusse dans son premier *Testament politique* : « c'est dans les tribunaux où les lois doivent parler et où le souverain doit se taire »⁵⁷³. Au contraire, lorsque le roi rend une sentence arbitraire (dans une affaire gouvernementale), il n'est « responsable que devant Dieu »⁵⁷⁴, seule sa volonté politique est pertinente. Il y exerce son pouvoir suprême et n'est pas soumis aux lois ou au droit, car l'intérêt public est en jeu. Un certain arbitraire au bénéfice du souverain est toujours toléré, car il reste le « premier serviteur de l'État »⁵⁷⁵, mais celui-ci doit rester « prudent »⁵⁷⁶. Lorsque la procédure judiciaire formelle est mise en œuvre, le souverain peut certes continuer de juger, mais il doit respecter le droit et la loi dans le jugement de l'affaire. Il s'agit d'une illustration de la conception de l'État comme « État légal ». Même s'il n'y a pas, tout au long du XVIII^e siècle en Allemagne, de réception pratique de la théorie de la séparation des pouvoirs, en particulier de Montesquieu, une idée de cet auteur gagne en effet en importance dans la doctrine allemande : celle de la domination de la loi. Au cours du XVIII^e siècle, le terme *Machtspruch* prend une connotation négative, notamment parce qu'il est désormais associé au mot « injustice »⁵⁷⁷. S'il est maintenu dans d'autres domaines régaliens⁵⁷⁸, il y a un glissement de terminologie en matière judiciaire : l'usage du mot « *Machtspruch* » est remplacé par le mot « *Kabinettsjustiz* »⁵⁷⁹, lequel inscrit l'action du souverain dans la justice, dans le respect des règles légales. Cela étant dit, ce dernier terme, qui ne trouve pas de réelle traduction en français, désigne toujours l'exercice d'une justice retenue par le souverain allemand, soit directement,

⁵⁷² J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 5 (« nach den Gesetzen und deren Verstande »).

⁵⁷³ FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Testament politique*, 1752 (cité in E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 66).

⁵⁷⁴ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 227.

⁵⁷⁶ D. G. STRUBE, *Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justitz-Sachen*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁷⁷ K. F. HÄBERLIN, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter*, tome 2, Francfort, Leipzig, 1794, p. 302.

⁵⁷⁸ W. OGRIS, art. cité.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

soit par évocation d'une affaire devant son conseil, ou encore par création d'une commission extraordinaire⁵⁸⁰.

98. À côté de ces efforts pour limiter l'intervention du prince dans le cours de la justice par le respect de la loi rationnelle adoptée par le souverain lui-même, le droit impérial et les représentations des états constituent également des moyens d'encadrer l'action du prince en matière judiciaire.

B. L'encadrement du pouvoir judiciaire du prince par le droit impérial et les représentations des états

99. En encadrant l'édiction des *Machtsprüche* par les souverains territoriaux sur le fondement du droit et du respect dû à la loi, le droit impérial, et son nécessaire respect par les souverains territoriaux, peuvent être revendiqués par la doctrine. Les auteurs de l'Empire mettent en avant l'obligation de respect des lois impériales par les juridictions et les princes territoriaux, notamment les lois d'organisation judiciaire. Une règle est en particulier importante : celle qui impose aux États territoriaux de créer une procédure d'appel – si tel n'est pas le cas, l'appel est directement dévolu à la chambre impériale de justice (sauf privilège *de non appellando*). Selon la doctrine impériale en effet, c'est bien l'empereur, et seulement lui, qui est la « source de la justice suprême en Allemagne »⁵⁸¹, « le juge de tous les autres juges de l'Empire allemand »⁵⁸². La justice est un « droit privilégié » du chef de l'Empire⁵⁸³, qui détient un pouvoir de surveillance sur l'ensemble de la justice dans l'Empire⁵⁸⁴ ; les tribunaux territoriaux sont subordonnés au pouvoir judiciaire suprême de l'Empire⁵⁸⁵. L'empereur conditionne par exemple l'octroi du privilège *de non appellando* à l'existence de normes minimales d'organisation judiciaire et de procédure dans le territoire qui demande le

⁵⁸⁰ U. SEIF, « Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, vol. 83, n° 2, p. 217, note n° 3.

⁵⁸¹ M. J. SCHICK, *Über das Reichsständische Instanzen-Recht, deren unerlaubte Vervielfältigung, und insbesondere von der sogenannten Cabinets-Instanz*, Gießen, Darmstadt, Georg Friedrich Heyer, 1802, p. 74 ; J. J. MOSER, *Von der Landeshoheit in Justiz-Sachen*, Francfort, Leipzig, 1773, p. 2. Voy. aussi K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 431.

⁵⁸² J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁸³ *Ibid.* Voy. aussi J. J. MOSER, *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, tome 1, Francfort, Leipzig, 1774, p. 4.

⁵⁸⁴ J. J. MOSER, *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, tome 1, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸⁵ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1804, p. 16.

privilège⁵⁸⁶, et même à la délimitation claire entre les fonctions administrative et juridictionnelle⁵⁸⁷. Dans ce cadre, le droit impérial s’opposerait alors à ce que les « tribunaux ordinaires » soient privés de la connaissance des affaires judiciaires⁵⁸⁸, et donc à la mise en place de la justice retenue par les souverains territoriaux. Par exemple, Jacob Gottlieb Sieber consacre des développements importants au droit impérial – germanique mais aussi étranger, notamment russe – dans sa section intitulée « De la limitation et de la suppression du pouvoir de rendre justice soi-même »⁵⁸⁹. Matthäus Joseph Schick, avocat et procureur à la chambre impériale, explique que « rien n’empêche plus la procédure d’appel, constituant une ingérence évidente dans la juridiction suprême impériale et un préjudice pour les parties, que la mise en place de la justice par cabinet »⁵⁹⁰. Il considère que le sujet est fortement lésé lorsque « le prince territorial traite, de sa propre autorité et arbitrairement, les affaires privées et de propriété des citoyens comme des affaires de police » (c’est-à-dire des affaires publiques), puisque le prince cherche alors à « restreindre la liberté civile et le droit de porter plainte devant l’une des plus hautes juridictions impériales »⁵⁹¹. La justice retenue des princes territoriaux est donc mise en opposition avec la juridiction de la chambre impériale, inscrite dans la loi impériale. Si Schick prend le soin de mettre en avant l’atteinte qui en résulte pour les parties, il cherche en premier lieu à défendre son institution et sa compétence. À cette fin, il oppose la justice retenue par cabinet aux juridictions désignées par la loi. Il considère que le tribunal désigné par le souverain pour trancher un litige particulier constitue une instance « irrégulière » et « illégale », « arbitraire » et « non conforme aux lois impériales »⁵⁹². De son côté, Johann Ulrich von Cramer, juge à la chambre impériale, se concentre sur la nullité de la décision rendue par le souverain en dehors de la procédure judiciaire ordinaire, en niant l’autorité de la chose jugée d’une affaire traitée par un cabinet⁵⁹³. Nikolaus Thaddäus von Gönner, professeur de droit public à Landshut et conseiller à la cour⁵⁹⁴, soutient également que le droit impérial s’oppose à

⁵⁸⁶ G. SYDOW, « Das Verhältnis von Landes- und Reichsgerichtsbarkeit im Heiligen Römischen Reich: Eine Neubewertung der privilegia de non appellando », *Der Staat*, 2002, vol. 41, p. 267.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 268.

⁵⁸⁸ J. J. MOSER, *Zusätze zu seinem Teutschen Staatsrecht*, tome 1, Francfort, Leipzig, 1781, p. 619.

⁵⁸⁹ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 33-42.

⁵⁹⁰ M. J. SCHICK, *Über das Reichsständische Instanzen-Recht, deren unerlaubte Vervielfältigung, und insbesondere von der sogenannten Cabinets-Instanz*, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 102.

⁵⁹³ J. U. von CRAMER, *Observationum juris universi ex praxi recentiori supremorum imperii tribunalium haustarum*, tome 2 partie 2, Ulm, Johann Conrad Wohler, 1762, p. 297-298.

⁵⁹⁴ Sur ce juriste important, voy. par ex. M. STOLLEIS, « Gönner, Nikolaus Thaddäus von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 242-243.

ce que les souverains territoriaux rendent des sentences arbitraires, des « ordres de cabinet »⁵⁹⁵. De plus, il limite considérablement les cas dans lesquels le souverain territorial peut, dans le respect du droit impérial, instaurer des commissions pour juger d'affaires particulières à la place des « juges ordinaires »⁵⁹⁶. Il estime ainsi que le droit de nomination de commissions ne saurait constituer une règle de principe selon « l'esprit des lois fondamentales impériales »⁵⁹⁷, notamment car le droit impérial impose que les juridictions territoriales soient composées de personnes « qualifiées »⁵⁹⁸. Cela étant dit, il estime qu'« aucune loi impériale ne remet en cause le pouvoir [de principe] du prince territorial en matière d'affaires judiciaires »⁵⁹⁹. En pratique, la chambre impériale de justice est ponctuellement intervenue, afin de censurer des ordres arbitraires de princes territoriaux. Par exemple, dans une décision du 16 juin 1787, elle annule un ordre de cabinet du prince-évêque de Spire, en lui interdisant de juger « à l'avenir, les affaires concernant les droits des parties » et en lui imposant « de les renvoyer devant les tribunaux ordinaires »⁶⁰⁰. La chambre impériale demande parfois aux princes eux-mêmes de retirer leurs ordres de cabinet contraires au droit impérial⁶⁰¹. Le Conseil aulique procède de la même manière, imposant aux princes de publier les décisions des collèges judiciaires et d'annuler les ordres de cabinet⁶⁰². Dans un avis du 7 août 1725, le Conseil aulique utilise l'acte pris par un souverain territorial, en l'espèce le roi de Prusse, pour limiter l'usage de la justice retenue, afin de lui rappeler que la procédure est irrégulière si elle ne suit pas les propres règles posées par le souverain, qui s'est alors auto-limité⁶⁰³. Dans de nombreuses décisions, la chambre impériale rappelle plus généralement aux princes territoriaux de laisser les affaires judiciaires suivre leur « libre cours »⁶⁰⁴, leur « cours rigoureux et sans entrave » et leur interdit de les faire juger par

⁵⁹⁵ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 7-8. Johann Jacob Moser est également de cet avis, considérant que la justice par cabinet est « contraire à l'ensemble de la constitution de l'Empire » (J. J. MOSER, *Von der Landeshoheit in Justiz-Sachen*, *op. cit.*, p. 25). Voy. également les développements similaires de Heinrich von Schelhaß in H. von SCHELHAß, *Ueber die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landes-Obrigkeit*, Stuttgart, Erhard und Löflund, 1795, p. 114 et s.

⁵⁹⁶ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 22-31.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 5, 11, 12, 30.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁰⁰ Chambre impériale de justice, décision du 16 juin 1787, reproduite in J. A. REUB, *Teutsche Staatskanzley*, tome 20, Ulm, Stettinische Handlung, 1788, p. 436-438, en part. p. 437-438.

⁶⁰¹ Voy. par ex. Chambre impériale de justice, décision du 15 juin 1784, reproduite in J. A. REUB, *Teutsche Staatskanzley*, tome 7, Ulm, Stettinische Handlung, 1784, p. 444-445.

⁶⁰² Par ex. Conseil aulique, décision du 14 novembre 1763, reproduite in J. J. MOSER, *Zusätze zu seinem Teutschen Staatsrecht*, tome 1, *op. cit.*, p. 619-620.

⁶⁰³ Conseil aulique, avis du 7 août 1725, reproduit in F. C. von MOSER, *Sammlung von Reichshofraths-Gutachten*, tome 6, Francfort-sur-le-Main, Andreaische Buchhandlung, 1769, p. 65-87, en part. p. 76.

⁶⁰⁴ Chambre impériale de justice, décision du 11 décembre 1801, cité par M. J. SCHICK, *op. cit.*, p. 225-226 (annexe n° 25).

leur chancellerie⁶⁰⁵. Von Gönner résume ainsi la pensée doctrinale, non sans contradiction, de l'absolutisme éclairé au sortir du XVIII^e siècle :

« Le pouvoir souverain du prince en matière judiciaire constitue donc la règle, mais il est limité dans son exercice, de telle sorte que 1) le cours normal de la justice ne soit pas entravé, 2) chaque litige soit laissé à la décision de tribunaux dûment constitués, et 3) le cabinet du souverain ne soit pas transformé en une cour de justice. »⁶⁰⁶

100. Au-delà de la restriction de la justice retenue des souverains, le droit impérial permet ainsi d'encadrer l'organisation judiciaire dans les États territoriaux⁶⁰⁷. En effet, selon Jacob Gottlieb Sieber, syndic de la ville libre de Goslar, le prince territorial ne peut pas porter atteinte à la supériorité du droit impérial relatif à l'organisation de la justice⁶⁰⁸. Or, les lois impériales s'opposent à la « multiplication des instances » (*Vervielfältigung der Instanzen*) par les princes territoriaux, qui détournent les parties des juges – impériaux – normalement compétents. La chambre impériale n'hésite pas à censurer les actes pris par les princes au détriment de ces lois, et à redonner la compétence à l'instance compétente, en particulier lorsqu'il s'agit du procureur fiscal impérial (*Reichsfiskal*)⁶⁰⁹. C'est le cas par exemple dans une décision rendue le 8 juillet 1786, face au comte d'Isenburg-Büdingen⁶¹⁰, ou encore dans une décision du 28 mai 1788, face au comte de Leiningen-Westerburg⁶¹¹. La chambre impériale agit ici pour protéger la compétence de son procureur fiscal, et non pas pour donner une garantie individuelle aux justiciables. D'ailleurs, selon le dernier Recès impérial de 1654, en cas de déni de justice ou de contournement du droit notamment, les princes territoriaux (ou leurs juridictions) peuvent être passibles d'une « sanction appropriée » par les juridictions de l'Empire, appliquée par le procureur fiscal impérial⁶¹². Par ailleurs, les privilèges *de non appellando* ne sont pas illimités, et ne concernent, dans tous les cas, que la procédure d'appel.

⁶⁰⁵ Voy. par ex. Chambre impériale de justice, décision du 24 septembre 1787, reproduite *in ibid.*, p. 208 (annexe n° 7).

⁶⁰⁶ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 1^{re} éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1801, p. 6.

⁶⁰⁷ Le caractère conditionné de l'octroi du privilège *de non appellando* aux territoires (en dehors des princes-électeurs) permet également à l'empereur d'imposer des règles minimales en matière d'aménagement des juridictions territoriales. Sur cet aspect, voy. G. SYDOW, art. cité, p. 267-271.

⁶⁰⁸ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁰⁹ Traduction proposée par Juliette Guilbaud (J. GUILBAUD, « Fiskal », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/fiskal> (consulté le 17 juillet 2024)).

⁶¹⁰ Chambre impériale de justice, décision du 8 juillet 1786, cité par M.J. SCHICK, *op. cit.*, p. 128-129.

⁶¹¹ Chambre impériale de justice, décision du 28 mai 1788, cité par *ibid.*, p. 129. Schick donne de nombreux autres exemples de rappels à l'ordre par la Chambre impériale concernant la compétence du procureur fiscal impérial (voy. *ibid.*, p. 129-138, 145-148).

⁶¹² § 109 du Dernier Recès impérial (*Jüngster Reichsabschied*) du 17 mai 1654.

D'autres voies permettent donc aux juridictions impériales de connaître d'affaires judiciaires territoriales⁶¹³. Ainsi, même les États qui bénéficient de ce type de privilèges ont toujours l'obligation de garantir le respect des « lois fondamentales impériales » (*Reichsgrundgesetze*) et l'interdiction de juger de manière arbitraire les procédures de dernière instance⁶¹⁴. Cela justifie par exemple que la chambre impériale interdise le jugement des affaires par des procédures « sommaires »⁶¹⁵. En outre, le privilège ne peut pas être « illimité », notamment lorsque des fautes « irrémédiables » sont commises⁶¹⁶. Ainsi, ce privilège n'a jamais empêché la juridiction des tribunaux impériaux en cas de déni de justice⁶¹⁷ ou de « retard délibéré »⁶¹⁸ de la part des juridictions territoriales, le « cours rigoureux » de la justice étant garanti par le droit impérial⁶¹⁹. Schick estime d'ailleurs que la justice retenue par cabinet constitue un « déni de justice au préjudice de la juridiction impériale supérieure »⁶²⁰. À nouveau, ce n'est pas le préjudice pour les justiciables qui est mis en avant, mais bien celui de la juridiction privée de l'exercice de sa compétence. De manière plus générale, les juridictions impériales jouent ainsi un rôle de surveillance des justices territoriales⁶²¹.

101. En pratique, ces principes jouent principalement contre les « petits » princes, mais plus difficilement contre les États les plus puissants de l'Empire. L'exemple, déjà présenté, de l'affaire concernant le frère cadet de Mirabeau, dans laquelle s'est immiscé le margrave Karl Friedrich⁶²², est intéressant à cet égard. Ce dernier semble avoir fait preuve d'une grande prudence, en demandant « seulement » aux juges de revoir leur jugement, notamment parce que l'affaire était pendante, en appel, devant la chambre impériale⁶²³. L'existence de la procédure d'appel devant cette dernière permet en effet de favoriser indirectement une mise en retrait du

⁶¹³ G. SYDOW, art. cité, p. 271-272.

⁶¹⁴ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 3, 2^e éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1804, p. 38-45 ; M.J. SCHICK, *op. cit.*, p. 102-103.

⁶¹⁵ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 16 et s., qui donne l'exemple d'une décision de la chambre impériale du 2 octobre 1792, qui vient au secours d'un sujet dont l'affaire avait été jugée sommairement par un « dicastère judiciaire » (*Justizdicasterium*), sur un ordre du prince territorial (*Ibid.*, p. 20-21.). Voy. également H. von SCHELHAB, *op. cit.*, p. 120-121.

⁶¹⁶ M. J. SCHICK, *op. cit.*, p. 99.

⁶¹⁷ W. OGRIS, art. cité.

⁶¹⁸ M. J. SCHICK, *op. cit.*, p. 98.

⁶¹⁹ Voy. par ex. la capitulation électorale (*Wahlkapitulation*) de 1711 de l'empereur Charles VI, qui s'engage à faire respecter le « cours rigoureux » des procès impériaux (article 16 § 3, reproduit in J. J. MOSER, *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüche*, *op. cit.*, p. 12.). Les États territoriaux doivent s'employer à faire respecter ce « cours rigoureux » de la justice (J. U. von CRAMER, *Wetzlarische Nebenstunden*, tome 64, Ulm, Johann Conrad Wohler, 1766, p. 68.).

⁶²⁰ M. J. SCHICK, *op. cit.*, p. 101-102.

⁶²¹ Sur cet aspect, voy. G. SYDOW, art. cité, p. 271 et s.

⁶²² Voy. *supra*, Chapitre I, Section 2, § 2, B, para. n° 81.

⁶²³ M. LÖHNIG, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*, 2012, vol. 80, p. 428.

souverain territorial dans ses interventions dans le cours de la justice, au bénéfice d'une plus grande autonomie des juridictions territoriales, et d'un meilleur respect de leurs compétences.

102. Enfin, la notion de « bien de l'État » (*Staatswohl*) permet ponctuellement de contrebalancer le pouvoir absolu du souverain en matière judiciaire avec les intérêts des états. Selon certains auteurs en effet, ces derniers bénéficieraient d'un droit de regard sur la réalisation du « bien de l'État » par le souverain, notamment lorsqu'il édicte des sentences arbitraires⁶²⁴. La définition de ce « bien de l'État » ne relèverait pas du seul pouvoir arbitraire du souverain, mais d'une appréciation commune avec les états⁶²⁵. Sieber estime également que lorsque le souverain territorial s'est engagé auprès des représentants des états à respecter le cours de la justice, par un contrat ou une « loi fondamentale » (*Grundgesetz*), il ne peut pas méconnaître cet engagement contractuel⁶²⁶. Ces éléments ne remettent cependant pas en cause la soumission des juridictions ordinaires au pouvoir souverain, puisque Sieber nie toute indépendance du pouvoir judiciaire et est favorable à la surveillance des juridictions par le pouvoir suprême⁶²⁷.

103. En somme, le XVIII^e siècle est marqué par l'importance croissante prise par le droit, et plus particulièrement par la loi, dans les différents États européens. Du point de vue de l'organisation judiciaire et de l'intervention du souverain dans le cours de la justice, ce changement fondamental entraîne le développement d'une argumentation fondée sur le respect des lois d'organisation judiciaire par le souverain. Si ce dernier détient encore l'ensemble des pouvoirs suprêmes, il doit respecter le droit relatif aux compétences juridictionnelles. En France, la doctrine et les magistrats parlementaires reprennent à leur compte la théorie des lois fondamentales du royaume, afin d'imposer un ordre juridictionnel supérieur au roi. Les parlements développent une conception de leur office comme juges constitutionnels chargés de garantir le respect de l'ordre naturel des juridictions, afin de garantir à chaque sujet le droit de ne pas être distrait de son juge naturel. En Allemagne, la doctrine maintient une vision du souverain omnipotent et source de toute justice. Toutefois, le périmètre d'intervention de ce juge suprême est progressivement limité par la distinction entre les affaires judiciaires et les affaires gouvernementales, et le nécessaire respect de la loi rationnelle pour le jugement des premières. La doctrine et les juridictions impériales jouent également un rôle afin de restreindre l'arbitraire des souverains territoriaux en matière de justice, notamment les plus petits. À

⁶²⁴ D. G. STRUBE, *Rechtliche Bedenken*, Vierter Theil, Darmstadt, 1788, p. 88 ; D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Dritter Theil, *op. cit.*, p. 69.

⁶²⁵ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 240.

⁶²⁶ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 31.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 60.

nouveau, l'idée de « lois fondamentales impériales » doit permettre de limiter l'intervention des princes dans le cours de la justice et leurs stratégies de contournement des juridictions impériales.

Section 2 : Des critiques contre l'absolutisme monarchique marquées par les contextes politiques internes

104. Dans les deux pays étudiés, le contexte politique et les évolutions de ce contexte influencent de façon très importante le schéma argumentatif développé pour défendre le respect des compétences juridictionnelles ordinaires par le souverain. En France, et jusqu'à la période prérévolutionnaire, le droit au juge naturel est monopolisé par les parlementaires afin de défendre leur rôle politique dans la monarchie. C'est à la toute fin de l'Ancien régime que l'argumentation évolue, lorsque les états et les justiciables se réapproprient ce droit, afin de remettre en cause l'ensemble du système judiciaire. La compréhension du principe du juge naturel évolue en parallèle de ce contexte politique : longtemps limité à un argument de défense de la compétence des juges, le droit au juge naturel devient finalement une garantie subjective et individuelle à la veille de la Révolution (§ 1). Dans les États germaniques, le contexte politique interne du XVIII^e siècle est encore marqué par l'absolutisme éclairé. Absolutisme rationnel, il se caractérise notamment par l'adoption de lois raisonnables par le souverain. Les efforts de délimitation de son intervention dans le cours de la justice apparaissent comme une nécessité, afin de trouver la place raisonnable de celui-ci vis-à-vis de l'activité juridictionnelle (§ 2).

§ 1 : Un contexte français évolutif : du conflit entre le roi et les parlements à la remise en question de l'ensemble du système judiciaire de l'Ancien régime

105. En France, le contexte politique dans lequel se déploie la revendication du respect des compétences ordinaires puis naturelles des juges-officiers est d'abord marqué par l'absolutisme grandissant, qui entraîne un certain nombre d'épisodes de conflit entre le roi et les juges des cours souveraines. Jusqu'à la fin de l'Ancien régime, le droit au juge naturel est alors monopolisé par les parlementaires, qui en font « un argument essentiel pour la défense de

leur compétence juridictionnelle »⁶²⁸ (A). La présence, déjà constatée, du droit au juge naturel ou ordinaire dans les cahiers de doléances montre l'attachement réel des citoyens de 1789 au respect des compétences ordinaires et légales. Dans le contexte de rejet du système judiciaire d'Ancien régime, le droit au juge naturel plaidé dans les cahiers prend la forme d'une garantie subjective individuelle (B).

A. La monopolisation du droit au juge naturel par les parlementaires dans leurs conflits face au roi

106. Depuis leur création par détachement de la Cour du roi, les parlementaires mettent en avant leur double mission : à la fois juger les litiges dont la connaissance leur appartient, mais aussi conseiller le roi. Au service de celui-ci, ils se perçoivent comme un organe du corps du roi, comme représentants le roi⁶²⁹. Malgré les tensions régulières, les parlementaires de la fin de l'Ancien régime maintiennent cette vision⁶³⁰. De façon générale, ils estiment être garants de la « légitimité » de la monarchie, c'est-à-dire du respect et de la primauté de la loi par l'autorité royale, afin de l'empêcher de tomber dans la tyrannie⁶³¹. En dehors de la période de la Fronde de 1648⁶³², les officiers des parlements ne souhaitent pas remettre en cause le fonctionnement de la monarchie, mais en assurer la stabilité, par le respect des lois. À cet égard, ils ne nient pas le pouvoir judiciaire du roi, mais ils lui demandent de l'exercer dans sa cour de justice, c'est-à-dire dans son parlement. Le roi peut tout à fait participer à trouver une solution juridictionnelle avec l'ensemble des magistrats présents au parlement – ce qu'il ne peut pas faire, au contraire, dans son conseil, où il peut ordonner ce qu'il lui plaît⁶³³. Lorsqu'ils formulent des remontrances, les parlements expriment toujours leur respect pour le monarque, et

⁶²⁸ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 23.

⁶²⁹ G. BIGOT, « La figure négative du juge dans la conception révolutionnaire du constitutionnalisme », in S. MOUTON et X. MAGNON (dir.), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Colloques & essais, 2023, p. 57.

⁶³⁰ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 195.

⁶³¹ J. SWANN, « Repenser les parlements au XVIII^e siècle : du concept de “l'opposition parlementaire” à celui de “culture juridique des conflits politiques” », in A. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 22 ; F. SAINT-BONNET, art. cité, p. 194.

⁶³² En effet, durant cet épisode de « soulèvement total des élites judiciaires contre toutes les formes de “justice retenue” » (J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 77-78), les cours souveraines parisiennes, réunies dans la chambre Saint-Louis, proclament la suppression de tous les mécanismes de justice retenue, et remettent en cause le principe même du roi-justicier. Voy. J. KRYNEN, « L'ancien droit public en perpétuelle crise : les Délibérations de la Chambre Saint-Louis (1648) », in G. QUINTANE (dir.), *Contributions en l'honneur du Professeur Jacques Bouveresse : crise(s) & droit(s)*, Le Mans, Issy-Les-Moulineaux, Editions l'Epitoge, Lextenso, 2015, p. 18.

⁶³³ Voy. ici A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 257-258 : « le Roi ordonne dans son Conseil, & juge dans son Parlement ».

rappellent agir pour protéger ce dernier des mauvais conseils⁶³⁴. Aujourd'hui moins compris comme une réelle « opposition parlementaire », ce contexte est analysé par l'historiographie contemporaine comme une sorte de « culture juridique des conflits politiques », faisant ici écho au terme anglophone de « *judicial politics* »⁶³⁵. Cette culture se perçoit notamment autour des questions religieuses et de compétences, lesquelles permettent aux parlements de mobiliser de plus en plus souvent le principe du juge naturel comme loi fondamentale du royaume. Ce dernier fait partie d'un réel « discours politique »⁶³⁶. La difficulté vient du fait que les rois successifs, et notamment les rois absolutistes, dégradent cette vision des parlementaires en tant que conseillers du roi et garants de la légitimité de la monarchie, en les renvoyant à un rôle purement juridictionnel. Par exemple, dans son ordonnance royale de 1641, Louis XIII interdit aux parlements toute intervention dans l'administration de la justice. Dans le préambule de cette ordonnance, le roi précise qu'il souhaite « faire connaître à [ses] parlements l'usage légitime de l'autorité [qu'il] leur [a] déposée »⁶³⁷. Le roi rabaisse les parlementaires à de simples officiers, qui ne doivent « prendre, à l'avenir connaissance d'aucune affaire [...] qui peu[t] concerner l'état, administration et gouvernement »⁶³⁸. Par la suite, Louis XIV développe différentes méthodes pour « mater » les parlements⁶³⁹, dont la principale est la suppression du droit de remontrance⁶⁴⁰. Le discours politique des parlementaires disparaît donc pendant cette période. À leur retour, Louis XV maintient une vision opposée à celle des parlementaires quant à leur rôle dans la politique interne, ce qui entraîne l'augmentation considérable des remontrances des parlements concernant les actes législatifs⁶⁴¹. Dans un arrêt du conseil de 1718, celui-ci se plaint ainsi des nombreuses « tentatives [des cours souveraines] pour partager l'autorité souveraine » et dénonce le fait qu'elles « renonc[ent] presque entièrement à la distribution de la justice pour

⁶³⁴ J. SWANN, « Un monarque qui veut “régner par les lois” : le Parlement de Paris et le roi dans la France de Louis XV », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2011, vol. 15, p. 55.

⁶³⁵ Sur cette doctrine et les *judicial politics*, voy. J. SWANN, « Repenser les parlements au XVIII^e siècle », art. cité, p. 23 et s.

⁶³⁶ Sur ce contexte et le développement du discours politique des parlementaires à la fin de l'Ancien régime, voy. A. J. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Collection « Histoire », 2010.

⁶³⁷ Louis XIII, édit de février 1641, Saint-Germain-en-Laye, reproduit in : N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 16 : 1610-1643, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 529-535, en part. p. 531.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 533.

⁶³⁹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 41-44.

⁶⁴⁰ Louis XIV, lettres-patentes portant règlement du 24 février 1673, sur l'enregistrement dans les cours supérieures, des édits, déclarations et lettres-patentes relatives aux affaires publiques de justice et de finances (reproduites in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 19 : 1672-1686, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829, p. 70-73). Avant cela, plusieurs arrêts du conseil donnent déjà le ton du traitement réservé aux parlements. Voy., entre autres, conseil d'en haut, arrêt du 8 juillet 1661 (reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 17, p. 403-406).

⁶⁴¹ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 260-261.

s'occuper de l'examen, ou plutôt de la critique des affaires du gouvernement, au grand préjudice du crédit public »⁶⁴².

107. Dans les dernières décennies de l'Ancien régime, les conflits sont de plus en plus importants, car de grandes questions religieuses et de compétences sont sujettes à débat⁶⁴³. Le parlement ne cesse de revendiquer la connaissance d'affaires ecclésiastiques, dont les plus hauts prélats du royaume refusent de se dessaisir. Par la mobilisation du droit au juge naturel, le parlement tente d'obtenir le soutien du roi sur cette matière. L'argument tiré du respect de la loi, ou des lois fondamentales du royaume, permet ainsi avant tout aux parlements de sécuriser leur position face au roi et à ses ministres. Pour tenter de préserver « leur prestige professionnel, corporatif et personnel »⁶⁴⁴, le droit au juge naturel est utilisé par les juges comme une « expression politique »⁶⁴⁵. L'épisode concernant les refus de sacrements, entre 1753 et 1754, est topique à cet égard. Déjà à la mort de Louis XIV, en 1715, les parlementaires font pression sur le régent, le duc d'Orléans, afin de retrouver le rôle politique que le roi-soleil leur avait nié⁶⁴⁶. Le conflit entre le pouvoir royal et ses cours devient une véritable crise⁶⁴⁷. En 1753, le Parlement de Paris refuse de concéder aux juridictions ecclésiastiques les conflits issus des refus de sacrements par les archevêques, et continue de se saisir de ces affaires, en tant que cour des pairs. Louis XV, après avoir cassé un premier arrêt du parlement comme contrevenant à la loi, élève un conflit de ce type en son conseil, ce qui entraîne un grand nombre de lettres et remontrances des deux côtés⁶⁴⁸. L'argumentation du Parlement de Paris est fondée sur le principe du juge naturel et sa valeur de loi fondamentale du royaume, afin de faire valoir son rôle politique de Conseil du monarque, mais aussi son rôle de juge des pairs de France.

⁶⁴² Conseil du roi, arrêt du 21 août 1718, suivi de lettres patentes touchant les droits et l'autorité des parlements, reproduit in N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 21 : 1715-1737, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1830, p. 159-162, en part. p. 159-160 (nous soulignons).

⁶⁴³ Voy. par ex. Parlement de Paris, arrêt du 7 septembre 1731 concernant la juridiction ecclésiastique, l'autorité des papes et le jansénisme (cité in *ibid.*, p. 366), suivi par Conseil du roi, arrêt du 8 septembre 1731, qui casse celui du parlement rendu la veille sur la juridiction ecclésiastique (reproduit in *ibid.*, p. 366-367). Cette querelle a duré plusieurs mois, le Parlement refusant de se dessaisir de la connaissance de ces affaires. Voy. notamment : Louis XV, lettres patentes du 25 mai 1732 portant injonction aux conseillers du Parlement de Paris de reprendre et continuer l'exercice de leurs charges (*ibid.*, p. 373) ; déclaration du 18 août 1732 concernant le droit de remontrance du parlement (*ibid.*, p. 374-378).

⁶⁴⁴ J. SWANN, « Un monarque qui veut "régner par les lois" », art. cité, p. 57-58.

⁶⁴⁵ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁴⁶ Ce qui est accepté par le régent : Duc d'Orléans, déclaration du 15 septembre 1715 (reproduite in N. DECRUSY *et al.*, *op. cit.*, tome 21, p. 40-41).

⁶⁴⁷ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁴⁸ Voy. le récit de cet événement par J. Flammermont, in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 506-521.

108. En outre, l'invocation des lois fondamentales du royaume, de la constitution de l'état⁶⁴⁹, ou encore d'une maxime constitutionnelle⁶⁵⁰, permet encore plus directement aux parlementaires de protéger leur propre posture face aux tentatives de réformes de l'autorité royale⁶⁵¹. En 1774 par exemple, le Parlement de Paris dénonce la volonté du roi de « dégrader » les parlementaires en prévoyant un contrôle disciplinaire :

« la formation d'un nouveau tribunal éventuel, destiné à juger les magistrats du parlement supposés réfractaires aux volontés que le roi fait connaître [...] attaquerait en même temps l'essence du parlement, avilirait la magistrature et *altérerait la constitution de l'état* [...], mais avec l'annonce d'un droit de jugement, et par conséquent de supériorité sur le parlement, descendant le parlement d'un degré, le dégraderait, le dénaturerait, et *porterait en même temps une vraie atteinte à l'ordre judiciaire*, et à l'essence de la cour de France »⁶⁵²

La fréquence de l'utilisation de cet argument peut toutefois se retourner contre les parlements. En effet, le principe du juge naturel est ponctuellement mobilisé par le roi, afin de rappeler aux parlements qu'ils doivent aussi respecter les règles de compétence, et notamment les privilèges de juridiction en matière religieuse. Par exemple, en réponse à des remontrances du Parlement de Paris sur les actes de l'assemblée du clergé des 30 et 31 août 1766⁶⁵³, le roi rappelle à sa cour :

⁶⁴⁹ Par ex. Parlement de Paris, grandes remontrances sur les refus de sacrements du 9 avril 1753, reproduites *in ibid.*, p. 521-609, en part. p. 570.

⁶⁵⁰ Par ex. parlement de Grenoble, arrêté du 9 mai 1788 à l'occasion des lettres du 1^{er} mai adressées à chacun des membres en vertu desquelles le duc de Clermont-Tonnerre devait faire connaître le 10, les ordres du roi, toutes les chambres assemblées, reproduit *in* A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 568.

⁶⁵¹ Sur l'évolution du sens du mot « constitution », qui devient peu à peu synonyme de « lois fondamentales », et qui prend son sens moderne à partir du milieu du XVIII^e siècle, voy. A. VERGNE, *La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750- 1789)*, Modernité et romanité du droit, Paris, De Boccard, 2006.

⁶⁵² Parlement de Paris, chambres assemblées, arrêté du 30 décembre 1774, contenant des remontrances sur divers articles des édits de novembre 1774, reproduit *in* A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 23 : 1774-1776, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1826, p. 119-127, en part. p. 120 (nous soulignons). Dans un arrêté ultérieur, suite de la dispute entre le roi et le parlement à ce sujet, le Parlement de Paris réitère cette référence, cette fois en utilisant les deux expressions de « lois du royaume » et de « constitution de l'état » (Parlement de Paris, arrêté du 20 janvier 1775, les princes et pairs y séant, sur la réponse du roi aux représentations arrêtées le 30 décembre 1774, reproduit *in ibid.*, p. 134-135, en part. p. 135).

⁶⁵³ Parlement de Paris, remontrances des 30 et 31 août 1766 sur les actes de l'assemblée du clergé en 1763, reproduites *in* J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *op. cit.*, tome 2, p. 597-656.

« [...] ce n'est qu'en renvoyant chacun à son juge naturel et conservant l'ordre des juridictions, en évitant les procédures arbitraires et précipitées, en respectant en un mot les formes comme les lois, que les tribunaux peuvent espérer de voir leurs jugements soutenus par mon autorité. »⁶⁵⁴

Le roi insiste sur le respect du principe du juge naturel par les parlementaires eux-mêmes, considérant que ces derniers tentent de s'arroger une compétence qui n'est pas la leur. Le Parlement de Paris réagit d'ailleurs immédiatement en présentant de nouvelles remontrances et en accusant le roi de ne pas respecter ses propres règles⁶⁵⁵. La fermeté de Louis XV face aux parlements à cette période pousse encore davantage les magistrats à se rebeller. La réforme Maupeou de 1771⁶⁵⁶, qui entraîne l'exil des parlementaires⁶⁵⁷, conclut ce règne d'une grande tension. Si l'opinion publique se range généralement en faveur des parlements⁶⁵⁸, un constat s'impose : dans les dernières décennies de l'Ancien régime, le principe du juge naturel, fondé sur les lois fondamentales, entre essentiellement en jeu lorsque c'est la compétence des parlements qui est bafouée⁶⁵⁹. Les remontrances à ce sujet dans les années précédant la révolution sont très nombreuses⁶⁶⁰, et montrent le caractère inconciliable des tensions entre le roi et ses juges⁶⁶¹. Les parlementaires dénoncent l'arbitraire du pouvoir, et les tentatives pour réduire la magistrature « à n'être plus que l'instrument [de ce] pouvoir arbitraire »⁶⁶². Même si l'idée selon laquelle les nombreuses oppositions parlementaires (illégitimes et réactionnaires) auraient entraîné l'effondrement de la monarchie et la révolution, est désormais plus nuancée

⁶⁵⁴ Louis XV, réponse aux remontrances du Parlement de Paris des 30 et 31 août 1766, lue au Parlement le 9 décembre 1766, reproduite *in ibid.*, p. 656-659, en part. p. 658.

⁶⁵⁵ Parlement de Paris, représentations du 21 décembre 1766 adressées au roi après remontrances, reproduites *in ibid.*, p. 674-678, en part. p. 676 : « V. M. vient Elle-même de dire à son parlement que ce n'est qu'en renvoyant chacun à son juge naturel, en conservant l'ordre des juridictions [...], que l'administration de la justice peut espérer d'être soutenue de son autorité, et c'est dans ce même instant qu'on fait servir la pleine puissance de V. M. à soutenir une procédure qui contredit directement toutes ces règles. »

⁶⁵⁶ Sur cette période et cette tentative de réforme, voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 204-212.

⁶⁵⁷ Conseil du roi, arrêt du 20 janvier 1771, qui déclare les charges des officiers du Parlement de Paris confisquées, leur défend de remplir désormais leurs fonctions et de prendre même la qualité de membre du parlement (cité *in* N. DECRUSY *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 22 : 1737-1774, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1830, p. 510) ; Louis XV, lettres patentes du 23 janvier 1771, qui commettent les officiers du conseil pour tenir la cour de parlement (cité *in ibid.*, p. 510-511).

⁶⁵⁸ J. SWANN, « Repenser les parlements au XVIII^e siècle », art. cité, p. 29.

⁶⁵⁹ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 324.

⁶⁶⁰ Voy. par ex. Parlement de Paris siégeant à Grenoble, arrêt du 21 août 1787 (cité *in* A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 424), cassé par un arrêt du Conseil du roi du 2 septembre 1787 (reproduit *in ibid.*, p. 429-432) ; Parlement de Paris, représentations au roi du 8 décembre 1787 (reproduites *in* J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 272-273) ; Parlement de Paris, chambres assemblées, remontrances du 11 avril 1788 (reproduites *in ibid.*, p. 279-284) ; Parlement de Paris, arrêté du 3 mai 1788 concernant les projets de réforme de Louis XVI (reproduit *in ibid.*, p. 284-285).

⁶⁶¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁶² Parlement de Paris, chambres assemblées, remontrances du 11 avril 1788 sur la séance royale du 19 novembre 1787, reproduites *in* J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 279-284, en part. p. 279.

chez les historiens, le rejet du système d'Ancien régime, y compris l'argumentaire parlementaire, pousse les rédacteurs des cahiers de doléances à mettre en avant le caractère individuel et subjectif de la garantie du juge naturel.

B. Le rejet de l'argumentaire parlementaire et l'appropriation du droit au juge naturel par les justiciables dans les cahiers de doléances

109. À la fin de l'Ancien régime, c'est la justice en elle-même qui traverse une « crise de confiance »⁶⁶³. En mai 1788, Louis XVI tente une dernière fois de réformer l'administration de la justice⁶⁶⁴. À cette période, l'opinion publique est encore favorable aux parlementaires, puisqu'ils ont longtemps été suffisamment « habiles » pour « travestir leur cause égoïste en plaider *pro populo* »⁶⁶⁵. Pourtant, les cahiers de doléances rédigés peu après font apparaître des critiques très importantes contre l'ensemble de la justice d'Ancien régime⁶⁶⁶. La justice pénale est notamment au cœur de ces critiques⁶⁶⁷. Au-delà du coût trop élevé des procès⁶⁶⁸, le morcellement de la justice et les conflits de compétences qui en découlent sont fortement dénoncés. En ce sens, les appels pour une grande réforme de la justice ne sont pas uniquement dirigés contre la justice retenue du roi, mais également contre la multitude de justices et contre la corruption qui existe au sein de ces différentes juridictions. En somme, les cahiers critiquent le fait que la justice soit « mal rendue » dans le royaume⁶⁶⁹. L'individu est remis au centre des conflits de compétences : ce ne sont pas les juridictions qui protestent, mais bien les justiciables, qui mettent en lumière les conséquences néfastes que le morcellement de la justice entraîne :

⁶⁶³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁶⁴ Louis XVI, ordonnance de mai 1788 sur l'administration de la justice, reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 534-550 ; Louis XVI, édit de mai 1788 portant suppression des tribunaux d'exception, reproduit in *ibid.*, p. 550-553.

⁶⁶⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁶⁶ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁶⁷ R. BADINTER, « Introduction », art. cité, p. 11-13.

⁶⁶⁸ Voy. par ex. l'article 24 du cahier des demandes et doléances de l'ordre du clergé de la sénéchaussée d'Agenois : « [u]ne réforme dans l'administration de la justice civile, qui la rende moins dispendieuse et plus rapprochée des justiciables » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 675-679, en part. p. 676) ; ou encore l'article 15 du cahier des plaintes, doléances et remontrances, rédigé en l'assemblée du tiers-état de la paroisse de Montmartre : « [...] tarir la source des conflits, chercher le moyen de les faire juger promptement et sans aucun frais pour les parties. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 4, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879, p. 733). Certains cahiers demandent aussi l'interdiction, pour les juges, de percevoir des épices. Voy. par ex. l'article 2 du chapitre II du cahier du tiers-état du ressort du bailliage de Dijon, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 130-140, en part. p. 135.

⁶⁶⁹ A. LEBIGRE, « 1789 : la justice dans tous ses états », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 41.

« La division de la juridiction a produit entre les officiers de la juridiction ordinaire et ceux des juridictions d'exception un antagonisme le plus préjudiciable aux sujets »⁶⁷⁰. Les rédacteurs des cahiers mettent en avant la complicité des « gens de justice » aux nombreux dysfonctionnements qu'ils critiquent⁶⁷¹ et témoignent d'une « profonde aspiration à transformer la justice »⁶⁷². Les appels sont nombreux pour demander la codification des lois, notamment pénales⁶⁷³, la suppression des supplices, des lettres de cachet ou encore de la vénalité des offices, le renforcement des droits des accusés (assistance d'un avocat, communication des charges)⁶⁷⁴, la limitation de la peine de mort⁶⁷⁵, et, surtout, une réelle simplification de la justice et de l'administration judiciaire⁶⁷⁶. Le rappel de ce contexte permet de mettre en lumière la différence de compréhension du droit au juge naturel tel qu'il est mobilisé dans les cahiers de doléances. L'influence des idées des Lumières et la volonté de réforme poussent les rédacteurs des cahiers à dénoncer les abus du système judiciaire de l'Ancien régime et à demander que chacun soit jugé par son juge naturel et ordinaire, dont la compétence est fixée dans la loi. Si le même argument est donc mobilisé (celui du principe du juge naturel, fondé sur le respect des compétences légales), il est en partie incompatible avec la vision défendue par les parlementaires jusqu'en 1788.

110. Tout d'abord, l'influence des idées des Lumières se perçoit dans les garanties entourant les qualités attendues du juge, civil comme pénal. Le principe d'égalité, qui s'est

⁶⁷⁰ Article 20 des doléances, très humbles supplications et remontrances, arrêtées en l'assemblée générale du tiers-état du bailliage de Bar-sur-Seine, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 253-264, en part. p. 257.

⁶⁷¹ J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 2 : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2012, p. 19 ; J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France : de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions La Découverte, Repères, 2015, p. 15.

⁶⁷² J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 19 ; J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France*, *op. cit.*, p. 13. C'est ce que constate d'ailleurs en 1790 le député du tiers-état Thouret à l'Assemblée constituante : « Le vœu de la France s'est fait entendre : la réforme de la justice et des tribunaux est un de ses premiers besoins » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés*, tome 12, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1881, p. 344).

⁶⁷³ Voy. à titre d'exemple l'article 19 du cahier de doléances, plaintes et remontrances de la corporation des maîtres teinturiers de la ville d'Angers : « Que les codes civils et criminels soient réformés » (disponible en ligne : <https://recherche-archives.angers.fr/ark:/34887/r11754zr7nvpkk/f75>, consulté le 6 février 2024).

⁶⁷⁴ Voy. par ex. l'article 20 des pétitions, plaintes et doléances du tiers-état de la ville de Mâcon : « Qu'il soit fait un nouveau code pénal ; qu'il soit accordé à l'accusé un conseil qui pourra prendre communication de la procédure ; qu'il y ait uniformité de supplices contre les condamnés des trois ordres. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 634-636, en part. p. 634-635).

⁶⁷⁵ Voy. par ex. l'article 13 du chapitre II (Législation) du cahier du tiers-état du bailliage d'Etampes : « La peine doit être proportionnée au délit, et la condamnation à mort ne doit être prononcée que contre les assassins, les empoisonneurs et les incendiaires. » (reproduit in *ibid.*, p. 283-289, en part. p. 284).

⁶⁷⁶ Voy. à titre d'exemple l'article 10 du cahier des doléances de l'ordre de la noblesse de la sénéchaussée d'Annonay : « La réforme et la simplification des formes de la justice, l'établissement d'un code civil, et criminel si promis, si désiré, paraissent à l'ordre de la noblesse une des opérations les plus nécessaires » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 47-50, en part. p. 47).

notamment développé grâce à Rousseau⁶⁷⁷, impose de rejeter les privilèges de juridiction, afin que les citoyens soient tous égaux devant le (même) juge, d'après les mêmes lois. Le terme de « privilège » prend une tournure particulièrement négative à la fin de l'Ancien régime, à l'image du terme « arbitraire »⁶⁷⁸. Pierre-François Mézard, subdélégué de l'intendant de Provence⁶⁷⁹, publie par exemple en 1788 un *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France, dédié aux États-généraux*, dans lequel il propose la suppression des privilèges de juridiction, car ils vont à l'encontre du « droit qu'a chaque individu de ne plaider que devant ses juges naturels »⁶⁸⁰. Cette idée est largement répandue à la fin de l'Ancien régime, associée à la critique des juridictions extraordinaires⁶⁸¹. Par exemple, le cahier de la paroisse d'Essonnes consacre un chapitre aux « personnes privilégiées et [aux] privilèges », dans lequel sont dénoncés les privilèges comme n'étant « point de droit naturel » et constituant une « atteinte à l'égalité qui est la base de toute société »⁶⁸². De même, le cahier de la paroisse de Magny-Lessart expose :

« Qu'il nous suffise de requérir les droits naturels qui ne peuvent être refusés à chaque citoyen ; ceux en matière civile, d'être jugés dans les *mêmes tribunaux que tous les autres citoyens*, sans pouvoir être traduit dans d'autres tribunaux, en vertu de *committimus* ou autres moyens d'évocation. Et en matière criminelle d'être jugés par ses *pairs* [...]. »⁶⁸³

Le droit au juge naturel est ainsi fondé sur les règles de compétence ordinaires, ce qui s'oppose aux privilèges de juridiction. Ces derniers sont perçus comme des abus contraires au droit⁶⁸⁴. Or, les parlementaires utilisent notamment l'argument du juge naturel afin de faire valoir leur compétence en tant que Cour des pairs⁶⁸⁵. Ceci semble incompatible avec les revendications des cahiers, particulièrement ceux du tiers-état. À l'image du cahier de la paroisse de Magny-Lessart ci-dessus, les « pairs » sont toujours mobilisés par certains

⁶⁷⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.

⁶⁷⁸ J.-M. CARBASSE, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », art. cité, p. 125.

⁶⁷⁹ Sur cet homme, voy. par ex. L. de CARBONNIÈRES, « Mézard Pierre-François », in *Dictionnaire historique des juristes français : XIIe - XXe siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 732-733.

⁶⁸⁰ P.-F. MÉZARD, *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France. Dédié aux États-généraux*, 1788, p. 71.

⁶⁸¹ Voy. par ex. l'article 27 du cahier des doléances, plaintes et remontrances de la sénéchaussée de Carcassonne : « De supprimer les tribunaux d'exception et de privilège [...] » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 532-535, en part. p. 533).

⁶⁸² Chapitre VII du cahier de la paroisse d'Essonnes, près Corbeil, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 4, 2^e éd., p. 519-539, en part. p. 526.

⁶⁸³ Cahier des doléances et remontrances de la paroisse de Magny-Lessart, reproduit in *ibid.*, p. 665-669, en part. p. 666.

⁶⁸⁴ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 219-220.

⁶⁸⁵ Voy. *supra*, Section 1, § 1, A, para. n° 89.

cahiers⁶⁸⁶, notamment en matière criminelle⁶⁸⁷. En revanche, dans la plupart des cahiers, la conception du juge naturel est désormais plus large. Certes, certains demandent encore à ce que chaque justiciable soit jugé par des membres de son ordre, par ses pairs, compris comme les personnes issues de la même classe sociale – y compris le tiers-état⁶⁸⁸ ; mais la plupart réclament la disparition des ordres et conçoivent alors les pairs comme l'ensemble des concitoyens. Le droit d'être jugé par ses pairs-concitoyens apparaît alors comme « un droit imprescriptible »⁶⁸⁹.

111. La détermination du juge naturel de chaque citoyen ne peut donc plus s'opérer par référence aux privilèges. Comment le déterminer alors ? Le critère *ratione loci* devient le seul opérant. En effet, dans cette remise en cause globale de la justice d'Ancien régime, la plupart des cahiers de doléances demandent le « rapprochement des tribunaux en faveur des justiciables »⁶⁹⁰. Ces exigences de proximité, de rapidité et de simplicité de la justice permettent de dessiner le juge naturel comme étant le juge du lieu de domicile du défendeur. Bien qu'ancienne, cette règle est trop souvent écartée au profit de juridictions d'exception ou par le biais de privilèges de juridiction⁶⁹¹, ce qui a pour conséquence la « dégradation » des justices

⁶⁸⁶ Voy. par ex. le § III des instructions, remontrances et doléances générales du tiers-état de la sénéchaussée d'Aix-en-Provence : « Chaque citoyen sera jugé par ses pairs dans les tribunaux en dernier ressort, et à cet effet la moitié des membres qui les composeront seront choisis dans le tiers-état. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 1, 2^e éd., p. 695-697, en part. p. 695).

⁶⁸⁷ Voy. par ex. l'article 20 des instructions particulières données aux députés du tiers-état des bailliages de Melun et Moret : « Que les jurés ou pairs, tels qu'ils existaient autrefois en France, seront établis pour juger en affaire criminelle, du fait seulement. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 747-750, en part. p. 748).

⁶⁸⁸ Voy. par ex. l'article 69 du cahier d'instructions et doléances de l'assemblée du troisième ordre de la sénéchaussée de la ville de Digne : « Que quand deux personnes du tiers-état plaideront ensemble, elles seront jugées par leurs pairs, qui seront des juges du tiers-état, et lorsqu'un noble plaidera contre un citoyen du troisième ordre, ou une communauté contre un seigneur, le procès sera jugé par des juges des deux ordres en nombre égal [...] » (reproduit in *ibid.*, p. 353).

⁶⁸⁹ Instructions, doléances et remontrances approuvées par le conseil de tous chefs de famille de la communauté de Lauris (sénéchaussée d'Aix-en-Provence), reproduites in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 6, 2^e éd., p. 316-320, en part. p. 317.

⁶⁹⁰ Article 13 du cahier des doléances de l'ordre du clergé de la province d'Angoumois, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 2, 2^e éd., p. 1-3, en part. p. 1 ; article 5 du chapitre « Législation et jurisprudence » du cahier des doléances, avis et remontrances du clergé de la sénéchaussée de Lectoure, reproduit in *ibid.*, p. 64-69, en part. p. 67. Cette revendication ne date pas de la période prérévolutionnaire, mais constitue une demande récurrente dans la France d'Ancien régime. De nombreux rois y font référence dans les différentes ordonnances sur l'administration de la justice. Dans sa dernière ordonnance de mai 1788, Louis XVI y fait à nouveau allusion (ordonnance de mai 1788 sur l'administration de la justice, reproduite in A.-J.-L. JOURDAN *et al.*, *op. cit.*, tome 28, p. 534-550., en part. p. 535).

⁶⁹¹ Le Parlement de Paris met parfois en avant la règle de compétence du juge du domicile du défendeur, dans le cadre de son rôle de défenseur des intérêts des états (voy. par ex. ses grandes remontrances du 9 avril 1753 sur les refus de sacrements, reproduites in J. FLAMMERMONT, *op. cit.*, tome 1, p. 521-609, en part. p. 573-574 ; ou encore ses remontrances du 27 novembre 1755 sur les entreprises du Grand conseil, reproduites in J. FLAMMERMONT, M. TOURNEUX, *op. cit.*, tome 2, p. 22-90, en part. p. 45).

inférieures⁶⁹². À l'image du cahier de la corporation des maîtres maréchaux ferrants de la ville d'Angers, l'association est ainsi souvent faite entre la suppression des évocations et commissions et la demande que tout particulier soit « assigné devant le juge de son domicile »⁶⁹³. L'image du juge du domicile apparaît comme le juge le plus proche du justiciable, non seulement géographiquement, mais aussi socialement. Dans certains cahiers de bourgeois par exemple, la demande d'être jugé par les pairs correspond à la volonté de faire participer à la décision des personnes de la même « catégorie socio-professionnelle »⁶⁹⁴. Cette demande de proximité géographique et sociale se perçoit également dans la proposition de certains cahiers d'élire des juges « proches des citoyens »⁶⁹⁵. Les juges élus seraient les juges « naturels »⁶⁹⁶ par excellence. Cette conception du juge naturel semble peu compatible avec le modèle des cours souveraines d'Ancien régime, dont le ressort territorial est parfois très vaste⁶⁹⁷. Certains cahiers expliquent d'ailleurs que « les tribunaux souverains sont trop éloignés des justiciables et d'un ressort trop étendu », pour conclure qu'« ils ne sont point nos juges naturels parce qu'ils ne sont pas de notre choix »⁶⁹⁸. La volonté de se distinguer de l'ancien système ne peut pas être exprimée plus clairement.

112. Enfin, l'appropriation du droit au juge naturel comme garantie individuelle se perçoit dans la mobilisation massive de l'expression « juges naturels » lorsque les cahiers formulent le vœu que les lettres de cachet soient interdites et que toute personne arrêtée soit présentée à « son juge naturel ». Si l'usage des deux expressions « juges naturels » et « juges ordinaires » est relativement équivalent de manière générale, notamment lorsqu'il est question d'interdire les tribunaux d'exception et garantir l'ordre *ordinaire* des compétences, la première expression est préférée dans le cadre précis des lettres de cachet. En effet, le juge naturel est celui qui statue sur la liberté individuelle des justiciables, si précieuse dans la pensée des

⁶⁹² P.-F. MÉZARD, *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France. Dédié aux États-généraux*, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹³ Article 11 du cahier de doléances, plaintes et remontrances de la corporation des maîtres maréchaux ferrants, grossiers, serruriers, taillandiers, ferblantiers, éperonniers, cloutiers et autres ouvriers en fer de la ville d'Angers (disponible en ligne : <https://recherche-archives.angers.fr/ark:/34887/r11754zr7nvpkk/f35>, consulté le 6 février 2024). Voy. aussi le cahier de doléances de la corporation des maîtres selliers, bourliers et charrons de la même ville : « les évocations et les commissions en matière de procès entièrement abolies que tout particulier soit assigné devant le juge de son domicile » (disponible en ligne : <https://recherche-archives.angers.fr/ark:/34887/r11754zr7nvpkk/f88>, consulté le 6 février 2024).

⁶⁹⁴ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 226.

⁶⁹⁵ J.-C. FARCY, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁹⁶ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹⁷ Cette exigence de création d'un parlement dans chaque province, notamment pour toutes celles qui, avant 1789, dépendant du Parlement de Paris, fait l'unanimité dans les cahiers (A. LEBIGRE, art. cité, p. 43).

⁶⁹⁸ Instructions, doléances et remontrances approuvées par le conseil de tous chefs de famille de la communauté de Lauris (sénéchaussée d'Aix-en-Provence), reproduites in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 6, 2^e éd., p. 316-320, en part. p. 317.

Lumières⁶⁹⁹. À la veille de la Révolution, le respect de la légalité en matière pénale (pour les incriminations, les peines, mais aussi pour la compétence du juge) est donc fondamental. Ceci constitue une illustration du caractère individuel de la revendication, de la compréhension du droit au juge naturel comme garantie individuelle pour les justiciables.

113. En somme, tout en reprenant la revendication principale qu'ils partagent avec les parlementaires, à savoir la dénonciation de la multiplication des juridictions extraordinaires, les cahiers de doléances se distinguent toutefois des prétentions des magistrats. L'ensemble du système judiciaire d'Ancien régime est critiqué, y compris donc les cours souveraines et leur rôle politique⁷⁰⁰. L'individu est remis au centre des revendications, ce qui permet de considérer que le droit au juge naturel est désormais mobilisé en tant que garantie individuelle, subjective, comme une « valeur intangible à laquelle nul ne saurait légitimement contrevenir, pas même le roi »⁷⁰¹. Le lien avec la loi et son respect, l'inscription nécessaire des compétences dans la loi, doivent permettre d'assurer à chaque citoyen qu'il ne peut être distrait, par aucun pouvoir, de son juge naturel, son juge domiciliaire. Le législateur et son rôle dans l'organisation judiciaire ordinaire apparaissent déterminants. Sans ignorer que les intérêts des magistrats peuvent se recouper avec ces idées⁷⁰², il semble que la période révolutionnaire permette malgré tout l'aboutissement de la création d'une garantie individuelle pour les citoyens. Ce contexte contraste fortement avec la situation allemande, dans laquelle les revendications ne visent pas encore à créer une garantie subjective, mais simplement à trouver la place raisonnable du souverain dans le régime absolu éclairé.

⁶⁹⁹ Voy. par ex. l'article 2 du cahier d'instructions et doléances de l'assemblée du troisième ordre de la sénéchaussée de la ville de Digne : « Les lettres de cachet, ne présentant que l'abus le plus terrible du despotisme ministériel, étant inconciliables avec la liberté individuelle des citoyens, l'abolition doit en être sollicitée avec instance : la liberté de chaque personne fait partie de la liberté publique. Si, cependant, le citoyen tramait ou intriguait contre la chose publique, ou si des considérations très-puissantes exigeaient qu'on l'arrêtât sur-le-champ, on doit le conduire dans les prisons ordinaires pour être jugé par ses juges naturels. Les prisons d'État deviennent absolument inutiles, et la suppression doit en être ordonnée. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 3, 2^e éd., p. 348).

⁷⁰⁰ Certains cahiers demandent d'ailleurs la limitation du rôle des cours souveraines à l'enregistrement pur et simple des actes législatifs, sans participation au processus législatif. Voy. par ex. l'article 2 de la section II (Législation) de la deuxième partie des doléances, remontrances et instructions du clergé de la sénéchaussée de Toulouse : « Les lois qui réuniront l'autorité du Roi et le consentement de la nation, seront enregistrées par les cours souveraines qui les feront exécuter, et les cours ne pourront, sous aucun prétexte, en retarder l'enregistrement ou y mettre des modifications. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 6, 2^e éd., p. 28-31, en part. p. 30).

⁷⁰¹ M. DUPUIS-BERRUX, *op. cit.*, p. 214-215.

⁷⁰² Marjorie Dupuis-Berruex considère par exemple que lorsque le juge naturel est utilisé aux côtés de l'expression « juridiction ordinaire », il vise principalement à protéger la compétence des juges : il s'agit alors du « juge naturellement compétent », et non pas du juge naturel d'un individu. Il n'a donc pas, dans cette perspective, de dimension subjective. (*ibid.*, p. 213.).

§ 2 : Un contexte allemand encore absolutiste : la recherche de la place raisonnable du souverain en Allemagne

114. Dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, la doctrine de l'absolutisme éclairé empêche de remettre en question l'omnipotence du souverain. Certes, l'obligation lui est faite d'adopter des lois rationnelles poursuivant le bien commun, mais il dispose encore du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire pour assurer leur exécution et la sanction de leur non-respect. Dans un certain paradoxe, la doctrine invite cependant les monarques à faire également preuve de rationalité pour limiter leur intervention dans le cours de la justice. À ce titre, un argument d'opportunité est employé : celui du manque de temps et de connaissances juridiques du souverain (A). La rationalité du souverain doit alors l'encourager à s'autolimiter, et à n'intervenir que pour les causes justes et raisonnables (B).

A. Un argument d'opportunité sans conséquence juridique : le manque de temps et de connaissances juridiques du souverain

115. Le souverain dispose certes de la puissance absolue, mais doit-il pour autant l'exercer, notamment en matière de justice ? C'est à cette question que tentent de répondre les auteurs allemands de la seconde moitié du XVIII^e siècle. La question n'est pas nouvelle ; Bodin la pose déjà dans ses *Six livres de la République*⁷⁰³. Pour le penseur français, la réponse est négative – et c'est la raison pour laquelle il plaide pour une « institutionnalisation complète de la justice royale »⁷⁰⁴. Parmi ses arguments – tous d'opportunité, Bodin explique notamment que la partie perdante sera toujours mécontente de la solution trouvée par le roi, ce qui pourrait lui nuire, car il doit chercher à se faire aimer de ses sujets⁷⁰⁵. Il doit donc se mettre en retrait pour les questions judiciaires, afin de garder la plus haute estime de ses sujets. Les arguments des penseurs allemands du XVIII^e siècle se situent dans la continuité de ce type d'arguments développés par les théoriciens de la monarchie absolue française. Un premier élément apparaît ainsi déterminant dans la critique doctrinale des sentences arbitraires des souverains absolus allemands : celui de la charge de travail que représente l'exercice personnel de la justice pour le souverain. Par exemple, Scheidemantel estime que ce n'est pas « confortable » (*bequem*)

⁷⁰³ J. BODIN, *op. cit.*, p. 424 et s.

⁷⁰⁴ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 1, p. 37.

⁷⁰⁵ J. BODIN, *op. cit.*, p. 435-436.

pour le régent de devoir trancher lui-même tous les litiges des citoyens⁷⁰⁶. Kreittmayr⁷⁰⁷ va dans le même sens, considérant « qu'en raison de la quantité d'affaires judiciaires, [les fonctions juridictionnelles] ne sont pas facilement exercées par le régent en personne »⁷⁰⁸. Au-delà de la stricte charge de travail, d'autres penseurs mettent en avant le fait que le régent a déjà beaucoup de choses à gérer⁷⁰⁹, et avant tout les affaires gouvernementales. En effet, selon certains, le souverain doit s'occuper d'affaires plus importantes, à l'échelle de son territoire, et non pas d'affaires privées spécifiques. Le chancelier prussien Pandin de Jarriges, par exemple, considère que le temps du monarque doit être consacré aux « grands intérêts du royaume » :

« Les affaires importantes, les grands intérêts d'un Royaume, ne lui laissent pas le temps nécessaire pour écouter, les contestations des Parties, examiner leurs prétentions, lire de longues discussions, consulter des Auteurs, fouiller dans de vieux Documents, & juger d'une affaire avec l'exactitude & le loisir que mérite son importance »⁷¹⁰.

116. D'autres arguments, souvent associés avec celui de la charge de travail, sont relatifs au manque de connaissances juridiques et de sang-froid du souverain pour accomplir cette tâche. C'est ainsi que Von Gönner justifie la mise en retrait du souverain dans les affaires judiciaires, lequel précise bien que cela n'est pas lié à l'idée de séparation des pouvoirs :

« Le régent ne peut pas trancher lui-même les litiges, non pas du tout parce que le pouvoir judiciaire devrait être subjectivement séparé du pouvoir législatif et exécutif, mais simplement parce que, pour trancher les litiges, il faut étudier les lois, avoir le temps de débattre et de juger, avoir du sang-froid dans l'examen des motifs des deux parties et avoir un jugement aiguisé, propre aux affaires juridiques ».⁷¹¹

Dans un autre ouvrage relatif au « procès allemand ordinaire », le même auteur laisse entendre que ce sont ces préoccupations qui contraignent le souverain et son cabinet à ne pas intervenir dans le cours de la justice :

⁷⁰⁶ H. G. SCHEIDEMANTEL, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁰⁷ Sur ce juriste, voy. par ex. M. STOLLEIS, « Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 361.

⁷⁰⁸ W. von KREITTMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, tome 1 : *Von dem allgemeinen Staatsrechte*, 2^e éd., Munich, Joseph Lentner, 1789, p. 20.

⁷⁰⁹ K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 301.

⁷¹⁰ P. J. PANDIN DE JARRIGES, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, 1765, p. 22, cité par U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 233-234.

⁷¹¹ N. T. von GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, *op. cit.*, p. 474-475.

« Comme au XV^e siècle, le prince territorial est toujours la source de la justice ; [...] on a simplement compris combien il fallait de connaissances pour devenir un véritable homme de justice, combien il fallait de sang-froid pour l'être, combien il fallait de temps pour remplir l'étendue de ses obligations de juge pour chaque litige. On s'est alors aperçu que ces exigences ne pouvaient pas toujours être remplies, ni chez un prince, ni dans son cabinet. »⁷¹²

117. Le manque de temps, de connaissances théoriques et de compétences pratiques est donc mis en avant pour justifier le fait que le roi ne doit pas juger lui-même. C'est ce qu'inculque par exemple Carl Gottlieb Svarez, précepteur du futur roi Frédéric-Guillaume III de Prusse, dans ses conférences de 1791 et 1792 : « Le régent ne doit pas vouloir être lui-même juge, il lui manque les connaissances nécessaires, le temps requis, les compétences qui ne s'acquièrent que par la pratique »⁷¹³. La compétence du juge ordinaire ne découle donc pas d'une limitation constitutionnelle ou légale du pouvoir judiciaire du souverain, mais d'une simple répartition du travail juridictionnel⁷¹⁴, au profit de spécialistes, de professionnels, qui disposent, eux, du temps, des connaissances et des compétences pratiques nécessaires. Certains auteurs de l'Empire se distinguent sur ce point, considérant que l'exigence de qualification des personnes composant la juridiction est une exigence de droit impérial. Tel est le cas de Heinrich von Schelhaß⁷¹⁵ ou de Nikolaus Thaddäus von Gönner⁷¹⁶. Pour les autres auteurs, cet argument n'a pas de base légale, mais provient d'une certaine vision de leur propre discipline. Le juriste Karl Friedrich Häberlin fait ainsi remarquer : « C'est à l'apprentissage des lois, et, plus encore, à l'art de les appliquer correctement, que nous consacrons toute notre vie, car c'est notre seule destinée »⁷¹⁷. Le bien commun justifierait également cette répartition de l'activité juridictionnelle, dans la mesure où, sans les connaissances et les compétences nécessaires, le prince pourrait commettre des erreurs, que les juges l'accompagnant n'oseraient pas lui faire remarquer. C'est notamment l'avis de Strube, pour qui rendre la justice est devenu « un art que personne ne peut pratiquer convenablement sans l'avoir laborieusement appris ». En vertu du bien commun, cet art doit être laissé aux jurisconsultes, parce que la présence du souverain dans

⁷¹² N.T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 9-10.

⁷¹³ Cité in E. KERN, *op. cit.*, p. 86.

⁷¹⁴ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 229.

⁷¹⁵ H. von SCHELHAß, *op. cit.*, p. 131. Sur ce point, voy. G. SYDOW, art. cité, p. 275.

⁷¹⁶ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 5, 11, 12.

⁷¹⁷ K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 302.

la formation de jugement influencerait les juges, qui n'oseraient pas le contredire, même en cas d'erreur de sa part⁷¹⁸.

118. Ernst Ferdinand Klein va même plus loin, en faisant de ces préoccupations de temps et de compétences la raison pour laquelle les sentences arbitraires ne sont pas valables en matière judiciaire. Son raisonnement est intéressant. Bien que fidèle à la doctrine de l'absolutisme éclairé, considérant que le prince détient le pouvoir suprême, qu'il exerce par ses « droits de majesté », il distingue entre le « pouvoir judiciaire suprême » (*oberste Justizgewalt*), détenu par le prince, et le « pouvoir juridictionnel » (*richterliche Gewalt*), exercé par des professionnels du droit. Il estime que le premier ne peut donner d'ordres au second que dans le cadre de son devoir de surveillance de la justice ou en prenant un acte de portée générale assimilé à une loi⁷¹⁹. En effet, selon lui, le pouvoir juridictionnel doit être laissé à des professionnels, qui ont les compétences et le temps nécessaires pour trancher chaque litige. S'il reconnaît que les juges n'ont aucun droit lorsque le monarque s'empare de leur office pour juger lui-même⁷²⁰, il pose cette exigence de professionnalisation comme un avantage au bénéfice des justiciables. Le prince peut difficilement prendre le temps nécessaire pour juger correctement, car son temps est occupé au gouvernement. Ce n'est donc pas une « moindre consolation pour les parties en litige de savoir que dix, vingt, trente, voire davantage de personnes expérimentées dans ce genre d'affaires s'occuperont de leur litige »⁷²¹. En plus de permettre l'engagement de la responsabilité des juges en cas de procédure irrégulière, cette exigence de professionnalisation de l'activité juridictionnelle lui permet de limiter l'arbitraire du souverain en matière judiciaire. Titulaire de l'ensemble des pouvoirs suprêmes, le prince peut (et doit) toujours surveiller l'administration de la justice, ou prendre un acte législatif. Mais comme il n'est pas un professionnel du droit, il doit s'abstenir d'intervenir dans le jugement d'affaires particulières : les sentences arbitraires ne sont donc pas valables. Si le prince n'a pas pris le temps nécessaire pour faire une réelle enquête, alors la sentence est considérée comme « injuste » (*ungerecht*) ; tandis que s'il a délégué le jugement de l'affaire à une personnalité qui n'a pas la qualité de juge, la sentence est « inconstitutionnelle » (*verfassungswidrig*)⁷²². L'exigence que la justice soit rendue par des juges professionnels est ainsi élevée au rang

⁷¹⁸ D. G. STRUBE, *Nebenstunden*, Fünfter Theil, 2^e éd., *op. cit.*, p. 423.

⁷¹⁹ E. F. KLEIN, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1797, p. 264-265.

⁷²⁰ E. F. KLEIN, « Beurtheilung der Kritik über das willkürliche Verfahren des Kaisers in Criminalfällen. Wien 1787 », in *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten*, tome 1, Berlin, Stettin, Friedrich Nicolai, 1788, p. 393.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 394.

⁷²² E. F. KLEIN, *op. cit.*, p. 265.

constitutionnel par Klein. Sans possibilité de limitation constitutionnelle (ou même légale⁷²³) des pouvoirs du souverain, la référence à la professionnalisation de la justice permet à cet auteur d'encadrer strictement les interventions du prince en matière judiciaire. Enfin, il estime que le jugement d'affaires judiciaires par le prince pose une question de sécurité juridique, dans la mesure où le prince n'étant soumis à aucune forme ou procédure pour trancher le litige, il n'y a aucune garantie quant à la décision au fond (pour Klein, la forme constitue le « cachet » de la justesse du fond de la décision)⁷²⁴. Le prince pourrait donc tout à fait changer la solution au fond dans des affaires ultérieures, ce qui pose un problème de sécurité pour les justiciables. Jacob Gottlieb Sieber se place également du côté des justiciables : selon lui, les parties préfèrent « que leur affaire soit tranchée par les juridictions ordinaires, car elles sont composées de personnes tenues à une administration impartiale de la justice et qui ont consacré leur temps et leurs efforts à l'apprentissage des lois »⁷²⁵. *A contrario*, le jugement du prince ne serait donc pas toujours satisfaisant car il manquerait de temps et de connaissances pour l'exercer sérieusement et de manière impartiale. L'exigence d'impartialité est d'ailleurs présente chez d'autres auteurs. Pour Karl Friedrich Häberlin, le danger que le prince puisse s'exposer à « ses passions » est mis au même niveau que le manque de temps et de connaissances. Il résume ainsi sa pensée :

« Quel roi, chargé des affaires gouvernementales, peut s'occuper de trancher les affaires judiciaires sans les négliger, sans s'exposer aux erreurs, aux surprises, aux tentations de ses passions ou d'autres passions ? »⁷²⁶

Il cite notamment Montesquieu et *De l'esprit des lois*, afin de justifier que le prince ne doive pas juger lui-même, car seul un despote le ferait⁷²⁷. Toutefois, il ne se situe pas réellement dans la compréhension de Montesquieu, puisqu'il maintient l'idée selon laquelle le régent est titulaire du pouvoir judiciaire.

119. Ces arguments perdurent au-delà de la fin du XVIII^e siècle. Ainsi, dans les années 1820, Theodor von Schmalz estime encore que c'est le souverain qui est la source de tout pouvoir judiciaire, mais que celui-ci doit écouter les jurisconsultes formés au droit pour savoir ce qui est juste. Il considère que « dans un pays cultivé, seuls des juges qualifiés peuvent

⁷²³ Klein considère ainsi toujours que « le prince territorial n'est soumis à aucune loi » (E. F. KLEIN, art. cité, p. 394.).

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 394-395.

⁷²⁵ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 78.

⁷²⁶ K.F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 302.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 302-303.

diriger le pouvoir judiciaire et rendre la justice ». ⁷²⁸ Il en conclut que le souverain doit s'en référer à ces juges pour savoir comment appliquer le droit à des situations particulières, et que, à ce titre, la justice retenue par cabinet constitue une « injustice absolue » dans la mesure où le souverain décide par lui-même de ce qui constitue le droit ⁷²⁹. Si les sentences et ordres arbitraires sont donc encadrés en pratique par la doctrine, qui insiste notamment sur la technicité et le temps nécessaires pour rendre la justice, que reste-t-il du pouvoir judiciaire suprême du prince ? Conformément à la mission de surveillance de la justice qui est attribuée au prince, la doctrine allemande limite son intervention dans le cours de la justice ordinaire aux causes justes et raisonnables.

B. Des appels à une intervention monarchique limitée aux causes justes et raisonnables

120. Le renvoi aux causes justes et raisonnables pour limiter l'intervention du souverain dans le cours de la justice recouvre un grand nombre d'idées doctrinales. À nouveau, ces idées reprennent une conception déjà développée en France depuis le XVI^e siècle. Par exemple, dès 1527, le Parlement de Paris invite François I^{er} à n'intervenir que pour « ce qui est en raison, bon et équitable » ⁷³⁰. La doctrine royale conserve cet argument tout au long de l'Ancien régime. Pour Bodin, le roi ne doit intervenir que pour des causes justes et raisonnables ⁷³¹, pour assurer l'équité ; tandis que pour Cardin le Bret, il ne serait pas raisonnable que le roi empiète dans l'ordre ordinaire ou naturel des juridictions, notamment lorsqu'il s'agit de litiges entre particuliers, qui ne concernent pas la chose publique ⁷³². À l'image de la doctrine absolutiste française, les auteurs allemands du XVIII^e siècle développent ainsi l'idée selon laquelle le souverain, bien que disposant de l'ensemble des pouvoirs suprêmes, doit justifier ses interventions dans le cours de la justice. Il lui faut trouver une « bonne raison » de passer outre l'ordre juridictionnel ordinaire. Cette « bonne raison » découle souvent d'une certaine

⁷²⁸ T. von SCHMALZ, *Das deutsche Staats-Recht*, op. cit., p. 251-252.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 261-262.

⁷³⁰ Parlement de Paris, réclamations rapportées dans un procès-verbal du 24 juillet 1527, reproduit in N. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 12 : 1514-1546, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1828, p. 277-278 : « Nous ne voulons révoquer en doute ou disputer de votre puissance, ce serait espèce de sacrilège, et savons bien que *vous êtes par sus les lois*, et que les lois et ordonnances ne vous peuvent contraindre, et n'y êtes contraint par puissance coactive ; mais entendons dire que *vous ne devez ou ne voulez pas devoir tout ce que vous pouvez, ains seulement ce qui est en raison, bon et équitable*, qui n'est autre chose que justice. » (nous soulignons)

⁷³¹ J. BODIN, op. cit., p. 109.

⁷³² C. LE BRET, op. cit., p. 78.

conception de la rationalité : quand est-ce que l'intervention du souverain est rationnelle ? En effet, les pouvoirs exécutif et judiciaire doivent mettre en œuvre les lois adoptées par le pouvoir législatif, lequel est assimilé à la raison⁷³³. Il faut donc rechercher quels objectifs raisonnables sont poursuivis par le législateur rationnel – même si ce législateur est encore le souverain absolu. Cela apparaît par exemple dans la pensée de Nikolaus von Gönner :

« Le point où l'influence légale et nécessaire du souverain se distingue de ses interventions illicites, ne peut être identifié que si l'on pénètre plus profondément dans l'esprit de nos lois fondamentales de l'Empire. Le fondement ne provient pas d'une incompatibilité du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire en un même sujet. »⁷³⁴

121. La rationalité de la loi est d'abord synonyme, pour certains auteurs, de recherche d'égalité entre les justiciables ou les parties. Chez Jacob Gottlieb Sieber, le principe d'égalité est invoqué pour limiter l'intervention du souverain dans le cours de la justice. Il estime en effet que la séparation entre les affaires judiciaires et les affaires de gouvernement, ainsi que la possibilité pour le souverain de traiter personnellement certaines affaires privées, peuvent entraîner des inégalités entre les justiciables⁷³⁵, notamment en raison d'un éventuel manque d'impartialité du souverain. L'une des parties « courrait un grand danger » lorsque le régent intervient dans une affaire qui pourrait le concerner⁷³⁶. Selon lui, tout juge reste un être humain qui ne peut faire abstraction de ses propres intérêts en jugeant⁷³⁷. Cela touche également le souverain, qui ne devrait donc pas être juge dans ses propres affaires⁷³⁸. Sieber note toutefois que cela ne doit pas empêcher le souverain absolu d'user de son « pouvoir de rendre lui-même la justice dans certains cas »⁷³⁹, notamment pour des « raisons importantes »⁷⁴⁰. Pour justifier ces dernières, Sieber fait appel au « bien-être commun, c'est-à-dire la prospérité extérieure ou intérieure d'un pays »⁷⁴¹.

⁷³³ T. von SCHMALZ, *Das natürliche Staatsrecht*, 2^e éd., Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1804, p. 63. : « Le pouvoir législatif, analogue à la raison, est le droit de déterminer les moyens de la fin de l'État ».

⁷³⁴ N. T. von GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 6.

⁷³⁵ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 10 et s.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 44 : « C'est précisément le cas pour le pouvoir régnant, puisque le prince, le monarque, le ministre est un être humain. [...] Si le pouvoir régnant a le droit de rendre la justice lui-même ou de la faire rendre par son Conseil dans des affaires particulières, il n'en va pas de même pour les causes qui concernent son propre intérêt, dont l'instruction et le jugement doivent être laissés aux tribunaux ordinaires. »

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁴⁰ La section 4 de son premier livre, qui suit une section consacrée aux restrictions apportées au droit du souverain de juger lui-même, est ainsi intitulée : « Nonobstant de telles restrictions, le pouvoir en place peut, pour des raisons importantes, décider lui-même de certaines affaires juridiques. » (*ibid.*, p. 49).

⁷⁴¹ *Ibid.*

122. Pour un grand nombre d’auteurs, la recherche de l’intervention raisonnable du souverain en matière judiciaire se situe dans la recherche d’équité. Le prince doit résoudre les injustices, ce qui nécessite son intervention ponctuelle dans le cours de la justice. Les souverains territoriaux n’agissent pas uniquement par pur despotisme, mais pour faire « triompher » leur conception de la justice – entendue comme équité⁷⁴². Ils interviennent, d’une part, pour mettre fin aux « fléaux judiciaires » de l’époque : corruption, incompetence, orgueil des juges ; et, d’autre part, pour assurer l’uniformité des décisions, atténuer l’insécurité juridique et les défauts du morcellement du droit⁷⁴³. Leur intervention est donc recherchée, notamment par les justiciables. C’est également dans cette optique que la surveillance du pouvoir judiciaire est conçue comme une intervention raisonnable du souverain dans le cours de la justice⁷⁴⁴. Ce recours à l’équité est un argument qui est tourné en faveur du souverain : en se contentant d’intervenir pour mettre fin à une injustice, par exemple en gracieant un sujet, il conserve l’image d’un « bon roi ». Il est dissuadé d’intervenir pour condamner les sujets, car cela dégraderait une image négative et pourrait même diminuer son autorité sur les sujets⁷⁴⁵.

123. Enfin, le recours à l’argument des causes justes et raisonnables peut recouvrir l’idée d’une intervention limitée à la nécessité, à l’urgence, à la « raison d’État »⁷⁴⁶. C’est par exemple ce que considère le baron bavarois de Kreittmayr, qui écrit :

« Le droit de majesté s’exprime [...] dans les *Machtssprüche* qu’il peut prononcer *ex plenitudine potestatis*, dans la mesure où l’utilité ou la nécessité publique l’exige »⁷⁴⁷.

D’autres auteurs invoquent la « préservation du bien-être de l’État »⁷⁴⁸. Par exemple, Sieber estime que « la nécessité ne [connaît] pas de loi », et que le souverain doit intervenir « lorsque le bien commun, c’est-à-dire la tranquillité extérieure ou intérieure du pays est en

⁷⁴² W. OGRIS, art. cité.

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ E. F. KLEIN, art. cité, p. 393.

⁷⁴⁵ C’est un argument que l’on connaît également dans la doctrine française. Voy. par ex. A.-F.-C. FERRAND, *op. cit.*, p. 19. : « la personne du Souverain n’a que des grâces à prononcer ; la condamnation portée par la loi, est toujours prononcée par le juge. Si le Monarque faisait la fonction de ses tribunaux, il perdrait tout le fruit de cet ordre admirable. La plainte du plaideur mécontent porterait directement sur le Prince ; la Majesté royale en souffrirait, & le respect qu’on lui doit s’affaiblirait par les atteintes qu’il recevrait tous les jours. »

⁷⁴⁶ W. OGRIS, art. cité.

⁷⁴⁷ W. von KREITTMAYR, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁴⁸ K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 296 et s., lequel utilise d’ailleurs l’expression « raison d’État » en français dans ses développements.

danger, ou que des conséquences très fâcheuses menacent le pays »⁷⁴⁹. De même, Karl Friedrich Häberlin considère que :

« La suspension d'une affaire judiciaire par des ordres de cabinet ne peut être défendue que si le cas est tel que l'administration d'une justice impartiale exposerait l'État au plus grand danger. Autant le régent peut, pour sauver l'ensemble, priver certains citoyens de leurs droits bien acquis, autant il peut, dans de tels cas, leur refuser la justice. Il faut seulement qu'il y ait un cas de conflit réel et véritable, et que celui qui souffre pour le bien de l'ensemble en soit toujours dédommagé. »⁷⁵⁰

Un état de nécessité, de danger pour l'État peut donc justifier que le roi « refuse » la justice à un sujet. Mais Häberlin donne malgré tout une grande importance au justiciable, puisqu'il demande à ce qu'il y ait une forme de dédommagement. À ce titre, pour lui, l'illégalité au niveau individuel, qui permet la réalisation d'un but collectif, doit être compensée d'une manière ou d'une autre.

124. Ces éléments seront repris dans le constitutionnalisme du XIX^e siècle, pour justifier non plus le *Machtspruch*, mais le *Machtgebot* (ordre de puissance), un pouvoir suprême permettant de prendre des décisions en dehors de tout cadre juridictionnel et légal formel, sur le fondement de l'urgence (« lorsque les circonstances l'exigent »⁷⁵¹). Cela étant dit, la limitation du pouvoir judiciaire des princes territoriaux est réelle à la fin du XVIII^e siècle. Si les textes allemands ne prévoient pas encore le droit, pour chaque justiciable, d'être jugé par son juge légal, la professionnalisation de la justice s'impose et exige le retrait du souverain. L'absence de contexte révolutionnaire en Allemagne n'empêche pas l'évolution de la pensée politique et constitutionnelle vers la modération du pouvoir et l'importance de la liberté individuelle (conçue avant tout comme la propriété) dans le droit public allemand.

⁷⁴⁹ J. G. SIEBER, *op. cit.*, p. 49. Selon Sieber, le souverain ne « peut pas s'abstenir » de porter l'affaire concernée devant lui ou son conseil. C'est une obligation, et non une simple faculté.

⁷⁵⁰ K. F. HÄBERLIN, *op. cit.*, p. 477.

⁷⁵¹ Voy. par ex. J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4^e éd., Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1840, p. 829.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

125. En se concentrant sur l'argumentation des parlementaires, pour la France, et de la doctrine, pour l'Allemagne, un élément apparaît commun dans le cadre du recours progressif à l'idée d'un droit au juge légal ou naturel : celui de l'encadrement du pouvoir souverain. Toutefois, ces arguments ne sont pas utilisés dans les mêmes contextes politiques, ce qui joue un rôle sur le développement futur des garanties. Dans les deux systèmes étudiés, l'étude des premières revendications, avant la consécration explicite d'un droit au juge naturel ou légal, met en lumière l'absence de remise en cause de l'absolutisme monarchique dans son principe. En revanche, le besoin d'encadrer l'action du monarque par le droit se révèle être un argument important pour assurer la légitimité de la monarchie. En France, les parlementaires ont recours au concept des lois fondamentales du royaume, pour tenter d'imposer au roi sa mise en retrait dans les affaires juridictionnelles. Jusqu'à la période révolutionnaire, les parlements souhaitent en particulier revendiquer leur rôle politique dans la monarchie, aux côtés du roi absolu. Cette vision est partiellement remise en question par les revendications révolutionnaires françaises, qui permettent l'appropriation du droit au juge naturel comme réelle garantie individuelle par les justiciables. C'est ce tremplin de la Révolution française qui permet la première consécration écrite du principe en 1790.

126. Dans les territoires germaniques, les États absolutistes éclairés sont conçus comme des États légaux : le souverain éclairé fait découler de sa volonté des lois rationnelles permettant d'atteindre le bien commun. Dans les revendications des états, notamment en Prusse⁷⁵², et dans la doctrine, l'emploi du terme de « loi » doit donc permettre de garantir l'origine de la compétence du juge qui doit trancher le litige⁷⁵³. Par la limitation du périmètre d'intervention du monarque, ainsi que par la mobilisation du droit impérial, la doctrine allemande cherche en premier lieu à préciser la place raisonnable du souverain dans cet État absolutiste. Ainsi, les critiques progressives contre les sentences arbitraires des souverains en matière judiciaire permettent de mettre en avant le degré d'acceptation décroissant de l'absolutisme et du manque de balance entre les forces⁷⁵⁴.

⁷⁵² Revendications exposées *supra*, Section 2, § 2, A, para. n° 74 et s.

⁷⁵³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 248.

⁷⁵⁴ H. ERWIN, « Machtspruch », in A. CORDES *et al.* (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome III, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2016.

CONCLUSION DU TITRE I

127. Historiquement, le droit au juge naturel ou légal n'apparaît pas explicitement avant la dernière partie du XVIII^e siècle. Pourtant, l'idée que contient ce droit, à savoir la garantie que les justiciables soient jugés par le juge ordinaire compétent, prévu par la loi, et que l'instauration d'instruments de justice extraordinaire soit proscrite, apparaît déjà en filigrane de revendications anciennes, tant en France qu'en Allemagne. Le phénomène de centralisation du pouvoir judiciaire, déclenché par l'appropriation (ou la réappropriation) du pouvoir souverain par le roi de France et les souverains territoriaux germaniques, provoque un grand nombre de conflits de compétences et, plus largement, de légitimité. Les juridictions locales issues du Moyen-Âge perdent rapidement leur influence, face à l'administration judiciaire étatique mise en place par les monarques. Les revendications se cristallisent notamment autour des interventions directes du souverain dans le cours de la justice, soit en attribuant la connaissance d'affaires déterminées à une commission spécialement créée, soit en évoquant une affaire pour la faire juger par lui-même ou par son conseil. En doctrine ou chez les praticiens, c'est par la mobilisation de la nécessaire soumission du souverain au droit que s'imposent progressivement les expressions « juge naturel » et « juge légal », les deux renvoyant à la même idée : empêcher l'appropriation de la connaissance d'une affaire juridique par le souverain ou ses agents. En France, le contexte politique agité de la fin du XVIII^e siècle entraîne une accélération du développement du droit au juge naturel, qui se retrouve consacré dès 1790 dans une loi révolutionnaire, puis en 1791 dans un texte constitutionnel. Pour autant, cette reconnaissance précoce ne permet pas d'imposer la pérennité de ce principe fondamental dans la culture juridique française. En effet, le XIX^e siècle est à la fois celui de la consécration multiple du droit au juge naturel, mais également celui de son abandon. Au contraire, en Allemagne, si l'écho de la Révolution française entraîne plutôt une politique conservatrice⁷⁵⁵, le cheminement des idées libérales au cours du XIX^e siècle permet l'émergence progressive d'une garantie individuelle durable. Cette construction par paliers du droit au juge légal a notamment permis d'ancrer le droit au juge légal dans une culture juridique tournée vers le juge et la justice pour la garantie des droits et libertés – culture juridique que la Cour constitutionnelle fédérale fait perdurer.

⁷⁵⁵ Sur la critique de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen en Allemagne, voy. par ex. A. RENAUT, « Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la Déclaration de 1789 en Allemagne », *Droits*, 1988, p. 143-149.

TITRE II : DES ÉVOLUTIONS DIVERGENTES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE AU XIX^e SIÈCLE

128. Face aux évolutions philosophiques, politiques et aux mutations sociales de la fin du XVIII^e siècle et du XIX^e siècle, les souverains sont contraints de consacrer explicitement le droit au juge naturel ou légal dans des textes législatifs ou constitutionnels. C'est le cas, en premier lieu, lors de la Révolution française, laquelle fait apparaître la première consécration explicite du droit au juge naturel dans la loi des 16 et 24 août 1790, symbole de la « justice transfigurée et idéalisée »⁷⁵⁶ souhaitée. Les textes constitutionnels français du XIX^e siècle suivront cette voie – sauf pendant la période napoléonienne –, mais la séparation des pouvoirs et, surtout, l'indépendance de la justice, n'est pas réellement acquise. Dans ce contexte, les consécration françaises ne permettent pas d'éviter les ingérences des pouvoirs législatif et exécutif dans la justice. Finalement, le droit au juge naturel est progressivement relégué dans le droit français révolutionnaire et postrévolutionnaire, jusqu'à sa disparition après 1848 (**Chapitre III**). En Allemagne, les évolutions que connaissent les États allemands au cours du XIX^e siècle entraînent une valorisation du rôle du juge et la nécessaire indépendance de la justice vis-à-vis des autres pouvoirs. Même si aucune séparation des pouvoirs ne peut encore s'opérer dans les différents régimes qui se succèdent, l'importance de la justice, mise notamment en lumière par la doctrine libérale, force les souverains à adopter des garanties juridictionnelles individuelles. C'est ce contexte de développement d'un *Rechtsstaat* qui permet l'essor progressif du droit au juge légal dans l'Allemagne du XIX^e siècle (**Chapitre IV**).

⁷⁵⁶ J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 223.

CHAPITRE III : LA RELÉGATION DU DROIT AU JUGE NATUREL ET DE SES SPÉCIFICITÉS DANS LE CONTEXTE RÉVOLUTIONNAIRE ET POSTRÉVOLUTIONNAIRE FRANÇAIS

129. Dès le déclenchement de la Révolution, la justice et son fonctionnement sont affectés et font l'objet de réformes. La nécessité de sa « régénération absolue » semble « incontestable » pour les députés des états généraux, puis de l'Assemblée constituante⁷⁵⁷. Ainsi, dès la nuit du 4 août 1789, l'« odieuse »⁷⁵⁸ vénalité des offices est supprimée, et la justice est rendue gratuite. Par la suite, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, tout en posant certains principes concernant l'organisation judiciaire (articles 7, 8 et 9), modifie profondément la pensée politique et constitutionnelle française sur le plan de la justice. Ce texte est particulièrement critique à l'égard des institutions de l'Ancien régime⁷⁵⁹. En effet, d'une part, elle met fin au « dogme séculaire »⁷⁶⁰ du roi justicier, en posant le principe de séparation des pouvoirs à son article 16⁷⁶¹. D'autre part, elle consacre, dès son article 1^{er}, le principe d'égalité des citoyens. La consécration de ce principe cardinal du droit français⁷⁶² touche spécifiquement l'organisation judiciaire, en ce qu'elle impose l'égalité des citoyens devant la justice et, donc, l'abolition des privilèges de juridiction. La loi des 16 et 24 août 1790⁷⁶³ tire les conséquences de ces changements. Son article 16 supprime les

⁷⁵⁷ J.-G. Thouret, député du tiers-état, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 12, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1881, p. 345.

⁷⁵⁸ J.-G. THOURET, « Analyse des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme en société, et sur les bases de la constitution, présentées au comité de constitution », figurant en annexe de la séance de l'Assemblée nationale du 1^{er} août 1789, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 8, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875, p. 325-331, en part. p. 331.

⁷⁵⁹ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Pluriel, n° 8527, Paris, Hachette, 1988, p. 341.

⁷⁶⁰ J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 2 : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2012, p. 21.

⁷⁶¹ J.-M. CARBASSE, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », *Droits*, 1988, p. 125. Le pouvoir judiciaire ne semble cependant pas être compris dans cette séparation des pouvoirs, qui concerne essentiellement un pouvoir législatif (omnipotent) et un pouvoir exécutif fortement réduit. Cette séparation des pouvoirs est conçue « par retranchements et contre le roi » (G. BIGOT, « La figure négative du juge dans la conception révolutionnaire du constitutionnalisme », in S. MOUTON et X. MAGNON (dir.), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Colloques & essais, 2023, p. 51, 53).

⁷⁶² W. MASTOR, *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789*, (commentaire par), Paris, Dalloz, collection Poche, 2022, p. XVII, 24, qui évoque cette « obsession » française pour l'égalité.

⁷⁶³ Décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, sanctionné par lettres patentes du 24 du même mois, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 18, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1884, p. 104-110.

privilèges de juridiction⁷⁶⁴ et son article 17 proclame – explicitement et pour la première fois – le droit au juge naturel :

« L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi. »

Selon cette conception révolutionnaire, le juge naturel des citoyens est le *même* juge pour tous. Les archives des séances de l'Assemblée constituante de 1789-1790 ne laissent aucune trace de débat concernant ce principe, ce qui peut surprendre. Parmi les trois projets de refonte du système judiciaire⁷⁶⁵, le principe est proposé à l'article 14 du projet du comité de constitution, présenté par le député Thouret⁷⁶⁶. Il est finalement adopté pour figurer à l'article 17, lors de la séance du 5 juillet 1790⁷⁶⁷, sans aucune discussion, ou presque. Pourtant, son lien avec le principe d'égalité est bien perceptible dans ces débats « d'excellents techniciens »⁷⁶⁸, au regard de l'importance portée par les révolutionnaires à l'idéal d'égalité (**Section 1**). Toutefois, malgré cette première consécration et l'importance cardinale du principe d'égalité en droit français depuis la Révolution, le principe du juge naturel n'a eu qu'une portée limitée dans le droit français postrévolutionnaire (**Section 2**).

Section 1 : Le droit au juge naturel, composante du principe d'égalité des citoyens

130. La montée en puissance du principe d'égalité se perçoit dès la période prérévolutionnaire. La philosophie des Lumières et la situation économique de la France influencent notamment la remise en question des privilèges. Cependant, l'argument du juge

⁷⁶⁴ L'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790 dispose : « Tout privilège en matière de juridiction est aboli ; tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas. »

⁷⁶⁵ Le premier et principal projet, sur lequel se basent les discussions de l'Assemblée constituante, est le projet du comité de constitution, dont le rapporteur est le député du tiers-état Jacques-Guillaume Thouret. Les deux autres projets, très techniques et pratiques, sont ceux des députés du tiers-état Adrien Duport et Emmanuel Joseph Sieyès.

⁷⁶⁶ Projet rédigé en annexe de la séance de l'Assemblée constituante du 22 décembre 1789, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 10, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1878, p. 725-741. Sur Jacques-Guillaume Thouret, voy. J.-L. HALPÉRIN, « Thouret Jacques-Guillaume », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 967-968.

⁷⁶⁷ Séance de l'Assemblée constituante du 5 juillet 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 16, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1883, p. 701-706, en part. p. 705.

⁷⁶⁸ G. BIGOT, art. cité, p. 52.

naturel est encore monopolisé par les juges des parlements, dans une vision qui n'est pas compatible avec l'idée d'égalité. En effet, selon leur conception, marquée par les inégalités entre les trois ordres, le juge naturel est le juge *conforme à son rang*, et non pas le *même* juge⁷⁶⁹. Au moment de la Révolution, il y a un changement de signification du principe, influencé par l'importance accordée à la loi, générale et abstraite, égale pour tous, qui exprime la volonté générale. À l'image des cahiers de doléances, l'expression « juge naturel » est conservée, mais elle ne renferme plus tout à fait les mêmes exigences. En effet, dans la conception des députés révolutionnaires réunis pour rédiger la loi sur la nouvelle organisation judiciaire, le plus important est de supprimer toute forme d'inégalité entre les citoyens. La garantie du juge naturel, insérée à l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790, est ainsi entourée par deux garanties liées à l'égalité : l'abolition des privilèges de juridiction⁷⁷⁰ et l'égalité dans l'ordre de jugement des affaires⁷⁷¹. Ces trois dispositions ont été adoptées par l'Assemblée constituante sans discussion, ce qui montre qu'elles découlent de discussions précédentes – et avant tout de celles concernant l'adoption de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Dans ce contexte, le « juge naturel » imaginé par les révolutionnaires ne peut être autre chose qu'un juge identique pour tous (§ 1), dont le juge d'Ancien régime constitue le contre-modèle (§ 2).

§ 1 : Le juge naturel, juge identique pour tous

131. La succession de l'abolition des privilèges de juridiction et du droit au juge naturel dans la loi des 16 et 24 août 1790 témoigne du lien étroit souhaité par les révolutionnaires entre le principe d'égalité et le respect des compétences juridictionnelles. Le prisme imposé de la séparation des pouvoirs et le « dogme imprescriptible » de l'égalité entre les citoyens⁷⁷² entraînent des conséquences directes pour la conception du « juge naturel ». Le juge imaginé par les révolutionnaires est avant tout un juge identique pour tous les citoyens. Le droit au juge naturel doit donc permettre de s'opposer aux « distractions de ressort » et à « toute préférence

⁷⁶⁹ U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 140.

⁷⁷⁰ Article 16 précité de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁷⁷¹ Article 18 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « Tous les citoyens étant égaux devant la loi, et toute préférence pour le rang et le tour d'être jugé étant une injustice, toutes les affaires, suivant leur nature, seront jugées lorsqu'elles seront instruites, dans l'ordre selon lequel le jugement en aura été requis par les parties. »

⁷⁷² J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 346.

arbitraire dans la distribution de la justice »⁷⁷³. Dans ce cadre, il impose l'abolition des privilèges de juridiction et de l'ensemble des mécanismes de justice retenue (A). Seuls les juges dont les compétences sont prévues dans la loi – la même loi pour tous – peuvent constituer les juges naturels des citoyens (B).

A. L'abolition des privilèges de juridiction et des mécanismes de justice retenue

132. Comme cela apparaît dans les cahiers de doléances de 1788 et 1789, les privilèges font l'objet d'un grand nombre de critiques à la fin de l'Ancien régime, car ils illustrent le caractère profondément inégalitaire de la société de l'époque. C'est la raison pour laquelle l'abolition des privilèges constitue l'une des premières actions des révolutionnaires, avant même la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Celle-ci, cependant, entérine cette abolition, par l'énonciation du principe général et essentiel d'égalité entre les citoyens, alors pensée avant tout comme une égalité personnelle⁷⁷⁴. Ce principe et l'abolition des privilèges qui en découle, trouvent leur fondement dans le changement de titulaire de la souveraineté⁷⁷⁵. En effet, le roi est dépossédé de la souveraineté, laquelle est transmise à la nation, et non au peuple. La nation est une fiction permettant d'unifier le peuple, les individus, afin de ne former qu'une unité. Or, les inégalités entre les individus entravent la formation de cette unité nationale. Le recours à la fiction de la nation justifie la pleine égalité entre les citoyens, et donc l'abolition des privilèges. Cela apparaît par exemple dans une intervention de Merlin de Douai⁷⁷⁶, alors député du tiers-état, à l'Assemblée constituante, le 24 mai 1790 :

⁷⁷³ J.-G. Thouret, *ibid.*, p. 344.

⁷⁷⁴ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 38.

⁷⁷⁵ Ce changement sera acté constitutionnellement à l'article 1^{er} du Titre III de la Constitution de 1791.

⁷⁷⁶ Sur ce très grand juriste de la dernière partie du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle, voy. par ex. J.-J. CLÈRE, « Merlin Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 726-728.

« L'intérêt de la nation est certainement d'être *une*, et par conséquent de multiplier, de fortifier tous les moyens propres à lui assurer cette unité, comme de détruire ou d'écarter tout ce qui serait capable de la troubler, de l'altérer. C'est dans cette vue sage et politique que vous avez aboli ces privilèges [...] »⁷⁷⁷.

133. Cette quête pour l'égalité est symptomatique des débats de la Constituante de 1789 et 1790, et se reflète dans tous les pans de réforme des révolutionnaires. Lors de la présentation du projet de réforme de l'organisation judiciaire, les privilèges sont immédiatement dénoncés par Thouret :

« Le troisième abus qui déshonorait la justice en France était la souillure des privilèges dont l'invasion s'était étendue jusques [*sic*] dans son sanctuaire. Il y avait des tribunaux *privilegiés* et des formes de procédure *privilegiées*, pour de certaines classes de plaideurs *privilegiés*. »⁷⁷⁸

Or, pour Thouret, « ces injustices [...] détruisent l'égalité civile des citoyens dans la partie de l'administration publique où cette égalité doit être la plus inviolable »⁷⁷⁹. Ce discours met en avant le caractère particulièrement sensible de la question des inégalités dans le domaine de la justice. D'ailleurs, il précise que pour le comité de constitution, il ne s'agit pas d'une exigence législative, mais bien « de points vraiment constitutionnels »⁷⁸⁰. Il marque ici le degré d'importance qu'il souhaite accorder à cette matière, et, plus précisément, à l'abolition des privilèges. Il en fait l'une de ses « maximes constitutives du pouvoir judiciaire »⁷⁸¹.

134. L'égalité des citoyens devant la justice impose à la fois la disparition des privilèges de juridiction (c'est-à-dire la multitude de juridictions selon la classe sociale), mais également la suppression des différenciations dans la procédure et la tenue du procès, qui engendraient aussi une inégalité entre les citoyens. Désormais, il faut « que tous les citoyens français puissent

⁷⁷⁷ P.-A. Merlin de Douai, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mai 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 15, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1883, p. 665 (l'auteur souligne).

⁷⁷⁸ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 344 (l'auteur souligne).

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ Aux côtés de l'interdiction de la vénalité des offices et de la subordination du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif (voy. le début de son discours, *ibid.*, p. 344-345).

également obtenir justice et avec une égale facilité »⁷⁸². L'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790 indique ainsi :

« Tout privilège en matière de juridiction est aboli : tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la *même forme*, et devant les *mêmes juges*, dans les *mêmes cas*. »⁷⁸³

Dans la mesure où toute distinction dans la détermination du juge compétent pour des raisons liées à l'origine sociale ou au statut est proscrite, cet article impose la disparition des juridictions ecclésiastiques, seigneuriales et municipales⁷⁸⁴. Seules les juridictions consulaires sont maintenues, même si elles sont critiquées par certains députés. Désormais appelées tribunaux de commerce⁷⁸⁵, ces juridictions sont moins conçues comme un privilège que considérées utiles pour assurer un jugement par les pairs⁷⁸⁶.

135. La consécration d'une certaine séparation des pouvoirs ne justifie pas seulement l'abolition des privilèges, mais également la disparition de l'ensemble des mécanismes de justice retenue. En effet, dans l'esprit révolutionnaire, « le pouvoir judiciaire est une expression de la souveraineté populaire »⁷⁸⁷, et n'est plus un attribut de la souveraineté du monarque⁷⁸⁸. Dans la mesure où c'est le peuple, en tant que souverain, qui le détient, les citoyens membres du peuple doivent pouvoir participer aux décisions juridictionnelles⁷⁸⁹. Et, surtout, le roi ne peut plus intervenir dans le cours de la justice par les mécanismes qu'il connaissait autrefois. Dans le respect de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le roi ne peut plus être le prince justicier. Cet article aurait pu suffire à faire tomber l'ensemble du système de la justice retenue ; mais la Déclaration contient une disposition supplémentaire visant un

⁷⁸² C. A. Régnier, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 12 août 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 17, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1884, p. 740.

⁷⁸³ Nous soulignons.

⁷⁸⁴ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993, vol. 92, n° 1, p. 33.

⁷⁸⁵ Voy. l'intervention du député du tiers-état Goupil de Préfelne à l'Assemblée constituante lors de la séance du 27 mai 1790, lequel souhaite que les marchands soient jugés « par leurs pairs » (reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 15, p. 687). Les tribunaux de commerce sont ainsi prévus au titre XII de la loi des 16 et 24 août 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 18, p. 104-110, en part. p. 110.

⁷⁸⁶ Sur ces tribunaux et leur maintien au cours de la période révolutionnaire, voy. J. HILAIRE, « La Révolution et les juridictions consulaires », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 243-266.

⁷⁸⁷ B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, Folio Histoire, n° 173, 2009, p. 260.

⁷⁸⁸ Certains députés minoritaires, y compris du tiers-état, maintiennent une position différente, consistant à incorporer le pouvoir judiciaire au sein du pouvoir exécutif, et donc à considérer que les juges sont dépendants du roi. Voy. par exemple le projet du député du tiers-état Gabriel Ricard, intitulé « Principes sur le pouvoir judiciaire », annexé à la séance de l'Assemblée constituante du 30 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 471-474, en part. p. 471.

⁷⁸⁹ C'est la raison pour laquelle les révolutionnaires sont favorables au système d'élection des juges par les justiciables (B. GARNOT, *op. cit.*, p. 260). Voy. *infra*, Section 1, § 2, A, 2, para n° 148 et s.

instrument spécifique : les lettres de cachet. L'existence de l'article 7 témoigne de l'importance et de la convergence des protestations contre ces lettres à la fin de l'Ancien régime⁷⁹⁰. D'ailleurs, la prise de la Bastille dès le 14 juillet 1789, prison dans laquelle sont enfermées les personnes arrêtées par lettres de cachet, illustre cet esprit révolutionnaire, qui attaque les symboles de la monarchie absolue et de l'arbitraire royal⁷⁹¹.

136. Conformément à ces principes, l'article 17 consacre, en tant que pendant au principe du juge naturel, l'interdiction de toute commission, attribution ou évocation, en dehors de celles qui sont prévues par la loi. Cette disposition entérine donc la disparition des principaux mécanismes de justice retenue⁷⁹². Faut-il accoler l'adjectif « arbitraires » à cette liste des mécanismes de justice extraordinaire qui sont interdits – tel que cela apparaît dans le projet du comité de constitution ? C'est là la seule question qui suscite une discussion concernant l'adoption de l'article par l'Assemblée constituante le 5 juillet 1790. Pour le député Pison du Galland, cet adjectif est inutile, dans la mesure où, selon lui, « il ne peut y avoir de commissions légales »⁷⁹³. Le raccourci est intéressant. Lorsqu'auparavant, l'arbitraire désignait de manière neutre la mission d'arbitre du roi ou du juge, il est aujourd'hui synonyme d'illégalité. Or, dans la mesure où la mise en place d'une commission ou l'évocation d'un procès n'est pas prévue par la loi, elle est nécessairement arbitraire. Ce dernier terme est donc abandonné, puisque jugé redondant, et c'est une caractérisation *a contrario* qui est choisie : les mécanismes de justice extraordinaire sont interdits, sauf ceux « qui seront détermin[és] par la loi ». La justice extraordinaire est par principe illégale et arbitraire, sauf si elle est prévue par la loi. Mais, dans un tel cas, peut-on encore parler de justice extraordinaire ? Cette discussion, ou, en tout cas, cette réflexion de Pison du Galland témoigne du légicentrisme qui domine la conception de 1789-1790 et qui s'illustre déjà dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Plus précisément, elle met en lumière le lien très étroit qui est établi entre compétences juridictionnelles et loi : seule la loi peut garantir que les justiciables – citoyens égaux – soient jugés par les mêmes juges, en tant que juges identiques pour tous. Les députés portent ainsi toute leur attention sur la détermination législative, légale, des compétences juridictionnelles.

⁷⁹⁰ J.-M. CARBASSE, « Le droit pénal dans la déclaration des droits », art. cité, p. 126.

⁷⁹¹ J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 228-229.

⁷⁹² En ce qui concerne la « justice politique », les révolutionnaires craignent la création d'une juridiction qui serait une forme renouvelée du Conseil du roi, et qui pourrait exercer une nouvelle sorte de justice retenue. Par la loi des 10 et 15 mai 1791 ils créent donc une Haute Cour nationale chargée de juger les infractions commises par les hommes politiques. Le jugement de ces infractions est confié à des jurés élus au même moment que les députés. Cette juridiction s'est rapidement révélée être un échec (*ibid.*, p. 275).

⁷⁹³ A.-F. Pison du Galland, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 5 juillet 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 16, p. 705.

B. La loi, seul instrument de détermination du juge naturel

137. L'un des objectifs principaux de la Révolution est de codifier et d'unifier les lois à l'échelle nationale. Ces codification et unification doivent permettre d'atteindre, au-delà de la sécurité juridique, l'égalité entre les citoyens : avec des lois claires, uniformes, qui sont les mêmes pour tous, l'arbitraire est impossible. Sieyès⁷⁹⁴ exprime ainsi ce lien opéré entre *loi* et *égalité* : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les Citoyens, sans exception, sont à la même distance sur la circonférence, et n'y occupent que des places égales »⁷⁹⁵. C'est à partir de cette idée de la loi comme instrument d'égalité entre les citoyens et de sécurité juridique, que naît, en France, le culte de la loi et le légicentrisme⁷⁹⁶. Dès 1789, les premiers députés constituants ont confiance dans la « raison du législateur » pour concrétiser les principes posés⁷⁹⁷. Incarnant la notion même de droit⁷⁹⁸, la loi est présumée « parfaite »⁷⁹⁹ : générale, impersonnelle, abstraite. En tant qu'expression de la volonté générale, elle ne peut pas être mauvaise⁸⁰⁰, elle ne peut mal faire⁸⁰¹. La suprématie de la loi est précisément justifiée par son caractère général, qui permet de favoriser l'égalité. Cette idée perdure dans la doctrine française, à l'image de Carré de Malberg en 1931 : « une prescription qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur »⁸⁰². Cette citation illustre le lien qui est ainsi fait, dès la Révolution et pour plusieurs siècles en France, entre la loi et l'égalité. La loi est l'outil idéal pour mettre en œuvre et garantir l'égalité entre les citoyens. De plus, le législateur doit adopter des lois en tenant compte des droits et principes contenus dans la Déclaration de 1789⁸⁰³, laquelle contient explicitement le principe d'égalité des citoyens « aux yeux » de la loi ; principe qui joue d'ailleurs le rôle

⁷⁹⁴ M. MORABITO, « Sieyès Emmanuel-Joseph », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 931-933.

⁷⁹⁵ E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 3^e éd., 1789, p. 163.

⁷⁹⁶ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 42.

⁷⁹⁷ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 370.

⁷⁹⁸ V. BARBÉ, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 131, 2009, p. 18.

⁷⁹⁹ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 371 ; S. RIALS, « Ouverture. Le mystère des origines », *Droits*, 1988, p. 14.

⁸⁰⁰ R. BADINTER, « Introduction. Naissance d'une justice », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 18.

⁸⁰¹ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 373.

⁸⁰² R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, p. 4.

⁸⁰³ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 31-32, lequel estime que l'Assemblée constituante souhaitait donner une valeur supra-législative aux principes et droits de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

d'opérateur de la rupture souhaitée avec l'ordre ancien⁸⁰⁴. Ce principe impose au législateur de faire abstraction des inégalités naturelles : il doit à la fois « voir » l'ensemble des citoyens comme étant égaux et garantir l'égalité entre eux⁸⁰⁵. Pour le député Duquesnoy par exemple, la Déclaration ne proclame pas une égalité naturelle, mais une égalité sociale, laquelle « émane de la loi » et est maintenue par cette même loi⁸⁰⁶. L'égalité est donc comprise, dans la pensée révolutionnaire, comme le fait que tous les citoyens aient un droit égal aux droits et libertés. Thouret exprime ainsi cette idée : « L'égalité de tous les droits naturels et civils est elle-même un droit dont le régime social ne peut priver aucun individu »⁸⁰⁷. Ce principe vaut donc en matière juridictionnelle : les individus ont droit à l'égalité devant la justice.

138. Dans ce contexte, la loi est ainsi le seul instrument admissible pour déterminer les juges naturels des citoyens. En effet, d'un côté, le roi est discrédité et dépossédé du pouvoir souverain ; et, d'un autre côté, les excès des juges sont largement dénoncés, il n'est donc pas question de leur laisser le moindre pouvoir⁸⁰⁸. Il revient donc au législateur de préciser la manière d'organiser l'administration judiciaire, en conformité avec le principe d'égalité proclamé dès 1789. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la Constitution de 1791 donne compétence au législateur pour fixer le nombre et la composition des tribunaux⁸⁰⁹. En ce qui concerne la détermination des compétences juridictionnelles, le législateur doit s'assurer que tous les justiciables soient jugés par leur juge naturel, le même juge, sans distinction sociale, sans différenciation, tant dans la détermination de ce juge, dans l'accès à ce juge, que dans le jugement devant ce juge. Il ne peut pas introduire de nouveaux privilèges ou de règles qui établiraient une distinction fondée sur la classe sociale entre les citoyens. Cette idée doit permettre de réaliser une égalité juridique réelle⁸¹⁰. En somme, dans la conception de 1790, le juge naturel est toujours celui dont la compétence est fixée par la loi. *A contrario*, les commissions et évocations qui ne sont pas « déterminées par la loi » ne peuvent pas constituer des juges naturels pour les citoyens. C'est ce qui justifie la formulation choisie pour l'article 17 de la loi de 1790.

⁸⁰⁴ P. BOURETZ, « Égalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social », *Droits*, 1988, p. 76.

⁸⁰⁵ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, op. cit., p. 36-37.

⁸⁰⁶ A. Duquesnoy, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 3 août 1789, reproduite in A. de BAECQUE, W. SCHMALE, M. VOVELLE, *L'An I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, CNRS plus, 1988, p. 117-120, en part. p. 118.

⁸⁰⁷ J.-G. THOURET, « Analyse des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme en société, et sur les bases de la constitution, présentées au comité de constitution », annexée à la séance de l'Assemblée nationale du 1^{er} août 1789, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, op. cit., tome 8, p. 325-331, en part. p. 326.

⁸⁰⁸ Voy. *infra*, § 2, A.

⁸⁰⁹ Article 8 du chapitre V de la Constitution de 1791 : « Il appartient au Pouvoir législatif de régler le nombre et les arrondissements des tribunaux, et le nombre des juges dont chaque tribunal sera composé. »

⁸¹⁰ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, op. cit., p. 45.

139. Quelques mois plus tard, la même Assemblée constituante abandonne, dans la Constitution de 1791, l'expression « juges naturels », au profit de la périphrase « juges que la loi leur assigne »⁸¹¹, établissant le lien explicite avec la norme législative. Il s'agit de la première consécration constitutionnelle du droit au juge naturel en droit français, perçu comme la garantie d'être jugé par un juge « institué par la loi »⁸¹². L'accent est mis sur le caractère légal de la compétence du juge, sur la « dimension légaliste de la notion »⁸¹³, se rapprochant ici de l'expression allemande. Il peut d'ailleurs paraître surprenant que l'expression « juges légaux » n'ait jamais prospéré en France, compte tenu de cette dimension légicentrée. La constitution révolutionnaire suivante, celle du Directoire de 1795, conserve la même périphrase, cette fois-ci au singulier⁸¹⁴ ; tandis que les constitutions postérieures de rétablissement de la monarchie reviennent à l'expression « juges naturels »⁸¹⁵. De plus, ces dernières rompent avec la formulation interdisant les commissions, évocations ou autres mécanismes de justice extraordinaires « autres que celles déterminées par la loi », en éludant la référence au législateur. Le caractère octroyé de ces constitutions explique un certain recul de la garantie, et, notamment, de l'importance du législateur populaire⁸¹⁶. La dernière consécration constitutionnelle du droit au juge naturel, dans la Constitution de la II^e République du 4 novembre 1848, utilise également l'expression « juges naturels », sans référence à la loi. Toutefois, dans son contenu et sa signification, cette disposition se situe dans le prolongement des consécutions précédentes. Dans son analyse de l'esprit de la Constitution de 1848, Berriat-Saint-Prix⁸¹⁷ retrace ces dernières et en déduit que « “naturel” est synonyme ici de “légal”, de “légitime” »⁸¹⁸. Il estime notamment que c'est le législateur de 1791 qui avait donné lui-même l'interprétation qu'il convient de donner de l'expression « juges naturels » : « les juges naturels

⁸¹¹ Article 4 du chapitre V du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois. »

⁸¹² G. ROYER, « Le juge naturel en droit criminel interne », *RSC*, 2006, p. 790.

⁸¹³ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 13.

⁸¹⁴ Article 204 de la Constitution de l'an III du 5 fructidor an III (22 août 1795) : « Nul ne peut être distrait des juges que la loi lui assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions que celles qui sont déterminées par une loi antérieure. »

⁸¹⁵ Article 62 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 et article 53 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830, rédigés en termes identiques : « Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels ». Un retour à une certaine « tradition » monarchique peut expliquer ce retour de l'adjectif « naturels ».

⁸¹⁶ Voy. *infra*, Section 2, § 2.

⁸¹⁷ Sur cet auteur du XIX^e siècle, voy. par ex. J.-L. MESTRE, « Berriat-Saint-Prix Félix », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 97-98.

⁸¹⁸ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français, esprit de la Constitution de 1848, précédé d'un essai sur le pouvoir constituant et d'un précis historique des constitutions françaises*, Paris, Videcoq Fils Ainé, 1851, p. 208. Déjà dans son *Commentaire sur la Charte de 1830* (F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, Langlois, Delaunay, 1836, p. 379).

d'un citoyen sont les juges que la loi lui assigne »⁸¹⁹. Même si la période révolutionnaire est déjà loin, l'association entre juge naturel et détermination des compétences par la loi est fortement ancrée dans la culture juridique française.

140. Dans une certaine continuité avec l'argumentaire parlementaire, l'idéologie révolutionnaire a recours à la loi comme seule origine de la compétence des juges. Malgré cette similitude, le juge concrètement pensé par les révolutionnaires comme étant le juge naturel des citoyens est construit à rebours des juges d'Ancien régime, et notamment des magistrats des cours souveraines.

§ 2 : Un juge naturel à rebours des juges d'Ancien régime

141. L'objectif des députés réunis à l'Assemblée constituante est de faire table rase du système judiciaire de l'Ancien régime, et de créer un système fondé sur de nouveaux principes. On peut ainsi résumer leur objectif : « rendre la justice prompte, facile, impartiale et peu dispendieuse »⁸²⁰. Dans cette optique, la loi de réforme de l'organisation judiciaire doit permettre à chaque justiciable de trouver son juge naturel. Très éloigné des juges d'Ancien régime, ce juge est conçu comme un juge non-professionnel (A) et de proximité (B).

A. Un juge non-professionnel

142. La remise en cause du système judiciaire de l'Ancien régime provient d'un changement de philosophie quant à l'homme et à l'état de nature. Désormais conçus comme naturellement bons, les hommes faisant société peuvent arbitrer leurs conflits entre eux, sans institution judiciaire⁸²¹. Les députés révolutionnaires présentent ainsi, dans leur majorité, deux caractéristiques communes : d'une part, ils se méfient de la magistrature professionnelle (1) ; d'autre part, ils témoignent d'une grande confiance dans la « capacité justicière des citoyens ordinaires »⁸²², ce qui les conduit à proposer l'élection des juges par et au sein des citoyens (2).

⁸¹⁹ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire, op. cit.*, p. 379.

⁸²⁰ F. J. Riffart Saint-Martin, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 6 avril 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 550.

⁸²¹ G. BIGOT, art. cité, p. 55.

⁸²² J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 25. Cette idée ne fait pas l'unanimité chez les révolutionnaires. Par exemple, l'abbé Sieyès ne croit pas en la capacité des citoyens à faire des choix rationnels et souhaite limiter l'exercice de la fonction juridictionnelle aux « gens de loi » et hommes « recommandables par leurs lumières et leur sagesse »

Les juridictions consulaires, seules rescapées de l'ordre ancien, correspondent notamment à cet idéal révolutionnaire du juge non-professionnel et élu⁸²³.

1. La méfiance générale envers la magistrature professionnelle et la suppression des juridictions royales d'Ancien régime

143. Dans la conception révolutionnaire, qui s'exprime dès la loi des 16 et 24 août 1790, et, ensuite, dans la Constitution de 1791, la fonction judiciaire est très limitée. En effet, les hommes de la Révolution sont inquiets à l'idée de donner trop de pouvoirs à la magistrature professionnelle – le souvenir des parlements et des cours souveraines bloquant toute tentative de réforme à la fin de l'Ancien régime en est le motif principal –, ainsi que de recréer, malgré eux, un « esprit de corps » et des « corporations judiciaires »⁸²⁴. Le traitement du pouvoir judiciaire illustre la « ligne de fracture immédiate et irrémédiable entre l'Ancien et le Nouveau régime »⁸²⁵. Cela ressort de nouveau du discours de présentation du projet de réforme de l'organisation judiciaire de Thouret. Il y critique la possibilité qu'avaient les cours souveraines de réviser, modifier et rejeter les lois. Selon lui, ce « désordre [...] intolérable » ne peut être évité que par « l'entière subordination des cours de justice à la puissance législative »⁸²⁶. Une idée similaire ressort d'un autre projet de réforme de l'organisation judiciaire, porté par le député Duport⁸²⁷. Ce dernier indique qu'il faut interdire aux juges d'interpréter ou d'expliquer la loi, dont la compétence est bornée à l'application de la loi⁸²⁸. Bien que son projet ne soit pas retenu, c'est bien ce qui sera imposé avec la loi des 16 et 24 août 1790 : une forte dépendance

(voy. sa brochure « Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France », annexée à la séance de l'Assemblée constituante du 19 mars 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 249-258, en part. p. 253 (art. 87 et 104)).

⁸²³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 261.

⁸²⁴ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 346. Voy. aussi J.-P. ROYER, « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la "Cité idéale" », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 60 et s.

⁸²⁵ G. BIGOT, art. cité, p. 49.

⁸²⁶ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 344. Il expose d'ailleurs cette idée dès l'été 1789 au comité de constitution, dans ses « analyses des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme en société, et sur les bases de la constitution » : « le pouvoir judiciaire est essentiellement distinct du pouvoir législatif, et [...] il lui est subordonné » (J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 8, p. 325-331, en part. p. 330).

⁸²⁷ Sur ce juriste et personnalité importante de la Révolution, voy. P. LENOËL, « Duport Adrien-Jean-François », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 375-377.

⁸²⁸ A. Duport, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire », annexés à la séance de l'Assemblée constituante du 29 mars 1790, reproduits in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 408-432, en part. p. 411.

de ce faible pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif⁸²⁹. L'article 10 du titre II de cette loi indique ainsi :

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture. »⁸³⁰

L'article 12 complète cette dépendance du judiciaire à l'égard du législatif, en posant l'interdiction des arrêts de règlements et la procédure du référé législatif.

144. Le projet de Duport témoigne de la grande méfiance qui s'exprime pendant la Révolution à l'égard des juges professionnels. Ce député, « brillant juriste »⁸³¹, d'abord de la noblesse, puis du tiers-état, propose différents instruments pour écarter la possibilité de prise de pouvoir par les juges : élection, tribunaux temporaires et non permanents, juges ambulants. Pour lui, comme pour d'autres députés, le caractère sédentaire et permanent des tribunaux entraîne leur corruption⁸³². D'ailleurs, Duport critique le projet du comité de constitution présenté par Thouret, en ce que, selon lui, « les trois quarts des articles » sont « inutiles » ou « dangereux »⁸³³. À propos de l'article 14, qui consacre le droit au juge naturel, Duport considère qu'il s'agit d'« énonciations superflues et insuffisantes de ce que les juges ne pourront pas faire »⁸³⁴. Son attention est ainsi focalisée sur la restriction, la limitation des pouvoirs des juges. Lors des discussions à l'Assemblée constituante, pourtant « surpeuplée de juristes »⁸³⁵, nombre de députés manifestent leur désamour pour la magistrature professionnelle. Le député François Jérôme Riffart Saint-Martin évoque par exemple le besoin de « purger les campagnes de ces nuées de praticiens qui sèment les procès et les haines »⁸³⁶. Robespierre dénonce le

⁸²⁹ J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France : de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions La Découverte, Repères, 2015, p. 14-15 ; J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 248-249.

⁸³⁰ Cet article figure, aux côtés des articles 12 et 13, parmi les trois articles de la loi des 16 et 24 août 1790 considérés comme étant encore « en vigueur » aujourd'hui, selon le site *Légifrance* (voy. ce site, disponible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777>, consulté le 10 juin 2024).

⁸³¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 238.

⁸³² C'est ce que défend par exemple Charles Chabroud, député du tiers-état. Voy. son intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 30 mars 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 443-456, en part. p. 444.

⁸³³ A. Duport, note de bas de page à son projet de réforme, reproduit in *ibid.*, p. 408-432, en part. p. 432.

⁸³⁴ *Ibid.*

⁸³⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 282.

⁸³⁶ F. J. Riffart Saint-Martin, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 6 avril 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 550.

« despotisme judiciaire »⁸³⁷, Brissot-Savary la « tyrannie des parlements »⁸³⁸, quand le député Tronchet craint « l'anarchie du pouvoir judiciaire »⁸³⁹.

145. Un autre élément témoigne de ce rejet de la magistrature professionnelle dans les discours révolutionnaires : la mise en opposition entre la garantie des libertés individuelles des citoyens et les juges, la magistrature. Ce n'est pas le juge qui protège les libertés individuelles, c'est lui qui les menace. C'est la raison pour laquelle les députés révolutionnaires souhaitent minimiser les pouvoirs et compétences accordés aux juges. Cela apparaît de manière claire dans une intervention du député du tiers-état Charles Chabroud, au cours de la discussion de l'Assemblée sur la durée des fonctions des juges électifs :

« [...] il restera toujours une classe alarmante [pour la liberté publique et la liberté individuelle], c'est celle des juges ; ils peuvent, dans tous les moments, porter atteinte aux droits des citoyens ; leur influence a donc besoin d'être réprimée [...] »⁸⁴⁰.

Cette réflexion mérite d'être remarquée : elle constitue l'antithèse de ce qu'est supposé être le juge, la justice, pour les justiciables. En théorie, aller devant le juge permet de faire garantir, restaurer un droit, d'en faire stopper la violation, de le faire valoir face à un autre individu ou face à l'État. Or, pour les révolutionnaires, ce pouvoir donné aux juges est trop dangereux, car ils sont présumés en faire mauvais usage. Cette idée va durablement marquer la culture juridique française.

146. Thouret, présentant le projet de loi du comité de constitution, indique donc vouloir supprimer l'ensemble des tribunaux que l'Ancien régime connaissait, qu'il s'agisse des tribunaux ordinaires ou d'exception. Pour les seconds, cela est naturellement justifié par l'abolition des privilèges. Pour les premiers, cela est justifié par le fait que les tribunaux ordinaires de l'Ancien régime ne sont « ni composés ni distribués convenablement pour la nécessité de leur service, pour la facilité des justiciables »⁸⁴¹. Il critique de façon très virulente les cours souveraines et leur composition, qu'il juge « vicieuse dans ses principes, oppressive

⁸³⁷ M. de Robespierre, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 7 avril 1790, reproduite *in ibid.*, p. 574.

⁸³⁸ J. A. Brissot-Savary, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 23 juillet 1790, reproduite *in* J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 17, p. 306.

⁸³⁹ F. D. Tronchet, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 29 avril 1790, reproduite *in* J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 15, p. 333.

⁸⁴⁰ C. Chabroud, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 4 mai 1790, reproduite *in ibid.*, p. 383.

⁸⁴¹ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit *in* J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 345.

par ses effets, et qui n'était tolérable que sous un seul rapport qui ne se reproduira plus »⁸⁴². Dès le mois de novembre 1789, les parlements sont mis « en vacance [...] pour une durée illimitée »⁸⁴³, perçus comme des « corps rivaux » qui empêchent tout projet de réforme (ou de révolution) de se réaliser⁸⁴⁴. Dans la discussion relative à la mise en place de juridictions d'appel, la crainte que les tribunaux puissent être des « parlements travestis »⁸⁴⁵ témoigne à nouveau du revers subi par ces cours supérieures. Finalement, la loi des 16 et 24 août 1790 procède à l'abolition de toutes les cours royales : parlements, conseils souverains, conseils supérieurs, chambres de comptes, cours des aides et cours des monnaies. Elle supprime également l'ensemble de l'appareil judiciaire royal de droit commun (bailliages et sénéchaussées, présidiaux, Châtelet de Paris). Enfin, elle met fin aux juridictions royales d'attribution : prévôts des maréchaux, maîtrise des eaux et forêts, amirautés, bureaux des finances, élections, juges des traites, ou encore greniers à sel.

147. Si cette « destruction » paraît « nécessaire » pour certains députés – à commencer par Thouret⁸⁴⁶, les discussions à l'Assemblée constituante mettent en lumière l'opposition de certains députés minoritaires, qualifiés de conservateurs, qui plaident pour une réforme du pouvoir judiciaire, et non pas pour son anéantissement. C'est le cas par exemple de Cazalès, député de la noblesse, qui défend les parlements d'Ancien régime, ainsi que le principe selon lequel le roi est le juge suprême dans l'État⁸⁴⁷. Cependant, la majorité des députés se convainc, dès l'été 1789, qu'une révolution est nécessaire dans le domaine de la justice⁸⁴⁸. Le 17 août, le député du tiers-état Nicolas Bergasse conclut ainsi son rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire :

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Assemblée constituante, décret du 3 novembre 1789, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, tome 9, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1877, p. 666.

⁸⁴⁴ A. de Lameth, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 3 novembre 1789, reproduite in *ibid.*, p. 664.

⁸⁴⁵ J. A. Brillat-Savarin, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 23 juillet 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 17, p. 306.

⁸⁴⁶ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 345.

⁸⁴⁷ J. A. M. de Cazalès, député de la noblesse, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduite in *ibid.*, p. 348-349.

⁸⁴⁸ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 244 ; G. BIGOT, art. cité, p. 51.

« S'il nous eût été possible d'améliorer simplement, au lieu de détruire pour reconstruire de nouveau, nous l'eussions fait [...]. Or, il ne faut pas se le dissimuler, [...] les circonstances présentes demandent un autre ordre judiciaire que celui que nous avons si longtemps respecté. »⁸⁴⁹

Le rejet de l'ordre ancien est donc acté. La question est ensuite de savoir à qui confier l'exercice de la justice, s'il n'y a plus de professionnels. Conformément à l'idéologie révolutionnaire, les députés de 1790 confient cette compétence à des juges élus par les citoyens et parmi les citoyens⁸⁵⁰.

2. Un juge naturel élu par les citoyens

148. Dès la loi des 16 et 24 août 1790, et en conséquence de la suppression de toutes les juridictions qui existaient jusqu'à présent, les révolutionnaires mettent en place un nouveau système d'organisation judiciaire, et notamment de désignation des juges. Contrairement aux vœux d'un grand nombre de cahiers de doléances⁸⁵¹, ils prévoient l'élection des juges par les justiciables⁸⁵² pour des mandats allant de deux à six ans et indéfiniment renouvelables. Les révolutionnaires sont notamment persuadés que les citoyens sont « naturellement bons et clairvoyants » pour rendre la justice, même sans aucune formation juridique⁸⁵³. Les juges sont des « juges-citoyens »⁸⁵⁴. Il suffit donc de faire des « listes honorables » d'« hommes probes »⁸⁵⁵, que les citoyens pourront élire comme juges. Dans leur quête de faire table rase du système d'Ancien régime, le mécanisme de l'élection est perçu comme le seul moyen apte à « purifier » la composition des tribunaux des titres de propriété⁸⁵⁶. Ce système, prôné par les différents projets de réforme, mais qui ne fait pas l'unanimité à l'Assemblée nationale

⁸⁴⁹ N. Bergasse, député du tiers-état, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 17 août 1789, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 8, p. 449. Sur Bergasse, voy. par ex. J.-C. GAVEN, « Bergasse Nicolas », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 93-95.

⁸⁵⁰ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 388.

⁸⁵¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 276-277. *Contra* A. LEBIGRE, « 1789 : la justice dans tous ses états », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 46.

⁸⁵² Titre II, article 3 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « Les juges seront élus par les justiciables. » (reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 18, p. 104-110, en part. p. 105.

⁸⁵³ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 25.

⁸⁵⁴ J.-P. ROYER, « Les innovations des constituants », art. cité, p. 66.

⁸⁵⁵ C. Chabroud, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 30 mars 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 443-456, en part. p. 445.

⁸⁵⁶ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in *ibid.*, p. 345.

constituante⁸⁵⁷, est notamment justifié par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, adoptée quelques mois plus tôt : celle-ci pose, d'une part, le principe de la souveraineté nationale⁸⁵⁸, et, d'autre part, le principe d'égale admissibilité aux emplois publics⁸⁵⁹. Le principe de l'élection est ensuite inscrit dans la Constitution de 1791, à l'article 5 du titre III⁸⁶⁰.

149. La confiance dans cette nouvelle institution n'est cependant pas totale. Les révolutionnaires limitent dans le temps le mandat de ces juges élus, considérant comme un danger l'exercice à vie de l'activité juridictionnelle. Ce faisant, la méfiance vis-à-vis du système de l'Ancien régime perdure vis-à-vis du système qu'ils créent⁸⁶¹. Par ailleurs, d'après la loi de 1790, les personnes pouvant être élus juges doivent remplir certaines conditions, et notamment être âgées de 30 ans accomplis et avoir été « pendant 5 ans juge ou homme de loi exerçant publiquement auprès d'un tribunal »⁸⁶². L'ambiguïté de l'organisation judiciaire révolutionnaire apparaît nettement : l'idée d'un corps de magistrature professionnelle est exclue, mais un niveau minimal d'expérience pratique dans le service de la justice est exigé pour exercer en tant que juge élu. La conséquence de cette ambiguïté est l'élection, dès 1791, d'un grand nombre d'anciens juges de l'Ancien régime aux nouveaux postes.

150. À côté de la stricte élection des juges par les citoyens, une autre procédure est privilégiée par les députés de 1790, en ce qu'elle permet le choix des juges par les justiciables : l'arbitrage⁸⁶³. En effet, la désignation, par les parties, de leurs arbitres, serait la mise en pratique « par excellence » du principe du juge naturel⁸⁶⁴. L'arbitrage est d'ailleurs placé en tête de la loi des 16 et 24 août 1790. L'idéalisation de ce système par les révolutionnaires provient, une nouvelle fois, du fait qu'il permet d'écarter les juges professionnels de la résolution des litiges, et qu'il témoigne de la grande confiance placée dans la raison et dans le libre arbitre des

⁸⁵⁷ Voy. par exemple la critique de Dominique Garat l'Ainé, député du tiers-état, ancien avocat au parlement de Bordeaux, contre les juges ambulants, contre les jurys et jurés non-juristes et contre l'amovibilité des juges, opinion reproduite en annexe à la séance du 30 mars 1790, *in ibid.*, p. 490-502.

⁸⁵⁸ « Tous les pouvoirs, avons-nous dit dans la *Déclaration des droits* émanent essentiellement de la nation, et son confiés par elle. Il n'y en a pas qui agisse plus directement, plus habituellement sur les citoyens, que le *pouvoir judiciaire*. » (J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit *in ibid.*, p. 345).

⁸⁵⁹ « Tous les citoyens, avons-nous dit encore dans la *Déclaration des droits* sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit *in ibid.*, p. 346).

⁸⁶⁰ Article 5 du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple ».

⁸⁶¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 279.

⁸⁶² Titre II, article 9 de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁸⁶³ Titre I de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁸⁶⁴ J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, les Cours de droit, Litec, 1994, p. 38.

citoyens⁸⁶⁵. Il est, pour les députés de 1789, « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations »⁸⁶⁶, et permet d'être jugé par des « simples particuliers entourés de l'estime et de la confiance de leurs proches »⁸⁶⁷. Le juge n'intervient que pour rendre exécutoire la sentence arbitrale⁸⁶⁸.

151. Enfin, un dernier instrument permet aux révolutionnaires de déprofessionnaliser la justice et aux justiciables de se sentir proches de leurs juges : l'institution du jury en matière criminelle⁸⁶⁹. Synonyme de liberté des citoyens⁸⁷⁰, il fait l'objet des premières discussions à l'Assemblée constituante en mars 1790, laquelle est soucieuse de « restituer au peuple sa justice »⁸⁷¹ et de soumettre « le juge professionnel au citoyen juré »⁸⁷². « Quoi de plus naturel, en effet, pour une nation de citoyens que de faire juger un homme par ses concitoyens ? »⁸⁷³ Dans la loi des 16 et 24 août 1790, l'institution est finalement limitée à la matière criminelle, écartée en matière civile⁸⁷⁴. Le jury criminel, formellement créé par la loi du 16 septembre 1791 et intégré dans des tribunaux criminels départementaux, témoigne à nouveau de la volonté des révolutionnaires de faire du peuple la « source de toute justice »⁸⁷⁵, en sa qualité de souverain⁸⁷⁶. Selon Robespierre, le « caractère essentiel [du jury criminel], c'est que les citoyens soient jugés par leurs pairs : son objet est que les citoyens soient jugés avec plus de justice et d'impartialité »⁸⁷⁷. Cette intervention illustre la nécessité que les citoyens soient jugés par leurs pairs, qui sont réputés être plus impartiaux que les juges professionnels. L'ambiguïté de l'idéologie révolutionnaire est cependant visible à nouveau ici : les révolutionnaires choisissent, d'une part, de limiter le panel de citoyens-jurés aux citoyens actifs – les citoyens capables de

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 145-146 ; G. BIGOT, art. cité, p. 55.

⁸⁶⁶ Titre I, article 1^{er} de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁸⁶⁷ J.-P. ROYER, « Les innovations des constituants », art. cité, p. 68.

⁸⁶⁸ Titre I, article 6 de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁸⁶⁹ Titre II, article 15 de la loi des 16 et 24 août 1790. Voy. ici B. SCHNAPPER, « Le jury criminel », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 149-170.

⁸⁷⁰ « Mais ce qu'il faut toujours redire, ce qu'on ne saurait trop répéter, c'est que, sans jurés, il n'y a pas de liberté dans un pays. » (A. Duport, « Moyens d'exécution pour les jurés au criminel et au civil, rédigés en articles », annexés à la séance de l'Assemblée constituante du 29 mars 1790, reproduits in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 433-438, en part. p. 435).

⁸⁷¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁷² R. BADINTER, « Introduction », art. cité, p. 19.

⁸⁷³ R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire. 1792-1811*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 10.

⁸⁷⁴ Contre la vision défendue par exemple par Sieyès. Voy. J.-D. BREDIN, « Sieyès et le "juri" civil », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 190-203.

⁸⁷⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

⁸⁷⁶ R. BADINTER, « Introduction », art. cité, p. 19 ; B. SCHNAPPER, art. cité, p. 153 et s.

⁸⁷⁷ M. de Robespierre, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 7 avril 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 574.

s'acquitter d'un impôt équivalent à plusieurs jours de travail – et, d'autre part, de ne pas faire élire ces jurés⁸⁷⁸. Le système censitaire est ainsi maintenu, contre l'avis de certains députés, dont Robespierre⁸⁷⁹. Par ailleurs, lorsque le mouvement révolutionnaire se radicalise, le jury devient une menace, et est détourné pour devenir un outil de répression politique⁸⁸⁰. L'autorité juridictionnelle des jurys criminels est notamment remise en cause par la création du tribunal révolutionnaire de Paris en mars 1793. Sans penser à ces potentielles dérives, les révolutionnaires tentent donc, par la création de ces institutions, de garantir une certaine proximité, à la fois géographique et socio-économique, entre les justiciables et leurs juges.

B. Un juge de proximité

152. Comme cela apparaît déjà dans les cahiers de doléances de 1788 et 1789, le juge naturel des citoyens est souvent envisagé comme un juge proche de ces derniers, notamment dans les milieux ruraux⁸⁸¹. À la chute de l'Ancien régime, l'objectif est de garantir aux justiciables l'accès à ces juges naturels, « ceux qui jugent en fonction du droit qui leur est applicable, et qui sont aussi les plus proches géographiquement »⁸⁸². Les révolutionnaires placent le peuple en tant que « source de toute justice », et imaginent avant tout des procédures conciliatoires⁸⁸³, afin de terminer rapidement et à moindres coûts les conflits. La première et principale institution de ce nouveau modèle est la figure du juge de paix⁸⁸⁴, dont la création est réclamée par un certain nombre de cahiers⁸⁸⁵. Ces citoyens, proches des plaideurs, ont vocation à trancher rapidement les litiges, dans un ressort géographique resserré, le canton⁸⁸⁶. Les députés français estiment que cette institution est « un des plus grands biens qui puisse être fait

⁸⁷⁸ R. BADINTER, « Introduction », art. cité, p. 21.

⁸⁷⁹ « Est-ce donc là ce que vous appelez être jugés par ses pairs ? » (M. de Robespierre, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 7 avril 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 574-579, en part. p. 575).

⁸⁸⁰ B. SCHNAPPER, art. cité, p. 156 et s.

⁸⁸¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁸² G. LEYTE, « Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique », *Histoire, économie & société*, 2010, vol. 29, n° 3, p. 38.

⁸⁸³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 253. Sur cet aspect très important de l'idéologie révolutionnaire, voy. J. LÉONNET, « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 267-281.

⁸⁸⁴ Titre III de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁸⁸⁵ A. LEBIGRE, art. cité, p. 44.

⁸⁸⁶ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 26-27 ; J.-C. FARCY, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, coll. Droit et justice, Paris, PUF, 2001, p. 17.

aux utiles habitants des campagnes »⁸⁸⁷. Cela étant, la juridiction accordée à ces juges de paix est une juridiction d'attribution⁸⁸⁸, et non de droit commun. Leurs compétences sont ainsi strictement délimitées. Voici comment Thouret les décrit :

« La compétence de ces juges doit être bornée aux choses de convention très simple, et de la plus petite valeur, et aux choses de fait qui ne peuvent être bien jugées que par l'homme des champs, qui vérifie sur le lieu même l'objet du litige, et qui trouve, dans son expérience, des règles de décision plus sûres que la science des formes et des lois n'en peut fournir aux tribunaux sur ces matières. »⁸⁸⁹

Le juge décrit par Thouret est ainsi un homme d'expérience (un homme « ayant l'expérience des mœurs, des habitudes et du caractère des habitants »⁸⁹⁰), qui fait preuve de bon sens, et qui n'a pas besoin des connaissances juridiques – connaissances qui seraient même préjudiciables pour juger ces matières. Plus loin, Thouret indique même que l'objectif des juges de paix est de procurer une justice « domestique » aux « habitants des campagnes »⁸⁹¹, illustrant la volonté que la justice soit au plus proche, et même dans les foyers des justiciables ; rendue par des personnes proches, des personnes qui seraient susceptibles de partager le foyer des justiciables. Le juge de paix est donc, naturellement, le juge du lieu de domicile des justiciables. D'ailleurs, la loi impose une condition de résidence dans le canton à ces juges⁸⁹², qui sont donc élus parmi les citoyens du canton⁸⁹³, pour un mandat de deux ans renouvelables⁸⁹⁴. Au regard de l'objectif de cette institution (trancher les litiges entre des personnes voisines, des « petits » litiges), le juge de paix est établi pour avoir une compétence de premier et dernier ressort, pour les litiges dont la valeur ne dépasse pas 50 livres, et seulement de premier ressort, pour les litiges dont la valeur est comprise entre 50 et 100 livres⁸⁹⁵. La justification avancée par le comité de constitution pour rejeter la possibilité de faire appel des décisions des juges de paix, est

⁸⁸⁷ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 346.

⁸⁸⁸ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁸⁹ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.* tome 12, p. 346.

⁸⁹⁰ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in *ibid.*

⁸⁹¹ J.-G. Thouret, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 7 juillet 1790 : « Le désir le plus général, pour le fond de la chose en elle-même, est de procurer aux habitants des campagnes une justice prompte, facile, et, pour ainsi dire, domestique. » (reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 16, p. 737).

⁸⁹² J. LÉONNET, art. cité, p. 271.

⁸⁹³ Titre III, article 4 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « Le juge de paix sera élu au scrutin individuel, et à la pluralité absolue des suffrages, par les citoyens actifs réunis en assemblées primaires. [...] ».

⁸⁹⁴ Titre III, article 8 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « Le juge de paix et les prudhommes seront élus pour deux ans, et pourront être continués par réélection ».

⁸⁹⁵ Titre III, article 9 de la loi des 16 et 24 août 1790.

extrêmement pragmatique et tournée vers les préoccupations contemporaines du peuple : le coût du procès. Thouret indique en effet qu'« un plaideur n'a rien gagné réellement, même en gagnant sa cause, lorsqu'il a plaidé par appel en justice réglée, pour un aussi petit intérêt, s'il calcule ce qu'il lui en a coûté en perte de temps, en dépenses de déplacement et en faux frais de procédure »⁸⁹⁶. L'idée est donc de procurer « une justice très simple, très expéditive, exempte de frais »⁸⁹⁷. Lorsqu'un litige survient entre différentes parties provenant du même ressort d'un juge de paix, mais excédant les limites de la compétence de ce dernier, les parties sont tenues, avant de se tourner vers le tribunal de district (juridiction de droit commun de première instance), de faire appel au bureau de paix et de conciliation, juridiction formée par le juge de paix et ses assesseurs, afin de tenter de résoudre leur litige par la médiation. La préoccupation principale reste l'allègement et la simplicité de la procédure, et la tentative de règlement amiable des conflits. Le bureau de paix et de conciliation fait office de médiation entre des parties qui se connaissent et vivent proches les unes des autres. Cette priorité donnée à la médiation sera cependant un échec, notamment à cause de la rigidité des règles⁸⁹⁸.

153. Les autres procédures et juridictions créées par les révolutionnaires poursuivent les mêmes objectifs de proximité géographique et sociale des justiciables. La procédure d'arbitrage permet par exemple aux justiciables d'être jugés par des personnes proches et choisies, qui n'appliquent pas un droit méconnu ou complexe, mais qui tranche les différends sur la base de l'équité⁸⁹⁹. Les tribunaux de famille, créés également en 1790⁹⁰⁰ et « illustration la plus frappante de l'optimisme naïf des révolutionnaires »⁹⁰¹, doivent aussi permettre d'arriver à concilier différents membres d'une même famille par la médiation⁹⁰². La famille est érigée en tribunal, et doit mettre en œuvre une « justice domestique aimante et aimée »⁹⁰³. Si les parties en conflit n'ont pas de famille, les amis, puis les voisins des parties constituent ce tribunal, ce qui illustre à nouveau la préoccupation de proximité chez les députés de 1790. Cette réforme sera un échec⁹⁰⁴. Au niveau de l'appel, les députés veulent aussi mettre en place une justice

⁸⁹⁶ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 12, p. 346.

⁸⁹⁷ J.-G. Thouret, discours à l'Assemblée constituante lors de la séance du 24 mars 1790, reproduit in *ibid.*

⁸⁹⁸ J. LÉONNET, art. cité, p. 274 et s.

⁸⁹⁹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 254.

⁹⁰⁰ Titre X de la loi des 16 et 24 août 1790.

⁹⁰¹ G. BIGOT, art. cité, p. 56.

⁹⁰² Sur ces tribunaux, voy. J. COMMAILLE, « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 205-223.

⁹⁰³ G. BIGOT, art. cité, p. 56.

⁹⁰⁴ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 259.

d'appel « la plus expéditive, la plus rapprochée des justiciables, la plus impartiale » possible⁹⁰⁵. Pour cela, ils veulent resserrer les ressorts territoriaux des tribunaux d'appel, et instaurent l'appel circulaire.

154. En somme, tout en reprenant un principe existant déjà sous l'Ancien régime, les révolutionnaires lui donnent un contenu un peu différent. Le droit au juge naturel devient, dans la conception de 1789, une réelle garantie individuelle pensée pour les justiciables et n'est plus une arme utilisée par les juges pour défendre leur compétence. Ce droit signifie que, tous les citoyens étant égaux, ils doivent être jugés par les mêmes juges : des citoyens-juges élus, proches des justiciables, à la fois géographiquement mais aussi socialement. Ce système, idéaliste, fait rapidement face à la réalité concrète et aux difficultés des justiciables. Dès 1791, les premières démissions de juges élus se couplent ainsi aux premiers mécontentements des justiciables face au nouveau système⁹⁰⁶. La Révolution bascule ensuite dans un régime autoritaire et violent, ce qui ne permet pas de réajuster le système créé par la loi des 16 et 24 août 1790. Après le coup d'État de Napoléon Bonaparte en 1799, cette conception du droit au juge naturel comme garantie individuelle est mise en retrait, et n'arrivera plus à s'imposer dans le droit français.

Section 2 : La portée pratique limitée du principe du juge naturel dans la France postrévolutionnaire

155. Les principes constitutionnels relatifs à l'exigence du juge naturel, posés par les révolutionnaires en 1790, illustrent la première phase de la Révolution française : la volonté unanime de faire table rase et de mettre en place les fondations d'un État constitutionnel moderne. Toutefois, l'idéalisme des révolutionnaires se heurte très tôt à la réalité. D'une part, le mauvais fonctionnement des tribunaux est rapidement dénoncé, et le principe de l'élection des juges d'ores et déjà remis en cause⁹⁰⁷. D'autre part, très vite, la Révolution tombe dans une seconde phase de violence et d'excès. La réponse à cette violence est la création de juridictions d'exception : « tribunal du 17 août » d'abord, pour juger les crimes commis lors de la journée du 10 août 1792 à Paris⁹⁰⁸ ; tribunal révolutionnaire ensuite, à partir du 10 mars 1793. Dans la

⁹⁰⁵ J.-G. Thouret, intervention à l'Assemblée constituante lors de la séance du 2 mai 1790, reproduite in J. MAVIDAL, É. LAURENT, *op. cit.*, tome 15, p. 361.

⁹⁰⁶ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 300.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 304.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 301-302.

conception des conventionnels de 1793, les personnes accusées d'être des contre-révolutionnaires sont en effet « hors de la loi » et, de ce fait, ne sauraient prétendre à l'application de la procédure judiciaire criminelle. Le jury criminel leur est donc nié, et ils sont jugés par des tribunaux d'exception⁹⁰⁹. Sous la Terreur, ces juridictions se multiplient (tribunal criminel extraordinaire, « commissions militaires établies à la suite des armées », « commissions populaires »⁹¹⁰), à côté de la sollicitation et de la modification de la justice ordinaire⁹¹¹, et en parallèle de mouvements d'épuration des juges élus⁹¹². Il ne reste donc rien du droit au juge naturel posé dans la loi des 16 et 24 août 1790. En 1795, ce droit est réaffirmé dans la Constitution du Directoire ; cependant, cette période est marquée par une forte instabilité⁹¹³, qui ne permet pas à la justice de fonctionner correctement et, donc, aux justiciables de faire concrétiser le principe posé. Une telle concrétisation n'est pas davantage possible lorsque Napoléon accède au pouvoir. Le régime napoléonien remet en cause l'ensemble des principes issus de la Révolution, y compris le droit au juge naturel (§ 1). Si celui-ci est à nouveau consacré à la restauration de la monarchie, le principe peine à être effectif (§ 2). La question se pose ainsi de savoir si l'on peut considérer, comme certains auteurs français le font, que le principe du juge naturel a été maintenu, implicitement, dans le droit positif français de l'organisation judiciaire, au-delà de la première moitié du XIX^e siècle (§ 3).

§ 1 : L'expérience napoléonienne : le rejet des principes révolutionnaires

156. En arrivant au pouvoir par le coup d'État du 18 brumaire an VIII, Napoléon Bonaparte élabore immédiatement une nouvelle constitution : la Constitution du Consulat du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799). Celle-ci met en place un pouvoir exécutif puissant, concentré dans les mains du premier consul, Bonaparte. Cette constitution ne contient

⁹⁰⁹ Voy. notamment l'article 1^{er} du décret de la Convention nationale du 19 mars 1793 : « Ceux qui sont ou seront prévenus d'avoir pris part aux révoltes ou émeutes contre-révolutionnaires qui ont éclaté ou qui éclateraient à l'époque du recrutement dans les différents départements de la République, et ceux qui auraient pris ou prendraient la cocarde blanche, ou tout autre signe de rébellion, *sont hors de la loi* ; en conséquence, *ils ne peuvent profiter des dispositions des décrets concernant la procédure criminelle, et l'institution des jurés.* » (reproduit in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 5, Paris, A. Guyot et scribe, 1825, p. 254 – nous soulignons). Voy. aussi la loi des 28 mars et 5 avril 1793 contre les émigrés, laquelle « constitue une des dérives les plus significatives du système judiciaire institué par l'Assemblée constituante » (R. ALLEN, *op. cit.*, p. 238).

⁹¹⁰ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 570 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 445.

⁹¹¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 337-344.

⁹¹² *Ibid.*, p. 307-308.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 368-369.

aucune déclaration de droits et libertés, et le principe du juge naturel n'est pas repris dans la section de la Constitution relative aux « tribunaux ». Au-delà de l'absence de consécration explicite du principe, la période napoléonienne remet en cause tout ce qui constitue le droit au juge naturel pour les révolutionnaires de 1789. En effet, d'une part, la conception révolutionnaire du juge naturel comme juge-citoyen élu disparaît, puisque Napoléon réinstaure la centralisation et la professionnalisation de la justice, afin d'avoir la main sur le pouvoir judiciaire dont il se méfie (A). D'autre part, l'idée d'une garantie individuelle pour les justiciables ne peut prospérer, dans un système où les juridictions d'exception se multiplient (B).

A. Des juges professionnels assujettis à un pouvoir fortement centralisé : la disparition du juge naturel révolutionnaire

157. Dès le Directoire (1795-1799), l'instabilité politique et sociale de la France pousse les pouvoirs publics à revenir sur les principes cardinaux dégagés en 1789 et repris en 1795 – en particulier le droit au juge naturel et l'indépendance de la justice⁹¹⁴. Dans la continuité de cette évolution, les institutions mises en place par Napoléon, dès son arrivée au pouvoir, marquent le retour à la centralisation du pouvoir. À l'image de la centralisation administrative opérée avec la création des préfets⁹¹⁵, l'article 41 de la Constitution de l'an VIII prévoit la nomination des juges par le premier consul, à l'exception des juges de paix et des juges de cassation⁹¹⁶. En outre, la loi du 27 ventôse an VIII prévoit que le premier consul est chargé de choisir les présidents et vice-présidents des tribunaux de première instance (article 14), des tribunaux d'appel (article 25), des tribunaux criminels (article 34), du tribunal d'appel de Paris (article 47) et du tribunal criminel du département de la Seine (article 52)⁹¹⁷. À partir de 1804, la Constitution de l'an XII prévoit que l'empereur nomme à vie les présidents de la Cour de cassation, des cours d'appel et des cours de justice criminelle⁹¹⁸. Par ailleurs, dans un premier

⁹¹⁴ L'indépendance de la justice est notamment garantie, selon les volontés de Merlin de Douai, par le système de surveillance des juges par d'autres juges, et non pas par le pouvoir exécutif. Voy. *ibid.*, p. 383, 386.

⁹¹⁵ Loi du 28 pluviôse an VIII, reproduite in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 12, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 88-119.

⁹¹⁶ Article 41 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « Le Premier consul [...] nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer. »

⁹¹⁷ Loi reproduite in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 12, p. 166-178.

⁹¹⁸ Article 135 de la Constitution du 28 floréal an XII : « Les présidents de la Cour de cassation, des cours d'appel et de justice criminelle, sont nommés à vie par l'Empereur, et peuvent être choisis hors des cours qu'ils doivent présider. »

temps, les juges de paix continuent d'être élus, dans chaque canton, pour trois ans. Cependant, à partir de l'an X, ils sont également nommés par le premier consul pour dix ans⁹¹⁹. Cette centralisation se perçoit enfin pour l'ordre administratif. D'une part, les membres des conseils de préfecture sont également nommés par le premier consul⁹²⁰. D'autre part, c'est le préfet, nommé par le premier consul, qui est désigné président de ces conseils – et ce jusque dans les années 1880 –, ayant d'ailleurs voix prépondérante en cas de partage⁹²¹. L'élection comme mode de désignation des juges est donc progressivement abandonnée en France, et ce de manière définitive.

158. L'abandon de l'élection des juges se couple au retour de la professionnalisation. Dans la conception napoléonienne en effet, la magistrature constitue « un corps entièrement dévoué aux objectifs légaux, civils et répressifs de l'État »⁹²². Il ne peut alors s'agir que d'un corps de professionnels du droit. Si les juges de paix – non professionnels – sont conservés, leurs attributions sont considérablement limitées, et ils se trouvent finalement « noyés » dans un système judiciaire qui redevient professionnel et « étatisé »⁹²³. Pour les autres juridictions, les exigences de diplôme et d'expérience en matière juridique reviennent progressivement. La loi du 20 avril 1810 impose notamment aux juges des tribunaux de première instance (article 64) et des cours impériales (article 65) d'être licenciés en droit et d'avoir « suivi le barreau pendant deux ans »⁹²⁴. La conjonction de ces deux éléments entraîne la disparition de la conception générale du droit au juge naturel comme droit d'être jugé par ses pairs-citoyens – avec deux exceptions cependant : le jury criminel et les conseils de prud'hommes. Néanmoins, le premier connaît rapidement un discours de dénigrement à son encontre ; tandis que les seconds, créés en 1806, sont fondés sur une conception particulière du jugement par les pairs, en tant que personnes proches d'un point de vue socio-économique et professionnel⁹²⁵.

159. Dans ce contexte, ce corps de magistrats professionnels nommés par le pouvoir politique est loin de constituer les « juges naturels » des citoyens, tel que le souhaitaient les

⁹¹⁹ Article 8 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X : « L'assemblée de canton désigne deux citoyens sur lesquels le premier Consul choisit le juge de paix du canton. » et article 9 du même sénatus-consulte : « Les juges de paix et leurs suppléants sont nommés pour dix ans. » (reproduits in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 13, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 505).

⁹²⁰ Article 18 de la loi du 28 pluviôse an VIII (reproduit in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 12, p. 100).

⁹²¹ Article 5 de la loi du 28 pluviôse an VIII (reproduit in *ibid.*, p. 95).

⁹²² J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 58.

⁹²³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 399.

⁹²⁴ Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, reproduite in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 17, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 78-88, en part. p. 88.

⁹²⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 401-402.

révolutionnaires. Par ailleurs, leur indépendance est largement compromise. Si l'article 68 de la Constitution de l'an VIII consacre leur inamovibilité⁹²⁶, celle-ci est plutôt conçue comme une contrepartie à la nomination⁹²⁷ et « gage de stabilité professionnelle »⁹²⁸. En tout état de cause, le principe d'inamovibilité n'est pas respecté par le régime napoléonien, qui procède, en 1807 et 1810, à deux vagues d'épuration au sein des juridictions ordinaires⁹²⁹. L'inamovibilité est tout d'abord suspendue par Napoléon par un sénatus-consulte du 12 octobre 1807, qui pose le principe selon lequel celle-ci ne peut être acquise par un magistrat qu'après cinq ans d'exercice de ses fonctions⁹³⁰. Dans un second temps, la loi du 20 avril 1810 renouvelle, sous prétexte de réformer en profondeur l'organisation juridictionnelle, l'essentiel des juges des cours d'appel, renommées cours impériales⁹³¹. En dehors de ces vagues d'épuration, les juges peuvent également être tenus de s'expliquer auprès du « grand-juge ministre de la justice » sur des « faits qui pourraient leur être imputés »⁹³², ce qui met un peu plus à mal leur présupposée indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Surtout, Napoléon tente de contrôler l'ensemble de l'administration judiciaire, en particulier par sa correspondance avec ses ministres de la justice. Dans ses lettres, il leur fait part de sa satisfaction dans le traitement de certaines affaires⁹³³, leur demande comment des jugements définitifs pourraient être cassés ou alourdis⁹³⁴, ou encore leur donne des instructions à faire passer au parquet⁹³⁵. En parallèle de ses interventions dans les procédures juridictionnelles, Napoléon joue un rôle actif dans la surveillance des juges et leur

⁹²⁶ Article 68 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient pas maintenus sur les listes d'éligibles. »

⁹²⁷ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 422.

⁹²⁸ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 47.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 47-48 ; J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 453-455.

⁹³⁰ Article 1^{er} du sénatus-consulte du 12 octobre 1807 concernant l'ordre judiciaire, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 16, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 220.

⁹³¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 455.

⁹³² Article 57 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

⁹³³ Voy. par ex N. BONAPARTE, Lettre du 6 germinal an XIII (27 mars 1805) à Régnier, Grand juge, Ministre de la justice, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG5-9742.md?keywords=cour%20criminelle%20de%20bruxelles&page=0&pageSize=20&startDate=1805-03-22> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹³⁴ Voy. par ex. N. BONAPARTE, Lettre du 2 brumaire an IX à Abrial, Ministre de la justice, , reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG3-5712.md?page=0&pageSize=20&startDate=1800-10-23> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹³⁵ Voy. par ex. N. BONAPARTE, Lettre du 7 prairial an XIII (27 mai 1805) à Régnier, Grand juge, Ministre de la justice, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG5-10143.md?page=0&pageSize=20&startDate=1805-05-26> (consulté le 19 septembre 2024).

sanction, en allant jusqu'à leur destitution⁹³⁶. En 1804, il fait par exemple arrêter deux juges qui rédigent des articles de presse contre des notables catholiques et royalistes, en demandant à ce que le ministre de la justice soit signataire du mandat d'arrêt⁹³⁷. Il correspond également avec son ministre de la Police, notamment pour s'assurer que les émigrés sont bien conduits devant les commissions militaires créées⁹³⁸. À la lecture de ces quelques exemples, il est possible de distinguer entre les matières civile et pénale. En effet, en ce qui concerne la matière civile, Napoléon plaide pour le respect de la compétence des tribunaux ordinaires pour régler les affaires touchant à la propriété privée⁹³⁹ ; tandis que, en matière pénale, il ne se prive pas d'intervenir régulièrement dans le cours de la justice. Au-delà du droit de grâce qu'il conserve, Napoléon se plaint alors du laxisme des magistrats, notamment dans la dernière période de l'Empire⁹⁴⁰. En 1813, il va jusqu'à adopter un sénatus-consulte, fondé sur l'article 55 de la Constitution de l'an X, pour faire annuler le verdict d'une cour d'assises qui avait acquitté un accusé⁹⁴¹.

160. À côté du Tribunal de cassation, dont Napoléon aurait dit qu'il fallait conserver son indépendance⁹⁴², le jury criminel semble également épargné par la politique autoritaire de l'empereur. En effet, le jury n'est jamais entièrement supprimé, faisant dire à certains auteurs que cette institution révolutionnaire constitue « les fondements de la justice criminelle moderne en France »⁹⁴³. Toutefois, après l'arrivée au pouvoir de Napoléon, une réelle « campagne de dénigrement »⁹⁴⁴ contre cette institution s'engage, notamment car le premier consul, puis

⁹³⁶ Par ex. en 1806, contre un juge de paix : N. BONAPARTE, lettre du 31 décembre 1806 à Régnier, Grand juge, Ministre de la justice, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponibles en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG6-13920.md?page=0&pageSize=20&startDate=1806-12-30> (consultés le 19 septembre 2024).

⁹³⁷ N. BONAPARTE, Lettre du 28 ventôse an XII (19 mars 1804) à Réal, conseiller d'État, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG4-8748.md?page=0&pageSize=20&startDate=1804-03-18> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹³⁸ Voy. par ex. N. BONAPARTE, Lettre du 15 messidor an XIII (4 juillet 1805) à Fouché, Ministre de la police générale, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG5-10377.md?keywords=commission%20militaire%20bordeaux&page=0&pageSize=20> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹³⁹ J.-L. HALPÉRIN, « L'indépendance des tribunaux : un vain mot pour Napoléon ? », in T. LENTZ (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 150-151.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 149, 152-153.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 144. Il semblerait que ce besoin d'indépendance soit plutôt perçu vis-à-vis du pouvoir législatif. Le Tribunal, devenu Cour de cassation en 1804, gagne en effet en indépendance par la suppression du référé législatif en 1807 (F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande : essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, PUF, Grandes thèses du droit français, 1993, p. XVIII).

⁹⁴³ R. ALLEN, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁴⁴ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 403.

empereur, souhaite accentuer la répression pénale. La magistrature professionnelle est d'ailleurs plutôt favorable à la disparition du jury et à une réformation de l'ordonnance criminelle de 1670⁹⁴⁵. Dans ce cadre, seul le jury de jugement est conservé, notamment car Napoléon préfère des jurés « bien choisis » – c'est-à-dire sélectionnés par le préfet – que des « magistrats aléatoires »⁹⁴⁶. Cependant, les attributions de ces jurys sont progressivement réduites, consécutivement à la création de tribunaux criminels spéciaux⁹⁴⁷. Par exemple, une loi du 18 pluviôse an IX crée des tribunaux spéciaux pour lutter notamment contre le vagabondage⁹⁴⁸, et une loi du 23 floréal an X crée de nouveaux tribunaux spéciaux pour juger les crimes de faux⁹⁴⁹. Les juges des tribunaux criminels ordinaires sont déplacés au sein de ces tribunaux spéciaux, tandis que les jurys ne sont plus utilisés. En outre, Napoléon adopte un sénatus-consulte suspendant les fonctions des jurys criminels dans plusieurs départements français, « pendant le cours de l'an 11 et de l'an 12 »⁹⁵⁰. Les tribunaux criminels sont alors priés de fonctionner sans jury, sur le modèle des tribunaux spéciaux. En 1804 et en 1806, cette suspension est prorogée, d'abord pour deux années supplémentaires⁹⁵¹, puis indéfiniment⁹⁵². De plus, même quand le jury de jugement fonctionne encore, son autorité est diminuée. Ainsi, selon l'article 352 du code d'instruction criminelle de 1808, « si [...] les juges sont unanimement convaincus que les jurés, tout en observant les formes, se sont trompés sur le fond, la cour déclarera qu'il est sursis au jugement, et renverra l'affaire à la session suivante, pour être soumise à un nouveau jury, dont ne pourra faire partie aucun des premiers jurés ». Il ne reste ainsi que des fragments des principes inscrits dans les textes de 1789 et 1790. Le traitement réservé au jury criminel illustre l'absence de prise en compte du droit des justiciables d'être jugés par leur juges naturels. La multiplication des juridictions d'exception, qui privent en partie le jury criminel de sa compétence, constitue la marque la plus flagrante de la disparition du principe du juge naturel dans la période napoléonienne.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 404.

⁹⁴⁷ R. ALLEN, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁴⁸ Loi du 18 pluviôse an IX (7 février 1801) relative à l'établissement de tribunaux spéciaux, reproduite in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 12, p. 386-390.

⁹⁴⁹ Loi du 23 floréal an X (13 mai 1802) relative aux délits emportant peine de flétrissure, et aux tribunaux spéciaux qui en auront la connaissance, reproduite in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 13, p. 429-432.

⁹⁵⁰ Article 1^{er} du sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI (18 octobre 1802) portant suspension des fonctions du jury dans plusieurs départements, pendant l'an XI et l'an XII, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 14, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 21.

⁹⁵¹ Sénatus-consulte du 15 thermidor an XII (3 août 1804), qui proroge pour l'an XIII et l'an XIV la suspension des fonctions du jury dans plusieurs départements, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 15, Paris, A. Guyot et scribe, 1826, p. 63.

⁹⁵² Sénatus-consulte du 27 septembre 1806, qui proroge la suspension des fonctions du jury dans plusieurs départements, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 16, p. 51.

B. La succession de juridictions d'exception

161. Dans l'histoire des régimes politiques, le tumulte et les instabilités entraînent généralement leur lot de juridictions d'exception. La période de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle en France n'échappe pas à cette généralité. Dès la fin de la Révolution, les juridictions d'exception, notamment en matière pénale, prolifèrent⁹⁵³. Après l'arrivée au pouvoir de Napoléon, ces juridictions spéciales perdurent, afin de juger à la hâte les criminels⁹⁵⁴. En matière civile, la Constitution de 1799 prévoit une réserve de loi pour l'organisation judiciaire des tribunaux de première instance et d'appel⁹⁵⁵. Toutefois, Napoléon contrôle rapidement le pouvoir législatif, et celle-ci ne vaut qu'en matière civile, ce qui laisse la matière pénale à la totale discrétion du premier consul. Or, l'instauration de juridictions extraordinaires est incompatible avec le principe du juge naturel, qui vise précisément à garantir l'accès des justiciables aux juridictions ordinaires prévues par la loi, et à interdire les manœuvres extraordinaires en matière judiciaire. Cette opposition apparaît nettement pour les tribunaux spéciaux précités, créés en 1801 et 1802, qui soustraient un certain nombre d'infractions, considérées comme des atteintes à l'ordre public⁹⁵⁶, à la compétence des jurys criminels, juges naturels par excellence. La création concrète de tels tribunaux dans 27 départements, rendue possible par l'arrêté du 4 ventôse an IX⁹⁵⁷, résulte directement de l'attentat de la rue Saint-Nicaise, en 1800⁹⁵⁸. Cet événement entraîne un durcissement de la volonté de répression de Napoléon, qui passe en premier lieu par la mise à l'écart du jury criminel⁹⁵⁹. L'opposition entre ces tribunaux spéciaux et le principe du juge naturel est notamment visible dans les débats législatifs de 1801, au cours desquels Benjamin Constant⁹⁶⁰ s'illustre par son opposition au projet de loi. En tant que libéral, il fonde en partie son argumentation sur le droit au juge naturel, témoignant ainsi de son « aversion profonde, pour

⁹⁵³ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 52 ; B. GARNOT, *op. cit.*, p. 570.

⁹⁵⁴ J.-C. FARCY, *Histoire de la justice*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁵⁵ Article 61 de la Constitution du 22 frimaire an VIII : « En matière civile, il y a des tribunaux de première instance et des tribunaux d'appel. La loi détermine l'organisation des uns et des autres, leur compétence, et le territoire formant le ressort de chacun. »

⁹⁵⁶ Voy. R. ALLEN, *op. cit.*, p. 257.

⁹⁵⁷ Arrêté du 4 ventôse an IX (23 février 1801) qui ordonne l'établissement de tribunaux spéciaux dans plusieurs départements, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 12, p. 396. Voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 441.

⁹⁵⁸ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 437-442.

⁹⁵⁹ R. ALLEN, *op. cit.*, p. 257-258.

⁹⁶⁰ Sur Benjamin Constant, voy. par ex. A. CABANIS et O. DEVAUX, « Constant Benjamin », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 258-260.

tout ce qui s'écarte de la marche ordinaire de la justice »⁹⁶¹. Lors de la séance du 5 pluviôse an IX, il commence son discours en disant :

« [...] l'opinion publique et les circonstances sont telles, que si la loi eût été précise, si, pour la clarté de sa rédaction, elle eût garanti aux citoyens, injustement accusés, des moyens de n'être pas trop légèrement distraits de leurs juges naturels ; enfin, si elle n'eût pas [...] transformé de la sorte ce tribunal spécial en un tribunal ordinaire, et le tribunal ordinaire en un tribunal spécial réservé seulement pour quelques cas particuliers en très-petit nombre ; [...] j'aurais ou voté pour son adoption, ou du moins gardé le silence. »⁹⁶²

Pour justifier son opposition au projet, Constant se fonde sur le droit au juge naturel, contestant le fait que ce soit le commissaire du gouvernement (futur procureur) seul qui puisse décider du renvoi de l'accusé devant le tribunal spécial et, donc, de la privation du jugement par le jury, par les pairs de l'accusé⁹⁶³. En outre, il invoque le principe d'indépendance des juges pour critiquer le collège de jugement du tribunal spécial, dont cinq membres sur huit sont nommés et révocables par le premier consul⁹⁶⁴. Reprenant la critique classique et historique fondée sur l'opposition entre justice ordinaire et justice extraordinaire, il invoque les cahiers de doléances des états sous la monarchie afin de démontrer que « la nation entière a toujours réclamé contre la création de tribunaux différents des tribunaux ordinaires » et que « [l]e despotisme des rois n'a jamais pu la réduire au silence »⁹⁶⁵. Il estime que c'est le principe le plus « national » qui existe en France. Dans son *Cours de politique constitutionnelle*, rédigé dans la décennie suivante, Constant considère ainsi que « toute création de tribunaux extraordinaires, toute suspension ou abréviation des formes, sont des actes inconstitutionnels et

⁹⁶¹ B. Constant, discours au Tribunat lors de la séance du 5 pluviôse an IX (25 janvier 1801), reproduit in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 126 (26 janvier 1801), 6 pluviôse an IX, p. 524.

⁹⁶² B. Constant, *ibid.* (nous soulignons).

⁹⁶³ « Ce sera donc de l'arbitraire d'un seul agent du gouvernement, nommé et révocable par lui, qu'il dépendra de priver un citoyen accusé d'un crime, du bénéfice des formes ordinaires et de l'institution des jurés. N'est-ce pas déjà une peine, une peine infiniment grave, que d'être distrait de ses juges naturels, trainé devant un tribunal extraordinaire, jugé par d'autres que par ses pairs ? » (B. Constant, discours au Tribunat lors de la séance du 5 pluviôse an IX, reproduit in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 127 (27 janvier 1801), 7 pluviôse an IX, p. 526). Constant est en effet un fervent défenseur de l'institution du jury (voy. par ex. B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, tome 1, mise en ordre et précédée d'une introduction par M. J.-P. Pagès (de l'Arrière), Paris, Didier, 1836, p. 92 et s.).

⁹⁶⁴ B. Constant, discours au Tribunat lors de la séance du 5 pluviôse an IX, reproduit in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 127 (27 janvier 1801), *op. cit.*, p. 526. En effet, les tribunaux spéciaux créés en 1801 sont composés de trois magistrats du tribunal criminel (nommés par le premier consul, mais inamovibles), de trois militaires et de deux citoyens (nommés et révocables par le premier consul). Constant fait de l'inamovibilité des juges la condition de leur indépendance (B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 21-22).

⁹⁶⁵ B. Constant, discours au Tribunat lors de la séance du 5 pluviôse an IX, reproduit in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 127 (27 janvier 1801), *op. cit.*, p. 527.

punissables »⁹⁶⁶. Néanmoins, son discours fondé sur ces principes révolutionnaires ne prospère pas, et, malgré l'opposition d'autres tribuns⁹⁶⁷, la réforme est adoptée sans difficulté. Cela démontre la mise en retrait des principes dégagés au moment de la Révolution de 1789, et, en particulier, du droit au juge naturel et du principe d'indépendance des juges.

162. À côté des tribunaux spéciaux, le premier consul conserve également les commissions militaires mises en place à la Révolution, et crée de nouvelles juridictions d'exception dans ce domaine : conseils militaires, commissions militaires, conseils de guerre spéciaux – toutes sans garantie judiciaire⁹⁶⁸. Une commission militaire est notamment créée en 1804 pour faire condamner le duc d'Enghien, membre de la famille des Bourbons que Napoléon veut éliminer, en prenant le prétexte de l'attentat de la rue Saint-Nicaise⁹⁶⁹. Enlevé par l'armée française dans le duché de Bade quelques jours auparavant, un arrêté est pris le 20 mars 1804 pour créer une commission militaire chargée de juger le duc, le jour même de son arrivée à Vincennes. Officiellement, les commissaires doivent être désignés par Murat, le gouverneur militaire de Paris⁹⁷⁰ ; mais Bonaparte lui donne toutes les instructions⁹⁷¹ – jusqu'au nombre de gendarmes nécessaires pour « exécuter la sentence »⁹⁷². De telles manœuvres visant à soustraire certains accusés de leurs juges naturels, par la création de juridictions d'exception, sont fréquentes. Le duc d'Enghien n'en est pas la seule victime dans l'affaire de l'attentat de la rue Saint-Nicaise. Napoléon souhaite *faire* « bonne justice » contre le groupe de « brigands » et les généraux impliqués dans le complot⁹⁷³. Dans ce cadre, il prend un sénatus-consulte qui suspend, dans toute la république, le recours au jury pour les « crimes de trahison, d'attentat contre la personne du premier Consul, et autres contre la sûreté intérieure et extérieure de la

⁹⁶⁶ B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁶⁷ C'est le cas notamment de Jean-Pierre Chazal, lequel compare les tribunaux spéciaux aux tribunaux prévôtaux d'Ancien régime. Voy. son intervention au Tribunat lors de la séance du 6 pluviôse an IX, reproduite in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 128 (28 janvier 1801), 8 pluviôse an IX, p. 530-532.

⁹⁶⁸ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 441.

⁹⁶⁹ Sur cet événement, voy. par ex. *ibid.*, p. 443-446.

⁹⁷⁰ C'est ce que prévoit l'article 1^{er} de cet arrêté : « Le ci-devant duc d'Enghien [...] sera traduit à une commission militaire composée de sept membres nommés par le général gouverneur de Paris » (reproduit in J. MURAT, *Lettres et documents pour servir à l'histoire de Joachim Murat, publié par S. A. le prince Murat (avec une introduction et des notes par Paul Le Brethon)*, tome 3 : Gouvernement de Paris 1804-1805, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1909, p. 93).

⁹⁷¹ N. BONAPARTE, Lettre du 29 ventôse an XII (20 mars 1804) au général Murat, gouverneur de Paris, reproduite in FONDATION NAPOLÉON, *Correspondances de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG4-8751.md?keywords=enghien&page=0&pageSize=20&startDate=1804-03-19> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ N. BONAPARTE, Lettre du 23 pluviôse an XII (13 février 1804) au général Soult, commandant du camp de Saint-Omer, reproduite in FONDATION NAPOLÉON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG4-8665.md?page=0&pageSize=20&startDate=1804-02-12> (consulté le 19 septembre 2024).

République »⁹⁷⁴. Par cette manœuvre, c'est la cour criminelle de la Seine, organisée comme un tribunal spécial⁹⁷⁵, qui est désignée pour juger les 47 accusés⁹⁷⁶. Napoléon suit le procès, et exprime même sa déception quant au jugement et aux peines prononcées, « plus qu'indulgentes » selon lui⁹⁷⁷. Il souhaitait en particulier voir un personnage spécial, le général Moreau, être condamné dans cette affaire. Or, ce dernier est, dans un premier temps, acquitté. Napoléon exige un deuxième jugement, qui se solde par une condamnation à deux ans d'emprisonnement⁹⁷⁸, insuffisante pour le futur empereur. En 1808, Napoléon intervient à nouveau pour créer un tribunal d'exception chargé de juger un projet de complot contre la sûreté de l'État – contre lui –, initié par le général Malet⁹⁷⁹. Dans ce cadre, il appelle trois magistrats, dont Merlin, pour créer un tribunal *ad hoc* qui jugera les conspirateurs⁹⁸⁰.

163. De manière plus durable, la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice prévoit l'instauration de « cours spéciales ordinaires » et de « cours spéciales extraordinaires »⁹⁸¹. Le vocabulaire employé est intéressant : ces juridictions sont « spéciales », mais elles peuvent être ordinaires ou extraordinaires. Le premier qualificatif est utilisé en raison de la fixation, à l'article 23 de la loi, des crimes dont connaissent ces cours spéciales⁹⁸². L'expression « cours spéciales extraordinaires » désigne quant à elle des juridictions qui *peuvent* être créées « pour remplir les fonctions qui seront ci-après déterminées », notamment « lorsque la multiplicité de certains crimes sur quelque point de l'Empire exigera des voies de répression plus actives »⁹⁸³. La distinction entre le caractère ordinaire ou extraordinaire de ces cours spéciales provient donc de leur caractère permanent et obligatoire (ordinaire) ou temporaire et facultatif (extraordinaire). Cependant, les cours spéciales ordinaires ne sont pas des juridictions ordinaires. Elles sont au contraire composées

⁹⁷⁴ Article 1^{er} du sénatus-consulte du 8 ventôse an XII (28 février 1804) qui suspend les fonctions du jury, pendant les années XII et XIII, pour les crimes de trahison, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 14, p. 501.

⁹⁷⁵ L'article 2 du sénatus-consulte prévoit en effet que « les tribunaux criminels seront, à cet effet, organisés conformément aux dispositions de la loi du 23 floréal an 10 », c'est-à-dire sur le modèle des tribunaux spéciaux de 1802.

⁹⁷⁶ J.-L. HALPÉRIN, « L'indépendance des tribunaux », art. cité, p. 147.

⁹⁷⁷ N. BONAPARTE, Lettre du 29 prairial an XII (18 juin 1804) au maréchal Soult, commandant du camp de Saint-Omer, reproduite in FONDATION NAPOLEON, *Correspondance de Napoléon*, disponible en ligne : <https://www.napoleonica.org/fr/collections/correspondance/CG4-8942.md?page=0&pageSize=20&startDate=1804-06-13> (consulté le 19 septembre 2024).

⁹⁷⁸ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 447.

⁹⁷⁹ Sur cet épisode et les nombreuses tentatives de Malet contre Napoléon, voy. *ibid.*, p. 447-453.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 450.

⁹⁸¹ Article 23 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

⁹⁸² « Les cours spéciales ordinaires connaîtront des crimes commis par les vagabonds, et autres crimes spécifiés dans les articles 553 et 554 du Code d'instruction criminelle, en se conformant à l'article 555 du même code. » (nous soulignons).

⁹⁸³ Article 28 de la loi précitée du 20 avril 1810.

d'officiers de gendarmerie – et non de juges – chargés de juger les crimes commis par les vagabonds. Une nouvelle fois, la mise à l'écart du jury criminel soustrait les justiciables du jugement par leurs pairs, par leurs juges naturels.

164. Enfin, l'intervention du Conseil d'État dans les affaires contentieuses est considérée comme étant un « reste » de justice retenue⁹⁸⁴. En effet, initialement, les membres du Conseil d'État sont entièrement dépendants de Napoléon : ce dernier préside le Conseil, dont il nomme et révoque *ad nutum* les membres⁹⁸⁵. Le Conseil d'État napoléonien est à la fois législateur, institution au sommet du système administratif, et juge administratif suprême⁹⁸⁶. La procédure contentieuse qu'il suit est fixée par deux décrets, des 11 juin et 22 juillet 1806. D'abord, la commission d'instruction, chargée de préparer les affaires contentieuses soumises au Conseil d'État, est présidée par le « grand-juge ministre de la justice »⁹⁸⁷, lequel nomme l'auditeur chargé de préparer l'instruction des affaires individuelles⁹⁸⁸. Lors de la délibération relative à la transmission de l'affaire au Conseil, le grand-juge a voix prépondérante en cas de partage⁹⁸⁹. Ensuite, devant l'assemblée générale du Conseil d'État, les ministres et le gouvernement sont présents pour délibérer sur les affaires contentieuses⁹⁹⁰. Enfin, le projet de l'assemblée générale doit être approuvé par Napoléon afin d'être exécutoire et d'avoir l'autorité de chose jugée⁹⁹¹ – d'être, *in fine*, une réelle décision juridictionnelle. Napoléon ne peut pas substituer sa propre décision au projet de l'assemblée générale, mais il peut demander une nouvelle délibération. Même si, dans l'immense majorité des cas, l'assemblée et Napoléon se conforment à l'avis formulé dès la commission contentieuse, il s'agit encore officiellement de justice retenue⁹⁹².

165. En réaction immédiate aux abus commis par Napoléon dans l'administration de la justice, le projet de constitution sénatoriale du 6 avril 1814 proclame à nouveau, à l'article 17 : « Nul ne peut être distrait de ses juges naturels ». Le droit au juge naturel fait son retour dans un texte constitutionnel, à l'article 62 de la Charte octroyée en juin de la même année par

⁹⁸⁴ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁸⁵ M. BOUVET, « Le Conseil d'État napoléonien, juge administratif suprême sous le Consulat et l'Empire », in T. LENTZ (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 125.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 126.

⁹⁸⁷ Articles 24 et 25 du décret du 11 juin 1806, reproduit in J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, tome 15, p. 462-465, en part. p. 464.

⁹⁸⁸ Article 28 du décret précité du 11 juin 1806.

⁹⁸⁹ Article 30 du décret précité du 11 juin 1806.

⁹⁹⁰ M. BOUVET, art. cité, p. 138.

⁹⁹¹ Article 35 du décret précité du 11 juin 1806.

⁹⁹² M. BOUVET, art. cité, p. 128-139, qui estime que la justice retenue est « largement fictive ». Voy. aussi B. PACTEAU, « Que reste-t-il du Conseil d'État de Napoléon ? », in T. LENTZ (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 254.

Louis XVIII. Cependant, le retour à la monarchie, centrée sur la souveraineté du monarque, ne permet au principe que de trouver une effectivité relative.

§ 2 : L'effectivité relative du principe sous la restauration de la monarchie

166. Qu'il s'agisse de la Charte de 1814 ou de celle de 1830, le droit au juge naturel est consacré constitutionnellement, dans la section dédiée à « l'ordre judiciaire ». Le texte de 1814 est un texte de compromis, qui oscille entre restauration de la dynastie des Bourbons et maintien des acquis révolutionnaires. Ce compromis est visible pour la garantie du juge naturel. Ce droit, tel que conçu par les révolutionnaires, est repris dans la Charte, « octroyé » par le roi souverain (A). Toutefois, son effectivité pratique est très limitée, notamment lorsqu'il est invoqué, en vain, pour contester la création de juridictions d'exception et extraordinaires (B).

A. Le droit au juge naturel, garantie octroyée par le monarque en 1814

167. Dès 1814 et la première chute de Napoléon, le descendant des Bourbons, Louis XVIII, restaure la monarchie et adopte la Charte constitutionnelle du 4 juin. C'est la première fois que l'expression « juges naturels » est explicitement employée au niveau constitutionnel⁹⁹³. Dans la section traitant « de l'ordre judiciaire », les articles 62 et 63 de cette Charte proclament ainsi :

« Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.

Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. Ne sont pas comprises sous cette dénomination les juridictions prévôtales, si leur rétablissement est jugé nécessaire. »

La succession de ces deux articles, ainsi que l'utilisation de la locution adverbiale « en conséquence », démontrent le lien indissociable entre droit au juge naturel et interdiction des juridictions d'exception, et l'antonymie entre les juges *naturels* (toujours *ordinaires*) et les juges *extraordinaires*. La Charte de 1814 reconnaît ainsi le principe, tel qu'il a été revendiqué depuis la période prérévolutionnaire et ancré dans les constitutions de 1791 et 1795. La filiation avec

⁹⁹³ L'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, rédigé par Benjamin Constant à la demande de Napoléon I^{er} durant la période des Cent-Jours, s'inspire de la Charte de 1814 afin de libéraliser le régime. C'est ainsi que son article 60 consacre également le droit au juge naturel : « Nul ne peut, sous aucun prétexte, être distrait des juges qui lui sont assignés par la loi. »

la conception révolutionnaire du juge naturel associé à l'égalité des citoyens, n'est cependant pas certaine. Dans ses commentaires sur la Charte de 1830 et la Constitution de la II^e République de 1848⁹⁹⁴, Félix Berriat-Saint-Prix, avocat et docteur en droit, dont la pensée ne semble pas avoir évolué sur le sujet, ne fait à aucun moment référence au principe d'égalité entre les justiciables, lorsqu'il définit le droit au juge naturel et ses conséquences.

168. En tout état de cause, cette consécration diffère de la conception révolutionnaire du droit au juge naturel, puisqu'elle n'est pas associée, en 1814, à la souveraineté de la nation. Le droit au juge naturel inséré à l'article 62 de la Charte ne se présente pas comme un droit subjectif fondamental, mais comme une garantie octroyée par le monarque. En effet, la Charte de 1814 constitue l'un des premiers modèles d'un type de régime appelé « monarchie limitée ». Cette dernière peut être présentée comme ayant « pour l'essentiel les mêmes caractéristiques que la monarchie absolue [...] ; mais le monarque se trouve soumis à certaines *sujétions d'exercice*, singulièrement dans le domaine législatif, qui peuvent faire obstacle à sa volonté, sauf circonstances particulières, sans jamais s'imposer à elle »⁹⁹⁵. Le texte de 1814, et les droits qui y sont proclamés, sont octroyés par Louis XVIII⁹⁹⁶, lequel conserve la souveraineté (« l'autorité toute entière », selon le préambule), qu'il tient toujours de Dieu⁹⁹⁷. Partant, la Charte maintient « l'unité du pouvoir d'État »⁹⁹⁸ : le monarque est le seul titulaire de la puissance exécutive⁹⁹⁹, mais aussi le seul à avoir le droit d'initiative législative¹⁰⁰⁰, et est enfin le titulaire du pouvoir judiciaire. D'après l'article 57 de la Charte, en effet, toute justice émane du roi et est rendue en son nom¹⁰⁰¹. Cependant, le monarque concède que l'exercice de la souveraineté est encadré par la constitution, qu'il ne peut plus modifier unilatéralement¹⁰⁰². La Charte prévoit ainsi des droits

⁹⁹⁴ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire, op. cit.* ; F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français, op. cit.*

⁹⁹⁵ S. RIALS, « Monarchie et philosophie politique : un essai d'inventaire », in *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, D.U.C./Albatros, 1987, p. 86. Voy. aussi S. RIALS, « Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la charte de 1814) », in *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle, op. cit.*, p. 120.

⁹⁹⁶ Sur les discussions et le choix concernant le nom à donner au texte rédigé pour Louis XVIII au printemps 1814, voy. notamment P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible : les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, Fayard, Les Constitutions françaises, 2014, p. 46 et s.

⁹⁹⁷ La Charte de 1814 est muette quant à la forme de gouvernement et la souveraineté (ce que Stéphane Rials appelle « l'incomplétude de la Charte »), mais c'est bien la souveraineté royale qui est restaurée (S. RIALS, « Essai », arr. cité, p. 101, 103 et s.). Voy. notamment le préambule de la Charte.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 112 et s.

⁹⁹⁹ Article 13 de la Charte constitutionnelle : « La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive ».

¹⁰⁰⁰ Articles 15 et 16 de la Charte constitutionnelle : « La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements. » / « Le roi propose la loi ». Les chambres n'ont qu'un droit de proposition (art. 19).

¹⁰⁰¹ Article 57 de la Charte : « Toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue ».

¹⁰⁰² U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 254.

pour les sujets, consacrés dans la première section intitulée « Droits publics des Français », et met en place des assemblées législatives pour partager l'exercice du pouvoir législatif. S'agissant en particulier du droit au juge naturel et de l'interdiction des juridictions extraordinaires, la Charte pose notamment une réserve de loi concernant l'organisation judiciaire des tribunaux ordinaires¹⁰⁰³. Néanmoins, l'initiative législative appartient encore au roi seul. Il peut donc proposer la modification des règles d'administration judiciaire ou la création de juridictions d'exception par la loi. En conséquence, la garantie accordée est extrêmement précaire, en l'absence de séparation des pouvoirs. Elle ne peut pas être comprise comme permettant d'interdire toute intervention extérieure – et avant tout du pouvoir royal – dans le cours de la justice.

169. La Charte du 14 août 1830 qui lui succède, résultat de la révolution de Juillet, procède à un « déplacement de la souveraineté »¹⁰⁰⁴ : le principe de la souveraineté royale est à nouveau abandonné au profit de celui de l'antériorité de la nation¹⁰⁰⁵. Ce texte n'est plus octroyé par le roi, mais constitue un pacte conclu entre le roi et les représentants de la nation. Il tente de procéder à une réelle séparation des pouvoirs, dans le sens d'un équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif¹⁰⁰⁶. Si, formellement, elle n'est qu'une simple « révision » du texte de 1814¹⁰⁰⁷, elle constitue, au moment où elle est adoptée, un « indéniable succès pour les libéraux »¹⁰⁰⁸ : les chambres législatives obtiennent notamment un droit d'initiative législative concurrent à celui du roi. Malgré cette apparente modernité, celle-ci se situe pourtant dans la continuité du régime précédent¹⁰⁰⁹. En particulier, elle reprend le contenu exact de l'article 62 de la Charte de 1814 à son article 53, et généralise encore davantage l'interdiction des juridictions extraordinaires à son article 54¹⁰¹⁰. Firmin Laferrière¹⁰¹¹ range le droit au juge

¹⁰⁰³ Article 59 de la Charte : « Les cours et tribunaux ordinaires actuellement existants sont maintenus. Il n'y sera rien changé qu'en vertu d'une loi. »

¹⁰⁰⁴ J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Léviathan, Paris, PUF, 2002, p. 141.

¹⁰⁰⁵ A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012, p. 50.

¹⁰⁰⁶ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*, 17^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit public, 2022, p. 33.

¹⁰⁰⁷ P. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 105 et s.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 117. C'est la raison pour laquelle Stéphane Rials propose de nommer le régime de 1830 une « monarchie pré-parlementaire » ou « régime à exécutif fortement monarchique » (S. RIALS, « Essai », art. cité, p. 124). À l'époque, il règne un certain flou autour de la conceptualisation du régime, notamment en raison de la « faiblesse des fondements intellectuels sur lesquels s'appuie en France la monarchie constitutionnelle » (P. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 142, 149 et s.).

¹⁰⁰⁹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 459.

¹⁰¹⁰ Celui-ci indique ainsi : « Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être. »

¹⁰¹¹ Sur cet avocat et professeur de droit administratif, voy. par ex. J.-J. CLÈRE, « Laferrière Louis-Firmin-Julien », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 586-588.

naturel consacré par ces deux articles dans la catégorie des « droits individuels »¹⁰¹², même s'ils sont contenus dans une autre section de la Charte. À cet égard, Berriat-Saint-Prix est l'un des auteurs à proposer un *Commentaire* article par article de la Charte de 1830 et dont les conclusions sont intéressantes. Il note en effet que l'expression « juge naturel » est « vague et emphatique », et qu'elle « n'appartient pas au style législatif »¹⁰¹³. Cela montre l'absence de réalité concrète du principe dans le discours constitutionnel et législatif français du début du XIX^e siècle. Il estime que par application de cet article, « l'autorité ministérielle ne peut, en dépit de l'axiome "toute justice émane du roi", troubler la compétence des divers tribunaux, en attribuant à l'un la connaissance d'une affaire civile ou criminelle que la loi a dévolue à l'autre, ni créer de nouveaux tribunaux même temporaires »¹⁰¹⁴. Bien qu'il ne l'approfondisse pas, il met en lumière la contradiction entre le maintien de la souveraineté monarchique et l'essence du droit au juge naturel. Par ailleurs, et cela constitue une position particulièrement moderne, Berriat-Saint-Prix estime que « le législateur lui-même ne peut distraire un citoyen des juges que les lois existantes lui accordent », ce qui implique avant tout l'interdiction de la rétroactivité des lois de compétences¹⁰¹⁵. Il exprime alors un avis divergent par rapport à la doctrine majoritaire, et notamment celle soutenue par Merlin de Douai, lequel ne voit aucun inconvénient à l'effet rétroactif des lois napoléoniennes créant les tribunaux criminels spéciaux¹⁰¹⁶. Berriat-Saint-Prix associe à ces articles la règle selon laquelle le législateur ne peut intervenir en matière d'organisation judiciaire que par des règles générales et abstraites, et non pour des individus déterminés¹⁰¹⁷. Il fait de l'article 53 un réel droit pour le citoyen : celui de demander son renvoi devant ses juges naturels, par une demande de déclinatoire de compétence¹⁰¹⁸. Cependant, il note que ce droit n'est pas respecté lorsqu'il y a un conflit de compétence entre autorité judiciaire et autorité administrative. En effet, à cette période, c'est le Conseil d'État qui fait office de tribunal des conflits. Or, au regard de l'organisation du Conseil,

¹⁰¹² F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, 1^{re} éd., Paris, Joubert, 1839, p. 47. ; toujours en 1860, sous l'empire de la Constitution du Second Empire de 1852 (F. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *Cours de droit public et administratif*, tome 1, 5^e éd., Paris, Cotillon, 1860, p. 57.).

¹⁰¹³ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire*, op. cit., p. 379.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 381.

¹⁰¹⁵ *Ibid.* : « dès qu'un tribunal légalement constitué est régulièrement saisi de la connaissance d'une contestation ou d'une accusation quelconque, sa juridiction est irrévocablement acquise aux plaideurs ou à l'accusé ; la puissance législative, pas mieux que l'exécutif, n'a le droit de le dessaisir ». Sa position ne change pas au cours du temps, puisqu'il soutient la même idée dans son commentaire de la Constitution de 1848 (F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, op. cit., p. 211).

¹⁰¹⁶ P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 5, 5^e éd., Paris, Garnery, 1827, p. 596-597 (entrée « Effet rétroactif »).

¹⁰¹⁷ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire*, op. cit., p. 382.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 384.

l'avocat estime que cela « réduit à bien peu de chose le principe de l'article 53 »¹⁰¹⁹. En 1836, il ne donne pas de réelle définition des juridictions extraordinaires, se contentant d'indiquer qu'elles sont celles « qui sont créé[e]s pour enlever quelqu'un à la juridiction légale sur laquelle il devait compter »¹⁰²⁰. Cependant, il reconnaît qu'un certain nombre de juridictions de cette période sont des juridictions d'exception. En effet, malgré la consécration du droit au juge naturel dans les Chartes, la justice d'exception perdure tout au long du XIX^e siècle.

B. Les limites du principe et la persistance de la justice d'exception au XIX^e siècle

170. Malgré l'apparence de modernité des deux chartes dans la consécration de droits pour les justiciables – en particulier du droit au juge naturel, une grande continuité avec l'ère napoléonienne est perceptible en ce qui concerne spécifiquement la justice et l'organisation judiciaire. Bien que certaines institutions ou règles soient largement critiquées, elles survivent et leur existence s'avère finalement utile pour le nouveau pouvoir. C'est par exemple le cas du jury criminel, dont la nomination par les préfets fait l'objet de critiques de la part de Benjamin Constant¹⁰²¹, ou encore du Conseil d'État, dont l'« inutilité » et la « dangerosité » sont mises en avant par le magistrat Alphonse Béranger¹⁰²². De manière générale, le pouvoir royal exerce toujours une forte pression sur les magistrats, ce qui n'est pas favorable au développement d'une réelle indépendance de la justice. En particulier, la justice continue d'être, à cette période, « le bras armé du pouvoir »¹⁰²³. Le principe de la nomination des magistrats par le chef de l'exécutif, également repris du système napoléonien¹⁰²⁴, est d'ailleurs plébiscité par un certain nombre de juristes ou hommes politiques français du XIX^e siècle, qui se méfient des élections par le peuple¹⁰²⁵. Au cours de leur carrière, les magistrats continuent d'être utilisés

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 387.

¹⁰²¹ B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 225. Ce dernier y voit un « héritage de l'arbitraire impérial ». L'opposition à l'arbitraire inonde le *Cours de politique constitutionnelle* de Constant. Voy., à titre d'exemple, son chapitre sur la liberté individuelle (p. 294-303).

¹⁰²² A. BÉRENGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 55 et s. Sur ce magistrat, voy. par ex. J.-J. CLÈRE, « Béranger Alphonse-Marc-Marcellin-Thomas », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 90-91.

¹⁰²³ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 567.

¹⁰²⁴ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 61.

¹⁰²⁵ C'est le cas par exemple de Benjamin Constant, qui considère que le peuple peut fréquemment se tromper dans l'élection des juges, alors que le pouvoir royal ne se trompe pas dans les nominations (B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 24).

comme des auxiliaires du pouvoir, des instruments exploités pour contrôler les personnes subordonnées, les auxiliaires de justice, ou encore les gendarmes¹⁰²⁶. Les vagues d'épuration à chaque changement de régime rappellent l'absence d'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir politique¹⁰²⁷. L'ordonnance du 18 septembre 1815 permet ainsi au pouvoir monarchique de renouveler une grande partie des magistrats du siège dans la plupart des juridictions, en remerciant notamment quinze premiers présidents de cour d'appel¹⁰²⁸. En 1830, ce n'est pas par son pouvoir de nomination que Louis-Philippe met fin à la carrière des magistrats légitimistes, mais en imposant la prestation d'un serment en sa faveur¹⁰²⁹. Les appels des magistrats pour bénéficier d'une plus grande indépendance, notamment statutaire, sont réguliers¹⁰³⁰, mais toujours inefficaces.

171. Par ailleurs, en dépit de la consécration du droit au juge naturel et de l'interdiction des juridictions extraordinaires, la justice d'exception, en particulier politique, perdure tout au long du XIX^e siècle¹⁰³¹. Ce siècle est « celui de la justice d'exception »¹⁰³². Le procès du maréchal Ney, dès 1815, est un premier exemple de procès politique d'exception réalisé pour condamner une personnalité issue du régime déchu¹⁰³³. Le maréchal refuse d'être jugé par le conseil de guerre, et est donc jugé par la Chambre des pairs, constituée en cour des pairs¹⁰³⁴, pour haute trahison et attentat à la sûreté de l'État. Ses avocats demandent notamment le sursis à statuer, afin qu'une loi soit adoptée pour prévoir la procédure « spéciale » qui devrait s'appliquer à ce procès – aucune loi ne vient en effet préciser la procédure à suivre devant la cour des pairs. Cette dernière refuse et condamne à mort le maréchal. La Chambre des pairs est ultérieurement sollicitée, afin de faire juger politiquement les anciens ministres de Charles X, poursuivis pour crime de trahison¹⁰³⁵. Un peu plus tard, au moment de la répression violente de 1834, 121 accusés sont déférés devant cette même Chambre pour complot contre la sûreté de

¹⁰²⁶ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 307.

¹⁰²⁷ J.-C. FARCY, *Histoire de la justice*, *op. cit.*, p. 47-49 ; J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰²⁸ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 581.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 583-584.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 609 et s. L'une des mesures proposées par les magistrats pour gagner cette indépendance statutaire est l'entrée dans la magistrature par concours (J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 214). Le principe d'inamovibilité fonde également, selon un grand nombre de magistrats, leur indépendance. Voy. par ex. dès 1818 l'œuvre de Henrion de Pansey : P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818, p. 133, p. 155-165 (chapitre IX intitulé « De l'inamovibilité des Juges »).

¹⁰³¹ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 571 ; J.-C. FARCY, *Histoire de la justice*, *op. cit.*, p. 80-83.

¹⁰³² J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 567.

¹⁰³³ Sur ce procès, voy. par ex. *ibid.*, p. 568 et s.

¹⁰³⁴ Henrion de Pansey estime que les membres de la Chambre des pairs « occupent le sommet de la hiérarchie sociale », qu'ils forment « un ordre privilégié », et, qu'à leur égard, « l'égalité constitutionnelle cesse », ce qui justifie la différence de juridiction (P. P. N. HENRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 136).

¹⁰³⁵ Voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 574 et s.

l'État¹⁰³⁶. Leurs défenseurs critiquent, en vain, l'incompétence de la cour des pairs. La confiance accordée au législateur pour garantir le respect de l'organisation judiciaire ordinaire est ainsi mise à mal par ces différents exemples. Cela est également le cas pour le rétablissement des cours prévôtales, envisagé de manière très vague par l'article 63 de la Charte de 1814. Au regard de cet ancrage constitutionnel, certains auteurs n'y voient pas une justice extraordinaire¹⁰³⁷, tandis que d'autres les décrivent comme « un tribunal revêtu d'attributions extraordinaires, investi d'une autorité sans limite »¹⁰³⁸. La possibilité qui est ainsi laissée au pouvoir politique, en cas de climat conflictuel, de faire appel à ces cours extraordinaires, est dénoncée comme une porte ouverte aux futurs abus¹⁰³⁹. Et en effet, ces cours, qui fonctionnent entre 1816 et 1818, sont le symbole de la période de la « Terreur blanche légale », « l'un des plus mauvais souvenirs de l'histoire de la justice »¹⁰⁴⁰. Elles sont composées de cinq juges, dont le prévôt, un militaire, et quatre juges du tribunal de première instance local. Les quelques protestations qui se font entendre au moment de l'adoption de la loi du 20 décembre 1815 mettent en avant la contrariété de cette loi avec le principe du jugement par jurés, et non pas avec le droit au juge naturel¹⁰⁴¹. Par la suite, les critiques sont fondées sur l'usurpation de compétences par ces cours : si, au départ, elles ont vocation à traiter les crimes politiques, elles sont ensuite également chargées de juger des délits de droit commun¹⁰⁴². Dans les faits, d'après les bilans dressés à leur suppression, en 1818, elles ont finalement jugé une grande majorité de délits de droit commun¹⁰⁴³, en contrariété avec le droit au juge naturel. Pourtant, leur clémence a pu être contournée par le pouvoir, par la création de commissions spéciales¹⁰⁴⁴. Au moment de la révolution de 1830, ces cours sont bien perçues comme des juridictions extraordinaires et arbitraires. Leur abolition – et la suppression de la possibilité de les rétablir – semble être le

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 577.

¹⁰³⁷ Par ex. F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire, op. cit.*, p. 388 ; C. de SAINT-HILAIRE, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle pour répondre aux plaintes des libéraux sur sa prétendue violation*, Paris, Ponthieu, 1823, p. 36.

¹⁰³⁸ A. BÉRENGER, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 571-572.

¹⁰⁴¹ Voy. *ibid.*, p. 571 (note n° 2).

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 572.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 573.

¹⁰⁴⁴ A. BÉRENGER, *op. cit.*, p. 130 et s., lequel retrace l'usurpation de la compétence d'une cour prévôtale par les autorités départementales (notamment le préfet), pour traiter d'une affaire de rébellion de paysans. Les autorités créent deux « simulacres de tribunaux » (p. 133), chargés de condamner à mort les jeunes insurgés. Bérenger juge le tribunal ayant prononcé la condamnation « illégal », car « rien ne pouvait en justifier l'existence » (p. 136), et sa décision « un assassinat judiciaire » (p. 137).

seul élément relatif à la justice qui soit modifié, en faisant l'unanimité, au moment de l'adoption de la révision de la Charte¹⁰⁴⁵.

172. À l'image des cours prévôtales, les juristes contemporains ne sont pas toujours d'accord quant à la définition, à la catégorisation et à la critique des juridictions d'exception. Il n'y a pas d'unanimité, chez les juristes de l'époque, sur la délimitation des juridictions qui doivent être qualifiées d'extraordinaires ou d'exception, ou sur l'existence ou non d'une violation des articles 62 et 63 de la Charte de 1814, ou de leurs successeurs de 1830¹⁰⁴⁶. D'une part, la délimitation de ce qui fait une juridiction extraordinaire ou d'exception n'est pas unanimement partagée par l'ensemble des juristes¹⁰⁴⁷. Un élément semble néanmoins important chez beaucoup d'auteurs : celui de l'existence d'une loi créant ou organisant la juridiction¹⁰⁴⁸. C'est ainsi que Benjamin Constant condamne notamment la création de juridictions militaires au-delà de celles qui sont prévues par la loi¹⁰⁴⁹. Ces auteurs, qui font confiance au législateur et à la loi, ne prennent pas en compte le fait que cette dernière est encore le fruit de la volonté (certes encadrée et soumise à des formes) du souverain. Seul Alphonse Béranger semble y prêter attention, dénonçant le maintien des cours criminelles spéciales et des conseils de guerre hérités de Napoléon¹⁰⁵⁰. Sans évoquer des affaires particulières jugées par ces juridictions d'exception, il critique l'existence d'un « vice » dans la loi, qui permettrait au pouvoir politique, dans un temps agité, de contourner l'ordre judiciaire ordinaire¹⁰⁵¹. Pour la plupart des auteurs, des circonstances particulières, notamment insurrectionnelles, peuvent au contraire fonder la

¹⁰⁴⁵ Voy. notamment le projet constitutionnel élaboré par Rémusat (août 1830), en particulier son article 20, reproduit in P. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 315-316.

¹⁰⁴⁶ Contrairement à P. ALVAZZI DEL FRATE, « Le principe du “juge naturel” et la Charte de 1814 », in S. DAUCHY, V. DEMARS-SION (dir.), *Juges et criminels. Études en hommage à Renée Martinage*, Lille, L'espace juridique, 2001, p. 473.

¹⁰⁴⁷ Voy. par ex., d'un côté, Henrion de Pansey, lequel définit les juridictions extraordinaires comme les juridictions qui ne connaissent que de certaines causes (dans une définition proche de la juridiction d'attribution, opposée à la juridiction de droit commun) (P. P. N. HENRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 217, 218, 220). *A contrario*, Félix Berriat-Saint-Prix distingue ces juridictions d'attribution, qu'il nomme « tribunaux d'exception » ou « tribunaux spéciaux » (F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 210, 214), des véritables juridictions extraordinaires, dont le caractère essentiel est « la spécialité de leur compétence par rapport au temps, au lieu, aux individus » (*ibid.*, p. 215). Il inclut également dans cette catégorie les tribunaux, à l'origine ordinaires, dont la composition est déterminée par le pouvoir exécutif (de son temps : les conseils de guerre et les cours d'assises) (*ibid.*, p. 216). Cette difficulté de définition et de délimitation des notions est toujours présente aujourd'hui, avec une indétermination des distinctions entre « extraordinaire », « exception », « spécial ».

¹⁰⁴⁸ Voy. par ex. A. BÉRANGER, *op. cit.*, p. 96 : « Si désormais la justice est interrompue, ce ne sera pas selon les caprices de l'autorité souveraine, mais en vertu d'un acte législatif, et seulement lorsque les circonstances le commanderont ».

¹⁰⁴⁹ B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 263-266.

¹⁰⁵⁰ Voy. A. BÉRANGER, *op. cit.*, resp. p. 44 et s., p. 49 et s.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 52 : « C'est le gouvernement qui aura été mis en danger par ces crimes, et c'est lui qui composera les tribunaux destinés à le venger ; en même temps qu'il aura intérêt de punir, il aura la faculté de choisir les juges parmi ses agents les plus dévoués. [...] On rend trop de justice au ministère pour craindre qu'il abuse jamais de cette faculté ; mais il suffit que le vice de la loi existe, pour qu'on soit menacé de l'abus ».

mise à l'écart de l'organisation judiciaire ordinaire et des formes législatives. Ainsi, Berriat-Saint-Prix reconnaît que lorsqu'une crise nécessite la proclamation de l'état de siège, il n'est pas inconstitutionnel de créer des juridictions spéciales ou de solliciter des tribunaux militaires pour juger les crimes commis lors de l'insurrection, au nom de la nécessité et de l'urgence¹⁰⁵². D'autres juristes praticiens ne partagent pas cet avis, et condamnent plus fermement toutes les juridictions qui ne sont pas les juridictions naturelles des citoyens, avec ou sans recours à la loi. Alphonse Béranger débute son ouvrage de 1818 relatif à la justice criminelle sous l'empire de la Charte de 1814, en indiquant que les institutions judiciaires existantes sont « incompatibles avec la monarchie constitutionnelle »¹⁰⁵³. En sus de sa critique du manque d'indépendance des juges¹⁰⁵⁴, il défend l'idée selon laquelle les juges naturels des citoyens ne peuvent être, dans un « état constitutionnel », que le jury¹⁰⁵⁵. Toute forme de justice contraire au jugement par jurés constitue alors « un tribunal d'exception », une « dérogation au droit qu'a chaque citoyen d'être jugé par ses pairs »¹⁰⁵⁶. Cela illustre le deuxième point de désaccord dans la doctrine : celui de la qualification des juridictions d'exception ou extraordinaires comme des juridictions inconstitutionnelles. Charles de Saint-Hilaire, par exemple, souhaite explicitement défendre la Charte de 1814 contre les libéraux. Il considère que les articles 62 et 63 sont « religieusement observé[s] », et indique que, en tout état de cause, « des circonstances majeures peuvent pourtant forcer le souverain à violer cet article, sans pour cela violer la charte »¹⁰⁵⁷. La valeur accordée au droit au juge naturel est ainsi très limitée. Au contraire, Constant mobilise volontiers le droit au juge naturel¹⁰⁵⁸ afin d'affirmer que la création de juridictions extraordinaires est inconstitutionnelle¹⁰⁵⁹, notamment parce qu'elle ne respecte pas les formalités de la procédure¹⁰⁶⁰. Or, pour lui, les formes permettent d'éviter l'arbitraire¹⁰⁶¹. S'il ne compte pas le droit au juge naturel parmi les « droits individuels », il y inscrit cependant le

¹⁰⁵² F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 214 : « la nécessité d'une répression prompte et énergique est inconciliable avec la lenteur des formes usuelles, avec la convocation régulière d'un jury et d'une cour d'assises ».

¹⁰⁵³ A. BÉRENGER, *op. cit.*, p. I.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 19, 244 et s.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 25 et s.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 25-26, 29 et s. (pour les tribunaux correctionnels par exemple).

¹⁰⁵⁷ C. de SAINT-HILAIRE, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁵⁸ B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 101 : « c'est infliger une peine à un citoyen, que de le priver du bénéfice de ses juges naturels ».

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 97.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 97 et s.

¹⁰⁶¹ « Aussi longtemps que les formes subsistent, les tribunaux opposent à l'arbitraire une résistance plus ou moins généreuse, mais qui sert à le contenir. » (*ibid.*, p. 99).

« jugement par jurés »¹⁰⁶². Il demeure ainsi fidèle à sa conception des juges naturels comme pairs, et proche de la conception défendue par Béranger.

173. Ces divergences doctrinales montrent que le droit au juge naturel, tout en étant inscrit dans les textes constitutionnels de la première partie du XIX^e siècle, ne dispose que d'une effectivité très limitée pour lutter contre la multiplication des juridictions d'exception. Les progrès effectués en matière d'organisation judiciaire ordinaire sont limités par les difficultés liées aux bouleversements politiques et à l'alternance entre les titulaires de la souveraineté. Après la Constitution de la II^e République, le droit au juge naturel n'est plus explicitement consacré dans les textes français. La question se pose alors de savoir si l'idée qu'il renferme (à savoir garantir le respect des compétences juridictionnelles ordinaires et lutter contre l'usurpation des compétences par d'autres pouvoirs) continue de prospérer.

§ 3 : La recherche du maintien implicite du principe après 1848

174. La révolution de 1848 entraîne, à nouveau, la rédaction d'une nouvelle constitution pour la France. La Constitution de la II^e République du 4 novembre 1848 illustre ainsi le succès provisoire des idées libérales au niveau constitutionnel. C'est dans ce texte qu'est contenue la dernière consécration textuelle explicite du droit au juge naturel. Son article 4 prévoit ainsi :

« Nul ne sera distrait de ses juges naturels. - Il ne pourra être créé de commissions et de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit. »

Pour la première (et unique) fois de l'histoire constitutionnelle française, la garantie est contenue dans la section relative aux « droits des citoyens garantis par la Constitution ». Cette dernière prend ainsi acte du fait que la protection de la liberté individuelle des citoyens « dépend[e] de l'efficacité des garanties légales » et « de l'indépendance et de la fixité des juges »¹⁰⁶³. C'est notamment la première constitution qui permet au Conseil d'État d'exercer une réelle justice déléguée, sans aucun reste de justice retenue de la part de l'exécutif¹⁰⁶⁴. L'absence de longévité de ce texte et de la II^e République ne permet pas d'évaluer la réalité concrète de cette garantie. Après le coup d'état de Louis-Napoléon Bonaparte en 1851, le droit

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 124.

¹⁰⁶³ F. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, op. cit., p. 207.

¹⁰⁶⁴ Article 6 de la loi du 3 mars 1849 organique du conseil d'État. Voy. B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Léviathan, Paris, PUF, 2003, p. 129.

au juge naturel disparaît définitivement des textes constitutionnels français. La Constitution du 14 janvier 1852 du Second Empire prévoit certes, à son article 1^{er}, qu'elle « reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 », mais cette formulation est relativement floue. Dans son *Précis de droit public et administratif* de 1860, Anselme Batbie¹⁰⁶⁵, reprenant le *Cours* de Firmin Laferrière, estime qu'il faut renvoyer à la Constitution de 1791, laquelle consacre, entre autres, « le droit pour tout citoyen de n'être jugé que par ses juges naturels »¹⁰⁶⁶. Selon leur conception commune, le droit au juge naturel est donc une « garantie sociale sans laquelle il n'y aurait pas de liberté civile »¹⁰⁶⁷, dont la « sanction implicite » est toujours contenue dans la Constitution de 1852¹⁰⁶⁸. Après la chute de Napoléon III en 1870, le désintérêt pour la question judiciaire empêche de penser la restauration du droit au juge naturel – ou de toute autre garantie juridictionnelle. En effet, dans les débats qui ont lieu à l'Assemblée entre 1871 et 1875, il n'est jamais question du pouvoir judiciaire, pas plus que de la question de la garantie des droits et libertés¹⁰⁶⁹. Il ne semble même pas que la nécessité de garantir l'indépendance de la justice soit évoquée, au contraire de la nécessaire indépendance du pouvoir exécutif face au législatif¹⁰⁷⁰. Il n'est donc pas surprenant que les lois constitutionnelles de 1875 ne traitent tout simplement pas du pouvoir judiciaire¹⁰⁷¹. Dans son *Cours de droit administratif et de législation française des finances* de 1898, Théophile Ducrocq¹⁰⁷² ne considère plus le droit au juge naturel comme un « principe de droit public ». Il ne fait du « droit à la juridiction de ses juges naturels » qu'une « conséquence » du principe de liberté individuelle¹⁰⁷³. Concernant le fondement de ce droit, il renvoie à l'Assemblée constituante de 1789, et aux « lois d'instruction criminelle », estimant que sa seule exception est le cas de l'état de siège¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁵ Sur cet auteur, voy. par ex. F. BURDEAU, « Batbie Anselme-Polycarpe », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 65-66.

¹⁰⁶⁶ A. BATBIE, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1860, p. 4. Voy. aussi la même année F. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁶⁷ F. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁰⁶⁹ L. de THY, *L'écriture des lois constitutionnelles de 1875. La fondation de l'ordre constitutionnel de la III^e République*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 156, 2021, p. 161.

¹⁰⁷⁰ Voy. par ex. l'essentiel des revendications résumées par Édouard Laboulaye : « Deux chambres, un pouvoir exécutif indépendant et responsable, un pouvoir judiciaire qui soumet au joug de la loi aussi bien ceux qui gouvernent que ceux qui sont gouvernés : voilà les éléments de la liberté politique chez les peuples modernes » (É. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 313). Aucun mot sur l'indépendance du pouvoir judiciaire.

¹⁰⁷¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 484-485.

¹⁰⁷² P. GONOD, « Ducrocq Théophile », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 353.

¹⁰⁷³ T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, tome 3, 7^e éd., Paris, Fontemoing, 1898, p. 504.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 505.

175. L'une des clefs d'explication de ce désintérêt croissant pour le droit au juge naturel et de l'absence de reprise du principe en droit français peut être le climat de méfiance générale envers la justice en France. La haute magistrature est encore attaquée pour ses liens avec l'Ancien régime, pour sa « complaisance coupable [...] envers les traditions monarchiques »¹⁰⁷⁵. Cela est notamment dû à l'absence de réelle indépendance de la justice vis-à-vis du pouvoir politique¹⁰⁷⁶. En effet, entre 1879 et 1883, la III^e République naissante procède encore au « renouvellement presque complet des membres du Conseil d'État » et à une épuration « massive » des juges judiciaires¹⁰⁷⁷, en suspendant notamment le principe d'inamovibilité¹⁰⁷⁸. Ce sont donc davantage les avocats qui sont sollicités pour protéger les libertés individuelles face aux dérives autoritaires, et non pas les juges, agents du régime en place, « présumés à la botte »¹⁰⁷⁹. Les principaux opposants aux régimes de l'époque – Jules Favre, Jules Grévy, Jules Ferry, ou encore Léon Gambetta – sont par exemple tous avocats¹⁰⁸⁰, et dénoncent l'absence d'indépendance des juges. À titre d'illustration, Jules Favre¹⁰⁸¹ critique le procès politique dont sont victimes deux hommes en 1868, en raison de l'organisation d'une réunion électorale privée, que l'administration a faite interdire :

« Assurément il n'est pas dans ma pensée de vouloir humilier le rôle que remplit le magistrat qui, auxiliaire de la justice, rechercher les malfaiteurs et découvrir le crime ; mais enfin, qui peut douter que *sa position soit subordonnée*, qu'il soit *l'agent du pouvoir*, et que, dans un procès qui est un *procès politique*, le commissaire n'ait pas la liberté qui appartient à tous les citoyens ? »¹⁰⁸²

176. Du point de vue pratique, la réalité du maintien de la garantie du juge naturel est plus difficile à percevoir dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Certes, l'expression « juges

¹⁰⁷⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 531.

¹⁰⁷⁶ Sur l'absence d'indépendance de la justice en France au XIX^e siècle et l'absence de théorisation doctrinale de du concept d'indépendance de la justice, voy. par ex. C. JANSSEN-BENNYNCK, *Les concepts d'indépendance de la justice. Une analyse historique et comparée (Angleterre, Allemagne et France)*, thèse de doctorat, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2015, p. 419 et s., 492 et s.

¹⁰⁷⁷ J.-M. SAUVÉ, « L'État de droit aujourd'hui », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, chron. n° 62. Jean-Pierre Royer définit ainsi l'année 1883 comme l'année de « la plus vaste épuration judiciaire de l'histoire de France » (J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 458). Sur cette « grande purge », voy. *ibid.*, p. 687 et s. Sur l'épuration au sein du Conseil d'État, voy. B. PACTEAU, *op. cit.*, p. 184, 211-214.

¹⁰⁷⁸ Voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 693-699.

¹⁰⁷⁹ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 67.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹⁰⁸¹ Sur ce célèbre avocat, voy. par ex. J.-J. CLÈRE, « Favre Jules-Gabriel-Claude », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 420-421.

¹⁰⁸² J. FAVRE, *Plaidoyers politiques et judiciaires*, tome 2, Paris, E. Plon et Cie, 1882, p. 529.

naturels » continue d'être employée par les juridictions et par la doctrine¹⁰⁸³, mais il n'est pas facile d'y voir l'énonciation d'un réel principe et, surtout, d'un principe ayant le même objectif que celui qui a accompagné son développement historique. En effet, l'expression est progressivement utilisée dans des cas précis, en relation avec la question de la compétence d'une juridiction (en concurrence potentielle avec une autre compétence), mais sans dimension liée à l'interdiction des ingérences extérieures dans le cours de la justice. Le « principe de droit public »¹⁰⁸⁴ du juge naturel, tel qu'énoncé à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, est ainsi abaissé au rang de principe processuel, et n'a pas la force d'un principe constitutionnel ou fondamental. En l'absence de fondement textuel, la Cour de cassation se voit contrainte d'énoncer comme « attendu » que « nul ne peut être distrait de ses juges naturels qu'au cas de nécessité absolue »¹⁰⁸⁵, mais la réalité pratique qu'elle donne à ce principe est limitée. D'abord, l'expression « juges naturels » est employée pour traiter la question de la compétence des juridictions françaises lorsqu'il existe un élément d'extranéité dans le litige (dans une perspective de droit international privé, encore utilisée aujourd'hui)¹⁰⁸⁶. En complément, les recherches dans les décisions juridictionnelles répertoriées par les frères Dalloz¹⁰⁸⁷, puis par leurs successeurs, permettent de mettre en lumière l'utilisation de l'expression pour le cas précis de la pluralité de défenseurs en matière personnelle, et du choix laissé au demandeur du tribunal (art. 59 al. 2 du code de procédure civile de 1806¹⁰⁸⁸). Dans cette perspective, le principe du juge naturel vise à garantir que le demandeur ne détourne pas cette règle pour distraire l'un des

¹⁰⁸³ M. DUPUIS-BERRUUX, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁸⁴ Cour royale de Bordeaux, 4^e ch., arrêt du 22 avril 1828 (reproduit in D. DALLOZ, C.V. de TOURNEMINE, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1828, part. 2, p. 210.).

¹⁰⁸⁵ C. cass., ch. crim., arrêt du 23 mai 1885 (reproduit in É. DALLOZ, C. VERGÉ, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1886, part. 1, p. 95).

¹⁰⁸⁶ Voy. déjà Cour royale de Grenoble, 1^e ch., arrêt du 3 janvier 1829 (reproduit in D. DALLOZ, C.V. de TOURNEMINE, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1829, part. 2, p. 150), ou encore, dans la seconde partie du XIX^e siècle, Cour d'appel de Paris, ch. réunies, arrêt du 21 janvier 1889 (reproduit in É. DALLOZ, C. VERGÉ, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1889, part. 2, p. 275). L'expression est notamment systématiquement utilisée en matière franco-suisse, car un traité entre les deux pays utilise explicitement l'expression « juges naturels » dans l'une de ses dispositions, citées par les juridictions françaises (traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1^{er}). Voy. par ex. C. cass., ch. req., arrêt du 25 février 1879 (reproduit in É. DALLOZ, C. VERGÉ, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1880, part. 1, p. 20-21).

¹⁰⁸⁷ Sur ces deux frères, voy. par ex. C. SAPHORE, « Dalloz Victor-Alexis-Désiré », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 301-303 ; C. SAPHORE, « Dalloz Armand-Pierre-Jean », in *ibid.*, p. 301.

¹⁰⁸⁸ Article 59 du code de procédure civile de 1806 : « [al. 1^{er}] En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile ; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence ; [al. 2] S'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur ; [...] ».

défendeurs de son juge naturel¹⁰⁸⁹. Ce principe est ainsi mobilisé pour protéger le défendeur face au demandeur, donc un justiciable face à un autre justiciable, et non pas les justiciables et les juridictions contre les ingérences des pouvoirs exécutif et législatif dans le cours de la justice. Pareillement, le développement, plus tardif, de la mobilisation de l'expression « juges naturels » dans le contexte des conflits de compétences entre juridictions judiciaires et juridictions administratives¹⁰⁹⁰, s'inscrit dans un contexte de dispute d'une compétence entre des juridictions, et ne se conçoit pas comme l'empêchement des ingérences extérieures dans le cours de la justice.

177. Enfin, cette perte du lien avec le développement historique du droit au juge naturel comme principe interdisant les ingérences extérieures dans la justice se perçoit également par le fait qu'en l'absence de garantie réellement consacrée, des juridictions d'exception ou extraordinaires continuent d'être créées en France. En effet, la justice politique constitue l'arme commune à l'ensemble des régimes politiques du XIX^e siècle, même dans sa seconde moitié : Haute Cour de justice en 1848 et 1852, Sénat de 1875¹⁰⁹¹. Le procès du général Boulanger devant le Sénat organisé en Haute Cour de justice en 1889 montre l'utilisation de la justice politique comme prétexte pour éloigner les opposants¹⁰⁹². De nouvelles juridictions d'exception sont également créées, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, et même au XX^e siècle. Sous le Second Empire, des « commissions mixtes » sont mises en place dès 1852 par une circulaire

¹⁰⁸⁹ Voy. par ex. déjà Cour royale de Nîmes, arrêt du 6 mars 1834, laquelle cite l'article 53 de la Charte de 1830 (reproduit in D. DALLOZ, A. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume, recueil périodique et critique*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1837, part. 1, p. 361). Voy. également C. cass., ch. req., arrêt du 26 décembre 1899 (reproduit in É. DALLOZ, C. VERGÉ, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1900, part. 1, p. 94).

C'est également le cas dans le cadre de l'application de l'article 181 du code de procédure civile de 1806, relatif au tribunal compétent en matière de garantie (« Ceux qui seront assignés en garantie, seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils déniaient être garants ; mais s'il paraît par écrit, ou par l'évidence du fait, que la demande originaire n'a été formée que pour les traduire hors de leur tribunal, ils y seront renvoyés »). Voy. par ex. déjà C. cass., ch. req., arrêt du 16 novembre 1826 (reproduit in D. DALLOZ, C.V. de TOURNEMINE, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1827, part. 1, p. 49), ou encore, plus tard, C. Cass., ch. req., arrêt du 17 février 1868 (reproduit in É. DALLOZ, C. VERGÉ, *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1868, part. 1, p. 280-281).

¹⁰⁹⁰ Le juge judiciaire est ainsi qualifié de « juge naturel de la propriété » (F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 1^e éd., p. 249 ; A. BATBIE, *Précis du Cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 4^e éd., Paris, 1876, p. 434), de « juge naturel de la liberté individuelle » (*ibid.*, p. 683.), ou encore de « juge naturel des intérêts privés » (F. LAFERRIÈRE, A. BATBIE, *op. cit.*, p. 567). L'expression n'est elle-même pas employée par le Conseil d'État ou le Tribunal des conflits, mais uniquement ponctuellement par les commissaires du gouvernement (ancêtres des rapporteurs publics), dans des affaires questionnant la compétence du juge administratif par rapport au juge judiciaire. Voy. simplement, à titre d'exemple, les conclusions du commissaire du gouvernement M. David sous un arrêt du Conseil d'État du 26 juin 1874, n° 46.663, reproduites in A. HALLAYS-DABOT (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux et des décisions du Tribunal des conflits*, tome 44, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1874, p. 603-607, en part. p. 607.

¹⁰⁹¹ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 65 (note n° 1).

¹⁰⁹² Voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 837-841.

qui prévoit qu'elles soient composées du préfet de département, du procureur général du chef-lieu et de l'officier supérieur commandant les troupes du département¹⁰⁹³. Dans la mesure où seule une loi peut créer une juridiction, le pouvoir prend un décret pour valider rétroactivement la circulaire¹⁰⁹⁴. Cela illustre la faiblesse du principe de légalité lorsque le pouvoir est autoritaire. Le XX^e siècle connaît également son lot de juridictions d'exception. Après les conseils de guerre spéciaux de la Première guerre mondiale¹⁰⁹⁵, le régime de Vichy juge les opposants au régime notamment par la mise en place de sections spéciales au sein des cours d'appel ou encore d'un « tribunal d'État », pouvant méconnaître les dispositions du code pénal et ajouter des incriminations¹⁰⁹⁶. Dans les années 1950 et 1960, c'est le contexte de la guerre d'Algérie qui justifie l'instauration d'une nouvelle justice d'exception. La création de « tribunaux permanents des forces armées » permet en particulier de faire juger les crimes commis par les combattants algériens par un jury composé de militaires¹⁰⁹⁷. À partir de 1960, ce sont des « avocats généraux militaires » ou des « procureurs militaires » qui sont chargés de mener les enquêtes, en recourant notamment à la torture¹⁰⁹⁸. La création du Haut Tribunal militaire en 1961, remplacé par la Cour militaire de justice en 1962, complète la justice d'exception de la fin de la guerre d'Algérie, à l'initiative du Président de Gaulle¹⁰⁹⁹ – malgré l'opposition du Conseil d'État dans son grand arrêt *Canal* du 19 octobre 1962¹¹⁰⁰.

178. Les tribunaux militaires ou conseils de guerre constituent un exemple intéressant de tribunaux d'exception ayant survécu tout au long du XIX^e siècle, sans être durablement inquiétés par une quelconque garantie du juge naturel. Initialement, ils sont règlementés par un décret impérial du 24 décembre 1811, lequel permet à ces juridictions de connaître de « tous les délits dont le gouverneur ou le commandant n'a pas jugé à propos de laisser la connaissance aux tribunaux ordinaires », lorsque l'état de siège est décrété (article 103) – y compris les délits de droit commun et les délits commis par des civils et non des militaires. À l'occasion de l'état de siège de la ville de Paris pendant l'épisode des barricades de juin 1832, la Cour de cassation se prononce sur l'application du décret de 1811 sous l'empire de la Charte de 1830. C'est

¹⁰⁹³ *Ibid.*, p. 579.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 907 et s.

¹⁰⁹⁶ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 571. Sur la justice sous le régime de Vichy de manière plus générale, voy. J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 961 et s.

¹⁰⁹⁷ S. THÉNAULT, « Justice et droit d'exception en guerre d'Algérie (1954-1962) », *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 73 ; J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 1084.

¹⁰⁹⁸ S. THÉNAULT, art. cité, p. 74.

¹⁰⁹⁹ Sur ce système de justice d'exception, voy. par ex. l'ouvrage de G. FINIDORI, *Un formidable système répressif : les juridictions d'exception à la fin de la guerre d'Algérie (1961-1963)*, Poitiers, Dominique Martin Morin, 2022.

¹¹⁰⁰ Voy. *infra*, Chapitre V, Section 1, § 3, para. n° 301.

Odilon Barrot, célèbre avocat et opposant politique¹¹⁰¹, qui plaide devant la Cour pour demander l'incompétence du conseil de guerre. Dans sa plaidoirie, celui-ci démontre que le conseil de guerre est bien une juridiction extraordinaire pour son client, qui n'est pas militaire. Il s'empporte :

« On voudrait nous faire croire qu'un tel tribunal armé est un tribunal ordinaire ! Mais c'est la plus énorme des exceptions, la plus monstrueuse des juridictions spéciales ! »¹¹⁰²

Barrot fonde son argumentation sur le nécessaire respect de la Charte, qui oblige à laisser inappliquées les lois antérieures sur l'état de siège qui ne sont pas compatibles. Il estime en particulier que c'est à la Cour de cassation de protéger le respect de la constitution¹¹⁰³. Dans son arrêt du 30 juin 1832¹¹⁰⁴, la Cour de cassation juge, dans le sens de l'avocat, que l'article 103 est « inconciliable » avec la Charte de 1830 et, plus précisément, avec les articles 53 et 54. Elle estime notamment que « les conseils de guerre ne sont des tribunaux ordinaires que pour le jugement des crimes et des délits commis par des militaires ou par des individus qui leur sont assimilés par la loi ; [...] ils deviennent des tribunaux extraordinaires, lorsqu'ils étendent leur compétence sur des crimes ou des délits commis par des citoyens non militaires »¹¹⁰⁵. Dans un arrêt ultérieur, elle précise que les articles 54 et 56 de la Charte « ne permettent pas qu'en aucun cas, les individus non militaires soient soustraits à leurs juges naturels »¹¹⁰⁶. À cette période, la Cour de cassation donne donc une réelle effectivité au droit au juge naturel, en censurant, pour incompétence, les décisions rendues par des tribunaux militaires ou conseils de guerre à l'encontre de civils. Cependant, ultérieurement, la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège maintient les mêmes règles que le décret de 1811, sans considération de ces arrêts de la Cour de cassation. Son article 8 prévoit ainsi : « les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits contre la sûreté de la République, contre la Constitution, contre l'ordre et la paix publique, quelle que soit la qualité

¹¹⁰¹ J.-J. CLÈRE, « Barrot Camille-Hyacinthe-Odilon », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 54-55.

¹¹⁰² O. BARROT, Plaidoirie pour le Sieur Geoffroy devant la Cour de cassation le 30 juin 1832, reproduite in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1832, part. I, p. 265-269, en part. p. 266.

¹¹⁰³ O. BARROT, Plaidoirie pour le Sieur Geoffroy devant la Cour de cassation le 30 juin 1832, reproduite in *ibid.*, part. I, p. 268.

¹¹⁰⁴ C. cass., ch. crim., arrêt du 30 juin 1832, reproduit in *ibid.*, part. I, p. 273-274.

¹¹⁰⁵ C. cass., arrêt précité du 30 juin 1832, reproduit in *ibid.*, part. I, p. 274.

¹¹⁰⁶ C. cass., ch. crim., arrêt du 17 novembre 1832, reproduit in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1833, part. I, p. 46.

des auteurs principaux et des complices »¹¹⁰⁷. Or, selon Laferrière et Batbie, dans la mesure où l'état de siège est envisagé dans la Constitution de 1848 – puis dans celle de 1852 –, et que sa mise en œuvre doit être réglée par la loi, cette nouvelle disposition, bien qu'étant contraire au droit au juge naturel, n'est pas inconstitutionnelle puisque prévue par une loi dont l'édiction est elle-même prévue par la Constitution¹¹⁰⁸. Cette vision des choses renforce le légicentrisme et ne donne pas de réelle valeur supra-législative aux principes constitutionnels. Avec la disparition d'un droit explicite au juge naturel, ce sentiment ne peut qu'être renforcé. Il n'y a aucun instrument constitutionnel qui permette d'empêcher les pouvoirs législatif et exécutif de créer des juridictions d'exception.

¹¹⁰⁷ Reproduit in J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 49, Paris, Directeur de l'administration, 1849, p. 268-277, en part. p. 274, 276.

¹¹⁰⁸ F. LAFERRIÈRE et A. BATBIE, *op. cit.*, p. 398-399.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

179. Le bouleversement de la Révolution française permet la première concrétisation textuelle du droit au juge naturel en France. Cependant, l'esprit révolutionnaire n'est pas réellement tourné vers la justice et l'importance d'y prévoir des garanties procédurales. Le principe d'égalité constitue l'*alpha* et l'*oméga* de la pensée révolutionnaire. Ainsi, le droit au juge naturel est pensé dans ce contexte, comme garantissant à tous d'être jugés par leurs pairs-citoyens et comme interdisant les privilèges de juridiction. Toutefois, la pensée révolutionnaire est surtout marquée par la méfiance envers la justice, notamment professionnelle, et préfère donc miser sur la clairvoyance des citoyens pour régler leurs différends, que de développer des outils procéduraux de protection et de garantie des droits et libertés. Cela explique peut-être pourquoi le droit au juge naturel ne fait finalement l'objet d'aucune discussion explicite lors de la période révolutionnaire. Ultérieurement, le XIX^e siècle est marqué par l'alternance des régimes politiques, dans un certain autoritarisme qui utilise la justice comme « bras armé ». Cette situation, caractérisée par la méfiance des justiciables envers la magistrature et l'institution judiciaire, n'est pas propice au développement de revendications en faveur du droit au juge naturel. La période napoléonienne pose les fondements de l'architecture administrative et judiciaire française, sur lesquels se baseront les régimes suivants, en s'accommodant de la dépendance des juges au pouvoir exécutif. Même si le droit au juge naturel est consacré par les Chartes de 1814 et 1830, il ne trouve qu'une effectivité très limitée, ne permettant que ponctuellement d'éviter l'ingérence du pouvoir royal dans le cours de la justice, notamment par la création de juridictions d'exception. Même si l'expression apparaît toujours, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, dans quelques décisions juridictionnelles et dans certains ouvrages de doctrine, le droit au juge naturel s'apparente davantage à un principe processuel permettant de désigner le juge compétent (soit géographiquement, soit matériellement) et protégeant le détournement des compétences par les justiciables ou les juges eux-mêmes. La persistance de la création régulière de juridictions d'exception, jusqu'au XX^e siècle, illustre la disparition d'un droit au juge naturel comme droit fondamental des justiciables à l'interdiction des ingérences des autres pouvoirs dans la justice.

CHAPITRE IV : L'IMPORTANCE CROISSANTE DU JUGE ET DU DROIT AU JUGE LÉGAL DANS L'ALLEMAGNE DU XIX^e SIÈCLE : UNE PROGRESSION PARALLÈLE À CELLE DU *RECHTSSTAAT*

180. À la fin du XVIII^e siècle, finalement dominée par les idées des Lumières et par la philosophie kantienne, la critique de l'absolutisme éclairé et de la conception de l'État comme État de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*), prend forme. L'importance prise par l'individu en tant que personne et la protection de ses droits va à l'encontre de cet « État-providence absolutiste », et contribue à poser les fondements d'un *Rechtsstaat*¹¹⁰⁹. En même temps, la dissolution du Saint-Empire romain germanique, en 1806, entraîne la modification des structures territoriales et l'accession des États à la souveraineté. Une première vague constitutionnelle se produit alors dans ces territoires, prévue notamment par l'article 13 de l'acte constitutif de la Confédération germanique (*Deutsche Bundesakte*) du 8 juin 1815¹¹¹⁰. Les premières consécration constitutionnelles du droit au juge légal voient le jour dans les constitutions adoptées jusqu'à la révolution de 1848 (période appelée *Vormärz*). Pour les libéraux, les garanties institutionnelles « doivent protéger la sphère privée des empiètements de l'autorité publique »¹¹¹¹. Toutefois, le modèle constitutionnel choisi à cette période, celui de la monarchie limitée, ne permet pas aux garanties énoncées de jouer pleinement (**Section 1**). Progressivement cependant, les idées libérales prospèrent et se concentrent notamment sur l'importance du juge et de la justice. Le sujet, devenu citoyen, ne s'en remet plus à la sagesse « éclairée » du monarque pour la sauvegarde de ses droits, mais à des garanties procédurales individuelles¹¹¹². C'est dans ce cadre que le droit au juge légal peut se développer de manière approfondie en tant que manifestation

¹¹⁰⁹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012, p. 59.

¹¹¹⁰ L'Acte constitutif de la Confédération germanique du 8 juin 1815 est intégré à l'Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, conclu après la seconde abdication de Napoléon I^{er}. Il a ensuite été modifié par l'Acte final de la Conférence de Vienne du 15 mai 1820 (*Wiener Schlussakte*). L'article 13 des *Bundesakte* du 8 juin 1815 dispose ainsi : « Dans tous les États confédérés, il y aura une constitution prévoyant des assemblées d'états ». (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 2, Leipzig, Altenburg, Brockhaus, 1817, p. 93-104, en part. p. 100, traduction par A. GAILLET, *L'individu contre l'État. op. cit.*, p. 53). Sur les ambiguïtés autour de cet article, voy. par ex. J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Léviathan, Paris, PUF, 2002, p. 44-47.

¹¹¹¹ U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 249.

¹¹¹² *Ibid.*

du principe de l'État de droit¹¹¹³. L'usurpation, par le souverain, des compétences juridictionnelles s'apparente désormais à un « assassinat judiciaire » (*Justizmord*)¹¹¹⁴, à la « preuve d'un état despotique sans droit »¹¹¹⁵, à une « justice fictive » (*Scheinjustiz*)¹¹¹⁶. Ce cheminement permet finalement l'émergence d'une réelle garantie constitutionnelle, d'abord de manière éphémère au moment de la révolution de 1848, puis de façon durable à la fin du XIX^e siècle (Section 2).

Section 1 : Une reconnaissance limitée dans les premières constitutions allemandes

181. Jusqu'à la révolution de 1848 (période appelée *Vormärz*), de fortes revendications libérales se développent en Allemagne, s'articulant autour de l'idée de *Rechtsstaat* et centrées sur « l'épanouissement des libertés individuelles et l'établissement de limites juridiques à l'action étatique »¹¹¹⁷. L'instauration de telles limites passe notamment par l'adoption de textes constitutionnels dans un certain nombre d'États allemands du début du XIX^e siècle, en particulier après la chute de l'empereur François II. Il s'agit de constitutions octroyées par Napoléon I^{er} aux États membres de la Confédération du Rhin¹¹¹⁸, qui prennent exemple sur les modèles français, notamment pour l'abolition des privilèges et l'égalité¹¹¹⁹. Dans ce cadre, un certain nombre d'entre elles proclament des garanties en matière judiciaire, tels que l'indépendance des juges¹¹²⁰, ou le fonctionnement « conforme à la loi [*gesetzmäßig*], stable et impartial » de la justice¹¹²¹. En particulier, la Constitution bavaroise du 1^{er} mai 1808 garantit le

¹¹¹³ J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF, C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour.

¹¹¹⁴ K. WELCKER, « Cabinetsjustiz, Cabinetsinstanz », *Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 3, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1859, p. 256.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4^e éd., Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1840, p. 573 (note n° i).

¹¹¹⁷ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 33.

¹¹¹⁸ Traité de la confédération du Rhin du 12 juillet 1806, reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 2, p. 78-91. Sur cette période de « l'Allemagne napoléonienne », voy. par ex. J. DROZ, *Histoire de l'Allemagne*, tome 1 : *La formation de l'unité allemande 1789-1871*, Paris, Hatier, collection d'histoire contemporaine, 1970, p. 42 et s.

¹¹¹⁹ Article 10 de la Constitution de Westphalie du 15 novembre 1807 (reproduite in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 2, p. 117-127, en part. p. 120), paragraphe 11 de la Constitution du Grand-duché de Francfort du 16 août 1810 (reproduite in *ibid.*, p. 235-244, en part. p. 238), article 8 de la Constitution du duché d'Anhalt-Köthen du 28 décembre 1810 (reproduite in *ibid.*, p. 260-262, en part. p. 261).

¹¹²⁰ Article 49 de la Constitution de Westphalie (reproduite in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 2, p. 125), paragraphe 39 de la Constitution du Grand-duché de Francfort (reproduite in *ibid.*, p. 242).

¹¹²¹ Paragraphe 42 de la Constitution du Grand-duché de Francfort (reproduite in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 2, p. 242).

droit au juge légal en matière criminelle, en interdisant au roi d'entraver la résolution d'une affaire pendante¹¹²². Toutefois, au regard de la durée très limitée de la domination française et du climat de guerre et d'instabilité dans lequel ces constitutions sont adoptées, l'ensemble des principes consacrés, tout comme les régimes institués par ces constitutions, n'ont pas le temps d'être appliqués et mis en place. À la chute de Napoléon, la Confédération germanique est créée, dont l'Acte constitutif de 1815 prévoit l'adoption de constitutions dans les États membres. C'est dans ce cadre que les premières consécration durables du droit au juge légal apparaissent en Allemagne, lesquelles prennent pour partie exemple sur la France et le régime instauré par la Charte de 1814. Ces acquis textuels (§ 1) sont donc, en raison de leur caractère octroyé, d'une effectivité limitée (§ 2).

§ 1 : Les acquis des constitutions de la période du *Vormärz*

182. Désormais réunis au sein de la « Confédération germanique » (*Deutscher Bund*), une entité permettant d'acter la « Restauration » dans les territoires allemands¹¹²³, les 39 États germaniques sont priés d'adopter des constitutions, conformément à l'Acte constitutif. À cette période, comme en France, les aspirations libérales visent à mettre en place un système moderne de représentation (parlementarisme), limité par un catalogue de droits et libertés des citoyens¹¹²⁴. Ces aspirations connaissent des destins inégaux selon les États. En effet, tous n'adoptent pas de texte constitutionnel durant le *Vormärz*. Si le grand-duché de Bade ou la Bavière se dotent d'une constitution dès 1818, la Prusse et l'Autriche rejettent les avancées libérales et le système représentatif, et refusent ainsi, en raison de l'ambiguïté de la formulation de l'article 13 de l'Acte constitutif, de limiter le pouvoir souverain par l'édiction d'un texte moderne¹¹²⁵. Les tentatives prussiennes de réforme démontrent notamment la volonté politique conservatrice du roi et de son entourage, plus proche du despotisme éclairé que du constitutionnalisme¹¹²⁶. Frédéric-Guillaume III promet ainsi l'octroi d'une constitution le 22 mai 1815, constitution qui ne sera jamais concédée, et crée des « assemblées provinciales »

¹¹²² Paragraphe 4 du titre V de la Constitution du Royaume de Bavière du 1^{er} mai 1808 (reproduite *in ibid.*, p. 132-142, en part. p. 140-141).

¹¹²³ J. CHAPOUTOT, *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, 2^e éd., Que sais-je ?, Paris, PUF, 2017, p. 21.

¹¹²⁴ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 49.

¹¹²⁵ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 21-22 ; J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 47 ; D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankenreich bis zur Europäischen Union*, 9^e éd., Juristische Kurz-Lehrbücher, Munich, C. H. Beck, 2024, p. 243.

¹¹²⁶ Voy. J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 19-34.

(*Provinziallandtage*)¹¹²⁷ ne remplissant pas les conditions d'une représentation nationale¹¹²⁸. En revanche, les interventions directes des souverains dans le cours de la justice se font plus rares. Par exemple, Frédéric-Guillaume III supprime la possibilité d'annuler une décision judiciaire en matière civile dès 1804 et proclame que la justice doit être laissée aux tribunaux seuls dans un règlement de 1810¹¹²⁹. En 1815, il déclare que les tribunaux ne sont soumis qu'à la loi, et non aux rescrits ou sentences émanant du roi¹¹³⁰. Cependant, en matière pénale, le roi conserve la possibilité d'alourdir les peines, tandis que la confirmation du jugement est encore perçue comme une partie intégrante de la procédure criminelle¹¹³¹.

183. Dans les États allemands qui se dotent de nouvelles constitutions, le modèle plébiscité est celui de la monarchie limitée française mise en place par la Charte de 1814¹¹³². Certaines d'entre elles, notamment dans les plus petits territoires, ont un contenu très limité, et ne garantissent pas le droit au juge légal¹¹³³. Par ailleurs, parmi les 29 constitutions adoptées par les États allemands de la Confédération germanique lors de la première vague constitutionnelle (1814-1820), seules cinq sont considérées comme ayant répondu au moins partiellement aux attentes des mouvements libéraux : la Constitution de Nassau de 1814, celles de Bavière et de Bade de 1818, celle du Wurtemberg de 1819, et celle de Hesse-Darmstadt de 1820¹¹³⁴. Ces cinq constitutions consacrent précisément le droit au juge légal. La première est le *Patent* du duché de Nassau du 2 septembre 1814¹¹³⁵. Dans le deuxième paragraphe de ce texte constitutionnel, le souverain s'engage notamment à ce qu'« aucun de Nos sujets ne soit privé, par des mesures extraordinaires, de son tribunal habituel et de son juge ordinaire préalablement désigné par les lois ». Des formulations similaires sont insérées dans les textes constitutionnels d'États du sud de la Confédération. La Charte bavaroise du 26 mai 1818 utilise notamment cette même référence au juge « ordinaire »¹¹³⁶, tout comme les textes

¹¹²⁷ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 243.

¹¹²⁸ J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 37-38 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 48.

¹¹²⁹ E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 96.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 96-97.

¹¹³¹ Voy. notamment les paragraphes 508, 512, 515, 517 et s. du code pénal de 1805 (*Kriminalordnung*).

¹¹³² D. LANGEWIESCHE, *Europa zwischen Restauration und Revolution. 1815-1849*, 5^e éd., Munich, R. Oldenbourg, 2007, p. 10 ; U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 257.

¹¹³³ Aucune garantie ne se trouve par exemple dans le règlement organisant la constitution de Schwarzbourg-Rudolstadt du 8 juin 1816 (K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 2, p. 364 et s.) ou dans celui de la principauté de Schaumbourg-Lippe du 15 janvier 1816 (K. H. L. PÖLITZ, *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 3, Leipzig, Brockhaus, 1820, p. 410 et s.).

¹¹³⁴ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹³⁵ *Patent* du duché de Nassau du 2 septembre 1814, reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 2, p. 295-305.

¹¹³⁶ Paragraphe 8 al. 2 du titre IV de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du Royaume de Bavière du 26 mai 1818 : « Nul ne peut être soustrait à son juge ordinaire. » (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 3, p. 122).

wurtembergeois de 1819¹¹³⁷ et badois de 1818 – ce dernier limitant la garantie aux affaires pénales¹¹³⁸. Le texte constitutionnel du Grand-duché de Hesse-Darmstadt de 1820 utilise la formule de « juge légal », dans une disposition très proche de l'actuel article 101 al. 1^{er} (2) de la Loi fondamentale de 1949 : « Nul ne doit être soustrait à son juge légal »¹¹³⁹. Ces formulations inspirent des constitutions d'Allemagne centrale, notamment celle de Saxe-Cobourg-Saalfeld de 1821, qui dispose d'une formulation identique à celle du Grand-duché de Hesse¹¹⁴⁰.

184. Lors de la deuxième vague constitutionnelle, datée des années 1830, de nouvelles constitutions allemandes sont adoptées, reprenant également le droit au juge légal. L'écho de la révolution de juillet 1830 en France entraîne en effet de plus fortes revendications libérales en Allemagne¹¹⁴¹. De nouvelles constitutions sont adoptées afin de calmer le peuple qui se soulève, notamment en Allemagne du nord et moyenne¹¹⁴². Celles-ci formulent des dispositions proches des constitutions de 1818-1820. La constitution de Hesse Électorale de 1831 se distingue particulièrement, en interdisant dans son paragraphe 114, à la suite de la garantie du juge légal, la création de juridictions et de commissions extraordinaires¹¹⁴³. Ce paragraphe constitue la disposition qui se rapproche le plus des formulations françaises en deux temps (droit au juge naturel/interdiction des juridictions extraordinaires). Les constitutions adoptées à la même période en Saxe, dans les duchés de Saxe-Altenbourg et de Brunswick, dans la principauté de Hohenzollern-Sigmaringen, ou encore pour le royaume de Hanovre, contiennent à leur tour une

¹¹³⁷ Paragraphe 26 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du Royaume du Wurtemberg du 25 septembre 1819 : « Nul ne peut être soustrait à son juge ordinaire, arrêté et puni en dehors des cas et des formes déterminés par la loi, ni laissé plus de vingt-quatre heures dans l'incertitude sur les causes de son arrestation. » (reproduit *in ibid.*, p. 296-297).

¹¹³⁸ Paragraphe 15 al. 1^{er} de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du Grand-duché de Bade du 22 août 1818 : « Nul ne peut être soustrait à son juge ordinaire en matière pénale. » (reproduit *in ibid.*, p. 354).

¹¹³⁹ Article 31 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du Grand-duché de Hesse du 17 décembre 1820, reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 4, Leipzig, Brockhaus, 1825, p. 99.

¹¹⁴⁰ Paragraphe 21 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du duché de Saxe-Cobourg-Saalfeld du 8 août 1821 : « Le fond de l'administration de la justice et la procédure judiciaire, dans les limites de sa compétence légale, de sa forme et de son efficacité, sont entièrement indépendants de l'influence du gouvernement, et nul ne doit être soustrait à son juge légal. » (reproduit *in ibid.*, p. 53).

¹¹⁴¹ J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 140 et s. ; D. LANGEWIESCHE, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴² O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁴³ Paragraphe 114 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) de l'électorat de Hesse du 5 janvier 1831 : « Nul ne peut être soustrait à son juge légal, soit dans les affaires civiles, soit dans les affaires pénales, si ce n'est par les voies régulières, conformément aux principes du droit existant, par la juridiction supérieure compétente. Il ne peut donc jamais être institué de commissions ou de juridictions extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit. La juridiction militaire ne s'exerce sur les personnes civiles que dans le cas où l'état de guerre est déclaré, et seulement dans les limites fixées par la loi. [...] » (reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 1/1, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1832, p. 628-629).

disposition garantissant à tous le droit d'être jugé par son juge ordinaire¹¹⁴⁴ ou légal¹¹⁴⁵. Ces dispositions sont contenues tant dans la partie consacrée aux « droits des citoyens »¹¹⁴⁶ que dans la partie relative à la justice (*Rechtspflege*)¹¹⁴⁷. En dehors du texte constitutionnel de l'électorat de Hesse, la création de juridictions d'exception n'est pas explicitement interdite, mais elle est supposée¹¹⁴⁸. Toutefois, et contrairement aux grandes espérances des libéraux, les textes adoptés, et les garanties qui y sont proclamés, ne constituent que des octrois de la part des souverains allemands. À l'image de la situation française, le droit au juge légal, en tant que garantie individuelle et subjective, a ainsi une effectivité limitée dans cette période en Allemagne.

§ 2 : L'ineffectivité des garanties du *Vormärz*

185. Contrairement à la France, État centralisé depuis plusieurs siècles, le caractère dispersé des États allemands maintient l'attachement des citoyens à l'ordre étatique traditionnel des territoires particuliers¹¹⁴⁹. La disparition du système féodal et traditionnel ne peut donc pas s'opérer avec autant de rupture que dans la France de 1789. Les constitutions du *Vormärz* présentent donc le visage d'un compromis entre principe monarchique et revendications libérales, sans volonté de la part des souverains allemands de limiter leur pouvoir par un texte constitutionnel¹¹⁵⁰. Cette absence de volonté transparaît par exemple à la lecture de l'article 57 de l'Acte final de Vienne de 1820, plus conservateur que l'Acte de 1815¹¹⁵¹, qui dispose :

¹¹⁴⁴ Voy. le paragraphe 48 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) du Royaume de Saxe du 4 septembre 1831 (reproduit *in ibid.*, p. 228) ; le paragraphe 45 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) du duché de Saxe-Altenbourg du 29 avril 1831 (reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 1/2, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1832, p. 864) et le paragraphe 34 al. 3 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) du Royaume de Hanovre du 26 septembre 1833 (reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 3, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1833, p. 576).

¹¹⁴⁵ Voy. le paragraphe 201 du nouveau règlement territorial (*Neue Landschaftsordnung*) du duché de Brunswick du 12 octobre 1832 (reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 1/2, p. 1221) ; le paragraphe 26 de la Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) de la principauté de Hohenzollern-Sigmaringen du 11 juillet 1833 (reproduit *in* K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 3, p. 536).

¹¹⁴⁶ C'est le cas pour les textes de Saxe-Altenbourg, de Hohenzollern et de Hanovre.

¹¹⁴⁷ C'est le cas pour les textes de Hesse électorale, de Saxe et de Brunswick.

¹¹⁴⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁴⁹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 250.

¹¹⁵⁰ D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁵¹ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 23.

« Comme la Confédération allemande, à l'exception des villes libres, se compose de princes souverains, il en résulte que *l'ensemble du pouvoir de l'État doit reposer dans le chef de l'État*, et que le souverain ne saurait être lié au consentement des états par une constitution qu'en ce qui concerne l'exercice de droits déterminés ».

Le caractère octroyé des constitutions est alors difficilement conciliable avec le développement de garanties individuelles (A). En pratique en effet, ces garanties révèlent leur inefficacité en période plus autoritaire, au cours desquelles la toute-puissance du gouvernement ou du souverain peut encore s'exprimer, en contradiction avec les garanties octroyées (B).

A. Le caractère octroyé des constitutions allemandes

186. Dans la période de la Restauration, les libertés civiles et politiques ne sont pas encore garanties¹¹⁵², malgré les premières revendications libérales. L'objectif des dirigeants des États allemands délivrés de la domination française est de stabiliser leur territoire, de former une unité étatique¹¹⁵³. Le processus de constitutionnalisation s'opère ainsi « par le haut », c'est-à-dire à l'initiative des souverains, et non déclenché par une révolution populaire¹¹⁵⁴. Les souverains maintiennent ainsi une continuité et adoptent des textes de compromis, entre revendications libérales et système traditionnel de la royauté et des ordres¹¹⁵⁵. À l'image de la Charte française de 1814, les constitutions adoptées à cette période – et même après la révolution de 1830¹¹⁵⁶ – sont des octrois de la part des souverains¹¹⁵⁷ : d'un côté, le monarque reste le seul titulaire de la souveraineté, conformément au principe monarchique¹¹⁵⁸, mais, d'un autre côté, un organe de représentation du peuple est créé par la constitution¹¹⁵⁹. Exemple pour toutes les constitutions du *Vormärz*, le paragraphe 1^{er} du titre II de la Constitution bavaroise de

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁵³ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 257 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 45 ; J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁵⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert », in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Cologne, Kiepenheuer & Witsch, 1972, p. 149.

¹¹⁵⁵ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 52. Voy. aussi D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 244 ; D. LANGEWIESCHE, *op. cit.*, p. 60 et s.

¹¹⁵⁶ Voy. par ex. en Hesse-Électorale, où le fils du prince abdiquant concède une constitution « parlementaire » (J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 24).

¹¹⁵⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert », *op. cit.*, p. 149. Zaccariä utilise par exemple les adjectifs « donnée » (*gegebene*) ou « convenue » (*vereinbarte*) pour qualifier une telle constitution (H. A. von ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 1 : *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, 3^e éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1865, p. 361).

¹¹⁵⁸ Voy. par ex. E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Der Verfassungstyp », art. cité, p. 148 et s.

¹¹⁵⁹ Même si son caractère représentatif est interprété de manière conservatrice (J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 68 et s.).

1818 illustre ce compromis de la manière suivante : « le roi est le chef de l'État ; il réunit en lui tous les droits de la puissance souveraine et les exerce suivant les règles établies par lui dans la présente Constitution »¹¹⁶⁰. De telles dispositions sont insérées dans un grand nombre de constitutions de cette période, tant dans celles issues de la première vague¹¹⁶¹, que dans celles issues de la deuxième vague¹¹⁶². Dans un tel système dualiste¹¹⁶³, l'initiative législative est confiée au monarque seul¹¹⁶⁴, les assemblées législatives ne pouvant formuler que des vœux, des demandes, ou encore des pétitions. La doctrine allemande, même libérale, s'accommode volontiers de cette forme de régime. Par exemple, pour Karl von Rotteck et Karl Theodor Welcker, les créateurs du libéral *Staatslexikon*¹¹⁶⁵, la monarchie constitutionnelle leur apparaît comme le compromis idéal, « le mot de ralliement des amis de la liberté »¹¹⁶⁶. Le principe monarchique constitue, à cette époque, un « concept dogmatique indiscutable »¹¹⁶⁷, théorisé comme le « fondement du droit public allemand »¹¹⁶⁸. Dans cette mesure, même les libéraux ne plaident pas pour un réel bouleversement au niveau constitutionnel¹¹⁶⁹, notamment

¹¹⁶⁰ Charte constitutionnelle du Royaume de Bavière, reproduite in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 3, p. 114 (traduction par A. Gaillet in *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 51).

¹¹⁶¹ Voy. par ex. le paragraphe 4 de la Charte constitutionnelle du Royaume du Wurtemberg (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 3, p. 293) ; le paragraphe 5 de la Charte constitutionnelle du Grand-duché de Bade (reproduit in *ibid.*, p. 353) ; ou encore l'article 4 de la Charte constitutionnelle du Grand-duché de Hesse (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, op. cit., tome 4, p. 95).

¹¹⁶² Voy. en particulier le paragraphe 10 de la Charte constitutionnelle de l'électorat de Hesse (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, op. cit., tome 1/1, p. 615) ; le paragraphe 4 de la Charte constitutionnelle du Royaume de Saxe (reproduit in *ibid.*, p. 220) ; le paragraphe 4 de la Loi fondamentale du duché de Saxe-Altenbourg (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, op. cit., tome 1/2, p. 857) ; le paragraphe 3 du nouveau règlement territorial du duché de Brunswick (reproduit in *ibid.*, p. 1193) ; le paragraphe 4 de la Charte constitutionnelle de Hohenzollern-Sigmaringen (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, op. cit., tome 3, p. 533) ; ou encore le paragraphe 6 de la Loi fondamentale de Hanovre (reproduit in *ibid.*, p. 571).

¹¹⁶³ À ce sujet, voy. J. HUMMEL, op. cit., p. 103 et s. ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 51 et s.

¹¹⁶⁴ J. HUMMEL, op. cit., p. 51, 76 et s. Les constitutions issues de la deuxième vague constitutionnelle des années 1830 étendent davantage les compétences législatives des assemblées représentatives (*ibid.*, p. 142-143).

¹¹⁶⁵ Le *Staatslexikon*, encyclopédie dont l'édition est dirigée par les deux libéraux badois Rotteck et Welcker, est considéré comme « la bible du libéralisme allemand à l'époque du Vormärz » (O. JOUANJAN, « Présentation », in *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 15, 18 et s.). Après la mort de Rotteck, Welcker continue seul de diriger les deuxième et troisième éditions de l'encyclopédie.

¹¹⁶⁶ K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 4, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1860, p. 106 (traduction, sur la base de la première édition du *Staatslexikon* de 1836, par Luc Heuschling et Jacky Hummel in K. von ROTTECK, « Constitution, Constitutions, principe et système constitutionnels », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2006, vol. 24, p. 384).

¹¹⁶⁷ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, tome 2 : Théorie juridique de l'État, Paris, Giard & Brière, 1913, p. 121.

¹¹⁶⁸ F.J. STAHL, *Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Heidelberg, Mohr, 1845, p. 34.

¹¹⁶⁹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 55 ; J. HUMMEL, op. cit., p. 79 et s. ; J. HUMMEL, « État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 134-135.

parce qu'ils réfutent, dans leur grande majorité, le principe de la séparation des pouvoirs¹¹⁷⁰. Par exemple, Zachariä considère que la deuxième conséquence du principe monarchique est que « le monarque doit être le titulaire de l'ensemble des droits souverains contenus dans l'autorité de l'État, sans délégation à un autre sujet existant avant lui ou même à côté de lui »¹¹⁷¹. Le monarque, en tant que chef d'État est donc « la source de tous les pouvoirs publics dans l'État »¹¹⁷². La séparation des pouvoirs est perçue comme une menace pour l'unité de l'État¹¹⁷³. Seul Rotteck voit dans la division subjective des pouvoirs entre gouvernement et représentation du peuple un principe constitutionnel¹¹⁷⁴.

187. Dans ce contexte, le système de la monarchie limitée entraîne le maintien du principe selon lequel le souverain est « source de toute justice »¹¹⁷⁵, ce que certaines constitutions proclament encore explicitement¹¹⁷⁶. En outre, plusieurs dispositions constitutionnelles relatives à la justice démontrent l'absence de séparation des pouvoirs et de renoncement du monarque à intervenir dans le cours de la justice. Par exemple, la plupart des constitutions ne prévoient pas explicitement l'interdiction du monarque d'alourdir les peines pénales¹¹⁷⁷, ce qui lui donne encore un rôle important au-delà du pouvoir symbolique de grâce. De plus, le droit de suppression de la procédure par le monarque n'est que rarement traité explicitement. Les deux seules constitutions à l'envisager sont la constitution saxonne, pour le maintenir¹¹⁷⁸, et la constitution bavaroise, pour le supprimer¹¹⁷⁹. Cela laisse, pour toutes les autres constitutions, un certain flou qui peut encore être favorable au régent. Par ailleurs, ce n'est pas réellement au juge qu'est initialement confiée la protection des libertés individuelles, mais aux assemblées législatives¹¹⁸⁰. Or, non seulement le principe de la réserve de loi (*Gesetzesvorbehalt*) est encore strictement limité à la protection de la liberté et de la propriété

¹¹⁷⁰ Voy. par ex. J. C. von ARETIN, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, tome 1, Altenburg, Literatur-Comptoir, 1824, p. 86 et s. ; H. A. von ZACHARIÄ, *op. cit.*, tome 1, p. 82 et s. Sur cette question, voy. par ex. S. KORIOTH, « “Monarchisches Prinzip” und Gewaltenteilung - unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus », *Der Staat*, 1998, vol. 37, p. 27-55.

¹¹⁷¹ H. A. von ZACHARIÄ, *op. cit.*, tome 1, p. 82.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 83.

¹¹⁷³ Voy. par ex. T. von SCHMALZ, *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, Rengersche Buchhandlung, 1807, p. 290. : « Tout ce qui a été dit sur la séparation réelle et absolue des pouvoirs n'est que le rêve vide d'une théorie vide, et une théorie dangereuse. »

¹¹⁷⁴ K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », art. cité, p. 100. Voy. ici par ex. J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 129 et s.

¹¹⁷⁵ Voy. par ex. T. von SCHMALZ, *Das deutsche Staats-Recht*, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁷⁶ Voy. par ex. le texte constitutionnel de Brunswick (paragraphe 191 ; reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 1/2, p. 1220) ou encore la constitution de Hanovre (paragraphe 9 ; reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 3, p. 572).

¹¹⁷⁷ Sauf dans la constitution badoise (paragraphe 15) et la constitution saxonne (paragraphe 52).

¹¹⁷⁸ Paragraphe 52 de la constitution saxonne.

¹¹⁷⁹ Paragraphe 4 du titre VIII de la constitution bavaroise.

¹¹⁸⁰ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 60.

individuelle¹¹⁸¹, mais le rapport de force entre le monarque et les assemblées est également déséquilibré¹¹⁸². Pour certains auteurs, plutôt conservateurs, c'est d'ailleurs le souverain qui doit protéger le droit, en tant que « gardien suprême de la loi »¹¹⁸³. Il doit donc veiller à ce que les juges respectent la loi et le droit et qu'ils ne commettent pas d'actes illicites, illégaux. Cela justifie l'existence d'une voie de recours directe vers le souverain, contre les décisions de dernière instance¹¹⁸⁴. Mais, surtout, les droits qui sont consacrés dans les textes adoptés durant cette première vague constitutionnelle allemande ne sont pas des droits universels, liés à la nature de l'homme, mais des droits liés au statut des individus au sein de l'État¹¹⁸⁵. D'une part, aucune constitution du *Vormärz* n'abolit de façon générale les privilèges au sein de la société¹¹⁸⁶, ce qui a pour conséquence le maintien potentiel de « droits spéciaux » à côté de droits généraux¹¹⁸⁷. D'autre part, les droits énoncés sont souvent conditionnés à la possession de la nationalité de l'État par l'individu. Par exemple, le paragraphe 5 de la Constitution de Saxe-Cobourg-Saalfeld de 1821 ouvre le deuxième titre consacré aux « droits et devoirs généraux des citoyens » en précisant que « [l]a jouissance de tous les droits des citoyens est réservée aux nationaux »¹¹⁸⁸. D'autres constitutions limitent la jouissance des droits et l'obligation de respect des lois aux personnes qui séjournent à l'intérieur de l'État, telle que la Constitution de l'Électorat de Hesse¹¹⁸⁹. Par ailleurs, dans la monarchie limitée, les droits sont garantis par le pouvoir royal encore souverain, lequel peut donc aussi décider de restreindre ces droits. Les formulations employées sont ainsi explicites en ce sens : l'État « concède »

¹¹⁸¹ *Ibid.*, p. 57-58.

¹¹⁸² Voy. ici J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 50-53.

¹¹⁸³ T. von SCHMALZ, *Das teutsche Staats-Recht*, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁸⁶ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 51, 52 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁸⁷ Voy., à titre d'exemple, la Charte constitutionnelle bavaroise de 1818, laquelle consacre son quatrième titre aux « droits et devoirs généraux », avant de développer les « droits particuliers et privilèges » dans le titre suivant (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 3, p. 121-125).

¹¹⁸⁸ Paragraphe 5 de la Charte constitutionnelle de Saxe-Cobourg-Saalfeld (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 4, p. 51). Une disposition similaire se trouve à l'article 12 de la Charte constitutionnelle du Grand-duché de Hesse (reproduit in *ibid.*, p. 97), au paragraphe 11 de la Charte constitutionnelle de de Hohenzollern (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 3, p. 534), ou encore au paragraphe 27 de la Loi fondamentale de Hanovre (reproduit in *ibid.*, p. 574). Voy. aussi le paragraphe 21 de la charte du Wurtemberg, qui octroie les mêmes droits et devoirs aux seuls Wurtembergeois (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 3, p. 296) ; ou encore l'intitulé du titre II de la constitution badoise : « Droits civiques et politiques des Badois, et garanties particulières » (reproduit in *ibid.*, p. 353).

¹¹⁸⁹ Paragraphe 19 de la Charte constitutionnelle de l'électorat de Hesse : « Le séjour à l'intérieur des frontières de l'électorat impose l'observation des lois, et fonde en revanche la protection juridique. » (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 1/1, p. 616). Une disposition similaire est introduite au paragraphe 24 de la Charte saxonne (reproduit in *ibid.*, p. 225) et au paragraphe 25 du règlement territorial de Brunswick (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 1/2, p. 1195).

(*gewährt*) des droits et libertés¹¹⁹⁰, lesquels ne peuvent connaître aucune limitation « autre que celles déterminées par le droit et par les lois »¹¹⁹¹. La garantie du juge légal inscrite dans la Constitution saxonne contient une telle limite : aucun sujet ne peut être soustrait à son juge ordinaire, « sauf dans les cas déterminés par les lois »¹¹⁹². Or, en l'absence de réelle séparation des pouvoirs et du maintien de l'initiative législative dans les mains du régent¹¹⁹³, ces dispositions laissent en réalité une grande marge de manœuvre au pouvoir royal. Les droits individuels ne sont que des « (auto)limitations objectives » du monarque, qui n'ont qu'un modeste effet vis-à-vis du pouvoir étatique¹¹⁹⁴. Zachariä en conclut par exemple que les droits consacrés « sont, au regard de leur portée pratique, presque entièrement annulés »¹¹⁹⁵. La concrétisation d'une réelle garantie du juge légal n'est ainsi pas assurée. C'est dans ce contexte que des violations de ce droit sont donc encore constatées dans la période du *Vormärz*.

B. Des garanties du juge légal inefficaces en période autoritaire

188. Après le Congrès de Vienne de 1815, c'est l'effervescence politique en Allemagne¹¹⁹⁶. D'une part, la création de la Confédération germanique n'a pas satisfait l'ensemble des forces politiques, notamment celles qui désiraient plus d'unité, voire une unité nationale. D'autre part, les idées libérales se développent, ce qui entraîne un mouvement réactionnaire¹¹⁹⁷. En Prusse, par exemple, Wilhelm von Humboldt, un haut fonctionnaire défenseur des idées des Lumières, est renvoyé en 1819¹¹⁹⁸. À partir de cet événement, la politique réactionnaire et répressive de la Prusse empêche les réformes libérales et, en particulier, le développement d'une réelle garantie de protection des justiciables contre les

¹¹⁹⁰ Voy. par ex. le paragraphe 8 al. 1^{er} du titre IV de la Charte constitutionnelle de Bavière : « l'État concède à tous les citoyens la sûreté de sa personne, de sa propriété et de ses droits » (reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 3, p. 122).

¹¹⁹¹ Voy. en particulier l'article 23 de la Charte constitutionnelle du Grand-duché de Hesse : « La liberté de la personne et de la propriété n'est soumise dans le Grand-Duché à aucune autre restriction que celles prévues par le droit et la loi. » (nous soulignons, reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Constitutionen*, *op. cit.*, tome 4, p. 98). Des formulations similaires sont utilisées dans les constitutions de l'électorat de Hesse (paragraphe 31, reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 1/1, p. 617), de Saxe (paragraphe 27, reproduit in *ibid.*, p. 225), de Hohenzollern (paragraphe 20, reproduit in K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen*, *op. cit.*, tome 3, p. 535) ou encore de Hanovre (paragraphe 33, reproduit in *ibid.*, p. 576).

¹¹⁹² Paragraphe 48 de la Constitution du Royaume de Saxe.

¹¹⁹³ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 63.

¹¹⁹⁵ H. A. von ZACHARIÄ, *op. cit.*, tome 1, p. 441.

¹¹⁹⁶ E. KERN, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁹⁷ Voy. par ex. J. DROZ, *op. cit.*, p. 83 et s.

¹¹⁹⁸ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 48.

juridictions d'exception. Cela s'est par ailleurs traduit par deux épisodes de répression importants : la période de la « répression des démagogues » (*Demagogenverfolgungen*), au début des années 1820, et la période de répression conservatrice des années 1830, à la suite de la fête de Hambach de 1832 et du coup d'état manqué de Francfort (*Frankfurter Wachensturm*) de 1833. Ces deux épisodes montrent que les garanties des constitutions du *Vormärz* sont inefficaces pour protéger les individus contre l'arbitraire judiciaire des souverains¹¹⁹⁹, en particulier parce que la loi est en grande partie à la discrétion des souverains et des gouvernements¹²⁰⁰.

189. En premier lieu, à la suite de l'assassinat d'un écrivain réactionnaire par un étudiant d'Iéna en 1819, le chancelier autrichien Metternich fait adopter par la diète de Francfort les « décrets de Karlsbad » (*Karlsbader Beschlüsse*), actes qui permettent à la Confédération de lutter contre les « démagogues »¹²⁰¹. Outre la censure et les poursuites judiciaires engagées contre les journalistes, professeurs et étudiants libéraux¹²⁰², une « commission centrale d'enquête » est créée à Mayence¹²⁰³. Celle-ci coordonne l'activité policière des États et permet ainsi aux forces conservatrices de la Confédération de mater les mouvements nationaux et libéraux. Si le jugement des actions révolutionnaires est laissé aux tribunaux ordinaires, cette commission centrale les prive de toute la phase d'enquête et d'accusation. Selon les libéraux « démagogues » Friedrich Wilhelm Schulz et Karl Theodor Welcker, les politiciens des conférences de Karlsbad, qui souhaitaient la création d'une « juridiction confédérale extraordinaire »¹²⁰⁴, n'ont modifié leur projet que parce qu'ils savaient que la création d'une commission centrale d'enquête remplirait le même rôle et parviendrait aux mêmes objectifs¹²⁰⁵. Selon eux, donner aux gouvernements et autorités le pouvoir d'influencer le début ou le cours d'un procès, de l'accélérer ou de le retarder, constitue une atteinte à « l'indépendance constitutionnelle de la justice » et un exemple de justice retenue par cabinet¹²⁰⁶.

190. En deuxième lieu, après la tentative de coup d'État à Francfort en 1833, la Confédération vote la création d'une nouvelle institution, l'Autorité centrale confédérale

¹¹⁹⁹ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité.

¹²⁰⁰ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 271.

¹²⁰¹ Voy. par ex. D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 254.

¹²⁰² D. LANGEWIESCHE, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁰³ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁰⁴ Voy. les propositions du ministre prussien Bernstorff et du chancelier autrichien Metternich in E. KERN, *op. cit.*, p. 104-105.

¹²⁰⁵ F.W. SCHULZ et K. WELCKER, *Geheime Inquisition, Censur und Kabinetsjustiz im verderblichen Bunde*, Karlsruhe, G. Braun, 1845, p. 113.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

(*Bundeszentralbehörde*). Basée à Francfort, elle est chargée de collecter des informations sur les révolutionnaires et de sanctionner leurs écrits¹²⁰⁷. Cette commission policière de Francfort est considérée comme étant une juridiction d'exception. Les commissaires qui y siègent sont politiquement dépendants des gouvernements des différents États. Ils exercent leur activité au nom de la Confédération, et interviennent pour soustraire les accusés de la procédure pénale ordinaire – et notamment de la phase d'instruction – des États. Dans ce contexte, la doctrine libérale oppose, à nouveau, ces commissions – interdites, et les « juridictions pénales ordinaires et indépendantes », qui garantissent la liberté et la sécurité personnelles¹²⁰⁸. Welcker et Schulz dénoncent les interventions de l'autorité centrale confédérale dans le cours de la justice, en les décrivant comme des contradictions flagrantes avec l'interdiction des « assassinats judiciaires [*Justizmorde*] par la justice retenue de cabinet »¹²⁰⁹.

191. Certains noms de victimes de cette justice d'exception sont restés célèbres, en particulier parce qu'ils sont utilisés par la doctrine libérale pour dénoncer l'arbitraire et l'injustice. C'est le cas par exemple du procès du professeur Sylvester Jordan, ou encore de la mort du théologien Friedrich Ludwig Weidig. Ce dernier fait notamment l'objet d'un ouvrage publié anonymement par Schulz en 1843¹²¹⁰, pour dénoncer les actes de torture dont il a été victime, ainsi que la création de tribunaux de guerre en Hesse-Darmstadt. L'arrestation et la détention de Friedrich Ludwig Jahn, éducateur nationaliste, durant cinq ans avant son procès, est également restée célèbre. Dans cette affaire, le chancelier prussien von Hardenberg ordonne au tribunal ordinaire de ne pas s'immiscer dans les arrestations policières tant que l'administration ne lui transmet pas l'affaire. C'est alors qu'il modifie considérablement la formation de jugement du tribunal, le transformant en tribunal spécial¹²¹¹. Ces affaires sont ainsi mises en lien avec le droit au juge légal, en tant que garantie contre ce type d'immixtions. Cet argument permet aux accusés ou à leurs défenseurs de rejeter la compétence de la commission

¹²⁰⁷ Sur la décision de la confédération du 20 juin 1833, les missions, les membres et le fonctionnement de cette autorité, voy. E. KERN, *op. cit.*, p. 107 et s.

¹²⁰⁸ Voy. par ex. B. W. PFEIFFER, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, tome 3, Hannovre, Hahn, 1831, p. 426.

¹²⁰⁹ F. W. SCHULZ et K. WELCKER, *op. cit.*, p. 322-323. Welcker utilise régulièrement cette qualification de la justice par cabinet comme d'un « assassinat judiciaire », notamment dans le *Staatslexikon*, et ce dès la première édition de 1836 (voy. K. WELCKER, « Cabinets-Justiz, Cabinets-Instanz », *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, tome 3, 1^{re} éd., Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1836, p. 164 ; K. WELCKER, « Cabinets-Justiz, Cabinets-Instanz », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 2, 2^e éd., Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1846, p. 777 ; K. WELCKER, « Cabinetsjustiz », art. cité, p. 256).

¹²¹⁰ F. W. SCHULZ, *Der Tod des Pfarrers Friedrich Ludwig Weidig*, Zurich, Winterthur, Druck und Verlag des literarischen Comptoirs, 1843. Il écrit à nouveau sur cette affaire en 1845 avec le libéral Karl Welcker (F.W. SCHULZ et K. WELCKER, *op. cit.*).

¹²¹¹ E. KERN, *op. cit.*, p. 102-103.

d'enquête et de demander à être jugé par leur tribunal ordinaire ou légal¹²¹². C'est le cas en particulier de Ernst Moritz Arndt¹²¹³. Dès 1820, le professeur d'histoire et poète est en effet suspendu de son poste de l'université de Bonn, aux côtés de Karl Theodor Welcker et de son frère, Gottlieb Welcker, pour avoir été critique à l'égard de la politique allemande réactionnaire. Entre février 1821 et l'été 1822, une enquête criminelle « policière »¹²¹⁴ est menée par « un juge spécial extraordinaire »¹²¹⁵. Malgré ses demandes auprès de « [s]a juridiction compétente »¹²¹⁶ et des autorités, c'est la commission d'enquête spéciale de Mayence qui est chargée du dossier. Les charges sont fondées sur des lois et ordonnances prises ultérieurement, appliquées de manière rétroactive à Arndt. Dès février 1821, ce dernier indique à Pape, conseiller au *Hofgericht* chargé de mener l'enquête contre lui, qu'il ne reconnaîtra aucune autorité à « une enquête et une décision qui ne sont pas légalement reconnues et menées par la juridiction compétente »¹²¹⁷. Sans mobiliser explicitement le droit au juge légal, il invoque le principe selon lequel la justice retenue par cabinet est entièrement illégale et répréhensible¹²¹⁸. L'interdiction, pour le gouvernement, d'intervenir dans le cours de la justice ordinaire en dehors des formes légales, constitue ainsi « le fondement et l'origine de la justice et de la liberté des citoyens »¹²¹⁹. Arndt se plaint également auprès du chancelier Hardenberg, critiquant notamment le fait qu'il soit renvoyé devant une « autorité étrangère », sans protection de la part de ses « juges légaux et compétents » en Prusse¹²²⁰. Face à la promesse du chancelier de s'assurer qu'il ne soit pas condamné injustement, il répond que ce n'est pas une injustice future qu'il craint, mais les injustices actuelles, tirées de l'incompétence de la commission. Il rappelle qu'il est soustrait à « [s]es véritables tribunaux naturels, dont la place a été prise par des commissions spéciales de cabinet, dans lesquelles [...] des ennemis et adversaires semblent

¹²¹² Voy. par ex. la procédure menée contre un fonctionnaire royal de Cologne, Ludwig von N., qui refuse de reconnaître la compétence de la commission d'enquête et demande à être jugé par les autorités judiciaires de Cologne, ses juges personnels et ordinaires (récit de cette procédure in F. NEIGEBUR, *Actenmäßige Darstellung der Versuche Deutschland in Revolutionszustand zu bringen* (publié sous le pseudonyme C. Follenberg), Leipzig, Johann Ambrosius Barth, 1831, p. 2-3).

¹²¹³ Celui-ci est exposé par Arndt lui-même dans un ouvrage paru en 1847 : E. M. ARNDT, *Nothgedrungenen Bericht aus seinem Leben: und aus und mit Urkunden der demagogischen und antidemagogischen Umtriebe*, tome 1, Leipzig, Weidmann, 1847.

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. XVI.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. XIV.

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ Arndt, protestation adressée au conseiller du *Hofgericht* M. Pape, le 16 février 1821, reproduite in E. M. ARNDT, *Ein abgenöthigtes Wort aus seiner Sache, zur Beurtheilung derselben*, Altenburg, Leipzig, Literatur-Comptoir, 1821, p. 16-43, en part. p. 16.

¹²¹⁸ Arndt, protestation précitée, reproduite in *Ibid.*, p. 31.

¹²¹⁹ Arndt, protestation précitée, reproduite in *Ibid.*

¹²²⁰ Arndt, réponse du 6 octobre 1821 au chancelier Hardenberg, reproduite in E. M. ARNDT, *Nothgedrungenen Bericht*, op. cit., tome 1, p. 43-79, en part. p. 45.

siéger à la fois comme accusateurs et comme juges »¹²²¹. Il regrette que « l'ordre sacré des lois et des juridictions » ne soit pas respecté, remplacé par « la justice par cabinet, l'influence et l'arbitraire »¹²²². En réalité, les commissions spéciales de justice chargées d'enquêter sur Arndt et ses deux collègues Welcker, ne trouvent pas d'éléments permettant de fonder une accusation. La commission ministérielle saisit sept commissions spéciales différentes, souhaitant absolument les faire juger¹²²³. Finalement, l'enquête est abandonnée, et Arndt n'est reconnu coupable de rien¹²²⁴, mais l'interdiction d'exercer ses fonctions de professeur est maintenue jusqu'en 1840¹²²⁵. Comme d'autres affaires, l'enquête sur Arndt démontre l'absence d'effectivité du principe du juge légal proclamé dans les constitutions du *Vormärz*¹²²⁶. La ligne de défense principale invoquée par Arndt et d'autres accusés, fondée sur la privation de la compétence du tribunal ordinaire par une commission d'enquête ministérielle, ne permet jamais d'influencer la poursuite de la procédure à leur encontre et leur éventuelle condamnation.

192. En somme, durant la période du *Vormärz*, les dispositions concédées dans les textes constitutionnels allemands, qui garantissent le droit de chacun d'être jugé par son juge ordinaire ou légal, sont accordées dans le cadre de monarchies limitées, et trouvent donc encore de nombreuses limitations initiées par le pouvoir politique lui-même. Toutefois, la formulation de tels droits n'est pas vaine, et permet d'ouvrir le débat public sur leur respect et de dénoncer leur méconnaissance. Elle peut ainsi apparaître comme une étape nécessaire pour l'imposition, dans le futur, d'une réelle garantie subjective contraignante¹²²⁷.

¹²²¹ Arndt, réponse précitée du 6 octobre 1821, reproduite in *ibid.*, p. 47. Il insiste à plusieurs reprises sur cet aspect des accusateurs et ennemis comme juges (voy. par ex. une lettre ultérieure du 26 juin 1822 au chancelier Hardenberg, reproduite in *ibid.*, p. 80-91, en part. p. 83).

¹²²² Arndt, réponse précitée du 6 octobre 1821, reproduite in E. M. ARNDT, *Nothgedrungenen Bericht*, op. cit., tome 1, p. 61-62.

¹²²³ E. KERN, op. cit., p. 103-104.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 104.

¹²²⁵ E. M. ARNDT, *Nothgedrungenen Bericht*, op. cit., tome 1, p. XVI.

¹²²⁶ L'affaire des « Sept de Göttingen » de 1837 pourrait également être citée comme exemple tardif d'un acte de justice retenue de la part d'un roi. En effet, à l'origine, sept professeurs de droit et de philosophie de Göttingen protestent contre la modification et la suspension unilatérales de la Constitution de Hanovre de 1833 par le nouveau roi Ernest-Auguste. Ceux-ci sont destitués par l'autorité royale pour avoir refusé de lui prêter serment. Ils saisissent la juridiction ordinaire pour demander le paiement de leurs traitements non payés depuis leur révocation. Malgré l'inscription, dans la constitution de 1833, de l'indépendance de la justice et du droit au juge légal, le roi parvient à éviter la tenue d'un procès, réalisant un acte de justice retenue. Sur cette affaire, voy. O. JOUANJAN, « Le contrôle incident des normes et les contradictions de l'État monarchique en Allemagne », in *Figures de l'État de droit*, op. cit., p. 256 et s.

¹²²⁷ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 68.

Section 2 : Le cheminement des idées libérales vers la reconnaissance d'un droit au juge légal comme droit subjectif et défensif contre l'État

193. En Allemagne, le cheminement des idées libérales au cours du XIX^e siècle consiste notamment à imposer l'idée selon laquelle l'empiètement du pouvoir exécutif dans le pouvoir judiciaire constitue un danger pour la liberté des citoyens¹²²⁸. En effet, la revendication essentielle de la doctrine libérale de cette période est la protection de la liberté naturelle des hommes. Le « fondement de l'État de droit » doit être la liberté du citoyen¹²²⁹. Ce droit « inné » à la liberté est associé, dans la doctrine kantienne, à chaque être humain¹²³⁰, ce qui implique une dimension égalitaire de la liberté. Bergk, par exemple, estime qu'il y a trois « droits originels et inaliénables » : l'autonomie, la « liberté publique » et « l'égalité publique »¹²³¹. Rotteck, qui rédige l'entrée « Constitution » de son *Staatslexikon*, estime que cette dernière ne doit pas uniquement personnifier le pouvoir de l'État et prévoir les formes de l'exercice de ce dernier, mais également reconnaître et garantir directement « tous les droits précieux appartenant aux citoyens, en tant que tels et en tant que personnes »¹²³², au premier rang desquels il inscrit la liberté personnelle, la protection de la propriété et l'égalité devant la loi et le juge. Les trois garanties sont liées, et, en particulier, la protection de la liberté et de la propriété individuelles implique l'égalité de droit, l'égalité juridique des individus, « le droit égal à la protection de la loi contre tous »¹²³³. Or, cette égalité ne peut être elle-même garantie que par l'existence et le respect des compétences ordinaires des juges¹²³⁴.

194. C'est donc dans le cadre de la construction plus globale d'un État de droit que le droit au juge légal en tant que garantie subjective individuelle se développe initialement (§ 1). Si l'effectivité de cette garantie est limitée dans la première moitié du XIX^e siècle, elle trouve une place de premier rang au moment de la révolution de 1848 (§ 2). Malgré le retour des forces conservatrices après l'échec de cette dernière, la garantie du juge légal semble définitivement acquise, et de nouveaux éléments permettent de fonder les bases d'un enrichissement futur de la garantie au XX^e siècle (§ 3).

¹²²⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 114.

¹²²⁹ R. von MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, tome 1, 3^e éd., Tübingen, Laupp, 1866, p. 19.

¹²³⁰ J. A. BERGK, *Die theorie der Gesetzgebung*, Meissen, Karl Friedrich Wilhelm Erbstein, 1802, p. 171 : « La Constitution, qui doit être juridique, doit être fondée sur le droit inné de chaque être humain à la liberté ».

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », art. cité, p. 103.

¹²³³ K. E. MANGELSDORFF, *Ueber die Gleichheit der Menschen im Stande der Natur und der Gesellschaft*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1793, p. 21.

¹²³⁴ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 274.

§ 1 : Le droit au juge légal conçu dans le cadre de la construction de l'État de droit

195. Alors que, dans la période du despotisme éclairé, l'objectif de l'État est le bien-être commun, la félicité – concepts largement laissés à l'appréciation du souverain, la doctrine libérale allemande du XIX^e siècle développe l'idée selon laquelle le « seul but » de l'État et de ses institutions est « de protéger et de rendre possible » la liberté du citoyen¹²³⁵. En critiquant le modèle de l'État absolutiste éclairé, Kant participe notamment à insuffler l'idée d'un État de droit « centré sur l'individu et la protection de ses droits »¹²³⁶. En conformité avec la philosophie kantienne, la formulation progressive du principe de l'État de droit en Allemagne se caractérise par la volonté de donner un caractère contraignant aux droits individuels, en tant qu'objectif de l'État, pour l'ensemble des pouvoirs publics¹²³⁷. Dans cette mesure, la protection juridique (*Rechtsschutz*) est mise au centre, afin d'assurer la réalisation de cet objectif. Pour Welcker par exemple, cette protection juridique « est le bien le plus sacré et le fondement le plus indispensable des États [...], la première et la plus importante raison qui justifie la création et la reconnaissance du pouvoir gouvernemental »¹²³⁸. La difficulté de cette conception réside cependant dans l'absence de réflexion concrète autour de cette protection juridique, notamment en termes de recours¹²³⁹. Si la doctrine libérale tente, durant le *Vormärz*, d'imposer la modération du pouvoir des gouvernements par la soumission à la loi des ingérences dans les droits individuels (**B**), elle insiste avant tout sur l'utilisation de la justice pour « juguler la puissance étatique », en formulant le principe d'indépendance de la justice¹²⁴⁰ (**A**). C'est dans cette mesure que le droit au juge légal apparaît pour la première fois comme une garantie subjective individuelle, un droit défensif contre les ingérences étatiques¹²⁴¹ – uniquement de l'exécutif à cette période.

¹²³⁵ R. von MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft*, op. cit., p. 19.

¹²³⁶ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 59. Kant lui-même n'utilise pas le terme *Rechtsstaat* (O. JOUANJAN, « Présentation », art. cité, p. 13).

¹²³⁷ U. MÜBIG, op. cit., p. 282. Sur les revendications de la doctrine libérale du *Vormärz* pour la fondation d'un État de droit de manière générale, voy. par ex. J. HUMMEL, « État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le *Vormärz* », art. cité.

¹²³⁸ K. WELCKER, « Justizverweigerung und Justizsache », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 8, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1863, p. 749.

¹²³⁹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 95.

¹²⁴⁰ M. STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, Histoire du droit, 2018, p. 75-76.

¹²⁴¹ U. MÜBIG, op. cit., p. 290.

A. L'indépendance du juge comme condition essentielle de la protection juridique

196. « Les progrès de l'État de droit ne sont pas seulement corrélés avec les conquêtes politiques et les grandes libertés [...]. Ils sont aussi tributaires de l'existence d'une justice en capacité d'exercer véritablement sa mission. »¹²⁴² Sans encore le formuler avec ces mots de Jean-Marc Sauvé, les penseurs libéraux allemands du XIX^e siècle cherchent effectivement à donner une réalité juridictionnelle aux droits et libertés inscrits dans les textes constitutionnels, afin de créer cet État de droit. Un élément apparaît déterminant : celui de disposer d'une protection juridique indépendante¹²⁴³. Le juriste et philosophe Johann Joseph Roßbach écrit ainsi :

« L'exigence principale envers l'État est donc le règne du droit et de la justice. D'autres exigences en découlent : l'indépendance de la magistrature par rapport à toute autre autorité que celle de la loi, donc l'interdiction de toute justice retenue »¹²⁴⁴.

La question de la protection juridique est essentielle, puisqu'elle touche à l'objectif même de l'État libéral conceptualisé par la doctrine. En effet, dans l'État de police de la Restauration, la définition du bien commun est laissée à la discrétion du souverain, qui peut ainsi faire preuve d'arbitraire. Cette indétermination de la notion de bien commun est d'ailleurs critiquée par les libéraux¹²⁴⁵. Au contraire, dans l'État libéral, le seul objectif de l'État est de garantir la liberté individuelle, ce qui nécessite l'idée d'une protection de cette liberté par le droit (littéralement : *Rechtsschutz*)¹²⁴⁶. Dès 1802, Karl Heinrich Gros écrit par exemple que « le but de l'État ne peut être autre chose que la protection de tous les droits, ou la sécurité juridique générale »¹²⁴⁷ ; tandis que Pölitiz fait de « l'équilibre de la liberté de tous » le « but suprême de

¹²⁴² J.-M. SAUVÉ, « L'État de droit aujourd'hui », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, chron. n° 62.

¹²⁴³ K. WELCKER, « Justizverweigerung », art. cité, p. 749.

¹²⁴⁴ J. J. ROBBACH, *Die Lebens-Elemente der Staaten*, Würzburg, F. E. Thein, 1844, p. 48.

¹²⁴⁵ Voy. par ex. Karl Heinrich Gros, qui estime que la confusion entre le bien de l'État et le bonheur des membres de l'État constitue « l'arme la plus dangereuse pour le despotisme » (K. H. GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 1^{re} éd., Tübingen, J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1802, p. 166-167 ; K. H. GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 6^e éd., Stuttgart, Tübingen, J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1841, p. 11). Voy. aussi Theobald Wilhelm Broxtermann, qui estime que la notion de « félicité » (*Glückseligkeit*) est trop imprécise, qu'elle doit donc être interprétée, et que le souverain peut alors l'interpréter comme il le souhaite (T. W. BROXTERMANN, *Demophilos an Eukrates: Ueber die Gränzen der Staatsgewalt und ein gewisses, in der Constitution vom Jahre 3 nicht enthaltenes Mittel, die Freyheit der Beherrschten gegen die Anmaßungen der Beherrscher zu sichern*, Germanien, 1799, p. 32-33).

¹²⁴⁶ H. A. von ZACHARIÄ, *op. cit.*, tome 1, p. 464 : « le plus important et le plus indispensable dans un État de droit [est] la protection juridictionnelle de la sphère privée ».

¹²⁴⁷ K. H. GROS, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 166. Karl Heinrich Gros conserve cette idée, quoiqu'exprimée différemment, jusqu'à la dernière édition de cet ouvrage (voy. la dernière édition publiée après son décès en 1841 : « le but absolu

l'État »¹²⁴⁸. C'est alors la « finalité du pouvoir judiciaire », que « de protéger la sécurité juridique individuelle »¹²⁴⁹. Robert von Mohl fait de la protection des droits individuels « l'essence de l'État de droit »¹²⁵⁰. Or, ce changement, entre État de police et État libéral, ne peut être réel et effectif qu'avec l'établissement de tribunaux indépendants et « dignes de confiance »¹²⁵¹. Pour Schmid, par exemple, cette finalité protectrice du pouvoir judiciaire nécessite des « institutions qui le séparent, dans son exercice, des deux autres branches du pouvoir public, et qui assurent l'indépendance, la sécurité et l'équité de l'administration judiciaire »¹²⁵². Pour Georg Friedrich Kolb, qui rédige l'entrée « Justice (son indépendance et la base principale de sa bonne organisation) » dans le *Staatslexikon*, un gouvernement qui accepte de se soumettre au droit (et de renoncer à l'usage abusif du pouvoir) doit nécessairement vouloir l'indépendance des tribunaux¹²⁵³. L'institution d'un État de droit doit donc s'accompagner de la reconnaissance de l'indépendance des juridictions, puisque cette indépendance est la condition préalable à la garantie de la liberté et de la propriété¹²⁵⁴, et même plus généralement, la « condition de base de la protection des gouvernants comme des citoyens »¹²⁵⁵. Certains libéraux, à l'image de Welcker, déduisent de ce principe un « droit à une protection juridictionnelle indépendante, qui précède même l'État proprement dit »¹²⁵⁶, et qui doit être garanti à « tous les citoyens »¹²⁵⁷. Il faut cependant préciser que, en dehors de Rotteck, les libéraux ne conçoivent pas une réelle séparation des pouvoirs, mais plutôt un

et nécessaire de l'État est la réalisation de la loi ou l'établissement et la réalisation de l'état de droit, c'est-à-dire d'un état dans lequel le libre exercice de ses droits est assuré à chacun », K. H. GROS, *op. cit.*, 6^e éd., p. 115). Voy. également W. T. KRUG, *Über Staatsverfassung und Staatsverwaltung. Ein politischer Versuch*, Königsberg, Göbbels und Unzer, 1806, p. 7 (« toute société civile ou tout État [...] est une foule d'hommes unis pour la protection et la sécurité du droit »).

¹²⁴⁸ K. H. L. PÖLITZ, *Die Staatslehre für denkende Geschäftsmänner, Kammeralisten und gebildete Leser*, tome 1, Leipzig, Hinrichs, 1808, p. 12.

¹²⁴⁹ K. E. SCHMID, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts*, tome 1, Iéna, August Schmid, 1821, p. 118.

¹²⁵⁰ R. von MOHL, *Das Staatsrecht des königreiches Württemberg*, tome 1, 2^e éd., Tübingen, Laupp, 1840, p. 323, 392.

¹²⁵¹ K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », art. cité, p. 96. De manière générale, la séparation des pouvoirs, notamment entre le législatif et l'exécutif, est, selon la doctrine libérale, « le principe le plus sûr de la primauté du droit dans l'État » (K. H. L. PÖLITZ, *Die Staatslehre*, *op. cit.*, tome 1, p. 96, lequel, cependant, considère que le pouvoir judiciaire fait partie du pouvoir exécutif, *ibid.*, p. 200). Pour Roßbach par exemple, si les trois pouvoirs sont concentrés dans les mains d'une personne, « cela saperait toute liberté » (J. J. ROßBACH, *op. cit.*, p. 96).

¹²⁵² K. E. SCHMID, *op. cit.*, tome 1, p. 118.

¹²⁵³ G. F. KOLB, « Justiz (Deren Unabhängigkeit und Hauptgrundlage ihrer richtigen Organisation) », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 8, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1863, p. 745.

¹²⁵⁴ W. H. PUCHTA, *Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens*, tome 1, Erlangen, Palm, 1822, p. 203 : « l'indépendance externe et interne la plus élevée de la fonction judiciaire est le palladium de la liberté juridique dans l'État ».

¹²⁵⁵ K. WELCKER, « Justizverweigerung », art. cité, p. 749.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 753.

¹²⁵⁷ K. WELCKER, « Cabinetsjustiz », art. cité, p. 262.

« partage » des pouvoirs entre législatif et exécutif¹²⁵⁸. Le pouvoir judiciaire n'est pas perçu comme un troisième pouvoir, mais comme une portion du pouvoir exécutif devant être indépendant et autonome dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

197. L'un des moyens de garantir cette indépendance, ou plus précisément cette autonomie des juges et des tribunaux dans l'exercice de la justice, est la rigidité de la constitution. Ainsi, pour Carl Joseph Anton Mittermaier, libéral de la branche organico-historique¹²⁵⁹, c'est la stabilité de la constitution, du droit, qui permet la garantie de la liberté civile, par l'impossibilité pour le régent de donner des ordres aux juridictions par le biais de son cabinet :

« Là seulement est la liberté civile, là seulement fleurit le droit, où aucune instance gouvernementale ne peut intervenir, où le régent ne peut, lorsqu'un procès doit être engagé contre lui ou contre ses favoris, ordonner par des instructions la suppression du procès, ou imposer aux autorités judiciaires la manière de statuer, où chaque corps reçoit au contraire, par la constitution stable, le courage d'en appeler, en cas d'influence gouvernementale, à la parole sacrée du régent. »¹²⁶⁰

Cet extrait témoigne du lien opéré entre les dangers pour la liberté individuelle et les interventions du pouvoir exécutif (monarque ou gouvernement) dans le cours de la justice. C'est parce que l'indépendance des juges et des tribunaux n'est pas assurée que le monarque peut intervenir dans le cours de la justice et constituer un danger permanent pour la liberté individuelle. C'est la raison pour laquelle Welcker regrette, à l'entrée « Justice retenue » au *Staatslexikon*, que le principe de séparation des pouvoirs et, surtout, de l'indépendance de la justice, ne soit pas respecté¹²⁶¹. Son collègue Rotteck met également face à face l'indépendance du pouvoir judiciaire et la possibilité de création de juridictions extraordinaires par le souverain absolu qui détiendrait tous les pouvoirs¹²⁶². Dans la doctrine libérale, l'indépendance ou l'autonomie de la magistrature doit donc être comprise comme permettant de limiter les

¹²⁵⁸ J. HUMMEL, *op. cit.*, p. 135 ; J. HUMMEL, art. cité, p. 133 et s.

¹²⁵⁹ Sur cet important processualiste et homme politique influent, voy. par ex. R. HARZER, « Mittermaier, Carl Joseph Anton », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 428-429.

¹²⁶⁰ C. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung*, tome 1, 2^e éd., Bonn, Adolph Marcus, 1822, p. 10.

¹²⁶¹ K. WELCKER, « Cabinetsjustiz », art. cité, p. 256-257.

¹²⁶² Voy. les deux « 5 » contraires exposés par Rotteck à l'entrée « Constitutions » dans le *Staatslexikon* : le premier avec une séparation des pouvoirs qui permet l'indépendance de la justice, et le second qui expose les pouvoirs du souverain dans le système absolu en matière judiciaire (K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », art. cité, resp. p. 95, p. 97).

interventions dans le cours de la justice aux cas où elles résultent d'une décision du juge supérieur, conformément aux lois, ou simplement pour favoriser le cours de la justice, en cas de retard ou d'entrave¹²⁶³. Cette indépendance permet d'exclure toute ingérence du pouvoir exécutif dans l'activité juridictionnelle. Schmid met ainsi au premier rang des « exigences de droit public pour l'organisation judiciaire » le principe d'indépendance des tribunaux, suivi par le droit au juge ordinaire¹²⁶⁴.

198. Finalement, l'indépendance de l'activité juridictionnelle apparaît comme le prérequis pour imposer et faire respecter l'obligation de respect du droit par le pouvoir étatique, notamment dans le domaine de la justice¹²⁶⁵. En effet, en matière de compétence juridictionnelle, c'est le principe de la réserve de loi qui se développe dans la pensée libérale, soumettant ainsi les ingérences du pouvoir exécutif dans les droits individuels au respect des lois.

B. La réserve de loi, principe fondamental et complémentaire pour l'organisation judiciaire

199. Dans la pensée libérale de l'État de droit, la loi a une fonction de garantie pour la liberté individuelle. L'État se soumet à la loi « car la liberté individuelle de ses membres doit lui être sacrée »¹²⁶⁶. Face à l'arbitraire et la violence, la loi et la justice doivent régner¹²⁶⁷. Seule la loi est donc autorisée à poser des limites à la liberté individuelle, seule la loi peut légitimer des atteintes des pouvoirs publics à la liberté individuelle¹²⁶⁸. C'est le principe de la réserve de loi (*Gesetzesvorbehalt*)¹²⁶⁹. En matière d'organisation judiciaire, le principe de la réserve de loi signifie que seul le législateur peut organiser l'administration judiciaire, répartir les compétences et prévoir des exceptions (compétences d'attribution, tribunaux spéciaux). Le

¹²⁶³ J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht*, op. cit., 4^e éd., p. 571. Voy. aussi H. A. von ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 2 : *Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht*, 3^e éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1867, p. 222.

¹²⁶⁴ K. E. SCHMID, op. cit., p. 135.

¹²⁶⁵ U. MÜBIG, op. cit., p. 214.

¹²⁶⁶ G. von STRUVE, *Ideen zu Begründung einer dem Staatszweck entsprechenden Criminal-Gesetzgebung und Rechtspflege*, Karlsruhe, G. Braun, 1835, p. 27.

¹²⁶⁷ *Ibid.*

¹²⁶⁸ U. MÜBIG, op. cit., p. 276.

¹²⁶⁹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 201. Sur les prémices du développement de l'idée d'une réserve de loi pour encadrer les ingérences dans les libertés individuelles dès le XVIII^e siècle, voy. T. WÜRTENBERGER, « L'État de droit avant l'«État de droit» », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 84 et s. Sur la théorie de la réserve de loi dans le libéralisme allemand du XIX^e siècle, voy. J. HUMMEL, op. cit., p. 121 et s. ; J. HUMMEL, art. cité, p. 144 et s.

gouvernement et le chef de l'État ne peuvent pas intervenir en dehors des cas pour lesquels ils sont habilités par le législateur ; la soustraction de l'affaire d'un justiciable au tribunal initialement compétent ne peut s'opérer que sur la base d'une loi, pour des raisons légales et en respectant les formes légales¹²⁷⁰. De manière plus générale, cette réserve de loi impose le monopole du législateur en matière d'organisation judiciaire. En effet, interdire les ingérences extérieures dans le cours de la justice passe nécessairement par une réglementation précise et complète de l'organisation des tribunaux et de la répartition des compétences par le législateur¹²⁷¹. C'est ce qu'exprime par exemple Georg Friedrich Kolb, dans le *Staatslexikon* :

« Les nouvelles formes d'organisation de la justice ne doivent pouvoir se faire que par voie législative, c'est-à-dire uniquement avec le concours des états, et non par de simples ordonnances. [...] De même, la composition des différentes divisions (sections, chambres, sénats, etc.) des grands tribunaux doit être soustraite à toute influence extérieure. »¹²⁷²

L'organisation judiciaire doit donc reposer sur une « base légale »¹²⁷³. Au-delà d'encadrer les possibilités d'intervention du pouvoir exécutif, le législateur doit organiser l'administration judiciaire car ce n'est qu'en s'acquittant de cette tâche qu'il encadrera (voire interdira) les ingérences extérieures dans le cours de la justice. L'affirmation de cette réserve de loi et du monopole du législateur en matière judiciaire va de pair avec l'affirmation du principe de légalité, compris comme la primauté du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif¹²⁷⁴. Le prince ou régent est contraint par la loi, il ne peut donner des ordres que conformément à la loi : « il est donc sous la loi »¹²⁷⁵. Progressivement, la doctrine libérale associe l'idée d'État de droit à « un État dans lequel les compétences de l'administration sont nettement limitées par la loi et ne peuvent être exercées qu'en conformité avec les lois »¹²⁷⁶. En outre, dans la mesure où le pouvoir judiciaire est également soumis à la loi, il serait contraire au principe de l'État de droit que l'ensemble de l'organisation judiciaire soit réglementé par le pouvoir exécutif, par une « non-loi » (*Nicht-Gesetz*)¹²⁷⁷.

¹²⁷⁰ Sur ce point, voy. par ex. B. W. PFEIFFER, *Practische Ausführungen*, tome 3, *op. cit.*, p. 274-275.

¹²⁷¹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 214, 278.

¹²⁷² G. F. KOLB, « Justiz », art. cité, p. 747-748.

¹²⁷³ J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 562.

¹²⁷⁴ O. JOUANJAN, « Présentation », art. cité, p. 34.

¹²⁷⁵ K. STANG, *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant zur Berichtigung der vorzüglichsten Misverständnisse derselben*, Francfort, Leipzig, J. J. Stahel sel. Wittwe und Sohn, 1798, p. 99.

¹²⁷⁶ G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 5^e éd., 1899, p. 24, cité par O. JOUANJAN, « Présentation », art. cité, p. 33.

¹²⁷⁷ P. J. A. von FEUERBACH, *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, p. 199. Voy. aussi J. L. KLÜBER, *Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1832, p. 25.

200. Dans cet état d'esprit, le libéral Carl Joseph Anton Mittermaier définit l'organisation judiciaire, dans le *Staatslexikon*, comme « la répartition, par l'État, en vertu de sa souveraineté judiciaire, des différents tribunaux [...] ainsi que les règles relatives à la composition des tribunaux, à la relation entre les différentes instances et à la relation entre les tribunaux et les autres autorités », répartition qui doit être « l'objet de la législation »¹²⁷⁸. En effet, selon lui, « ce n'est qu'avec le concours des chambres que de telles dispositions peuvent être prises à ce sujet, et que celles qui existent déjà peuvent être modifiées »¹²⁷⁹. Cela doit concerner à la fois le nombre de tribunaux et la détermination de leurs ressorts, mais aussi le nombre de juges nécessaires pour rendre la justice¹²⁸⁰. Cette prédétermination est, pour le libéral, fondamentale, car même si elle paraît « en apparence insignifiante », elle a l'« influence la plus importante sur la jurisprudence et sur la poursuite des finalités de la justice »¹²⁸¹. C'est la raison pour laquelle il en conclut que « l'organisation judiciaire ne peut être établie que par des lois, bien que le pouvoir exécutif et de surveillance [*aufsehende Gewalt*] puisse encore, par des règlements, régler certains points (c'est-à-dire non essentiels) relatifs à l'administration de la justice »¹²⁸². Dans ce cadre, il formule notamment une séparation entre l'administration et la justice¹²⁸³. Burkard Wilhelm Pfeiffer partage cette vision, puisqu'il estime que la mise en place d'une commission pour trancher des cas individuels ou des catégories de cas, est totalement inadmissible et illégale¹²⁸⁴. Il estime que les tribunaux ordinaires ont une compétence exclusive, déterminée par la loi, concernant le jugement des affaires judiciaires, et qu'aucun citoyen ne peut être privé de la possibilité de soumettre son litige devant ces tribunaux ordinaires¹²⁸⁵. Zacchariä considère plutôt que la création de commissions ou de juridictions extraordinaires ou spéciales permanentes, est possible, mais seulement si elle résulte d'une loi¹²⁸⁶. De son côté, Rotteck défend l'idée selon laquelle cette réserve de loi doit également valoir pour la réglementation de l'accès à la fonction de juge : « la loi doit donner les dispositions qui laissent le moins de place possible à l'arbitraire pour la qualification aux fonctions judiciaires et pour

¹²⁷⁸ C. J. A. MITTERMAIER, « Organisation der Gerichte », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 11, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1864, p. 52. Voy. aussi H. A. von ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 2, *op. cit.*, p. 219 et s.

¹²⁷⁹ C. J. A. MITTERMAIER, « Organisation der Gerichte », art. cité, p. 52.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² *Ibid.*, p. 53.

¹²⁸³ *Ibid.*, p. 59-60. Voy. aussi C. J. A. MITTERMAIER, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung*, tome 2, 2^e éd., Bonn, Adolph Marcus, 1827, p. 56-64.

¹²⁸⁴ B. W. PFEIFFER, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes. Ein Wort der ernststen Mahnung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1851, p. 310.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 309.

¹²⁸⁶ H. A. von ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 2, *op. cit.*, p. 223.

le mode de nomination »¹²⁸⁷. Cette exigence constitutionnelle doit permettre de supprimer tous les tribunaux d'exception, les actes de justice retenue, les arrestations et les détentions arbitraires¹²⁸⁸. Son collègue Welcker résume ainsi la pensée libérale à ce sujet :

« Seul le tribunal ordinaire, compétent *en vertu de la loi*, est mon véritable juge, mon juge *légitime*. Toute commission qui n'est pas compétente, notamment celle qui est choisie ou nommée arbitrairement, exerce contre moi, si je n'y consens pas, non pas un droit de juridiction, mais un acte de violence. Je ne suis *légalement* soumis qu'à la procédure *légale*. Seule la décision rendue dans ce cadre par le juge naturel est une décision juridictionnelle valable. [...] Tout ce qui n'a pas été établi selon les formes et les modalités *légales*, c'est-à-dire toute justice retenue par cabinet, avec la procédure et la décision qui en découlent, est nul et, si l'on doit s'en prévaloir contre moi sans mon consentement, ce n'est pas de la justice, mais un assassinat judiciaire, un acte de violence. »¹²⁸⁹.

201. Cette réserve de loi pour la création des tribunaux ordinaires et l'organisation judiciaire permet de concrétiser le principe d'indépendance de la justice¹²⁹⁰, et d'interdire les actes de justice retenue. En effet, le principe de la réserve de loi impose l'existence de « juridictions permanentes, dotées d'une autorité autonome, auxquelles les affaires qui leur ont été confiées ne [peuvent] leur être retirées qu'en général par des lois, et en particulier pour des causes légitimes et dans des formes légales »¹²⁹¹. La mise en place de commissions ou l'évocation de procès en conseil ou par le gouvernement paraît, *a contrario*, impossible, tout comme la création de tribunaux criminels spéciaux, « marque certaine du despotisme »¹²⁹². D'après Siebenpfeiffer, même si constitutionnellement, la justice est encore rendue au nom du prince, « l'essence » de cette formule est annulée par le principe « tout à fait contraire [selon lequel] les tribunaux sont indépendants du pouvoir gouvernemental, les juges sont inamovibles, et toute justice retenue est inadmissible »¹²⁹³. Pour aller plus loin et éviter que le prince intervienne *indirectement* dans le cours de la justice, ce juriste estime nécessaire de reconnaître un second principe : celui selon lequel « la justice est rendue au nom de la loi (dont le régent

¹²⁸⁷ K. von ROTTECK et K. WELCKER, « Constitution, Constitutionnelles System », art. cité, p. 102.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ K. WELCKER, « Cabinetsjustiz », art. cité, p. 266 (nous soulignons).

¹²⁹⁰ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 295.

¹²⁹¹ K. E. SCHMID, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁹² P. J. SIEBENPFEIFFER, *Ueber die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege*, Heidelberg, Karl Groos, 1823, p. 93.

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 58.

est l'auteur et le protecteur le plus noble) »¹²⁹⁴. C'est ainsi la conjonction des deux principes, indépendance de la justice et réserve de loi, qui doit permettre de supprimer définitivement les interventions du pouvoir exécutif dans le cours de la justice. Dans cette optique, le droit au juge légal, inscrit dans les constitutions du *Vormärz*, est ainsi compris comme la garantie du respect de ces principes – ou, plus généralement, du principe de l'État de droit – en matière d'organisation judiciaire. Cela apparaît par exemple chez le criminaliste Feuerbach¹²⁹⁵, lequel considère que le paragraphe 8 de la Charte bavaroise de 1818, consacrant le droit au juge ordinaire, exprime l'idée selon laquelle « l'organisation judiciaire ne peut être fondée que sur une loi, et doit donc émaner du pouvoir législatif »¹²⁹⁶. En se fondant sur l'origine française de la garantie et les différentes formulations envisagées en France depuis 1790, Feuerbach estime que « juge ordinaire » signifie « juge auquel [quiconque] est soumis en vertu de l'organisation judiciaire établie par la loi, conformément à la constitution, et en vertu des lois relatives à la compétence des tribunaux »¹²⁹⁷.

202. Deux limites peuvent être opposées à cette conception libérale de la réserve de loi. Tout d'abord, les constitutions octroyées du *Vormärz* ne permettent pas d'établir une égalité complète entre les individus. Dans cette mesure, c'est le législateur même qui sera vecteur d'inégalité dans l'organisation de la justice, s'il différencie entre les classes ou individus. Schmid, par exemple, estime que « même si des tribunaux spéciaux sont établis pour des classes spéciales de personnes ou de choses, il doit exister des tribunaux généraux et ordinaires, compétents pour toute affaire qui n'est pas renvoyée à d'autres tribunaux », et que « tous doivent avoir les mêmes droits devant la loi (et dans le tribunal) »¹²⁹⁸. De son côté, Behr rejette la possibilité de mettre en place des juridictions privilégiées pour certaines catégories de personnes, car cela nuirait précisément à l'unité de la justice et à l'égalité juridique formelle entre les membres de l'État¹²⁹⁹. Cependant, le législateur est tributaire de l'égalité consacrée dans la constitution. Or, cette constitution reste, dans la monarchie limitée allemande, octroyée par un monarque. Cela illustre la seconde limite de la réserve de loi envisagée par les libéraux à cette période : l'accent est mis sur les assemblées et sur la loi en tant qu'instrument de garantie

¹²⁹⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹²⁹⁵ Sur ce très grand juriste, voy. par ex. H. MOHNHAUPT, « Feuerbach, Paul Johann Anselm von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 201-204.

¹²⁹⁶ P. J. A. von FEUERBACH, *op. cit.*, p. 205.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 208.

¹²⁹⁸ K. E. SCHMID, *op. cit.*, p. 119.

¹²⁹⁹ W. J. BEHR, *System der angewandten allgemeinen Staatslehre oder der Staatskunst (Politik)*, tome 2 : *Die Staatsverwaltungslehre*, Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1810, p. 196.

des libertés individuelles, mais, dans ces monarchies limitées, la loi n'est pas encore un instrument démocratique, et la sanction du principe de légalité est encore très parcellaire¹³⁰⁰.

203. Malgré ces limites pratiques à la conception libérale de la réserve de loi et à l'indépendance de la justice, ces idées se déploient massivement à mesure que le XIX^e siècle avance. Dans les dernières années avant la révolution de 1848, les protestations populaires s'intensifient, et les défenseurs du libéralisme demeurent déçus des réformes entreprises par les gouvernements monarchiques¹³⁰¹. Ce n'est qu'avec la révolution populaire de 1848 que les idées libérales conçues et développées depuis la fin du XVIII^e siècle peuvent triompher, avec l'adoption de la première constitution démocratique et moderne allemande.

§ 2 : Le triomphe des idées libérales et du principe d'État de droit avec la Constitution de Francfort de 1849

204. Les troubles sociaux et le mécontentement au niveau politique ne datent pas de 1848. Ils sont présents, tout au long de la première moitié du XIX^e siècle, avec des actions visant à modifier profondément le *statu quo*¹³⁰². Face aux nombreuses déceptions, les forces libérales rejoignent le mouvement révolutionnaire européen¹³⁰³, afin de demander l'unité nationale et l'établissement de réels droits et libertés individuels. En matière judiciaire, les révolutionnaires souhaitent en premier lieu garantir l'égalité de droit entre les citoyens. Celle-ci doit en particulier être obtenue grâce à la mise en place d'une justice indépendante¹³⁰⁴. Plus concrètement, les révolutionnaires formulent des revendications en faveur du jury criminel, ou encore de la publicité de la procédure juridictionnelle¹³⁰⁵. Mais la question du respect des compétences juridictionnelles ordinaires et de l'interdiction de création des juridictions extraordinaires ou de la justice retenue est également présente dans les débats. En Prusse par exemple, sous la pression des révolutionnaires de mars, Frédéric-Guillaume IV concède la mise en place d'un *Landtag*, qui doit adopter des réformes libérales. En avril 1848, ce *Landtag* vote

¹³⁰⁰ À ce sujet, voy. A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 33 et s. ; A. GAILLET, « Le juge dans le constitutionnalisme allemand du 19^e siècle. Entre l'État puissance et l'État de droit », in S. MOUTON et X. MAGNON (dir.), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, Colloques & essais, 2023, p. 42.

¹³⁰¹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 48.

¹³⁰² D. WILLOWEIT, op. cit., p. 257.

¹³⁰³ D. LANGEWIESCHE, op. cit., p. 72 et s.

¹³⁰⁴ J. IPSSEN, « Artikel 101 », art. cité.

¹³⁰⁵ U. MÜBIG, op. cit., p. 298.

« presque à l'unanimité » la suppression des tribunaux d'exception pour les crimes politiques et leur renvoi devant les tribunaux ordinaires¹³⁰⁶. De telles revendications sont fréquentes à l'échelle de l'Allemagne. Par exemple, le radical Gustav Struve propose, devant le Parlement préparatoire (*Vorparlament*) de Francfort¹³⁰⁷, la suppression des privilèges de juridiction (n° 4), des « tribunaux d'inquisition secrets » (n° 9), ou encore la garantie égale à la liberté personnelle de tous les Allemands (n° 9)¹³⁰⁸. Les délibérations arrêtées par ce Parlement préparatoire entre le 31 mars et le 4 avril 1848 ne contiennent pas le droit au juge légal, mais inscrivent, dans la section relative aux droits fondamentaux, la protection de la liberté personnelle, la protection contre le déni de justice et l'indépendance de la justice¹³⁰⁹.

205. C'est ensuite lors des discussions à l'Assemblée nationale, réunie dans l'église Saint-Paul, que le droit au juge légal fait explicitement son retour. En effet, est d'abord élaboré, par le comité de constitution (*Verfassungsausschuß*), un projet de déclaration de droits fondamentaux du peuple allemand (*Die Grundrechte des deutschen Volks*), daté du 19 juin 1848¹³¹⁰, dans lequel figure le droit au juge légal. Le paragraphe 7 du projet contient d'abord l'inviolabilité de la liberté de la personne (al. 1^{er}), puis le droit au juge légal et l'interdiction des juridictions d'exception (al. 2), et, enfin, l'interdiction des arrestations arbitraires (al. 3 et 4)¹³¹¹. Les « motifs » du projet, exposés consécutivement, précisent, à propos de ce paragraphe, que son objet est « la liberté et sa protection légale »¹³¹², et se focalisent ensuite essentiellement sur la question des arrestations et des perquisitions arbitraires. Il n'y a alors aucune spécificité du droit au juge légal dans ce contexte, lequel ne fait l'objet d'aucune discussion parmi les avis minoritaires reproduits¹³¹³. Seuls les députés Mittermaier et Schreiner évoquent le droit au juge légal dans leurs « propositions d'amélioration » du projet présenté, mais ce ne sont que des reformulations du principe énoncé¹³¹⁴. Le premier évoque très

¹³⁰⁶ E. BLEICH, *Verhandlungen des zum 2. April 1848 zusammenberufenen Vereinigten Landtages*, Berlin, Deckersche Geheime Ober-Hofbuchdruckerei, 1848, p. 42-47.

¹³⁰⁷ Sur cet épisode du début de l'année 1848 et la création de ce « parlement préparatoire », voy. par ex. D. WILLOWEIT, *op. cit.*, p. 258 et s.

¹³⁰⁸ Requête de Struve du 31 mars 1848, reproduite in E. R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte: 1803-1850*, tome 1 : *Deutsche Verfassungsdokumente*, 3^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1978, p. 332-334, en part. p. 333.

¹³⁰⁹ Délibérations du Parlement provisoire du 31 mars et du 1^{er} au 4 avril 1848, reproduites in *ibid.*, p. 334-337, en part. p. 336.

¹³¹⁰ Projet « Die Grundrechte des deutschen Volks », 19 juin 1848, reproduit in F. WIGARD, *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848, p. 682-684.

¹³¹¹ Paragraphe 7 du Projet précité « Die Grundrechte des deutschen Volks », reproduit in *ibid.*, p. 683.

¹³¹² *Ibid.*, p. 684-687, en part. p. 685.

¹³¹³ *Ibid.*, p. 688.

¹³¹⁴ Mittermaier définit ainsi le droit au juge légal comme l'interdiction d'être présenté, contre son gré, devant « un juge auquel la loi ne le soumet pas » (*ibid.*, p. 699), tandis que Schreiner propose de reformuler le principe : « Nul

brièvement le droit au juge légal, en le définissant comme l'interdiction d'être présenté, contre son gré, devant « un juge auquel la loi ne le soumet pas ». Dans les débats relatifs à ce projet, qui débutent à l'Assemblée nationale le 3 juillet 1848, le droit n'est guère discuté. C'est avant tout la liberté individuelle et l'interdiction des ordres arbitraires qui occupent la discussion relative au paragraphe 7. Un élément est principalement mis en avant : celui du traumatisme des expériences de commissions spéciales des années 1820 et 1830. Le rappel des commissions de Mayence et de Francfort illustre le besoin de protection des formes légales et la nécessaire interdiction de la justice extraordinaire ou d'exception. Lors de la séance du 3 août 1848 par exemple, le député Johann Peter Joseph Werner développe une argumentation fondée sur la période de persécution des démagogues, afin de montrer que proclamer le droit au juge légal et l'interdiction des juridictions d'exception n'est pas suffisant¹³¹⁵. Selon lui, cet épisode démontre que le pouvoir est toujours prêt à contourner les règles afin d'arriver à ses fins. Officiellement, dans cette période, les individus arrêtés et jugés l'ont été par les tribunaux ordinaires ; mais c'est l'action de la commission spéciale d'enquête qui menait en réalité à ces condamnations. C'est la raison pour laquelle il plaide pour ajouter à la disposition l'interdiction explicite des commissions extraordinaires¹³¹⁶. Il cite les exemples français et belge, afin de montrer que, dans les États voisins qui disposent de textes constitutionnels « modernes », les commissions extraordinaires sont explicitement interdites¹³¹⁷. Sa proposition est toutefois rejetée, la majorité des députés considérant que les commissions extraordinaires sont incluses dans l'interdiction des tribunaux d'exception¹³¹⁸. En outre, le député Friedrich Gottfried Leue se demande si la garantie du juge légal et l'interdiction des tribunaux d'exception ne doit pas être déplacée à l'article VIII, consacré à la justice¹³¹⁹. Il est notamment suivi par le député August Reichensperger, qui considère que le paragraphe 7 du projet correspond au « côté pratique de la liberté », et que le droit au juge légal doit figurer dans la partie consacrée à la justice¹³²⁰. Malgré le peu de temps accordé à ces débats, ceux-ci n'en sont pas moins fructueux.

ne peut être privé de son juge légal. La création de juridictions d'exception est interdite, dans tout État allemand, pour quelque raison que ce soit » (*ibid.*, p. 700).

¹³¹⁵ J. P. J. WERNER, intervention à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 3 août 1848, reproduite in F. WIGARD, *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 2, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848, p. 1367.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 1354.

¹³¹⁷ J. P. J. WERNER, intervention à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 3 août 1848, reproduite in *ibid.*, p. 1367.

¹³¹⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 119-120.

¹³¹⁹ F. G. LEUE, intervention à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 3 août 1848, reproduite in F. WIGARD, *op. cit.*, tome 2, p. 1354.

¹³²⁰ A. Reichensperger, intervention à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 3 août 1848, reproduite in *ibid.*, p. 1357-1358.

En effet, dans le catalogue de droits fondamentaux adopté le 27 décembre 1848, le droit au juge légal et l'interdiction des tribunaux d'exception sont insérés au paragraphe 42, phrases 3 et 4, lequel consacre initialement l'indépendance de la justice (1^e phrase) et l'interdiction de la justice retenue (2^e phrase)¹³²¹. Ce changement montre la dimension plus générale que les députés souhaitent donner à cette garantie, à la fois droit individuel, mais contribuant plus généralement à l'organisation de la justice, au service de la garantie de l'ensemble des autres droits fondamentaux déclarés dans ce catalogue.

206. Un regard vers les autres garanties proclamées par les révolutionnaires permet de comprendre que le droit au juge légal est inséré dans un système de droits et principes ayant vocation à garantir l'État de droit¹³²². En effet, le droit au juge légal participe, à côté de nombreux autres principes constitutionnels, à imposer le respect du droit dans l'État, et celui des libertés fondamentales, et en particulier la liberté individuelle. Dans ce système de 1848-1849, le juge et son accès apparaissent plus particulièrement comme un instrument privilégié pour imposer le respect du droit – et des droits fondamentaux¹³²³. D'abord, le projet de droits fondamentaux énonce notamment l'égalité de tous les citoyens devant la loi (§ 6), le principe selon lequel « toute justice émane de l'État » (§ 34) et l'interdiction des privilèges de juridiction (§ 35). Ensuite, la discussion à l'Assemblée nationale fait apparaître l'attachement des députés de Francfort au principe de l'État de droit et leur volonté de mettre en œuvre chacun des instruments qui permet de le garantir. Le rapporteur du comité de constitution, Georg Beseler, affirme par exemple, dès son discours d'ouverture le 3 juillet :

« [...] nous voulons maintenant sortir de ce que l'État de police des siècles passés nous a apporté. Nous voulons fonder l'État de droit pour l'Allemagne aussi, [...] selon les exigences de la nature de notre peuple – car notre peuple est un peuple de droit [*Rechtsvolk*] – et de la culture de notre époque. »¹³²⁴

Même si la discussion relative au droit au juge légal est assez limitée, ses implications, et en premier lieu celle d'interdire les tribunaux d'exception, sont présentes à plusieurs reprises. Par exemple, dans la discussion relative au paragraphe 34, le député Werner propose d'y ajouter l'autonomie de la justice et l'interdiction de la justice retenue, ministérielle ou gouvernementale

¹³²¹ Ce changement s'opère au moment de la deuxième lecture du projet de droits fondamentaux, à partir du 6 décembre 1848 (F. WIGARD, *Stenographischer Bericht*, tome 5, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848, p. 3868-3887, en part. p. 3884). Cette disposition est adoptée le 20 décembre 1848 (F. WIGARD, *Stenographischer Bericht*, tome 6, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1849, p. 4294).

¹³²² A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 193.

¹³²³ *Ibid.*, p. 205 et s.

¹³²⁴ G. BESELER, discours à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 3 juillet 1848, reproduit in F. WIGARD, op. cit., tome 1, p. 700-702, en part. p. 701.

– proposition facilement adoptée¹³²⁵. Lorsque le paragraphe 6 est au centre du débat, le député Heinrich Ahrens énonce que le principe d'égalité est un « élément essentiel du nouvel ordre juridique », et qu'il implique notamment la suppression de tous les tribunaux d'exception, de la justice patrimoniale, ainsi que des privilèges de juridiction¹³²⁶. Il reprend l'avis du comité de constitution, dont certains membres envisagent déjà la nécessité de préciser l'égalité des citoyens devant la justice et de supprimer les privilèges de juridiction¹³²⁷.

207. Finalement, le droit au juge légal est repris, comme l'ensemble de la loi relative aux droits fondamentaux des allemands votée par l'Assemblée nationale à la fin de l'année 1848, au paragraphe 175 de la Constitution de Francfort du 28 mars 1849. Cela constitue la première consécration constitutionnelle du droit au juge légal ayant pour objectif la protection du principe de l'État de droit, soit une réelle soumission du pouvoir étatique au droit¹³²⁸. Il est précédé de la suppression de la justice patrimoniale (§ 174) et suivi de l'abolition des privilèges de juridiction (§ 176), marquant ainsi l'importance du principe d'égalité dans la conception révolutionnaire¹³²⁹. Cependant, en mars 1849, quatre États indiquent déjà qu'ils ne se soumettront pas à la déclaration des droits adoptée le 27 décembre 1848 : l'Autriche, la Prusse, la Bavière et le royaume de Hanovre¹³³⁰. Même si la révolution de 1848 s'est soldée par un échec en Allemagne – comme partout en Europe –¹³³¹, elle a eu des effets durables sur l'évolution constitutionnelle¹³³². C'est notamment le cas du suffrage universel masculin, qui ne sera ensuite plus remis en cause¹³³³. Cette « constitution mort-née » apparaît d'ailleurs, dans la période qui s'ouvre ensuite, comme un modèle¹³³⁴. Même si les années 1850 sont marquées par la réaction et le conservatisme¹³³⁵, la fin du XIX^e siècle est de nouveau propice à poser les bases d'un futur élargissement du droit au juge légal.

¹³²⁵ Séance de l'Assemblée nationale de Francfort du 12 octobre 1848, reproduite in F. WIGARD, *Stenographischer Bericht*, tome 4, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848, p. 2572-2573.

¹³²⁶ H. AHRENS, intervention à l'Assemblée nationale de Francfort lors de la séance du 1^{er} août 1848, reproduite in F. WIGARD, *op. cit.*, tome 2, p. 1292-1294, en part. p. 1293.

¹³²⁷ Voy., à titre d'exemple, le député Schüler, qui insiste sur l'importance de l'égalité des individus « devant les juridictions », ou encore Wippermann, qui considère que l'expression « égalité devant la loi et les juges » serait « sans doute, l'expression la plus appropriée », ou enfin, Welcker, qui prône la suppression des privilèges personnels de juridiction.

¹³²⁸ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 214.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 307 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 13 ; M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 8.

¹³³⁰ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 36.

¹³³¹ Voy. par ex. D. LANGEWIESCHE, *op. cit.*, p. 99 et s.

¹³³² A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 169 (voy. les références citées).

¹³³³ J. CHAPOUTOT, *op. cit.*, p. 39.

¹³³⁴ E. KERN, *op. cit.*, p. 121 ; U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 308-309.

¹³³⁵ J. DROZ, *op. cit.*, p. 153 et s.

§ 3 : Les bases d'un enrichissement ultérieur de la conception allemande du droit au juge légal

208. Dans les années 1850, le retour de la monarchie constitutionnelle dans les États allemands entraîne une mise en retrait des droits fondamentaux, qui ne sont conservés que dans un nombre limité de constitutions¹³³⁶. L'Autriche met à nouveau en place un régime autoritaire, illustration du « néo-absolutisme », tandis qu'en Prusse, une constitution est finalement adoptée, en décembre 1848 avec un « système électoral inégalitaire et censitaire »¹³³⁷. Après des décennies de refus de la part du pouvoir prussien, la constitution prussienne « révisée » et octroyée du 31 janvier 1850 consacre finalement un titre aux « droits des prussiens », contenant en particulier le droit au juge légal (article 7)¹³³⁸ – mais ceci dans une vision autoritaire et conservatrice¹³³⁹. Durant la seconde moitié du XIX^e siècle, les revendications libérales ne sont cependant plus focalisées sur la politique et l'établissement d'un régime représentatif, mais davantage sur la question de la protection juridique individuelle¹³⁴⁰. Il est donc accordé une place importante aux instruments de défense des droits subjectifs de l'individu contre les ingérences étatiques. Dans cette mesure, les garanties autour de l'organisation judiciaire et du juge prennent un sens particulièrement important. Les consécutions du droit au juge légal dans cette période sont ainsi le résultat du combat de la bourgeoisie pour sécuriser sa condition juridique libérale¹³⁴¹. En l'absence de droits fondamentaux dans la constitution fédérale de 1871, c'est au niveau législatif que certaines garanties sont inscrites. Il n'est donc pas étonnant que ce soit dans l'une des lois sur la justice du *Reich* (*Reichsjustizgesetze*) de 1877 que le droit au juge légal est à nouveau consacré, aux côtés d'autres dispositions qui constitueront la base d'un enrichissement ultérieur de la garantie (A). Ce n'est qu'en 1919 avec la Constitution de Weimar que le droit au juge légal reprend sa place dans un texte constitutionnel, dans une compréhension en partie élargie (B).

¹³³⁶ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, op. cit., p. 81.

¹³³⁷ J. CHAPOUTOT, op. cit., p. 41.

¹³³⁸ Charte constitutionnelle (*Verfassungsurkunde*) pour l'État prussien du 31 janvier 1850, reproduite in E. R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, op. cit., tome 1, p. 501-514, en part. p. 502.

¹³³⁹ C. D. CLASSEN, op. cit., p. 13.

¹³⁴⁰ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 241, 244 ; A. GAILLET, « Le juge dans le constitutionnalisme allemand », art. cité, p. 34, 44.

¹³⁴¹ T. MAUNZ, « Art. 101 », in T. MAUNZ, G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, tome 6: Art. 86-106b, Munich, C. H. Beck, avril 2018, § 1.

A. L'importance des lois sur la justice fédérale de 1877

209. Si, à l'origine, la doctrine libérale conçoit les assemblées législatives et représentatives comme le moyen essentiel de réalisation de l'État de droit, la seconde moitié du XIX^e siècle voit émerger une approche différente de ce concept, plutôt pensé comme État légal : c'est la justice et la question de sa compétence qui devient un enjeu fondamental pour assurer la réalisation d'un État de droit comme « État du droit administratif bien ordonné »¹³⁴². Dans cette perspective, l'adoption de plusieurs lois relatives à la justice fédérale en 1877, entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1879, participe à donner une grande importance aux garanties procédurales et à la justice pour la réalisation des libertés individuelles. Les codes de procédure pénale (*Strafprozessordnung*) et de procédure civile (*Zivilprozessordnung*) sont accompagnés d'une loi relative à l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz* – ci-après GVG). Cette dernière consacre notamment l'indépendance des tribunaux (§ 1 GVG) ou encore l'existence de voies de droit en matière civile (§ 13 GVG), lesquelles contribuent à la sécurisation des garanties individuelles de la bourgeoisie libérale. L'obtention de ces garanties au niveau fédéral, alors que la compétence législative en matière judiciaire appartient initialement aux états fédérés, participe à unifier le droit à l'échelle du *Reich* allemand¹³⁴³. C'est la loi relative à l'organisation judiciaire qui reprend, à son paragraphe 16, le droit au juge légal et l'interdiction des tribunaux d'exception¹³⁴⁴. Ce principe est réaffirmé dès le projet gouvernemental de 1874, à son paragraphe 5¹³⁴⁵. Il n'est ensuite pas discuté, ni en commission, ni en séance plénière au *Reichstag*¹³⁴⁶. Cette absence de discussion montre, d'une part, l'évidence que ce principe constitue pour les députés à la fin du XIX^e siècle, et, d'autre part, la continuité dans l'interprétation qui doit en être donnée. Il vise précisément à protéger la fonction juridictionnelle vis-à-vis d'autorités extérieures, et en premier lieu vis-à-vis de « l'administration gouvernementale » (*Staatsverwaltung*)¹³⁴⁷. Selon Thomas von Hauck, auteur d'un commentaire de la loi dès 1879, le droit au juge légal permet d'interdire à la fois les

¹³⁴² O. JOUANJAN, « Présentation », art. cité, p. 34 et s., faisant référence à la célèbre formule d'Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 1, 2^e éd., Munich, Duncker & Humblot, 1914, p. 60).

¹³⁴³ E. KERN, *op. cit.*, p. 129-130 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 339.

¹³⁴⁴ Paragraphe 16 de la loi relative à l'organisation judiciaire du 27 janvier 1877, reproduit in *Reichs-Gesetzblatt*, 1877, n° 4, p. 41-76, en part. p. 43 : « Les tribunaux d'exception sont inadmissibles. Nul ne doit être soustrait à son juge légal. Les dispositions légales relatives aux cours martiales et à la loi martiale ne sont pas affectées par la présente disposition. »

¹³⁴⁵ Paragraphe 5 du projet gouvernemental de loi relative à l'organisation judiciaire, reproduit in K. HAHN (dir.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen: auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamts*, tome 1/1, Berlin, Decker, 1879, p. 4.

¹³⁴⁶ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 320.

¹³⁴⁷ Voy. par ex. « les motifs spécifiques » du projet gouvernemental, reproduits in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/1, p. 42 et s., en part. p. 64.

ingérences dans la justice de la part du pouvoir exécutif, mais aussi le traitement arbitraire d'une affaire par un tribunal incompétent¹³⁴⁸. La dimension de protection est toujours externe, dans la mesure où Hauck n'envisage que l'usurpation de compétences par un autre tribunal – incompétent, et non par un juge à l'intérieur du même tribunal. Le *juge* légal est encore compris comme la *juridiction* légale.

210. En revanche, un autre élément permet de mettre en lumière l'attention des députés pour l'organisation interne des juridictions. Si le droit au juge légal ne s'y applique pas encore, les députés perçoivent la nécessité de réglementer plus précisément la création des subdivisions au sein des tribunaux (chambres, sections) et la répartition des affaires entre celles-ci. Selon certains députés, c'est à nouveau l'expérience autoritaire prussienne qui a montré, après 1848, que le droit au juge légal et l'interdiction des juridictions d'exception seuls ne sont pas en mesure d'éviter toute intervention du pouvoir exécutif dans la justice. En effet, des réformes des années 1849 et 1851 ont créé des commissions au sein des juridictions, dont la composition dépend du ministère de la justice et du président de juridiction¹³⁴⁹. C'est ainsi par l'organisation des juridictions collégiales que le gouvernement prussien parvient à maintenir son influence sur certaines procédures et certains procès¹³⁵⁰, notamment en jouant sur les majorités. Le juriste prussien Rudolf von Jhering¹³⁵¹ voit, dans cette composition des tribunaux par le pouvoir politique, le « talon d'Achille » de l'organisation judiciaire¹³⁵². Selon lui, ce choix laissé au pouvoir politique lui permet en réalité de faire fonctionner les tribunaux « comme il l'entend », en « transfér[ant] les personnes qui lui sont désagréables à un autre tribunal et en en plaç[ant] d'autres qui lui sont plus agréables »¹³⁵³. C'est dans ce contexte que les députés du *Reichstag*

¹³⁴⁸ T. von HAUCK, *Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich vom 27. Januar 1877 nebst dem Ausführungsgesetze für das Königreich Bayern vom 23. Februar 1879*, Nördlingen, C. H. Beck, 1879, p. 39.

¹³⁴⁹ Paragraphes 20 et 21 de l'ordonnance du 2 janvier 1849 sur la suppression de la juridiction privée et de la juridiction privilégiée, ainsi que sur la réorganisation des tribunaux (*Verordnung über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte*, reproduite in *Gesetzsammlung für die Königlich-Preussischen Staaten 1849*, Berlin, Gesetzsammlungsamt, 1849, p. 1-13, en part. p. 6-7) et article VII de la loi du 26 avril 1851 concernant les compléments à l'ordonnance du 2 janvier 1849 (*Gesetz, betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 2. I. 1849 über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte*, reproduite in *Gesetzsammlung für die Königlich-Preussischen Staaten 1851*, Berlin, Gesetzsammlungsamt, 1851, p. 181-187, en part. p. 184). Voy. R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2^e éd., Berlin, Springer, 1879, p. 228 ; U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 311.

¹³⁵⁰ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 311.

¹³⁵¹ Sur ce juriste, voy. par ex. U. FALK, « Jhering, Rudolf von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 324-326.

¹³⁵² R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, tome 1, 3^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893, p. 407. Ce constat apparaît dès la première édition de son ouvrage, en 1877 (p. 400).

¹³⁵³ *Ibid.*

accentuent, lors des discussions sur la loi relative à l'organisation judiciaire, la nécessité de dissocier le pouvoir exécutif de la question de l'organisation interne des tribunaux.

211. Le projet gouvernemental initial du GVG laisse encore à l'administration judiciaire le soin de décider de la composition des formations de jugement et de la répartition des affaires¹³⁵⁴. Cependant, dès la première séance plénière du *Reichstag* sur le projet, en novembre 1874, le député Eduard Lasker défend la nécessité d'une « administration judiciaire indépendante », c'est-à-dire une « indépendance totale du juge contre les influences d'en haut », ainsi qu'une « structure fixe des collèges qui sont appelés à rendre la justice »¹³⁵⁵. Évoquant les exemples de procès politiques que la Prusse a connus, il rappelle à ses collègues que dans ces affaires, il était « facile pour l'administration de choisir les [juges] de la manière la plus utile pour arriver à ses fins »¹³⁵⁶. Le juriste et député Rudolf Gneist défend également la mise à l'écart de l'administration judiciaire dans la répartition des juges et des affaires au sein des juridictions. Il distingue entre l'administration judiciaire (l'organisation extérieure du tribunal) et la jurisprudence au sens strict (le fait de dire le droit, de rendre un jugement ; la fonction interne du tribunal), estimant que la question de la permanence et de l'autonomie des juridictions et des chambres se rattache à cette dernière¹³⁵⁷. Il considère d'ailleurs que cet aspect constitue « l'essence de l'organisation judiciaire, à savoir l'indépendance des organes juridictionnels dans l'intérêt de l'ordre juridique et des parties »¹³⁵⁸. Cette idée est partagée au sein de la commission sur la justice du *Reich* (*Reichsjustizkommission*), chargée de préparer un texte final. En première lecture, Peter Reichensperger rejette par exemple la possibilité que le gouvernement puisse créer et composer les sections des tribunaux, puisque cela reviendrait, selon lui, à laisser au gouvernement la composition du tribunal tout entier¹³⁵⁹. Lasker propose ainsi la modification du projet de loi, afin d'y insérer des règles spécifiques pour la composition

¹³⁵⁴ Voy. les titres 4 (tribunaux de première instance – *Landgerichte*) et 7 (tribunaux de deuxième instance – *Oberlandesgerichte*) du projet de loi sur l'organisation judiciaire du gouvernement, reproduit in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/1, p. 2-21.

¹³⁵⁵ E. LASKER, discours à l'assemblée plénière du *Reichstag* lors de la séance du 24 novembre 1874, reproduit in *ibid.*, p. 197-211, en part. p. 206.

¹³⁵⁶ E. LASKER, discours précité lors de la séance du 24 novembre 1874, reproduit in *ibid.*, p. 207.

¹³⁵⁷ R. GNEIST, discours à l'assemblée plénière du *Reichstag* lors de la séance du 25 novembre 1874, reproduit in *ibid.*, p. 230-234, en part. p. 231.

¹³⁵⁸ R. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, *op. cit.*, p. 229. Voy aussi R. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlin, Springer, 1869, p. 527.

¹³⁵⁹ P. REICHENSPERGER, intervention en commission lors de la séance du 15 janvier 1876, reproduite in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/1, p. 600. Cette idée est reprise dans le rapport final de la commission : *Reichsjustizkommission*, Rapport sur le projet de loi sur l'organisation judiciaire, reproduit in K. HAHN (dir.), *Die gesamten Materialien*, tome 1/2, Berlin, Decker, 1879, p. 925-986, en part. p. 953 : « En ce qui concerne la composition des chambres (sénats), la commission a été d'avis, à la quasi-unanimité, qu'elle ne devait pas être confiée aux gouvernements, c'est-à-dire à l'administration judiciaire. Comme le tribunal ne statue pas en tant que tel, mais en sections autonomes, composer ces sections, c'est encore composer des tribunaux autonomes. »

des sections et chambres au sein des tribunaux¹³⁶⁰. Concrètement, il propose que cette composition soit opérée par une commission composée du président de la juridiction, des présidents de chambres et d'au moins deux juges tirés au sort chaque année. Il tient notamment à réduire le poids du président de juridiction¹³⁶¹, considérant que lui confier seul la répartition des membres et des affaires n'assurerait pas suffisamment la sécurité juridique, et qu'il faut déjà condamner « l'apparence d'une telle domination »¹³⁶². S'agissant de la répartition des affaires, il propose qu'elle soit effectuée par l'assemblée plénière des juges de la juridiction. La nécessaire indépendance de la justice vis-à-vis de l'exécutif constitue l'élément central de ces propositions¹³⁶³, encore en seconde lecture, face à l'opposition des représentants des gouvernements des états fédérés¹³⁶⁴. En dehors d'un changement concernant l'organe chargé de répartir les juges dans les chambres (un bureau [*Präsidium*], composé du président de juridiction, des présidents de section et du doyen des juges de la juridiction¹³⁶⁵), cette version est finalement adoptée par la commission sur la justice (paragraphe 47c et 47d du projet¹³⁶⁶), puis, en séance plénière, par le *Reichstag* (paragraphe 62 et 63 de la loi définitive)¹³⁶⁷. Ces paragraphes prévoient ainsi l'adoption, par le *Präsidium*, d'un règlement annuel contenant des critères permettant la répartition objective et abstraite des affaires entre les différentes chambres d'une juridiction – et non pas directement la répartition des affaires concrètes.

212. En pratique, l'opposabilité de ces paragraphes a varié dans la jurisprudence du *Reichsgericht* (Tribunal d'Empire), juridiction suprême du *Reich* en matière civile et pénale. Initialement, ce tribunal refuse de voir dans ces dispositions des cas d'ouverture à révision (cassation). Par exemple, dès un arrêt rendu le 8 juillet 1880¹³⁶⁸, il rejette le pourvoi formé par le ministère public contre une décision de la première chambre criminelle du *Landgericht* de

¹³⁶⁰ E. LASKER, motions concernant les titres 4 et 7, discutées en commission le 13 janvier 1876, reproduites in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/1, p. 569-570.

¹³⁶¹ E. LASKER, intervention en commission lors de la séance du 13 janvier 1876, reproduite in *ibid.*, p. 574.

¹³⁶² E. LASKER, intervention en commission lors de la séance du 17 janvier 1876, reproduite in *ibid.*, p. 611.

¹³⁶³ E. LASKER, intervention en commission lors de la séance du 13 janvier 1876, reproduite in *ibid.*, p. 570 : « La protection offerte par des juges indépendants serait perdue si l'administration avait la possibilité de choisir, pour les différentes catégories d'affaires, les juges dont on peut attendre, en raison de leurs opinions ou de leurs convictions, qu'ils rendent la justice dans une certaine direction ». Voy. aussi les rattachements au principe d'indépendance dans les interventions de Gneist : discours précité lors de la séance du 25 novembre 1874, reproduit in *ibid.*, p. 231 ; intervention en commission lors de la séance du 10 novembre 1876, reproduite in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/2, p. 1040.

¹³⁶⁴ Voy. par ex. E. LASKER, intervention en commission lors de la séance du 19 mai 1876, reproduite in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/1, p. 796-797.

¹³⁶⁵ J. STRUCKMANN, proposition de modification, discutée en commission le 19 mai 1876, reproduite in *ibid.*, p. 794.

¹³⁶⁶ Modifications arrêtées par la commission en seconde lecture, 14 novembre 1876, reproduites in K. HAHN (dir.), *op. cit.*, tome 1/2, p. 1058-1062, en part. p. 1059.

¹³⁶⁷ Vote de la loi lors de la séance du 21 décembre 1876, reproduit in *ibid.*, p. 1638 et s.

¹³⁶⁸ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 8 juillet 1880, Rep. 1857/80 (*RGSt.* 2, 195).

Breslau. Celui-ci se fondait sur la méconnaissance des paragraphes 62 GVG et 377 1- du code de procédure pénale pour faire annuler la décision, aux motifs que l'un des conseillers du *Landgericht* qui avait siégé n'était, selon le plan de répartition, ni un membre permanent de la première chambre criminelle, ni prévu comme remplaçant en cas d'empêchement dans cette chambre. Le *Reichsgericht* considère que cette question relative à la composition de la chambre criminelle est indifférente pour le contrôle de la validité du jugement rendu. La question de la correcte application de ces « règles de garantie considérées comme nécessaires à la pleine indépendance des juges » ne peut pas faire l'objet d'une discussion en révision. Le Tribunal confirme sa position quelques mois plus tard, en précisant que les plans de répartition des affaires ne sont pas des lois pouvant être invoquées dans le cadre d'un pourvoi en révision¹³⁶⁹. Ceux-ci sont considérés comme des mesures intérieures liées au service (*Dienstvorschriften*). À la fin des années 1880 cependant, le Tribunal d'Empire fait évoluer sa jurisprudence, en acceptant de répondre à la question de savoir si la manière dont la personne a été jugée (en contradiction potentielle avec le plan de répartition) est conforme aux prescriptions des paragraphes 62 et 63 GVG. Après deux arrêts de 1889 (chambre criminelle supplémentaire en cas de surcharge)¹³⁷⁰ et 1890 (remplacement du président de chambre en raison d'un arrêt maladie)¹³⁷¹, dans lesquels il rejette les pourvois, le *Reichsgericht* accueille un premier pourvoi en 1892. Dans cet arrêt du 27 mai 1892¹³⁷², il considère que n'est pas compatible avec les prescriptions posées par le paragraphe 62 GVG la participation d'un juge auxiliaire (*Hilfsrichter*) à une formation de jugement, lorsque celle-ci n'a été autorisée que par une ordonnance du président de juridiction, validée *a posteriori* par le *Präsidium*. Pour la première fois, il estime que :

¹³⁶⁹ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 16 octobre 1880, Rep. 2382/80 (*RGSt.* 3, 8 – en part. p. 10). Voy. encore en 1903 : Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 30 juin 1903, Rep. 1978/03 (*RGSt.* 36, 321) : « le plan de répartition des affaires n'est pas une norme juridique, sa méconnaissance ne correspond pas à une violation de la loi ».

¹³⁷⁰ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 21 mai 1889, Rep. 1141/89 (*RGSt.* 19, 230).

¹³⁷¹ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 9 mai 1890, Rep. 787/90 (*RGSt.* 20, 385).

¹³⁷² Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 27 mai 1892, Rep. 1395/92 (*RGSt.* 23, 166).

« La procédure à suivre par le *Präsidium* n'est en aucun cas une simple affaire interne à celui-ci, elle est conçue et prescrite comme la garantie d'une justice indépendante et exempte d'influences, et fait partie de l'ordre juridique. Ainsi, le justiciable a un droit, trouvant son origine dans le droit public, à ce que le tribunal qui le juge soit constitué conformément aux dispositions de la loi relative à l'organisation judiciaire. »¹³⁷³

Partant, le Tribunal fédéral fait du respect des paragraphes 62 et 63 GVG une condition de validité des décisions juridictionnelles. Il refuse en revanche de sanctionner la simple mauvaise application du plan de répartition des affaires. Dans un arrêt de 1903, il rappelle par exemple que ce plan « n'est pas une norme juridique ; sa méconnaissance [seule] ne correspond pas à une violation de la loi »¹³⁷⁴.

213. Il n'y a pas, dans les débats législatifs et dans la jurisprudence fédérale, de rattachement explicite de la question de la répartition des chambres et des affaires au droit au juge légal, mais seulement à l'indépendance de la justice. Cet aspect interne aux juridictions ne constitue pas encore un élargissement du champ d'application du droit au juge légal dans une dimension interne, mais seulement le moyen de parachever l'indépendance complète de la justice. En revanche, l'adoption de ces principes par les députés de 1874-1877 et leur application par le *Reichsgericht* montrent l'importance accordée aux garanties procédurales et à l'indépendance de la justice vis-à-vis des autres pouvoirs dans la conception allemande. C'est l'existence de ces dispositions qui permettra à la Cour constitutionnelle fédérale d'étendre, dans les années 1950, le champ d'application du droit au juge légal à l'intérieur des juridictions. D'ailleurs, selon Thomas von Hauck, le pouvoir d'appréciation des membres du *Präsidium* doit s'exercer dans les limites de ce qui est juste et en fonction des besoins pratiques du tribunal, et doit, pour être conforme à la loi, procéder à une répartition « si déterminée et si claire que chaque affaire ait déjà, à l'avance, une chambre déterminée »¹³⁷⁵. Cette formule est très proche de celle que développera dans le futur la Cour constitutionnelle fédérale, profitant de la constitutionnalisation du droit au juge légal opéré dès 1919 dans la Constitution de Weimar.

¹³⁷³ *RGSt.* 23, 166, en part. p. 168. Voy. dans le même sens, Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 22 janvier 1904, Rep. 6217/03 (*RGSt.* 37, 59).

¹³⁷⁴ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 30 juin 1903, Rep. 1978/03 (*RGSt.* 36, 321).

¹³⁷⁵ T. von HAUCK, *op. cit.*, p. 102.

B. La constitutionnalisation du droit au juge légal en 1919

214. La Constitution de Weimar, adoptée après la fin de la Première guerre mondiale et résultant de l'abdication de l'empereur Guillaume II, met en place un régime démocratique garantissant des droits fondamentaux – dans la continuité du travail réalisé par les députés de Francfort en 1848/1849¹³⁷⁶. En ce qui concerne les garanties processuelles, liées à la justice, cette Constitution reprend les dispositions fondamentales de la loi relative à l'organisation judiciaire de 1877, pour les élever au rang constitutionnel¹³⁷⁷. Sur le fond, il n'y a pas de changement majeur, les lois de 1877 ayant d'ores et déjà achevé pour l'essentiel la conception libérale du droit de l'organisation judiciaire¹³⁷⁸. Cela est notamment le cas du droit au juge légal, consacré à l'article 105 de la Constitution de 1919. Ce « principe juridique »¹³⁷⁹ est d'abord inséré à l'article 103 du projet, et est composé de trois alinéas : l'interdiction des juridictions d'exception, le droit au juge légal et le maintien des juridictions militaires. Les deux premières phrases ne font l'objet d'aucune discussion, considérées comme incontestées et incontestables¹³⁸⁰. La compréhension du droit au juge légal se situe ainsi dans la continuité de sa conception historique, comme droit d'être jugé par la *juridiction* compétente, selon les règles légales. Seules les ingérences extérieures sont *a priori* défendues par l'article 105¹³⁸¹, et non pas la privation du juge légal au sein d'une juridiction. Le maintien de son association avec l'interdiction de la création de juridictions d'exception confirme cette interprétation. Cette dernière est perçue comme une conséquence, peut-être la plus importante, de l'interdiction de privation du juge légal¹³⁸².

215. En tout état de cause, cette constitutionnalisation du droit au juge légal entraîne des conséquences en ce qui concerne son champ d'application. D'une part, elle permet d'élargir encore le cercle de ses destinataires. Jusqu'en 1919, le droit au juge légal était en effet inscrit dans une loi fédérale. Dans cette mesure, seuls l'administration et les législateurs des états fédérés étaient concernés par l'interdiction de privation du juge légal et l'interdiction de

¹³⁷⁶ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁷⁷ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14^e éd., Berlin, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1933, p. 485.

¹³⁷⁸ E. KERN, *op. cit.*, p. 141.

¹³⁷⁹ G. STRESEMANN, intervention à l'assemblée nationale lors de la séance du 12 mai 1919, reproduite in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, tome 327, Berlin, Norddeutsche Buchdruckerei, 1920, p. 1101.

¹³⁸⁰ C. FEHRENBACH, président, intervention lors du vote sur l'article 103 du projet, lors de la séance du 30 juillet 1919, reproduite in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, tome 328, Berlin, Norddeutsche Buchdruckerei, 1920, p. 2120.

¹³⁸¹ U. MÜBIG, *op. cit.*, p. 321.

¹³⁸² E. KERN, *op. cit.*, p. 156-157.

création de juridictions d'exception. Avec la Constitution de Weimar, le législateur fédéral est également soumis au droit au juge légal¹³⁸³. Même si la question de la soumission du législateur aux droits fondamentaux est controversée¹³⁸⁴, la position de l'article 105 dans la partie relative au pouvoir judiciaire, permet au droit au juge légal d'être épargné par ces controverses, tout en étant considéré comme un droit subjectif pour les individus¹³⁸⁵. Cet ancrage constitutionnel permet ainsi avant tout de poser des limites au législateur, qui ne peut pas contrevenir au droit au juge légal par la simple modification de la loi relative à l'organisation judiciaire. D'autre part, le droit au juge légal est désormais étendu à toutes formes de juridiction, sans référence – comme ce fût le cas par le passé – à la matière civile et/ou pénale¹³⁸⁶.

216. Il ne semble pas que la question de l'organisation interne des juridictions, réglée en particulier par les paragraphes 62 et 63 GVG, soit déjà associée au droit au juge légal en pratique. En littérature par contre, ce lien entre organisation interne et droit au juge légal est déjà opéré. Par exemple, Eduard Kern, dans son analyse du droit positif allemand issu de la Constitution de 1919, considère que la troisième condition pour que le juge puisse être qualifié de juge légal est le fait que le tribunal soit composé des « bonnes personnes », conformément à la loi et dans le respect des règles de répartition des affaires¹³⁸⁷. Il étudie ainsi, dans son ouvrage sur le juge légal, la jurisprudence fédérale relative à l'application des paragraphes 62 et 63 GVG. Il estime que dans sa signification la plus récente, le droit au juge légal interdit que le juge prévu par la loi pour statuer sur son affaire soit écarté de manière illégale, et remplacé par un autre juge ou un autre tribunal¹³⁸⁸. Or, ce volet du droit au juge légal serait précisément apparu avec la création des chambres et des formations de jugement au sein des tribunaux. Reprenant Kern, Anschütz, dans son commentaire sur la Constitution de Weimar de 1919, estime également que le droit au juge légal impose notamment que le tribunal soit composé des « bonnes personnes » et sans violation des dispositions relatives à la répartition des affaires¹³⁸⁹.

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 158 ; G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 486. En français, voy. N. PICARDI, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, 2010, p. 49, pour les évolutions des destinataires du droit au juge légal.

¹³⁸⁴ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸⁵ Voy. par ex. E. KERN, *op. cit.*, p. 158, qui estime que le constituant de 1919 n'a pas voulu reculer par rapport aux lois antérieures, qui avaient reconnu le droit au juge légal dans la partie consacrée aux droits (subjectifs) individuels.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 159 ; G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 486. Voy. aussi K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 561.

¹³⁸⁷ E. KERN, *op. cit.*, p. 177 et s.

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 185.

¹³⁸⁹ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 486.

Ce sont peut-être ces lectures qui influenceront la Cour constitutionnelle fédérale dans les années 1950 – on sait qu'elle se réfère déjà explicitement à Kern et Anschütz pour d'autres évolutions, notamment la proposition de Kern de soumettre les juges eux-mêmes au respect du droit au juge légal¹³⁹⁰. La Cour constitutionnelle fédérale considèrera en particulier que la loi relative à l'organisation judiciaire visait à « perfectionner le droit au juge légal »¹³⁹¹.

217. En revanche, en pratique, il ne semble pas que la « Cour de justice d'État » de la République de Weimar (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*), « embryon de juridiction constitutionnelle fédérale »¹³⁹², ait utilisé, durant sa période d'activité de 1921 à 1933, l'article 105 de la Constitution. Le caractère étroit de ses compétences explique notamment cette absence. C'est à nouveau le *Reichsgericht* qui continue d'alimenter la jurisprudence relative à ce principe, notamment pour régler des questions de compétences¹³⁹³. En effet, le Tribunal suprême fédéral considère qu'il peut contrôler le respect des dispositions constitutionnelles par les lois et ordonnances. Il a donc pu contrôler le respect de l'article 105 par des lois ou règlements¹³⁹⁴, y compris dans le cadre de la création d'un tribunal d'exception en matière militaire¹³⁹⁵. Il estime que l'article 105 reprend le contenu du paragraphe 16 GVG et, qu'à ce titre, il ne contient pas de nouveau droit, mais élève simplement ces dispositions au niveau de « principe constitutionnel » (*Verfassungsgrundsatz*)¹³⁹⁶. C'est la raison pour laquelle cet article n'est mobilisé que pour des questions relatives aux compétences juridictionnelles, mais jamais lorsque se pose une question de répartition des affaires. En parallèle, la juridiction suprême continue bien de connaître, indirectement, des plans de répartition des affaires des tribunaux, mais ne relie pas cette question à celle de la compétence ou du juge légal. Par exemple, dans un arrêt du 7 octobre 1921¹³⁹⁷, la quatrième chambre criminelle du *Reichsgericht* casse un arrêt d'appel pour non-respect des règles de composition de la juridiction, en raison de la non-conformité du plan de répartition des affaires aux dispositions de la loi relative à

¹³⁹⁰ Voy. *infra*, Chapitre VI, Section 2, § 1, A, para. n° 361 et s.

¹³⁹¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, I BvR 479/55, § 11 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416]). Sur cet arrêt fondateur, voy. par ex. E. KERN, « Verfassungsrecht », *JZ*, 1956, vol. 11, p. 406-412.

¹³⁹² A. GAILLET, *op. cit.*, p. 472.

¹³⁹³ Voy. déjà sous l'Empire : Tribunal d'Empire, ch. civ., arrêt du 12 décembre 1884, III 297/84 (*RGZ* 12, 417) et arrêt du 9 mars 1889, I 22/89 (*RGZ* 23, 371). Dans ces arrêts, le *Reichsgericht* ne mobilise pas le paragraphe 16 GVG pour régler la question de la compétence du tribunal, mais directement les dispositions répartissant les compétences dans le code de procédure civile et la loi relative à l'organisation judiciaire.

¹³⁹⁴ Voy. par ex. Tribunal d'Empire, ch. civ. réunies, décision du 22 février 1924, I 548/23, IV 779/23 (*RGZ* 107, 315, en part. p. 320 et s.) ou encore Tribunal d'Empire, ch. civ., arrêt du 4 novembre 1925, V 621/24 (*RGZ* 111, 320, en part. p. 330).

¹³⁹⁵ Tribunal d'Empire, chambre criminelle, arrêt du 5 octobre 1921, C 79/20 (*RGSt.* 56, 161).

¹³⁹⁶ Tribunal d'Empire, arrêt précité du 5 octobre 1921 (*RGSt.* 56, 161 [en part. p. 164]).

¹³⁹⁷ Tribunal d'Empire, 4^e ch. crim., arrêt du 7 octobre 1921, IV 994/21 (*RGSt.* 56, 157).

l'organisation judiciaire. Dans cet arrêt, le *Reichsgericht* maintient une vision distincte entre, d'une part, la question de la compétence du tribunal, associée au droit au juge légal, et, d'autre part, la question de la composition de la formation de jugement, associée uniquement aux dispositions des lois sur la justice fédérale¹³⁹⁸.

218. L'arrivée au pouvoir du régime national-socialiste en 1933 entraîne la disparition de fait de la Constitution de Weimar et de ses principes. D'une part, en l'absence d'indépendance de la justice, des tribunaux d'exception sont créés par le régime. Le *Volksgerichtshof* (« tribunal du peuple ») en est l'exemple principal¹³⁹⁹. D'autre part, la loi du 24 novembre 1937 confie la répartition des affaires au sein des tribunaux au président de juridiction seul, et non plus au *Präsidium*¹⁴⁰⁰. Le *Reichsgericht* ne fait donc plus référence à la loi relative à l'organisation judiciaire ou aux motivations ayant conduit à l'adoption des dispositions relatives à la répartition des juges et des affaires (à savoir, l'indépendance complète de la justice), puisque cela n'est plus valable¹⁴⁰¹. À la chute du régime nazi, ces expériences montrent une nouvelle fois de manière tragique l'importance des garanties procédurales pour la pérennité de l'État de droit¹⁴⁰². Dès les discussions entamées par la Convention constitutionnelle d'Herrenchiemsee, du 10 au 23 août 1948, l'accent est mis sur la nécessité de reconstruire une « justice indépendante, apolitique et purement objective », après que le régime nazi a « détruit une grande partie de la confiance » dans ce domaine¹⁴⁰³. Cette Convention propose un article 131 très proche de l'article 105 de la Constitution de Weimar et du futur article 101 de la Loi fondamentale de 1949. Au Conseil parlementaire, la disposition n'entraîne pas de débat. La formulation proposée par le comité relatif à la justice (*Rechtspflege-Ausschuss*) est déjà celle du futur article 101¹⁴⁰⁴, et est adoptée sans débat par les autres comités du Conseil parlementaire¹⁴⁰⁵. Le choix de placer cette disposition à l'article 101 de la Loi fondamentale est

¹³⁹⁸ Voy. déjà Tribunal d'Empire, 1^e ch. crim., arrêt du 16 novembre 1911, I 890/11 (*RGSt* 45, 260) : le *Reichsgericht* estime dans cet arrêt qu'une chambre criminelle ne peut pas être « incompétente », car c'est la juridiction dans son ensemble qui est ou non compétente, mais pas les subdivisions au sein de celle-ci (en part. p. 262).

¹³⁹⁹ Tribunal créé par la loi modifiant des dispositions de droit pénal et de procédure pénale du 24 avril 1934 (art. III), reproduite in *Reichsgesetzblatt*, 1934, partie I, p. 341 et s.

¹⁴⁰⁰ Paragraphe 3 de la loi du 24 novembre 1937 relative à la répartition des affaires au sein des juridictions, reproduite in *Reichsgesetzblatt*, 1937, partie I, p. 1286.

¹⁴⁰¹ Voy. par ex. un arrêt de la ch. crim. du 24 septembre 1942, 3 D 83/42 (*RGSt* 76, 233).

¹⁴⁰² C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 1.

¹⁴⁰³ Comité de constitution de la conférence des ministres-présidents des zones d'occupation de l'ouest, *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, Munich, 1948, p. 56.

¹⁴⁰⁴ A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH et T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 3.

¹⁴⁰⁵ K.-B. von DOEMMING, R. W. FÜSSLEIN et W. MATZ, « Artikel 101 », *JöR*, 1951, p. 739.

opéré lors de la séance plénière du 6 mai 1949¹⁴⁰⁶. Sur ces fondements, ce sera sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale, installée en 1951, que le droit au juge légal connaîtra, une nouvelle fois, un enrichissement important, pour devenir l'une des garanties processuelles les plus mobilisées par les justiciables en Allemagne.

219. En somme, le XIX^e siècle est le témoin principal de la montée en puissance des garanties individuelles et, en particulier, des garanties juridictionnelles. Dans le cheminement des idées libérales, le droit au juge légal apparaît comme une garantie nécessaire pour sécuriser l'indépendance de la justice. Ce droit signifie avant tout l'existence d'une réserve de loi, d'un monopole du législateur, en matière d'organisation judiciaire, afin d'éviter les ingérences extérieures dans la justice. Cet objectif apparaît en particulier déterminant au cours de l'adoption du catalogue de droits fondamentaux par les députés révolutionnaires de Francfort. Le droit au juge légal fait partie, pour la première fois, d'un arsenal de droits fondamentaux visant la soumission du pouvoir étatique au droit. L'échec de la révolution de mars entraîne le renforcement de la confiance de la bourgeoisie dans le juge comme « échappatoire possible »¹⁴⁰⁷ pour garantir et protéger les libertés individuelles. Les penseurs libéraux se focalisent ainsi sur le développement de garanties processuelles plus poussées, afin d'assurer l'indépendance complète de la justice. Les lois sur la justice fédérale de 1877 témoignent de cet intérêt. Les dispositions relatives à la répartition des affaires et des juges au sein des juridictions, adoptées à cette occasion, permettront l'enrichissement ultérieur du droit au juge légal dans la pensée allemande, lorsque la Cour constitutionnelle fédérale liera explicitement droit au juge légal et indépendance.

¹⁴⁰⁶ A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », art. cité, § 3.

¹⁴⁰⁷ A. GAILLET, « Le juge dans le constitutionnalisme allemand », art. cité, p. 47.

CONCLUSION DU CHAPITRE IV

220. Le XIX^e siècle constitue le siècle le plus important pour le développement et l'ancrage du droit au juge légal dans le droit constitutionnel processuel allemand. À l'image de la France des années 1814 à 1848, les premières consécutions textuelles allemandes du droit au juge légal sont encore marquées par l'absence de séparation réelle des pouvoirs, et une certaine toute-puissance du souverain et de ses ministres. Malgré l'engagement du monarque à ne pas troubler l'ordre ordinaire et légal de la justice, sa mainmise sur les pouvoirs législatif et exécutif lui permettent encore de contourner les garanties concédées dans les chartes octroyées. Le travail de la doctrine libérale allemande n'est pas vain pour autant. Par leur théorisation du *Rechtsstaat* comme État permettant la réalisation de la liberté individuelle et assurant sa garantie, les libéraux posent les principes fondamentaux qui permettent au droit au juge légal de prétendre à une réelle effectivité supra-législative : indépendance de la justice (encore conçue comme autonomie de la fonction juridictionnelle) et monopole du législateur en matière d'organisation judiciaire, avec soumission du pouvoir exécutif aux lois. Même si cet État de droit n'est encore que très imparfaitement acquis, les réflexions politiques et doctrinales permettent de mettre en lumière l'importance de la garantie du juge légal. Ces idées sont concrétisées dans la Constitution de Francfort de 1849, qui n'entre cependant jamais en vigueur. L'article 175 de ce texte, qui proclame le droit au juge légal, constitue l'aboutissement des revendications libérales en matière juridictionnelle, faisant de ce droit une garantie individuelle et subjective fondamentale. Malgré la disparition précoce de cette disposition, il est finalement impossible de revenir sur ces acquis en matière juridictionnelle. D'autant plus que, après l'échec révolutionnaire, la bourgeoisie libérale se focalise sur le juge et la justice comme instruments de garantie des libertés individuelles. C'est ainsi que la loi relative à l'organisation judiciaire adoptée par le *Reich* en 1877 reprend le droit au juge légal et complète l'indépendance de la justice par la mise en place d'instruments destinés à empêcher le pouvoir exécutif d'intervenir dans l'organisation interne des juridictions. Ces dispositions sont maintenues sous la République de Weimar, lorsque le droit au juge légal est à nouveau constitutionnalisé. Tous les éléments sont désormais acquis. Il ne reste plus qu'à la Cour constitutionnelle fédérale, dès les premières années de son existence, de donner une interprétation extensive et intensive de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, en conformité avec l'esprit de la fin du XIX^e siècle.

CONCLUSION DU TITRE II

221. L'étude du développement historique du droit au juge légal ou naturel au XIX^e siècle permet de mettre en lumière l'importance d'un principe pour la concrétisation effective de ce droit : celui de l'indépendance de la justice. En effet, comme le montrent les premières consécutions du droit au juge légal ou naturel dans les constitutions octroyées de part et d'autre du Rhin, la consécution seule de cette garantie ne permet pas de lui donner une réalité concrète effective. Il faut, pour qu'elle puisse devenir une réelle garantie subjective individuelle, que la justice soit perçue comme une institution indépendante, que la fonction juridictionnelle soit autonome. Cela explique les difficultés à faire imposer, dans la première partie du XIX^e siècle, le droit au juge légal ou naturel consacré dans les textes français et allemands. Mais cela permet également d'expliquer pourquoi le droit au juge légal a continué d'être proclamé en Allemagne, en parallèle des revendications libérales pour garantir l'autonomie de la justice et la soumission de l'exécutif au pouvoir législatif – ce qui a finalement permis son ancrage définitif à la fin du XIX^e siècle. En France au contraire, les difficultés à imposer un réel État de droit sont en partie liées aux carences persistantes dans l'indépendance de la justice¹⁴⁰⁸. Jean-Marc Sauvé estime ainsi que ce n'est que lorsque le Conseil supérieur de la magistrature a été créé en 1946 que le pouvoir judiciaire a été débarrassée de l'influence « directe et souvent très politique du Gouvernement et du Parlement »¹⁴⁰⁹. Cela constitue une clé d'explication importante à l'absence de longévité des consécutions textuelles du droit au juge naturel en France, et à son abandon dans la seconde moitié du XIX^e siècle.

¹⁴⁰⁸ J.-M. SAUVÉ, « L'État de droit aujourd'hui », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024, chron. n° 62.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.* Opinion déjà défendue par le magistrat Alphonse Bérenger en 1818, qui estime que tant que le ministère sera chargé d'assurer « l'obéissance de la magistrature, par l'appât des grâces et de l'avancement », il y aura un danger pour l'indépendance judiciaire (A. BÉRENGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818, p. 245). Toujours revendiqué à la fin du XIX^e siècle : « l'inamovibilité n'est qu'un leurre dès l'instant que le pouvoir est maître de l'avancement » affirme par exemple l'avocat Jules Favre (cité par J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 521.).

CONCLUSION DE LA PARTIE I

222. L'étude historique du droit au juge naturel ou légal permet de mettre en lumière deux éléments. D'une part, l'idée de garantir la compétence ordinaire, naturelle, ou même légale des juges apparaît, en France comme dans les territoires du Saint-Empire romain germanique, dans le contexte de centralisation des pouvoirs par des souverains absolus. Cette centralisation s'accompagne en effet de la mise à l'écart de juridictions préexistantes, originaires, perçues comme ordinaires ou naturelles par les justiciables. Pour que la justice étatique s'impose, le souverain récupère progressivement les compétences de ces juridictions, et montre sa toute-puissance par la possibilité d'une intervention directe dans le cours de la justice. Ce sont les protestations des juges qui donnent naissance à l'idée d'un droit au juge naturel ou légal. Cette dernière s'accompagne de revendications pour imposer la soumission du souverain au droit, à la loi. D'autre part, même si ces premières revendications ne s'accompagnent pas d'une remise en cause de la toute-puissance des monarques, la réalité concrète des dispositions garantissant que nul ne soit distrait de ses juges légaux ou naturels dépend ensuite de la réalisation d'une certaine séparation des pouvoirs. En effet, tant que le monarque, chef de l'État, dispose encore de l'ensemble des pouvoirs souverains, la garantie du juge légal ou naturel concédée par celui-ci paraît en grande partie illusoire. D'un côté, tant que l'autonomie, voire l'indépendance, de la justice n'est pas acquise, le monarque peut continuer d'influencer le déroulé des procédures juridictionnelles ou de réviser les jugements. D'un autre côté, tant que le pouvoir législatif est contrôlé par le pouvoir exécutif, et notamment par un souverain encore omnipotent, alors l'effectivité de la garantie n'est pas assurée, et le monarque peut toujours intervenir dans la justice, certes par des lois, mais toujours d'une manière arbitraire. L'exemple des juridictions extraordinaires ou d'exception créées tout au long du XIX^e siècle démontre la faiblesse de la garantie du juge naturel face à la volonté monarchique.

223. Dans ce contexte historique, la différence de culture juridique entre la France et l'Allemagne, qui se développe en particulier tout au long du XIX^e siècle, apparaît comme déterminante pour la consécration durable ou l'abandon du droit au juge légal ou naturel. En Allemagne, le cheminement des idées libérales, en particulier de celle de *Rechtsstaat*, permet l'ancrage constitutionnel de la garantie du juge légal, par l'importance accordée à la justice et au juge pour la garantie des libertés individuelles. En France, le maintien d'une conception de

la justice comme « bras armé » du pouvoir politique empêche l'approfondissement des garanties juridictionnelles, même lorsque le droit au juge naturel est explicitement consacré à un niveau constitutionnel. Cette influence de la culture juridique des pays s'illustre également dans la conception contemporaine du droit au juge naturel par la doctrine française. Celle-ci se focalise en effet sur la loi des 16 et 24 août 1790 et sur le lien (qui ne semble qu'apparent) entre droit au juge naturel et principe d'égalité. L'omniprésence du principe d'égalité dans les textes consacrés au droit au juge naturel témoigne des biais d'interprétation qui peuvent naître en fonction de notre culture juridique. Pour autant, il semble qu'il soit possible, au regard du développement historique du droit au juge naturel en France, de dissocier ce droit du principe d'égalité, et d'en faire une garantie processuelle autonome.

224. Cette différence de culture juridique et les développements fondamentaux du XIX^e siècle qui viennent d'être exposés expliquent l'opposition apparente entre les droits positifs français et allemands. D'un côté, la relégation du droit au juge naturel comme composante du principe d'égalité ne permet pas de donner une réalité concrète satisfaisante au principe en France. D'un autre côté, la construction singulière du droit au juge légal en Allemagne, intimement liée à l'histoire allemande, a mené à un enracinement constitutionnel particulièrement important du droit au juge légal dans le droit positif allemand.

PARTIE II : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS LES DROITS NATIONAUX CONTEMPORAINS – PERSPECTIVE COMPARÉE

225. L'importance de l'indépendance de la justice et de l'encadrement strict du droit de l'organisation judiciaire se manifeste lorsqu'un parti politique, un gouvernement ou un nouveau chef d'État s'attaque à l'organisation judiciaire dans un processus de détricotage des garanties fondamentales de l'État de droit. L'exemple de la réorganisation du système juridictionnel polonais par le parti *PiS* (Droit et justice) depuis 2017 témoigne du fait que la justice est l'une des premières institutions de l'État de droit attaquées par les partis et gouvernements qualifiés aujourd'hui d'illibéraux. D'ailleurs, cet événement est perçu comme étant parmi les premiers de la « crise de l'État de droit » qui affecte l'Europe et le monde¹⁴¹⁰. Cela montre l'importance de mettre en place *a priori* des garde-fous pour empêcher que la justice devienne le « bras armé » de la réalisation d'une politique illibérale, antidémocratique, anticonstitutionnelle. Même à un niveau individuel, il paraît évident que « la confiance, la crédibilité et la légitimité attachées à la décision sont étroitement liées à la constatation par le justiciable de la compétence, de l'indépendance, du respect de la dignité des plaideurs et de l'impartialité manifestés par le juge »¹⁴¹¹.

226. Ces éléments constituent des clefs d'explication au développement considérable du droit au juge légal dans l'Allemagne post-Seconde Guerre mondiale. Les événements de la période nationale-socialiste ont amplifié le besoin de mettre en place une justice conçue comme contre-pouvoir – nécessairement indépendante, à tout point de vue, des autres pouvoirs. Sous l'empire de la Loi fondamentale et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la notion de juge légal dispose ainsi de deux composantes bien identifiées, qui entraînent toutes deux des exigences singulières : l'exigence de « légalité » est celle d'une prédétermination légale, abstraite et générale du tribunal et du juge chargés de trancher le litige, tandis que l'exigence institutionnelle liée au « juge » est celle d'un juge qui respecte en tout point les exigences de la Loi fondamentale¹⁴¹². Tandis que le premier aspect constitue un prolongement

¹⁴¹⁰ X. SOUVIGNET, « Le dialogue des juges sur la notion de tribunal “établi par la loi” », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n° 10.

¹⁴¹¹ N. FRICÉRO, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 182.

¹⁴¹² C. GLORIA, « Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne », *DÖV*, 1988, p. 851.

de la conception historique du droit au juge légal en Allemagne, le second représente une innovation plus récente de la Cour constitutionnelle fédérale, afin d'y intégrer la question du respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges.

227. En l'absence d'équivalent dans le droit positif français, le droit allemand au juge légal constitue l'objet d'étude principal de ce travail. Cependant, il est possible de reconnaître, au-delà des mots, des concepts mobilisés, des droits garantis, l'existence de normes et de décisions juridictionnelles qui traitent d'exigences comparables dans l'ordre juridique français – lequel connaît de problématiques semblables. Dans ce cadre, les deux aspects du droit allemand au juge légal seront étudiés, tour à tour, afin de mettre en valeur, d'un côté, la spécificité du droit allemand en ce qui concerne le niveau de précision dans la détermination du juge *légal* (**Titre I**), et, d'un autre côté, le rapprochement possible entre les droits allemand et français en ce qui concerne les qualités attendues du *juge* (**Titre II**). Ces développements nécessitent d'abord de constater le décalage important entre les droits positifs allemand et français (**Chapitre préliminaire**).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE DÉCALAGE ENTRE L'ALLEMAGNE ET LA FRANCE : ENTRE FONDAMENTALISATION DU DROIT AU JUGE LÉGAL ET ABSENCE DU DROIT AU JUGE NATUREL

228. À l'issue des développements historiques, le décalage entre les droits positifs allemand et français relatifs au droit au juge naturel ou légal apparaît nettement. Ce droit est à nouveau constitutionnalisé par les rédacteurs de la Loi fondamentale allemande de 1949, tandis qu'il semble « introuvable »¹⁴¹³ dans le droit constitutionnel ou législatif français – au moins explicitement. Avant de pouvoir présenter plus en détails le contenu du droit au juge légal tel qu'il est consacré à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, il semble nécessaire de faire un état des lieux des droits positifs allemand et français, afin de présenter le cadre dans lequel la comparaison peut s'opérer. En Allemagne, le droit au juge légal est d'une importance fondamentale dans la vie juridictionnelle quotidienne. Présenté comme manifestation du principe spécifiquement allemand de l'État de droit¹⁴¹⁴, il fait partie des droits « quasi-fondamentaux » les plus développés par la Cour constitutionnelle fédérale (**Section 1**). En France, la situation est plus floue. Pour Marjorie Dupuis-Burrux, « l'idée demeure [dans la Constitution de 1958] mais le mot a disparu, ce qui s'explique vraisemblablement par l'obscurité qui entoure cette notion »¹⁴¹⁵. Thierry Renoux soutient alors l'idée que c'est par le principe d'égalité des citoyens devant la justice que le droit au juge naturel est consacré par le Conseil constitutionnel¹⁴¹⁶. Pour Emmanuel Jeuland au contraire, le principe ne peut être considéré comme étant un principe de droit positif¹⁴¹⁷. Ces incertitudes doctrinales proviennent de l'absence de disposition posant explicitement le droit au juge naturel dans le droit positif français (**Section 2**).

¹⁴¹³ H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable “juge naturel” », in *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612.

¹⁴¹⁴ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER, A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 1.

¹⁴¹⁵ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 16.

¹⁴¹⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993, vol. 92, n° 1, p. 36.

¹⁴¹⁷ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *RFAP*, 2008, vol. 125, n° 1, p. 35.

Section 1 : Le droit au juge légal : un droit quasi-fondamental en Allemagne

229. À nouveau constitutionnalisé dans la Loi fondamentale de 1949, le droit au juge légal bénéficie d'une conception et d'une interprétation enrichies par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reposant sur les développements historiques de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, celles-ci témoignent de la singularité du droit allemand au juge légal en Europe (§ 1). Considéré comme droit quasi-fondamental, cette garantie dispose d'une double dimension : à la fois objective et subjective (§ 2). Sa protection s'inscrit ainsi dans le cadre d'un principe renouvelé de l'État de droit (§ 3).

§ 1 : Une conception singulière du droit au juge légal définitivement acquise après 1949

230. Le droit au juge légal pose un principe relativement classique et commun en Europe : celui de l'obligation de prédétermination légale du *tribunal* compétent (A). Un second élément caractérise cependant une spécificité allemande en matière d'organisation judiciaire : celui de l'obligation de prédétermination générale et abstraite du *juge* compétent, jusqu'au juge en tant que personne (B).

A. La détermination légale du tribunal compétent, socle commun en Europe

231. Dans la conception allemande, le premier volet fondamental et classique du droit au juge légal, tel qu'il est interprété par la Cour constitutionnelle fédérale, est celui de l'ancrage législatif de l'organisation judiciaire. D'une part, le législateur a une obligation d'édiction des normes nécessaires minimales d'organisation des juridictions, de leur nombre, de leur fonctionnement et de délimitation et répartition des compétences. D'autre part, les autres pouvoirs, exécutif et judiciaire, doivent respecter ces règles légales d'organisation judiciaire. Cette délimitation légale, opérée essentiellement grâce aux critères *ratione materiae* et *ratione loci*, doit permettre à chaque justiciable de savoir vers quel tribunal il doit se tourner. Cette idée de détermination légale du tribunal compétent est commune et acquise dans le monde, et en particulier dans les systèmes de droit écrit. Dans ces systèmes nationaux et supranationaux, il

est courant de trouver une ou plusieurs dispositions garantissant le monopole du législateur en matière d'organisation judiciaire. Ce monopole concerne, dans l'immense majorité des cas, la détermination de la juridiction compétente. Au niveau supranational par exemple, la garantie est exprimée sous la forme du droit à un *tribunal établi par la loi*, en tant que composante du droit à un procès équitable. C'est le cas dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴¹⁸, dans la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴¹⁹, dans la Convention américaine relative aux droits de l'Homme¹⁴²⁰ ou encore dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴²¹. En particulier, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme qu'« un "tribunal" doit toujours être "établi par la loi" », cette exigence « [reflétant] le principe de l'État de droit »¹⁴²². L'énonciation d'un tel lien entre réserve de loi et État de droit montre l'objectif premier de la Cour de Strasbourg : « éviter que l'organisation du système judiciaire [...] ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif »¹⁴²³. À l'origine, l'introduction de cette précision d'un tribunal « établi par la loi » a donc pour but d'interdire la création de juridictions d'exception¹⁴²⁴. C'est la raison pour laquelle le non-respect des règles légales d'organisation d'un tribunal par le tribunal lui-même ne remet pas en cause sa qualification de tribunal établi par la loi¹⁴²⁵. Ces garanties constituent un socle commun minimal en matière processuelle et d'organisation de la justice, qui ne sont pas spécifiquement liées à l'énonciation du droit au juge légal. Sur ce modèle, la plupart des constitutions européennes consacrent le principe de la prédétermination légale du tribunal compétent¹⁴²⁶, certaines dans

¹⁴¹⁸ Article 14 al. 1^{er} 2^e phrase du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un *tribunal* compétent, indépendant et impartial, *établi par la loi* [...] » (nous soulignons).

¹⁴¹⁹ Article 6 al. 1^{er} 1^e phrase de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un *tribunal* indépendant et impartial, *établi par la loi* [...] » (nous soulignons). Sur l'interprétation de cette expression en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, voy. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 57, 2006, p. 342 et s.

¹⁴²⁰ Article 8 al. 1^{er} de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme du 22 novembre 1969 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un *juge ou un tribunal* compétent, indépendant et impartial, *établi antérieurement par la loi* [...] » (nous soulignons).

¹⁴²¹ Article 47 al. 2 1^e phrase de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un *tribunal* indépendant et impartial, *établi préalablement par la loi* » (nous soulignons).

¹⁴²² CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c. Lettonie*, § 114.

¹⁴²³ Comm. EDH, arrêt du 12 octobre 1978, requête n° 7360/76, *Zand c. Autriche*, § 69 ; CEDH, arrêt du 22 juin 2000, requêtes n°s 32492, 32547, 32548, 33209 et 33210/96, *Coëme e.a. c. Belgique*, § 98.

¹⁴²⁴ L. MILANO, *op. cit.*, p. 345.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 346.

¹⁴²⁶ C'est le cas notamment au Danemark (art. 61 de la Constitution du 5 juin 1953), en Espagne (art. 117 al. 3 de la Constitution du 29 décembre 1978), en Estonie (art. 24 al. 1^{er} de la Constitution du 28 juin 1992), en Finlande (art. 21 de la Constitution du 1^{er} mars 2000), en Irlande (art. 34 al. 1^{er} de la Constitution du 1^{er} juillet 1937), en Lettonie (art. 86 de la Constitution du 15 février 1922), en Lituanie (art. 111 de la Constitution du 25 octobre 1992), au Luxembourg (art. 86 de la Constitution du 17 octobre 1868), en Pologne (art. 176 al. 2 de la

une formulation proche de celle de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴²⁷ ; la majorité insistant davantage sur cette réserve de loi dans un article dédié, sans pour autant qu'il s'agisse de la proclamation du droit au juge légal ou naturel. Il en est ainsi de l'article 146 de la Constitution belge du 17 février 1994 :

« Nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi. Il ne peut être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit. »¹⁴²⁸

Cette disposition exprime la conséquence de cette exigence de prédétermination légale du tribunal compétent : l'interdiction de création de juridictions extraordinaires ou d'exception. À la lumière de ces exemples, il ne semble alors pas nécessaire de proclamer le droit au juge légal pour concevoir l'interdiction de telles juridictions ; la réserve de loi en matière d'organisation judiciaire doit suffire. De nombreuses constitutions contiennent d'ailleurs également cette interdiction de création de juridictions d'exception ou extraordinaires¹⁴²⁹. C'est aussi régulièrement le cas des constitutions qui garantissent le droit au juge légal ou naturel. Ce droit est toujours interprété comme protégeant les justiciables contre la création de juridictions d'exception, par la garantie du monopole du législateur en matière d'organisation judiciaire. Tel est le cas par exemple en Espagne¹⁴³⁰ ou aux Pays-Bas¹⁴³¹. Cependant, l'interprétation donnée à cette disposition varie selon les systèmes juridiques, et parfois, le droit au juge légal est davantage interprété comme le droit à un *tribunal* légal. Aux Pays-Bas par exemple, le droit au juge légal est également conçu comme garantissant aux justiciables l'accès à un tribunal

Constitution du 2 avril 1997), au Portugal (art. 32 al. 9 de la Constitution du 2 avril 1976), en République tchèque (art. 91 al. 2 de la Constitution du 16 décembre 1992), en Slovaquie (art. 48 al. 1^{er} de la Constitution du 3 septembre 1992) ou encore en Slovénie (art. 126 de la Constitution du 23 décembre 1991).

¹⁴²⁷ Par ex. l'article 30 al. 1^{er} de la Constitution de la Suisse du 18 avril 1999 : « Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits ». Voy. également l'article 30 al. 2 de la Constitution de Chypre du 16 août 1960.

¹⁴²⁸ Voy. aussi, avec des formulations différentes, la constitution estonienne du 28 juin 1992 : « Nul ne peut être transféré contre sa libre volonté, de la juridiction d'un tribunal établie par la loi à la juridiction d'un autre tribunal » (article 24, al. 1) ; la constitution finlandaise du 1^{er} mars 2000 : « Chacun a le droit de voir ses affaires examinées de façon appropriée et sans retard injustifié par la juridiction ou par toute autre autorité compétente en vertu de la loi [...] » (article 21) ; ou encore la constitution lettone du 15 février 1922 : « Les décisions de justice appartiennent seulement aux organes auxquels la loi en a conféré la compétence et seulement conformément aux procédures prévues par la loi » (article 86).

¹⁴²⁹ Par ex. à Chypre (art. 30 al. 1^{er} de la Constitution du 16 août 1960), au Danemark (art. 61 de la Constitution du 5 juin 1953), en Espagne (art. 117 al. 6 de la Constitution du 29 décembre 1978), en Grèce (art. 8 de la Constitution du 9 juin 1975), en Italie (art. 102 al. 2 de la Constitution du 27 décembre 1947), en Lituanie (art. 111 al. 3 de la Constitution du 25 octobre 1992), ou encore au Luxembourg (art. 86 de la Constitution du 17 octobre 1868).

¹⁴³⁰ Article 24 al. 2 1^e phrase de la Constitution du 29 décembre 1978 : « [...] chacun a droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi [...] ». »

¹⁴³¹ Article 17 de la Constitution du 17 février 1983 : « Nul ne peut être distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne. »

indépendant, qui respecte les prescriptions légales¹⁴³². Ce socle commun vaut d'ailleurs également hors d'Europe. Tel est le cas dans la Constitution turque du 7 novembre 1982. Même si l'article 37 est contenu dans une section intitulée « Garantie du juge légal », cet article ne contiendrait qu'un droit au tribunal légal (« tribunal dont il dépend en vertu de la loi »)¹⁴³³.

232. Finalement, la garantie d'un *tribunal* établi par la loi, imposant le monopole du législateur en matière d'organisation judiciaire, constitue un dénominateur commun minimal qui n'est pas propre à l'Allemagne. En revanche, des différences persistent en Europe, en ce qui concerne le principe du *juge légal*¹⁴³⁴, avec une réelle spécificité allemande à cet égard.

B. L'appropriation des spécificités historiques allemandes

233. Lorsque la garantie énoncée ne prévoit qu'un droit à un tribunal préétabli par la loi, cela signifie *a contrario* que des marges d'appréciation sont autorisées à l'intérieur des juridictions¹⁴³⁵, en ce qui concerne la détermination de l'éventuelle chambre compétente et du ou des juges spécifiquement compétents. C'est pour éviter ces marges d'appréciation que la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère, depuis les années 1950, que le droit au juge légal inclut également la prédétermination la plus précise et abstraite possible du juge, en tant que personne. La notion de juge est déterminée de manière formelle et fonctionnelle par le juge constitutionnel allemand : les juges sont ainsi des fonctionnaires publics nommés par un acte étatique et qui exercent des activités juridictionnelles spécifiques¹⁴³⁶, en conformité avec l'article 92 LF. Cela lui permet de contrôler les actes d'organisation pris à l'intérieur des juridictions (les plans de répartition des affaires), ainsi que l'application qui en est faite par les

¹⁴³² P. LANGBROEK et M. FABRI, *Case Assignment to Courts and within Courts. A Comparative Study in seven European Countries*, Maastricht, Shaker Publishing, 2004, p. 178 ; P. LANGBROEK et M. FABRI, *The right judge for each case: a study of case assignment and impartiality in six European judiciaries*, Ius Commune Europaeum, Leiden, Intersentia, 2007, p. 109. Voy. également A. ESER, « Der "gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall », in A. ESER et al. (dir.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hanns Karl Salger*, Cologne, Heymanns, 1995, p. 262.

¹⁴³³ A. ESER, art. cité, p. 262. Article 37 de la constitution turque : « Nul ne peut être traduit devant une instance autre que le tribunal dont il dépend en vertu de la loi. / Il ne peut être institué d'instances extraordinaires dont la compétence juridictionnelle aurait pour conséquence d'attirer une personne devant une instance autre que le tribunal dont elle dépend en vertu de la loi. »

¹⁴³⁴ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 708.

¹⁴³⁵ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 4.

¹⁴³⁶ B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », in H. JARASS et B. PIEROTH (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 18^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1116 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF, C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour, p. 24.

chambres et les juges. C'est dans une décision du 24 mars 1964 que la deuxième chambre a formulé explicitement un principe qui ne sera ensuite jamais remis en cause :

« [...] le “juge légal”, au sens de [l'article 101 al. 1^{er} 2^e phrase LF] n'est pas seulement le tribunal en tant qu'unité organisationnelle ou la juridiction en tant que formation de jugement devant laquelle l'affaire individuelle est jugée et par laquelle elle est tranchée, mais également les juges appelés à statuer dans une affaire individuelle. »¹⁴³⁷

C'est en conséquence de ce principe que la Cour de Karlsruhe inclut dans le champ d'application de l'article 101 LF le respect des plans de répartition des affaires. Comme cela apparaît dans les développements historiques, l'exigence d'adopter des plans de répartition des affaires et le contrôle du respect, par ceux-ci, des normes législatives correspondantes ne sont pas une nouveauté de 1949. Ils remontent à la loi sur l'organisation de la justice du *Reich* de 1877 et à la jurisprudence du *Reichsgericht* en la matière. Toutefois, dans les années 1950, la Cour de Karlsruhe fait le lien entre cette jurisprudence et ces plans d'une part, et le droit au juge légal d'autre part, par le truchement du principe d'indépendance de la justice. Dans un arrêt de 1956, la première chambre de la Cour de Karlsruhe estime ainsi que le principe d'indépendance de la justice et le droit au juge légal, en tant que concrétisations du principe de l'État de droit, visent tous les deux à empêcher les interventions de personnes non-autorisées dans la justice, et à protéger la confiance des justiciables dans l'impartialité et l'objectivité des tribunaux¹⁴³⁸. Or, elle considère qu'historiquement, « à mesure que les principes de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs s'affinaient, les dispositions relatives au juge légal se perfectionnaient également », citant en particulier la loi relative à l'organisation judiciaire et l'obligation d'édicter des plans de répartition des affaires¹⁴³⁹. Elle en conclut que

¹⁴³⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 13 (*BVerfGE* 17, 264 [en part. p. 298-299]). Ultérieurement voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 19 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 145]) ; C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 décembre 1975, 2 BvL 7/74, § 13 (*BVerfGE* 40, 356 [en part. p. 361]).

¹⁴³⁸ C. constit. féd. all., arrêt précité du 20 mars 1956, § 11 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416]).

¹⁴³⁹ *Ibid.*

« si, à l'origine, le principe selon lequel "nul ne peut être privé de son juge légal" était surtout dirigé vers l'extérieur, en particulier contre toute forme de "justice par cabinet", sa fonction de protection s'étend désormais aussi à ce que nul ne soit privé, par des mesures prises au sein de l'organisation judiciaire, du juge légalement désigné dans son affaire »¹⁴⁴⁰.

Dans la perspective de la Cour constitutionnelle fédérale, l'inclusion du contrôle des plans de répartition des affaires et de leur respect dans le champ d'application du droit au juge légal, qui impose de considérer que ce droit protège jusqu'à la compétence du juge en tant que personne, provient de l'objectif de l'article 101 LF : éviter les ingérences extérieures dans le cours de la justice et les manipulations de l'institution judiciaire¹⁴⁴¹. C'est dans cette mesure qu'elle fait le lien avec l'idée de la fin du XIX^e siècle relative au besoin d'indépendance complète de la justice, y compris en ce qui concerne l'administration judiciaire.

234. Théoriquement, l'ancrage de cette idée dépasse l'Allemagne. Ainsi, dans une recommandation de 2010, le Comité des ministres estime que « l'indépendance de la justice serait illusoire si les organes législatifs et exécutifs pouvaient intervenir et déterminer la compétence d'un juge dans une affaire donnée »¹⁴⁴². Mais, en pratique, de telles exigences concernant l'organisation interne des juridictions n'existent que dans quelques États européens. Il faut d'abord citer l'exemple de l'Autriche, puisque c'est dans son texte constitutionnel que cet État a ancré l'obligation de prédétermination légale du juge compétent pour trancher un litige¹⁴⁴³. De plus, il existe des possibilités procédurales pour qu'un contrôle juridictionnel effectif soit opéré sur la répartition des affaires, par la voie par exemple d'un recours en nullité (*Nichtigkeitsbeschwerde* – article 345 al. 1^{er} (1) du code de procédure pénale autrichien)¹⁴⁴⁴. En Italie, État qui connaît une application aussi large du droit au juge naturel qu'en Allemagne, en

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 14 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 299]).

¹⁴⁴² COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités*, Recommandation CM/Rec(2010)12, 17 novembre 2010, p. 21.

¹⁴⁴³ Article 87 al. 3 de la Constitution du 1^{er} octobre 1920 : « Les affaires sont réparties à l'avance entre les juges du tribunal, pour une période déterminée par la loi sur l'organisation judiciaire. Toute affaire ainsi attribuée à un juge ne peut lui être retirée par une décision de la chambre prévue à cet effet par la loi sur l'organisation judiciaire que dans le cas de son empêchement ou dans le cas où, en raison de l'ampleur des affaires à sa charge, il est empêché de les régler dans un délai raisonnable. »

Sur la procédure d'adoption des plans de répartition en Autriche, voy. par ex. P. LANGBROEK et M. FABRI, *Case Assignment to Courts and within Courts*, op. cit., p. 102.

¹⁴⁴⁴ K. BOHN, *Der gesetzliche Richter als rechtsstaatstragendes Prinzip in europäischen Staaten*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011, p. 82.

tant que droit à un « juge préconstitué par la loi »¹⁴⁴⁵, celui-ci dispose également d'un effet interne au pouvoir judiciaire. Depuis 1962, la Cour constitutionnelle italienne estime ainsi que « le principe de préconstitution du juge protège le droit du citoyen à la connaissance préalable du juge compétent pour trancher le litige, ou, plus clairement encore, le droit à la certitude que le juge ne sera pas un juge créé *a posteriori* par rapport à un événement déjà survenu »¹⁴⁴⁶. En revanche, en ce qui concerne l'organisation interne des juridictions, c'est l'importance donnée au principe d'indépendance qui implique de garantir une prédétermination aussi exacte que possible du juge compétent¹⁴⁴⁷. Il y a donc une obligation d'établir des règlements internes semblables aux plans de répartition des affaires allemands¹⁴⁴⁸. Cependant, l'effectivité de ce droit semble moins acquise que celle du droit allemand au juge légal. En effet, la doctrine et la jurisprudence majoritaires considèrent que l'acte d'attribution d'une affaire est un acte administratif et non un acte juridictionnel, qui n'est donc pas susceptible de recours¹⁴⁴⁹. Enfin, en Espagne, l'équivalent du droit au juge légal est le droit à un juge ordinaire prédéterminé par la loi (art. 24 al. 2 de la Constitution). Celui-ci exige, d'une part, « que l'organe judiciaire ait été préalablement créé par la règle de droit », et d'autre part, « que la composition de l'organe judiciaire soit déterminée par la loi et que, dans chaque cas spécifique, la procédure légalement établie soit suivie pour la nomination des membres qui doivent constituer l'organe correspondant »¹⁴⁵⁰. Même si le Tribunal constitutionnel espagnol ne peut pas exiger une prédétermination trop précise des formations de jugement, il exige que « les procédures établies pour la nomination des titulaires [garantissent] leur indépendance et leur impartialité, qui est l'intérêt direct protégé par le droit à un juge ordinaire prédéterminé »¹⁴⁵¹. Il est donc également fait un lien entre prédétermination du juge compétent et indépendance et impartialité des juges.

235. En droit allemand, cette conception spécifique du droit au juge légal en tant que garantie assurant à chaque justiciable que la personne concrètement chargée de trancher son litige soit prédéterminée de la façon la plus objective, générale et abstraite possible, entraîne des conséquences en ce qui concerne les compétences de contrôle de la Cour constitutionnelle

¹⁴⁴⁵ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 815 et s. (§ 430 ITA) ; N. PICARDI, « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *RIDC*, 2010, p. 51 et s. Voy. en particulier C. constit. italienne, décision du 7 juillet 1962, n° 88.

¹⁴⁴⁶ C. constit. italienne, décision du 7 juillet 1962, n° 88.

¹⁴⁴⁷ P. LANGBROEK, M. FABRI, *Case Assignment to Courts and within Courts*, *op. cit.*, p. 152 ; P. LANGBROEK, M. FABRI, *The right judge for each case*, *op. cit.*, p. 243 ; K. BOHN, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁴⁸ Sur la procédure mise en place, voy. par ex. P. LANGBROEK, M. FABRI, *Case Assignment to Courts and within Courts*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁴⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 817.

¹⁴⁵⁰ Tribunal constitutionnel espagnol, décision du 31 mai 1983, n° 47/1983, part. II, § 2.

¹⁴⁵¹ Tribunal constitutionnel espagnol, décision du 31 mai 1983, n° 47/1983, part. II, § 2.

fédérale. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, cet enrichissement de l'interprétation du droit au juge légal est opéré afin de justifier le contrôle, par les juges constitutionnels allemands, des plans de répartition des affaires au regard de l'article 101 LF et des règles législatives encadrant leur édicition. Concrètement, cette interprétation jurisprudentielle entraîne donc une densification du droit processuel, dans le sens d'une prédétermination abstraite et générale du juge, jusqu'au dernier niveau de détermination de la personne concrète du juge¹⁴⁵². Ensuite, cette conception permet de contrôler le respect, par les formations de jugement concrètement saisies, des plans de répartition. Enfin, cette interprétation extensive du droit au juge légal permet à la Cour constitutionnelle d'étendre sa protection à l'ensemble des qualités attendues du juge en tant que personne : en particulier son indépendance et son impartialité¹⁴⁵³. Sans cette compréhension du juge légal en tant que juge-personne, et pas seulement comme juge-tribunal, il n'aurait pas été possible pour la Cour de Karlsruhe d'intégrer le volet matériel du droit au juge légal et de contrôler le respect des principes d'indépendance et d'impartialité par les juges qui tranchent concrètement un litige. Grâce à cette conception du droit au juge légal, elle peut en particulier contrôler le respect des règles légales concernant la récusation, afin de juger si l'un des juges composant la formation de jugement est bien le juge légal du requérant. Cette première double dimension, formelle et matérielle, du droit au juge légal, mise en relation avec le principe d'indépendance de la justice, se couple d'une seconde double dimension, objective et subjective, du droit consacré à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF.

§ 2 : Les dimensions objective et subjective du droit allemand

236. Dès 1927, Eduard Kern met en avant la double dimension du droit au juge légal consacré à l'article 105 de la Constitution de Weimar de 1919. Il note ainsi que cet article est à la fois important dans l'intérêt du pouvoir judiciaire, et donc de l'État, mais aussi dans l'intérêt des individus qui sont au contact du pouvoir judiciaire¹⁴⁵⁴. C'est ce qui justifie que le droit au juge légal soit perçu, encore sous l'empire de la Loi fondamentale de 1949, tant comme un principe objectif d'organisation de la justice (**A**) que comme un droit subjectif individuel pour les justiciables (**B**).

¹⁴⁵² H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 714.

¹⁴⁵³ C. STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt: eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Dissertation, Tübingen, 1975, p. 8 et s.

¹⁴⁵⁴ E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 158.

A. Un élément objectif d'organisation de la justice

237. Conformément à son sens originaire, le droit au juge légal est d'abord compris comme une garantie objective permettant d'assurer la réalisation d'un État de droit, d'un État soumis au droit. C'est un « principe » objectif¹⁴⁵⁵, une « garantie institutionnelle »¹⁴⁵⁶. Dans ce sens, il vise principalement à empêcher que la justice soit soumise à des influences extérieures¹⁴⁵⁷, « par une manipulation des organes judiciaires »¹⁴⁵⁸. Il participe à garantir la neutralité et l'indépendance de la justice¹⁴⁵⁹. Cet aspect est notamment illustré par l'emplacement de l'article 101 dans la Loi fondamentale, dans la section relative au pouvoir judiciaire, ainsi que par les deux phrases entourant la garantie du juge naturel : l'interdiction des tribunaux d'exception (art. 101 al. 1^{er} 1^e phrase) et le monopole du législateur en matière de création des juridictions spécialisées (art. 101 al. 2). Ces deux dispositions s'adressent en premier lieu au pouvoir exécutif dans un sens défensif¹⁴⁶⁰ : il lui est fait interdiction de créer des tribunaux d'exception ou des juridictions spécialisées. Mais, dans l'État constitutionnel contemporain, ces dispositions s'adressent également au législateur : celui-ci peut certes créer des tribunaux spécialisés, mais il ne peut pas en faire des juridictions d'exception¹⁴⁶¹. De manière plus générale, le droit au juge légal doit donc empêcher les interférences dans la justice et « préserver la confiance des justiciables et du public dans l'impartialité et l'objectivité des tribunaux »¹⁴⁶². La proximité de l'article 101 avec les articles 92 (pouvoir judiciaire exercé par les juges) et 97 (indépendance des juges) montre le lien étroit entre le droit au juge légal, les garanties d'indépendance de la justice¹⁴⁶³ et l'appartenance de ce droit au « droit constitutionnel objectif »¹⁴⁶⁴. C'est à ce titre que la Cour constitutionnelle estime que ces dispositions « ne

¹⁴⁵⁵ C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 7.

¹⁴⁵⁶ P. KUNIG et F. SALIGER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in I. VON MÜNCH, P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 2 : Art. 70-146, 7^e éd., Munich, C. H. Beck, 2021, § 3 ; M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 76.

¹⁴⁵⁷ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juin 2007, 2 BvR 1447, 136/05, § 105 (*BVerfGE* 118, 212 [en part. p. 239]). Voy., entre autres, A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH, T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 7 ; C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011, p. 1.

¹⁴⁵⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 32 [*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 327]].

¹⁴⁵⁹ V. EPPING, *Grundrechte*, 8^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2019, p. 497.

¹⁴⁶⁰ Sur cette fonction historique des droits fondamentaux, voy. par ex. *ibid.*, p. 6.

¹⁴⁶¹ Sur la distinction entre les deux, voy. *infra*, Chapitre V, Section 1, § 2, para. n° 295 et s.

¹⁴⁶² Depuis C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55, § 11 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416]). Voy. aussi par ex. C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 32 [*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 327]].

¹⁴⁶³ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 2.

¹⁴⁶⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 décembre 1975, 2 BvL 7/74, § 13 (*BVerfGE* 40, 356 [en part. p. 361]).

garantissent pas [...] des droits individuels [...], mais contiennent des principes procéduraux objectifs qui s'appliquent à toute procédure judiciaire »¹⁴⁶⁵.

238. Cette dimension objective du droit au juge légal, de même que les autres droits procéduraux, entraîne des conséquences particulières en ce qui concerne son champ d'application personnel. Classiquement, ce champ d'application est déterminé selon l'objectif de protection du droit fondamental, lequel concerne par principe des individus, personnes physiques. Au-delà, le droit constitutionnel peut prévoir la protection des formes de réalisation collective de la liberté dans certaines conditions. Certaines personnes morales peuvent ainsi être titulaires de droits fondamentaux, lorsque le droit fondamental est adapté à celles-ci. L'objectif consiste à protéger « par ricochet » les individus membres de la personne morale¹⁴⁶⁶. En droit allemand, selon l'article 19 al. 3 LF, les personnes morales de droit allemand peuvent être titulaires de droits fondamentaux selon leur nature et le droit fondamental en question¹⁴⁶⁷. La Cour constitutionnelle allemande limite l'application de cet article, en considérant qu'il ne peut être invoqué que pour protéger la liberté des personnes physiques organisées sous la forme de la personne morale¹⁴⁶⁸. Par ailleurs, par principe, les personnes morales de droit public ne peuvent pas être titulaires de droits fondamentaux, puisque ce sont précisément ces personnes qui sont soumises aux droits fondamentaux individuels en vertu de l'article 1^{er} al. 3 LF¹⁴⁶⁹. La soumission aux droits fondamentaux, d'une part, et le fait d'être titulaire de droits fondamentaux, d'autre part, sont incompatibles. Or, ces principes généraux ne s'appliquent pas pour la détermination du champ d'application personnel des droits fondamentaux judiciaires¹⁴⁷⁰, en particulier du droit au juge légal. La Cour de Karlsruhe considère que toute personne pouvant participer à une procédure judiciaire est titulaire du droit au juge légal. Si ce droit n'ouvre pas un droit à être partie au procès¹⁴⁷¹, il est néanmoins invocable par toute personne, physique ou morale, engagée dans une procédure judiciaire ou concernée directement

¹⁴⁶⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juillet 1982, 2 BvR 1187/80, § 75 (*BVerfGE* 61, 82 [en part. p. 104]).

¹⁴⁶⁶ Sur cette question, voy. par ex. : X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 8^e éd., Cours, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2024, p. 184-189, en part. p. 184.

¹⁴⁶⁷ L'article 19 al. 3 LF dispose : « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. »

¹⁴⁶⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juillet 1982, 2 BvR 1187/80, § 69 (*BVerfGE* 61, 82 [en part. p. 101]). Voy. par ex. C. D. CLASSEN, *Staatsrecht II : Grundrechte : ein Studienbuch*, Munich, C. H. Beck, 2018, p. 29-30 ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴⁶⁹ L'article 1^{er} al. 3 LF dispose : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. »

¹⁴⁷⁰ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 34 ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 85 ; M. SACHS, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 3^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2017, p. 102 et s.

¹⁴⁷¹ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 9.

et concrètement par une telle procédure¹⁴⁷². La qualité de titulaire du droit au juge légal ne dépend pas des droits matériels invoqués, mais de la position de partie ou de participant à la procédure¹⁴⁷³. Peuvent ainsi par exemple se prévaloir du droit au juge légal les communautés de fait (*nichtrechtsfähige Personenmehrheiten*)¹⁴⁷⁴, les associations de personnes (*Personenvereinigungen*)¹⁴⁷⁵, les sociétés civiles (*BGB-Gesellschaften*)¹⁴⁷⁶ ou les comités de personnel (*Personalrat*)¹⁴⁷⁷. Par ailleurs, les personnes morales de droit étranger sont mises sur un pied d'égalité avec les personnes morales de droit allemand¹⁴⁷⁸. Enfin, par exception, les personnes morales de droit public peuvent invoquer le droit au juge légal au cours d'une procédure judiciaire¹⁴⁷⁹, y compris l'État¹⁴⁸⁰. C'est ainsi qu'en 2019, un État étranger, la République argentine, a pu invoquer l'article 101 al. 1^{er} (2) LF devant la Cour allemande¹⁴⁸¹. Cette possibilité pour l'État de se prévaloir du droit au juge légal est aujourd'hui unanimement admise¹⁴⁸². L'article 101 al. 1^{er} (2) LF vise en effet à garantir les conditions de fonctionnement de toute juridiction étatique. Celles-ci doivent être respectées dans toutes les procédures, indépendamment des parties impliquées spécifiquement dans la procédure en question¹⁴⁸³. Partant, l'exclusion des personnes morales de droit public n'est pas nécessaire et limiterait même la défense de ces principes procéduraux (compétence légale du juge, indépendance et impartialité).

239. Au regard de ces considérations liées à l'organisation de la justice, à la séparation des pouvoirs et au respect de l'État de droit, la question s'est posée de savoir si ces extensions

¹⁴⁷² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juillet 1982, 2 BvR 1187/80, § 75 (*BVerfGE* 61, 82 [en part. p. 104]) ; décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20, § 55 (concernant la participation d'une société de personnes [*Personengesellschaft*]). Pour de la littérature sur cette question de la participation à la procédure juridictionnelle, voy. par ex. B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », art. cité, p. 1118 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 9-10 ; H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 719-720 ; M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, § 25 et s.

¹⁴⁷³ H.-D. HORN, « Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter », in D. MERTEN et H.-J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tome 5 : *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, p. 1292.

¹⁴⁷⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, § 49 (*BVerfGE* 82, 286).

¹⁴⁷⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 14 (*BVerfGE* 19, 52).

¹⁴⁷⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 2 septembre 2002, 1 BvR 1103/02.

¹⁴⁷⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 26 mai 1970, 2 BvR 311/67 (*BVerfGE* 28, 314).

¹⁴⁷⁸ Qu'il s'agisse ou non d'une personne morale ayant son siège dans un État membre de l'Union européenne : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 avril 1965, 2 BvR 227/64, § 34 (*BVerfGE* 18, 441 : pour une société anonyme de droit suisse) ; 1^e ch., décision du 19 juillet 2011, 1 BvR 1916/09, § 59 (*BVerfGE* 129, 78 : pour une société à responsabilité limitée de droit italien).

¹⁴⁷⁹ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 15 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 21-22 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 28.

¹⁴⁸⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 22 (*BVerfGE* 6, 45).

¹⁴⁸¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 juillet 2019, 2 BvR 824/15.

¹⁴⁸² C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 9 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 21-22 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 28.

¹⁴⁸³ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 10.

en matière de champ d'application excluait la possibilité de considérer le droit au juge légal comme un droit subjectif pour les individus. En 1969, Karl August Bettermann considère que ces éléments liés au caractère objectif du droit au juge légal vont à l'encontre de la formulation employée dans l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Celui-ci privilégierait en effet des éléments subjectifs, tels que l'emploi du pronom « nul » ou du déterminant possessif « son »¹⁴⁸⁴. C'est en partie dans cette mesure que le droit au juge légal est également considéré comme un droit subjectif quasi-fondamental, dont la qualification pose question.

B. Un élément subjectif : un droit procédural quasi-fondamental

240. Dès 1927, Eduard Kern estime que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire au droit processuel « ne doivent pas être comprises comme de simples règles d'organisation, mais aussi comme des règles de droit dont l'individu a un droit subjectif au respect »¹⁴⁸⁵. Dans la continuité de cette pensée, le droit au juge légal est perçu, sous l'empire de la Loi fondamentale de 1949, comme un droit subjectif¹⁴⁸⁶. Cette qualification vient notamment du fait que, selon l'article 94 al. 1^{er} n° 4a LF, ce droit est invocable dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel. L'article 101 LF y est en effet nommé à la suite des « droits fondamentaux » invocables : « [...] quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ». En raison de cette inclusion dans les droits susceptibles d'être invoqués directement par les justiciables devant le juge constitutionnel, la question de la dénomination de ce droit fait l'objet de débats. La Cour constitutionnelle fédérale exclut la qualification de « droit fondamental »¹⁴⁸⁷ ou de « droit individuel »¹⁴⁸⁸. Elle utilise

¹⁴⁸⁴ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 312.

¹⁴⁸⁵ E. KERN, *op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁸⁶ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 1.

¹⁴⁸⁷ À titre d'exception, nous avons trouvé un arrêt dans lequel elle parle de « droit fondamental du requérant en vertu de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF » : C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, § 11 (*BVerfGE* 14, 156 [en part. p. 161]).

¹⁴⁸⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 2 mai 1967, 1 BvR 578/63, § 32 (*BVerfGE* 21, 362 [en part. p. 373]) : « Ces dispositions constitutionnelles ne font pas formellement partie des droits fondamentaux au sens de l'article 19 LF ; elles ne garantissent pas non plus, de par leur contenu, des droits individuels comme les articles 1 à 17 LF ». Cette formulation est reprise régulièrement (pour un exemple récent, voy. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 26). Nous avons trouvé un arrêt dans lequel le droit au juge légal est qualifié de « droit fondamental » (C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, § 11 [*BVerfGE* 14, 156, en part. p. 161]).

différentes expressions : « droit fondamental processuel » (*prozessuales Grundrecht*)¹⁴⁸⁹, « garantie semblable à un droit fondamental » (*grundrechtsähnliche Gewährleistung*)¹⁴⁹⁰, « droit égal à un droit fondamental » (*grundrechtsgleiches Recht*)¹⁴⁹¹, « droit fondamental procédural » (*Verfahrensgrundrecht*)¹⁴⁹². Du côté de la doctrine également, ces nombreuses appellations sont employées, soit de manière alternative, soit en en excluant certaines. L'objectif est de montrer la proximité avec les droits fondamentaux, tout en faisant apparaître les particularités de ce droit¹⁴⁹³ : la garantie procédurale « complète » les 19 premiers articles de la Loi fondamentale¹⁴⁹⁴. L'exclusion de la qualification pure et simple de « droit fondamental » découle à la fois du positionnement formel du droit au juge légal en dehors de la première section de la Loi fondamentale de 1949, mais également de l'extension de son champ d'application personnel, présenté ci-dessus¹⁴⁹⁵. Mais pour certains auteurs, il faut également exclure le qualificatif de « droit égal » ou de « droit semblable » à un droit fondamental. Pour Jörn Ipsen, cette exclusion est préférable car elle ne pourrait pas être employée par tous les titulaires du droit au juge légal, en particulier par ceux qui sont normalement exclus du champ d'application personnel des droits fondamentaux classiques¹⁴⁹⁶. Pour Monika Jachmann-Michel, cette qualification ne permet pas de mettre en lumière la particularité du droit au juge légal par rapport aux droits fondamentaux classiques¹⁴⁹⁷. Elle préfère donc employer l'expression de « droit fondamental procédural » (*Verfahrensgrundrecht*), qui, selon elle, reflète le plus précisément cette particularité du droit au juge légal, attaché aux procédures juridictionnelles¹⁴⁹⁸. Elle partage l'avis de Jörn Ipsen, qui exclut également l'expression « droit fondamental du procès » (*Prozessgrundrecht*)¹⁴⁹⁹, qu'il considère fortement lié à l'existence d'un procès (*Prozess*) dans le sens d'une procédure contradictoire, ce qui est trop étroit par

¹⁴⁸⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 juillet 2011, 1 BvR 1916/09, § 70 (*BVerfGE* 129, 78 [en part. p. 95]).

¹⁴⁹⁰ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juillet 1997, 2 BvR 389/94, § 43 (*BVerfGE* 96, 231 [en part. p. 243]).

¹⁴⁹¹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 24 juin 2014, 1 BvR 2926/13, § 33 (*BVerfGE* 136, 382 [en part. p. 393]).

¹⁴⁹² Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 janvier 2013, 1 BvR 121/11, § 27 (*NZG* 2013, 464 [en part. p. 465]).

¹⁴⁹³ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 13.

¹⁴⁹⁴ A. NUBBERGER, « Neue Grundrechte für das Grundgesetz », *Einsichten und Perspektiven Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte*, 2023, p. 113.

¹⁴⁹⁵ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 14-15.

¹⁴⁹⁶ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 19.

¹⁴⁹⁷ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 16.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹⁹ Sur cette notion, voy. par ex. S. LÖHR, *Prozessgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Schriften zum Europäischen Recht, n° 158, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, p. 30 et s.

rapport au champ d'application matériel du droit au juge légal¹⁵⁰⁰. Un autre qualificatif est parfois utilisé : celui de « droit fondamental judiciaire » (*Justizgrundrecht*)¹⁵⁰¹. Mais celui-ci renvoie à une catégorie plus large, permettant d'englober l'ensemble des garanties relatives à la justice ; il ne permet pas de montrer la spécificité « unique » du droit au juge légal. Quant aux expressions « droit égal » ou « droit semblable » à un droit fondamental, elles peuvent finalement être comprises comme permettant d'englober l'ensemble des garanties citées après les droits fondamentaux de l'article 94 al. 1^{er} n° 4a LF, afin de créer un groupe de garanties invocables dans le cadre du recours constitutionnel individuel, sans être formellement ancrées comme des droits fondamentaux dans la Loi fondamentale¹⁵⁰².

241. Au-delà de la différence de champ d'application personnel, cette dénomination distincte des droits fondamentaux classiques entraîne d'autres conséquences. D'une part, le droit au juge légal ne produit ses effets que dans le contexte d'une procédure juridictionnelle : c'est un droit fondamental « conditionnel », conditionné à une situation¹⁵⁰³. D'autre part, le schéma de contrôle classique des droits fondamentaux (la « dogmatique » allemande) ne peut pas s'appliquer à ce droit, car il n'y a pas de réel « champ de protection » (*Schutzbereich*)¹⁵⁰⁴. Cette richesse du droit au juge légal, compris à la fois comme principe objectif et comme droit subjectif, justifie son importance dans le droit constitutionnel allemand contemporain, en tant que manifestation du principe « spécifiquement allemand » de l'État de droit¹⁵⁰⁵.

§ 3 : Le droit au juge légal, manifestation du renouvellement du principe de l'État de droit

242. Sous l'empire de la Loi fondamentale de 1949, le principe de l'État de droit renferme des exigences concernant les structures étatiques, la qualité et la certitude du droit, mais aussi

¹⁵⁰⁰ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 35 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 16.

¹⁵⁰¹ A. ESER, art. cité, p. 247.

¹⁵⁰² Voy. par ex. chez M. SACHS, *op. cit.*, p. 16-17, qui fait la distinction entre « droit égal » (*grundrechtsgleich*) et « droit semblable » (*grundrechtsähnlich*), en rangeant l'ensemble des garanties invocables dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel dans la première catégorie, et en considérant que les garanties appartenant à la seconde catégorie sont celles qui, bien qu'ayant un contenu qui soit tourné prioritairement vers l'individu et qui complète des droits fondamentaux classiques, ne sont pas invocables dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel.

¹⁵⁰³ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 20.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 1.

l'organisation de la justice¹⁵⁰⁶. Au regard de son évolution historique et de son essor en même temps que ce principe, le droit au juge légal est considéré comme étant une manifestation du principe de l'État de droit¹⁵⁰⁷, et en particulier comme le noyau central d'une justice fondée sur l'État de droit¹⁵⁰⁸. La Cour constitutionnelle fédérale estime ainsi que le principe du juge légal garantit le respect du principe de l'État de droit dans les procédures juridictionnelles¹⁵⁰⁹, et c'est dans cette mesure qu'il constitue « une expression particulière du principe général d'objectivité de l'État de droit »¹⁵¹⁰. Partant, il est mis en lien avec d'autres principes cardinaux du droit constitutionnel allemand contemporain (A), ce qui lui donne une importance fondamentale dans la jurisprudence constitutionnelle (B).

A. Les liens étroits avec d'autres principes fondamentaux

243. En tant que manifestation du principe de l'État de droit en matière judiciaire, le droit au juge légal doit être mis en relation avec d'autres principes constitutionnels cardinaux. Au-delà du principe de légalité de l'action juridictionnelle (article 20 al. 3 LF) et du principe d'indépendance judiciaire (articles 92 et 97 LF)¹⁵¹¹, ce droit doit notamment être mis en lien avec l'article 19 al. 4 LF, garantissant le droit à une protection juridictionnelle effective (1), et avec l'article 3 al. 1^{er} LF, posant le principe d'égalité et l'interdiction des traitements arbitraires (2).

1. L'article 19 al. 4 Loi fondamentale, droit à une protection juridictionnelle effective

244. Dans le contexte d'une compréhension enrichie du principe de l'État de droit, il paraît essentiel que des garanties juridictionnelles fassent partie des principales manifestations de ce principe¹⁵¹². En effet, la garantie d'une justice performante et d'une protection juridique

¹⁵⁰⁶ C. GREWE, « L'État de droit sous l'empire de la Loi fondamentale », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 389 et s.

¹⁵⁰⁷ Par ex. V. EPPING, *op. cit.*, p. 498 ; A. ESER, art. cité, p. 247.

¹⁵⁰⁸ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 738 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 18.

¹⁵⁰⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 décembre 1975, 2 BvL 7/74, § 13 (*BVerfGE* 40, 356 [en part. p. 361]).

¹⁵¹⁰ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 31 mai 1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, § 134 (*BVerfGE* 82, 159 [en part. p. 194]).

¹⁵¹¹ Voy. par ex. J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 29, 44 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 19-21.

¹⁵¹² Voy. S. LÖHR, *op. cit.*, p. 97 et s.

efficace constitue une composante essentielle d'un État de droit¹⁵¹³. Dans ce contexte, le principe de l'État de droit ne doit pas seulement garantir une protection juridique, mais une protection juridique effective, ce qui impose l'adoption de mesures préalables d'organisation de la justice¹⁵¹⁴. C'est dans cette perspective que le lien entre l'article 19 al. 4 LF et l'article 101 al. 1^{er} (2) LF est opéré. L'article 19 al. 4 LF constitue la principale garantie procédurale fondamentale¹⁵¹⁵ : celle d'accès à une juridiction. D'abord proclamée au paragraphe 182 de la Constitution de Francfort de 1849, elle est ensuite inscrite à l'article 107 de la Constitution de Weimar de 1919, mais seulement pour les actes administratifs. Cet article contient en effet l'obligation de création des tribunaux administratifs, dans le but de protéger les individus contre les instructions et ordonnances des autorités administratives¹⁵¹⁶. Dans le droit positif, l'article 19 al. 4 LF a un champ de protection strictement délimité¹⁵¹⁷. Si tout bénéficiaire de droits fondamentaux peut normalement invoquer toute violation de droits propres, il faut en revanche que cette violation soit le fait d'un certain « pouvoir public ». Alors que, de manière générale, l'expression « pouvoir public » désigne l'ensemble des fonctions étatiques – conformément à l'article 1^{er} al. 3 LF –, elle ne renvoie, dans le cadre de l'article 19 al. 4 LF, qu'au pouvoir exécutif¹⁵¹⁸, c'est-à-dire au gouvernement et à l'administration¹⁵¹⁹, sans y inclure donc le législateur¹⁵²⁰ et les tribunaux¹⁵²¹. Dans ce cadre strictement défini, l'article 19 al. 4 LF impose en particulier l'ouverture et l'aménagement des voies de droit, l'accès à un tribunal¹⁵²²,

¹⁵¹³ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 30 avril 2003, 1 PBvU 1/02, § 16 (*BVerfGE* 107, 395 [en part. p. 401]).

¹⁵¹⁴ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », in J. INSENSEE et P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 5 : Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 727.

¹⁵¹⁵ S. LÖHR, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵¹⁶ V. EPPING, *op. cit.*, p. 489. Voy. aussi A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012, p. 356, 467.

¹⁵¹⁷ Lorsque l'article 19 al. 4 LF n'est pas applicable à un cas d'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a créé un droit plus général : un droit général d'accès à la justice (*allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch*), fondé sur l'article 20 al. 3 LF (principe de l'État de droit) et sur l'article 2 al. 1^{er} LF (liberté générale d'agir). Il n'existe aucune différence dans l'application de ces deux droits. Voy. C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 278 ; A. VOBKUHLE et A.-B. KAISER, « Der allgemeine Justizgewährungsanspruch », *JuS*, 2014, p. 312-315.

¹⁵¹⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 juin 2006, 1 BvR 1160/03, § 51 (*BVerfGE* 116, 135 [en part. p. 149] : « l'objectif poursuivi lors de l'ancrage normatif de la garantie [de l'article 19 al. 4 LF] était, sur la base d'expériences historiques, la protection contre le risque de non-respect du droit par une action du pouvoir exécutif, supérieur au citoyen et opérant avec des moyens de contrainte »).

¹⁵¹⁹ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 271 ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 494.

¹⁵²⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 mai 1977, 1 BvR 514/68, 323/69, § 134 (*BVerfGE* 45, 297 [en part. p. 334] : « [l'article 19 al. 4 LF] n'ouvre pas de voie de recours contre les dispositions légales [...]. Le contrôle [de ces] normes incombe à la Cour constitutionnelle fédérale en vertu de l'article 93 al. 1^{er} n° 4 LF et de l'article 100 LF. »)

¹⁵²¹ S. LÖHR, *op. cit.*, p. 39 et s.

¹⁵²² V. EPPING, *op. cit.*, p. 490-492.

des délais raisonnables de protection juridictionnelle, une densité de contrôle suffisante ainsi que le caractère exécutoire des décisions rendues¹⁵²³.

245. En parallèle, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, comme d'autres droits fondamentaux judiciaires¹⁵²⁴, permet d'assurer la concrétisation effective du droit à une protection juridictionnelle, en apportant des garanties relatives à la tenue de la procédure juridictionnelle : compétence du tribunal et des juges siégeant dans la formation de jugement, indépendance et impartialité de ces juges notamment. Dans cette mesure, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF fait partie des « garanties de structuration générale de la procédure »¹⁵²⁵. Selon la Cour constitutionnelle de Bavière par exemple, « l'effectivité de la protection juridique est assurée en premier lieu par les codes de procédure », lesquels garantissent que « le particulier puisse effectivement faire valoir ses droits [devant] un tribunal spécialisé [*fachgerichtlich*] »¹⁵²⁶. Or, la détermination de ce tribunal spécialisé et l'encadrement de ses compétences se font sur le fondement du droit au juge légal¹⁵²⁷. Ce dernier pose ainsi une obligation d'agir du législateur (*Handlungspflicht*)¹⁵²⁸, non seulement pour garantir le respect du droit au juge légal, mais aussi, plus généralement, pour assurer le caractère effectif de la protection juridictionnelle que doit fournir l'État de droit¹⁵²⁹. Les deux articles, 19 al. 4 et 101 al. 1^{er} (2) ont donc en commun de devoir être concrétisés par le législateur, à travers l'adoption de normes légales¹⁵³⁰. Ces articles doivent être « façonnés », « forgés » par le législateur (en allemand, « *normgeprägt* ») ; leur concrétisation dépend de la conception du législateur¹⁵³¹. Se demander si ces articles sont respectés revient ainsi en partie à se demander si les règles de concrétisation de ces articles (les règles légales d'organisation judiciaire et de procédure) sont respectées.

246. Les liens entre l'article 19 al. 4 LF et l'article 101 al. 1^{er} (2) LF se perçoivent enfin d'un point de vue plus concret, en ce qui concerne le contrôle constitutionnel opéré par Karlsruhe sur le fondement du second article. En particulier, l'article 19 al. 4 LF est utilisé par

¹⁵²³ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 274 et s.

¹⁵²⁴ Notamment le droit d'être entendu (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), garanti à l'article 103 al. 1^{er} LF et également invocable dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel en tant que « garantie équivalente à un droit fondamental ». Voy. *ibid.*, p. 283 et s. ; M. SACHS, *op. cit.*, p. 698 et s. ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 504 et s.

¹⁵²⁵ V. EPPING, *op. cit.*, p. 489.

¹⁵²⁶ C. constit. de Bavière, décision du 29 septembre 2005, 3-VII-05, 7-VIII-05 (*NJW* 2005, 3699).

¹⁵²⁷ Voy. *infra*, Chapitre V.

¹⁵²⁸ V. EPPING, *op. cit.*, p. 6-7 ; C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 45. De manière générale sur les différentes dimensions de protection des droits fondamentaux, voy. O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44-51.

¹⁵²⁹ Voy. par ex. S. LÖHR, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 39, 47.

¹⁵³¹ B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », art. cité, p. 1116 ; P. KUNIG, F. SALIGER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », art. cité, § 3.

la Cour constitutionnelle dans l'interprétation et le contrôle du respect de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF par le pouvoir exécutif. En effet, ce premier article exige un contrôle complet de la soumission de l'administration au droit, et interdit notamment que des activités qui touchent aux droits fondamentaux des individus ne soient laissées à l'entière discrétion de l'administration. En matière juridictionnelle et de respect de l'article 101 spécifiquement, cela signifie que l'éventuelle détermination du juge compétent par l'exécutif doit être soumise à un contrôle juridictionnel entier¹⁵³². Enfin, il existe des hypothèses où l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'est pas applicable au litige, et dans lesquelles la Cour de Karlsruhe fait appel, à titre subsidiaire, à l'article 19 al. 4 LF¹⁵³³. Dans le cadre de la mise en œuvre de son contrôle au titre du droit au juge légal, la Cour constitutionnelle allemande fait également le lien avec un autre article de la Loi fondamentale : l'article 3 al. 1^{er}, lequel est interprété comme interdisant les traitements arbitraires.

2. L'article 3 al. 1^{er} Loi fondamentale, principe d'égalité et interdiction de l'arbitraire

247. Dans la conception allemande, le droit au juge légal est considéré comme un principe autonome et distinct du principe général d'égalité. Certes, dans la mesure où le droit au juge légal garantit l'attribution de tous les litiges pendants selon les principes contenus dans des normes générales et abstraites, ce droit a un caractère égalitaire et doit favoriser l'égalité des justiciables devant la justice¹⁵³⁴. L'utilisation du terme « nul » dans la formulation du droit au juge légal fait ainsi le lien avec le principe d'égalité, ce qui a pu faire dire à Bettermann que l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'était qu'un cas d'application du principe d'égalité en matière de détermination de la juridiction compétente¹⁵³⁵. La dimension égalitaire du droit au juge légal ressort également d'une formulation de la Cour fédérale de justice, systématiquement reprise par la Cour constitutionnelle et par la doctrine allemande : il serait inhérent à « la notion de juge légal que les affaires individuelles lui reviennent “aveuglément” [*blindlings*] »¹⁵³⁶. Les liens entre égalité et droit au juge légal se perçoivent enfin *a contrario*, par le maintien explicite de

¹⁵³² Voy. *infra*, Chapitre VI, para. n° 336.

¹⁵³³ Voy. *infra*, Chapitre IX, Section 2, § 1, A, para. n° 522.

¹⁵³⁴ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 22 ; voy. aussi C. SOWADA, *op. cit.*, p. 117-120 ; K. BOHN, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵³⁵ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 556. Voy. également G. KRÖGER, *Der gesetzliche Richter und die « besondere Bedeutung » des Falles i. S. des § 24 I Nr. 2, 3 GVG*, Dissertation, Münster, 1962, p. 8.

¹⁵³⁶ C. féd. de justice, décision du 28 septembre 1954, 5 StR 275/53 (*BGHSt.* 7, 23 [en part. p. 24]).

l'interdiction des tribunaux d'exception¹⁵³⁷ – c'est d'ailleurs par cet élément que l'article 101 débute. Cette disposition prohibe, implicitement, l'inégalité de traitement entre les justiciables¹⁵³⁸, inégalité qui ne serait fondée sur aucun critère objectif, abstrait et général. Néanmoins, le droit au juge légal garantit plus que l'égalité de traitement, et va donc au-delà de son caractère égalitaire. En effet, en plus d'imposer l'adoption de normes générales et abstraites pour l'organisation des juridictions ordinaires, le droit au juge légal, tel qu'il est conçu par la Cour constitutionnelle fédérale, permet aussi d'imposer le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, qui ne sont pas liés au principe d'égalité¹⁵³⁹. Et au contraire, des éléments du principe d'égalité devant la justice ne sont pas inclus dans le champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, en particulier l'égalité en matière d'application des normes substantielles (les mêmes lois de fond pour tous).

248. L'article 3 al. 1^{er} LF, qui dispose que « [t]ous les êtres humains sont égaux devant la loi », n'en est pas moins mis en lien avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF pour un aspect précis : celui du contrôle opéré. En effet, selon la Cour constitutionnelle fédérale, cet article fonde, au-delà du principe d'égalité, l'interdiction générale des traitements arbitraires. Cette interprétation provient de la doctrine de Gerhard Leibholz¹⁵⁴⁰, qui considère que le principe d'égalité *est* le principe général d'interdiction de l'arbitraire, puisqu'il correspond à l'exigence de justice¹⁵⁴¹. Dès l'un de ses premiers arrêts, en 1951, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe adopte la doctrine de Leibholz – tout juste nommé juge à la Cour – en interprétant l'article 3 al. 1^{er} LF comme interdisant les traitements arbitraires¹⁵⁴². Depuis ce premier arrêt, sa jurisprudence manifeste ainsi une « tendance très nette à identifier prohibition de l'arbitraire et principe général d'égalité »¹⁵⁴³, même après avoir fait évoluer sa conception de l'égalité¹⁵⁴⁴. La Cour constitutionnelle s'écarte seulement de Leibholz dans la définition de l'arbitraire. Selon ce dernier, l'arbitraire se définit comme la « motivation ou la poursuite d'un but étranger à la

¹⁵³⁷ P. BOCKELMANN, « Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter », *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1957, p. 358.

¹⁵³⁸ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 573 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 23.

¹⁵³⁹ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 24.

¹⁵⁴⁰ G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Dissertation, Berlin, 1925. Sur cette doctrine, voy. par ex. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 111 et s.

¹⁵⁴¹ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, op. cit., p. 113.

¹⁵⁴² C. constit. féd., all., 2^e ch., arrêt du 23 octobre 1951, 2 BvG 1/51, § 136 (*BVerfGE* 1, 14 [en part. p. 52]).

¹⁵⁴³ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité*, op. cit., p. 137.

¹⁵⁴⁴ Voy. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 7 octobre 1980, 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, § 62 (*BVerfGE* 55, 72 [en part. p. 88-89]).

situation objective »¹⁵⁴⁵, ce qui correspond à une approche subjective de la notion. La Cour de Karlsruhe préfère ancrer la définition de l'arbitraire dans une approche purement objective, en l'associant à « l'inadéquation objective et manifeste de la mesure légale à la situation de fait qu'elle doit maîtriser »¹⁵⁴⁶. Son contrôle porte ainsi uniquement sur le contenu matériel de l'acte en question, et non sur ses conditions d'élaboration¹⁵⁴⁷. Par ailleurs, ce contrôle se limite à sanctionner les inconstitutionnalités manifestes ou évidentes¹⁵⁴⁸.

249. Cette dimension du principe d'égalité est si générale que le principe d'interdiction des traitements arbitraires peut également être directement fondé sur le principe d'État de droit par le juge constitutionnel allemand¹⁵⁴⁹. En outre, au regard de cette généralité, ce dernier mobilise le principe d'interdiction de l'arbitraire comme échelle de contrôle pour d'autres droits contenus dans la Loi fondamentale. Il en est ainsi par exemple pour le contrôle du respect du droit d'être entendu en justice (article 103 al. 1^{er} LF), mais également pour le contrôle du respect du droit au juge légal par le pouvoir judiciaire. En effet, lorsque la Cour de Karlsruhe contrôle le respect de l'article 101 LF par les juridictions et les juges eux-mêmes, elle mobilise ce critère de l'absence d'arbitraire de la décision juridictionnelle¹⁵⁵⁰, en citant parfois explicitement l'article 3 al. 1^{er}¹⁵⁵¹. Lorsqu'elle doit décider si un juge ou une formation de jugement a volontairement soustrait un justiciable à son juge légal en ignorant ou en interprétant une norme de compétence, elle se contente en réalité, par référence à l'article 3 al. 1^{er} LF, de contrôler si le juge ou la formation de jugement a *arbitrairement* ignoré ou mal interprété les règles de compétence. Dans ce cadre, elle fait parfois référence à des formulations employées dans des décisions antérieures fondées sur l'article 3 al. 1^{er}, et non pas sur l'article 101¹⁵⁵². Ce critère est réellement déterminant pour l'interprétation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF¹⁵⁵³, puisque la grande majorité des actes contrôlés par la Cour sur le fondement de cet article sont des

¹⁵⁴⁵ G. LEIBHOLZ, *op. cit.*, p. 91, 96, cité par O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité, op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 7 mai 1953, 1 BvL 104/52, § 37 (*BVerfGE* 2, 266 [en part. p. 281]).

¹⁵⁴⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 juillet 1954, 1 BvR 459/52 e. a., § 61 (*BVerfGE* 4, 7 [en part. p. 25]).

¹⁵⁴⁸ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité, op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁴⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 octobre 1980, 2 BvR 584, 598, 599, 604/76, § 45 (*BVerfGE* 56, 298 [en part. p. 313]) : « [...] l'interdiction de l'arbitraire, découlant du principe de l'État de droit [...] ».

¹⁵⁵⁰ Voy. *infra*, Chapitre VI, Section 2, § 2, B, para. n° 376 et s.

¹⁵⁵¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 novembre 1992, 1 BvR 137/92, § 14 (*BVerfGE* 87, 282 [en part. p. 286]).

¹⁵⁵² Voy. par ex. sa décision précitée du 11 mai 1965, § 13 (*BVerfGE* 19, 38 [en part. p. 43]), dans laquelle elle fait référence à C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} juillet 1954, 1 BvR 361/52, en part. § 23 (*BVerfGE* 4, 1 [en part. p. 7]), afin d'utiliser la formule selon laquelle une interprétation arbitraire des règles de compétence n'existe que lorsque cette interprétation « n'est plus compréhensible si l'on fait une appréciation raisonnable des principes fondamentaux de la Loi fondamentale » et que la conclusion selon laquelle « elle repose sur des considérations étrangères à l'affaire » s'impose.

¹⁵⁵³ A. HÄNLEIN, art. cité, § 62 et s.

décisions juridictionnelles. En effet, le droit au juge légal constitue un droit cardinal dans la jurisprudence constitutionnelle, laquelle est principalement portée par le recours constitutionnel individuel contre les jugements.

B. Un droit central dans la jurisprudence constitutionnelle

250. Le droit au juge légal est considéré comme un principe « structurel » du pouvoir judiciaire¹⁵⁵⁴, au service des principes les plus essentiels d'un État de droit : obligation d'objectivité de la justice¹⁵⁵⁵, sécurité juridique¹⁵⁵⁶, confiance des justiciables dans la justice par sa neutralité et son indépendance¹⁵⁵⁷, et même séparation des pouvoirs¹⁵⁵⁸. Aux côtés du droit d'accès à la justice et de la garantie d'une protection juridique effective, le droit au juge légal fonde une obligation constitutionnelle objective de fournir une organisation judiciaire assurant une protection juridictionnelle effective et oblige ainsi l'État à assurer un pouvoir judiciaire opérationnel¹⁵⁵⁹. Au regard de son importance et de ce rattachement au principe de l'État de droit, certains auteurs se demandent même si, indirectement, l'article 101 LF ne pourrait pas être inclus dans la clause d'éternité contenue à l'article 79 al. 3 LF. Cette disposition interdit les révisions constitutionnelles touchant à l'organisation fédérale ou « aux principes énoncés aux articles 1^{er} et 20 » de la Loi fondamentale. Or, il est considéré que l'alinéa 3 de cet article 20 contient le principe de l'État de droit, en prévoyant que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ». Considéré comme une manifestation précise de ce principe en matière judiciaire, le droit au juge légal pourrait donc être intouchable lors d'une révision constitutionnelle. C'est ce que soutiennent par exemple Jörn Ipsen et Monika Jachmann-Michel¹⁵⁶⁰.

251. En pratique, le caractère central du droit au juge légal dans la jurisprudence constitutionnelle découle principalement du fait que la Cour constitutionnelle donne une interprétation très poussée de ce droit, notamment en lui dessinant un champ d'application très vaste, le droit au juge légal pouvant être invoqué par toute partie dans une procédure

¹⁵⁵⁴ C. SOWADA, *op. cit.*, p. 1.

¹⁵⁵⁵ C. constit. féd. all., décision précitée du 31 mai 1990, § 134 (*BVerfGE* 82, 159 [en part. p. 194]).

¹⁵⁵⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 octobre 1966, 2 BvR 291, 656/64 (*BVerfGE* 20, 336 [en part. p. 344]).

¹⁵⁵⁷ V. EPPING, *op. cit.*, p. 497.

¹⁵⁵⁸ P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 21.

¹⁵⁵⁹ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », art. cité, p. 2058.

¹⁵⁶⁰ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 29 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 19. Voy. aussi C. SOWADA, *op. cit.*, p. 1-2 ; K. BOHN, *op. cit.*, p. 19.

juridictionnelle, personne physique ou morale, y compris les personnes morales de droit public¹⁵⁶¹. La situation allemande est une position extrême en la matière¹⁵⁶². En outre, l'article 101 s'applique dans des configurations matérielles élargies. Le droit au juge légal doit en effet être respecté lorsque tout juge étatique, professionnel ou bénévole, assure des missions dans le cadre d'une responsabilité juridictionnelle spécifique, lorsqu'il agit dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles¹⁵⁶³ : d'abord et principalement lorsqu'il juge, lorsqu'il rend des décisions, mais aussi pour toutes les autres missions juridictionnelles que la Constitution ou les lois ordinaires lui confient¹⁵⁶⁴ (les auditions de témoins ou les décisions préjudicielles par exemple). Les juges concernés sont l'ensemble des juges des juridictions étatiques fédérales et régionales¹⁵⁶⁵, qu'il s'agisse des juges chargés de trancher le litige au principal, ou de juges sollicités à titre préjudiciel¹⁵⁶⁶, des juges compétents dans l'ordre des voies de recours¹⁵⁶⁷, des juges honoraires¹⁵⁶⁸, des juges citoyens (assesseurs citoyens)¹⁵⁶⁹ ou encore des juges dans les procédures gracieuses¹⁵⁷⁰. C'est dans cette perspective très large que le droit au juge légal a en particulier été étendu au contrôle du respect de l'obligation préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne par les juridictions allemandes¹⁵⁷¹. Ces extensions sont rendues possibles et effectives par l'inclusion des institutions et des acteurs du pouvoir judiciaire dans le champ des destinataires du droit au juge légal – elle-même liée à l'existence de la procédure du recours constitutionnel individuel contre les jugements¹⁵⁷². C'est par la soumission des juges eux-mêmes aux principes posés par l'article 101 LF que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a fait du droit au juge légal l'un des droits les plus invoqués par les requérants dans le cadre du recours constitutionnel individuel contre les jugements, aux côtés du droit d'être entendu – même si cette procédure n'est que très rarement couronnée de succès.

¹⁵⁶¹ Voy. *supra*, Section 1, § 2, A, para. n° 238.

¹⁵⁶² H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 738.

¹⁵⁶³ Voy., entre autres, C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 280 ; H. SODAN, « Artikel 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter; Verbot von Ausnahmegerichten; Sondergerichte] », in *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 5^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 3 ; P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 19 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 29.

¹⁵⁶⁴ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 11 ; P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 19 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 30.

¹⁵⁶⁵ P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 19.

¹⁵⁶⁶ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 mai 1965, 2 BvR 259/63 (*BVerfGE* 19, 38).

¹⁵⁶⁷ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 janvier 1971, 2 BvR 507, 511/69 (*BVerfGE* 30, 165).

¹⁵⁶⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mai 1978, 2 BvR 685/77 (*BVerfGE* 48, 300).

¹⁵⁶⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 114, 127/71 (*BVerfGE* 31, 181).

¹⁵⁷⁰ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64 (*BVerfGE* 21, 139).

¹⁵⁷¹ Voy. *infra*, Partie III.

¹⁵⁷² Voy. *infra*, Chapitre VI, Section 2, § 1, B, para. n° 364 et s.

252. Cette conception extensive du droit au juge légal et les mécanismes procéduraux existants en Allemagne font de ce droit un principe cardinal d'organisation de la justice – vis-à-vis des autres pouvoirs et à l'intérieur des institutions judiciaires – et un droit subjectif privilégié pour les requérants constitutionnels. Cette conception et ce développement du droit au juge légal sont très spécifiques à l'Allemagne, ce qui apparaît notamment nettement en comparaison avec le droit positif français et les incertitudes autour de l'existence du droit au juge naturel.

Section 2 : Les incertitudes autour du droit au juge naturel français

253. La doctrine française admet volontiers que les droits associés à l'accès au prétoire, au juge, ou à la formation d'un recours juridictionnel sont indispensables à la garantie des droits énoncée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹⁵⁷³. Cependant, ces droits procéduraux ne sont pas explicitement garantis dans le droit positif français, la Constitution de 1958 ne comportant aucun « ensemble de règles applicables à la procédure juridictionnelle »¹⁵⁷⁴. Ces droits ont donc dû faire l'objet d'une constitutionnalisation par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La situation d'un éventuel droit au juge naturel est encore plus précaire, et relève « du “bricolage” textuel et jurisprudentiel »¹⁵⁷⁵ : au-delà de son absence de consécration explicite en droit français (§ 1), les contours du droit plaidé par certains auteurs de doctrine paraissent en partie inadaptés (§ 2).

§ 1 : L'absence d'un droit explicite au juge naturel en droit positif français

254. Parfois considéré comme principe cardinal de procédure, le droit au juge naturel n'est pourtant consacré ni par l'article préliminaire du code de procédure pénale consacrant les principes directeurs du procès pénal¹⁵⁷⁶, ni par les articles 1^{er} à 24 du code de procédure civile

¹⁵⁷³ V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Propos introductifs », in *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 21.

¹⁵⁷⁴ T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 311 ; T. S. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G.*, 1993, p. 212.

¹⁵⁷⁵ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 42.

¹⁵⁷⁶ Le 3^e alinéa du paragraphe I de cet article prévoit, certes, que « [l]es personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles », reprenant la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1975 – associée par certains auteurs au droit au juge naturel.

consacrant les mêmes principes du procès civil, ni par le titre préliminaire du code de justice administrative. En l'absence de texte législatif ou constitutionnel de droit positif, la doctrine française qui souhaite voir le droit au juge naturel réhabilité et utilisé, mobilise différentes stratégies. D'une part, certains auteurs invoquent la loi des 16 et 24 août 1790 et en particulier ses articles 16 et 17¹⁵⁷⁷. Cependant, l'invoque de cette loi et son utilisation par le Conseil constitutionnel ne paraissent que difficilement envisageables (A). D'autre part, d'autres auteurs estiment que le droit au juge naturel existerait encore dans la pratique des juridictions françaises. Toutefois, l'absence du vocable tant dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence des cours suprêmes ordinaires montre l'absence de ce principe en droit français (B).

A. La valeur incertaine de la loi des 16 et 24 août 1790 dans le droit positif

255. Dans la recherche d'une consécration textuelle du droit au juge naturel dans le droit français, il faut déjà écarter l'ensemble des textes constitutionnels antérieurs qui ont formulé cette garantie, en raison de l'effet abrogatif de l'adoption d'une nouvelle constitution. C'est donc à la première consécration du droit au juge naturel en 1790 que certains auteurs français font référence, soutenant que certains articles de la loi des 16 et 24 août 1790 font toujours partie de l'ordonnement juridique français, à un niveau législatif¹⁵⁷⁸. Plus précisément, les articles 16 et 17 de cette loi seraient ainsi régulièrement appliqués par les tribunaux français¹⁵⁷⁹. S'il est permis de douter de la réalité de cette application régulière, il n'est cependant pas exclu que ces articles puissent être en effet invoqués et appliqués, même s'ils ne font pas partie des

Cependant, cette disposition ne consacre pas explicitement ce droit, et n'a jamais permis à la jurisprudence de fonder ce droit. Voy. *infra*, Section 2, § 2, A, para. n° 267.

¹⁵⁷⁷ Voy. *supra*, Chapitre III, para. n° 129.

¹⁵⁷⁸ Voy. notamment T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.*, p. 35 ; T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », art. cité, p. 10 (« nul ne conteste en France que ces dispositions [les articles 16 et 17] consacrant le droit au juge naturel ne soient toujours actuellement en vigueur »). Voy. également C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 37^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2024, p. 1191-1193 (§ 1512 et s). C'est également la position de Paul Coste-Floret, membre du Conseil constitutionnel de 1971 à 1979, rapporteur de la question de constitutionnalité ayant mené à la décision n° 75-56 du 23 juillet 1975 (*Juge unique*) (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Compte-rendu de la séance du 23 juillet 1975*, Paris, Conseil constitutionnel, 1975, p. 5 : « ce texte est toujours applicable » ; voy. le commentaire de cette décision et la même position in L. FAVOREU et L. PHILIP, « 23 juillet 1975 - JUGE UNIQUE », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, Droit public, 1979, p. 328).

¹⁵⁷⁹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 33.

articles reproduits par le site *Légifrance* dans la « version en vigueur » de la loi de 1790¹⁵⁸⁰. Plus problématique est la question de la valeur supra-législative (et donc constitutionnelle) de cette loi et de son article 17. D'autres auteurs vont en effet plus loin, en avançant l'idée que le maintien de cette loi en droit positif permettrait au Conseil constitutionnel de fonder, précisément sur son article 17, un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant le droit au juge naturel¹⁵⁸¹. Cela semble très difficile à imaginer, et ce pour plusieurs raisons.

256. Initialement, la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République a été introduite dans le Préambule de la Constitution de 1946 afin de permettre d'intégrer des droits et libertés qui n'étaient proclamés ni dans la Déclaration de 1789 ni dans le Préambule, mais qui rappelaient « des conquêtes des lois de la République » depuis 1789¹⁵⁸², principalement de la III^e République¹⁵⁸³. Malgré le flou entourant cette catégorie¹⁵⁸⁴, des éléments de classification sont apparus au fil du temps, grâce à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle par la doctrine. Au-delà d'être antérieur à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946¹⁵⁸⁵, écrit, d'origine légale et suffisamment précis¹⁵⁸⁶, le texte consacrant le droit ou la liberté doit surtout être d'origine républicaine¹⁵⁸⁷. L'utilisation du terme « République » semble exclure par principe les lois adoptées pendant les monarchies ou les empires français¹⁵⁸⁸. Cela pose particulièrement question pour la loi des 16 et 24 août 1790, adoptée par l'Assemblée nationale de 1789-1790, validée et promulguée par Louis XVI¹⁵⁸⁹. Il semble en effet

¹⁵⁸⁰ Sur le site *Légifrance*, en effet, seuls les articles 10, 12 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sont présentés dans la version actuellement en vigueur de cette loi (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777>, consulté le 10 juin 2024).

¹⁵⁸¹ Voy. par ex. T. JANVILLE, « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *Les Petites Affiches*, 2005, n° 57, p. 6-12.

¹⁵⁸² Formule du député Lionel de Tinguy en 1946, cité par B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2000, p. 24.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ J. RIVERO, « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Recueil Dalloz*, 1972, p. 265 (« obscurité certaine ») ; M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? (1^e partie) », *Les Petites Affiches*, 14 juillet 1993, n° 84, p. 9 (« caractère ambigu »).

¹⁵⁸⁵ B. GENEVOIS, art. cité, p. 25, lequel cite les décisions n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 et n° 89-254 DC du 4 juillet 1989 du Conseil constitutionnel.

¹⁵⁸⁶ M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux », art. cité, p. 11.

¹⁵⁸⁷ B. GENEVOIS, art. cité, p. 27.

¹⁵⁸⁸ M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux », art. cité, p. 12.

¹⁵⁸⁹ C'est en vertu de cet argument que la possibilité de créer un principe fondamental reconnu par les lois de la République sur ce fondement est donc exclue par Thierry Renoux (T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 38) et par Emmanuel Jeuland (E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 35 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », *ZZPint.*, 2010, vol. 15, p. 68). Voy. également par ex. T. CLAY, « Juge naturel », *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 680.

incontestable que la I^{re} République ne débute qu'en septembre 1792, au moment de l'abolition de la monarchie¹⁵⁹⁰. La loi des 16 et 24 août 1790 devrait ainsi déjà être exclue du champ des textes législatifs pouvant fonder un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Mais même en observant le respect du dernier critère d'identification d'un tel principe, il semble difficile d'y inclure précisément le droit au juge naturel consacré à l'article 17 de cette loi. En effet, le dernier critère est celui d'une application constante, « ininterrompue »¹⁵⁹¹, et suffisante du principe, du droit ou de la liberté en question¹⁵⁹². Toute loi rompant l'application continue de la loi posant le principe empêche la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁵⁹³. Or, en ce qui concerne le droit au juge naturel, les lois postérieures, et même les textes constitutionnels ultérieurs laissant la possibilité de créer ou créant directement des juridictions d'exception peuvent être considérées comme des ruptures dans l'application du principe du juge naturel en France, et empêcher d'élever le droit au juge naturel à un rang constitutionnel. L'exemple du maintien des juridictions militaires en cas d'état de siège, prévu dans les Constitutions de 1848 et 1852 et dont la constitutionnalité est validée par exemple par Firmin Laferrière et Anselme Batbie, malgré la contradiction avec le droit (encore explicite) au juge naturel¹⁵⁹⁴, illustre l'absence de continuité dans la garantie de ce principe à un niveau constitutionnel. C'est d'ailleurs précisément sur le fondement de ce critère que Georges Vedel refuse de voir dans la décision du Conseil constitutionnel de 1987 la reconnaissance du principe général de séparation des autorités judiciaires et administratives comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais seulement l'idée selon laquelle un domaine contentieux spécifique serait réservé au juge administratif par principe, dont le juge judiciaire ne pourrait pas connaître (en particulier, le pouvoir de réformer ou d'annuler des décisions administratives exécutoires)¹⁵⁹⁵. Il paraît ainsi très difficile de reconnaître le caractère de principe fondamental reconnu par les lois de la République au droit au juge naturel formulé à l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790, catégorie certes flexible, mais limitée par les critères liés à l'origine républicaine du texte législatif et à son application constante.

¹⁵⁹⁰ M. VERPEAUX, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, 16 juillet 1993, n° 85, p. 7.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁵⁹² B. GENEVOIS, art. cité, p. 28.

¹⁵⁹³ Voy. notamment Cons. const., décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Recueil*, p. 119.

¹⁵⁹⁴ Voy. *supra*, Chapitre III, Section 2, § 3, para. n° 178.

¹⁵⁹⁵ G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 706 et s.

257. Thomas Janville propose alors de rattacher le droit au juge naturel au principe de séparation des autorités judiciaires et administratives¹⁵⁹⁶, prévu aux articles 10 et 13 de la même loi des 16 et 24 août 1790¹⁵⁹⁷. Cet auteur estime en effet que le droit au juge naturel aurait ce caractère « de conformation à une conception traditionnelle française de cette séparation » des pouvoirs¹⁵⁹⁸. De son côté, Thierry Renoux estime que si le Conseil constitutionnel a fondé un principe fondamental reconnu par les lois de la République sur les articles 10 et 13 de la loi de 1790, il aurait implicitement également consacré le principe du juge naturel, en faisant du juge administratif le « juge naturel de l'administration dès l'instant où celle-ci utilise des pouvoirs exprimant la puissance publique »¹⁵⁹⁹. Or, le développement historique du droit au juge naturel montre qu'il ne s'est construit ni en lien avec cette séparation traditionnellement française des pouvoirs, ni dans une perspective purement duale entre autorités judiciaires et autorités administratives. Cela constituerait ainsi une lecture très restrictive du *droit au juge naturel*, qui va au-delà de la consécration ponctuelle de compétences qui reviennent « par nature » à un juge en particulier. De plus, dans sa décision de 1987, le Conseil se fonde certes sur la loi de 1790, mais en considérant que ce texte a continué d'être appliqué et a fondé un principe cardinal de l'organisation judiciaire française. Or, il semble difficile d'en dire autant du droit au juge naturel, dont les méconnaissances et la mise en retrait témoignent de son ineffectivité au niveau tant constitutionnel que législatif.

258. Ces dernières remarques montrent que lorsque les auteurs pensent à la loi des 16 et 24 août 1790 et aux principes de droit positif qui en découlent, ils se focalisent sur l'article 13 et le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, sans imaginer une référence à l'article 17 et au droit au juge naturel¹⁶⁰⁰. Cette focalisation sur l'article 13 et sa forte mobilisation sous les différents régimes – notamment de confusion des pouvoirs¹⁶⁰¹ – souligne que c'est bien la méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire qui caractérise la culture française : par l'invocation de ce principe, on cherche avant tout à faire échapper de la connaissance du juge les litiges mettant en cause l'action de l'administration – et donc du pouvoir exécutif. Il semble donc peu probable que la même loi soit utilisée pour revaloriser la position du juge et accorder des garanties individuelles liées à son office. D'ailleurs, le droit au

¹⁵⁹⁶ T. JANVILLE, art. cité, § 8.

¹⁵⁹⁷ Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Recueil*, p. 8.

¹⁵⁹⁸ T. JANVILLE, art. cité, § 9.

¹⁵⁹⁹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 52.

¹⁶⁰⁰ Voy. notamment G. VEDEL, art. cité : même si le titre de l'article renvoie de façon générale à la loi des 16 et 24 août 1790, Georges Vedel ne traite en réalité que du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 703.

juge naturel, même en tant que principe non-écrit, semble largement absent du vocabulaire employé par les juges français eux-mêmes, tant constitutionnel qu'ordinaires.

B. L'absence de l'expression dans la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire

259. Malgré l'enthousiasme de certains juristes français pour considérer que le droit au juge naturel est d'application régulière en France par les tribunaux ordinaires, les recherches effectuées dans l'ensemble des bases de données disponibles ne nous ont pas permis de faire apparaître une application effective du droit au juge naturel dans les décisions de justice. Tandis que le Conseil constitutionnel n'a jamais employé explicitement l'expression « droit au juge naturel » ou simplement celle de « juge naturel », les juridictions ordinaires, tant administratives que judiciaires, n'utilisent que rarement cette deuxième expression, de manière très circonstanciée, ce qui empêche de considérer que le droit au juge naturel serait un droit jurisprudentiel.

260. Tout d'abord, la décision du Conseil constitutionnel invoquée par la doctrine, sous l'impulsion de Thierry Renoux, pour justifier le retour implicite du droit au juge naturel dans le droit constitutionnel français est la décision *Juge unique*, rendue le 23 juillet 1975¹⁶⁰². Toutefois, rien dans cette décision ne laisse entrevoir la consécration du droit au juge naturel au niveau constitutionnel. Cette décision pose pour la première fois explicitement le principe d'égalité des citoyens devant la justice, « conséquence directe du principe d'égalité des citoyens devant la loi : dans un État de droit supposant l'abolition du privilège de juridiction et la disparition des juridictions spéciales, tous les citoyens doivent être placés dans une même situation au regard de la décision judiciaire »¹⁶⁰³. En l'espèce, la loi déferée au Conseil constitutionnel prévoyait notamment l'insertion d'un article 398-1 au code de procédure pénale, laissant au président du tribunal de grande instance la faculté de décider si le tribunal serait composé d'un collège de trois magistrats ou d'un juge unique pour toutes les matières relevant de la compétence pénale du TGI (compétence correctionnelle), à l'exception des délits de presse. Eu égard à l'absence d'encadrement législatif du pouvoir de choix du président de juridiction, le Conseil censure la disposition au nom du principe d'égalité des citoyens devant

¹⁶⁰² Cons. const., décision n° 73-56 DC du 23 juillet 1975, *Recueil*, p. 22.

¹⁶⁰³ T. S. RENOUX, « Note sous Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985 (2 décisions) », *Recueil Dalloz*, 1986, p. 433.

la justice, lequel « fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »¹⁶⁰⁴. Malgré le lien réel entre ce principe et le droit au juge naturel, il ne ressort ni du texte de la décision, ni du compte-rendu de la délibération du Conseil, ni des commentaires contemporains à la décision, que le Conseil aurait souhaité consacrer le droit au juge naturel dans cette décision. Seul le principe d'égalité des citoyens devant la justice est ici réellement consacré. D'abord, les sénateurs ayant saisi le Conseil n'invoquent que l'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790¹⁶⁰⁵, et non l'article 17 ou une combinaison des deux articles. Ensuite, lors de la séance du 23 juillet 1975, le rapporteur de cette question de constitutionnalité, Paul Coste-Floret, concentre son argumentaire sur les défauts de l'institution du juge unique, rappelant le « vieil adage : “juge unique, juge inique” »¹⁶⁰⁶. Il démontre, en utilisant des exemples historiques et de droit comparé, que cette institution est à éviter en matière pénale. Pour justifier constitutionnellement la censure de la disposition contestée, le rapporteur commence, certes, par citer la loi des 16 et 24 août 1790. Mais il ne fait référence, lui aussi, qu'à l'article 16 relatif à l'égalité des citoyens devant la justice, pour exclure son application en droit constitutionnel. Afin d'évaluer et censurer la disposition, le rapporteur se fonde, comme l'y invitent les sénateurs ayant soulevé la question, sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est-à-dire directement sur le principe d'égalité. Il n'y a pas de volonté de censurer la disposition sur le fondement indirect du droit au juge naturel, par le truchement du principe d'égalité devant la justice. C'est bien ce principe et celui de la réserve de loi en matière de composition des juridictions, qui fondent la décision de censure. Au cours de la discussion, Georges-Léon Dubois propose d'ajouter une référence à la décision, mais il s'agit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, laquelle proclame le principe de légalité en matière pénale¹⁶⁰⁷. Il peut être fait une lecture extensive de cet article pour considérer que le principe de légalité s'applique également à la détermination de la juridiction compétente et de la composition de la formation de jugement, mais cela ne vaut qu'en matière pénale. Par ailleurs, le rapporteur Coste-Floret estime que cet ajout pourrait « prêter à discussion », et préfère se concentrer sur « des arguments plus solides »,

¹⁶⁰⁴ Cons. const., décision précitée du 23 juillet 1975, cons. n° 5.

¹⁶⁰⁵ L. FAVOREU et L. PHILIP, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française - Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RD*, 1975, p. 1315 ; J. RIVERO, « Note sous Cons. constit., décision du 23 juillet 1975 », *AJDA*, 1976, vol. 32, p. 45 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, « 23 juillet 1975 - JUGE UNIQUE », art. cité, p. 327.

¹⁶⁰⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Compte-rendu de la séance du 23 juillet 1975*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁰⁷ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Compte-rendu de la séance du 23 juillet 1975*, *op. cit.*, p. 6-7.

en l'occurrence le principe d'égalité¹⁶⁰⁸. La décision est adoptée ainsi, à l'unanimité. À la lecture de ce procès-verbal, il paraît très difficile d'estimer que le Conseil constitutionnel a restauré le droit au juge naturel comme droit fondamental par le truchement du principe d'égalité des citoyens devant la justice. Cette intention ne peut découler ni de la discussion en séance ni de la lecture de la décision. Par ailleurs, aucun commentaire doctrinal contemporain à la décision ne fait le lien entre la solution du Conseil et le droit au juge naturel ou l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790, qu'il s'agisse de Louis Favoreu et Loïc Philip¹⁶⁰⁹, de Claude Franck¹⁶¹⁰, de Jean Rivero¹⁶¹¹ ou de Léo Hamon et Georges Levasseur¹⁶¹². Il peut ainsi paraître singulier que Thierry Renoux ait, en 1992 et 1993, « découvert » la consécration implicite du droit au juge naturel dans cette décision¹⁶¹³. Selon Emmanuel Jeuland, « [i]l ne suffit pas d'affirmer que le Conseil constitutionnel reconnaît un principe d'égalité devant la justice pour en déduire le droit au juge naturel »¹⁶¹⁴.

261. Du côté des juridictions ordinaires, il semble également difficile de conclure à une application régulière du droit au juge naturel, dans la mesure où l'expression est globalement absente de la jurisprudence française. En ce qui concerne le Conseil d'État, nos recherches ne nous ont permis de trouver qu'une seule occurrence de l'expression « juge(s) naturel(s) », qui correspond à la reprise du mémoire de l'avocat de la requérante, et non pas à une expression propre de la haute juridiction¹⁶¹⁵. Dans leurs conclusions, les rapporteurs publics mobilisent davantage l'expression, mais jamais pour faire valoir un *droit au* juge naturel. L'expression « juge naturel » est davantage utilisée pour caractériser la compétence d'une juridiction, à laquelle reviendrait par nature un type de contentieux : avant tout la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire dans le cadre de la dualité des ordres juridictionnels¹⁶¹⁶, mais

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 8. Pour une position doctrinale soutenant que le Conseil constitutionnel n'avait pas souhaité fonder le droit au juge naturel sur le principe d'égalité, mais bien sur le principe de légalité, voy. G. ROYER, « Le juge naturel en droit criminel interne », *RSC*, 2006, p. 787-808.

¹⁶⁰⁹ L. FAVOREU et L. PHILIP, « Chronique constitutionnelle », art. cité, p. 1313-1323 ; voy. également L. FAVOREU et L. PHILIP, « 23 juillet 1975 - JUGE UNIQUE », art. cité.

¹⁶¹⁰ C. FRANCK, « Note sous Cons. const. 23 juillet 1975 », *JCP*, 1975, p. 18200.

¹⁶¹¹ J. RIVERO, « Note sous Cons. constit., décision du 23 juillet 1975 », art. cité.

¹⁶¹² L. HAMON et G. LEVASSEUR, « Note sous Conseil constitutionnel, 23 juillet 1975 », *D.*, 1977, p. 629-631.

¹⁶¹³ Les travaux antérieurs de Thierry Renoux relatifs au principe d'égalité des citoyens devant la justice ne laissent d'ailleurs aucune place au droit au juge naturel ou à la loi des 16 et 24 août 1790 (voy. notamment T. S. RENOUX, « De la décision "Juge unique" à la décision "Sécurité liberté" : l'évolution du principe d'égalité devant la justice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Gazette du Palais*, octobre 1983, vol. 103, p. 2-6. ; T. S. RENOUX, « Note sous Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985 (2 décisions) », art. cité, p. 433).

¹⁶¹⁴ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 37.

¹⁶¹⁵ CE, référé, ord. du 22 juin 2004, n° 268076, mentionné aux tables du *Lebon*. C'est également le cas pour le Tribunal des conflits, qui ne reprend pas l'argumentation et l'expression « juge naturel » utilisée par la défense d'une partie au litige principal (TC, décision du 11 avril 2016, n° C4044, publié au *Lebon*).

¹⁶¹⁶ Voy. par ex. D. PRADINES, conclusions présentées le 9 octobre 2024 sur CE, 2^e et 7^e ch. réunies, arrêt du 28 octobre 2024, n° 490665, mentionné aux tables du *Lebon* (« le juge judiciaire est le juge naturel de l'expulsion

également, ponctuellement, pour d'autres juridictions, telles que le Conseil constitutionnel¹⁶¹⁷, la Cour de cassation¹⁶¹⁸, le conseil de prud'hommes¹⁶¹⁹, et même la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶²⁰. L'idée de respecter la compétence d'une autre juridiction est bien présente, mais il ne s'agit pas d'un droit individuel, subjectif pour les justiciables. Le même constat prévaut dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il n'existe aucune décision contenant l'expression complète « droit au juge naturel », mais celle de « juge naturel » est parfois employée¹⁶²¹. Cependant, dans la grande majorité des cas (environ 75 %), l'expression est utilisée par les parties, et n'est que recopiée par la Cour de cassation dans la section consacrée aux moyens de cassation. Lorsqu'elle reprend l'expression dans sa partie argumentative, la Cour se situe le plus souvent dans le cadre de l'application de la convention franco-suisse de 1869¹⁶²², afin de désigner le juge territorialement compétent. Dans les autres arrêts dans lesquels la Cour emploie elle-même l'expression « juge naturel », il s'agit surtout et principalement de délimitation entre compétence de droit commun et compétence d'attribution. L'usage de l'expression permet alors de « renforcer, dans ces cas, une répartition des compétences entre les juridictions »¹⁶²³. L'expression est synonyme de juge compétent, mais ne se situe pas dans un contexte de reconnaissance d'un droit pour les justiciables¹⁶²⁴. De plus, cette mobilisation de l'expression ne dépasse pas la question des compétences, sans dimension plus générale d'organisation judiciaire¹⁶²⁵. Un arrêt récent du 23 novembre 2023¹⁶²⁶ paraît intéressant et révélateur de l'absence de réalité contentieuse du droit au juge naturel en France : la deuxième chambre civile de la Cour de cassation était invitée par l'auteur du pourvoi à constater la violation de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme

de personnes privées d'une propriété privée ») ; C. LANDAIS, conclusions présentées le 9 mars 2012 sur CE, sect., arrêt du 23 mars 2012, n° 331805, publié au *Lebon* (« le juge administratif, et à vrai dire plus précisément le Conseil d'État, est le juge naturel des mesures prises pour l'application de la loi »).

¹⁶¹⁷ N. AGNOUX, conclusions présentées le 29 septembre 2023 sur CE, ass., arrêt du 11 octobre 2023, n° 472669, publié au *Lebon*.

¹⁶¹⁸ O. FUCHS, conclusions présentées le 10 février 2021 sur CE, 6^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 5 mars 2021, nos 440037 et 440165, mentionné aux tables du *Lebon* (ch. crim.) ; C. TOUBOUL, conclusions présentées le 1^{er} février 2019 sur CE, 1^e et 4^e ch. réunies, arrêt du 18 février 2019, n° 416043, mentionné aux tables du *Lebon* (2^e ch. civ.).

¹⁶¹⁹ S.-J. LIEBER, conclusions présentées le 5 juillet 2017 sur CE, 4^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 19 juillet 2017, n° 408377, mentionné aux tables du *Lebon* (« le conseil des prud'hommes, juge naturel du contrat de travail »).

¹⁶²⁰ D. BOTTEGHI, conclusions présentées le 22 mai 2013 sur CE, 2^e et 7^e ch. réunies, avis du 29 mai 2013, n° 365666, publié au *Lebon* (« la Cour de justice de l'Union européenne, juge naturel de l'interprétation de la directive »).

¹⁶²¹ On compte ainsi une centaine d'occurrences via le portail *Judilibre* de la Cour de cassation.

¹⁶²² Sur l'application de cette convention à la fin du XIX^e siècle, voy. déjà *supra*, Chapitre III, Section 2, § 3, para. n° 176. À titre d'exemple, voy. C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 16 juin 1992, pourvoi n° 90-15.918.

¹⁶²³ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 36.

¹⁶²⁴ *Ibid.*

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ C. cass., 2^e ch. civ., sect., arrêt du 23 novembre 2023, pourvoi n° 21-21.631.

par la juridiction d'appel, pour avoir « priv[é] un justiciable de son juge naturel ». La Cour de cassation annule l'arrêt d'appel sur le fondement de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention, mais en précisant que celui-ci « garantit à chacun un droit d'accès à un tribunal », sans reprendre le droit au juge naturel invoqué par l'auteur du pourvoi. Elle ne souhaite donc pas répondre sur l'éventuel fondement de ce droit, et se contente de rappeler les garanties juridictionnelles existantes en droit français et en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, basées sur le droit au juge. Il semble donc difficile d'affirmer que le droit au juge naturel serait appliqué de manière régulière par les juridictions françaises. Certes, celles-ci utilisent parfois la référence à la loi des 16 et 24 août 1790, mais c'est uniquement dans le contexte de la dualité des ordres de juridiction et de délimitation des compétences administratives et judiciaires¹⁶²⁷. Le Conseil d'État se contente souvent d'une référence générale à cette loi, mais il se fonde finalement toujours sur son article 13¹⁶²⁸, tandis que dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la référence explicite à cet article précis de la loi de 1790 est plus fréquente, notamment parce qu'il est invoqué par les requérants¹⁶²⁹. En revanche, les articles 16 et 17 de cette même loi n'apparaissent jamais dans la jurisprudence judiciaire, et seulement à une reprise dans la jurisprudence administrative¹⁶³⁰.

262. En doctrine, le constat est similaire : c'est notamment après l'initiative de Thierry Renoux au début des années 1990 pour faire connaître ce droit, que des manuels français de procédure commencent à citer celui-ci, par exemple comme « principe de procédure », dans une perspective d'association avec le principe d'égalité, conforme à la vision de Renoux¹⁶³¹. Cependant, la doctrine processualiste française n'est en réalité pas coutumière

¹⁶²⁷ Le Tribunal des conflits cite d'ailleurs de façon systématique la loi de 1790 – parfois précisément son article 13 – dans les visas de toutes ses décisions. De rares conclusions de rapporteurs publics au Conseil d'État utilisent à la fois la loi des 16 et 24 août 1790 et l'expression « juge naturel », mais c'est, à nouveau, uniquement dans le cadre de la délimitation des compétences entre juge judiciaire et juge administratif (voy. en particulier C. LANDAIS, conclusions présentées le 9 mars 2012 sur CE, sect., arrêt du 23 mars 2012, n° 331805, publié au *Lebon* ; A. ILJIC, conclusions présentées le 16 décembre 2019 sur CE, 10^e et 9^e ch. réunies, arrêt du 10 janvier 2020, n° 404468, mentionné aux tables du *Lebon*).

¹⁶²⁸ Voy., à titre d'exemples, CE, sect., arrêt du 15 février 2006, n° 271022, publié au *Lebon* (référence générale à la loi des 16 et 24 août 1790) ; CE, 10^e et 9^e ch. réunies, arrêt du 6 octobre 2023, n° 466523, mentionné aux tables du *Lebon* (référence explicite à l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790).

¹⁶²⁹ Voy., à titre d'exemples, C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 5 février 2020, n° 19-11.864 (cassation) ; C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 8 mars 2012, n° 11-24.638 (rejet d'un renvoi de QPC).

¹⁶³⁰ En 1937, l'article 17 de la loi des 16 et 24 août 1790 est cité dans un arrêt concernant la question de l'incompétence du conseil de préfecture, mais sans qu'il n'y ait finalement de raisonnement autour d'un droit des justiciables à être jugé par leur juge compétent ou naturel (CE, arrêt du 7 mai 1937, n° 44397, *Société Forclum*). En 1968, l'article 16 de la même loi est invoqué par les requérants pour contester la limitation géographique de l'application d'une réforme à certains tribunaux de grande instance et à certaines cours d'appel, ce que le Conseil d'État rejette (CE, arrêt du 21 février 1968, n°s 68615 à 68621, 68636, 68637, publié au *Lebon*).

¹⁶³¹ Voy. notamment le Précis de *Procédure civile* de Jean Vincent et de Serge Guinchard, lequel ne fait encore aucune référence au (droit au) juge naturel dans sa 22^e édition de 1991 (J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 22^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 1991), puis introduit un titre intitulé « Le droit au juge naturel, expression

de l'utilisation de ce droit. Elle ne mobilise l'expression « juge naturel » que dans des contextes très réduits¹⁶³² et peu d'auteurs invoquent en pratique le droit au juge naturel dans la description des règles de procédure. Par exemple, l'expression « juge naturel » est parfois employée pour qualifier l'autorité judiciaire en tant que « gardienne de la liberté individuelle »¹⁶³³. Pour certains auteurs, cela constitue une « protection constitutionnelle du droit au juge naturel »¹⁶³⁴. Certes, l'article 66 de la Constitution française permet de garantir la compétence de l'autorité judiciaire lorsqu'un litige touche à la liberté individuelle d'une personne (et donc de garantir l'accès à l'autorité judiciaire pour le justiciable dont la liberté individuelle est menacée). Mais cela constitue une conception minimaliste du droit au juge naturel, qui est un droit plus général et abstrait d'accès au juge compétent. Dans d'autres ouvrages, il peut être fait référence à la

du principe d'égalité » dans sa 23^e édition, entièrement refondue, de 1994 (J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 23^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 1994, p. 133 et s. [§ 149 et s.]). L'influence du travail de Thierry Renoux est affirmée explicitement par les auteurs : « La qualification de *droit fondamental* pour ce droit au juge naturel, a été avancée et défendue avec talent par un publiciste dans les colonnes d'une revue... de droit civil » (*ibid.*, p. 133 [§ 50 et note de bas de page n° 2 pour la référence à l'article de Thierry Renoux à la *RTD civ.*]).

¹⁶³² En procédure pénale, l'expression « juge naturel » n'est pas utilisée (voy. par ex. J. LARGUIER, P. CONTE et S. DETRAZ, *Procédure pénale*, 26^e éd., Paris La Défense, Lefebvre Dalloz, coll. Mémentos, 2023 ; É. VERNY, *Procédure pénale*, 9^e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Cours, 2024 ; R. PARIZOT, *Procédure pénale*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Université, 2024 ; C. RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, 25^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, Mémentos, 2024 ; F. FOURMENT et E. CAMOUS, *Procédure pénale*, 17^e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme Manuels, 2024 ; C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2024 ; à l'exception de B. BOULOC, *Procédure pénale*, 29^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 724, mais dans une optique d'opposition entre juge de droit commun et juge spécialisé), tout comme en contentieux administratif (voy. par ex. R. ODENT, *Contentieux administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, 2007 ; M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, coll. Masters droit, 2014 ; R. ROUQUETTE et B. DEFOORT, *Petit traité du procès administratif*, 10^e éd., Paris, Dalloz, Praxis Dalloz, 2023 ; M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 7^e éd., Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2024 ; C. BARRAY et P.-X. BOYER, *Droit du contentieux administratif*, 5^e éd., Paris, Gualino, Lextenso, coll. Mémentos, 2024 ; C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuel, 2024 ; O. LE BOT, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme Manuels, 2024 ; à l'exception, parfois, du contexte de délimitation des compétences entre juge judiciaire et juge administratif, par ex. in F. BLANCO, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2019, p. 165 ; A. CIAUDO, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Université, 2023, p. 86 ; O. GOHIN et F. POULET, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2023, p. 9). En procédure civile, l'expression est d'un usage plus courant, souvent dans le contexte de la délimitation de la compétence du tribunal de commerce (par ex. J. LARGUIER, P. CONTE et C. BLANCHARD, *Droit judiciaire privé : procédure civile*, 20^e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2010, p. 55 ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2014, p. 82 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1222), mais très rarement pour en faire un principe fondamental constitutionnel ou processuel, ou pour l'exploiter dans l'analyse des règles de procédure (à l'exception de C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 793 et s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1191 et s.).

¹⁶³³ Conformément à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958. Voy. par ex. V. DONIER et B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « Propos introductifs », art. cité, p. 26 : « Or, en application de l'article 66 de la Constitution : l'autorité judiciaire est "gardienne de la liberté individuelle". Sous cet angle, cet article est bien un *habeas corpus* à la française ; il octroie un *juge naturel* au justiciable dont la liberté individuelle est menacée » (nous soulignons).

¹⁶³⁴ *Ibid.*, p. 27.

« compétence naturelle » des juridictions¹⁶³⁵, ou encore à un « droit à un juge compétent »¹⁶³⁶, mais sans référence au droit étudié.

263. Nous souscrivons ainsi à l'opinion du Professeur Emmanuel Jeuland, selon lequel le droit au juge naturel n'est pas « expressément [...] un principe de droit positif »¹⁶³⁷. C'est la raison pour laquelle cet auteur, bien qu'ayant travaillé sur ce droit, ne le cite pas au rang des « concepts fondamentaux » et des « principes directeurs » du droit processuel français¹⁶³⁸. Au-delà, la construction doctrinale du droit au juge naturel montre une conception différente de ce droit, par rapport à sa conception historique et au droit au juge légal existant en droit positif allemand.

§ 2 : La différence de contours du droit au juge naturel construit par la doctrine

264. À l'initiative de Thierry Renoux, la doctrine française développe, depuis les années 1990, une certaine conception du droit au juge naturel. En l'absence de consécration explicite, tant normative que jurisprudentielle, c'est principalement par le truchement du principe d'égalité que le droit au juge naturel est construit. En conséquence, celui-ci imposerait, selon la doctrine, le respect de la règle de la triple identité (A). Cette conception diffère en grande partie du contenu matériel du droit allemand au juge légal, marquant une distinction nette entre les systèmes allemand et français (B).

¹⁶³⁵ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, Thémis Droit privé, 1996, p. 177. Selon ces auteurs, la compétence est « départie par la loi aux juridictions *selon la nature des choses* » (nous soulignons). La focalisation est donc mise sur la compétence juridictionnelle, et pas sur les justiciables.

¹⁶³⁶ N. FRICERO, *Procédure civile : cours intégral et synthétique*, 21^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, Mémentos, 2024, p. 79 et s.

¹⁶³⁷ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 35.

¹⁶³⁸ E. JEULAND, « Brève contribution processualiste à la réécriture du code de procédure pénale », *D.*, 2024, p. 686-692.

A. La règle des « trois identités », conséquence du prisme imposé du principe d'égalité

265. Dans ses contributions relatives au droit au juge naturel¹⁶³⁹, Thierry Renoux soutient que ce droit découle des articles 16 et 17 de la loi des 16 et 24 août 1790¹⁶⁴⁰. C'est par une lecture combinée de ces deux articles que l'auteur rattache donc le droit au juge naturel au principe d'égalité des citoyens devant la justice – et fait ainsi le lien avec la décision du Conseil constitutionnel de 1975 relative au juge unique. Cette lecture combinée, qui n'est, selon nous, pas nécessaire, entraîne la disparition de l'autonomie du droit au juge naturel, au profit d'une (sur-)valorisation du principe d'égalité. Thierry Renoux estime ainsi qu'en droit français, le droit au juge naturel « se confond avec le principe plus général d'égalité devant la loi »¹⁶⁴¹. Dès lors, ce droit impliquerait que « tous les justiciables [aient] droit à être jugé de manière égale, devant les mêmes juridictions, statuant selon les mêmes règles de procédure, appliquant les mêmes règles de droit »¹⁶⁴². Sur la base de cette réflexion doctrinale, la majorité des auteurs français estime ainsi désormais que le droit au juge naturel est lié au principe d'égalité, le second « constituant » ou « contenant » le premier¹⁶⁴³. Par exemple, jusqu'à la 29^e édition de leur manuel de procédure civile, Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard énoncent que « le principe d'égalité [...] fonde en droit français le droit fondamental au juge naturel »¹⁶⁴⁴. Dans cette mesure, le droit au juge naturel ne constituerait plus qu'une illustration du principe d'égalité des citoyens devant la loi et la justice¹⁶⁴⁵, impliquant notamment que « le juge ne [puisse] varier en fonction du justiciable concerné »¹⁶⁴⁶. Ce prisme du principe d'égalité devant la justice n'est pas propre au droit au juge naturel, mais apparaît également dans la consécration

¹⁶³⁹ Pour la première fois in T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité. Voy. ensuite T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », art. cité.

¹⁶⁴⁰ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 33.

¹⁶⁴¹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », art. cité, p. 10. Voy. déjà T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 34.

¹⁶⁴² T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 39.

¹⁶⁴³ T. CLAY, art. cité, p. 681 ; T. JANVILLE, art. cité, § 10. Voy. aussi C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1192 (§ 1512).

¹⁶⁴⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 220 (§ 192) (nous soulignons). Cette formulation est abandonnée dans les éditions suivantes, dès la 30^e édition de 2010. Dans l'édition de 2024, c'est une autre logique qui prévaut : « l'égalité est ici garantie par le droit au juge naturel, envisagé comme un droit fondamental » (C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1191 (§ 1511)). Cela semble plus correct dans la mesure où cela n'exclut pas que le droit au juge naturel puisse garantir plus que le principe d'égalité, qu'il puisse n'avoir qu'un champ de protection partiel en commun avec ce principe. Mais en même temps, les auteurs reprennent l'idée que c'est l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (et donc le principe d'égalité) qui fonde le droit au juge naturel (*ibid.*, p. 1192 [§ 1512]).

¹⁶⁴⁵ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 36 ; T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », art. cité, p. 12.

¹⁶⁴⁶ T. CLAY, art. cité, p. 681.

d'autres garanties juridictionnelles. C'est le cas par exemple pour le droit d'accès au juge (ou droit de recours), garanti par le Conseil constitutionnel sous l'angle du « principe d'égalité des citoyens dans l'accès à la justice », aux côtés de la « garantie des droits » énoncée à l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁶⁴⁷. Ce rattachement au principe d'égalité devant la justice présente notamment l'avantage d'être consacré tant au niveau constitutionnel¹⁶⁴⁸ qu'au niveau législatif¹⁶⁴⁹, et peut ainsi être mobilisé facilement par les justiciables et les juges.

266. Cette compréhension du droit au juge naturel comme découlant du principe général d'égalité entraîne des conséquences particulières. Thierry Renoux considère ainsi que ce droit imposerait le respect de la règle de la « triple identité » : « identité de juridiction », « identité de règles de forme » et « identité de règles substantielles »¹⁶⁵⁰. Le droit au juge naturel est en effet d'abord compris comme interdisant qu'un justiciable ne soit jugé par « une juridiction créée spécialement pour lui »¹⁶⁵¹. C'est la règle de l'identité de juridiction, dont l'objectif est en premier lieu d'empêcher l'instauration de juridictions spéciales¹⁶⁵². L'identité de règles de forme impose ensuite que tous les justiciables soient soumis aux mêmes formes¹⁶⁵³, en particulier pour « garantir l'égalité des chances par l'égalité des armes »¹⁶⁵⁴. Thomas Clay ajoute dans ce second aspect le « respect par le juge des exigences d'indépendance et d'impartialité »¹⁶⁵⁵. Enfin, l'identité de règles substantielles signifie que les justiciables doivent être soumis « à la même loi et surtout à la même interprétation de la loi par les tribunaux »¹⁶⁵⁶. Cette triple identité découle directement de la lecture combinée des articles 16 et 17 de la loi sur l'organisation de la justice de 1790. En effet, il est possible de voir dans l'article 16 l'identité de règles de procédure (« en la même forme »), et, dans une certaine mesure, l'identité de règles substantielles (« dans les mêmes cas ») ; tandis que l'identité de juridiction découle à la fois de l'article 16 (« devant les mêmes juges ») et de l'article 17 (« juges naturels »).

¹⁶⁴⁷ Cons. const., décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Recueil*, p. 32. Voy. par ex. V. DONIER et B. LAPÉROU-SCHNEIDER, « Propos introductifs », art. cité, p. 38-39.

¹⁶⁴⁸ Rattaché explicitement à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen depuis Cons. const., décision précitée du 23 juillet 1975.

¹⁶⁴⁹ Voy. par ex. l'article L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire : « Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice. / Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement. »

¹⁶⁵⁰ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 39 et s.

¹⁶⁵¹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1192 (§ 1512).

¹⁶⁵² T. CLAY, art. cité, p. 681.

¹⁶⁵³ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 43 ; T. CLAY, art. cité, p. 681.

¹⁶⁵⁴ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1192 (§ 1512). Voy. aussi T. CLAY, art. cité, p. 681.

¹⁶⁵⁵ T. CLAY, art. cité, p. 681.

¹⁶⁵⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 44. Voy. aussi T. CLAY, art. cité, p. 682 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 37^e éd., *op. cit.*, p. 1193 (§ 1512).

267. En considération des développements historiques du droit au juge naturel en France, il ne nous semble cependant pas nécessaire d'opérer cette lecture combinée des articles 16 et 17 de la loi de 1790, laquelle constitue une relecture *a posteriori* de cette première consécration du droit au juge naturel en droit français. En effet, il ne ressort ni des débats à l'Assemblée constituante de 1789-1790 ni des consécration du droit au juge naturel dans les textes constitutionnels successifs, que ce droit ait été pensé, par les révolutionnaires français, comme une composante du principe d'égalité devant la loi et la justice. Certes, on a noté l'importance du principe d'égalité à cette période charnière de l'histoire française, et la priorité donnée à l'abolition de l'ensemble des privilèges et de la société d'ordres par les révolutionnaires. Le droit au juge naturel est bien lié au « rejet de tout privilège organique, procédural ou substantiel en matière juridictionnelle, et [à] la prohibition de toute juridiction particulière ou d'exception »¹⁶⁵⁷. Néanmoins, il a ensuite été détaché de cette seule question de l'abolition des privilèges de juridiction, pour acquérir une portée plus large, interdisant de soustraire tout justiciable au juge que la loi lui assigne. Dans cette mesure, la règle de l'identité de juridiction peut effectivement apparaître comme une façon différente de consacrer l'interdiction des juridictions d'exception : celle-ci entraîne en effet l'« interdiction de création de juridictions *ad hoc* constituées spécialement pour juger une affaire déterminée »¹⁶⁵⁸. Mais les autres aspects développés par Thierry Renoux et repris depuis lors par la doctrine française ne nous semblent pas devoir être associés au droit au juge naturel, mais davantage directement au principe d'égalité. Et, au contraire, certains éléments pourraient être insérés dans le champ d'application de ce droit autonome, notamment la question de l'organisation interne des juridictions. Dans ce cadre, l'affirmation selon laquelle l'article préliminaire du code de procédure pénale, introduit en 2000 par la loi « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes », serait une « consécration législative » du droit au juge naturel, ne nous semble pas correcte. L'alinéa 3 du paragraphe I de cet article pose :

« Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. »

Dans le Précis de *Droit processuel*, Serge Guinchard estime que cet alinéa est « le résumé, peut-être un peu trop ramassé (il manque la référence aux mêmes juges), des conséquences que l'on tirait déjà [du principe du juge naturel] »¹⁶⁵⁹. Or, il manque précisément

¹⁶⁵⁷ J. PINI et T. S. RENOUX, « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaires, 2006, p. 504.

¹⁶⁵⁸ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 39.

¹⁶⁵⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 800 (§ 429).

dans cet alinéa l'élément central qui permettrait de rattacher la formule de la triple identité au droit au juge naturel : la référence aux mêmes juges ou juridictions. Enfermé dans cette conception liée au principe d'égalité, le droit au juge naturel, tel qu'il est présenté par la doctrine française, n'est pas équivalent au droit allemand au juge légal exposé précédemment.

B. L'absence d'équivalence entre droit français au juge naturel et droit allemand au juge légal

268. Une rapide comparaison entre la conception doctrinale française du droit au juge naturel et le droit constitutionnel allemand au juge légal laisse apparaître de grandes différences entre ces deux garanties initialement équivalentes. De façon générale, la conception française de l'État de droit, beaucoup plus limitée qu'en Allemagne, ne permet pas de construire une garantie complète, telle qu'elle existe en Allemagne, avec une dimension plus générale de droit fondamental processuel. Elle ne permet pas de créer et de justifier d'autres principes et droits cardinaux qui en découleraient¹⁶⁶⁰. De manière plus précise, la conception française du droit au juge naturel apparaît, d'un côté, plus large, et, d'un autre côté, plus étroite, moins complète, que la garantie allemande.

269. D'abord, le droit au juge naturel français présente des éléments que le droit allemand au juge légal ne garantit pas. Tel est en particulier le cas des règles relatives à l'égalité des citoyens devant la loi : identité des règles de forme et des règles de fond. Cette extension nous semble pouvoir être détachée du droit au juge naturel, dans la mesure où ces règles découlent uniquement du principe d'égalité. Cela apparaît nettement dans l'article initial de Thierry Renoux relatif à la règle de la triple identité¹⁶⁶¹. D'abord, la focalisation sur la suppression des privilèges de juridiction – contraires à l'égalité – entraîne le traitement de « tempéraments » au droit au juge naturel, en particulier des immunités juridictionnelles¹⁶⁶², qui ne se posent pas, en droit allemand, dans le cadre de l'article 101 LF. Ensuite, après avoir exposé l'identité de juridiction, Thierry Renoux se concentre sur l'identité de règles de forme, en commençant par indiquer que « le principe d'égalité devant la justice implique [...] que tous les justiciables plaident non seulement devant les mêmes juges mais également dans les mêmes

¹⁶⁶⁰ S. LÖHR, *op. cit.*, p. 198, 202.

¹⁶⁶¹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 42. Voy. aussi T. CLAY, art. cité, p. 681.

formes »¹⁶⁶³. La référence au droit au juge naturel disparaît dans cette formule ; en effet, la question de l'identité des règles de forme, permettant notamment de garantir l'« égalité des chances entre les parties » ou « égalité des armes », n'est pas une exigence liée au droit au juge naturel, mais bien (et seulement) au principe d'égalité. Certes, le droit au juge naturel peut imposer de « vérifier que les règles d'organisation judiciaire et de procédure devant les juridictions aient été au préalable définies d'une manière suffisamment stable et certaine »¹⁶⁶⁴, mais c'est uniquement dans la perspective de garantir la compétence du juge saisi pour trancher le litige, et ne concerne pas l'ensemble des règles de procédure. Par exemple, le Conseil constitutionnel mobilise le principe d'égalité devant la justice pour sanctionner une différence de traitement en matière de droit d'appel¹⁶⁶⁵. Cela ne concerne pas la question de la compétence de la juridiction ou du juge, mais le système des voies de recours et le droit des justiciables à un double degré de juridiction. Cela montre que le principe d'égalité devant la justice a un champ d'application extrêmement large, qui dépasse les éléments traditionnels composant le droit au juge naturel ou légal. Le même constat s'impose face à la troisième « identité » identifiée par Thierry Renoux : l'identité de règles substantielles. Il commence par présenter l'idée selon laquelle « il ne saurait y avoir d'égalité devant la justice que si tous les justiciables sont soumis à la même loi et surtout à la même interprétation de la loi par les tribunaux »¹⁶⁶⁶. Cet élément n'entre pas, en Allemagne, dans le champ d'application du droit au juge légal, puisqu'il ne se rapporte pas à question de la compétence du juge.

270. En parallèle, la conception doctrinale française du droit au juge naturel semble plus étroite et moins complète que son pendant allemand. En effet, dans les pays où le droit au juge naturel est constitutionnalisé, en particulier en Allemagne, cette constitutionnalisation entraîne l'adoption de règles d'organisation « qui en sont la conséquence »¹⁶⁶⁷. Or, en l'absence de consécration explicite du droit au juge naturel dans le droit positif (et notamment constitutionnel) français, l'invocation dérivée du principe d'égalité devant la justice ne suffit pas à imposer l'adoption de règles d'organisation judiciaire qui découlent du droit au juge naturel et le respectent. Tel est par exemple le cas des règles relatives à la répartition des affaires et des juges au sein des juridictions. En France, cette répartition constitue une « simple question

¹⁶⁶³ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 43.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶⁶⁵ Cons. const., décision n° 2022-999 QPC du 17 juin 2022.

¹⁶⁶⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 44.

¹⁶⁶⁷ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 37.

d'organisation judiciaire »¹⁶⁶⁸, et non une exigence imposée par une garantie constitutionnelle. Ainsi, dans les tribunaux de première instance et dans les cours d'appel, le président de juridiction dispose d'un « large pouvoir discrétionnaire »¹⁶⁶⁹, puisque c'est lui, seul, qui impose l'ordonnance de roulement¹⁶⁷⁰. Cette règle est héritée de la loi n° 437 du 14 août 1943¹⁶⁷¹, adoptée par le régime de Vichy, confirmée ensuite par l'ordonnance n° 45-2280 du 9 octobre 1945¹⁶⁷². Elle rompt avec la règle de l'établissement du roulement par un collège de juges, prévalant tout au long du XIX^e siècle. Face aux critiques apparues contre cette règle¹⁶⁷³, un rapport de 2011 réalisé sous la présidence de Dominique Rousseau et de Daniel Ludet pour la fondation Terra Nova propose de consacrer constitutionnellement le droit au juge naturel, afin de permettre la « nécessaire démocratisation des juridictions et de leur transparence dans la gestion des affaires »¹⁶⁷⁴. Comme cela apparaît également dans les travaux d'Emmanuel Jeuland, le droit au juge naturel est donc aujourd'hui invoqué pour repenser la question de l'organisation interne des juridictions et de la répartition des affaires au sein des juridictions, afin de garantir l'indépendance interne des juges¹⁶⁷⁵. Mais il s'agit d'auteurs qui estiment que le droit au juge naturel n'est pas un principe de droit positif, s'éloignant de la conception liée au principe d'égalité. Contrairement par exemple à Thierry Renoux, qui soutient qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître une portée autonome au droit au juge naturel¹⁶⁷⁶, cette doctrine tournée vers l'organisation interne des tribunaux se détache du principe d'égalité, pour se rapprocher des exigences d'indépendance des juges. L'apport allemand peut ici être particulièrement important pour la doctrine française qui réfléchit sur ces questions.

¹⁶⁶⁸ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022, p. 203 ; E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 36.

¹⁶⁶⁹ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 36.

¹⁶⁷⁰ Voy. notamment l'article L. 121-3 al. 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire : « Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal judiciaire répartissent les juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction. »

¹⁶⁷¹ Art. 1^{er} (cours d'appel) et art. 5 (tribunaux de première instance) de la loi n° 437 du 14 août 1943 *relative à la répartition des magistrats du siège dans les chambres des cours d'appel et tribunaux et à la désignation des magistrats chargés d'assurer le service des vacations*, rédigés en termes identiques : « Dans la première quinzaine de juillet, une ordonnance du premier président, après avis du procureur général, fixe pour l'année judiciaire suivante la répartition dans les chambres de la cour des présidents de chambre et conseillers dont cette cour est composée ».

¹⁶⁷² Ordonnance n° 45-2280 du 9 octobre 1945 portant validation de textes de l'autorité de fait, émanant du ministère de la justice (article 1^{er}).

¹⁶⁷³ Voy. *infra*, Chapitre V, Section 2, § 2, para. n° 321 et s.

¹⁶⁷⁴ D. ROUSSEAU *et al.*, *Rapport. La justice, un pouvoir de la démocratie (Fondation Terra Nova)*, Mesnil-sur-l'Estrée, Firmin-Didot, 2011, p. 56.

¹⁶⁷⁵ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 71 et s. ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », in B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 93 et s.

¹⁶⁷⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 38 et s.

271. En sus d'être un droit – théorique – moins complet que le droit allemand au juge légal, le droit au juge naturel plaidé par la doctrine française est finalement difficilement « praticable » pour les praticiens. En 1995, le président du Tribunal de grande instance de Lyon, Hubert Dalle, note ainsi que, malgré l'exposé du Professeur Renoux sur le droit fondamental au juge naturel, il lui paraît difficile d'admettre l'existence de ce droit dans la pratique¹⁶⁷⁷. Il met en lumière le « décalage existant entre l'analyse de l'universitaire constitutionnaliste et [s]a perception de praticien », restant « convaincu que la lecture du code de l'organisation judiciaire, du nouveau code de procédure civile et du code de procédure pénale ne nous renseigne pas beaucoup sur le juge naturel »¹⁶⁷⁸. Nous partageons aujourd'hui encore son questionnement de 1995 : « Pourquoi, en France, le juge naturel n'existe-t-il, dans les textes comme dans la pratique, qu'à l'état latent ? »¹⁶⁷⁹ C'est à nouveau la question de l'organisation interne des tribunaux qui occupe la réflexion de M. Dalle. Le recours au principe d'égalité est ici inadapté pour répondre aux critiques formulées.

272. En somme, la situation française fait naître des doutes quant à l'existence, en droit positif, d'un droit au juge naturel. Tandis qu'il paraît périlleux de voir dans le droit constitutionnel ou législatif français une consécration explicite de ce droit, le recours à la loi des 16 et 24 août 1790 ne permettrait qu'une reconnaissance législative du principe. Cependant, l'étude de la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire – judiciaire et administrative – ne permet pas d'affirmer avec certitude qu'un principe non-écrit du juge naturel découle de l'article 17 de cette loi, et qu'il est appliqué de façon régulière et ordinaire par les juges. Par ailleurs, le droit au juge naturel développé par la doctrine majoritaire, à l'initiative de Thierry Renoux, entendu comme composante du principe d'égalité des citoyens devant la justice, n'est qu'un équivalent partiel au droit allemand au juge légal.

¹⁶⁷⁷ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », *Les Épisodiques*, 1995, p. 21-26.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 25.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

273. La présentation de l'état actuel des conceptions allemande et française du droit au juge légal ou naturel fait apparaître un décalage manifeste entre les deux systèmes nationaux étudiés. D'un côté, le droit allemand au juge légal peut être présenté comme un droit quasi-fondamental, dont le niveau de développement illustre l'importance du principe de l'État de droit en Allemagne et de ses consécutions pratiques. D'un autre côté, le droit au juge naturel n'est pas consacré constitutionnellement dans le droit positif français. La doctrine majoritaire développe donc, à titre de palliatif, un droit implicite découlant du principe d'égalité devant la justice. Cette conception doctrinale s'éloigne en partie de l'idée initiale entourant la consécration du droit au juge naturel : la garantie de la compétence du juge chargé de trancher un litige.

274. Des similitudes existent pourtant entre le droit allemand et le droit français. On peut par exemple mettre en lumière les liens entre le droit au juge naturel et le principe d'égalité des citoyens, présents tant en droit constitutionnel allemand que dans la conception doctrinale française. Néanmoins, au regard de l'état du droit positif allemand, l'argument avancé par Thierry Renoux de la « valeur primordiale » du principe d'égalité en France, « quasi-mythique »¹⁶⁸⁰, pour justifier l'absorption du droit au juge naturel par ce principe ne convainc pas : les États voisins qui consacrent explicitement un droit autonome au juge naturel ou légal ont également dû faire évoluer leur droit pour garantir l'égalité de tous devant la loi et la justice, ont également connu des privilèges de juridiction qu'ils ont tous fini par supprimer entièrement – plus tard qu'en France, certes, mais cela fait partie des garanties acquises dans tous les États jusqu'au début du XX^e siècle. Cela n'a pas empêché de donner une valeur autonome au droit au juge légal ou naturel dans ces États, à l'instar de l'Allemagne. Ce n'est pas parce qu'une importance particulière est accordée au principe d'égalité en France que cela justifie l'absorption et la disparition d'autres principes, notamment processuels. Leur consécration explicite et autonome est importante, notamment pour en faire évoluer et approfondir l'interprétation et l'application.

¹⁶⁸⁰ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 36.

275. Il est ainsi désormais possible de présenter ce droit allemand au juge légal, tel qu'il est interprété et appliqué par la jurisprudence constitutionnelle allemande. La présentation d'une telle conception particulièrement poussée du droit au juge légal peut permettre d'apporter des éléments de réflexion concernant le droit processuel français, en se demandant si, en l'absence de droit explicite au juge naturel, les autres règles et principes régissant les différentes procédures en France permettent de garantir autrement les mêmes éléments que le droit au juge légal en Allemagne.

TITRE I : AU CŒUR DE LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT AU JUGE *LÉGAL* EN ALLEMAGNE : LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES

276. En droit allemand, le juge légal renvoie principalement et historiquement à l'idée d'un « juge légalement compétent »¹⁶⁸¹. Tel qu'il est consacré dans la Loi fondamentale de 1949, ce droit dispose d'une formulation spécifique, puisqu'il est conçu comme une interdiction catégorique. Il ne semble pas à première vue contenir un droit fondamental, mais avoir davantage une structure objective. C'est en tenant compte des prérequis cachés de ce droit que le contenu de la protection garantie apparaît : l'*interdiction* de priver une affaire du juge légalement prédéterminé présuppose l'*obligation* d'édicter les règles nécessaires de détermination du juge légal¹⁶⁸². Chacun de ces deux volets procéduraux entraîne des exigences à respecter pour les pouvoirs publics (**Chapitre V**). De même, chacun de ces deux aspects du droit au juge légal est invocable par les individus, ce qui permet à la Cour constitutionnelle fédérale d'exercer un contrôle constitutionnel multiforme sur la répartition des compétences juridictionnelles (**Chapitre VI**).

¹⁶⁸¹ K.A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 544.

¹⁶⁸² D. KUCH, « Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) », *JURA*, 2020, vol. 42, p. 230.

CHAPITRE V : L'OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE DÉTERMINATION PRÉCISE DU JUGE COMPÉTENT

277. En Allemagne, le droit au juge légal appartient aux garanties institutionnelles qui doivent être concrétisées par le législateur, afin d'exclure toute marge d'appréciation dans l'application des règles de procédure et d'organisation judiciaire¹⁶⁸³. Énoncé sous la forme d'une interdiction de soustraction, ce principe est interprété comme imposant également une obligation d'intervention du législateur en matière d'organisation judiciaire. Sans intervention de ce dernier, le droit au juge légal serait « vide », il ne correspondrait à aucune réalité¹⁶⁸⁴ ; pour qu'il y ait juge *légal*, il faudrait qu'il y ait normes *légales* et intervention du *législateur*. L'article 101 al. 1^{er} (2) LF fait ainsi partie des garanties « forgées par des normes » (*normgeprägt*)¹⁶⁸⁵, lesquelles nécessitent une intervention législative « multicouche »¹⁶⁸⁶. Il déploie ses effets dans le cadre du droit processuel ordinaire : droit de l'organisation judiciaire et codes de procédure¹⁶⁸⁷. Ces dispositions législatives doivent permettre, classiquement, de déterminer de manière abstraite et générale le tribunal légal pour chaque litige (**Section 1**). Par ailleurs, la singularité du système allemand repose sur le fait, déjà évoqué, que le juge constitutionnel allemand interprète l'article 101 al. 1^{er} (2) comme imposant de désigner « à l'avance, pour chaque litige imaginable, le *juge* qui sera compétent pour statuer »¹⁶⁸⁸. Depuis les premières décisions de la Cour constitutionnelle dans les années 1950 et 1960, le principe est clair en Allemagne : le « juge » qui doit être prédéterminé légalement n'est pas uniquement le tribunal en tant qu'entité organisationnelle ou en tant que formation de jugement, mais également le juge appelé à décider *in concreto* dans un cas particulier¹⁶⁸⁹ (**Section 2**).

¹⁶⁸³ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 566 ; C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 2050.

¹⁶⁸⁴ V. EPPING, *Grundrechte*, 8^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2019, p. 499.

¹⁶⁸⁵ Traduction proposée par Thomas Hochmann in T. HOCHMANN, « Chapitre 7. Droits fondamentaux », in A. GAILLET *et al.*, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2019, p. 382, 390.

¹⁶⁸⁶ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 720.

¹⁶⁸⁷ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », in J. INSENSEE et P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 5 : *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 733.

¹⁶⁸⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]) ; Plénum, décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 33 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 327-328]) (nous soulignons).

¹⁶⁸⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 13 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 298-299]). Voy. déjà *supra*, Partie II, Chapitre préliminaire, Section 1, § 1, para. n° 233 et s.

Section 1 : Une exigence classique de détermination du tribunal légal

278. L'article 101 LF est qualifié de « norme fondamentale pour l'organisation des tribunaux »¹⁶⁹⁰, interprétée comme imposant la prédétermination légale du tribunal compétent. Comme cela a déjà été précisé, cet aspect n'est pas propre à l'Allemagne. Il s'agit d'un principe structurant qui s'est développé dans l'ensemble des États européens, à mesure que le principe de séparation des pouvoirs acquérait une force réelle. La Cour européenne des droits de l'Homme considère par exemple qu'« un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers »¹⁶⁹¹. Conformément à cette idée, le droit allemand au juge légal établit une réserve de loi en matière d'organisation judiciaire¹⁶⁹², afin de préserver la détermination du juge compétent de toute influence extérieure (*sachfremde Einflüsse*)¹⁶⁹³. Le législateur doit lui-même préserver la fonction juridictionnelle de toute influence extérieure. En particulier, il ne peut pas attribuer des compétences réservées constitutionnellement aux juges à des autorités administratives¹⁶⁹⁴. Au-delà, l'obligation de réglementation du législateur (§ 1) impose en particulier que le tribunal compétent soit déterminé de façon générale et abstraite, ce qui fait classiquement obstacle à la création de juridictions d'exception (§ 2). De l'autre côté du Rhin et à défaut de pouvoir mobiliser un éventuel droit au juge naturel, le Conseil constitutionnel français fait appel à d'autres principes, afin de contrôler les normes légales à l'organisation judiciaire (§ 3).

§ 1 : L'obligation constitutionnelle de réglementation du législateur

279. En Allemagne, la prédétermination des compétences judiciaires par le pouvoir législatif se trouve au cœur de la garantie du juge légal. De cette obligation constitutionnelle de réglementation des compétences judiciaires découle un droit individuel à l'action positive du

¹⁶⁹⁰ C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2049.

¹⁶⁹¹ CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c/ Lettonie*, § 114.

¹⁶⁹² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1953, 1 BvF 1/53, § 41 et s. (*BVerfGE* 2, 307 [en part. p. 316 et s.]) ; 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]).

¹⁶⁹³ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58, § 15 (*BVerfGE* 9, 223 [en part. p. 226]) ; 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 14 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 299]) ; ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 32 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 327]).

¹⁶⁹⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 juin 1967, 2 BvR 375, 53/60, 18/65, § 91 (*BVerfGE* 22, 49 [en part. p. 73]). Est en l'espèce censurée une disposition législative permettant aux autorités administratives d'instaurer des peines criminelles.

législateur (A), lequel ne doit pas se contenter d’aborder la question des compétences, mais doit procéder à une prédétermination « aussi précise que possible » du tribunal compétent pour chaque type de litige (B).

A. Un droit individuel à l’action positive du législateur

280. Historiquement, les revendications pour un droit au juge naturel ou légal portaient sur le respect, par le pouvoir exécutif – et notamment le roi –, des compétences judiciaires inscrites dans des normes écrites. Pendant longtemps, ces normes émanaient du souverain, du monarque, ce qui rendait la garantie ineffective. C’est par l’attribution de la compétence législative à un organe distinct du monarque que la garantie du juge légal ou naturel a pu prétendre à une plus grande effectivité. Aujourd’hui, l’élément indissociable du respect des compétences judiciaires par le pouvoir exécutif est donc la détermination préalable des compétences judiciaires dans la loi, par le législateur. En Allemagne, depuis le XIX^e siècle, il est acquis que le pouvoir législatif dispose du monopole pour établir par avance les compétences judiciaires. Ce monopole s’impose, d’une part, négativement au pouvoir exécutif, qui ne peut intervenir en la matière et, d’autre part, positivement au pouvoir législatif, qui ne peut en principe s’abstenir de régler la répartition des compétences au sein du pouvoir judiciaire ou déléguer cette mission au pouvoir réglementaire¹⁶⁹⁵. Dans cette mesure, en plus d’être un droit défensif, protégeant les individus contre les ingérences des pouvoirs publics, le droit au juge légal est un droit-prestation¹⁶⁹⁶, en ce qu’il impose une obligation d’agir au législateur¹⁶⁹⁷. Le justiciable a ainsi un droit à la détermination la plus précise possible du juge compétent pour trancher son litige¹⁶⁹⁸. Pourtant, ni la formulation de l’article 101 al. 1^{er} (2) LF, rédigée sous la forme d’une interdiction de soustraction, ni le processus d’élaboration de cette disposition, ne font de cet article un droit-prestation¹⁶⁹⁹. Certains auteurs considèrent cependant que cette obligation d’adopter des règles légales suffisantes en matière d’organisation judiciaire découle

¹⁶⁹⁵ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER, A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 16 et s.

¹⁶⁹⁶ Sur cette dimension des droits fondamentaux, voy. par ex. V. EPPING, *op. cit.*, p. 6-7.

¹⁶⁹⁷ G. C. NEUBAUER, *Verfassungsrechtliche Begründung und Legitimation der justiziellen Grundrechte*, Dissertation, Münster, 1991, p. 156 et s. ; A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH, T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 28 et s. ; B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », in H. JARASS et B. PIEROTH (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 18^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1118.

¹⁶⁹⁸ C. D. CLASSEN, art. cité, § 13.

¹⁶⁹⁹ C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011, p. 184-185.

de l'intitulé même du droit au juge *légal*, et de son objectif d'éviter les interventions de la part du pouvoir exécutif¹⁷⁰⁰.

281. Cette double dimension du droit au juge *légal* entraîne deux types d'exigences vis-à-vis des différents pouvoirs : des interdictions (de méconnaître les règles de compétence) et des obligations (de régler les compétences juridictionnelles de manière suffisamment déterminée et univoque). L'obligation du législateur est celle d'adopter des règles qui déterminent le tribunal compétent par avance, de manière abstraite, générale, détaillée et la plus univoque possible¹⁷⁰¹. Ce prérequis de l'existence de règles légales de compétences repose sur les épaules du législateur : à côté de la « réserve de loi formelle », le droit au juge *légal* impose une « mission » d'aménagement au législateur¹⁷⁰². Celui-ci s'acquitte de son obligation en adoptant les règles indispensables concernant l'organisation judiciaire et les règlements de procédure¹⁷⁰³. Le législateur fédéral a donc adopté des codes de procédure et régulièrement modifié et complété la loi relative à l'organisation judiciaire. En vertu de l'article 74 al. 1^{er} n° 1 LF, cette matière fait partie de la compétence législative concurrente, que le Bund a presque entièrement mobilisée¹⁷⁰⁴. À l'image de l'adoption des grandes lois sur la justice du *Reich* de 1877, l'utilisation de cette compétence concurrente par le législateur fédéral montre la nécessité d'uniformisation par le droit et par la justice¹⁷⁰⁵.

282. Le droit-prestation à l'action positive du législateur doit être mis en balance avec d'autres droits ou principes fondamentaux. En effet, l'exigence d'une organisation préalable, générale et abstraite de la justice doit être mise en balance avec d'autres principes structurels de tout État de droit, et notamment la capacité à avoir une justice fonctionnelle¹⁷⁰⁶, effective¹⁷⁰⁷. C'est dans cette mesure que la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît qu'un compromis est nécessaire entre cette obligation de réglementation et le droit d'accès à la justice¹⁷⁰⁸. Des motivations externes à l'activité juridictionnelles peuvent ainsi être prises en compte. C'est par

¹⁷⁰⁰ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », art. cité, p. 750.

¹⁷⁰¹ K. BOHN, *Der gesetzliche Richter als rechtsstaatstragendes Prinzip in europäischen Staaten*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011, p. 21. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, § 61 (*BVerfGE* 82, 286 [en part. p. 298]).

¹⁷⁰² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]).

¹⁷⁰³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 59-60]).

¹⁷⁰⁴ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », art. cité, p. 728.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 729.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 728.

¹⁷⁰⁷ A. ESER, « Der "gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall », in A. ESER *et al.* (dir.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hanns Karl Salger*, Cologne, Heymanns, 1995, p. 251-252.

¹⁷⁰⁸ C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2051.

exemple le cas de raisons économiques, qui ont justifié la dissolution du tribunal supérieur de Bavière (*Oberlandesgericht*)¹⁷⁰⁹. Le droit au juge légal ne s'oppose également pas à ce que le législateur modifie les règles de compétence et applique la modification aux procédures déjà pendantes – par exemple en introduisant une nouvelle voie de droit ou en fusionnant des voies de droit existantes. « Le juge compétent selon le droit nouveau n'est pas moins "juge légal" que l'ancien, qui traite déjà de l'affaire »¹⁷¹⁰. Il faut simplement que la loi nouvelle soit d'application générale, « c'est-à-dire qu'elle couvre, outre les procédures pendantes, un nombre indéterminé de cas futurs similaires »¹⁷¹¹. De façon générale et afin de faire la jonction entre les exigences de sécurité juridique (droit à une prédétermination abstraite et générale du tribunal compétent) et celles d'effectivité ou de praticabilité (droit d'accès à une juridiction dans un délai raisonnable)¹⁷¹², la Cour constitutionnelle fédérale fait appel au critère d'une prédétermination « aussi précise que possible » des compétences juridictionnelles. Ce critère lui permet de confronter plusieurs principes ou droits constitutionnels, en donnant la priorité au législateur, bénéficiant de la légitimité démocratique la plus directe, pour concrétiser cette mise en balance¹⁷¹³. Pour l'article 101, cela signifie que le législateur doit faire preuve du maximum de clarté dans la prédétermination des règles de compétence, en tenant compte des conciliations impératives avec le caractère opérationnel de l'activité juridictionnelle¹⁷¹⁴.

B. Un droit à une prédétermination « aussi précise que possible »¹⁷¹⁵ des compétences juridictionnelles

283. La Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaît aux justiciables un droit à une prédétermination aussi précise que possible des compétences juridictionnelles. Elle impose ainsi au législateur d'édicter les règles fondamentales de compétences judiciaires (1), même si elle admet que des marges de discrétion puissent être inévitables (2).

¹⁷⁰⁹ C. constit. Bavière, décision du 29 septembre 2005, 3-VII-05, 7-VIII-05 (*NJW* 2005, 3699 [en part. p. 3704 et s.]).

¹⁷¹⁰ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 572.

¹⁷¹¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 25 juin 1968, 2 BvR 251/63, § 73 (*BVerfGE* 24, 33 [en part. p. 54-55]).

¹⁷¹² P. KUNIG et F. SALIGER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in I. VON MÜNCH, P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 2 : Art. 70-146, 7^e éd., Munich, C. H. Beck, 2021, § 30.

¹⁷¹³ *Ibid.*, p. 866.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ Depuis C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 27 (*BVerfGE* 6, 45 [en part. p. 51]).

1. Des règles fondamentales de compétences indispensables

284. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF « exige que le juge légal, dans un cas d'espèce, découle le plus clairement possible d'une norme générale »¹⁷¹⁶. Consciente que la loi seule ne saurait suffire dans cette entreprise¹⁷¹⁷, elle estime que « [l]es règles fondamentales de compétence doivent cependant être données par le législateur »¹⁷¹⁸. Cette obligation de prévoir les règles fondamentales de compétence signifie, pour la Cour, que le législateur doit « déterminer, par des lois de procédure, quels tribunaux, avec quelles formations de jugement, sont compétents matériellement, territorialement et selon le niveau d'instance, pour quelles procédures »¹⁷¹⁹. En outre, le législateur doit « instituer les différents tribunaux par des normes juridiques d'organisation et [...] déterminer leur circonscription judiciaire »¹⁷²⁰. Ce sont donc les compétences matérielles et territoriales, ainsi que les règles concernant les différents niveaux d'instance qui doivent faire l'objet d'une réglementation légale¹⁷²¹.

285. La reconnaissance du caractère fondamental de ces règles n'empêche pas la Cour de Karlsruhe de juger qu'une autorisation législative au profit de l'exécutif peut être donnée sur le fondement de l'article 80 al. 1^{er} LF, pour régler ces éléments¹⁷²². Pour des raisons concrètes, pratiques¹⁷²³, en effet, le pouvoir exécutif peut être amené à suppléer, compléter les règles légales de compétence. Ces délégations législatives doivent s'opérer pour des questions précises et ponctuelles. Par exemple, la Cour de Karlsruhe a eu à juger de la constitutionnalité de dispositions législatives qui permettaient aux gouvernements des *Länder* de créer, rassembler, modifier et, éventuellement, supprimer des circonscriptions judiciaires, uniquement pour ce qui est de la compétence matérielle des tribunaux d'instance (*Amtsgerichte*) en matière

¹⁷¹⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 13 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 298]) ; 2^e ch., décision du 28 octobre 1975, 2 BvR 258/75, § 15 (*BVerfGE* 40, 268 [en part. p. 271]).

¹⁷¹⁷ Voy. *infra*, Section 2, § 1, para. n° 309 et s.

¹⁷¹⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]).

¹⁷¹⁹ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 34 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁷²⁰ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 34 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁷²¹ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 20 ; C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2050 ; H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 712.

¹⁷²² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1953, 1 BvF 1/53, § 69 (*BVerfGE* 2, 307 [en part. p. 326]). Pour une critique de cette jurisprudence, voy. par ex. K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 545-549. La Commission européenne des droits de l'Homme se situe dans la continuité de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale : dans sa décision *Zand c. Autriche* de 1978, elle estime que l'article 6 al. 1^{er} de la Convention ne s'oppose pas à ce que le législateur autorise l'exécutif à prendre des règlements dans le domaine de l'organisation judiciaire, à condition que le législateur établisse un cadre organisationnel minimal d'organisation judiciaire (12 octobre 1978, requête n° 7360/76).

¹⁷²³ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 34.

pénale¹⁷²⁴. Elle estime que l'article 97 al. 2 phrase 3 LF admet que les juridictions et leurs circonscriptions puissent être modifiées, mais que cela relève de la réserve de loi du législateur. Toutefois, elle considère que ce dernier peut déléguer cette tâche au pouvoir réglementaire, en vertu de l'article 80 LF, dans des limites déterminées¹⁷²⁵. En l'espèce, elle estime que les dispositions en cause sont conformes à la Constitution, notamment parce qu'elles sont suffisamment précises et déterminées¹⁷²⁶. De la même façon, la Cour de Karlsruhe juge que le législateur peut, de façon suffisamment précise et circonscrite, habiliter le pouvoir exécutif à régler la compétence territoriale des juridictions, et même à procéder à une concentration de la compétence territoriale de certaines juridictions pour la connaissance d'un certain type de contentieux¹⁷²⁷. Elle valide ainsi la constitutionnalité de règles qui lient la compétence territoriale d'une juridiction au siège d'une autorité administrative¹⁷²⁸. Elle considère en effet que ce lien ne confère pas à l'exécutif les moyens d'exercer une influence inconstitutionnelle sur la détermination du juge légal dans des cas individuels, puisqu'il serait difficile, d'un point de vue technique et organisationnel, de déplacer le siège d'une autorité administrative uniquement pour changer de juridiction territorialement compétente¹⁷²⁹.

286. La Cour de Karlsruhe ne se contente pas de contrôler l'existence de normes légales concernant les compétences judiciaires. Elle pose également des exigences s'agissant de leur contenu¹⁷³⁰. La simple réglementation des compétences judiciaires est insuffisante si les normes établies ne disposent pas d'un contenu respectant certaines conditions. Non seulement le législateur doit édicter les règles légales fondamentales, mais il doit également déterminer lui-même les principes directeurs de l'organisation judiciaire et des différentes procédures¹⁷³¹. C'est dans cette perspective que le juge constitutionnel allemand exige une prédétermination aussi précise que possible des compétences juridictionnelles. Cette formule permet en

¹⁷²⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 1968, 2 BvL 6, 7, 8, 9/67, § 45 (*BVerfGE* 24, 155 [en part. p. 165-166]).

¹⁷²⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 1968, 2 BvL 6, 7, 8, 9/67, § 46 (*BVerfGE* 24, 155 [en part. p. 166]).

¹⁷²⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 1968, 2 BvL 6, 7, 8, 9/67, § 49-57 (*BVerfGE* 24, 155 [en part. p. 167 et s.]).

¹⁷²⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 juillet 1969, 2 BvL 2/69, § 50-51 (*BVerfGE* 27, 18 [en part. p. 34-35]).

¹⁷²⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 juillet 1969, 2 BvL 2/69, § 49 et s. (*BVerfGE* 27, 18 [en part. p. 34 et s.]).

¹⁷²⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 21 juin 2006, 2 BvL 3-6, 9-16, 18, 24, 25, 27, 32, 36, 39, 41, 46/06, § 38 (*NVwZ-RR* 2006, 667).

¹⁷³⁰ H.-D. HORN, « Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter », in D. MERTEN et H.-J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tome 5 : *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, p. 1305.

¹⁷³¹ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 18.

particulier de prendre en considération les difficultés de régulation des situations imprévisibles dans le cadre de lois générales et abstraites. L'exigence mise en avant par la Cour constitutionnelle, sur le modèle de la Cour fédérale de justice, est celle de pouvoir déterminer le juge compétent « aveuglément » (« *blindlings* »)¹⁷³² ou automatiquement¹⁷³³. L'objectif est à la fois de renforcer la confiance des justiciables dans la justice, mais également d'assurer concrètement l'efficacité du droit appliqué par les juges¹⁷³⁴. En effet, le juge compétent sera le plus à même d'appliquer correctement et efficacement le droit. La détermination par avance, aussi précise et concrète que possible¹⁷³⁵, du tribunal compétent, doit permettre d'éviter toute possibilité de manipulation des règles de compétence. Le juge constitutionnel allemand ne souhaite pas seulement pouvoir sanctionner une pratique arbitraire des règles de compétence, dont la preuve est toujours difficile à apporter, mais il veut pouvoir éviter la possibilité même de développement de pratiques arbitraires¹⁷³⁶. Si le critère de certitude maximale est respecté, l'apparence d'une influence sur l'activité judiciaire est évitée. Dès lors, la « légalité » du juge correspond à son caractère déterminable et prévisible pour les justiciables¹⁷³⁷. Dans ce sens, le droit au juge légal n'interdit pas que le législateur puisse laisser certaines marges de discrétion inévitables.

2. Des marges de discrétion inévitables mais encadrées

287. La difficulté de l'expression « aussi précise que possible » réside dans la possibilité de contournement de cette exigence de légalité sur le fondement de l'impossibilité de préciser davantage. Une norme abstraite et générale permet en effet de garantir la sécurité juridique et l'égalité des citoyens devant la justice, mais elle ne répond pas toujours aux exigences de justice et d'équité matérielle. Au contraire, une norme plus concrète et individualisée permet de trouver une solution plus appropriée et plus juste pour le cas d'espèce, mais constitue aussi un risque pour la sécurité juridique et l'indépendance de la justice¹⁷³⁸. La Cour constitutionnelle

¹⁷³² C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 329]).

¹⁷³³ C. D. CLASSEN, *Staatsrecht II : Grundrechte : ein Studienbuch*, Munich, C. H. Beck, 2018, p. 281.

¹⁷³⁴ H.-D. HORN, art. cité, p. 1276.

¹⁷³⁵ C.D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 281.

¹⁷³⁶ H.-D. HORN, art. cité, p. 1305 ; C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 6.

¹⁷³⁷ J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF, C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour, p. 27.

¹⁷³⁸ T. MAUNZ, « Art. 101 », in T. MAUNZ, G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, tome 6: Art. 86-106b, Munich, C. H. Beck, avril 2018, § 26 ; C. GLORIA, « Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne », *DÖV*, 1988, p. 853.

allemande reconnaît donc qu'il faille trouver un compromis entre sécurité juridique et équité matérielle¹⁷³⁹, par le recours à l'idée d'une prédétermination aussi précise que possible du juge compétent. Il faut, dans un tel cas, que la prédétermination légale des compétences permette de tenir compte, en pratique, de la procédure, du domaine spécifique et du cas d'espèce¹⁷⁴⁰.

288. Dans cette perspective, la Cour de Karlsruhe admet que le législateur puisse employer des termes juridiques indéterminés (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)¹⁷⁴¹ dans les règles de compétence. Il s'agit de termes qui nécessitent l'intervention des juridictions pour en définir les contours¹⁷⁴². Certes, les normes de compétence doivent être précises et formulées d'une telle manière qu'aucune marge d'appréciation ne puisse constituer la porte d'entrée à des manipulations¹⁷⁴³. Dans cette mesure, les dispositions qui laissent un pouvoir discrétionnaire au destinataire de l'acte sont par principe interdites – des exceptions peuvent être en revanche justifiées par des « intérêts juridiques supérieurs » (*übergeordnete rechtliche Interessen*)¹⁷⁴⁴ ou des motifs impérieux (*zwingende Gründe*). Les termes juridiques indéterminés sont quant à eux autorisés pour garantir une justice effective et fonctionnelle¹⁷⁴⁵. L'exigence de prédétermination aussi précise que possible n'est alors méconnue que « si la réglementation recourt à de tels termes plus que nécessaire »¹⁷⁴⁶. Une marge de discrétion sera plus susceptible d'être autorisée si elle est exercée par les juges eux-mêmes, dont l'indépendance de décision est garantie par la Loi fondamentale, que par le pouvoir exécutif¹⁷⁴⁷. Les exigences vis-à-vis du législateur sont ainsi plus élevées lorsque la détermination finale incombe à l'exécutif que lorsqu'elle incombe au pouvoir judiciaire¹⁷⁴⁸. C'est par exemple la raison pour laquelle le juge constitutionnel a validé la possibilité de choix, par le juge, de trancher le litige par la voie du référé ou par la procédure au fond classique¹⁷⁴⁹.

¹⁷³⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58, § 16 (*BVerfGE* 9, 223 [en part. p. 226-227]).

¹⁷⁴⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58, § 16 (*BVerfGE* 9, 223 [en part. p. 227]).

¹⁷⁴¹ Sur ce concept, voy. par ex. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 339 et s. ; G. BRITZ, « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG », *JA*, 2001, p. 575.

¹⁷⁴² G. SYDOW et F. WITTRECK, *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I: Prinzipien, Institutionen, Verfahren*, Munich, C. H. Beck, 2019, p. 50.

¹⁷⁴³ K. BOHN, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁴⁴ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 18. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juin 2007, 2 BvR 1447, 136/05, § 109 (*BVerfGE* 118, 212 [en part. p. 240]).

¹⁷⁴⁵ Sur cet aspect, en tant que justification d'une atteinte au droit au juge légal, voy. T. ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 95 et s.

¹⁷⁴⁶ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 42 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 331]).

¹⁷⁴⁷ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 723 ; C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 22 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 69. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 avril 1969, 2 BvR 115/69, § 35 (*BVerfGE* 25, 336 [en part. p. 346 et s.]).

¹⁷⁴⁸ Voy. *infra*, Chapitre VI, Section 1, § 1, B, para n° 343 et s.

¹⁷⁴⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 février 1988, 2 BvR 702, 1106/84 (*BVerfGE* 78, 7 [en part. p. 19]).

289. Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle n'interdit pas que les règles légales emploient des termes nécessitant une interprétation – il serait de toute façon impossible de formuler des normes de compétence sans utiliser de tels termes¹⁷⁵⁰. La Cour estime en effet qu'une loi peut « tout à fait utiliser des termes juridiques sujets à interprétation, pour autant qu'elle puisse prévenir de manière générale les influences inadmissibles » dans le cours de la justice¹⁷⁵¹. Il est donc nécessaire de renvoyer à des critères précis et appropriés¹⁷⁵² et de résoudre les éventuelles difficultés selon les méthodes d'interprétation juridique conventionnelles – notamment la subsomption (*Subsumption*)¹⁷⁵³. C'est dans cette mesure que sont par exemple admises les règles qui attribuent une compétence à un juge en raison de la « connexité » entre deux affaires pénales (§ 13 du code de procédure pénale allemand) ou en raison du lieu d'« exécution » d'une obligation contractuelle (§ 29 al. 1^{er} du code de procédure civile allemand). Le juge allemand accepte la pratique de l'interprétation conforme, lorsque le degré de certitude est initialement insuffisant¹⁷⁵⁴. Les divergences de jurisprudence sont également strictement contrôlées. Les juridictions peuvent avoir des positions différentes sur l'interprétation des normes, mais elles doivent maintenir une pratique cohérente et constante¹⁷⁵⁵. Finalement, à partir du moment où l'obligation de détermination aussi précise que possible des règles de compétence est respectée, la possibilité même d'utilisation arbitraire de ces règles est évitée. Partant, la façon dont sont interprétées et appliquées ces normes est indifférente pour la Cour constitutionnelle fédérale – les différentes interprétations retenues ne devant dans tous les cas pas mener à une application arbitraire des règles.

290. En vertu de la jurisprudence constitutionnelle, le législateur allemand doit donc adopter des lois suffisamment claires, précises, générales et abstraites, afin de garantir une prédétermination aussi précise que possible de la juridiction et du juge compétent. Dans cette mesure, l'interdiction classique des juridictions d'exception constitue le pendant de cette obligation de généralité et d'abstraction dans la détermination de la juridiction compétente.

¹⁷⁵⁰ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 68.

¹⁷⁵¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juin 2007, 2 BvR 1447, 136/05, § 106 (*BVerfGE* 118, 212 [en part. p. 239]). Voy. aussi déjà C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 38 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 330]).

¹⁷⁵² K. BOHN, *op. cit.*, p. 21 ; T. MAUNZ, art. cité, § 26 ; H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 723. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 14 juin 1994, 1 BvR 1022/88, § 108 (*BVerfGE* 91, 93 [en part. p. 117]).

¹⁷⁵³ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, § 70-71 (*BVerfGE* 82, 286 [en part. p. 301-302]).

¹⁷⁵⁴ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 avril 1969, 2 BvR 115/69 (*BVerfGE* 25, 336 [en part. p. 349]) ; ass. plén., décision du 11 juin 1980, 1 PBvU 1/79 (*BVerfGE* 54, 277 [en part. p. 285 et s.]).

¹⁷⁵⁵ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 20. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1978, 2 BvR 952/75 (*BVerfGE* 48, 246 [en part. p. 255, 263]).

§ 2 : Les exigences de généralité et d'abstraction dans la détermination des compétences : l'interdiction des juridictions d'exception

291. Selon la conception allemande¹⁷⁵⁶, le droit au juge légal contenu dans la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 101 constitue le noyau de la disposition¹⁷⁵⁷, l'énoncé central et fondamental de la garantie¹⁷⁵⁸. La première phrase de l'alinéa 1^{er} (interdiction des tribunaux d'exception) et le second alinéa de cet article (réserve de loi pour la création de tribunaux spécialisés) ne constituent que des concrétisations de cette garantie centrale¹⁷⁵⁹. Ces deux éléments illustrent le caractère objectif du droit au juge légal¹⁷⁶⁰, dont la composante subjective, la deuxième phrase du premier alinéa, assure le respect d'un point de vue individuel. L'interdiction des juridictions d'exception, volet classique et historique du droit au juge légal, est ainsi strictement définie par le juge constitutionnel allemand (A), notamment en ce qui concerne sa délimitation avec l'autorisation de création de juridictions spécialisées (B).

A. Un volet classique strictement défini par la Cour constitutionnelle fédérale

292. Dans son arrêt *Juge légal* de 1956, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rappelle que le principe du juge légal vise à empêcher les interventions extérieures et non-autorisées dans la justice, et que « l'interdiction des tribunaux d'exception, qui y est historiquement liée, doit permettre de lutter contre le contournement de ce principe »¹⁷⁶¹. Dans ce cadre, cette atteinte spécifique au droit au juge légal est perçue, en lien avec son importance historique, comme étant d'une intensité particulièrement grave¹⁷⁶². L'interdiction des tribunaux

¹⁷⁵⁶ Voy. déjà le travail d'Eduard Kern sur ce point : E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 156-157.

¹⁷⁵⁷ H. SODAN, « Artikel 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter; Verbot von Ausnahmegerichten; Sondergerichte] », in H. SODAN (dir.), *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 5^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 1.

¹⁷⁵⁸ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 280 ; P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 3 ; C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2049 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 55.

¹⁷⁵⁹ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 280 ; C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2049 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 3. Pour des critiques de cet ordre entre les trois phrases et le caractère éventuellement « superflu » des deux phrases complémentaires au droit au juge légal, voy. par ex. P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 59 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 3, 92. Voy. déjà, en 1933, à propos de l'article 105 de la Constitution de Weimar de 1919, G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14^e éd., Berlin, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1933, p. 489.

¹⁷⁶⁰ C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 7 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, *op. cit.*, § 1.

¹⁷⁶¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55, § 11 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416]).

¹⁷⁶² M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 92.

d'exception est considérée comme une concrétisation spécifique du droit au juge légal, dans la mesure où les compétences de ces tribunaux ne seraient pas déterminées de manière suffisante et de façon suffisamment abstraite¹⁷⁶³. Le respect du droit au juge légal tient ainsi à l'équilibre entre le général et le particulier¹⁷⁶⁴ : ce droit impose de prévoir aussi précisément que possible le tribunal, la chambre et le(s) juge(s) compétents pour trancher chaque litige, mais il interdit de prévoir des juridictions d'exception qui ne s'appliqueraient qu'à des individus ou à des faits identifiés. La définition et la délimitation de la catégorie des juridictions d'exception sont donc particulièrement importantes pour assurer le respect du droit au juge légal.

293. Dans un premier arrêt de 1953 relatif au licenciement d'un fonctionnaire national-socialiste¹⁷⁶⁵, la Cour de Karlsruhe doit écarter le caractère de juridiction d'exception du tribunal régional du travail (*Landesarbeitsgericht*) créé dans la zone d'occupation britannique à l'issue de la Seconde guerre mondiale. Elle considère à cet égard que la notion de « juridiction d'exception » « ne comprend que les juridictions qui, par dérogation aux compétences légales, sont spécialement constituées et appelées à statuer sur des cas particuliers concrets ou individuellement déterminés »¹⁷⁶⁶. Elle juge dans cette affaire que tel n'est pas le cas du tribunal régional du travail de Hanovre, qui dispose, selon la loi, d'une compétence générale en tant qu'instance d'appel pour les actions en matière de droit du travail contre la municipalité d'Hanovre. Ce tribunal est donc bien le « juge légal » du requérant¹⁷⁶⁷. Cette définition est plus large que celle proposée initialement par le sous-comité III de la conférence des ministres en prévision de la conférence constitutionnelle de Herrenchiemsee, qui se concentrait sur les juridictions créées par « le gouvernement ou l'administration », sans y inclure le législateur¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶³ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 8.

¹⁷⁶⁴ K. MÜLLER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in K. MÜLLER et O. MODEL (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Taschenkommentar für Studium und Praxis*, 11^e éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Heymanns, 1996, p. 608.

¹⁷⁶⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 17 décembre 1953, 1 BvR 335/51 (*BVerfGE* 3, 213).

¹⁷⁶⁶ C. constit. féd. all., arrêt précité du 17 décembre 1953, § 34 (*BVerfGE* 3, 213 [en part. p. 223]). Cette définition est ensuite reprise de manière constante par la Cour de Karlsruhe : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 juin 1958, 2 BvF 1/56 (*BerfGE* 8, 174 [en part. p. 182]) ; 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 212]) ; 2^e ch., décision du 9 mai 1962, 2 BvL 13/60 (*BVerfGE* 14, 56 [en part. p. 72]).

¹⁷⁶⁷ C. constit. féd. all., arrêt précité du 17 décembre 1953, § 35 (*BVerfGE* 3, 213 [en part. p. 224]).

¹⁷⁶⁸ Proposition reproduite in A. HÄNLEIN, art. cité, § 13-14.

Préférant s'appuyer sur Anschütz¹⁷⁶⁹ ou Kern¹⁷⁷⁰ par exemple, la Cour de Karlsruhe donne une définition suffisamment large pour y inclure tous les pouvoirs et la flexibilité nécessaire pour l'adapter aux cas particuliers.

294. Certains auteurs regrettent cependant que cette définition ne fasse pas apparaître explicitement le fait que les juridictions d'exception se caractérisent par une délimitation des compétences non pas abstraite et générale mais liée au(x) cas individuel(s) qu'elles sont appelées à juger¹⁷⁷¹. Toutefois, même si cela n'apparaît pas strictement dans la définition donnée et conservée par la Cour constitutionnelle fédérale, c'est bien ce critère qui est pris en compte par Karlsruhe pour déterminer si une juridiction (ou, éventuellement, une formation de jugement¹⁷⁷²) a le caractère de juridiction d'exception. Tel est le cas dès son premier arrêt de 1953, en précisant que la compétence d'appel du tribunal régional du travail est générale¹⁷⁷³. C'est également grâce à cette distinction entre généralité de la compétence et caractère individuel des cas jugés qu'elle estime, en 1962, que les tribunaux communaux ne sont pas des juridictions d'exception. Elle précise ainsi qu'ils « sont appelés à trancher un groupe *abstraitement et généralement* délimité de petits litiges de droit civil », et non pas des « cas *concrets ou individuellement* déterminés »¹⁷⁷⁴. À nouveau, c'est ce critère de la généralité ou de l'individualisation de la compétence qui lui permet de trancher dans une affaire dans laquelle le requérant considérait que le Tribunal administratif fédéral (*Bundesverwaltungsgericht*) était une juridiction d'exception lorsqu'il se prononçait en première instance. La Cour considère au contraire que « les affaires tranchées par le Tribunal administratif fédéral en vertu du paragraphe 9 [de la loi sur ce Tribunal – *Bundesverwaltungsgerichtsgesetz*] sont déterminées de manière abstraite et générale », ce qui exclut la qualification de juridiction d'exception¹⁷⁷⁵. C'est enfin toujours ce même critère qui est utilisé par la Cour pour rejeter cette qualification

¹⁷⁶⁹ Dans son commentaire de la Constitution de Weimar de 1919, Anschütz définit les tribunaux d'exception comme des juridictions instituées « par une disposition concrète (ordonnance) pour un cas particulier déterminé, ou (ce qui revient au même) pour une pluralité de cas individuels, définie de manière précise » et estime que limiter cette définition aux juridictions créées par le pouvoir exécutif est trop étroit et qu'elle doit également s'appliquer aux juridictions créées par le législateur (G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 487).

¹⁷⁷⁰ Voy. par ex. dès 1927 : « un tribunal placé en dehors de l'organisation judiciaire ordinaire, qui, en rompant avec les règles légales de compétence, est créé dans le but de juger un évènement historique déterminé de manière individuelle ou une pluralité de tels évènements » (E. KERN, *op. cit.*, p. 231).

¹⁷⁷¹ Voy. en particulier T. MAUNZ, art. cité, § 3 ; P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 10.

¹⁷⁷² H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 718, qui cite une décision de la Cour constitutionnelle de Bavière qui qualifie de juridiction d'exception une formation de jugement dont le plan de répartition des affaires alloue un cas particulier identifié : C. constit. de Bavière, décision du 16 janvier 1984, 85-VI-82, 152-VI-82, 9-VI-83 (*NJW* 1984, 2813).

¹⁷⁷³ C. constit. féd. all., arrêt précité du 17 décembre 1953, § 35 (*BVerfGE* 3, 213 [en part. p. 224]).

¹⁷⁷⁴ C. constit. féd. all., décision précitée du 9 mai 1962, § 53 (*BVerfGE* 14, 56 [en part. p. 72], nous soulignons).

¹⁷⁷⁵ C. constit. féd. all., décision précitée du 10 juin 1958, § 19 (*BVerfGE* 8, 174 [en part. p. 182]).

aux tribunaux de paix du *Land* de Bade-Wurtemberg, considérant que ces tribunaux se sont vus confier, par la loi et de manière abstraite et générale, la compétence pour juger certaines matières¹⁷⁷⁶. Or, ces tribunaux remplacent bien les juridictions ordinaires pour les litiges qui leur sont attribués. Elle précise donc que ce critère du caractère abstrait et général de la délimitation de la compétence d'une juridiction en dehors des juridictions ordinaires permet de distinguer entre les juridictions d'exception (interdites selon l'article 101 al. 1^{er} (1) LF) et les juridictions spécialisées (autorisées selon l'article 101 al. 2 LF)¹⁷⁷⁷. Ce critère permet donc à la fois de déclarer qu'une juridiction n'est pas une juridiction d'exception mais bien une juridiction ordinaire, mais également de déclarer qu'une juridiction qui est créée pour remplacer une juridiction ordinaire est une juridiction spécialisée et non pas d'exception. Partant, le critère qui permet à coup sûr de considérer que l'on est face à une juridiction d'exception est le caractère identifié des personnes ou des faits dont la connaissance est réservée à une juridiction créée spécifiquement – ce qui ne s'est encore jamais produit. Dans le cas contraire, la juridiction peut encore être considérée comme une juridiction spécialisée.

B. La distinction avec les juridictions spécialisées

295. Le second alinéa de l'article 101 de la Loi fondamentale prévoit la possibilité, pour le législateur seul, de créer des « juridictions pour des matières spéciales » (*Gerichte für besondere Sachgebiete*). Nous utilisons l'expression « juridictions spécialisées » comme synonyme de cette formule, mais évitons de qualifier celles-ci de « juridictions spéciales » (*Sondergerichte*), car cela est connoté négativement¹⁷⁷⁸, notamment pour les liens entre cette dernière notion et celle de juridictions d'exception. L'idée d'une distinction nette entre juridictions d'exception et juridictions spécialisées fait déjà l'objet de réflexions chez Anschütz, dans son commentaire de la Constitution de 1919¹⁷⁷⁹, ou encore chez Edouard Kern¹⁷⁸⁰. Sous l'empire de la Loi fondamentale, la distinction entre ces deux types de juridiction s'est posée à la Cour constitutionnelle fédérale dès 1959, à propos des juridictions de paix institués dans le

¹⁷⁷⁶ C. constit. féd. all., décision précitée du 17 novembre 1959, § 41 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 212-213]).

¹⁷⁷⁷ C. constit. féd. all., décision précitée du 17 novembre 1959, § 41 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 213]).

¹⁷⁷⁸ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 56. Il peut arriver que la Cour constitutionnelle fédérale allemande utilise elle-même l'expression « juridictions spéciales » (par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 20 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 192])).

¹⁷⁷⁹ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14^e éd., op. cit., p. 486 et s.

¹⁷⁸⁰ E. KERN, op. cit., p. 232.

Land de Bade-Wurtemberg¹⁷⁸¹. Les requérants mettaient en avant le fait que ces juridictions constituaient des juridictions d'exception interdites selon l'article 101 al. 1^{er} (1) LF. La Cour de Karlsruhe rejette ce postulat, en faisant entrer cet ordre de juridiction dans la catégorie des juridictions spécialisées du second alinéa du même article. Elle note ainsi que :

« Les tribunaux de paix remplacent certes les tribunaux ordinaires dans le cadre de leur compétence, mais sont appelés par la loi et par avance à statuer de manière abstraite et générale sur certaines matières. Ce sont donc des juridictions spéciales au sens de l'article 101 al. 2 LF. »

La distinction s'opère donc, pour la Cour allemande, à deux niveaux : d'abord par la réserve de loi formelle (*a contrario*, les juridictions d'exception seraient davantage le fait, en tout cas historiquement, du pouvoir exécutif), et ensuite par la définition abstraite et générale de leur compétence et des matières sur lesquelles elles sont appelées à statuer (*a contrario*, les juridictions d'exception voient leur compétence définie de façon concrète et individuelle). À partir de cette jurisprudence, une partie de la doctrine allemande a tenté d'établir des critères supplémentaires permettant de distinguer les juridictions spécialisées des juridictions d'exception. Par exemple, Klaus Müller met l'accent sur la délimitation de la compétence des juridictions : tandis que les tribunaux d'exception sont limités à des cas déterminés *matériellement et temporellement*, les tribunaux spécialisés auraient une compétence limitée *matériellement* mais non temporellement¹⁷⁸². Claus Dieter Classen insiste davantage sur le fait que la compétence des juridictions d'exception ne serait pas définie de façon suffisante ou de façon suffisamment abstraite¹⁷⁸³. Les tribunaux spécialisés auraient donc simplement des compétences précisément définies¹⁷⁸⁴, dans des normes générales, de manière exhaustive et par avance¹⁷⁸⁵.

296. En tout état de cause, cette distinction entre la définition abstraite et générale des matières sur lesquelles les juridictions spécialisées statuent et la définition concrète et individuelle des cas tranchés par des juridictions d'exception¹⁷⁸⁶, illustre la dimension égalitaire du droit au juge légal. Les juridictions d'exception ne respectent pas le principe d'égalité, puisqu'elles visent à juger certains individus identifiés ; tandis que les juridictions mises en

¹⁷⁸¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59 (*BVerfGE* 10, 200).

¹⁷⁸² K. MÜLLER, art. cité, p. 607.

¹⁷⁸³ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 8.

¹⁷⁸⁴ P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 53 ; C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 59.

¹⁷⁸⁵ C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2059.

¹⁷⁸⁶ M. BLANK, « Art. 101 [Ausnahmegerichte, gesetzlicher Richter] », in M. BLANK, H. FANGMANN, U. HAMMER (dir.), *Grundgesetz: Basiskommentar*, 2^e éd., Cologne, Bund-Verlag, 1996, p. 372 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 90.

place pour des matières spéciales respectent l'égalité des citoyens devant la justice, en ayant une compétence qui n'établit pas de discrimination en raison des personnes¹⁷⁸⁷. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale estime qu'il n'est pas possible de créer des juridictions pour des groupes de personnes déterminées, sauf si le fait de délimiter la compétence à un domaine juridique particulier entraîne nécessairement également une délimitation à un cercle particulier de personnes. Dans une décision de 1969, elle juge que les formations disciplinaires des conseils de l'ordre des avocats ne sont pas des juridictions d'exception, mais bien des juridictions spécialisées. En effet, celles-ci

« sont appelées à statuer de manière abstraite et générale dans un domaine déterminé, à savoir le droit professionnel des avocats. Le fait que la limitation de ces juridictions au domaine du droit professionnel des avocats implique nécessairement une limitation à un cercle déterminé de personnes – à savoir les avocats et les candidats à l'inscription au barreau – ne constitue pas une violation de l'article 101 al. 2 LF. Ce n'est que si [ces juridictions] étaient instituées pour l'ensemble des affaires judiciaires des avocats – en d'autres termes, si elles étaient par exemple également compétentes pour les affaires civiles et pénales contre les avocats – qu'il s'agirait de juridictions spéciales contraires à la Constitution. »¹⁷⁸⁸

297. De façon générale, les juridictions spécialisées se substituent, dans le cadre strict de leur compétence, aux juridictions normalement compétentes¹⁷⁸⁹. Au niveau fédéral, elles sont énumérées explicitement à l'article 95 al. 1^{er} LF : il s'agit des juridictions administrative, financière, du travail et sociale¹⁷⁹⁰. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, cette liste est exhaustive, puisque l'article 92 LF indique que le pouvoir judiciaire est notamment exercé « par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale »¹⁷⁹¹. Le législateur fédéral ne pourrait ainsi pas créer de juridictions spécialisées supplémentaires ; seuls les législateurs des *Länder* peuvent prendre de telles initiatives¹⁷⁹². Le qualificatif de juridictions spécialisées vaut donc en général pour les juridictions professionnelles : conseil de l'ordre des médecins

¹⁷⁸⁷ Voy. par ex. T. MAUNZ, art. cité, § 4.

¹⁷⁸⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 21 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 192-193]).

¹⁷⁸⁹ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 53 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 96.

¹⁷⁹⁰ K. MÜLLER, art. cité, p. 611 ; M. BLANK, art. cité, p. 373 ; C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 59. *Contra* : C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2059 ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 56.

¹⁷⁹¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59, § 41 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 213]).

¹⁷⁹² M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 98.

(*Ärztammer*)¹⁷⁹³, conseil de l'ordre des avocats (*Ehrengerichte und Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwälte*)¹⁷⁹⁴ ou encore tribunal professionnel pour les professions de santé auprès du tribunal régional supérieur de Munich (*Berufsgericht für die Heilberufe beim Oberlandesgericht München*)¹⁷⁹⁵. Pour celles-ci, la réserve de loi formelle s'applique non seulement à leur création, mais également à l'organisation de leurs compétences matérielle et territoriale, des voies de recours contre leurs décisions, à la composition des formations de jugement, tout comme aux règles régissant la sélection et la nomination des juges les composant¹⁷⁹⁶. C'est tout ce qui est « essentiel »¹⁷⁹⁷ pour le caractère de la juridiction qui doit être prévu par le législateur¹⁷⁹⁸, toutes les questions fondamentales¹⁷⁹⁹. Dans cette perspective, la Cour constitutionnelle fédérale a par exemple invalidé une loi relative au conseil de l'ordre des médecins du *Land* de Rhénanie-Palatinat sur le fondement de l'article 101 al. 2 LF, pour le motif que le législateur a laissé au ministre de l'Intérieur le soin de prendre les dispositions concernant la sélection et la nomination des membres composant ce conseil¹⁸⁰⁰.

298. Le niveau de développement théorique et pratique de ces questions liées à la généralité des règles d'organisation judiciaire et à la distinction entre les différentes notions employées tient notamment au fait que la Cour constitutionnelle fédérale est régulièrement appelée à préciser le sens de l'article 101 et de ses différentes phrases. Cette situation contraste avec le niveau de développement théorique de ces questions en France, malgré le rôle réel joué par le Conseil constitutionnel pour contrôler les normes de détermination du tribunal compétent.

¹⁷⁹³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 67 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 257]).

¹⁷⁹⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 21 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 192-193]) ; décision du 30 mai 1978, 2 BvR 685/77, § 85 (*BVerfGE* 48, 300 [en part. p. 324]).

¹⁷⁹⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 novembre 1985, 1 BvR 934/82, § 62 (*BVerfGE* 71, 162 [en part. p. 178]).

¹⁷⁹⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 67 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 257]).

¹⁷⁹⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 67 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 257]).

¹⁷⁹⁸ A. HÄNLEIN, art. cité, § 101 ; P. KUNIG, F. SALIGER, art. cité, § 56 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 60.

¹⁷⁹⁹ C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2059.

¹⁸⁰⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 67 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 257]).

§ 3 : Le contrepoint français : la multitude de principes mobilisés par le Conseil constitutionnel pour encadrer la détermination légale des compétences juridictionnelles

299. À défaut de disposer d'un droit ou d'un principe lui permettant de poser une obligation de réglementation générale et abstraite des règles de compétence, le Conseil constitutionnel mobilise différents principes, afin d'encadrer la détermination légale des compétences juridictionnelles. Comme cela apparaît dans les travaux doctrinaux, le principe d'égalité devant la justice (A) joue d'abord un rôle important, tout comme celui de la réserve de loi en matière d'organisation judiciaire (B). Un dernier principe, plus restreint, est spécifique à la culture française d'organisation judiciaire : celui de la séparation entre juridictions judiciaires et juridictions administratives (C).

A. Le principe d'égalité devant la justice et l'identité de juridiction

300. Le principe d'égalité des citoyens devant la loi et la justice impose la même procédure et les mêmes tribunaux pour tous les citoyens et exige la prédétermination de la juridiction compétente par des règles générales d'organisation judiciaire. Par principe, toutes les affaires de même nature doivent en effet être portées devant des juridictions de même nature et de même structure. Afin de réaliser cet objectif, le législateur doit donc adopter des lois assurant que l'aménagement des structures judiciaires soit fondé sur des critères généraux objectifs et excluant tout arbitraire¹⁸⁰¹. Ce faisant, le législateur pourra garantir l'égalité de traitement des justiciables, les juges chargés de les juger étant « désignés en fonction de règles d'organisation judiciaire communes à tous »¹⁸⁰². Un tempérament existe cependant en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité politique et/ou pénale des hommes politiques français¹⁸⁰³. En dehors de cette hypothèse, le principe d'égalité devant la justice permet au Conseil constitutionnel de sanctionner une norme législative qui établit, en matière de justice, une différence de traitement sans raison objective. Tel n'a pas été le cas de la cour d'assises spéciale, créée par le Parlement pour juger les auteurs d'infractions liées à des actes de terrorisme, cour composée uniquement de magistrats professionnels, et non pas de jurés. Le

¹⁸⁰¹ S. LÖHR, *Prozessgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Schriften zum Europäischen Recht, n° 158, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, p. 128.

¹⁸⁰² T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993, vol. 92, n° 1, p. 40.

¹⁸⁰³ Voy. T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel », *Les Épisodiques*, 1995, n° 7, p. 17.

Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'égalité des citoyens devant la justice n'était pas méconnu par cette composition dérogatoire, au regard des objectifs poursuivis (« déjouer l'effet des pressions ou des menaces pouvant altérer la sérénité de la juridiction de jugement »)¹⁸⁰⁴. Par contre, ce procédé ne peut être étendu au jugement d'autres infractions, en dehors du domaine terroriste¹⁸⁰⁵. Le Conseil n'exclut ainsi pas la possibilité de créer une dérogation en matière de composition d'une juridiction, dès lors que la différence de traitement ainsi créée « repose sur des critères préalablement posés par la loi, suffisamment précis et objectifs pour éviter une application arbitraire et justifiés par l'objectif d'intérêt général visé par le législateur »¹⁸⁰⁶. Par ailleurs, le principe d'égalité ne s'oppose ainsi pas à la modification des règles d'organisation judiciaire en cours de procédure, seulement si les règles nouvelles s'appliquent à tous les justiciables et sont justifiées « par la bonne administration du service public de la justice », et dans le respect du principe de non-rétroactivité des lois pénales¹⁸⁰⁷. Ce même principe d'égalité ne s'oppose pas non plus à l'ouverture, dans la loi, d'une possibilité de choix de la juridiction compétente. Par exemple, pour le choix potentiel du procureur de la République entre procédure avec juge d'instruction et saisine directe du tribunal, le Conseil juge que la disposition n'est pas inconstitutionnelle. Sur le fondement à la fois du principe d'égalité des citoyens devant la loi et des droits de la défense, il estime en effet que la disposition s'applique aux affaires « pour lesquelles une information n'est pas nécessaire », c'est-à-dire aux affaires peu complexes, et que c'est au procureur qu'incombe en tout état de cause la charge de la preuve¹⁸⁰⁸. L'absence de recours au juge d'instruction ne lui serait alors préjudiciable qu'à lui-même, et pas au prévenu.

301. Par ailleurs, le principe d'égalité devant la justice interdit la création de juridictions extraordinaires ou *ad hoc*, c'est-à-dire qu'un justiciable ne soit jugé par « une juridiction créée spécialement pour lui »¹⁸⁰⁹, par des « juridictions spéciales »¹⁸¹⁰. Cependant, la France a connu, jusque sous l'empire de la Constitution de 1958, des juridictions d'exception, notamment dans le contexte de la guerre d'Algérie en matière militaire¹⁸¹¹. En effet, il est considéré que le

¹⁸⁰⁴ Cons. const., décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, *Recueil*, p. 122, cons. n°s 7 à 13.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, cons. n° 24.

¹⁸⁰⁶ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 55.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 40. Voy. par ex. Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Recueil*, p. 46, cons. n° 7.

¹⁸⁰⁸ Cons. const., décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Recueil*, p. 15, cons. n°s 32-33.

¹⁸⁰⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 37^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2024, p. 1192 (§ 1512).

¹⁸¹⁰ T. CLAY, « Juge naturel », *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 681.

¹⁸¹¹ Sur les juridictions créées par Charles de Gaulle pendant cette période, voy. par ex. J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 1085. Malgré l'intervention du Conseil d'État en 1962 pour annuler la création de la Cour militaire de justice (arrêt du 19 octobre 1962, *Canal*), le Président de la République parvint à créer une Cour de sûreté de l'État, par une loi du 15 janvier 1963.

principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur opère une diversification et une spécialisation des juridictions. Le Conseil constitutionnel estime de façon générale que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁸¹². Il est ainsi par exemple avancé qu'en matière pénale, la tripartition, selon l'infraction, entre cours d'assise (crimes), tribunaux correctionnels (délits) et tribunaux de police (contraventions) serait « la déclinaison, en procédure pénale, du principe de légalité et du principe d'égalité devant la justice », et serait même « une expression en matière pénale du droit au juge naturel »¹⁸¹³. Cependant, il existe une difficulté relative à la dénomination des juridictions spécialisées, ces juridictions créées pour traiter certains types de litiges prédéterminés, dans des conditions qui peuvent différer des juridictions ordinaires. Les adjectifs « spéciales », « particulières », « d'exception » ou « spécialisées » sont ainsi tour à tour employées par la doctrine pour qualifier certaines juridictions, sans qu'une distinction soit réellement opérée par rapport aux juridictions extraordinaires, exceptionnelles, interdites. C'est notamment le cas dans les manuels de procédure civile, afin de qualifier les tribunaux de commerce (renommés « tribunaux des affaires économiques » à partir de 2025 dans le cadre de l'expérimentation prévue par la loi d'orientation et de programmation pour le ministère de la justice 2023-2027 n° 2023-1059 du 20 novembre 2023)¹⁸¹⁴, les conseils de prud'hommes ou les tribunaux paritaires des baux ruraux par exemple¹⁸¹⁵. Une grande diversité d'adjectifs est également perceptible dans les manuels de procédure pénale¹⁸¹⁶. Seules les juridictions administratives spécialisées sont systématiquement rattachées à ce caractère spécial ou

Thierry Renoux estime que cette juridiction d'exception ne méconnaissait pas le principe d'égalité (T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 41). Cette Cour a été supprimée en 1981, tandis que les tribunaux militaires ont disparu en temps de paix en 1982.

¹⁸¹² Cons. const., décision n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Recueil*, p. 15 ; décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, *Recueil*, p. 84.

¹⁸¹³ A. DARSONVILLE et R. PARIZOT, « La création d'une juridiction spécialisée en matière de violences intrafamiliales : une mauvaise solution », *AJ Pénal*, 2023, n° 2, p. 71.

¹⁸¹⁴ Par ex. qualifiés de « juridictions spécialisées » par R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *Institutions juridictionnelles*, 20^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit privé, 2024, p. 117 (§ 112) ; et de « juridictions spéciales » par T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 41.

¹⁸¹⁵ L'ensemble de ces juridictions est par exemple qualifié de « juridictions d'exception » par J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Précis Domat droit privé, 2019, p. 519 et s. ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 12^e éd., Paris, LexisNexis, Manuel, 2023, p. 871 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, PUF, Thémis Droit privé, 1996, p. 717 et s. ; N. FRICERO, *Procédure civile : cours intégral et synthétique*, 21^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, Mémentos, 2024, p. 80-82 ; N. FRICERO, T. GOUJON-BETHAN et A. DANET, *Procédure civile*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuels, 2023, p. 172 et s.

¹⁸¹⁶ Voy. par ex. C. RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, 25^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, Mémentos, p. 59 (« juridictions spécialisées ») ; C. AMBROISE-CASTÉROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2024, p. 57 et s. (« juridictions d'exception »).

spécialisé, sans référence à la catégorie des juridictions d'exception¹⁸¹⁷. Il peut même arriver que la dénomination « juridiction d'exception » renvoie, dans un même ouvrage, à la fois à des juridictions que l'on pourrait qualifier de « spécialisées », mais aussi à des juridictions réellement exceptionnelles, caractérisées notamment par leur « existence éphémère », telles les chambres ardentes sous l'Ancien régime¹⁸¹⁸. De manière générale, il ressort de la lecture de la doctrine française que l'utilisation de l'expression « juridictions d'exception » comme synonyme de « juridictions spécialisées » découle de la distinction fondamentale opérée entre les juridictions de droit commun et les juridictions ayant une compétence d'attribution, spécialisée¹⁸¹⁹. Ces dernières sont ainsi aisément qualifiées de juridictions d'exception, en raison du caractère d'attribution de leur compétence, sans que cela renvoie à l'interdiction des juridictions extraordinaires ou *ad hoc*.

B. L'extension jurisprudentielle du domaine de la loi en matière d'organisation judiciaire

302. En France, l'organisation de la justice, en particulier des juridictions de l'ordre judiciaire, relève traditionnellement du domaine de la loi. Sous l'empire de la Constitution de 1958, l'article 34 al. 1^{er} pose ainsi une réserve de loi en matière d'organisation judiciaire. Strictement, celle-ci vaut pour la procédure pénale, l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridictions et le statut des magistrats. Cependant, le Conseil constitutionnel a procédé à une extension du domaine législatif en la matière¹⁸²⁰. D'abord, il estime depuis 1959 que la création de nouveaux ordres de juridiction relève de la compétence du législateur¹⁸²¹. Dans ce contexte, il interprète l'expression « ordre de juridiction » comme signifiant « catégorie de

¹⁸¹⁷ M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, coll. Masters droit, 2014, p. 153 et s. ; O. LE BOT, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme Manuels, 2024, p. 75 et s. (« juridictions administratives spéciales ») ; F. BLANCO, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit, 2019, p. 149 et s. ; C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuel, 2024, p. 42 ; O. GOHIN, F. POULET, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2023, p. 156 et s. (« juridictions administratives spécialisées ») ; C. BARRAY et P.-X. BOYER, *Droit du contentieux administratif*, 5^e éd., Paris, Gualino, Lextenso, coll. Mémentos, 2024, p. 55-56 (« à compétence spéciale »).

¹⁸¹⁸ Voy. ici par ex. B. GARNOT, *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, Folio Histoire, n° 173, 2009, p. 213 (chambres ardentes), 241 (tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes).

¹⁸¹⁹ Voy. par ex. R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *op. cit.*, 20^e éd., p. 398-400 (§ 505) ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022, p. 547-548 ; Voy. aussi J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, les Cours de droit, Litec, 1994, p. 41.

¹⁸²⁰ T. S. RENOUX et A. ROUX, *L'administration de la justice en France*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1994, p. 24.

¹⁸²¹ Cons. const., décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959, *Recueil*, p. 67. Voy. le commentaire de L. Favoreu et L. Philip in L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007, p. 55-73, en part. p. 70-72.

juridictions »¹⁸²², afin d'y intégrer un large panel de juridictions françaises, telles que les tribunaux pour enfants¹⁸²³, les juridictions de proximité¹⁸²⁴ ou encore les chambres de l'expropriation¹⁸²⁵. Une seule juridiction, d'un genre unique, peut même constituer à elle seule un ordre de juridiction. C'est ce qu'a jugé le Conseil pour la Cour de cassation¹⁸²⁶. De son côté, le Conseil d'État, suivant l'interprétation extensive posée par le Conseil constitutionnel dès 1961, considère par exemple que les tribunaux militaires à compétence spéciale constituent un ordre de juridiction distinct¹⁸²⁷.

303. Par ailleurs, cette interprétation extensive permet au Conseil constitutionnel d'inclure dans cette création « toutes les règles constitutives qui permettent à la juridiction d'exercer pleinement la mission pour laquelle elle a été créée »¹⁸²⁸. Tel est en particulier le cas des règles qui fixent le mode de composition de la juridiction, celles qui déterminent la compétence matérielle ou encore la structure de base de la juridiction¹⁸²⁹. Par exemple, le Conseil juge que les règles qui concernent le mode de désignation des personnes appelées à siéger en tant qu'assesseurs au tribunal pour enfants et la durée de leurs fonctions, font partie du domaine législatif, car elles participent à garantir l'indépendance des assesseurs¹⁸³⁰. Par principe, seules la compétence territoriale¹⁸³¹ et l'organisation interne des juridictions relèvent de la compétence règlementaire¹⁸³². Cette dernière question a à son tour été dévolue, par le

¹⁸²² T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 50 ; T. S. RENOUX et A. ROUX, *op. cit.*, p. 24-25 ; L. FAVOREU, « Chapitre 58. Le statut constitutionnel du juge administratif », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 877.

¹⁸²³ Cons. const., décision n° 64-31 L du 21 décembre 1964, *Recueil*, p. 43.

¹⁸²⁴ Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Recueil*, p. 204.

¹⁸²⁵ Cons. const., décision n° 65-33 L du 9 février 1965, *Recueil*, p. 73.

¹⁸²⁶ Cons. const., décision n° 77-99 L du 20 juillet 1977, *Recueil*, p. 63, cons. n° 1. Voy. T. S. RENOUX, « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », in COUR DE CASSATION (dir.), *La Cour de cassation et la Constitution de la République : actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 81 et s.

¹⁸²⁷ CE, Ass., arrêt du 2 mars 1962, n°s 55049, 55055, *Rubin de Servens*, publié au *Lebon*. Voy. aussi CE, Ass., arrêt du 13 juillet 1962, n°s 51265, 51266, *Conseil national de l'ordre des médecins* (section disciplinaire spécial au sein du Conseil national de l'ordre des médecins) ; CE, sect., arrêt du 30 juin 1967, n°s 57775, 57955, 57959, 57967, 57968, 57969, *Caisse de compensation de l'ORGANIC* (juridiction compétente pour prononcer la déchéance temporaire ou définition de la qualité d'artisan ou de maître artisan).

¹⁸²⁸ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 50 ; T. S. RENOUX, « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », art. cité, p. 82 ; T. S. RENOUX et A. ROUX, *op. cit.*, p. 25-26. Voy. également L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 181 ; L. FAVOREU, « Chapitre 58. Le statut constitutionnel du juge administratif », art. cité, p. 877.

¹⁸²⁹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 50 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 72.

¹⁸³⁰ Cons. const., décision précitée du 21 décembre 1964, cons. n° 2.

¹⁸³¹ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 50-51 ; T. S. RENOUX et A. ROUX, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸³² T. S. RENOUX et A. ROUX, *op. cit.*, p. 29-30.

pouvoir réglementaire, aux présidents de juridiction¹⁸³³. Pour la Cour de cassation, le Conseil juge que sont des règles constitutives celles qui fixent le mode de composition de la chambre mixte et de l'assemblée plénière¹⁸³⁴. Par contre, la composition concrète de la chambre mixte, décidée par ordonnance du Premier Président, relève bien du domaine réglementaire, en tant que « mise en œuvre des règles de composition »¹⁸³⁵. Les règles concernant la procédure à suivre devant les juridictions relèvent également du domaine réglementaire¹⁸³⁶, pour autant qu'elles ne concernent pas la procédure pénale et ne remettent pas en cause les « règles » et les « principes fondamentaux placés dans le domaine de la loi par l'article 34 »¹⁸³⁷. Par exemple, le législateur méconnaît les règles constitutionnelles lorsqu'il laisse le soin au président du tribunal de grande instance de choisir la composition de la formation de jugement pour certains délits¹⁸³⁸. Il s'agit d'un cas « d'incompétence négative » du législateur¹⁸³⁹. En revanche, le fait qu'un tribunal statue en chambre du conseil fait partie des précisions de procédure relevant du domaine réglementaire¹⁸⁴⁰. Enfin, si la norme n'a pas pour objet de créer un nouvel ordre de juridiction, mais simplement d'en modifier l'organisation, alors elle relève également du pouvoir réglementaire¹⁸⁴¹. Il n'y a que si cela touche « au domaine de la compétence » des juridictions que c'est encore du domaine de la loi¹⁸⁴². Le Conseil constitutionnel considère par exemple que la fixation du nombre, des sièges et du ressort des tribunaux d'instance à compétence exclusive pénale relève de la compétence réglementaire, et non pas législative. Certes, la création de tels tribunaux, constituant un « ordre de juridiction distinct », relève bien de la compétence législative, mais pas leur organisation¹⁸⁴³.

¹⁸³³ Voy. *infra*, Section 2, § 2, A, para. n° 322 et s.

¹⁸³⁴ Cons. const., décision précitée du 20 juillet 1977, cons. n°s 4 et 5.

¹⁸³⁵ Cons. const., décision précitée du 20 juillet 1977, cons. n° 6.

¹⁸³⁶ Voy. par ex. pour les chambres de l'expropriation : Cons. const., décision précitée du 9 février 1965, cons. n° 5.

¹⁸³⁷ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, *Recueil*, p. 61, cons. n° 1-7 (ex. du recours en cassation).

¹⁸³⁸ Cons. const., décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Recueil*, p. 22, cons. n° 6. Voy. en particulier l'intervention de Pierre Chatenet lors de cette séance, qui indique que « la décision est d'ailleurs intéressante car si d'habitude il est reproché au Parlement d'être allé au-delà du domaine de compétence que lui prescrit cet article 34, cette fois, le Parlement n'a au contraire pas rempli son domaine de compétence » (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Compte-rendu de la séance du 23 juillet 1975*, Paris, Conseil constitutionnel, 1975, p. 6).

¹⁸³⁹ L. FAVOREU et L. PHILIP, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française - Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1975, p. 1319 ; J. RIVERO, « Note sous Cons. constit., décision du 23 juillet 1975 », *AJDA*, 1976, vol. 32, p. 45 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, « 23 juillet 1975 - JUGE UNIQUE », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, Droit public, 1979, p. 337.

¹⁸⁴⁰ Cons. const., décision du 20 février 1973, cons. n° 22.

¹⁸⁴¹ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 64-6 FNR du 22 mai 1964, *Recueil*, p. 47.

¹⁸⁴² Lecture *a contrario* de la décision précitée du 22 mai 1964 (cons. n° 2). Voy. aussi Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, *Recueil*, p. 61, cons. n° 3.

¹⁸⁴³ Cons. const., décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961, *Recueil*, p. 38.

304. En parallèle, la compétence règlementaire est également plus étendue pour l'organisation des juridictions administratives. Historiquement, les compétences de la juridiction administrative ont davantage résulté d'actes administratifs que d'actes législatifs. Au regard de la volonté de rapprocher juge judiciaire et juge administratif en termes de statut et de délimitation des compétences, un renforcement de l'utilisation de la compétence législative en la matière s'est toutefois opéré. Peuvent ainsi être citées la loi du 6 janvier 1986 fixant le statut des membres des tribunaux administratifs¹⁸⁴⁴ ou encore la loi du 31 décembre 1987 créant les cours administratives d'appel¹⁸⁴⁵. Néanmoins, le pouvoir règlementaire reste compétent pour un certain nombre de questions en matière de justice administrative¹⁸⁴⁶.

305. Enfin, il peut être considéré que cette réserve de loi entraîne, *a contrario*, l'interdiction classique et historique de création de juridiction d'exception ou extraordinaires par le pouvoir exécutif¹⁸⁴⁷ – interdiction qui s'impose également en vertu du principe d'égalité des citoyens¹⁸⁴⁸. Cependant, le concept de réserve de loi est interprété comme renvoyant à la loi matérielle et non formelle, ce qui signifie que les matières ainsi réservées au domaine législatif selon l'article 34 al. 1 3° de la Constitution peuvent faire l'objet d'ordonnances prévues à l'article 38 de la Constitution. Le pouvoir exécutif peut donc créer, par cette voie, une nouvelle catégorie de juridiction et en faire une juridiction ordinaire, afin d'éviter la qualification de juridiction d'exception ou extraordinaire¹⁸⁴⁹.

C. Le principe de séparation des deux ordres de juridiction

306. En France, un dernier élément est particulièrement mis en avant dans les réflexions relatives à la délimitation des compétences des juridictions : il s'agit du principe de séparation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. C'est en effet dans ce cadre que l'expression « juge(s) naturel(s) » est la plus susceptible d'être employée. L'exemple le plus explicite est celui du principe selon lequel le juge judiciaire est le juge naturel de protection de la liberté

¹⁸⁴⁴ Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs (*JO*, 7 janvier 1986, p. 332 et s).

¹⁸⁴⁵ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif (*JO*, 1^{er} janvier 1988, p. 7 et s).

¹⁸⁴⁶ T. S. RENOUX et A. ROUX, *op. cit.*, p. 28, 31.

¹⁸⁴⁷ T. S. RENOUX, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », art. cité, p. 48.

¹⁸⁴⁸ S. LÖHR, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁴⁹ Voy. par ex. CE, Ass., arrêt du 19 octobre 1962, n° 58502, *Canal* (ordonnance du Président de la République, sur habilitation obtenue par référendum).

individuelle, en vertu de l'article 66 de la Constitution de 1958. Un juge existe d'ailleurs spécifiquement pour résoudre les éventuels conflits de compétence entre juridictions judiciaires et juridictions administratives : le Tribunal des conflits¹⁸⁵⁰. Jean-Pierre Royer le décrit comme le « juge suprême sentinelle de la distinction des ordres de juridiction »¹⁸⁵¹. Cette délimitation des compétences est fondamentale dans la culture française, et remonte à la Révolution française et à l'interdiction faite aux juridictions de s'immiscer dans les affaires de l'administration. Le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives prend donc sa source dans la méfiance exprimée à l'égard des juges, en particulier lorsqu'il s'agit de juger l'action administrative. Partant, il est tout à fait étranger aux justiciables et à leurs droits individuels. Depuis une célèbre décision de 1987, le Conseil constitutionnel français ne donne pas de valeur constitutionnelle au principe de séparation des autorités, mais simplement au principe selon lequel la juridiction administrative est seule compétente pour annuler ou réformer les décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice des prérogatives de puissance publique¹⁸⁵². Même si le juge constitutionnel français n'a jamais employé l'expression « juge(s) naturel(s) » dans ses décisions, il précise dans ce cadre que cette réserve de compétence du juge administratif ne s'applique pas, par exception, aux « matières réservées *par nature* à l'autorité judiciaire »¹⁸⁵³. Le Conseil se donne alors « un rôle déterminant quant à la définition du partage de compétence entre juge administratif et juge judiciaire »¹⁸⁵⁴. Le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives permet donc, dans une certaine mesure, de garantir la correcte délimitation des compétences *ratione materiae* entre les deux ordres de juridiction. Cependant, ce principe est un principe objectif d'organisation de la justice, duquel ne découle aucun droit subjectif pour les parties, pour les justiciables. D'ailleurs, dans sa thèse de 1962, Louis Favoreu met en avant une série de situations dans lesquelles le justiciable ne peut pas atteindre son juge compétent, ou se trouve en présence de plusieurs juges potentiellement compétents, sans que le Tribunal des conflits soit compétent pour résoudre la

¹⁸⁵⁰ Celui-ci est né une première fois avec l'article 89 de la Constitution de la II^e République de 1848 (voy. par ex. B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Léviathan, Paris, PUF, 2003, p. 125-128), avant de disparaître le temps du Second Empire, puis de naître à nouveau avec la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État (art. 25 et suivants – JO, 31 mai 1872, p. 3626 et s).

¹⁸⁵¹ J.-P. ROYER *et al.*, *op. cit.*, p. 415.

¹⁸⁵² Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Recueil*, p. 8, cons. n° 15. Sur la portée de cette décision, voy. par ex. G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990.

¹⁸⁵³ *Ibid.* (nous soulignons). Sur ces matières réservées, voy. par ex. T. S. RENOUX, « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », art. cité, p. 100 et s. (lequel n'utilise d'ailleurs pas l'expression « juge naturel » dans ses développements à ce sujet).

¹⁸⁵⁴ L. FAVOREU, « Chapitre 57. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas de valeur constitutionnelle », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 871.

situation¹⁸⁵⁵. Le doyen Favoreu qualifie ces situations de dénis de justice. Or, le justiciable ne dispose d'aucun moyen pour prévenir ou faire cesser ces cas de dénis de justice. D'un point de vue comparé, la question de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction a été liée, en Belgique, au droit au juge naturel¹⁸⁵⁶. La thèse de Audrey-Pierre So'o met particulièrement en avant la différence entre ce système et la solution française, qui s'est longtemps concentrée sur la protection de l'administration, et non sur la protection des individus ou de leurs droits par le juge judiciaire¹⁸⁵⁷. Il y a désormais une meilleure prise en compte des droits individuels des justiciables dans le système français de règlement des conflits, mais le droit au juge naturel ne constitue toujours pas un prisme de résolution de ces conflits de compétence.

307. Finalement, il peut être considéré qu'en France, « les règles de compétence sont [...] générales et prévisibles et leur modification ne permet guère de faire échapper à un juge donné telle ou telle affaire »¹⁸⁵⁸. Le principe d'égalité devant la justice, tout comme la réserve de loi en matière d'organisation judiciaire, permettent en particulier d'éviter la manipulation de la répartition des compétences par les autres pouvoirs, en particulier exécutif. Cependant, ces principes objectifs visent à garantir la bonne organisation de la justice, et sont souvent mis en balance avec d'autres principes objectifs, en particulier celui de bonne administration de la justice. Il n'existe ainsi aucun droit subjectif pour le justiciable à l'action positive du législateur en matière d'organisation judiciaire. Tout au plus peut-il exiger le respect du principe d'égalité, mais aucun élément relatif à la précision de la norme de compétence. L'interdiction des juridictions exceptionnelles ou *ad hoc* ne constitue également pas une source de réflexion approfondie en droit français, par comparaison avec le système allemand, profondément marqué par les dérives du totalitarisme en matière de justice. Cette culture juridique spécifique implique alors un second approfondissement du droit au juge légal en Allemagne : celui permettant d'imposer la prédétermination aussi précise que possible du *juge* concrètement compétent.

¹⁸⁵⁵ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 345 et s.

¹⁸⁵⁶ A.-P. SO'O, *Les conflits de compétences juridictionnelles au regard des droits individuels. Étude de droit comparé (fin du XVIII^e siècle - début du XXI^e siècle) : France, Allemagne, Belgique*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de J. BOUDON), Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2021, p. 146 et s., p. 502 et s.

¹⁸⁵⁷ A.-P. SO'O, *op. cit.*

¹⁸⁵⁸ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », *ZZPint.*, 2010, vol. 15, p. 65 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », in B. FRYDMAN, E. JEULAND (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 87.

Section 2 : Une exigence spécifique de détermination du juge légal au sein de chaque juridiction

308. Autrefois rattachée au principe d'indépendance de la justice, la question de l'organisation interne des tribunaux intègre le champ d'application du droit au juge légal sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Celle-ci estime que le juge légal n'est pas uniquement la juridiction en tant qu'institution, mais également le juge, en tant que personne, chargé de trancher le litige. Cette idée est rattachée à la légalité du juge dans la mesure où cette détermination du juge compétent s'opère indirectement par la loi – les lois qui encadrent l'édiction des plans de répartition des affaires. Dans ce cadre, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF impose la correcte répartition des compétences au sein de l'autorité judiciaire : entre les ordres de juridictions, entre les différents tribunaux appartenant à un même ordre, entre les différentes chambres ou sections existantes dans un tribunal, ainsi qu'entre les différents juges appartenant à la même chambre ou section. Pour répondre à cet objectif, la loi seule est insuffisante – ne pouvant pas s'occuper de régler l'organisation interne de chaque juridiction du pays. Les lois d'organisation judiciaire doivent ainsi être complétées par des actes internes aux juridictions appelés plans de répartition des affaires (*Geschäftsverteilungspläne*) (§ 1). Les exigences allemandes associées à cette prédétermination aussi précise que possible du juge compétent pour chaque litige potentiel permettent de mettre en lumière, *a contrario*, la grande liberté dont les tribunaux français bénéficient pour la répartition interne des affaires (§ 2).

§ 1 : Le caractère indispensable des plans internes de répartition des affaires en Allemagne

309. De façon constante, la Cour constitutionnelle allemande reconnaît qu'« il n'est pas possible d'adopter, dans une loi formelle, une réglementation qui permette de déterminer d'office et pour chaque cas particulier, quels sont les juges appelés à statuer »¹⁸⁵⁹. Elle estime alors que les règlements intérieurs (*Geschäftsordnungen*) et les plans de répartition des affaires sont les « compléments nécessaires » des lois de compétence¹⁸⁶⁰. De cette nécessité découle une obligation, pour les juridictions, d'édicter des plans de répartition des affaires, afin de garantir que « seuls les juges [décident] de leurs compétences, telle que définie par la loi, dans

¹⁸⁵⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]).

¹⁸⁶⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]).

une affaire donnée »¹⁸⁶¹ (A). Au niveau inférieur, à l'intérieur des subdivisions d'une juridiction, l'obligation de prévoir le roulement entre les juges appartenant concrètement à la chambre ou à la section n'est que relative (B).

A. L'obligation d'édicter les plans de répartition des affaires

310. Au nom de l'indépendance interne du pouvoir judiciaire, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommande que « la répartition des affaires au sein d'un tribunal [obéisse] à des critères objectifs préétablis »¹⁸⁶². La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale depuis les années 1950 respecte ces recommandations. Elle a en effet très tôt constaté que les règles légales de compétences devaient être complétées par des actes internes aux juridictions (1), dont le contenu est strictement encadré par la loi et la jurisprudence constitutionnelle (2).

1. L'obligation de compléter les règles légales de compétence

311. L'inclusion de la répartition interne des compétences dans le champ d'application du droit au juge légal implique que le partage s'opère par des normes, afin que le juge chargé de trancher un litige ne soit pas désigné au cas par cas, mais de manière abstraite et générale¹⁸⁶³. Cependant, d'un point de vue technique et pratique, il paraît à la fois difficile et inutile que la répartition s'opère par la voie législative. En effet, d'une part, il semble impossible que le parlement puisse déterminer l'attribution des affaires de chaque juridiction du territoire national¹⁸⁶⁴. D'autre part, lorsqu'une loi ordinaire existe concernant la division des affaires au sein d'une juridiction en particulier – notamment la Cour constitutionnelle fédérale et la répartition entre ses deux chambres¹⁸⁶⁵ –, le législateur précise aussitôt que le plénum de la

¹⁸⁶¹ Point 10 de la recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités*, Recommandation CM/Rec(2010)12, 17 novembre 2010, p. 8).

¹⁸⁶² Point 24 de la Recommandation (*ibid.*, p. 10). La Cour européenne des droits de l'Homme a suivi cette recommandation dans son arrêt du 5 octobre 2010 (requête n° 19334/03, *DMD group*), en se fondant sur les principes d'indépendance et d'impartialité : elle a ainsi jugé que le changement arbitraire dans la distribution d'une affaire et l'absence de recours contre celui-ci constituaient une atteinte à l'article 6 al. 1^{er} de la Convention (§ 72).

¹⁸⁶³ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 549.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 550.

¹⁸⁶⁵ Paragraphe 14, al. 1^{er} à 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*BVerfGG*). Sur cette répartition, voy. en français, G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021, p. 687-688 (§ 790).

Cour peut modifier de manière générale le plan de répartition fixé légalement pour la prochaine année judiciaire¹⁸⁶⁶. Cela montre les difficultés et les limites d'un partage légal des affaires et la nécessité d'un transfert de cette compétence à des organes plus proches et dans des formes moins strictes¹⁸⁶⁷. Les plans de répartition des affaires jouent ainsi un rôle particulièrement important pour l'organisation judiciaire¹⁸⁶⁸. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme n'ignore pas l'adoption de règles concernant l'organisation judiciaire en dehors des lois au sens formel. En effet, dans sa conception d'un « tribunal établi par la loi », elle y inclut la détermination légale de la composition personnelle de ce tribunal¹⁸⁶⁹. Elle reconnaît que cette détermination ne s'opère pas par une loi formelle :

« La "loi" visée par cette disposition est donc non seulement la législation relative à l'établissement et à la compétence des organes judiciaires, mais également *toute autre disposition du droit interne dont le non-respect rend irrégulière la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen de l'affaire*. Il s'agit notamment des dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation des magistrats »¹⁸⁷⁰

En revanche, la Cour de Strasbourg se focalise sur la question des incompatibilités et des récusations, et non pas sur celle de la répartition des affaires au sein des juridictions et des subdivisions.

312. En Allemagne, c'est par sa décision de 1964 appelée *Plan de répartition des affaires* que la Cour constitutionnelle fédérale pose les principes de base concernant l'exigence de prédétermination du *juge* légal. Le paragraphe 16 de cette décision mérite d'être cité dans son entièreté :

¹⁸⁶⁶ Paragraphe 14 al. 4 *BVerfGG*.

¹⁸⁶⁷ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 550.

¹⁸⁶⁸ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 20 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 48.

¹⁸⁶⁹ CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c. Lettonie*, § 114 : « [...] L'expression "établi par la loi" concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire [...] ».

¹⁸⁷⁰ CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c. Lettonie*, § 114 (nous soulignons).

« Au regard de la multiplicité des voies de droit et des juridictions, de la diversité d'organisation et de la taille variable de ces juridictions, du nombre variable de juges y travaillant, de l'ampleur variable de la charge de travail des juridictions et de la variation de cette charge de travail au sein des juridictions, il n'est pas possible de fixer dans la loi toutes les règles relatives au juge légal. C'est pourquoi les règles légales doivent être complétées par des règles relatives à la répartition des affaires, posées dans un plan de répartition des affaires, lequel doit, dans les tribunaux collégiaux, être établi chaque année pour l'année suivante, principalement par les bureaux des juridictions, en toute indépendance judiciaire. Il doit également déterminer de manière aussi claire que possible les juges appelés à statuer sur les affaires pendantes. »¹⁸⁷¹

Les motifs de l'impossibilité pour le législateur de déterminer le juge légal jusqu'au juge en tant que personne sont variés, mais tiennent essentiellement aux variations en termes de structure, de taille et de charge de travail entre les juridictions allemandes. Par cette décision, la Cour de Karlsruhe pose donc l'obligation de compléter les lois d'organisation judiciaire par des actes internes aux juridictions. En vertu du paragraphe 21e de la loi relative à l'organisation judiciaire, ces plans doivent déterminer la composition des formations de jugement, la nomination des juges d'instruction (*Ermittlungsrichter*), organiser les remplacements et répartir les affaires. Comme cela a déjà été présenté, cette obligation d'édiction des plans de répartition des affaires existe depuis la fin du XIX^e siècle en Allemagne, en vertu des lois sur la justice du *Reich* de 1877¹⁸⁷². Cependant, avec sa jurisprudence de 1964, la Cour constitutionnelle fédérale rattache explicitement cette obligation au droit au juge légal, comme seconde obligation positive de réglementation. À l'image du contrôle qu'elle exerce sur les lois adoptées par le parlement, elle encadre strictement l'édiction de ces plans de répartition des affaires.

¹⁸⁷¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 16 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 299]). Voy. aussi, dans le même sens, C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 34 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁸⁷² Voy. *supra*, Chapitre IV, Section 2, § 3, A, para. n° 210 et s.

2. Le strict encadrement des plans de répartition des affaires

313. Depuis la loi relative à l'organisation judiciaire de 1877 et en vertu de la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, les plans de répartition des affaires doivent être adoptés par le bureau de la juridiction, appelé *Präsidium*, « en toute indépendance judiciaire »¹⁸⁷³. Ce bureau, qui existe dans toutes les juridictions, est un organe indépendant d'auto-administration de la juridiction¹⁸⁷⁴. Il est composé du président de la juridiction et d'un certain nombre de juges élus de la juridiction, dont le nombre varie en fonction de la taille du tribunal¹⁸⁷⁵. La Cour constitutionnelle fédérale ne sanctionne pas la mauvaise composition du *Präsidium* par l'invalidation du plan de répartition des affaires, sauf dans des cas exceptionnels, lorsque cette mauvaise composition a ouvert une possibilité de manipulation¹⁸⁷⁶. Ces plans doivent être adoptés sous la forme écrite¹⁸⁷⁷ et rendus publics, afin que tout justiciable puisse savoir quel est son juge légal au sein d'un tribunal¹⁸⁷⁸. Ce n'est pas uniquement le mode de répartition des affaires qui doit être public, mais également la répartition personnelle des magistrats au sein du tribunal¹⁸⁷⁹. Cela implique qu'ils soient adoptés préalablement à l'inscription des requêtes au rôle des juridictions¹⁸⁸⁰. Le principe d'anticipation doit ainsi être respecté¹⁸⁸¹, tout comme celui d'annualité. En effet, en vertu du paragraphe 21e al. 1^{er} de la loi relative à l'organisation judiciaire, les plans sont adoptés avant le début de l'année judiciaire, et pour toute sa durée.

314. Sur le fond, les plans de répartition des affaires doivent « définir les compétences des différentes chambres et leur attribuer les juges nécessaires »¹⁸⁸², en prévoyant des règles de remplacement¹⁸⁸³. Ils doivent ensuite contenir les règles de répartition des tâches et le calendrier annuel des juridictions. Dans la réalisation de cet objectif, les *Präsidien* des juridictions doivent

¹⁸⁷³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 16 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 299]).

¹⁸⁷⁴ K. BOHN, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁷⁵ Voy. le paragraphe 21a de la loi relative à l'organisation judiciaire.

¹⁸⁷⁶ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 74.

¹⁸⁷⁷ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]). Voy. déjà C. féd. de justice, décision du 5 mai 1994, VGS 1, 2, 3, 4/93 (*BGHZ* 126, 63 [en part. p. 85 et s.]).

¹⁸⁷⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 septembre 1997, 1 BvR 116/94 (*NJW* 1998, 369 [en part. p. 370]). Cela doit en particulier permettre aux justiciables de s'assurer que les juges concernés présentent toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires (voy. *infra*, Chapitre VIII, Section 1, § 2, A, para. n° 456).

¹⁸⁷⁹ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 552.

¹⁸⁸⁰ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328-329]).

¹⁸⁸¹ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 50.

¹⁸⁸² C. constit. féd. all., plénium, décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 34 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁸⁸³ K. BOHN, *op. cit.*, p. 22.

s'assurer que les règles sont abstraites et générales¹⁸⁸⁴, afin que la répartition des juges et des affaires s'opère sans considération de la personne ou du cas particulier¹⁸⁸⁵. Pour ce faire, ils doivent faire appel à des critères objectifs de distribution des litiges entre les chambres¹⁸⁸⁶. Ceux-ci peuvent varier d'un tribunal à l'autre, pour autant qu'ils soient fixés par avance et que leur nature soit objective. L'affectation ne doit pas dépendre du cadre de l'affaire. Le critère prédominant utilisé par les juridictions de première instance en matière pénale est par exemple la première lettre du nom de famille de l'accusé ou du défendeur. D'autres critères, tels que le numéro de dossier, la date de réception de la requête par le tribunal, la matière juridique concernée ou la norme juridique applicable, sont également utilisés¹⁸⁸⁷. Il faut donc un équilibre entre abstraction, généralité et précision de la détermination du juge compétent¹⁸⁸⁸. Le droit au juge légal n'impose pas une organisation judiciaire déterminée, mais un résultat déterminé en ce qui concerne l'organisation judiciaire¹⁸⁸⁹. En tout état de cause, il faut que les plans respectent l'exigence d'une prédétermination aussi précise que possible du juge compétent¹⁸⁹⁰ et qu'ils soient exhaustifs¹⁸⁹¹, c'est-à-dire valoir pour l'ensemble des procédures pendantes ou sur le point d'être pendantes¹⁸⁹². Comme pour le législateur, la Cour de Karlsruhe autorise l'utilisation de termes juridiques indéterminés – « empêchement », « connexité » ou « matière » de l'affaire par exemple. Une marge d'appréciation est ainsi laissée aux juges dans l'interprétation des règles internes, à condition que ceux-ci utilisent les méthodes d'interprétation classiques¹⁸⁹³.

315. Les règles sont ainsi très strictes en ce qui concerne l'édiction des plans de répartition des affaires, afin d'éviter toute possibilité de manipulation dans la composition des formations de jugement. C'est à la fois une garantie vis-à-vis des autres pouvoirs étatiques, mais également vis-à-vis des juges eux-mêmes, afin de protéger leur indépendance interne. Dans la poursuite du même objectif, la question s'est ainsi posée de savoir comment la répartition des

¹⁸⁸⁴ C. constit. féd. all., plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 329]) ; 2^e ch., décision du 27 mai 2005, 2 BvR 26/02 (*NJW* 2005, 2540 [en part. p. 2541]).

¹⁸⁸⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 1964, 2 BvR 498/62 (*BVerfGE* 18, 65 [en part. p. 69]).

¹⁸⁸⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 octobre 1997, 1 BvR 1644/94, § 30 (*BVerfGE* 97, 1 [en part. p. 10]).

¹⁸⁸⁷ H. THIEDERMANN, « The "Lawful Judge" – a Comparative Survey on the Allocation of Cases to Judges in South Africa and Germany », *Verfassung und Recht Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2003, vol. 36, n° 2, p. 239.

¹⁸⁸⁸ K. MÜLLER, art. cité, p. 608.

¹⁸⁸⁹ H.-D. HORN, art. cité, p. 1289.

¹⁸⁹⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 1964, 2 BvR 498/62 (*BVerfGE* 18, 65 [en part. p. 69]).

¹⁸⁹¹ Voy. par ex. Trib. adm. féd. all., décision du 30 octobre 1984, 9 C 67.82 (*NJW* 1985, 822).

¹⁸⁹² M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 50.

¹⁸⁹³ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 44 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 332-333]).

affaires devait s'opérer, en conformité avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, au sein des subdivisions d'une juridiction (chambre, section, etc.).

B. Les éventuels plans internes de participation au sein des chambres

316. La question de la répartition des affaires au sein des chambres d'un même tribunal s'est posée très tôt dans la doctrine allemande¹⁸⁹⁴. Le paragraphe 21g de la loi relative à l'organisation judiciaire prévoyait qu'« au sein d'une chambre composée de plusieurs juges, le président répartit les affaires entre les membres ». Le législateur ne semblait ainsi pas vouloir instaurer les principes prévalant pour la répartition des juges et des affaires d'une juridiction à l'intérieur des chambres. Cependant, des difficultés sont apparues, notamment au regard du droit au juge légal et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Par exemple, dès 1959, Karl August Bettermann estime que l'existence de la possibilité de jugement par juge unique (prévue notamment au paragraphe 349 du code de procédure civile) devrait nécessiter l'adoption d'un plan interne à la chambre, afin de régler de manière générale et abstraite dans quel ordre les magistrats de la chambre alternent pour siéger en formation de juge unique¹⁸⁹⁵. Au-delà des cas spécifiques de jugement par juge unique, la question qui se posait était celle de savoir s'il fallait laisser un pouvoir discrétionnaire au président de chambre pour répartir les affaires et les juges au sein de sa chambre, notamment lorsque cette dernière est composée d'un nombre de juges supérieur à ce qui est nécessaire pour siéger (situation de sureffectif – *Überbesetzung*). C'est par une décision d'assemblée plénière de 1997¹⁸⁹⁶ – configuration exceptionnelle – que la Cour constitutionnelle fédérale impose encore plus strictement le respect du droit au juge légal dans l'organisation interne des juridictions. En l'espèce, la Cour fédérale des finances estimait ne pas devoir respecter l'obligation de prédétermination du juge compétent au sein d'une chambre, même en situation de sureffectif¹⁸⁹⁷. Alors que la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe avait validé la constitutionnalité de cette

¹⁸⁹⁴ Sur le traitement de cette question avant la Loi fondamentale de 1949, voy. par ex. U. MÜBIG, *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 323 et s.

¹⁸⁹⁵ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 555.

¹⁸⁹⁶ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95 (*BVerfGE* 95, 322). Pour une note en français sur cette décision, voy. M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : La jurisprudence constitutionnelle en 1996 et 1997 », *RDP*, 1999, p. 533-534.

¹⁸⁹⁷ Sur la jurisprudence constitutionnelle antérieure à 1997, voy. par ex. A. HÄNLEIN, art. cité, § 47 et s. ; J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 35-37.

procédure en 1965¹⁸⁹⁸ et en 1985¹⁸⁹⁹, la première chambre ne partage pas cet avis et demande, en 1995, à ce que la question soit renvoyée devant l'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle, afin de faire adopter une position commune plus stricte¹⁹⁰⁰.

317. En assemblée plénière, les juges de Karlsruhe estiment que pour être conforme au droit au juge légal, le paragraphe 21g de la loi relative à l'organisation judiciaire impose de prévoir, par l'adoption d'un plan interne aux chambres, la prédétermination précise et abstraite des juges appelés concrètement à siéger dans la formation de jugement, en cas de sureffectif dans une chambre¹⁹⁰¹. Ces plans internes sont appelés « plans de participation » (*Mitwirkungspläne*). Ils doivent respecter les mêmes principes d'élaboration que les plans de répartition des affaires : une forme écrite, une adoption préalable, des critères généraux et abstraits¹⁹⁰². Afin que cette évolution de jurisprudence ne remette pas en cause les années de pratique de la Cour fédérale des finances à ce sujet, l'assemblée plénière restreint cependant la solution de l'arrêt aux procédures futures, avec une date d'effet fixée au 1^{er} juillet 1997¹⁹⁰³. Elle estime en particulier que cette interprétation du droit au juge légal comme imposant des règles strictes d'organisation interne aux tribunaux ne s'est affinée que progressivement et au fil de ses propres décisions, et qu'une période de transition est nécessaire. En 1999, le législateur fédéral a modifié le paragraphe 21g, en transférant la compétence de répartition des affaires au sein des chambres à l'ensemble des juges professionnels de la chambre. Le législateur a ainsi procédé à une « collégialisation » de la répartition des affaires au sein des chambres¹⁹⁰⁴. Cette modification et les exigences imposées par la Cour de Karlsruhe aux chambres sont en partie critiquées par la doctrine allemande. Il est par exemple avancé que la jurisprudence constitutionnelle impose des exigences extrêmement strictes aux juridictions et aux formations de jugement (plus strictes que pour le législateur par exemple), et ne laisse aucune marge de manœuvre et aucune flexibilité aux juridictions, pour faire face à des événements particuliers¹⁹⁰⁵. Pour Jörn Ipsen, il aurait été préférable de limiter les situations de sureffectif,

¹⁸⁹⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 février 1965, 2 BvR 166/64 (*BVerfGE* 18, 344).

¹⁸⁹⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 janvier 1985, 2 BvR 128/84 (*BVerfGE* 69, 112).

¹⁹⁰⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision de renvoi du 10 août 1995, 1 BvR 1644/94 (*NJW* 1995, 2703). Voy. G. FELIX, « Der gesetzliche Richter », *BB*, 1995, p. 1811-1813.

¹⁹⁰¹ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 34 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁹⁰² C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328-329]).

¹⁹⁰³ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 48 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 334-335]).

¹⁹⁰⁴ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 39.

¹⁹⁰⁵ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 51.

plutôt que d'exprimer une méfiance vis-à-vis des juridictions, en les enfermant dans des critères trop stricts¹⁹⁰⁶.

318. Il est intéressant de relever qu'en 1995, dans le cadre d'une question préjudicielle posée par le Tribunal administratif fédéral allemand à la Cour de justice des Communautés européennes¹⁹⁰⁷, le gouvernement allemand remettait en cause la composition de la chambre chargée de l'affaire (6^e chambre), au regard de la situation de sureffectif de cette chambre. En effet, alors que le règlement de la Cour de justice prévoyait que celle-ci puisse juger soit en assemblée plénière, soit en chambre de trois ou de cinq juges (à l'époque art. 165 al. 2 du Traité sur l'Union européenne et art. 9 al. 1^{er} du règlement de procédure de la Cour de justice¹⁹⁰⁸), les chambres de la Cour étaient composées de six juges. Il fallait donc pour chaque affaire qu'un des juges de la chambre ne siège pas, afin que le quorum de cinq juges soit respecté. Or, les critères de choix entre les juges de la chambre ne sont pas rendus publics. Sans que cela soit explicite, c'est bien au nom du droit au juge légal que le gouvernement allemand soulevait cette exception¹⁹⁰⁹. L'absence d'un tel principe au niveau communautaire apparaît cependant nettement, au regard de l'incompréhension qu'a suscité l'intervention du gouvernement allemand pour l'avocat général Tesauero et la Cour de justice¹⁹¹⁰, tant ces questions sont inhabituelles à l'échelle européenne et même dans les autres systèmes nationaux. La Cour de Luxembourg répond que l'exception de procédure doit être écartée, considérant que le Traité sur l'Union européenne « ne s'oppose pas à ce que, pour des raisons touchant à l'organisation juridictionnelle de la Cour, les trois ou cinq juges appelés à statuer dans une affaire donnée fassent partie d'une formation composée d'un nombre de juges plus élevé »¹⁹¹¹. De plus, dans la mesure où la composition concrète de la chambre dans cette affaire n'a pas affecté les droits des intéressés, la Cour de justice ne trouve rien à redire au fait que les critères de sélection des cinq juges pour composer la chambre ne soient pas publics¹⁹¹². La Cour n'apporte aucune justification au fait que les chambres – en tant qu'unités organisationnelles – puissent être composées d'un nombre supérieur à cinq, contrairement à ce qui est prévu par le traité, celui-ci étant implicitement interprété comme exigeant que les formations de jugement soient celles de

¹⁹⁰⁶ J. IPSEN, « Artikel 101 », art. cité, p. 38.

¹⁹⁰⁷ CJCE, 6^e ch., arrêt du 4 mai 1995, aff. C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen / Gaal*.

¹⁹⁰⁸ Aujourd'hui aux articles 16 du Traité sur l'Union européenne et 11 al. 1^{er} du règlement de procédure de la Cour de justice.

¹⁹⁰⁹ J.C. WICHARD, « Prinzip des gesetzlichen Richters im Verfahrensrecht des EuGH? », *Zeitschrift Europarecht*, 1995, p. 262.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 261.

¹⁹¹¹ CJCE, arrêt précité du 4 mai 1995, § 13.

¹⁹¹² CJCE, arrêt précité du 4 mai 1995, § 14-15.

trois ou de cinq juges. En outre, il n'y a aucun élément concernant la situation de sureffectif qui en découle et l'absence de critères objectifs et généraux de répartition entre les juges. Au regard des exigences allemandes en la matière, il n'est dès lors pas étonnant que la doctrine allemande ait pu considérer que cette décision, et notamment le renvoi aux « pouvoirs d'auto-organisation interne de la Cour », soit insatisfaisante¹⁹¹³.

319. En parallèle, la décision d'assemblée plénière de 1997 a été l'occasion pour la Cour constitutionnelle fédérale de s'interroger sur les conditions de détermination du juge chargé d'être le rapporteur d'une affaire. De façon générale, la doctrine majoritaire reconnaît qu'il n'existe pas de droit au « juge rapporteur légal »¹⁹¹⁴. Ainsi, il n'y a aucune obligation constitutionnelle de prévoir par avance des critères de désignation des juges rapporteurs pour les affaires attribuées à différentes chambres d'une juridiction. Même si le juge rapporteur peut avoir un rôle déterminant pour l'issue du litige¹⁹¹⁵, la doctrine majoritaire estime que cette influence ne peut être qualifiée d'étrangère (*sachfremd*), dans la mesure où c'est simplement l'un des juges qui prépare l'affaire¹⁹¹⁶. En revanche, dans des configurations particulières, il semble nécessaire que la désignation de ce juge soit connue par avance et déterminée selon des critères objectifs, afin de respecter les exigences de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. C'est d'abord le cas lorsque le juge rapporteur peut avoir une influence sur la composition concrète de la formation de jugement – soit parce que c'est lui qui décide de la composition d'une chambre en sureffectif soit parce qu'il peut décider de trancher le litige en formation de juge unique et non pas en formation collégiale¹⁹¹⁷. La deuxième configuration est celle dans laquelle le juge rapporteur est en réalité appelé à statuer comme juge unique. Dans un tel cas, le juge rapporteur est, tout simplement, le juge légal, et à partir du moment où une chambre est composée de plus d'un juge, il y a une situation de sureffectif qui entraîne l'obligation d'adopter un plan interne de participation¹⁹¹⁸.

¹⁹¹³ Voy. par ex. J.C. WICHARD, « Prinzip des gesetzlichen Richters im Verfahrensrecht des EuGH? », *op. cit.*, p. 262.

¹⁹¹⁴ Voy. par ex. C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », art. cité, p. 2054.

¹⁹¹⁵ Voy. par ex. l'étude statistique de Thomas Fischer, qui a été président de chambre à la Cour fédérale de justice, à propos des chambres pénales de cette Cour : T. FISCHER, « Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren », *NStZ*, 2013, pp. 425-433. Il en conclut que le rapporteur a bien un rôle important sur l'issue de la procédure de révision (en part. p. 431).

¹⁹¹⁶ Voy. par ex. M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 38. Pour une opinion contraire minoritaire, voy. par ex. H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 728.

¹⁹¹⁷ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 40 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 330-331]).

¹⁹¹⁸ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 39.

320. Ce niveau d'exigence et de développement des obligations des juges au sein des juridictions contraste très fortement avec la situation française, dans laquelle les présidents de juridiction bénéficient d'une grande liberté pour l'organisation interne de leurs juridictions.

§ 2 : Le contrepoint français : la grande liberté des tribunaux

321. Dans la conception doctrinale française, le mot « juge » de l'expression « juge naturel » ne renvoie pas à la « personne physique du magistrat, mais au sens large [à la] juridiction, [au] tribunal »¹⁹¹⁹. De plus, l'impact du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est très limité en ce qui concerne l'organisation interne des juridictions, notamment en raison de l'absence de contrôle constitutionnel des décisions de justice. C'est la raison pour laquelle il faut se tourner vers le droit ordinaire pour dégager les principes structurant cette organisation. Historiquement, le modèle impérial d'organisation interne des tribunaux est longtemps conservé par les régimes successifs. Dès 1808, un décret impérial fixe le principe du roulement des juges d'une chambre à l'autre, opéré par une commission composée de divers magistrats, dont le président de la juridiction et les présidents de chambre¹⁹²⁰. Aucun des textes successifs ne permet cependant aux justiciables de remettre en question l'ordonnance de roulement. Par exemple, la Cour de Paris considère en 1829, que « les parties sont sans qualité ni droit pour attaquer ce roulement annuel », et qu'il s'agit d'une « mesure de discipline intérieure »¹⁹²¹. Emmanuel Jeuland considère néanmoins que le droit au juge naturel serait resté en vigueur à travers ces lois et règlements relatifs à l'organisation interne des juridictions, et ce jusqu'en 1943¹⁹²². L'existence de ces règles permettait certes de garantir une répartition des affaires plus générale et abstraite, plus égalitaire, plus conforme au principe d'indépendance, mais il n'a jamais été possible de créer une garantie dont le justiciable

¹⁹¹⁹ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 20.

¹⁹²⁰ Article 5 du décret impérial n° 3245 du 30 mars 1808, contenant Règlement pour la Police et la Discipline des Cours et Tribunaux. Voy. également l'article 1^{er} de l'ordonnance du 11 octobre 1820 sur le mode de roulement des magistrats dans les cours et tribunaux (reproduit in L. TRIPIER et H. MONNIER, *Les codes français collationnés sur les textes officiels*, 39^e éd., Paris, Librairie Cotillon, F. Pichon, 1889, p. 137.).

¹⁹²¹ Cour royale de Paris, ch. réunies, arrêt du 17 décembre 1829 (reproduit in D. DALLOZ et C.V. de TOURNEMINE, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale, criminelle et administrative*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1830, part. 2, p. 21-22.).

¹⁹²² E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., p. 356-357 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 68 et s. ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 91 et s. ; E. JEULAND, « L'émergence de la notion de juge naturel consulaire selon la méthode de l'OUUDROPO », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Paris, Dalloz, LGDJ, 2014, p. 165.

aurait pu se prévaloir. En tout état de cause, à partir de 1943, ce dernier élément pouvant laisser penser que le droit au juge naturel existait bien en tant que principe non-écrit disparaît. En effet, une loi du 14 août 1943 modifie les règles valant au sein des juridictions et pose le principe selon lequel l'ordonnance de roulement est désormais l'œuvre du président de juridiction seul¹⁹²³. En 1945, cette loi est validée par l'ordonnance du 9 octobre¹⁹²⁴. Aujourd'hui, l'article L. 121-3 du code de l'organisation judiciaire dispose :

« Chaque année, le premier président de la Cour de cassation, le premier président de la cour d'appel et le président du tribunal judiciaire répartissent les juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

Il précise notamment les conditions dans lesquelles la répartition des juges peut être modifiée en cours d'année. »

Cet article pose les bases de l'organisation interne des juridictions en France, en attribuant un rôle prépondérant aux présidents de juridiction (**A**). Les actes qu'ils prennent pour répartir les juges et les affaires au sein de leurs juridictions sont qualifiés de mesures d'administration judiciaire, et sont donc insusceptibles de recours (**B**). Un certain nombre d'auteurs français plaide pour une réforme de ces règles, en grande partie insatisfaisantes (**C**).

A. La prépondérance du président de juridiction dans la répartition des affaires

322. En 1995, Hubert Dalle, président du tribunal de grande instance de Lyon, constate l'importance de la prédétermination des mécanismes d'attribution d'un litige à un juge, notamment en raison de ses liens étroits avec le principe d'indépendance des juges, comprise comme « indépendance fonctionnelle, réelle, quotidienne »¹⁹²⁵. Or, il déplore que dans le système français, le président de juridiction soit le « garant » de cette indépendance¹⁹²⁶. En effet, tant la désignation des juges que l'attribution des affaires reposent essentiellement sur le modèle hiérarchique, centré autour du président de juridiction.

¹⁹²³ Articles 1^{er} et 5 de la loi n° 437 du 14 août 1943.

¹⁹²⁴ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2280 du 9 octobre 1945 portant validation de textes de l'autorité de fait, émanant du ministère de la justice.

¹⁹²⁵ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », *Les Épisodiques*, 1995, p. 21.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, p. 26.

323. Pour les juridictions de l'ordre judiciaire, le président de juridiction adopte les ordonnances de roulement pour répartir les juges (article R. 121-1 du code de l'organisation judiciaire) et les affaires (article R. 212-6 al. 3 du code de l'organisation judiciaire). L'ordonnance de roulement des juges contient la composition des chambres et les jours et heures d'audience¹⁹²⁷, mais pas nécessairement la manière dont les affaires sont attribuées aux sections ou juges ayant la même spécialisation¹⁹²⁸. L'assemblée des magistrats du siège de chaque juridiction n'émet qu'un avis sur le projet d'ordonnance¹⁹²⁹. Si son avis est défavorable, elle doit à nouveau se prononcer dans un délai d'un mois¹⁹³⁰. En outre, en vertu de l'article R. 121-2, le président de juridiction peut présider à tout moment une formation de jugement s'il l'estime convenable. Hubert Dalle note que cette exception est « fort heureusement peu appliquée »¹⁹³¹, mais la dénonce comme étant « une forme sophistiquée et contemporaine de “lit de justice” »¹⁹³², « assez éloigné du “juge naturellement désigné” »¹⁹³³. En ce qui concerne la répartition des affaires, le président de juridiction peut toujours, discrétionnairement, redistribuer une affaire d'une chambre à l'autre, « si les besoins du fonctionnement d'une chambre le nécessitent ». D'autres exceptions à la répartition des affaires fixée dans l'ordonnance de roulement existent par ailleurs dans le code de l'organisation judiciaire. Par exemple, l'article R. 212-9 prévoit que le président du tribunal judiciaire ou son délégué peut décider, en toute matière, qu'une affaire sera jugée par un juge unique, ou, inversement, par une formation collégiale. En matière pénale, dans le cadre ou en dehors de l'ordonnance de roulement, le président de juridiction doit aussi répartir les affaires pénales entre les juges d'instruction lorsqu'il y en a plusieurs dans son tribunal¹⁹³⁴. Au niveau des chambres, c'est le président de chambre qui répartit les affaires entre les juges¹⁹³⁵. Par exemple, à la Cour de cassation, les présidents de chambre déterminent l'organisation interne de leur chambre – nombre de sections, répartition des affaires¹⁹³⁶. En 2001, Hubert Dalle jugeait ainsi le code de

¹⁹²⁷ Article R. 212-6 al. 1^{er} COJ.

¹⁹²⁸ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 40.

¹⁹²⁹ Article R. 212-37 (3^o) COJ (pour le tribunal judiciaire), article R. 312-42 (3^o) COJ (pour la cour d'appel).

¹⁹³⁰ Article R. 212-37-1 COJ (pour le tribunal judiciaire), article R. 312-42-1 COJ (pour la cour d'appel).

¹⁹³¹ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 23.

¹⁹³² S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), « Débat », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, PULIM, 2001, p. 103.

¹⁹³³ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 23.

¹⁹³⁴ Article 83 du Code pénal.

¹⁹³⁵ Pour les juges de la mise en l'état, voy. les articles R. 213-7 al. 2 et R. 312-6 al. 2 COJ.

¹⁹³⁶ Article R 431-2 COJ.

l'organisation judiciaire « archaïque et insuffisant » et appelait les pouvoirs publics à « remettre [ce code] au niveau des autres démocraties »¹⁹³⁷.

324. En matière administrative, les présidents de juridiction disposent également d'une grande latitude dans la répartition des juges et des affaires. Par exemple, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux arrête la « répartition entre les chambres [...] des autres membres du Conseil d'État [...], après avis des présidents adjoints et des présidents de chambre »¹⁹³⁸. Ce même président assigne aux différentes chambres, dans un « document informel interne à la section »¹⁹³⁹, les matières pour lesquelles elles sont compétentes. Formellement, chaque affaire devrait être attribuée à une chambre par le président de la section du contentieux¹⁹⁴⁰, mais en réalité, ce principe n'est pas respecté, et c'est le greffe qui assure la répartition des affaires en fonction des compétences et matières assignées de manière informelle¹⁹⁴¹. Au sein des chambres, l'article R. 611-20 al. 4 du CJA prévoit que la désignation des rapporteurs est faite par le président de la section du contentieux. S'agissant des tribunaux administratifs, le nombre de chambres les composant est fixé par le vice-président du Conseil d'État¹⁹⁴². Ensuite, c'est le président de ces tribunaux – tout comme des cours administratives d'appel – qui procède à l'affectation des membres et des affaires dans et entre les chambres¹⁹⁴³. Formellement, il doit ensuite répartir les affaires entre les chambres en désignant un rapporteur¹⁹⁴⁴, qui s'opère « en fonction de la charge de travail de chaque juge et de leur spécialité »¹⁹⁴⁵.

325. Emmanuel Jeuland, qui a observé le fonctionnement d'une dizaine de tribunaux pour ses différentes études concernant le management de la justice, reconnaît que « les présidents de juridiction n'abusent pas de leur pouvoir et prennent en compte les avis de l'assemblée générale des magistrats »¹⁹⁴⁶, et que les critères de répartition des affaires sont objectifs et aléatoires, ne

¹⁹³⁷ H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, PULIM, 2001, p. 99.

¹⁹³⁸ Article R. 122-9 CJA.

¹⁹³⁹ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 38.

¹⁹⁴⁰ Article R. 611-20 al. 1^{er} CJA.

¹⁹⁴¹ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 38.

¹⁹⁴² Article R 221-4 CJA.

¹⁹⁴³ Article R 222-8 CJA.

¹⁹⁴⁴ Article R 611-9 CJA.

¹⁹⁴⁵ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 38.

¹⁹⁴⁶ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 71 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 93 ; Voy. aussi E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 37.

laissant – normalement – pas de place à l'arbitraire¹⁹⁴⁷. Cela étant dit, cette organisation ne permet pas d'éviter la possibilité d'un usage arbitraire des règles posées. Par exemple, en ce qui concerne les juges d'instruction, l'ordonnance de roulement est souvent connue de la police¹⁹⁴⁸. Une manipulation du calendrier des opérations policières pourrait donc permettre d'éviter ou de viser un juge d'instruction en particulier pour le traitement d'une affaire particulière. En dehors de ces cas marginaux, la pratique française montre qu'il existe une forme de prédétermination et de répartition abstraite des affaires au sein des juridictions. Les ordonnances de roulement permettent normalement d'éviter les manipulations à l'intérieur du pouvoir judiciaire, et ainsi de garantir l'indépendance quotidienne des juges. Cette garantie d'indépendance n'est cependant qu'un effet secondaire de l'organisation aménagée : l'objectif principal est en effet davantage de garantir la flexibilité et le caractère hiérarchique de ce système découlant de la « conception militaro-judiciaire de l'organisation napoléonienne de la justice et [d'une] tradition hiérarchique de l'organisation judiciaire française »¹⁹⁴⁹. Dans le but de préserver une grande souplesse¹⁹⁵⁰ et de garantir une bonne administration de la justice¹⁹⁵¹, les modifications et remplacements en cours d'année sont ainsi largement ouverts¹⁹⁵², et les recours pour les individus extrêmement limités. En effet, les actes d'organisation interne des juridictions font partie des mesures d'administration judiciaire insusceptibles de recours.

B. Des mesures d'administration judiciaire insusceptibles de recours

326. Dans le système ainsi décrit, le respect de la majorité des dispositions relatives à l'organisation interne des juridictions ne peut être contrôlé, les actes relatifs à l'administration de la justice étant considérés comme des mesures d'administration judiciaire insusceptibles de

¹⁹⁴⁷ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 39-40. Voy. également N. JOURDAINE, « Le case management par les mesures d'administration judiciaire », *Les cahiers de la justice*, 2022, n° 4, p. 689.

¹⁹⁴⁸ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 39. Voy. aussi H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 25.

¹⁹⁴⁹ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 26.

¹⁹⁵⁰ E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », art. cité, p. 42.

¹⁹⁵¹ N. JOURDAINE, art. cité, p. 689. Sur cette notion et ses imprécisions, voy. par ex. H. PAULIAT, « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *JCP A*, 2014, p. 5-6.

¹⁹⁵² Voy. par ex. la jurisprudence du Conseil d'État, qui fait preuve d'une grande souplesse vis-à-vis du remplacement des membres des juridictions administratives : CE, 4^e et 1^{er} ch. réunies, arrêt du 26 juillet 1996, n° 109263, inédit au *Lebon* (remplacement d'un membre d'une chambre, empêché, par un membre d'une autre chambre) ; sect., arrêt du 8 février 1999, n° 168382, mentionné aux tables du *Lebon* (absence de mention de l'absence ou de l'empêchement d'un membre dans la décision finale) ; 6^e et 1^{er} ch. réunies, avis du 19 novembre 2010, n° 341364, publié au *Lebon* (remplacement ponctuel du président par un autre magistrat).

recours¹⁹⁵³. Ces actes sont des « mesures d'ordre interne et de nature plus ou moins administrative que prennent les juges en vue d'assurer le fonctionnement du service de la justice et, spécialement, le bon déroulement des instances »¹⁹⁵⁴. Or, selon l'article 537 du code de procédure civile par exemple, « les mesures d'administration judiciaire ne sont sujettes à aucun recours ». Le critère de qualification de telles mesures est généralement le fait que l'acte n'affecte pas les droits des parties¹⁹⁵⁵. En ce qui concerne l'organisation interne des juridictions, cette qualification recouvre l'ensemble des actes d'attribution des juges et des affaires aux formations de jugement du président de juridiction¹⁹⁵⁶, ainsi que de toutes sortes d'acte pris par le président pour résoudre des difficultés de compétence ou redistribuer une affaire¹⁹⁵⁷.

327. Les juridictions françaises prennent acte de la qualification, en rejetant leur compétence, lorsqu'il leur est demandé de contrôler les actes d'organisation interne d'une juridiction. Dans une décision du 10 mars 1982¹⁹⁵⁸, le Conseil d'État se déclare par exemple incompétent pour contrôler les décisions des présidents de cours d'appel qui désignent, pour l'année, les juges chargés de compléter les formations de conciliation, de jugement et de référé des conseils de prud'hommes (article L. 515-3 du code du travail de l'époque¹⁹⁵⁹). La justification de l'incompétence de la juridiction administrative tient à ce que les décisions ou ordonnances des présidents de juridiction « concernent le fonctionnement du service public judiciaire », et non pas son organisation, même si ce raisonnement est contestable et ne correspond pas au critère de répartition posé par le Tribunal des conflits dans sa jurisprudence *Préfet de Guyane*¹⁹⁶⁰. La jurisprudence du Conseil d'État est constante à cet égard¹⁹⁶¹. Il a ainsi renouvelé sa position en 2010, en considérant qu'il n'était pas compétent pour contrôler une

¹⁹⁵³ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 26. L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 117-119 (§ 101-102).

¹⁹⁵⁴ A. PERDRIAU, « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », *Gazette du Palais*, 2002, n° 66, § 6.

¹⁹⁵⁵ Le Conseil d'État estime que ce sont des mesures qui n'ont pas « d'effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés de les mettre en œuvre » (CE, sect., arrêt du 12 juin 2020, n° 418142, publié au *Lebon*, *AJDA* 2020, p. 1196).

¹⁹⁵⁶ Voy. notamment l'article R 121-1 al. 3 COJ.

¹⁹⁵⁷ Voy. par ex. l'article 107 CPC (difficultés relatives à la connexité de plusieurs procédures, entre différentes formations d'une même juridiction) ; l'article L 431-1 COJ (renvoi direct d'une affaire à l'audience d'une chambre civile de la Cour de cassation) ; l'article 431-7 COJ (renvoi d'une affaire en chambre mixte ou devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation) ; l'article 368 CPC (jonction ou disjonction d'instances) ou encore l'article R. 213-11 COJ (répartition des affaires entre les juges de l'exécution).

¹⁹⁵⁸ CE, arrêt du 10 mars 1982, n° 34475, mentionné aux tables du *Lebon*.

¹⁹⁵⁹ Aujourd'hui à l'article L. 1454-2 du code du travail.

¹⁹⁶⁰ TC, décision du 27 novembre 1952, n° 01420, publié au *Lebon*. Voy. H. PAULIAT, « Recours contre une ordonnance de roulement : c'est possible, mais devant qui ? », *JCP G*, 2018, p. 467.

¹⁹⁶¹ Voy. par ex. les conclusions présentées le 25 septembre 2017 par le rapporteur public L. Dutheil de Lamothe (n° 400917) : « une ordonnance de roulement constitue, en première analyse et selon les termes du contentieux administratif, un "acte d'administration de la justice", qui n'est, dans l'ordre administratif, pas susceptible de recours juridictionnel ».

ordonnance de roulement modifiée en cours d'année par le président de la cour d'appel de Paris¹⁹⁶². En l'espèce, ce dernier a, en 2009, procédé au déplacement d'une trentaine de magistrats de sa juridiction, « sans leur accord, sans motivation, sans forme ou presque (les juges concernés ont été informés par email) »¹⁹⁶³. Simone Gaboriau, à l'époque présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, dénonce, aux côtés du Syndicat de la Magistrature, « l'imperium d'un hiérarque »¹⁹⁶⁴, d'autant plus que l'assemblée générale des magistrats avait voté deux fois contre le projet d'ordonnance¹⁹⁶⁵. Le Conseil d'État s'estime cependant incompétent, rappelant que « les ordonnances par lesquelles, chaque année, le premier président d'une cour d'appel répartit, en application de l'article L. 121-3 du code de l'organisation judiciaire, les juges dans les chambres et les différents services de la juridiction se rattachent au fonctionnement du service public de la justice, duquel il n'appartient pas au juge administratif de connaître ». Par voie de conséquence, il est également incompétent pour trancher les litiges relatifs aux affectations engendrées par les ordonnances de roulement, y compris pour examiner la modification du nombre de chambres et la création de nouveaux pôles, liée également à ces affectations. Par ailleurs, le Conseil d'État estime que les ordonnances de roulement et les tableaux de répartition des juges ne font pas partie des documents accessibles au public, contrairement à la position de la commission d'accès aux documents administratifs¹⁹⁶⁶.

328. La Cour de cassation, de son côté, se situait sur la même ligne que le juge administratif, en considérant qu'une ordonnance de modification de l'ordonnance de roulement ne pouvait donner lieu à aucun recours¹⁹⁶⁷, pas plus qu'un acte désignant un juge délégué¹⁹⁶⁸. Cependant, depuis, le Tribunal des conflits a jugé en 2018 que « la décision prise par le président d'une juridiction judiciaire de modifier une ordonnance de roulement constitue une mesure relevant du fonctionnement du service public de la justice », et qu'ainsi, « la juridiction

¹⁹⁶² CE, arrêt du 23 juillet 2010, n° 328463, publié au recueil *Lebon*.

¹⁹⁶³ S. GABORIAU, « Splendeurs et misères de la cour d'appel de Paris : l'histoire d'une réforme en trompe-l'œil », *Lettre d'information du SM*, mars 2009, p. 8 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 72 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 94.

¹⁹⁶⁴ S. GABORIAU, « Splendeurs et misères de la cour d'appel de Paris », art. cité, p. 4.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 8.

¹⁹⁶⁶ CE, sect., arrêt du 7 mai 2010, n° 303168, publié au recueil *Lebon* : « les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 ». Le Conseil d'État va à l'encontre des conclusions présentées par la rapporteure public dans cette affaire, laquelle estimait qu'un document, « dès lors qu'il ne participe pas à l'exercice effectif de la fonction juridictionnelle dans ce qu'elle a d'essentiel, à la formation d'un jugement, doit pouvoir être communiqué » (J. BURGUBURU, conclusions présentées le 9 avril 2010 en séance publique, devant la section du contentieux du Conseil d'État, p. 11).

¹⁹⁶⁷ C. cass., ch. crim., arrêt du 4 décembre 1990, n° 90-84.461 (*D.* 1991, p. 214, obs. Pradel).

¹⁹⁶⁸ C. cass., ch. crim., arrêt du 3 janvier 1994, n° 93-84.567.

judiciaire peut seule procéder à [son] examen »¹⁹⁶⁹. Il ne précise cependant pas dans quel cadre le juge judiciaire pourrait connaître de telles décisions. Plus encore, au regard de la qualification explicite de mesures d'administration judiciaire d'un grand nombre d'actes pris par les présidents de juridiction en ce qui concerne la répartition des juges et des affaires (ce que ne remet pas en cause le Tribunal¹⁹⁷⁰), la Cour de cassation ne peut pas davantage contrôler ces actes. Ainsi, elle a jugé en 2023 que la décision du premier président d'une cour d'appel de renvoyer une affaire devant un autre tribunal de commerce que celui qui avait été initialement saisi (art. R. 662-7 du code de commerce), est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours, y compris sur le fondement de l'excès de pouvoir¹⁹⁷¹.

329. Enfin, le Conseil constitutionnel n'a qu'un rôle résiduel en matière d'organisation interne des tribunaux. Il ne peut contrôler que les lois qui donnent au président de juridiction des missions d'organisation de leur juridiction. C'est dans cette mesure qu'il a contrôlé, dans une décision du 24 octobre 1980, une loi organique créant une nouvelle catégorie de magistrats « volants », appelés, par une ordonnance de président de juridiction, à remplacer les magistrats empêchés d'exercer leurs fonctions¹⁹⁷². Le Conseil constitutionnel juge que la loi organique est, de façon générale, conforme à la Constitution – aux principes d'indépendance et d'impartialité. D'une part, les cas dans lesquels les remplacements peuvent être effectués sont limitativement déterminés par la loi ; tandis que, d'autre part, l'ordonnance du premier président de la cour d'appel doit préciser le motif, la durée et le terme du remplacement. Ces éléments satisfont « aux exigences de la Constitution »¹⁹⁷³. Le Conseil ne remet pas en question le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'appel dans l'affectation des magistrats « volants » remplaçants. Partant il valide la très grande marge de manœuvre laissée aux présidents de juridiction pour l'organisation interne de leurs juridictions.

330. En l'absence de voie de recours et de contrôle sur l'ensemble de ces mesures d'administration judiciaire, c'est la bonne conduite du président de juridiction et des juges qui est mise au centre du système français. Ce système impose « un surcroît d'éthique et de vertu » de la part des présidents de juridiction¹⁹⁷⁴. En effet, seule leur éthique leur « interdit d'utiliser

¹⁹⁶⁹ TC, décision du 12 février 2018, n° C4115, publiée au recueil *Lebon*.

¹⁹⁷⁰ Hélène Pauliat proposait d'inclure ces actes dans la catégorie des mesures internes au service public de la justice, afin qu'un recours soit ouvert pour les justiciables lorsque l'acte porte atteinte aux droits et libertés de la personne intéressée (H. PAULIAT, « Recours contre une ordonnance de roulement », art. cité, p. 785).

¹⁹⁷¹ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 23 mars 2023, n° 21-13.093.

¹⁹⁷² Cons. const., décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980, *Recueil*, p. 24.

¹⁹⁷³ Cons. const., décision précitée du 24 octobre 1980, cons. n° 4.

¹⁹⁷⁴ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 26.

l'ordonnance de roulement comme une arme contre un juge et l'administration judiciaire comme un instrument de contrôle qui [leur] permettrait de choisir un juge pour une affaire »¹⁹⁷⁵. Au regard de cette absence de recours, Hubert Dalle estime ainsi que le droit au juge naturel n'existe pas en France¹⁹⁷⁶. C'est ce qui motive certains auteurs à demander une réforme du système français.

C. Les appels de certains auteurs à une réforme de l'organisation interne des juridictions françaises

331. La prédominance du président de juridiction dans l'organisation interne des tribunaux français entraîne, pour certains auteurs, un « déficit démocratique » au sein des juridictions¹⁹⁷⁷. Le magistrat Pierre Gouzenne estime notamment que l'ordonnance de roulement peut avoir de « lourdes conséquences », en particulier en procédure pénale¹⁹⁷⁸, et plaide donc pour davantage de démocratie interne dans les juridictions, notamment par la revalorisation des assemblées générales et les commissions internes¹⁹⁷⁹. Il estime que la double fonction du président de juridiction, à la fois magistrat et seul organisateur de sa juridiction, est périlleuse et peut favoriser « le pouvoir hiérarchique individuel et l'absence de contre-pouvoir »¹⁹⁸⁰. En outre, ce déficit peut engendrer des atteintes à des principes cardinaux du procès, en particulier aux principes d'indépendance et d'impartialité des juges¹⁹⁸¹ – même si l'un des arguments en faveur de la grande souplesse du système français est précisément de pouvoir garantir l'impartialité des juges en remplaçant facilement les magistrats récusés¹⁹⁸². C'est par exemple sur le fondement de ces principes que la Cour européenne des droits de l'Homme examine les questions de remplacement de juges au cours de procédures juridictionnelles¹⁹⁸³.

¹⁹⁷⁵ H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », art. cité, p. 100.

¹⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹⁷⁷ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 203. Voy. aussi E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité.

¹⁹⁷⁸ P. GOUZENNE, « Au sein des tribunaux, la démocratie introuvable... », *Lettre d'information du SM*, mars 2009, p. 11.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁸¹ H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », art. cité, p. 98 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁹⁸² B. SAVOURÉ, « Y a-t-il des limites au pouvoir d'organisation de la formation de jugement du chef de juridiction ? », Cour administrative d'appel de Lyon, 28 février 2023, conclusions », *AJDA*, 2023, p. 1126.

¹⁹⁸³ CEDH, arrêt du 5 octobre 2010, req. n° 19334/03, *DMD Group, A.S. c. Slovaquie*, § 58 et s. ; arrêt du 3 mai 2011, req. n° 30024/02, *Sutyagin c. Russie*, § 178 et s.

332. Afin de permettre l'apparence d'une plus grande transparence, indépendance interne et impartialité au sein des juridictions, Emmanuel Jeuland prône donc la reconnaissance d'un « principe de coordination »¹⁹⁸⁴ dans l'organisation interne des juridictions, en particulier dans la répartition des affaires. Il préconise que l'ordonnance de roulement ne soit plus le fait du président de juridiction seul, mais « qu'une commission restreinte décide chaque année de l'ordonnance de roulement après avis de l'assemblée générale et des aménagements à apporter en cours d'année »¹⁹⁸⁵. Les critères de l'ordonnance devraient être rendus publics¹⁹⁸⁶, et un recours mis à la disposition des parties et des juges. Pour ce faire, il faudrait requalifier ce document en acte administratif, afin qu'il puisse être contestée devant le Conseil supérieur de la magistrature, « ayant pris la forme d'une autorité administrative indépendante »¹⁹⁸⁷. Il s'inspire ici du modèle italien, dans lequel le Conseil supérieur de la magistrature doit valider les tableaux de roulement de juridiction proposés par les présidents de juridiction¹⁹⁸⁸. Au-delà du principe du juge naturel, la répartition des affaires au niveau central est justifiée par l'objectif de renforcer l'indépendance interne des juges-personnes, face aux éventuelles pressions internes au tribunal¹⁹⁸⁹. Même si l'organisation fait l'objet de critiques au regard de la lenteur de la procédure et de son manque d'efficacité¹⁹⁹⁰, il pourrait être tenu compte des difficultés italiennes pour proposer un système qui ferait intervenir le CSM français dans le contrôle des ordonnances de roulement prises par les présidents de juridiction de l'ordre judiciaire.

333. D'autres principes doivent également être mis en balance dans ces réflexions, en particulier la protection des justiciables, ou encore l'intérêt d'une bonne administration de la justice¹⁹⁹¹. Cependant, le plus important est de garantir « l'indépendance réelle et quotidienne du juge »¹⁹⁹². C'est la raison pour laquelle Emmanuel Jeuland estime que symboliquement, « la

¹⁹⁸⁴ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁹⁸⁵ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 74 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 96. Voy. également déjà H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », art. cité, p. 100.

¹⁹⁸⁶ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 74 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 96.

¹⁹⁸⁷ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 74 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 97. Voy. aussi H. DALLE, « Administration de la justice et acte juridictionnel », art. cité, p. 102.

¹⁹⁸⁸ Voy. ici notamment M. G. CIVININI, « Le modèle italien d'administration de la justice », *RFAP*, 2008, p. 88 et s. Voy. aussi P. LANGBROEK et M. FABRI, *The right judge for each case: a study of case assignment and impartiality in six European judiciaries*, Ius Commune Europaeum, Leiden, Intersentia, 2007, p. 244 et s. ; K. BOHN, *op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁸⁹ P. LANGBROEK et M. FABRI, *The right judge*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 264, 267. Par exemple, en raison de ces contraintes de préétablissement de la répartition des affaires, les petits tribunaux ont parfois des problèmes pour réagir de manière suffisamment flexible dans le quotidien judiciaire.

¹⁹⁹¹ H. DALLE, « À la recherche du juge naturel français », art. cité, p. 26.

¹⁹⁹² *Ibid.*

réforme la plus forte » serait d'inscrire le droit au juge naturel dans la constitution, afin de « prendre en compte l'importance du principe du juge naturel pour la démocratie »¹⁹⁹³ et de ses liens avec le principe d'indépendance des juges¹⁹⁹⁴. Par la consécration d'un droit au juge naturel, la jurisprudence constitutionnelle pourrait également jouer un rôle dans l'encadrement des normes légales et réglementaires qui laissent un pouvoir discrétionnaire trop important aux présidents de juridiction. Le système français diffère fondamentalement du système allemand, dans la mesure où le juge constitutionnel ne peut pas connaître des décisions de justice définitives. Mais l'exemple italien montre qu'un plus grand encadrement des règles d'organisation interne des juridictions est possible, même en l'absence de recours constitutionnel direct. Le système allemand paraît à cet égard comme particulièrement approfondi, permettant à la fois à la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler la conformité des plans de répartition des affaires au droit au juge légal, mais également d'examiner le respect concret des plans de répartition par les juridictions et les juges eux-mêmes. Cet aspect illustre le caractère multiple du contrôle exercé par le juge constitutionnel allemand sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF.

¹⁹⁹³ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 75 ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 98.

¹⁹⁹⁴ E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel en France », art. cité, p. 66, 71 et s. ; E. JEULAND, « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », art. cité, p. 88.

CONCLUSION DU CHAPITRE V

334. La conception allemande du droit au juge légal impose la détermination légale du juge en plusieurs étapes : en déterminant d'abord les compétences des juridictions et la composition abstraite des formations de jugement ; ensuite, la composition concrète des subdivisions des juridictions ; et enfin, la répartition des affaires entre les juges au sein des subdivisions. Ces trois niveaux de prédétermination normative du juge compétent établissent une gradation en matière d'abstraction possible ou nécessaire, laquelle détermine le niveau de réglementation exigé. Classiquement, c'est le législateur qui doit d'abord adopter les règles fondamentales d'organisation judiciaire, afin de garantir le droit à un *tribunal* légal. Pour compléter ces premières règles, les juridictions doivent également adopter des règles permettant la détermination aussi précise que possible du *juge* légal. C'est donc une conception large de la légalité qui s'applique à cette dernière expression, une légalité au sens matériel et non formel¹⁹⁹⁵. En définitive, le juge légal est celui qui est déterminé par un « ensemble de règles de droit » (*Bestand von Rechtssätzen*)¹⁹⁹⁶ : lois formelles, règlements et plans de répartition des affaires. L'encadrement strict de l'édiction de ces règles d'organisation judiciaire est propre au système allemand, attaché en particulier à éviter une manipulation des organes juridictionnels par des organes ou personnes extérieures. L'indépendance externe de la justice est ainsi complétée par des moyens de garantir son indépendance interne. En ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale allemande se situe dans la droite ligne des recommandations du comité des ministres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne l'indépendance de la justice¹⁹⁹⁷.

335. Le système français, en particulier la jurisprudence constitutionnelle, permet également un encadrement de l'organisation judiciaire, en tenant compte de principes cardinaux propres à la culture française (principe d'égalité des citoyens, séparation des autorités judiciaires et administratives). L'extension du domaine de la loi en matière de création de juridictions assure de façon effective l'interdiction de création de juridictions *ad hoc* ou

¹⁹⁹⁵ C. GLORIA, « Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne », *DÖV*, 1988, p. 853.

¹⁹⁹⁶ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 10 juin 1953, 1 BvF 1/53, § 50 (*BVerfGE* 2, 307 [en part. p. 320]) ; 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, § 29 (*BVerfGE* 19, 52 [en part. p. 60]) ; ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 33 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 328]).

¹⁹⁹⁷ COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités*, op. cit.

exceptionnelles par le pouvoir exécutif. Malgré tout, la différence avec le système allemand se situe dans le degré d'exigence imposé quant au contenu et à la précision des règles d'organisation judiciaire. Surtout, le système français ne permet pas de réel encadrement de l'organisation interne des juridictions, laissée en grande partie à la discrétion des présidents de juridiction. En l'absence de droit au juge naturel, c'est principalement au regard du respect des principes d'indépendance et d'impartialité que ce système doit être évalué et réformé, afin de se conformer davantage aux recommandations européennes en la matière.

CHAPITRE VI : LE CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL VARIABLE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

336. Le droit au juge légal s'est historiquement construit comme un droit défensif, permettant d'empêcher les pouvoirs étatiques, notamment exécutif, d'intervenir dans le cours de la justice en modifiant la juridiction ou le juge chargé de trancher un litige¹⁹⁹⁸. Progressivement, la Cour constitutionnelle fédérale en a également fait un droit-prestation, imposant l'intervention du législateur et des juridictions pour organiser le plus précisément possible la répartition des compétences – étape incontournable pour empêcher ensuite les manipulations et les usurpations de compétence. Sans que le contrôle des actes du pouvoir exécutif ait entièrement disparu, il est aujourd'hui d'une moindre importance dans un État de droit fondé sur le principe de séparation des pouvoirs sur celui d'indépendance de la justice¹⁹⁹⁹. Le principe demeure : l'article 101 al. 1^{er} (2) LF vise « principalement » à éviter les interventions du pouvoir exécutif dans l'organisation et les compétences des juridictions²⁰⁰⁰. De ce principe découlent deux exigences : une interdiction formelle, pour le pouvoir exécutif, de se saisir de fonctions juridictionnelles²⁰⁰¹, et une interdiction relative d'intervention dans la répartition des compétences juridictionnelles²⁰⁰². Des éléments relatifs au pouvoir exécutif pourront ponctuellement faire l'objet de remarques dans les développements qui suivent, mais il s'agit de décisions rares, qui ne constituent aujourd'hui qu'un détail de la jurisprudence très riche de la Cour constitutionnelle fédérale.

¹⁹⁹⁸ G. C. NEUBAUER, *Verfassungsrechtliche Begründung und Legitimation der justiziellen Grundrechte*, Dissertation, Münster, 1991, p. 60 et s. Cela est rappelé par la Cour constitutionnelle dans l'une de ses premières décisions à ce sujet : C. constit. féd. all., 1^{er} ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55, § 11 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416]).

¹⁹⁹⁹ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 725 ; B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », in H. JARASS et B. PIEROTH (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 18^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1120.

²⁰⁰⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 juin 1967, 2 BvR 375, 53/60, 18/65, § 91 (*BVerfGE* 22, 49 [en part. p. 73]).

²⁰⁰¹ Tel n'est pas le cas de la compétence exécutive en matière de nomination et de rémunération des juges : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 mai 1968, 2 BvL 9, 10, 11/68 (*BVerfGE* 23, 321 [en part. p. 325]) ; de même que la possibilité, pour l'autorité administrative, d'évaluer l'opportunité de rendre son permis de conduire à une personne condamnée par le juge pénal dont le permis a été retiré pour un délai fixé : C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 18 novembre 1966, 1 BvR 173/6 (*BVerfGE* 20, 365 [en part. p. 369]).

²⁰⁰² En 1952, dans l'une de ses premières décisions, la Cour constitutionnelle fédérale considère que la suppression d'une chambre pénale par le ministère de la justice n'est pas contraire au droit au juge légal, dans la mesure où les motifs de cette suppression ne sont pas arbitraires et où les raisons de sa création ne sont plus réunies : C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 10 octobre 1952, 1 BvR 511/52, § 4 (*BVerfGE* 1, 439 [en part. p. 440]).

337. Grâce à la multitude de compétences dont il bénéficie²⁰⁰³, le juge constitutionnel allemand peut connaître de l'ensemble des actes des pouvoirs publics qui méconnaissent ces différents aspects du droit au juge légal. Les modalités de son contrôle ne sont cependant pas uniformes. De façon générale, la Cour de Karlsruhe a développé plusieurs niveaux d'intensité de contrôle constitutionnel, notamment pour limiter l'étendue de celui-ci dans des configurations dans lesquelles il est reconnu une marge de manœuvre, voire un pouvoir discrétionnaire à l'autorité auteure de l'acte. À côté du contrôle normal ou entier (*Vollkontrolle*) s'est donc développé un contrôle restreint, limité à l'absence d'arbitraire (*Willkürkontrolle*) – que l'on peut rapprocher de l'erreur manifeste d'appréciation du Conseil d'État français. Dans le cadre du contrôle exercé au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, le juge constitutionnel allemand opère un contrôle normal sur l'obligation de réglementation des compétences juridictionnelles (**Section 1**), tandis qu'il n'exerce qu'un contrôle limité sur l'application des règles de compétence par les juridictions et les juges (**Section 2**).

Section 1 : Le contrôle normal de l'obligation de réglementation

338. L'obligation de réglementation des compétences juridictionnelles, présentée dans le chapitre précédent, constitue un élément central de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Du respect de cette obligation dépend en effet la possibilité de garantir effectivement qu'aucune manipulation du pouvoir judiciaire ne puisse s'opérer. Le juge constitutionnel allemand opère donc un contrôle complet des règles de répartition des compétences : tant des règles adoptées par le législateur – et, éventuellement, le pouvoir réglementaire sur habilitation du législateur – (§ 1) que celles émanant des bureaux des juridictions (§ 2).

§ 1 : Le contrôle constitutionnel des règles légales de compétence

339. La Cour constitutionnelle fédérale doit s'assurer que le législateur remplisse son obligation de prédétermination aussi précise que possible du juge compétent, par des règles

²⁰⁰³ Pour une liste des compétences de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, voy. par ex. A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021, p. 43 et s. (§17) ; G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021, p. 686 et s. (§ 790).

générales et abstraites, en lui accordant des marges d'appréciation inévitables²⁰⁰⁴. Dans cette mesure, le juge constitutionnel allemand peut être amené à contrôler le caractère précis et suffisant de la réglementation légale (A), mais également du transfert de la détermination du juge compétent à d'autres autorités (B).

A. Le contrôle de la précision de la réglementation légale

340. Lorsqu'il doit examiner le caractère suffisant et précis des règles légales de détermination des compétences, le juge constitutionnel allemand opère d'abord un contrôle normal de l'activité législative. Cela consiste à s'assurer que les règles légales présentent les « caractéristiques essentielles » imposées : permettre la prédétermination aussi précise que possible de la juridiction, de la formation de jugement et du juge compétent pour résoudre un litige²⁰⁰⁵. Partant, les lacunes en matière de réglementation abstraite et générale des compétences constituent en elles-mêmes des violations du droit au juge légal, sans qu'il soit nécessaire de montrer qu'il s'agisse d'une volonté arbitraire de laisser des lacunes dans la loi²⁰⁰⁶. Ce contrôle des lacunes consiste en particulier à déterminer si le manque de précision du législateur entraîne des possibilités de manipulation des règles de compétence par l'ensemble des pouvoirs et des acteurs. Par exemple, la Cour constitutionnelle a jugé en 1999 qu'une disposition de la loi relative à la juridiction du travail (*Arbeitsgerichtsgesetz - ArbGG*) était insuffisamment précise pour éviter les manipulations de la part des requérants. Le paragraphe 2 al. 3 de cette loi prévoit que les juridictions du travail peuvent connaître de litiges autres que ceux qui leur reviennent par principe (les litiges entre employés et employeurs découlant de la relation de travail ou concernant l'existence ou l'inexistence d'une relation de travail), lorsque la demande présente un « lien juridique ou économique direct » avec un litige qui entre dans la liste précitée, dont une juridiction du travail est déjà saisie ou est saisie simultanément. Plus simplement, cela signifie qu'il est possible qu'une juridiction du travail connaisse d'un litige qui ne concerne pas directement une relation de travail, mais qui soit en lien direct avec un litige de ce type. En l'espèce, se posait la question de la compétence des juridictions du travail pour résoudre un conflit entre deux avocats. Celui-ci concernait le paiement d'honoraires et d'heures

²⁰⁰⁴ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 255/69, § 66 (*BVerfGE* 31, 145 [en part. p. 163-164]).

²⁰⁰⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03, § 16 (*NJW* 2005, 2689).

²⁰⁰⁶ K. BOHN, *Der gesetzliche Richter als rechtsstaatstragendes Prinzip in europäischen Staaten*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011, p. 21.

de travail effectuées par l'un des avocats pour le compte de l'autre avocat. Le requérant soutenait la compétence de la juridiction du travail de Munich, en se fondant sur l'existence d'une relation de travail salariée entre les deux avocats – et donc sur l'application du paragraphe 2 al. 3 *ArbGG*. Selon le juge constitutionnel allemand, cette disposition laisse une possibilité, pour le demandeur, de choisir la voie de recours – et en particulier la juridiction du travail à la place d'une autre juridiction –, en créant un lien artificiel avec une relation de travail ou en prétextant une relation de travail inexistante. Il considère donc que cette disposition n'est pas suffisamment précise, et n'est donc pas compatible avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁰⁰⁷. Néanmoins, il ne censure pas la disposition, en considérant qu'une interprétation conforme à la Loi fondamentale peut être donnée. Plus spécialement, il indique deux interprétations qui respectent la Constitution allemande : la première consiste à sanctionner le demandeur « frauduleux » en faisant appel au principe de bonne foi ; la seconde consiste à considérer que cet alinéa de la loi relative aux juridictions du travail ne s'applique pas dans les cas où la compétence de la juridiction du travail ne serait que présumée et non prouvée²⁰⁰⁸. La première option est utilisée par certains tribunaux du travail régionaux, tandis que la seconde option est en particulier soutenue par le Tribunal fédéral du travail allemand (*Bundesarbeitsgericht*) dans un avis. En l'espèce, elle rejette donc le recours constitutionnel au stade de l'admission (*Annahme*), en raison de son manque d'importance de principe pour le droit constitutionnel – une interprétation conforme du texte étant défendable. Il peut paraître étonnant que la Cour donne cet effet horizontal au droit au juge légal, lequel est très fortement lié à la défense de la justice contre l'État lui-même²⁰⁰⁹.

341. Au regard de cette jurisprudence, il est possible de se demander si les dispositions légales qui laissent au requérant civil une multitude de juridictions compétentes dans certains contentieux peuvent être considérées comme inconstitutionnelles, en raison d'un manque de précision de la part du législateur. Cela est en particulier le cas pour les litiges relatifs à la violation du droit à la personnalité (tiré de l'article 2 al. 1^{er} LF). Le paragraphe 32 du code de procédure civile allemand indique que le tribunal compétent pour connaître d'un délit civil (*unerlaubte Handlung*) est celui dans le ressort duquel le délit a été commis. La Cour fédérale de justice interprète cette disposition comme permettant d'intenter une action tant devant le tribunal du lieu où l'auteur du délit civil a agi que devant le tribunal du lieu où le résultat du

²⁰⁰⁷ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 31 août 1999, 1 BvR 1389/97, § 14 (*NZA* 1999, 1234).

²⁰⁰⁸ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 31 août 1999, 1 BvR 1389/97, § 15 (*NZA* 1999, 1234).

²⁰⁰⁹ G. BRITZ, « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG », *JA*, 2001, p. 577.

délit civil s'est produit²⁰¹⁰. Or, cette disposition s'applique notamment pour les atteintes au droit au respect de la vie privée et au droit à la personnalité résultant d'articles de presse. De manière constante, la Cour fédérale de justice considère qu'une action intentée contre un journal peut aussi bien avoir lieu devant le tribunal du lieu de publication du journal que devant le tribunal de tout lieu où celui-ci est diffusé²⁰¹¹. Pour les journaux nationaux, cela permet donc au requérant de saisir toute juridiction civile allemande, afin de faire cesser et de sanctionner un article de presse portant atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit à la personnalité. Il peut ainsi exister un danger réel de manipulation par les requérants, pour choisir la juridiction ayant la jurisprudence la plus favorable – et même un danger pour l'indépendance judiciaire. Certains auteurs estiment qu'un contrôle de l'interprétation donnée par la Cour fédérale de justice sur la mise en œuvre de cette disposition devrait suffire à éviter cette concurrence de juridictions compétentes²⁰¹². D'autres auteurs considèrent au contraire qu'une réglementation plus précise des compétences dans ces cas de figure particuliers pourrait être envisagée, par exemple en limitant les tribunaux compétents au lieu du siège de l'organe de presse, ou encore au lieu de domicile de la victime. L'insuffisance de réglementation par le législateur pourrait ainsi être dénoncée comme inconstitutionnelle, notamment au regard du droit de l'organe de presse, en tant que défendeur, à son juge légal²⁰¹³.

342. Il est ainsi difficile, pour le législateur, d'adopter des règles de compétence suffisamment précises pour empêcher un certain choix dans la détermination du juge compétent dans des cas concrets. C'est la raison pour laquelle ces règles doivent être, en tout état de cause, complétées par des « actes d'organisation » (*Organisationsakte*)²⁰¹⁴, eux-mêmes adoptés en vertu et dans le respect des lois formelles²⁰¹⁵. Mais la Cour constitutionnelle allemande contrôle également la régularité et la précision du transfert, par le législateur, de la décision finale concernant la détermination du juge compétent dans des cas concrets, à d'autres pouvoirs ou autorités.

²⁰¹⁰ C. féd. de justice, 6^e ch., arrêt du 3 mai 1977, VI ZR 24/75 (*NJW* 1977, 1590).

²⁰¹¹ C. féd. de justice, 6^e ch., arrêt du 3 mai 1977, VI ZR 24/75 (*NJW* 1977, 1590) ; arrêt du 19 décembre 1995, VI ZR 15/95 (*BGHZ* 131, 332 [en part. p. 335]).

²⁰¹² M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 66.

²⁰¹³ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOßKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 34.

²⁰¹⁴ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 10 juin 1953, 1 BvF 1/53, § 50 (*BVerfGE* 2, 307 [en part. p. 320]).

²⁰¹⁵ A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH et T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 24 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 70.

B. L'encadrement du transfert de la détermination du juge compétent à d'autres autorités

343. Comme cela apparaît déjà dans nos développements précédents, il n'est pas rare que le législateur prévoie différents types de compétences, éventuellement concurrentes, pour résoudre le même type de litiges. Par principe, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'exclut pas qu'une affaire ait plusieurs « juges légaux ». Néanmoins, la Cour constitutionnelle fédérale encadre ce transfert de détermination du juge compétent, et ne traite pas tous les destinataires de ce transfert de la même façon.

344. D'une part, le juge constitutionnel autorise de façon relativement généreuse le législateur à laisser la détermination de la juridiction, de la formation de jugement ou du juge compétent à un organe juridictionnel²⁰¹⁶. Cette marge de discrétion des juridictions et des juges, octroyée par le législateur, est notamment acceptée par Karlsruhe au regard des garanties d'indépendance que présentent les organes juridictionnels. En premier lieu, la Cour allemande valide la constitutionnalité de dispositions législatives qui permettent à un juge ou à une formation de jugement de désigner une autre juridiction comme compétente²⁰¹⁷. Par exemple, le paragraphe 210 du code de procédure pénale allemand prévoit les conditions dans lesquelles la juridiction d'appel peut connaître d'un recours contre les décisions d'ouverture de la procédure et les décisions relatives à la récusation d'un juge. Son alinéa 3 permet au tribunal d'appel, lorsqu'il fait droit à ce recours, de désigner un autre tribunal compétent pour statuer à nouveau, ou bien une autre chambre du même tribunal. La Cour de Karlsruhe a validé ce transfert de la détermination de la formation de jugement compétente²⁰¹⁸. Dans le même sens, elle juge que le choix laissé par le législateur aux juridictions de révision pour le renvoi d'une affaire après accueil du pourvoi, est conforme au droit au juge légal²⁰¹⁹. La Cour constitutionnelle fédérale elle-même dispose d'une telle marge d'appréciation lorsqu'elle annule une décision dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel et qu'elle renvoie l'affaire « à une juridiction compétente »²⁰²⁰. Elle justifie la possibilité de choix par le fait que

²⁰¹⁶ À titre d'exemple, voy. le paragraphe 36 du Code de procédure civile allemand, qui prévoit les cas dans lesquels c'est la juridiction supérieure qui détermine la juridiction compétente en première instance (entre autres, dans le cas où la requête vise plusieurs personnes, territorialement rattachées à différents tribunaux).

²⁰¹⁷ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 28 et s. (*BVerfGE* 6, 45 [en part. p. 52-53] – § 7 de la loi d'introduction du code de procédure civile de l'époque [EG ZPO]).

²⁰¹⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 septembre 2009, 2 BvR 1229/05.

²⁰¹⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 octobre 1966, 2 BvR 291, 656/64 (*BVerfGE* 20, 336 [en part. p. 345 et s.] – § 354 (2) du Code de procédure pénale allemand).

²⁰²⁰ Paragraphe 95 al. 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale.

la cour de révision (ou constitutionnelle) est la mieux placée pour s'assurer que l'affaire est renvoyée à une juridiction pouvant garantir une décision matérielle juste et respectant « scrupuleusement » l'interprétation correspondante de la cour suprême²⁰²¹. Cette justification ne satisfait pas l'ensemble de la doctrine allemande, dont certains auteurs soulignent qu'un encadrement plus précis du renvoi serait possible, par la fixation de critères déterminés²⁰²².

345. En second lieu, la Cour constitutionnelle admet la constitutionnalité des dispositions législatives qui laissent un pouvoir d'interprétation au juge pour décider de l'opportunité de juger une affaire ou de modifier la formation de jugement compétente. C'est notamment par le recours à la catégorie des termes juridiques indéterminés²⁰²³ qu'elle accepte de donner une interprétation conforme à la Constitution des dispositions ouvrant un tel pouvoir d'interprétation aux juges. En effet, le législateur allemand a régulièrement recours à l'expression d'« importance de principe » de l'affaire (*grundsätzliche Bedeutung* – ou d'absence d'une telle importance), afin d'encadrer la recevabilité (*Zulässigkeit*) ou l'admission (*Zulassung*) d'une requête par les juridictions d'appel ou de révision²⁰²⁴ ou de permettre le renvoi d'une affaire d'une formation de jugement collégiale à un juge unique²⁰²⁵. En 1978, le juge constitutionnel allemand estime que l'expression pourrait être inconstitutionnelle, mais qu'il est possible d'en donner une lecture conforme à la Loi fondamentale. Il relève que l'expression ne correspond pas à une « vague clause générale », mais à une notion juridique « traditionnelle, suffisamment circonscrite et déjà largement développée par la jurisprudence dans différentes branches du droit »²⁰²⁶. Il considère donc qu'elle ne laisse pas une marge d'appréciation discrétionnaire à la juridiction, si cette dernière respecte l'interprétation donnée par la Cour. En l'espèce, dans le contexte de l'admission d'une requête par la juridiction de révision, la deuxième chambre interprète l'absence d'importance de principe de l'affaire comme l'absence de chance de succès (*keine Aussicht auf Erfolg*). Après une divergence de

²⁰²¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juin 2007, 2 BvR 1447, 136/05, § 110 (*BVerfGE* 118, 212 [en part. p. 240]).

²⁰²² P. KUNIG et F. SALIGER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in I. VON MÜNCH et P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 2 : Art. 70-146, 7^e éd., Munich, C. H. Beck, 2021, § 33 ; C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 46. Ce dernier donne l'exemple de la juridiction la plus proche géographiquement de la juridiction dont la décision vient d'être cassée.

²⁰²³ Sur ce concept, voy. Chapitre V, Section 1, § 1, B, 2, para. n° 288.

²⁰²⁴ Pour la procédure d'appel devant les juridictions civiles, voy. le § 522 al. 2 du Code de procédure civile allemand (contrôle de la recevabilité de l'appel par la juridiction d'appel) ; pour la procédure de révision devant les juridictions civiles, voy. le § 543 al. 2 ZPO (autorisation préalable du recours en révision par la juridiction d'appel).

²⁰²⁵ Voy. par ex. le § 348a al. 1^{er} ZPO (première instance en matière civile) et le § 526 al. 1^{er} ZPO (procédure en appel en matière civile).

²⁰²⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 1978, 2 BvR 831/76 (*BVerfGE* 49, 148 [en part. p. 156]), à propos de l'ancien paragraphe 554b al. 1^{er} ZPO – non-admission d'une requête en révision par la juridiction de révision).

jurisprudence avec la première chambre²⁰²⁷, l'assemblée plénière de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe se prononce en 1980, et maintient l'interprétation donnée en 1978²⁰²⁸. Celui-ci précise en particulier que l'importance de principe de l'affaire ne peut être évaluée en fonction de la charge de travail de la juridiction²⁰²⁹. Au lieu de sanctionner le législateur, le juge constitutionnel préfère contrôler l'interprétation et l'application concrètes des dispositions législatives par les juridictions.

346. D'autre part, en revanche, la Cour constitutionnelle fédérale doit encadrer plus strictement le transfert de cette détermination du juge compétent lorsque le législateur laisse le choix de la juridiction compétente à un organe non-juridictionnel, en particulier au pouvoir exécutif. Il paraît en effet difficilement acceptable que ce soit l'État, un de ses organes ou représentants qui puisse disposer de cette possibilité de choix de la juridiction compétente en tant que requérant²⁰³⁰. Cela ne l'empêche cependant pas de valider des dispositions législatives qui donnent une marge de manœuvre au ministère public dans le choix de la juridiction compétente – cela d'une manière plus ou moins contestée. La matière pénale est en effet propice à la reconnaissance de compétences multiples²⁰³¹, notamment liées au critère territorial (lieu de commission de l'infraction, lieu de domicile ou de résidence du défendeur, lieu d'arrestation²⁰³²). Par principe, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'exclut pas l'existence de ces « compétences mobiles » (*bewegliche Zuständigkeit*). C'est cependant l'absence d'encadrement législatif des possibilités de choix du ministère public qui est critiquée par une partie de la doctrine allemande²⁰³³. Outre la question de la compatibilité des différentes

²⁰²⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 janvier 1979, 1 BvR 174/78.

²⁰²⁸ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 11 juin 1980, 1 PBvU 1/79 (*BVerfGE* 54, 277). En français, voy. par ex. F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande : essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, Grandes thèses du droit français, Paris, PUF, 1993, p. 76 et s. (§ 108 et.). En allemand, voy. par ex. P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 33.

²⁰²⁹ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 11 juin 1980, 1 PBvU 1/79, § 47 (*BVerfGE* 54, 277 [en part. p. 293]).

²⁰³⁰ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY et U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 563.

²⁰³¹ Voy. le travail de G. KRÖGER, *Der gesetzliche Richter und die « besondere Bedeutung » des Falles i. S. des § 24 I Nr. 2, 3 GVG*, Dissertation, Münster, 1962, p. 19 et s.

²⁰³² Ces trois critères sont resp. prévus aux paragraphes 7, 8 et 9 du code de procédure pénale allemand.

²⁰³³ Dès 1927, Eduard Kern perçoit cette possibilité de choix du ministère public comme non-conforme à la conception libérale fondamentale du droit processuel constitutionnel allemand. Selon lui, il ne peut être exclu que, dans un cas particulier, ce choix soit déterminé par des considérations subjectives potentiellement politiques – d'autant plus que le ministère public est dépendant du gouvernement (E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927, p. 176). Aujourd'hui, Monika Jachmann-Michel n'y voit qu'un problème en surface (M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 66), tandis que Christoph Degenhart estime qu'il s'agit d'un problème réel (C. DEGENHART, « Gerichtszuständigkeit », in J. INSENSEE et P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 5 : *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 751). Philip Kunig et Bodo Pieroth esiment quant à eux que ces compétences mobiles sont tout simplement

compétences territoriales reconnues par le code de procédure pénale allemand avec le principe du juge légal²⁰³⁴, c'est en particulier la constitutionnalité de la possibilité pour le ministère public de renvoyer une affaire pénale relevant de la compétence du tribunal d'instance (*Amtsgericht*) devant le tribunal supérieur (*Landgericht*) en raison de « l'importance particulière de l'affaire » (« *besondere Bedeutung des Falles* », § 24 al. 1^{er} n° 3 GVG²⁰³⁵) qui pose question²⁰³⁶. La Cour constitutionnelle fédérale a validé, dans un arrêt du 19 mars 1959²⁰³⁷, la constitutionnalité de cette disposition. Elle estime que le recours à l'expression « importance particulière de l'affaire » constitue une notion juridique indéterminée suffisamment claire et mobilisable. Elle juge que le ministère public ne bénéficie pas d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir la juridiction, mais doit interpréter la notion et l'appliquer au cas concret, par la méthode de la subsumption²⁰³⁸. Cette qualification, à l'inverse de celle de « marge de discrétion » (*Ermessensspielraum*) retenue auparavant par une partie de la doctrine et par la Cour fédérale de justice, a le mérite de permettre un réel contrôle du choix du ministère public par le juge²⁰³⁹. Se pose cependant la question de savoir si cette formule est conforme à l'idéal-type du juge légal, qui doit être prédéterminé le plus précisément possible par des normes abstraites²⁰⁴⁰. Le juge constitutionnel allemand aurait pu sanctionner le législateur pour un défaut de précision de la législation, en imposant des critères plus précis de détermination

inconstitutionnelles (voy. resp. P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 33 ; B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », art. cité, p. 1120).

²⁰³⁴ Theodor Maunz juge cette possibilité de choix du tribunal en fonction des lieux inconstitutionnelle (T. MAUNZ, « Art. 101 », in T. MAUNZ et G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, tome 6 : Art. 86-106b, Munich, C. H. Beck, avril 2018, § 32), tout comme Claus Dieter Classen, qui préconise d'établir un ordre de priorité entre les trois compétences concurrentes dans l'ordre des dispositions (C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 38). Christoph Sowada partage le constat d'inconstitutionnalité, notamment parce qu'il estime qu'imposer un ordre de priorité entre les trois normes présenterait des inconvénients trop importants, et que le législateur devrait donc prévoir des règles plus précises (C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011, p. 636 et s.). Dans le même sens, voy. par ex. également E. MARX, *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1967, p. 30 ; T. ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 126 ; P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 33.

²⁰³⁵ Cette disposition existait déjà dans la première version de la loi relative à l'organisation judiciaire de 1877 (pour une présentation de la disposition et de son évolution historique, voy. G. KRÖGER, *op. cit.*, p. 20 et s.).

Voy. également le paragraphe 74a al. 2 GVG, qui permet au Procureur général auprès de la Cour fédérale de justice de se saisir d'une affaire relevant par principe de la compétence du *Landgericht*, en raison de l'importance particulière de l'affaire, afin de la faire juger par l'*Oberlandesgericht*.

²⁰³⁶ Voy. déjà P. BOCKELMANN, « Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter », *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1957, p. 362 et s. Pour une présentation des arguments en présence, voy. G. KRÖGER, *op. cit.*, p. 52-70.

²⁰³⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58 (*BVerfGE* 9, 223).

²⁰³⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58, § 22 (*BVerfGE* 9, 223 [en part. p. 229]). Voy. par ex. les explications de K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 564. Cette interprétation conforme des dispositions législatives a été reproduite pour d'autres configurations laissant au ministère public la possibilité de choisir le tribunal compétent (voy. ici A. HÄNLEIN, art. cité, § 36-38).

²⁰³⁹ La reconnaissance d'une marge de discrétion accordée au pouvoir exécutif limite ensuite le contrôle à la simple absence d'arbitraire. Sur ce point, voy. les développements de C. SOWADA, *op. cit.*, p. 527 et s.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 529.

de « l'importance particulière de l'affaire ». Mais il décide de valider la disposition, tout en donnant de strictes recommandations pour les juges qui contrôleront le choix du ministère public²⁰⁴¹. À nouveau, c'est vers l'application des règles de compétence que se tourne le juge constitutionnel – un constat que l'on peut également formuler pour le contrôle opéré sur les plans de répartition des affaires.

§ 2 : Le contrôle constitutionnel des plans de répartition des affaires

347. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle fédérale impose les mêmes exigences de précision, de généralité et d'objectivité aux plans de répartition des affaires qu'aux règles légales, il paraît logique qu'elle opère le même contrôle normal sur l'adoption et le contenu de ces plans. Le contrôle opéré « englobe toute illégalité », et non pas un « simple contrôle de l'arbitraire »²⁰⁴², afin que toute possibilité de manipulation des règles de compétence soit exclue (A). Néanmoins, elle tient compte d'autres principes directeurs pour accepter, dans une certaine mesure, les modifications ultérieures des plans de répartition des affaires (B).

A. L'exclusion de la possibilité même de manipulation des règles de compétence

348. Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des plans de répartition des affaires, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe estime qu'il y a violation du droit au juge légal dès qu'il y a une possibilité objective de manipulation des règles²⁰⁴³. L'ensemble des exigences imposées par la Cour visent ainsi à éviter toute possibilité de choix, au cas par cas, du juge compétent. Ce n'est pas uniquement les manipulations, mais déjà les possibilités même de manipulation ou les soupçons de manipulation qui doivent être évités par la mise en place de

²⁰⁴¹ Par une loi du 24 juin 2004 (loi sur l'amélioration des droits des victimes dans le cadre de la procédure pénale – *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren, Opferrechtsreformgesetz*, BGBl. I, p. 1354), le législateur allemand a modifié cette disposition afin de la préciser, tout en gardant cette référence à « l'importance particulière de l'affaire ». Le 3^e permet (ou oblige, si l'on suit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle) au ministère public d'engager les poursuites devant le *Landgericht* « en raison de la vulnérabilité particulière des personnes lésées par l'infraction et susceptibles d'être témoins, de l'ampleur ou de l'importance particulière de l'affaire ».

²⁰⁴² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03, § 22 (*NJW* 2005, 2689 [en part. p. 2690]). Voy. également C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 mai 2012, 2 BvR 610, 625/12, § 13 (*NJW* 2012, 2334).

²⁰⁴³ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 48 ; H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 727.

règles précises de prédétermination du juge compétent²⁰⁴⁴. Un parallèle peut être opéré avec la garantie d'indépendance judiciaire : dans les sociétés démocratiques, c'est déjà l'apparence d'une influence externe sur l'activité juridictionnelle qui doit être évitée. Les plans de répartition des affaires doivent ainsi être conçus de telle sorte qu'il ne serait pas possible de redouter des influences extérieures sur l'organisation interne des juridictions²⁰⁴⁵. Des précisions importantes sur cette idée ont été données par la Cour dans sa décision d'assemblée plénière de 1997 relative aux plans de participation internes aux chambres. Afin de déterminer si un plan de répartition des affaires est compatible avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, le juge constitutionnel allemand répond notamment à la question de savoir si le justiciable a des motifs raisonnables de croire que la compétence juridictionnelle a été manipulée à son détriment, eu égard à l'imprécision du plan de répartition²⁰⁴⁶. Dans ce cadre, Karlsruhe précise que le droit au juge légal n'est pas uniquement méconnu par une « désignation arbitraire [du juge compétent] dans un cas particulier », mais dès lors qu'il y a une lacune dans la « réglementation générale abstraite et suffisamment claire » des compétences par le plan²⁰⁴⁷. Une telle lacune ne peut être comblée par le fait que, dans les cas concrets, les juges ont mobilisé des critères objectifs et pertinents pour répartir les affaires ou procéder à des remplacements²⁰⁴⁸. La Cour constitutionnelle insiste sur le fait qu'en raison de cette lacune dans la réglementation normative des compétences, des décisions individuelles et concrètes ont dû être prises pour que la détermination du juge compétent soit opérée – décisions qui auraient été inutiles si le plan avait été suffisamment précis²⁰⁴⁹. La Cour condamne les imprécisions des plans de répartition, qui font peser une trop grande responsabilité sur les juges eux-mêmes dans la détermination de leur propre compétence – entraînant la possibilité d'une manipulation arbitraire des compétences par les juges.

349. En application de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral en matière sociale (*Bundessozialgericht*) précise que le droit au juge légal est méconnu si, au moment de la décision, le plan de répartition des affaires « n'attribue pas clairement et sans équivoque une procédure à un juge ou à une formation de jugement, mais que différentes compétences sont possibles ou que le plan de répartition des affaires est en lui-même contradictoire »²⁰⁵⁰. En

²⁰⁴⁴ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 35 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 329]).

²⁰⁴⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 1965, 2 BvR 341/60 (*BVerfGE* 18, 423 [en part. p. 426]).

²⁰⁴⁶ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 48.

²⁰⁴⁷ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 37 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 329-330]).

²⁰⁴⁸ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 37 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 330]).

²⁰⁴⁹ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 37 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 330]).

²⁰⁵⁰ Trib. féd. en matière sociale, décision du 30 juin 2009, B 2 U 1/09 B, § 6.

l'espèce, ce tribunal doit connaître d'une affaire, initialement attribuée à la chambre 27 du tribunal social du *Land* (*Landessozialgericht*), redistribuée à la chambre 22 de ce même tribunal à partir du 1^{er} janvier de l'année suivante, et par deux fois impactée par des modifications, en cours d'année, de la répartition des affaires entre cette 22^e chambre et la 31^e chambre. Le tribunal fédéral juge que le plan de répartition des affaires, et les modifications qui ont été adoptées en cours d'année, ne permettent pas de déterminer quelle chambre doit connaître de l'affaire, les modifications successives n'ayant pas réglé la question de la redistribution « en chaîne » des affaires, et ayant mobilisé des termes trop imprécis pour que la détermination de la chambre compétente soit univoque²⁰⁵¹. La décision de la 31^e chambre du *Landessozialgericht* est donc cassée et le Tribunal fédéral renvoie l'affaire afin que la juridiction détermine plus clairement quelle chambre était compétente pour trancher le litige.

350. Finalement, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale consiste à considérer que le plan de répartition ne doit pas laisser une « liberté évitable » ou une « imprécision inutile » pour la détermination du juge concrètement compétent pour connaître d'un litige²⁰⁵². Dans ce cadre, elle précise quels critères objectifs peuvent être utilisés par les plans de répartition afin que l'attribution des affaires au sein des juridictions et au sein des chambres puisse découler d'une règle abstraite et générale suffisamment précise. Dans sa décision de 1997, l'assemblée plénière met notamment en avant les critères liés au numéro de dossier, à la date d'entrée de la requête, ou encore à la circonscription judiciaire d'origine de l'affaire introduite²⁰⁵³. *A contrario*, lorsque, d'une part, le plan de répartition ou de participation « se contente de déterminer quels juges doivent siéger à quels jours d'audience » et que, d'autre part, seule la date d'audience conduit à l'affectation d'une affaire à une formation de jugement concrète, alors le plan de répartition ne satisfait pas aux exigences imposées par l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁰⁵⁴. En effet, dans une telle configuration, le président de chambre dispose d'une marge de manœuvre trop importante et inutile dans la détermination des juges participant au jugement d'affaires déterminées, par la manipulation de l'affectation des juges selon le seul critère de la date d'audience. La Cour compare cette réglementation aux autres possibilités qui existent, et estime que cette imprécision est évitable, au regard de la multitude de critères qui pouvaient être mobilisés²⁰⁵⁵.

²⁰⁵¹ Trib. féd. en matière sociale, décision du 30 juin 2009, B 2 U 1/09 B, § 7-10.

²⁰⁵² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 18 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 300]) ; ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 37 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 329]).

²⁰⁵³ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 41 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 331]).

²⁰⁵⁴ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 41 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 331]).

²⁰⁵⁵ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 41 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 331]).

351. À ce sujet, une difficulté apparaît en particulier concernant la détermination des juges compétents, lorsque ceux-ci ne sont pas des juges professionnels mais des juges honoraires ou des assesseurs-citoyens. En effet, généralement, une liste de juges non-professionnels est établie par le bureau de la juridiction avant le début de l'année judiciaire, sans que soit précisé comment ces juges seront affectés aux différentes affaires qui se présenteront en cours d'année²⁰⁵⁶. Lorsqu'ils sont appelés à siéger, il arrive fréquemment que ces juges non-professionnels soient indisponibles et que le président de juridiction doive faire appel à d'autres juges sur la liste. Il existe donc, objectivement, une possibilité de manipulation par le président, de la composition de la formation de jugement, par la fixation des délais et des audiences. Seul le paragraphe 6 de la loi relative à la juridiction sociale (*Sozialgerichtsgesetz*) semble plus précis, en imposant au bureau de la juridiction d'affecter par avance les juges honoraires aux formations de jugement, d'établir l'ordre dans lequel ils doivent être appelés à siéger et de prévoir les règles de remplacement en cas d'empêchement. En matière pénale, la détermination des jurés (*Schöffengericht* et *Strafkammer*) appelés à participer à une procédure particulière pose encore davantage de difficulté au regard du pouvoir laissé au président dans la fixation des délais et des audiences. En effet, la participation des jurés est fixée par avance selon le seul critère de la date d'audience²⁰⁵⁷. Le président peut donc théoriquement choisir une date d'audience en fonction des jurés qui sont affectés ce jour-là, afin de faire juger spécifiquement une affaire par certains jurés. Cela présente, pour certains auteurs, un grand danger de manipulation contraire au droit au juge légal²⁰⁵⁸.

352. Enfin, il peut être précisé que la Cour constitutionnelle fédérale n'exclut pas l'utilisation de termes juridiques indéterminés dans les plans de répartition des affaires. Partant, le droit au juge légal ne s'oppose pas à des règles de compétence qui suscitent un doute d'interprétation. En effet, selon Karlsruhe, ces doutes d'interprétation n'ouvrent pas une possibilité de manipulation des règles, mais impliquent seulement un examen minutieux de la part de la formation de jugement saisie, qui doit contrôler la régularité de sa compétence et de sa composition²⁰⁵⁹. Cet examen pourra, par la suite, être contrôlé par le juge constitutionnel²⁰⁶⁰.

²⁰⁵⁶ Voy. par ex. § 30 de la loi sur la juridiction administrative (VwGO) ; § 27 de la loi sur la juridiction financière (FGO) ; § 31 de la loi sur la juridiction du travail (ArbGG).

²⁰⁵⁷ § 45 et 77 de la loi relative à l'organisation judiciaire (GVG).

²⁰⁵⁸ T. ROTH, *op. cit.*, p. 205 et s. ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 64.

²⁰⁵⁹ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 38 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 330]).

²⁰⁶⁰ Sur le contrôle de l'application des règles de compétence par les juridictions, voy. *infra*, Section 2.

B. La confrontation des exigences du droit au juge légal avec d'autres principes fondamentaux de procédure : l'acceptation des modifications des plans

353. Une mise en œuvre complète des exigences constitutionnelles compromettrait considérablement l'efficacité de la jurisprudence, notamment au regard des exigences liées à l'effectivité de la protection juridictionnelle et les délais de jugement²⁰⁶¹. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 21e de la loi relative à l'organisation de la justice prévoit à son alinéa 3 que les plans de répartition des affaires « ne peuvent être modifiés en cours d'année que si cela s'avère nécessaire en raison de la surcharge ou de l'insuffisance de travail d'un juge ou d'une formation de jugement, ou par suite d'un remplacement ou de l'empêchement durable de certains juges ». L'objectif de cette disposition est de pouvoir adapter le plan aux événements imprévisibles, afin que le justiciable ne se trouve pas dans une situation qui méconnaîtrait son droit à être jugé dans un délai raisonnable. Conformément à la loi, la Cour de Karlsruhe admet également que la prédétermination aussi précise que possible du juge compétent pour chaque litige est limitée et dépendante de circonstances qui peuvent évoluer. Elle précise donc que cette prédétermination doit tenir compte des cas de démission, de maladie, d'empêchement, de congés et de changements de composition du tribunal²⁰⁶². Dans cette mesure, « le droit au juge légal n'exige pas de manière générale que la composition d'un tribunal reste inchangée du début de la procédure jusqu'à la décision »²⁰⁶³. Mais elle insiste sur le fait que ce n'est que pour ce type de changements de circonstances que l'imprécision normative dans la détermination du juge légal d'un cas concret peut être tolérée²⁰⁶⁴. De plus, il faut que la possibilité de modification soit prévue dès l'élaboration du plan de répartition lui-même²⁰⁶⁵, et que les règles de modification satisfassent également à l'ensemble des exigences constitutionnelles liées à une détermination aussi précise que possible du juge compétent²⁰⁶⁶.

²⁰⁶¹ C. D. CLASSEN, *Staatsrecht II : Grundrechte : ein Studienbuch*, Munich, C. H. Beck, 2018, p. 281.

²⁰⁶² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 17 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 300]).

²⁰⁶³ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 juillet 2004, 1 BvR 801/04, § 6 (*BVerfGK* 3, 329).

²⁰⁶⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, § 17 (*BVerfGE* 17, 294 [en part. p. 300]).

²⁰⁶⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 janvier 1985, 2 BvR 128/84 (*BVerfGE* 69, 112 [en part. p. 121 et s.]).

²⁰⁶⁶ C. constit. féd. all., plénum, décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95, § 43 (*BVerfGE* 95, 322 [en part. p. 331-332]) ; 2^e ch., décision du 23 décembre 2016, 2 BvR 2023/16, § 25 (*wistra* 2017, 187).

354. Les remplacements doivent ainsi être réglés à titre préventif dans le plan de répartition des affaires²⁰⁶⁷. Un élément est cependant remis en question par certains auteurs allemands : le fait que si le juge remplaçant a lui-même un empêchement, alors le président de la juridiction est autorisé à désigner aléatoirement un juge du tribunal pour être le juge chargé de la détention (*Haftrichter*)²⁰⁶⁸. Pour certains, au regard du pouvoir laissé au président de juridiction, cela ne semble pas compatible avec le droit au juge légal²⁰⁶⁹. Il faut cependant reconnaître qu'il s'agit de circonstances particulières, et qu'un autre principe fondamental est en cause pour le justiciable : celui de sa liberté individuelle.

355. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle admet la modification temporaire du plan de répartition des affaires, ne concernant que des affaires déjà pendantes, afin de satisfaire au principe constitutionnel de célérité de la procédure pénale²⁰⁷⁰. Peu importe que la modification concerne exclusivement des procédures déjà pendantes ou s'applique également à des procédures futures. Ce qui est important, c'est que la « redistribution en cours d'année portant sur des procédures déjà en cours [soit] de nature à maintenir ou à rétablir l'efficacité du fonctionnement de la justice »²⁰⁷¹. Il faut donc mettre en balance l'objectif de sécurité juridique et la nécessité d'avoir des institutions judiciaires et des compétences juridictionnelles efficaces²⁰⁷².

356. Enfin, les cours suprêmes allemandes admettent la possibilité de création d'une nouvelle chambre au sein d'une juridiction, de même que le transfert de certaines affaires pendantes d'une chambre à une autre au sein de la même juridiction. La création doit permettre d'assurer une charge de travail égale entre les chambres de la juridiction. Il faut que ce transfert d'affaires pendantes soit défini par avance, de manière abstraite et générale, afin que toute possibilité de manipulation soit exclue²⁰⁷³. Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral et la Cour fédérale des finances estiment que le principe d'abstraction n'exclut pas la possibilité de concrétiser, dans une certaine mesure et si nécessaire, les affaires qui seront transférées. La limite se situe cependant dans l'impossibilité de transférer des procédures sélectionnées,

²⁰⁶⁷ C. DEGENHART, « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 2055.

²⁰⁶⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 octobre 1981, 2 BvR 344/81 (*NJW* 1982, 29).

²⁰⁶⁹ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », art. cité, p. 754.

²⁰⁷⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mars 2009, 2 BvR 229/09, § 25 (*BVerfGK* 15, 247).

²⁰⁷¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03, § 20 (*NJW* 2005, 2689).

²⁰⁷² M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 53.

²⁰⁷³ Voy. par ex. Trib. adm. féd. all., décision du 30 octobre 1984, 9 C 67.82 (*NJW* 1985, 822) ou encore C. féd. fin., décision du 23 novembre 2011, IV B 30/10, § 6.

identifiées concrètement²⁰⁷⁴. L'exigence d'un transfert *a priori* doit également être respectée, celui-ci ne pouvant dépendre d'une circonstance qui surviendra ultérieurement et qui sera laissée à l'appréciation de la chambre²⁰⁷⁵.

357. La Cour constitutionnelle fédérale est donc obligée, dans une certaine mesure, de s'éloigner de son principe directeur d'une prédétermination aussi précise que possible, afin de tenir compte des circonstances et d'autres principes cardinaux de procédure. Finalement, à certains égards, le contrôle qu'elle opère et le niveau d'exigence qu'elle pose pour les plans de répartition des affaires peuvent sembler plus stricts que ceux valant pour le législateur²⁰⁷⁶. Un élément est ici important : la prise en compte, par la Cour, de la possibilité ultérieure de contrôler l'application concrète de la règle légale ou réglementaire par les juridictions. C'est la complémentarité entre les deux types de contrôle qui permet au juge constitutionnel allemand d'assurer un contrôle poussé des règles de compétence, même si le contrôle de l'application des règles de compétence est plus restreint.

Section 2 : Un contrôle restreint sur l'application des règles de compétence par les juridictions

358. Historiquement, le droit au juge légal s'est développé pour empêcher les interventions extérieures dans la justice, d'abord et principalement par le pouvoir exécutif, puis également par le pouvoir législatif. Aujourd'hui, au regard du caractère démocratique de l'État allemand, du respect de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice, il n'existe presque plus d'entraves de ce type. *A contrario*, c'est l'aspect interne au pouvoir judiciaire qui a pris une grande importance dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. En effet, grâce à l'existence d'une voie de recours lui permettant de contrôler le respect des droits fondamentaux et garanties équivalentes des décisions de justice, elle peut sanctionner les privations du juge légal perpétrées à l'intérieur de l'institution judiciaire, par un tribunal ou par un juge. C'est en pratique la part la plus importante du contrôle opéré par la Cour de Karlsruhe au titre de l'article 101 LF²⁰⁷⁷, qui devient « presque exclusivement un

²⁰⁷⁴ C. féd. fin., décision du 23 novembre 2011, IV B 30/10, § 6 ; Trib. adm. féd. all., décision du 4 avril 2018, 3 B 45.16, § 16 (NVwZ 2019, 82).

²⁰⁷⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 décembre 2016, 2 BvR 2023/16, § 31 (wistra 2017, 187).

²⁰⁷⁶ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 15.

²⁰⁷⁷ La doctrine est unanime sur ce point. Voy., entre autres, C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 1 ; A. HÄNLEIN, art. cité, § 8 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 4.

organe de contrôle de la constitutionnalité de l'application des lois »²⁰⁷⁸. Les juridictions et les juges doivent respecter les règles légales de compétence, mais également les règles internes d'organisation judiciaire, en particulier les plans de répartition des affaires. L'article 101 al. 1^{er} (2) LF protège contre « toute influence extérieure inappropriée sur l'activité juridictionnelle, tant de l'intérieur que de l'extérieur »²⁰⁷⁹.

359. Par comparaison, en France, le Conseil constitutionnel ne peut pas connaître de la correcte application des règles de compétence et de composition des juridictions par les juges. Ce sont les juridictions suprêmes de chaque ordre de juridiction qui contrôlent l'application de ces règles par les juridictions inférieures. Dans ce cadre, le Conseil d'État et la Cour de cassation jugent tous deux que les règles de compétence et de composition des juridictions sont des règles d'ordre public, qui doivent être soulevées d'office par les juges²⁰⁸⁰. Il n'est en revanche pas possible de remettre en cause *a posteriori* la compétence ou la composition d'une formation de jugement de l'une de ces deux juridictions suprêmes. En Allemagne, dès les années 1950, la Cour constitutionnelle fédérale a étendu sa mission au contrôle du respect, dans les décisions juridictionnelles, des règles de compétence (§ 1). Afin de ne pas outrepasser ses compétences, Karlsruhe limite l'intensité du contrôle opéré, en exigeant l'absence d'arbitraire dans l'application de ces règles (§ 2).

§ 1 : L'extension du contrôle constitutionnel aux décisions portant sur la compétence

360. Repris sans discussion en 1949 lors de l'élaboration de la Loi fondamentale, le droit au juge légal ne semble initialement pas pensé pour accorder une protection contre la méconnaissance des règles de compétence par les juges eux-mêmes. Jusqu'au début des années 1950, l'idée que l'interdiction de privation du juge légal puisse également viser

²⁰⁷⁸ M. FROMONT, « Le recours individuel dirigé contre une décision de justice pour violation d'un droit fondamental dans la République fédérale d'Allemagne », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et C. SEVERINO (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, Confluence des droits, 2017, § 16.

²⁰⁷⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 48 (*BVerfGK* 5, 269).

²⁰⁸⁰ Pour le Conseil d'État, voy. déjà CE, arrêt du 15 juin 1825, n° 5481, *Théus c. Jacob*, publié au *Lebon* (incompétence), puis CE, arrêt du 10 janvier 1861, n° 30966, *Commune de Plagne*, publié au *Lebon* (incompétence), CE, Ass., arrêt du 6 avril 2001, n° 206764, *SA Entreprise Razel Frères et Le Leuch*, publié au *Lebon* (composition irrégulière). Pour la Cour de cassation, voy. par ex. récemment C. cass., ch. crim., arrêt du 28 mars 2023, n° 22-82.032 (incompétence et composition irrégulière).

l'autorité judiciaire n'est ainsi que rarement évoquée²⁰⁸¹. Pourtant, grâce à la possibilité qui lui est accordée, à partir de 1951, de connaître des décisions juridictionnelles définitives par la voie du recours constitutionnel individuel contre les jugements (B), la Cour constitutionnelle fédérale a rapidement donné à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF une dimension supplémentaire, qui allait devenir l'élément principal de son contrôle (A).

A. Une innovation de la Cour constitutionnelle fédérale

361. Au regard du développement historique de la garantie du juge légal et de ses liens avec les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice, il est possible de parler d'une réelle innovation de la part de la Cour constitutionnelle fédérale, pour intégrer, de façon singulière en Europe²⁰⁸², l'exigence de respect du droit au juge légal et des règles de compétence par les juges eux-mêmes. Cependant, cette innovation de la Cour trouve ses origines dans une proposition ancienne du juriste allemand Eduard Kern. Dans son ouvrage de 1927 intitulé *Der gesetzliche Richter (Le juge légal)*, ce juriste soutient l'idée qu'à côté de la signification originelle et historique du droit au juge légal (l'attribution d'une affaire juridictionnelle à une autorité *extérieure* à la justice), une deuxième signification de ce droit s'est développée, par paliers. Celle-ci consiste à considérer que le droit au juge légal pourrait également être méconnu si le juge prévu par la loi pour statuer sur une affaire est écarté de manière illégale et remplacé par un autre juge ou un autre tribunal, c'est-à-dire par une autorité *interne* à la justice²⁰⁸³. Il estime donc que le droit au juge légal interdit également l'exclusion arbitraire du juge légal à l'intérieur du pouvoir judiciaire. Il justifie le développement de ce second aspect par la mise en place d'une réelle répartition des compétences et par la création de formations de jugement permanentes à l'intérieur des juridictions²⁰⁸⁴ – éléments qui peuvent conduire les juges ou les juridictions à soustraire les justiciables de leur juge légal.

²⁰⁸¹ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 286.

²⁰⁸² H.-D. HORN, « Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter », in D. MERTEN et H.-J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tome 5 : *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, p. 1303 ; A. VON UNGERN-STERNBERG, « Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR*, 2013, vol. 138, p. 39.

²⁰⁸³ E. KERN, *op. cit.*, p. 185.

²⁰⁸⁴ E. KERN, *op. cit.*, p. 186.

362. C'est dans une décision du 26 février 1954, appelée *Constatation des faits* (*Tatsachenfeststellung*)²⁰⁸⁵, que la Cour constitutionnelle fédérale reprend les bases du travail d'Eduard Kern, afin de reconnaître la dimension interne au pouvoir judiciaire au droit au juge légal. En l'espèce, une société allemande avait fixé des conditions de salaire et de paiement des heures supplémentaires de ses deux gérants de telle sorte qu'une réglementation fiscale lui permettait de ne payer qu'une somme très limitée d'impôts. Y voyant une tentative de fraude fiscale, le centre des impôts compétent (*Finanzamt*) a réclamé à la société le paiement d'une certaine somme pour rembourser les impôts impayés. Après un recours infructueux devant le centre des impôts, la société a formé un recours auprès du tribunal des finances (*Finanzgericht*). Celui-ci a fait droit à sa demande, considérant que la situation était certes irrégulière, mais qu'il n'y avait pas eu de volonté de se soustraire au paiement des impôts. Sur recours en révision du centre des impôts, la Cour fédérale des finances casse la décision de première instance, estimant que sans justification de la part de la société de cette situation irrégulière, il fallait présumer l'intention d'éluder l'impôt. La société forme un recours constitutionnel individuel contre cet arrêt, invoquant l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Selon elle, la Cour fédérale des finances a notamment violé son droit au juge légal, en ce qu'elle a procédé à une constatation de faits dans son arrêt de révision, ce qui relève de la compétence exclusive du tribunal des finances, juridiction du fond. La Cour constitutionnelle fédérale profite du caractère manifestement infondé du recours pour introduire la nouvelle dimension interne du droit au juge légal. Dans son raisonnement, elle commence par admettre que, selon la conception historique du droit au juge légal, l'article 101 LF ne saurait être enfreint par un acte d'une juridiction. En effet, en rappelant les extensions historiques du champ des destinataires de ce droit (d'abord l'exécutif, puis les législateurs des *Länder* avec le *Gerichtsverfassungsgesetz*, et enfin le législateur fédéral avec la Constitution de Weimar), la Cour estime qu'il pourrait être déduit de l'absence d'extension du champ des destinataires à l'autorité judiciaire l'impossibilité de remettre en cause une décision de justice pour méconnaissance des règles de compétence. Néanmoins, en reprenant explicitement Eduard Kern, elle reconnaît que la possibilité qu'un tribunal affirme ou nie sa compétence de manière arbitraire ne peut pas être exclue, et que le déni de justice constitue une méconnaissance de l'article 101 LF. Elle en conclut ainsi que toute personne peut également être privée de son juge légal par des mesures ou décisions prises par une juridiction²⁰⁸⁶. En l'espèce, elle estime qu'elle peut laisser ouverte la question de la délimitation des compétences entre constatation de faits et de droit, parce qu'en tout état de cause, il ne

²⁰⁸⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53 (*BVerfGE* 3, 359).

²⁰⁸⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53, § 19 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 364]).

pourrait être reconnu que la Cour fédérale des finances ait opéré ces constatations de façon arbitraire – elle pose d’ores et déjà l’intensité restreinte du contrôle qu’elle opère dans ce cadre²⁰⁸⁷.

363. Cette jurisprudence n’est pas exempte de critiques. Dans un article publié en 1969, Karl August Bettermann énonce un certain nombre de difficultés que pose cette décision²⁰⁸⁸. D’une part, il critique le recours à l’argument tiré du déni de justice, estimant qu’il ne s’agit pas d’une question formelle de compétence et que cela ne concerne pas le droit au juge légal²⁰⁸⁹. D’autre part, il estime que le raisonnement, en trois phrases seulement, manque de pertinence argumentative et est insuffisant. Selon lui, avec ce raisonnement, « l’apodictique remplace l’argumentation »²⁰⁹⁰, ce qui en fait un exemple type de la manière dont une jurisprudence constante naît, et non de la manière dont elle devrait naître²⁰⁹¹. Il faut effectivement admettre que la justification de la Cour constitutionnelle fédérale pour intégrer dans le champ de protection de l’article 101 LF l’application des règles de compétence des juges n’est pas suffisante. D’ailleurs, les éléments relevés dans l’ouvrage d’Eduard Kern ne sont eux-mêmes pas détaillés, dans la mesure où il n’existait pas, sous l’empire de la Constitution de Weimar, de contrôle constitutionnel des décisions juridictionnelles définitives²⁰⁹². Mais on peut cependant considérer que cette extension du champ d’application du droit au juge légal découle précisément de l’ouverture de cette voie de droit exceptionnelle permettant à la Cour de Karlsruhe de contrôler les décisions juridictionnelles définitives.

B. Un contrôle rendu possible grâce au recours constitutionnel individuel contre les jugements

364. Selon l’article 94 al. 1 point 4a LF, les individus peuvent former un recours constitutionnel pour contester tout acte de la puissance publique au regard des droits fondamentaux²⁰⁹³. En particulier, le recours individuel contre les décisions juridictionnelles

²⁰⁸⁷ Sur ce caractère restreint, voy. *infra*, Section 2, § 2.

²⁰⁸⁸ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », art. cité, p. 287-289.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 287, qui renvoie aux p. 277 et 278.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

²⁰⁹¹ *Ibid.*

²⁰⁹² J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF, C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour, p. 31.

²⁰⁹³ Sur cette voie de recours, voy. O. JOOP, *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, thèse de doctorat, Paris, Paris I, 2006 ; A. GAILLET *et al.*, *Droits*

définitives est devenu l'instrument principal par lequel la Cour constitutionnelle fédérale construit sa riche jurisprudence. Cela est spécialement le cas pour le droit au juge légal. Cette voie de droit exceptionnelle est en effet ouverte pour contester la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF par les juridictions et les juges (1). Cependant, les critères de recevabilité du recours constitutionnel individuel limitent grandement les chances de succès des justiciables devant la Cour constitutionnelle de Karlsruhe (2).

1. Une voie de droit exceptionnelle ouverte aux violations du droit au juge légal

365. Le recours constitutionnel individuel contre les jugements permet aux justiciables de faire valoir, de façon exceptionnelle, le non-respect, par les juridictions ordinaires, des règles de compétence et de composition des juridictions. En effet, selon la Cour constitutionnelle fédérale, le recours constitutionnel individuel n'est pas une voie de droit qui s'ajoute aux procédures devant les tribunaux ordinaires. Il s'agit d'une voie de droit extraordinaire accordée au citoyen, grâce à laquelle il peut faire cesser les potentielles ingérences de la puissance publique dans ses droits fondamentaux²⁰⁹⁴. Si ce recours n'était pas prévu dans la Loi fondamentale en 1949²⁰⁹⁵, c'est grâce à celui-ci que la Cour constitutionnelle a pu développer, quantitativement et qualitativement, sa jurisprudence²⁰⁹⁶. Depuis 1951, les recours constitutionnels individuels constituent en effet environ 96,3 % des procédures engagées à Karlsruhe²⁰⁹⁷. De nos jours, les droits fondamentaux procéduraux prennent notamment une place grandissante. Les recours constitutionnels formés sur le fondement de ceux-ci constituent ainsi la moitié des recours que la Cour connaît aujourd'hui²⁰⁹⁸.

constitutionnels français et allemand : perspective comparée, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2019, p. 340 et s. ; G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 886-887 (§ 997).

²⁰⁹⁴ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 27 janvier 1965, 1 BvR 213, 715/58, 66/60, § 30 (*BVerfGE* 18, 315 [en part. p. 325]).

²⁰⁹⁵ La procédure de recours constitutionnel individuel avait été initialement prévue au sein de la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale de 1951 (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), avant d'être constitutionnalisée en 1969. Voy. à ce sujet K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 13^e éd., Munich, C. H. Beck, 2025, § 470.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, § 477.

²⁰⁹⁷ Jusqu'au 31 décembre 2023, 254 276 recours constitutionnels individuels ont été engagés devant la Cour constitutionnelle fédérale, sur un total de 264 137 procédures. Voy. C. constit. féd. all., *Jahresbericht* 2023, Karlsruhe, 2024, p. 67. Disponible sur : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/jahresbericht_2023.html?nn=68124 (consulté le 10 novembre 2024).

²⁰⁹⁸ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 738.

366. L'article 94 al. 1^{er} point 4a LF précise lui-même les normes de référence pouvant être invoquées dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel. Il s'agit en premier lieu des droits fondamentaux classiques, prévus aux articles 1 à 19 de la Loi fondamentale. Par ailleurs, deux garanties procédurales équivalentes sont également invocables : le droit au juge légal et le droit d'être entendu. La capacité pour former un tel recours dépend de la capacité de la personne à être titulaire du droit fondamental ou de la garantie équivalente en question²⁰⁹⁹. Le cercle des justiciables pouvant former un recours constitutionnel sur le fondement du droit au juge légal correspond ainsi au cercle des titulaires de ce droit. Eu égard au caractère étendu du champ d'application personnel de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, le cercle des requérants pouvant former un tel recours sur le fondement de cet article est particulièrement large. Cela a favorisé l'enrichissement de la jurisprudence constitutionnelle relative au contrôle de l'application des règles de compétence et de composition des juridictions. En effet, bien que les conditions de recevabilité des recours soient très rarement remplies, la Cour constitutionnelle fédérale a pu préciser sa jurisprudence au fil des espèces qui lui sont soumises.

2. Une voie de droit soumise à des conditions strictes de recevabilité

367. La première difficulté pour les justiciables, qui forment un recours constitutionnel individuel devant la Cour constitutionnelle fédérale, tient à la possibilité, pour Karlsruhe, de sélectionner les recours constitutionnels qui méritent une décision (admission du recours)²¹⁰⁰. Avant même l'examen des conditions de recevabilité à strictement parler, la Cour allemande sélectionne les recours qui méritent d'être examinés, en fonction de l'intérêt constitutionnel général du recours ou de la nécessité de faire cesser la violation du droit fondamental pour le requérant²¹⁰¹. Ces critères de sélection reflètent les deux fonctions assurées par la procédure de recours constitutionnel individuel selon la Cour : à la fois une fonction de protection des droits fondamentaux des individus, mais également une fonction plus générale de protection et de

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, § 482.

²¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 177 ; V. EPPING, *Grundrechte*, 8^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2019, p. 114-115 ; S. KLUCKERT, « § 95 Verfassungsgerichtlicher Schutz für die Grundrechte », in K. STERN, H. SODAN, M. MÖSTL (dir.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, tome 3 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 2022, § 24 et s. Voy. aussi G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 887 (§ 997).

²¹⁰¹ Le § 93a, alinéa 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dispose : « (1) Le recours constitutionnel nécessite une admission. / (2) Il est à admettre

a) dans la mesure où il soulève une question de droit constitutionnel d'importance fondamentale, b) si cela convient pour assurer le respect de l'un des droits cités par le § 90, al. 1^{er} ; ceci peut également être le cas, si le refus de rendre une décision sur le fond du recours causait un préjudice particulièrement grave au requérant. » (Traduction du *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* par la Cour constitutionnelle fédérale)

perfectionnement du droit constitutionnel objectif²¹⁰². En conséquence, le juge constitutionnel allemand dispose d'une marge d'appréciation considérable dans le cadre de cette admission des recours²¹⁰³. En ce qui concerne le droit au juge légal, la Cour estime le plus souvent que sa jurisprudence est déjà suffisamment constante et détaillée²¹⁰⁴ et ne mérite pas d'être répétée. Elle en conclut alors que les recours n'ont aucune chance de succès²¹⁰⁵. La très grande majorité des recours constitutionnels individuels ne dépassent pas ce premier filtre.

368. Pour les quelques recours qui sont admis pour décision, le principe de subsidiarité du recours constitutionnel constitue ensuite l'une des difficultés principales de recevabilité des recours. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Karlsruhe, en vertu de ce principe, la méconnaissance d'un droit fondamental invoquée par le requérant doit, dans la mesure du possible, être corrigée dès la procédure devant les juridictions ordinaires²¹⁰⁶. Afin que cette potentielle correction puisse avoir lieu, le requérant doit donc invoquer le plus tôt possible la violation de ses droits fondamentaux ; il doit notamment invoquer une telle violation devant la juridiction d'appel ou de révision, afin que celle-ci puisse faire un examen approfondi de la potentielle violation des droits fondamentaux par la juridiction inférieure. En l'absence d'une telle recherche, la Cour constitutionnelle fédérale estime que le principe de subsidiarité n'est pas respecté. Le requérant ne doit pas avoir manqué des possibilités procédurales, notamment en raison d'un dépassement de délai ou du non-respect des exigences formelles²¹⁰⁷. En exigeant le respect de ce principe, c'est la répartition des missions entre juridiction constitutionnelle et juridictions ordinaires qui est assurée. Le principe de subsidiarité se décline en plusieurs conditions de recevabilité, qui sont examinées séparément par la Cour constitutionnelle²¹⁰⁸. Parmi ces conditions, il y a tout d'abord l'exigence d'un besoin de protection juridique : le requérant doit suffisamment motiver son recours, en indiquant en quoi il aurait subi une violation de ses droits fondamentaux de la part de la puissance publique²¹⁰⁹. Il doit avoir subi lui-même cette violation, qui doit être actuelle et immédiate. Par ailleurs, le requérant a l'obligation de démontrer qu'il a cherché à obtenir depuis le début de la procédure la cessation

²¹⁰² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 juin 1972, 1 BvR 105/63, 275/68, § 33-34 (*BVerfGE* 33, 247 [en part. p. 258-259]).

²¹⁰³ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 597.

²¹⁰⁴ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 septembre 2018, 1 BvR 552/17, § 2 (à propos de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne – voy. *infra*, Partie III).

²¹⁰⁵ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 décembre 2017, 2 BvR 444/17, § 12.

²¹⁰⁶ Voy. déjà C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 octobre 1958, 1 BvR 458/58, § 12 (*BVerfGE* 8, 222 [en part. p. 227]), puis C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 octobre 1967, 1 BvR 760/64, § 12 et s. (*BVerfGE* 22, 287 [en part. p. 290 et s.]). Voy. C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 126 et s. ; V. EPPING, *op. cit.*, p. 107 et s.

²¹⁰⁷ V. EPPING, *op. cit.*, p. 106.

²¹⁰⁸ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 559 et s.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, § 512.

de la violation du droit fondamental²¹¹⁰. Il doit faire tout son possible et utiliser les voies de recours ordinaires pour prévenir ou réparer la violation²¹¹¹. S'agissant spécifiquement du moyen tiré de la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, la Cour constitutionnelle fédérale impose au requérant d'avoir cherché à obtenir une décision de son juge légal, en particulier grâce à des « demandes ou suggestions appropriées, adressées au tribunal ordinaire »²¹¹².

369. Liée au principe de subsidiarité, la règle d'épuisement des voies de recours préalables constitue une condition de recevabilité fondamentale²¹¹³. Dans la jurisprudence générale de la Cour de Karlsruhe, cette règle est un critère déterminant à respecter, car il illustre parfaitement le principe de subsidiarité du recours constitutionnel. Cette condition est prévue au § 90 al. 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale²¹¹⁴. Par principe, le recours n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision définitive de dernière instance²¹¹⁵ – lequel doit être formé dans un délai d'un mois à compter de cette décision²¹¹⁶. Une exception à l'obligation d'épuisement des voies de recours existe cependant : la Cour peut statuer à titre préjudiciel lorsque le recours constitutionnel est d'un « intérêt général particulier »²¹¹⁷. S'agissant des procédures d'urgence, la recevabilité d'un recours constitutionnel individuel formé contre une décision provisoire est limitée. Par principe, le déroulé de la procédure au principal est requis. Cependant, il est possible, à titre exceptionnel, de former un tel recours à l'encontre d'une décision provisoire, lorsque attendre du requérant qu'il épuise les voies de recours serait inacceptable²¹¹⁸. La Cour constitutionnelle fédérale considère que tel est le cas si les faits de l'affaire au principal n'ont pas besoin d'être éclaircis davantage ou lorsque les questions juridiques à trancher dans la procédure d'urgence et dans la procédure au principal

²¹¹⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 novembre 1981, 2 BvR 1058/79, § 71 (*BVerfGE* 59, 63 [en part. p. 82-83]).

²¹¹¹ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », *NJW*, 2012, vol. 65, p. 1315.

²¹¹² Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20, § 61.

²¹¹³ Voy. par ex. G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 886-887 (§ 997), 1015 (§ 1144).

²¹¹⁴ Le § 90 al. 2 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfGG*) dispose : « Lorsque des voies de recours sont ouvertes contre une telle violation, le recours constitutionnel ne peut être introduit qu'après épuisement des voies de recours. La Cour constitutionnelle fédérale peut toutefois juger directement un recours constitutionnel introduit avant l'épuisement des voies de recours, si le recours constitutionnel est d'importance générale ou si cela causait au requérant un préjudice grave et inévitable, s'il était d'abord renvoyé à emprunter les voies de recours ordinaires. » (traduction du *BVerfGG* par la Cour constitutionnelle fédérale)

²¹¹⁵ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 566.

²¹¹⁶ § 93 al. 1^{er} (1) de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale.

²¹¹⁷ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 580.

²¹¹⁸ *Ibid.*, § 577.

sont identiques²¹¹⁹. La durée de la procédure au principal peut également être prise en compte au regard des besoins de protection du requérant²¹²⁰.

370. Une question spécifique s'est posée concernant les demandes de reprise d'audience après décision judiciaire méconnaissant le droit des requérants d'être entendu²¹²¹. Une demande analogue pour méconnaissance du droit au juge légal est majoritairement reconnue. De telles demandes peuvent être formulées lorsqu'il n'y a plus de voies de recours disponibles. Or, si la demande de reprise d'audience est recevable, alors elle fait partie des voies de recours à épuiser puisqu'elle entraîne la reprise de la procédure. La question a donc été débattue de savoir si l'absence de demande de reprise de la procédure pour violation du droit au juge légal conduisait au rejet du recours constitutionnel individuel pour non-épuisement des voies de recours²¹²². La réponse à une telle question n'est toujours pas définitivement tranchée. Il est possible de considérer que l'introduction d'une telle demande n'est pas une condition préalable à la formation d'un recours constitutionnel individuel²¹²³, par analogie avec une décision du 30 avril 2003 du plénum de la Cour de Karlsruhe²¹²⁴. Dans cette décision, ce dernier avait en effet pris en compte le manque de clarté des recours juridiques disponibles s'agissant du droit d'être entendu. Toutefois, il semble plus prudent d'introduire les deux types de demande et recours, afin d'éviter l'irrecevabilité du recours constitutionnel.

371. En raison de l'ensemble des exigences imposées à la recevabilité des recours constitutionnels individuels, très peu de recours fondés sur la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF franchissent l'étape de la recevabilité. De plus, la Cour constitutionnelle fédérale limite l'intensité du contrôle qu'elle exerce sur les décisions juridictionnelles. Plus spécifiquement, Karlsruhe examine uniquement si le juge ou la formation de jugement a appliqué de manière arbitraire les règles de compétence et de composition.

²¹¹⁹ Par exemple : C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 5 mai 1987, 1 BvR 1113/85, § 21 (*BVerfGE* 75, 318 [en part. p. 325]).

²¹²⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 8 octobre 1997, 1 BvR 9/97, § 59 (*BVerfGE* 96, 288 [en part. p. 300]).

²¹²¹ Ces demandes sont par exemple prévues aux § 152a du code allemand de procédure administrative et 321a du code allemand de procédure civile.

²¹²² W. ROTH, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH », *NVwZ*, 2009, p. 348.

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ C. constit. féd. all., ass. plén., décision du 30 avril 2003, 1 PBvU 1/02, § 65 (*BVerfGE* 107, 395 [en part. p. 417]).

§ 2 : Un contrôle limité à l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence

372. L'une des spécificités du droit au juge légal, déjà exposée, est d'être un droit nécessitant l'intervention du législateur (*normgeprägtes Recht*)²¹²⁵. La « légalité » du juge est évaluée en fonction du respect des règles légales de compétence – ainsi que des autres règles en découlant, telles que les plans de répartition des affaires. Or, la Cour constitutionnelle fédérale a un rôle principal de gardienne de la Constitution. Son objectif est de garantir le respect du droit constitutionnel. Afin de ne pas outrepasser ses compétences, elle estime ainsi qu'elle ne contrôle le respect de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF par les juridictions que dans le cadre de la théorie du « droit constitutionnel spécifique »²¹²⁶ (A), ce qui la mène à limiter son contrôle à la question de savoir si l'application des règles de compétence par les juges est arbitraire (B).

A. Un contrôle limité en vertu de la théorie du droit constitutionnel spécifique

373. Dès 1952, la Cour constitutionnelle fédérale allemande précise, à propos de la liberté individuelle, que « l'organisation de la procédure [par laquelle un individu peut être privé de cette liberté, dans le respect de la loi], la constatation et l'appréciation des faits, l'interprétation des lois et leur application au cas particulier restent en principe l'affaire des seules juridictions pénales et échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale, sauf si un droit constitutionnel spécifique est violé »²¹²⁷. C'est par une seconde décision, en 1964, que la Cour de Karlsruhe précise davantage ce qui deviendra la théorie du droit constitutionnel spécifique. Elle y indique tout d'abord que les juridictions ordinaires doivent tenir compte de « l'échelle de valeurs de la Loi fondamentale » (*grundgesetzliche Wertmaßstäbe*) lorsqu'elles interprètent et appliquent le droit ordinaire²¹²⁸. Cependant, elle estime qu'il « ne serait pas conforme au sens du recours constitutionnel et à la mission particulière de la Cour constitutionnelle fédérale si celle-ci se prévalait, à l'instar d'une juridiction de révision, d'un contrôle juridictionnel illimité des décisions de justice, au motif qu'une décision erronée pourrait éventuellement affecter les

²¹²⁵ Voy. *supra*, Partie II, Chapitre préliminaire, Section 1, § 3, A, 1, para. n° 245 et Chapitre V, para. n° 277.

²¹²⁶ Voy. déjà C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 septembre 1952, 1 BvR 612/52, § 13 (*BVerfGE* 1, 418 [en part. p. 420]) ; puis, surtout, décision du 10 juin 1964, 1 BvR 37/63, § 20-22 (*BVerfGE* 18, 85 [en part. p. 92-93]).

²¹²⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 septembre 1952, 1 BvR 612/52, § 13 (*BVerfGE* 1, 418 [en part. p. 420]).

²¹²⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1964, 1 BvR 37/63, § 20 (*BVerfGE* 18, 85 [en part. p. 92]).

droits fondamentaux d'une partie »²¹²⁹. C'est la raison pour laquelle il est souhaitable que le juge constitutionnel limite son contrôle aux violations du droit constitutionnel spécifique – ce qui n'inclut notamment pas les décisions objectivement erronées du seul point de vue du droit ordinaire. Si la Cour reconnaît dans sa décision qu'il n'est pas toujours facile de délimiter les compétences des juridictions ordinaires de celles du juge constitutionnel, elle précise que, de manière générale, échappent notamment au contrôle de la Cour le raisonnement du juge en matière de subsomption ou de mise en balance entre différents droits ou intérêts²¹³⁰. Il est donc de jurisprudence constante que le droit constitutionnel doit demeurer l'unique cadre d'analyse de la juridiction constitutionnelle. Ce faisant, elle reconnaît que les juridictions ordinaires sont les plus à même d'appliquer et d'interpréter le droit ordinaire et opère un partage des tâches clair entre juridictions constitutionnelle et ordinaires²¹³¹.

374. Concernant spécifiquement le respect du droit au juge légal, la Cour constitutionnelle donne aux juridictions suprêmes des différents ordres de juridiction une responsabilité particulière dans le contrôle du respect des compétences de leur ordre de juridiction²¹³². Certes, le droit au juge légal contenu dans l'article 101 al. 1^{er} (2) LF constitue un droit subjectif, mais la Cour de Karlsruhe ne doit pas devenir « un organe de contrôle qui corrigerait toute erreur de procédure affectant la compétence d'une juridiction »²¹³³. Il n'y a donc pas « privation » (*Entziehung*) du juge légal à « chaque application erronée des règles de compétence »²¹³⁴. Sans cette précaution, elle deviendrait une « super cour de révision »²¹³⁵ des décisions de dernière instance, ce qu'elle se refuse à être. Elle estime au contraire qu'il revient aux juridictions ordinaires (*Fachgerichte*) de contrôler le respect des compétences dans leurs ordres de juridiction respectifs²¹³⁶.

375. Que devient donc le contrôle des décisions juridictionnelles au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, si la Cour constitutionnelle refuse de contrôler le respect des règles de compétence par les juridictions et les juges ? Le renvoi au droit ordinaire semble emporter tout le champ d'application du droit au juge légal – sauf à imaginer qu'une juridiction crée elle-même une juridiction ou une chambre d'exception, directement contraire à l'article 101 al. 1^{er} (1). Le droit

²¹²⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1964, 1 BvR 37/63, § 21 (*BVerfGE* 18, 85 [en part. p. 92-93]).

²¹³⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1964, 1 BvR 37/63, § 22 (*BVerfGE* 18, 85 [en part. p. 93]).

²¹³¹ M. KENNTNER, « Vom "Hüter der Verfassung" zum "Pannenhelfer der Nation"? - Zur Kontrolldichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde », *DÖV*, 2005, p. 272.

²¹³² Voy. par ex. récemment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 26.

²¹³³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03, § 21 (*NJW* 2005, 2689 [en part. p. 2690]).

²¹³⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 26.

²¹³⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 15 janvier 1958, 1 BvR 400/51, § 25 (*BVerfGE* 7, 198 [en part. p. 207]).

²¹³⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03, § 21 (*NJW* 2005, 2689 [en part. p. 2690]).

au juge légal est en effet un droit qui nécessite en très grande partie l'intervention du législateur et de l'administration judiciaire. Sans l'existence de normes législatives de concrétisation, il ne peut y avoir de juge *légal*²¹³⁷. À l'exception de la Cour constitutionnelle fédérale, les compétences des juridictions allemandes, des chambres ou des formations de jugement ne sont pas inscrites dans la Loi fondamentale, mais dans des lois ordinaires et des plans internes de répartition des affaires. La Cour de Karlsruhe ne peut donc pas se contenter de contrôler l'interprétation et l'application de l'article 101 LF par les juridictions. Pour assurer le respect de cet article, elle doit se référer à des normes extérieures à la Loi fondamentale²¹³⁸ et adapter le contrôle qu'elle met en œuvre pour ce type de garanties²¹³⁹. C'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel allemand a développé d'autres critères lui permettant de contrôler le respect du droit au juge légal, afin qu'il ne demeure pas ineffectif en vertu de la théorie du droit constitutionnel spécifique. Le critère principal utilisé par le juge constitutionnel allemand est celui de l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence par les juges²¹⁴⁰.

B. Le recours au critère de l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence

376. La Cour constitutionnelle fédérale ne peut pas se limiter à une application stricte de la théorie du droit constitutionnel spécifique, sans quoi le respect du droit au juge légal pour les juridictions ne pourrait pas être réellement contrôlé. C'est par le recours au critère de l'absence d'arbitraire de la décision juridictionnelle que le juge constitutionnel allemand a adapté son contrôle à cette garantie spécifique. À nouveau, des éléments peuvent déjà être trouvés dans le travail d'Eduard Kern. Dans son ouvrage de 1927, il indique en effet que la validation erronée de sa compétence ou de sa correcte composition par un tribunal ne suffit pas à entraîner la soustraction du juge légal et donc la méconnaissance du droit au juge légal. Il qualifie cette erreur d'*error in procedendo* et estime que le paragraphe 16 de la loi relative à l'organisation judiciaire ne protège pas contre les simples erreurs, mais seulement contre l'arbitraire²¹⁴¹. Ce raisonnement est repris par la Cour constitutionnelle, dès sa décision *Constatation des faits* de 1954. Elle y reconnaît d'abord que ne peut être exclue « la possibilité qu'une juridiction affirme

²¹³⁷ V. EPPING, *op. cit.*, p. 499.

²¹³⁸ C. THOMALE, « Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsverbund », *EuR*, 2016, p. 514.

²¹³⁹ Cela est également le cas pour le contrôle du respect de l'article 103 al. 1 LF garantissant le droit d'être entendu.

²¹⁴⁰ V. EPPING, *op. cit.*, p. 101 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 79.

²¹⁴¹ E. KERN, *op. cit.*, p. 191.

ou nie sa compétence de manière manifestement arbitraire »²¹⁴², et en déduit que l'on peut être privé de son juge légal par des mesures ou des décisions d'une juridiction, « si elles sont arbitraires »²¹⁴³. En l'espèce, elle estime que la frontière entre constatation de faits et appréciation juridique est parfois floue, et qu'il serait « extrêmement rare qu'une instance s'arroge arbitrairement des compétences qui pourraient porter atteinte au droit des parties à leur juge légal »²¹⁴⁴. Elle juge qu'« en aucun cas, tout dépassement erroné des limites [de compétence des différents niveaux d'instance] ne peut suffire à justifier une telle hypothèse » et pose le principe selon lequel « par une erreur procédurale, personne n'est soustrait à son juge légal »²¹⁴⁵. Pour certains auteurs, la limitation du contrôle ne convainc pas, notamment parce que le droit ordinaire ne permettrait que de concrétiser et de façonner les exigences constitutionnelles : il s'agirait dans tous les cas d'« exigences constitutionnelles spécifiques »²¹⁴⁶.

377. Le droit constitutionnel ne sera ainsi méconnu qu'en cas de violation arbitraire du droit ordinaire. Dans quelles configurations une telle violation arbitraire peut-elle se présenter ? Afin de mieux définir cette notion, la doctrine constitutionnelle renvoie notamment à l'article 3 LF, considérant que l'article 101 LF constitue une « manifestation » du principe d'interdiction de l'arbitraire découlant de cet article²¹⁴⁷. Initialement, aucun lien explicite n'est établi entre ces deux articles. Cependant, il est vrai que dans la méthode de contrôle employé, la Cour constitutionnelle utilise des critères semblables pour les deux articles, lui permettant d'enrichir et de préciser sa jurisprudence. Pour maintenir la référence au droit constitutionnel, et plus précisément à la Loi fondamentale, la Cour de Karlsruhe juge d'abord qu'elle ne peut remettre en cause l'interprétation et l'application des règles de compétence que « lorsqu'elles n'apparaissent plus compréhensibles et manifestement insoutenables »²¹⁴⁸, après une « appréciation raisonnable des principes déterminants de la Loi fondamentale », ou lorsqu'elles s'écartent du principe du juge légal à un tel point qu'elles sont injustifiables²¹⁴⁹, qu'elles n'ont

²¹⁴² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53, § 19 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 364]).

²¹⁴³ C. constit. féd. all., décision précitée du 26 février 1954, § 19 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 364]).

²¹⁴⁴ C. constit. féd. all., décision précitée du 26 février 1954, § 20 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 364]).

²¹⁴⁵ C. constit. féd. all., décision précitée du 26 février 1954, § 20 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 365]).

²¹⁴⁶ M. KENNTNER, art. cité, p. 276.

²¹⁴⁷ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », art. cité, p. 732 ; P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 38. Voy. *supra*, Partie II, Chapitre préliminaire, Section 1, § 3, A, 2, para. n° 248 et s.

²¹⁴⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 30 (*BVerfGE* 6, 45 [en part. p. 53]).

²¹⁴⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 juin 1981, 2 BvR 1107, 1124/77, 195/79, § 127 (*BVerfGE* 58, 1 [en part. p. 45]).

plus aucun rapport avec la norme de référence qu'elles appliquent²¹⁵⁰. La première chambre de la Cour ajoute une autre formulation dans ses décisions, en considérant qu'une décision faisant une application arbitraire des règles de compétence est une décision qui méconnaît « fondamentalement le sens et la portée de la garantie découlant de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF »²¹⁵¹ ou qui applique les normes de procédure « de manière objectivement arbitraire et erronée »²¹⁵². Elle ne prend donc en compte que les erreurs évidentes d'interprétation, fondées sur une vision fondamentalement erronée de l'importance du droit fondamental en question²¹⁵³. Certains auteurs considèrent donc qu'il serait plus correct de parler de « violations spécifiques du droit constitutionnel » que de « droit constitutionnel spécifique »²¹⁵⁴.

378. Plus concrètement, s'il peut arriver que la Cour constitutionnelle fédérale connaisse de décisions de juges qui rejettent leur compétence²¹⁵⁵, les hypothèses les plus fréquentes de méconnaissance arbitraire des règles de compétence sont celles dans lesquelles une juridiction ou un juge s'arroge une compétence qui ne lui appartient pas. Tel est le cas lorsqu'un tribunal supérieur de *Land* (*Oberste Landesgericht*) affirme sa compétence de révision, alors même que les conditions ne sont pas remplies et que c'est la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) qui est compétente²¹⁵⁶ ou encore lorsque ce même tribunal supérieur méconnaît la compétence prioritaire qui est donnée au juge de la détention en vertu des règles du code de procédure pénale²¹⁵⁷. S'agissant de la délimitation entre constatations de fait et appréciation juridique, le juge constitutionnel allemand considère que l'absence de renvoi de l'affaire au juge du fond par le juge de révision pour une clarification des faits est contraire à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF lorsque cela conduit le juge de révision à établir lui-même et arbitrairement les faits²¹⁵⁸. Tel

²¹⁵⁰ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 30 (*BVerfGE* 6, 45 [en part. p. 53]).

²¹⁵¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, § 63 (*BVerfGE* 82, 286 [en part. p. 299]) ; décision du 3 novembre 1992, 1 BvR 137/92, § 9 (*BVerfGE* 87, 282 [en part. p. 285]).

²¹⁵² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11, § 71 (*BVerfGE* 138, 64).

²¹⁵³ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *op. cit.*, § 746.

²¹⁵⁴ S. DETTERBECK, « Gemeinsame Zulässigkeitschürden von Bundes- und Landesverfassungsbeschwerde in der Praxis », *AöR*, 2011, vol. 136, n° 2, p. 228. De façon générale, l'expression « droit constitutionnel spécifique » est critiquée par la doctrine, et d'autres termes ont pu être employés pour l'éviter, telle que celle de « violations directes du droit constitutionnel » (voy. sur cette question M. KENNTNER, art. cité, p. 273).

²¹⁵⁵ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », art. cité, p. 277. Par exemple, la Cour constitutionnelle considère qu'il y a violation du droit au juge légal lorsque la juridiction d'appel renvoie l'affaire à une juridiction inférieure, bien qu'elle doive décider elle-même du fond de l'affaire (C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 mars 1958, 1 BvR 155/58 [*BVerfGE* 7, 327]).

²¹⁵⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56, § 25 (*BVerfGE* 6, 45 [en part. p. 50]).

²¹⁵⁷ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 5 février 1981, 2 BvR 646/80 (*BVerfGE* 57, 170 [en part. p. 196 et s.]).

²¹⁵⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 14 janvier 1954, 1 BvR 409/53 (*BVerfGE* 3, 255 [en part. p. 256]) ; C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 juillet 1989, 2 BvR 502, 1000, 961/86, § 87 (*BVerfGE* 80, 315 [en part. p. 351]).

n'est pas le cas s'il s'agit simplement d'une différenciation incorrecte entre constatations de fait et appréciation de droit²¹⁵⁹. Du point de vue du respect du plan de répartition des affaires, l'application du plan au-delà de l'année judiciaire pour laquelle il a été adopté est également considérée comme une violation arbitraire du droit au juge légal²¹⁶⁰. La prise de décision dans une composition autre que celle qui est prévue par la loi est également perçue comme une méconnaissance arbitraire de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²¹⁶¹. Par exemple, si c'est une formation collégiale qui est prévue par la loi et que la décision a été rendue par un juge unique²¹⁶² ou par le président de chambre seul²¹⁶³ sur le fondement de dispositions dérogatoires, la Cour contrôle que l'appréciation des conditions de dérogations n'a pas été arbitraire. C'est ainsi qu'elle estime par exemple en 2017 que l'appréciation de l'urgence mise en avant par un président de chambre pour juger seul d'une affaire relevant d'une formation de trois juges est arbitraire, la Cour démontrant par différents éléments qu'il aurait dû raisonnablement arriver à la conclusion inverse d'une absence d'urgence²¹⁶⁴.

379. En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale considère que « l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'offre pas la possibilité de contrôler une décision juridictionnelle pour savoir si la juridiction a appliqué le droit procédural sans commettre d'erreur de droit »²¹⁶⁵. Parmi les simples erreurs procédurales qui ne sont pas sanctionnées par la Cour, peuvent en particulier être citées les erreurs d'interprétation du droit procédural²¹⁶⁶ ou l'exploitation incorrecte ou incomplète de la jurisprudence disponible²¹⁶⁷. En effet, le travail « peu minutieux » n'est pas considéré par la Cour de Karlsruhe comme une application arbitraire des compétences. Par exemple, elle estime qu'un tribunal de première instance a pu simplement commettre une erreur dans la collecte de la jurisprudence nécessaire pour rendre sa décision et estimer inutile de renvoyer la difficulté d'interprétation au tribunal supérieur – en ne se rendant pas compte qu'il existait une difficulté d'interprétation liée à une divergence de jurisprudence²¹⁶⁸. La preuve

²¹⁵⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53, § 20-21 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 364 et s.]).

²¹⁶⁰ Voy. par ex. *OLG* Nuremberg, décision du 15 novembre 2013, 2 Ws 321/13, § 20 et s. (*StV* 2014, 359).

²¹⁶¹ Voy. par ex. Trib. féd. en matière sociale (*BSG*), décision du 24 octobre 2013, B 13 R 240/12 B, § 11.

²¹⁶² C. féd. de justice, 9^e ch., décision du 13 mars 2003, IX ZB 134/02 (*BGHZ* 154, 200 [en part. p. 203]) ; 2^e ch., décision du 20 octobre 2003, II ZB 27/02 (*BGHZ* 156, 320 [en part. p. 322]).

²¹⁶³ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 avril 2017, 1 BvR 1790/14, § 2 (*NZS* 2017, 711).

²¹⁶⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 septembre 2017, 1 BvR 1510/17, § 17-20 (*NJW* 2018, 40).

²¹⁶⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 mai 1968, 2 BvR 544/63, § 140 (*BVerfGE* 23, 288 [en part. p. 320]).

²¹⁶⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 mars 1958, 1 BvR 155/58 (*BVerfGE* 7, 327 [en part. p. 328 et s.]).

²¹⁶⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 novembre 1992, 1 BvR 137/92, § 14 (*BVerfGE* 87, 282 [en part. p. 286 et s.]).

²¹⁶⁸ Jusqu'en 2001, le *Landgericht*, saisi en tant que juridiction d'appel d'une question relative à un contrat de bail, devait renvoyer une question préjudicielle au *Oberlandesgericht* s'il souhaitait s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral du travail ou de celle d'un *Oberlandesgericht* (ancien paragraphe 541 al. 1^{er} du code de procédure

d'une abstention de renvoi arbitraire serait par exemple le fait que l'une des parties a fait référence, dans son mémoire, à une décision juridictionnelle retenant une interprétation distincte, décision non prise en compte par le tribunal²¹⁶⁹. Il faut en quelque sorte prouver la volonté du juge ou de la formation de jugement de méconnaître le droit processuel²¹⁷⁰.

380. Les obligations de renvoi préjudiciel²¹⁷¹ constituent une particularité dans la jurisprudence constitutionnelle, avec la reconnaissance partielle d'un contrôle renforcé de la Cour. La violation du droit au juge légal peut consister en deux situations. D'une part, le juge au principal méconnaît l'article 101 al. 1^{er} (2) LF lorsqu'il s'abstient d'effectuer un renvoi. D'autre part, ce juge méconnaît le droit au juge légal lorsqu'il ignore l'effet contraignant de la réponse préjudicielle obtenue²¹⁷². Dans le premier cas, l'application du critère de l'absence d'arbitraire pousse la Cour de Karlsruhe à juger qu'il y a violation du droit au juge légal lorsqu'il est clairement établi que les conditions pour un renvoi étaient vraisemblablement réunies²¹⁷³. Dans le second cas, le juge constitutionnel impose à la juridiction qui souhaite s'écarter d'une décision préjudicielle de poser une nouvelle question préjudicielle, sans quoi l'absence de reconnaissance de l'effet contraignant de la décision préjudicielle est nécessairement arbitraire²¹⁷⁴. Eu égard à l'importance particulière de certaines procédures de renvoi préjudiciel²¹⁷⁵, la Cour constitutionnelle a développé un renforcement partiel de son contrôle opéré au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²¹⁷⁶. Tel est notamment le cas de l'obligation de renvoi à la Cour constitutionnelle, prévue à l'article 100 al. 2 LF, en cas de doute sur l'existence ou la

civile allemand). Voy. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 novembre 1992, 1 BvR 137/92, § 14 (*BVerfGE* 87, 282 [en part. p. 286-287]).

²¹⁶⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 juin 1987, 1 BvR 1113/86 (*BVerfGE* 76, 93).

²¹⁷⁰ G. BRITZ, « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter », art. cité, p. 576 (laquelle critique cette exigence de preuve).

²¹⁷¹ Il existe des obligations de renvoi préjudiciel vers d'autres juridictions (par ex. l'obligation pour l'*Oberlandessgericht* de renvoyer une question préjudicielle à la Cour fédérale de justice – § 121 al. 2 *GVG* – ou les obligations pour les juridictions ordinaires de renvoyer une question préjudicielle de constitutionnalité aux juridictions constitutionnelles régionales ou fédérale – art. 100 LF), ainsi que des obligations de renvoi préjudiciel vers d'autres formations de jugement au sein d'une juridiction (par ex. l'obligation de renvoi en grande chambre pour les chambres des juridiction suprêmes – pour la juridiction en matière financière, voy. § 11 *FGO*).

²¹⁷² D. KUCH, « Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) », *Jura*, 2020, vol. 42, p. 236.

²¹⁷³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 juin 1976, 2 BvR 948/75 (*BVerfGE* 42, 237 [en part. p. 242]).

²¹⁷⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 avril 1987, 2 BvR 687/85, § 41 (*BVerfGE* 75, 223 [en part. p. 234]).

²¹⁷⁵ C. D. CLASSEN, *op. cit.*, p. 282.

²¹⁷⁶ Sur les différentes intensités de contrôle en fonction du type de question préjudicielle, voy. C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 52 et s.

portée d'une règle générale de droit international public²¹⁷⁷ ; ainsi que de l'obligation de renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne prévue à l'article 267 al. 3 TFUE²¹⁷⁸.

381. En somme, la Cour constitutionnelle fédérale doit maintenir un équilibre entre, d'une part, ses missions de juge constitutionnel, protecteur de la Loi fondamentale et les principes qui en découlent (théorie du droit constitutionnel spécifique, subsidiarité du recours constitutionnel individuel), et d'autre part, les spécificités du droit au juge légal – en premier lieu desquelles, le besoin de concrétisation normative de cette garantie. N'étant pas une « super cour de cassation », la Cour de Karlsruhe limite par principe l'intensité de son contrôle aux méconnaissances arbitraires des règles de compétence. Au regard des conditions strictes de recevabilité du recours constitutionnel et de la grande marge d'appréciation laissée aux juridictions et aux juges – marge qui est souhaitable, l'immense majorité des recours constitutionnels individuels fondés sur l'article 101 al. 1^{er} (2) LF échouent.

²¹⁷⁷ Voy. notamment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 mai 1968, 2 BvR 544/63, § 140 (*BVerfGE* 23, 288 [en part. p. 320]) : il y a déjà violation du droit au juge légal lorsqu'il existe un doute objectif et sérieux quant à l'existence ou à la portée de la règle générale de droit international public. La juridiction ordinaire n'a aucune marge d'appréciation. Voy. par ex. C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 55 ; B. PIEROTH, « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », art. cité, p. 1121. Un renforcement du contrôle s'est également opéré pour le contrôle du respect de l'obligation de renvoi prévue au premier alinéa de l'article 100 LF (C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11 [*BVerfGE* 138, 64] – voy. ici par ex. J. BERKEMANN, « Machtspiele zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof: Eine neue Variante », *DÖV*, 2015, p. 395).

²¹⁷⁸ À partir de C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83 (*BVerfGE* 73, 339). Voy. *infra*, Chapitre X, Section 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE VI

382. La jurisprudence abondante de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relative au droit au juge légal permet une interprétation très précise et détaillée des conditions de respect de ce droit. Les instruments procéduraux mis à la disposition de la Cour de Karlsruhe lui permettent d'avoir un aperçu sur l'ensemble des actes qui touchent aux compétences et à l'organisation judiciaire des juridictions allemandes. C'est cependant prioritairement par la voie du recours constitutionnel individuel contre les jugements que le juge allemand a pu enrichir sa jurisprudence et préciser les cas dans lesquels une violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF devait être constatée. En effet, cette voie de recours permet à la Cour de connaître tant les actes législatifs et réglementaires de répartition des compétences et d'organisation judiciaires, que des actes d'application de ces premiers par les juridictions et les juges. Théoriquement, le contrôle opéré sur les actes législatifs et réglementaires est un contrôle normal, non limité à la manifestation d'un pouvoir arbitraire. Cependant, la Cour n'est en définitive pas très exigeante, en particulier pour ce qui concerne le degré de précision des règles, les éventuelles compétences concurrentes qui sont créées et le vocabulaire employé. Elle s'en remet souvent à la marge d'appréciation du législateur et des bureaux des juridictions et à l'autorisation des termes juridiques indéterminés. La relative clémence de la part du juge constitutionnel est notamment justifiée par la possibilité, dans un second temps, d'un contrôle sur les actes juridictionnels d'application et de mise en œuvre des règles légales et réglementaires. Toutefois, dans le cadre du contrôle, la Cour de Karlsruhe doit veiller à ne pas devenir une super cour de cassation et contrôler de manière pleine et entière la bonne application des règles de compétence et de composition des juridictions. Sans cette précaution, l'ensemble du droit processuel ordinaire serait constitutionnalisé par la voie du recours constitutionnel individuel. Le recours au critère de l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence permet à la Cour de trouver un juste milieu entre contrôle impossible lié à la théorie du droit constitutionnel spécifique, et contrôle inadapté à son rôle de gardienne de la Constitution. L'imprécision du critère lui permet de laisser une marge de manœuvre aux juges et aux juridictions, tout en sanctionnant les méconnaissances flagrantes aux règles de compétence et de composition. Il en résulte un très grand niveau d'exigence en ce qui concerne la cohérence et le respect des règles de compétence et d'organisation judiciaire en Allemagne.

CONCLUSION DU TITRE I

383. L'étude de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative à la question de la répartition des compétences et à l'organisation judiciaire fait apparaître une spécificité allemande, liée au degré de précision exigé en la matière. D'abord, le droit au juge légal s'est historiquement construit comme un droit défensif, interdisant les empiètements du monarque et de ses ministres dans le cours de la justice. Sous l'empire de la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle fédérale en a fait un droit-prestation au contenu extensif, imposant au législateur et aux bureaux des juridictions d'adopter les règles nécessaires pour garantir une prédétermination aussi précise que possible du tribunal, de la formation de jugement et du juge compétent pour chaque litige.

384. La Cour constitutionnelle peut, dans ce cadre, opérer un contrôle à chaque niveau. Elle s'assure d'abord que le législateur a adopté les règles fondamentales et indispensables de compétence, en encadrant les transferts de réglementation au profit du pouvoir exécutif. Sa jurisprudence montre ainsi l'analyse, au cas par cas, des termes juridiques indéterminés employés par le législateur ou le pouvoir réglementaire, afin d'éviter que la législation ouvre une possibilité de manipulation des compétences et de la composition des juridictions. La nécessaire indépendance complète de la justice sous-tend cet examen, tout comme celui de la constitutionnalité des plans internes de répartition des affaires. Néanmoins, il y a une différence avec les actes législatifs et réglementaires extérieurs au pouvoir judiciaire : la Cour constitutionnelle fédérale est plus encline à reconnaître la constitutionnalité de normes laissant une marge d'appréciation aux juges, eu égard aux garanties d'indépendance qu'ils présentent. En somme, le principe d'indépendance permet à la fois de justifier le niveau de précision exigé par la Cour vis-à-vis des règles de compétence et de composition des juridictions, mais également d'autoriser certaines marges de manœuvre à l'intérieur du pouvoir judiciaire. Cette indépendance, tout comme son rôle de juge constitutionnel, la poussent enfin à limiter le contrôle qu'elle exerce sur l'application correcte du droit processuel ordinaire. L'article 101 al. 1^{er} (2) LF ne doit pas servir à sanctionner toute erreur dans l'application des règles de compétence, mais uniquement s'assurer qu'aucune manipulation du pouvoir judiciaire ne se produit par une application arbitraire des compétences.

385. La situation française paraît ainsi, à côté de ce niveau d'exigence particulièrement élevé, moins précise. Le droit français connaît et respecte l'exigence du droit à être jugé par un tribunal établi par la loi, et le Conseil constitutionnel peut intervenir dans ce cadre grâce à sa compétence en matière de délimitation des domaines législatif et réglementaire. Cependant, l'organisation interne des tribunaux et l'application concrète des règles de compétence échappent à tout contrôle constitutionnel. Si le respect des règles de compétence et de composition est un moyen d'ordre public dans les deux ordres de juridiction français, la question de la répartition des juges et des affaires au sein des tribunaux relève en grande partie des pouvoirs des présidents de juridiction. Si un droit au tribunal légal peut, dans une certaine mesure, être garanti en France, il est plus difficile d'estimer que le droit français impose la détermination d'un juge légal.

386. Un élément est commun aux deux systèmes français et allemand : l'importance accordée aux principes d'indépendance et d'impartialité des juges. Cet aspect permet de rapprocher davantage la jurisprudence constitutionnelle allemande du droit français.

TITRE II : DES CONVERGENCES ENTRE LA FRANCE ET L'ALLEMAGNE AUTOUR DES QUALITÉS ATTENDUES DU *JUGE* LÉGAL : LE RESPECT DES RÈGLES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRES

387. Si les principes d'indépendance de la justice et d'impartialité des juges apparaissent comme des éléments fondamentaux faisant partie intégrante des garanties incluses dans le droit à un procès équitable, il peut paraître surprenant de les intégrer dans une étude qui, jusqu'à présent, ne traite que de compétence et de composition des juridictions. Ces principes cardinaux de tout État de droit constituent des prérequis généraux permettant de garantir le respect des règles de compétence et de composition des juridictions. Comme cela est apparu dans nos développements précédents, les exigences imposées au législateur et aux bureaux des juridictions en matière de prédétermination des compétences et des règles de composition ont notamment pour but d'éviter toute possibilité de manipulation du pouvoir judiciaire. C'est donc bien l'un des objectifs du droit au juge légal que de parvenir à une indépendance complète de la justice. En outre, l'idée de garantir l'impartialité du juge qui tranche le litige n'est également pas totalement sans rapport avec le développement historique de la garantie du juge ordinaire ou naturel²¹⁷⁹. Mais au-delà d'être un objectif de ce droit, les principes d'indépendance et d'impartialité sont devenus des éléments constitutifs du droit au juge légal, entrant dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. C'est la raison pour laquelle il nous faut maintenant consacrer des développements à cet aspect, qui permet de rapprocher les droits français et allemand. En effet, les droits constitutionnels des deux pays reconnaissent la nature fondamentale des principes d'indépendance et d'impartialité (**Chapitre VII**). Dans la mesure où notre point de départ est le droit allemand au juge légal, il nous faut surtout insister, ensuite, sur les moyens de garantir, aux justiciables, d'être jugés par un juge qui bénéficie bien des qualités requises. C'est la raison pour laquelle nous nous focaliserons sur un élément essentiel de garantie de l'impartialité des juges : les règles procédurales encadrant le déport et la récusation des juges (**Chapitre VIII**).

²¹⁷⁹ M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012, p. 19.

CHAPITRE VII : L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ DU JUGE, PRINCIPES FONDAMENTAUX

388. L'étude du droit allemand au juge légal permet de se pencher sur les qualités attendues de tout juge chargé de trancher un litige. La Cour constitutionnelle fédérale a en effet procédé à une extension audacieuse du champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, en incluant le droit pour les justiciables, d'être jugés par un juge qui répond aux standards minimums d'indépendance et d'impartialité. L'indépendance renvoie à la faculté de juger « sans subir aucune pression directe ou indirecte », « en toute liberté »²¹⁸⁰, au fait « de jouir d'une autonomie par rapport au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif, par rapport plus largement à toute forme de pression extérieure (médias, lobbys...) »²¹⁸¹. L'indépendance est surtout décrite par ses conséquences pour l'institution judiciaire et le statut des juges²¹⁸², et est souvent mise en lien avec le principe d'impartialité. Ce dernier terme peut être défini comme l'aptitude d'un juge à traiter les parties de manière égalitaire, sans opinion préconçue, sans préjugement²¹⁸³. L'idée d'impartialité est liée à celle d'indépendance de la justice et des juges en ce que l'indépendance de la justice vis-à-vis des autres pouvoirs et autorités étatiques (indépendance externe) serait le préalable de l'impartialité des juges (comprise alors comme une forme d'indépendance interne)²¹⁸⁴. Alors que l'indépendance est plutôt vue comme une garantie pour le juge lui-même, l'impartialité constituerait davantage une garantie pour le justiciable²¹⁸⁵, en tant que « condition nécessaire de la réalisation de la justice »²¹⁸⁶. Dans tous les cas, les deux principes visent un objectif commun : empêcher les influences sur le juge, qui pourraient mettre

²¹⁸⁰ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 7^e éd., Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2024, p. 401.

²¹⁸¹ R. PARIZOT, *Procédure pénale*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Université, 2024, p. 44.

²¹⁸² Voy. par ex. C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 896 et s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 37^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2024, p. 869.

²¹⁸³ N. FRICÉRO et S. ANTIPOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 40, n° 3, p. 37.

²¹⁸⁴ Par ex. A. HEUSCH, « § 18 », in C. BURKICZAK, F.W. DOLLINGER et F. SCHORKOPF (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2022, § 4 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 896-897.

²¹⁸⁵ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, Dalloz orientation, 1997, p. 181.

²¹⁸⁶ B. BERNABÉ, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque de droit privé, n° 514, 2009, p. 7.

en danger le principe selon lequel le juge rend ses décisions sur la base de la loi et du droit uniquement²¹⁸⁷.

389. Au vu de leur importance pour les justiciables et l'État de droit, les principes d'indépendance et d'impartialité sont reconnus à un niveau constitutionnel, en France comme en Allemagne. Ils ont en outre fait l'objet d'une subjectivation par les juridictions constitutionnelles des deux pays, afin que les justiciables puissent s'en prévaloir. Alors qu'en Allemagne, c'est précisément par le recours au droit au juge légal que les principes ont été subjectivés (**Section 1**), le Conseil constitutionnel français mobilise plus généralement la garantie des droits contenue à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (**Section 2**).

Section 1 : La subjectivation des principes d'indépendance et d'impartialité en droit constitutionnel allemand par le truchement du droit au juge légal

390. En Allemagne, depuis les années 1950, la Cour constitutionnelle fédérale comprend la garantie de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF de manière large, en y incluant toutes les questions relatives au statut des juges : indépendance, impartialité, neutralité. Dans cette mesure, et de manière synthétique, elle considère que le juge légal ne peut être que celui qui correspond en tous points aux exigences de la Loi fondamentale. L'idée sous-jacente de cette extension de jurisprudence est celle de garantir non seulement le droit au juge légalement déterminé, mais également le droit à un « bon juge »²¹⁸⁸, en termes de neutralité, d'indépendance et d'impartialité. Pour réaliser cette extension jurisprudentielle, la Cour de Karlsruhe a utilisé sa jurisprudence relative aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis au niveau constitutionnel (§ 1), afin d'en intégrer le respect dans le champ d'application du droit au juge légal (§ 2).

²¹⁸⁷ R. KLENKE, « Vorbefassung von Richterinnen und Richtern mit dem Rechtsstreit als Ansatzpunkt für Befangenheit? », *DÖV*, 1998, p. 155.

²¹⁸⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 877.

§ 1 : Des principes d'indépendance et d'impartialité dans la Loi fondamentale allemande

391. Dans la Loi fondamentale de 1949, il n'existe aucune garantie semblable à celle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui contient de façon synthétique l'ensemble des exigences liées à la juridiction et à la procédure juridictionnelle. Depuis la réforme constitutionnelle du 20 décembre 2024, l'indépendance de la Cour constitutionnelle fédérale, *en tant que juridiction*, est garantie par le nouvel article 93 LF, qui qualifie cette Cour de « tribunal autonome et indépendant à l'égard de tous les autres organes constitutionnels ». Au-delà, c'est l'indépendance *des juges* qui est inscrite dans le texte constitutionnel allemand. En effet, aux côtés du droit au juge légal, les principes d'indépendance et d'impartialité des juges sont contenus dans la partie consacrée au pouvoir judiciaire, aux articles 92 et 97 LF (A). Initialement conçus comme des principes objectifs d'organisation de la justice, ces articles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours constitutionnel individuel (B).

A. Les articles 92 et 97 LF, fondements textuels

392. Dès ses premières décisions, la Cour constitutionnelle fédérale pose le principe selon lequel, dans un État de droit, « nul ne peut être juge de sa propre cause »²¹⁸⁹. Ce principe implique que la décision juridictionnelle soit prise par « un tiers non impliqué »²¹⁹⁰. Cette idée est perçue comme « indissociable des notions de "juge" et de "tribunal" »²¹⁹¹. Le juge doit donc être impartial, ce qui renvoie, selon la Cour constitutionnelle, à sa nécessaire indépendance décisionnelle (*sachliche Unabhängigkeit*), acquise grâce aux garanties d'indépendance personnelle (*persönliche Unabhängigkeit*)²¹⁹². Ces garanties découlent en particulier des articles 92 et 97 de la Loi fondamentale.

²¹⁸⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 29 avril 1954, 1 BvR 328/52, § 14 (*BVerfGE* 3, 377 [en part. p. 381]).

²¹⁹⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 29 avril 1954, 1 BvR 328/52, § 14 (*BVerfGE* 3, 377 [en part. p. 381]) ; 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 36 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 198]).

²¹⁹¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 novembre 1955, 1 BvL 13, 21/52, § 50 (*BVerfGE* 4, 331 [en part. p. 346]). Voy. aussi par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1982, 2 BvH 1, 2/82, 2 BvR 233/82, § 146 (*BVerfGE* 60, 175 [en part. p. 214]).

²¹⁹² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1962, 2 BvL 13/60, § 43 (*BVerfGE* 14, 56 [en part. p. 69]). Sur le binôme indépendance décisionnelle / indépendance personnelle, voy. par ex. C. JANSSEN-BENNYNCK, *Les concepts d'indépendance de la justice. Une analyse historique et comparée (Angleterre, Allemagne et France)*, thèse de doctorat, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2015, p. 358 et s.

393. L'article 92 de la Constitution allemande dispose d'abord : « Le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges ; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des *Länder*. » La première partie de cette disposition doit être mise en lien avec l'article 20 al. 2 (2) LF, en ce qu'elle rappelle le principe de séparation des pouvoirs²¹⁹³. L'affirmation selon laquelle le pouvoir de rendre la justice est confié aux juges exclut, *a contrario*, l'exercice des fonctions juridictionnelles par d'autres personnes appartenant aux pouvoirs exécutif ou législatif²¹⁹⁴. Cette précision permet en particulier d'interdire que les juridictions soient composées, en termes de personnel, de membres d'autorités administratives²¹⁹⁵. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle fédérale juge que les juridictions communales de paix (*Friedensgerichte*) du Land de Bade-Wurtemberg sont inconstitutionnelles, puisque composées d'agents communaux²¹⁹⁶. L'article 92 LF trouve davantage de précisions, en particulier relativement à ces « juges » auxquels le pouvoir de rendre la justice est confié, lorsqu'il est mis en lien avec l'article 97 LF. La Cour de Karlsruhe estime en effet que l'article 92 garantit le fait que la fonction juridictionnelle n'est exercée que par des juges qui respectent les conditions d'indépendance décisionnelle et personnelle prévues aux deux alinéas de l'article 97 LF²¹⁹⁷.

394. D'une part, l'article 97 al. 1^{er} de la Loi fondamentale allemande indique que « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ». Selon la jurisprudence constitutionnelle, cet article garantit en premier lieu l'indépendance décisionnelle des juges : ces derniers exercent leur fonction juridictionnelle sans influence. Cette indépendance est essentielle pour la Cour constitutionnelle qui affirme que les juges « ne doivent pas être liés par des instructions »²¹⁹⁸. Partant, le principe d'indépendance impose la liberté de décision (*Entscheidungsfreiheit*) et la non-subordination (*Weisungsfreiheit*) des juges, et interdit les ingérences des deux autres

²¹⁹³ L'article 20 al. 2 LF dispose : « Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. » La deuxième phrase de cet alinéa est perçue comme consacrant le principe de séparation des pouvoirs (voy. par ex. K.-P. SOMMERMANN, « Artikel 20 », in P. M. HUBER et A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 2 : Artikel 20 bis 82, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 197 et s).

²¹⁹⁴ C. D. CLASSEN, « Artikel 92 », in P. M. HUBER et A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 14-16.

²¹⁹⁵ T. ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 46.

²¹⁹⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59 (*BVerfGE* 10, 200).

²¹⁹⁷ La Constitution de Weimar de 1919 garantissait déjà l'indépendance de la justice dans des dispositions semblables à l'article 97 LF actuel. L'article 102 prévoyait que « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ». L'article 104 énonçait notamment que « les juges des juridictions de l'ordre judiciaire sont nommés à vie. Ils ne peuvent contre leur gré être relevés définitivement ou temporairement de leurs fonctions, être déplacés ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision judiciaire et seulement pour les motifs et dans les formes déterminés par la loi [...] ».

²¹⁹⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 17 décembre 1953, 1 BvR 335/51, § 37 (*BVerfGE* 3, 213 [en part. p. 224]). Voy. aussi C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1962, 2 BvL 13/60, § 44 (*BVerfGE* 14, 56 [en part. p. 69]).

pouvoirs dans l'activité juridictionnelle²¹⁹⁹. Cela signifie par exemple que les juges participant à la formation de jugement d'un ordre professionnel doivent être suffisamment indépendants vis-à-vis des activités de l'ordre – notamment en termes de personnel²²⁰⁰. Par ailleurs, la précision de la soumission à la loi (*Gesetzesbindung*) démontre l'importance qu'il faut accorder à cet élément, qui constitue un principe essentiel, structurel du principe d'indépendance²²⁰¹, mis en lien avec le principe de séparation des pouvoirs²²⁰² et la question de la légitimation démocratique²²⁰³. Il peut d'ailleurs être considéré que l'exigence de respect des règles de compétence par les juges découle à la fois de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF mais également de cet article 97 al. 1^{er}. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Karlsruhe, le domaine de protection de l'indépendance décisionnelle comprend d'abord la décision juridictionnelle à proprement parler et les « décisions de fond et de procédure qui lui servent indirectement », ce qui comprend l'ensemble des actes qui servent l'intérêt des justiciables et qui sont « en rapport avec la mission du juge de rendre une décision et d'assurer la paix juridique »²²⁰⁴. Cette indépendance décisionnelle ne concerne par principe que les relations des juges avec les pouvoirs autres que le pouvoir judiciaire. Cela signifie que cette indépendance décisionnelle n'est pas méconnue lorsqu'une loi lie le juge aux décisions d'une autre juridiction²²⁰⁵. L'indépendance doit également être acquise vis-à-vis des parties à la procédure, ce qui implique de garantir la neutralité du juge²²⁰⁶. La Cour constitutionnelle fédérale a donc ancré constitutionnellement l'exclusion et la récusation des juges dans cet article 97 al. 1^{er}²²⁰⁷.

395. L'article 97 al. 2 (1) LF dispose : « Les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés

²¹⁹⁹ K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY et U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 542 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 97 », in P. M. HUBER et A. VOßKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 17.

²²⁰⁰ Voy. par ex. pour le conseil de l'ordre des médecins : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 63 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 255]).

²²⁰¹ A. BAER, *Die Unabhängigkeit der Richter in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR*, Berlin, Berlin Verlag, 1999, p. 28. K. A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 531.

²²⁰² A. BAER, *op. cit.*, p. 34 et s.

²²⁰³ C. D. CLASSEN, « Artikel 97 », art. cité, § 5.

²²⁰⁴ Voy. par ex. récemment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20, § 19 (*NJW* 2021, 3717).

²²⁰⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 janvier 1961, 2 BvL 25/60 (*BVerfGE* 12, 67 [en part. p. 71]) ; décision du 14 juillet 2016, 2 BvR 661/16, § 16 (*NJW* 2016, 3711).

²²⁰⁶ C. D. CLASSEN, « Artikel 97 », art. cité, § 31.

²²⁰⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 21-23 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 146]).

à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les formes définis par la loi. » Cette disposition permet de garantir l'indépendance personnelle des juges professionnels et titulaires, par la reconnaissance d'une protection statutaire – en particulier par le principe d'inamovibilité des juges professionnels et par le maintien du salaire. L'objectif est notamment de garantir l'indépendance de l'activité juridictionnelle vis-à-vis de l'exécutif²²⁰⁸, en interdisant les déplacements et les révocations des juges professionnels contre leur gré²²⁰⁹. Ce niveau de précision des dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir judiciaire et à l'indépendance du juge peut notamment s'expliquer par le statut privilégié réservé au pouvoir judiciaire en Allemagne et le renforcement de ce statut à la fin de la Seconde guerre mondiale. Le juge allemand a notamment été érigé en gardien des droits fondamentaux, après l'expérience de la dictature nazie. La Loi fondamentale prévoit donc la séparation des pouvoirs et donne une fonction de surveillance indépendante au pouvoir judiciaire, afin de protéger ces droits fondamentaux²²¹⁰. Ainsi prévu comme principe objectif au service de la protection des droits fondamentaux, le principe d'indépendance n'a pas été envisagé par les constituants comme un droit individuel pouvant être invoqué dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel.

B. Des principes non invocables par la voie du recours constitutionnel individuel

396. Selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, et dans le respect de la Loi fondamentale et de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 97 LF n'est pas un droit fondamental susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'article 90 de la loi relative à la Cour²²¹¹. Il ne fait en effet pas partie des articles cités, en tant que garanties équivalentes à des droits fondamentaux, aux article 9 al. 1^{er} n° 4a LF et paragraphe 90 al. 1^{er} de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale. La justification de cette exclusion se situe

²²⁰⁸ P. GRZYBEK, *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 38.

²²⁰⁹ G. PFEIFFER, « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in W. FÜRST, R. HERZOG et D.C. UMBACH (dir.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, tome 1, Berlin, De Gruyter, 1987, p. 68 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 97 », art. cité, § 37-38.

²²¹⁰ A. SEIBERT-FOHR, « Judicial Independence in Germany », in *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 447, cité par C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 366.

²²¹¹ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 14 novembre 1969, 1 BvR 253/68, § 15 (*BVerfGE* 27, 211 [en part. p. 217]) ; 2^e ch., décision du 9 mai 1978, 2 BvR 952/75 (*BVerfGE* 48, 246 [en part. p. 263]) ; décision du 12 février 2003, 2 BvR 709/99, § 59 (*BVerfGE* 107, 257 [en part. p. 274]) ; décision du 14 juillet 2016, 2 BvR 661/16, § 14 (*NJW* 2016, 3711) ; décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20, § 18 (*NJW* 2021, 3717).

dans le caractère objectif de l'article 97 LF²²¹². Celui-ci constitue en effet un principe structurel de la Loi fondamentale²²¹³, élément central de l'« architecture de l'État de droit » : il n'y a pas d'État de droit sans un pouvoir judiciaire exercé par des juges indépendants²²¹⁴. Comme cela apparaît dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative aux articles 92 et 97 LF, l'indépendance des juges constitue « l'expression de la séparation des pouvoirs »²²¹⁵. L'article 97 LF contient ainsi une « valeur objective » de la Loi fondamentale pour ce qui concerne le statut des juges et des tribunaux²²¹⁶. Il vise à instaurer l'indépendance du juge en tant que garantie fonctionnelle d'un espace de liberté (*Freiraum*) dont le juge a besoin pour remplir, de manière appropriée, la mission juridictionnelle qui lui est confiée à l'article 92 LF²²¹⁷. Dans cette mesure, l'indépendance ne constitue pas un privilège personnel ou professionnel²²¹⁸, et le statut du juge n'est « ni une fin en soi ni un droit acquis », mais est « au service de l'intérêt général d'une justice impartiale »²²¹⁹. L'indépendance est un « privilège fonctionnel pour protéger le fonctionnement de la justice »²²²⁰.

397. Malgré l'énonciation de ces principes structurels, l'article 97 LF s'est révélé être en partie porteur d'une garantie subjective, notamment pour les juges eux-mêmes. Lorsqu'ils estiment qu'une mesure méconnaît concrètement leur indépendance, les juges ont en effet la possibilité de former un recours juridictionnel devant un tribunal spécial compétent, le *Richterdienstgericht*²²²¹. C'est par exemple le cas pour les mesures disciplinaires²²²². Après épuisement des voies de recours prévues, tout juge allemand peut ensuite saisir la Cour constitutionnelle fédérale, en se fondant sur l'article 33 al. 5 LF²²²³, lequel dispose : « Le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes

²²¹² H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 97 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 629.

²²¹³ S. DETTERBECK, « Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in M. SACHS (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 1.

²²¹⁴ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 97 », art. cité, p. 627.

²²¹⁵ S. DETTERBECK, « Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] », art. cité, § 1 ; H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 97 », art. cité, p. 628.

²²¹⁶ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 97 », art. cité, p. 629.

²²¹⁷ C. HILLGRUBER, « Artikel 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 4.

²²¹⁸ C. féd. de justice, décision du 27 janvier 1978, RiZ(R) 6/77 (*DRiZ* 1978, 185).

²²¹⁹ C. HILLGRUBER, art. cité, § 4.

²²²⁰ H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 97 », art. cité, p. 629.

²²²¹ Au niveau fédéral, c'est une chambre spécialisée de la Cour fédérale de justice qui fait office de *Dienstgericht*, tandis qu'au niveau des *Länder*, il y a à la fois des tribunaux de première instance mais également un tribunal d'appel (*Richterdienstgerichtshof*).

²²²² Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20, § 18 et s. (*NJW* 2021, 3717).

²²²³ L'article 33 LF fait partie des garanties équivalentes à un droit fondamental pouvant être invoquées dans le cadre du recours constitutionnel selon l'article 94 al. 1^{er} n° 4a LF.

traditionnels du fonctionnariat ». La Cour de Karlsruhe admet que cet article puisse englober la position des juges en tant que groupe particulier de fonctionnaires et accorder à ces derniers des droits individuels équivalents à des droits fondamentaux²²²⁴. En outre, elle juge que « parmi les principes traditionnels du droit [applicable aux juges fonctionnaires] figure en particulier le principe d'indépendance décisionnelle et personnelle »²²²⁵. Dans ce cadre, elle estime que le contenu des principes traditionnels de l'office du juge auxquels l'article 33 al. 5 fait référence doit correspondre au contenu de l'indépendance du juge au sens de l'article 97²²²⁶. Cela signifie donc que, de façon singulière, les juges interprètent l'article 97 LF et le principe d'indépendance de façon concrète, dans un face-à-face entre « juge-requérant » et « juge-magistrat »²²²⁷. Ce sont les juges eux-mêmes qui donnent les contours du principe d'indépendance, et on peut dès lors comprendre qu'ils en aient une conception particulièrement large et détaillée. Cependant, cette jurisprudence fait l'objet de critiques de la doctrine, en raison du risque que l'article 97 LF soit utilisé comme une garantie illimitée. Le principe structurel d'indépendance de la justice serait devenu un droit individuel subjectif pour les juges individuels²²²⁸ : on serait passé d'un « privilège fonctionnel » à un « privilège personnel » des juges²²²⁹, ce qui ne correspond pas à la volonté des constituants, ni à l'organisation systématique de la Loi fondamentale.

398. Eu égard à l'importance de la justice et de la place du juge en Allemagne, les atteintes à l'indépendance de la justice sont tout à fait exceptionnelles, en particulier les empiètements provenant du pouvoir exécutif²²³⁰. La Cour a cependant connu d'un certain nombre de recours constitutionnels fondés sur l'article 33 al. 5 LF. Mais c'est surtout grâce à l'intégration des principes d'indépendance et d'impartialité dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF que la Cour a enrichi la dimension subjective des articles 92 et 97 LF.

²²²⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 janvier 1961, 2 BvR 74/60 (*BVerfGE* 12, 81 [en part. p. 87]) ; décision du 6 mars 1963, 2 BvR 129/63 (*BVerfGE* 15, 298 [en part. p. 302]) ; décision du 4 juin 1969, 2 BvR 343, 377, 333, 323/66 (*BVerfGE* 26 141 [en part. p. 154]) ; décision du 7 janvier 1981, 2 BvR 401, 606/76 (*BVerfGE* 55, 372 [en part. p. 391 et s.]) ; décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20, § 18 (*NJW* 2021, 3717).

²²²⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 janvier 1961, 2 BvR 74/60 (*BVerfGE* 12, 81 [en part. p. 88]) ; décision du 7 janvier 1981, 2 BvR 401, 606/76 (*BVerfGE* 55, 372 [en part. p. 391 et s.]) ; décision du 14 juillet 2016, 2 BvR 661/16, § 14 (*NJW* 2016, 3711) ; décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20, § 18 (*NJW* 2021, 3717).

²²²⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1974, 2 BvR 147/70 (*BVerfGE* 38 139 [en part. p. 151]) ; décision du 14 juillet 2016, 2 BvR 661/16, § 14 (*NJW* 2016, 3711).

²²²⁷ C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 388.

²²²⁸ Voy. par ex. K. F. RÖHL, « Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz », *DRiZ*, 1998, p. 245.

²²²⁹ W. HOFFMANN-RIEM, « Über Privilegien und Verantwortung: Justiz zwischen Autonomie und Anomie », *Anwaltsblatt*, 1999, vol. 1, p. 6, cité par C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 392.

²²³⁰ A. SEIBERT-FOHR, « Judicial Independence in Germany », art. cité, p. 494 ; C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 367.

§ 2 : L'intégration des principes dans le champ d'application du droit au juge légal

399. À partir de 1959, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe soutient l'idée que l'article 101 al. 1^{er} (2) LF présuppose « qu'il n'existe que des tribunaux qui répondent en tous points aux exigences de la Loi fondamentale »²²³¹. Afin de déterminer quelles sont ces exigences constitutionnelles, elle fait appel aux articles 92 et 97 LF, actant la subjectivation de ces deux dispositions (A). Cette extension jurisprudentielle audacieuse a provoqué des dissensions au sein de la doctrine allemande (B).

A. Une extension jurisprudentielle permettant la subjectivation des articles 92 et 97 LF

400. Dès 1953, la Cour est saisie par un requérant qui soutient qu'un tribunal ne peut être « juge légal » que s'il est exclusivement composé de juges indépendants au sens de l'article 97 LF. Sans se prononcer sur le lien à opérer entre l'article 101 al. 1^{er} (2) et l'article 97, elle estime cependant que dans le cas d'espèce, la juridiction était bien composée de juges indépendants²²³². La Cour avait l'occasion de fermer définitivement la porte de l'article 101 al. 1^{er} (2) concernant les allégations d'atteinte au principe d'indépendance. Elle ne l'a pas fait, ce qui laisse penser qu'il s'agit peut-être d'une pré-intégration implicite des articles 92 et 97 LF dans le champ de protection du droit au juge légal. Après son arrêt fondamental de 1956, dans lequel elle fait le lien entre droit au juge légal et indépendance de la justice en utilisant leur origine historique et leur objectif commun (empêcher les ingérences non-autorisées dans le cours de la justice)²²³³, c'est par une décision du 17 novembre 1959 que la Cour constitutionnelle intègre explicitement le contenu des articles 92 et 97 LF dans le champ de protection du droit au juge légal. Si elle reconnaît d'abord que la signification historique principale du droit au juge légal est d'interdire le choix arbitraire du juge appelé à trancher un litige, elle estime que cette première signification « n'épuise pas le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF » et pose le principe selon lequel « est également "illégal" le tribunal qui ne répond pas aux exigences de la Loi fondamentale, ainsi que le juge dont l'indépendance

²²³¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59, § 42 (BVerfGE 10, 200 [en part. p. 213])

²²³² C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 17 décembre 1953, 1 BvR 335/51, § 37 (BVerfGE 3, 213 [en part. p. 224]).

²²³³ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55, § 11 (BVerfGE 4, 412 [en part. p. 416]).

et l'impartialité ne semblent pas garanties »²²³⁴. En l'espèce, elle sanctionne l'institution législative des juges de paix dans les communes de Souabe, liés de manière stricte à l'administration communale. Par cette décision, la Cour de Karlsruhe procède à une matérialisation du droit au juge légal²²³⁵, puisque la qualité du tribunal dont la compétence est en question devient déterminante pour l'évaluation de la légalité du *juge*. Il ne s'agit plus seulement de savoir si le juge qui a tranché un litige est celui qui, formellement, était compétent pour le faire. Il faut également se demander si le juge dispose des qualités nécessaires pour exercer la fonction juridictionnelle en l'espèce. Elle exploite les potentialités du mot « juge » dans l'expression « juge légal »²²³⁶. Un lien peut ici être fait avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle considère que « seul mérite l'appellation de tribunal un organe répondant à une série d'autres exigences – indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 al. 1^{er} »²²³⁷. Par cette extension, la Cour constitutionnelle fédérale se donne la possibilité d'interdire au législateur d'établir des juridictions qui ne respectent pas la Loi fondamentale dans tous ses aspects²²³⁸.

401. Dans son raisonnement de 1959, la Cour constitutionnelle établit un lien entre les articles 92 et 97 LF d'un côté, et l'article 101 al. 1^{er} (2) LF d'un autre côté, grâce au principe de séparation des pouvoirs. Elle estime alors que l'instauration d'un tribunal en contradiction avec le principe de séparation des pouvoirs méconnaît à la fois les articles 20 al. 2 et 92 LF, mais également l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, ce dernier imposant la création de juridictions dont l'indépendance à l'égard des autres pouvoirs est garantie. La violation du principe de séparation des pouvoirs entraînerait la violation du droit au juge légal²²³⁹. Dans un second temps, la Cour constitutionnelle a encore précisé son argumentation. Schématiquement, elle examine d'abord la qualification de « juge » ou de « tribunal », puis la question du statut de juridiction

²²³⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59, § 42 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 213]) ; décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, § 61 (*BVerfGE* 82, 286 [en part. p. 298]).

²²³⁵ D. KUCH, « Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) », *Jura*, 2020, vol. 42, p. 233.

²²³⁶ T. ROTH, *op. cit.*, p. 47.

²²³⁷ CEDH, arrêt du 23 juin 1981, requêtes n° 6878, 7238/75, *Le Compte, Van Leuven, De Meyere c. Belgique*, § 55 (voy. également CEDH, arrêt du 29 avril 1988, requête n° 10328/83, *Belilos c. Suisse*, § 64 ; arrêt du 27 août 1991, requête n° 13057/87, *Demicoli c. Malte*, § 39 ; arrêt du 23 octobre 1985, requête n° 8848/80, *Bentham c. Pays-Bas*, § 43).

²²³⁸ A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH et T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 56 ; P. KUNIG et F. SALIGER, « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in I. VON MÜNCH et P. KUNIG (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 2 : Art. 70-146, 7^e éd., Munich, C. H. Beck, 2021, § 21.

²²³⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59 (*BVerfGE* 10, 200 [en part. p. 213, 216]).

« étatique » et de la composition de cette juridiction (juges professionnels ou non), avant de terminer par l'examen du respect des garanties d'indépendance institutionnelle et personnelle. Dans ce cadre, l'article 92 permet à la Cour de vérifier, dans un premier temps, que l'instance qui a rendu la décision peut être considérée comme un tribunal étatique. Ce caractère étatique est très important pour Karlsruhe, car il détermine ensuite l'applicabilité de toutes les règles et des principes relatifs au procès et au juge. La question s'est en particulier posée pour les formations juridictionnelles (disciplinaires) de différents ordres professionnels, en particulier pour les conseils de l'ordre des médecins²²⁴⁰ ou de l'ordre des avocats²²⁴¹. Le juge constitutionnel allemand estime que ces formations juridictionnelles ne peuvent être qualifiées de juridictions étatiques que si leur « lien avec l'État est suffisamment garanti »²²⁴², notamment du point de vue du personnel composant l'instance (le lien avec l'État repose alors avant tout sur la procédure de nomination)²²⁴³. D'un autre côté, il faut qu'il y ait suffisamment de distance entre l'autorité administrative de l'organe professionnel et les membres de la formation disciplinaire, sans quoi le respect du principe de séparation des pouvoirs n'est pas assuré²²⁴⁴.

402. Dans un deuxième temps, la Cour constitutionnelle allemande examine la composition de la juridiction ou de la formation de jugement, afin de s'assurer que les juges sont individuellement indépendants. L'intégration de l'article 97 LF lui permet en particulier d'exiger un encadrement strict du recours à des juges non titulaires. En effet, l'indépendance personnelle garantie à l'article 97 al. 2 de la Loi fondamentale semble attachée au statut de titulaire, de fonctionnaire, des magistrats. Or, il existe un certain nombre de personnes qui participent à l'activité juridictionnelle et qui ne sont pas des magistrats fonctionnaires ou titulaires. Dans l'une de ses premières décisions, la Cour juge ainsi que les juges auxiliaires (*Hilfsrichter*), qui ne sont pas titulaires, ne présentent pas les garanties d'indépendance personnelle suffisantes, et qu'ils ne doivent donc participer à l'activité juridictionnelle « qu'à titre exceptionnel et uniquement pour des raisons impérieuses »²²⁴⁵. Cette nécessité peut résulter

²²⁴⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 55 et s. (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 253 et s.]).

²²⁴¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 27 et s. (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 194 et s.]).

²²⁴² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63, § 57 (*BVerfGE* 18, 241 [en part. p. 253-254]) ; décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 27 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 195]).

²²⁴³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 27 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 195]).

²²⁴⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1962, 2 BvL 13/60, § 38 (*BVerfGE* 14, 56 [en part. p. 67] – à propos des juridictions communales) ; décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66, § 32 (*BVerfGE* 26, 186 [en part. p. 197]).

²²⁴⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, § 13 (*BVerfGE* 14, 156 [en part. p. 163]).

de circonstances locales et temporelles²²⁴⁶. Un autre exemple est celui des juges stagiaires (*Richter auf Probe*) : la Cour juge qu'ils ne présentent pas de garanties d'indépendance suffisante, car ils ne sont pas encore titulaires²²⁴⁷. Elle estime donc que leur participation à l'activité juridictionnelle doit être très encadrée et exceptionnelle. En particulier, l'atteinte au principe de l'engagement à plein temps, planifié et définitif des juges professionnels (*hauptamtliche und engültig planmäßige Anstellung*) ne peut être justifiée que pour répondre à un besoin de formation des futurs juges (*Richternachwuchs heranzubilden*)²²⁴⁸.

403. Enfin, la Cour de Karlsruhe s'assure que le juge est indépendant vis-à-vis des autres pouvoirs – renvoyant donc ici au principe de séparation des pouvoirs –, mais aussi, et surtout, vis-à-vis des parties – en faisant appel au principe d'impartialité²²⁴⁹. En effet, en liant la notion d'indépendance celle de « tiers non impliqué », le juge constitutionnel allemand se rapporte principalement au comportement intérieur du juge, c'est-à-dire à l'impartialité – puisque l'indépendance correspond plutôt à écarter les influences extérieures et étrangères du juge²²⁵⁰. Depuis cette subjectivation des articles 92 et 97 LF, le raisonnement de la Cour constitutionnelle concernant le respect du principe d'impartialité est le suivant²²⁵¹ : elle considère d'abord que la Loi fondamentale garantit aux parties « de se trouver devant un juge indépendant et impartial, qui offre la garantie de neutralité et de distance par rapport à toutes les parties et à l'objet de la procédure ». Dans cette optique, les caractéristiques de l'exercice de la justice sont tant l'indépendance décisionnelle et personnelle des juges, que le principe selon lequel « l'activité juridictionnelle est exercée par un "tiers non impliqué" », ce qui exige « une neutralité absolue vis-à-vis des parties ». Elle bascule ensuite vers l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, estimant que le droit au juge légal « ne garantit donc pas seulement un droit au juge découlant [des lois et des plans de répartition des affaires], mais il garantit également que le justiciable ne se trouve pas devant un juge qui, en raison de ses relations [...] avec les parties ou avec l'objet du litige, ne respecte pas la neutralité requise ». Cette extension permet à la Cour de Karlsruhe d'imposer au

²²⁴⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, § 14 (*BVerfGE* 14, 156 [en part. p. 163]).

²²⁴⁷ Voy. un ex. récent : C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 novembre 2022, 1 BvR 1623/17, § 12 (*NJW* 2023, 1282).

²²⁴⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61 (*BVerfGE* 14, 156 [en part. p. 162 et s.]).

²²⁴⁹ K.A. BETTERMANN, « Die Unabhängigkeit der Gerichte », art. cité, p. 526.

²²⁵⁰ C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011, p. 183.

²²⁵¹ Jurisprudence constante depuis C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64 (*BVerfGE* 21, 139). Voy., à titre d'exemple, C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 19 mars 2013, 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, § 62 (*BVerfGE* 133, 168 [en part. p. 202-203]).

législateur de prévoir les possibilités d'exclusion ou de récusation des juges²²⁵². D'un point de vue comparé, il est intéressant de noter qu'en Espagne, l'exigence d'impartialité a d'abord été rattachée par le juge constitutionnel au droit à un juge prédéterminé par la loi – équivalent du droit au juge légal, avant d'être rattaché au droit à un procès équitable²²⁵³. Il n'est pas illogique de penser que la Cour constitutionnelle fédérale utilise finalement l'article 101 al. 1^{er} (2) LF comme s'il était formulé de la même façon que le droit à un procès équitable inscrit à l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme.

404. En somme, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF confère aux parties le droit subjectif, invocable dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel, à ce que les exigences d'objectivité et de neutralité de l'activité judiciaire soient garanties²²⁵⁴. Les juges doivent ainsi respecter les exigences découlant des articles 92 et 97, en particulier les principes d'indépendance, de neutralité et d'objectivité, ainsi que toutes les exigences qui concrétisent ces principes au niveau de leur nomination ou de l'exercice de leurs fonctions par exemple²²⁵⁵. Dans cette mesure, l'article 101 LF a une fonction prédominante par rapport aux articles 92 et 97²²⁵⁶, dont la protection s'opère via le droit au juge légal.

B. Une doctrine divisée

405. L'intégration des exigences d'indépendance et d'impartialité du juge dans le champ d'application du droit au juge légal fait partie des éléments toujours discutés en doctrine. Une partie des auteurs considère que cette extension jurisprudentielle n'est pas un problème. Selon eux, le libellé de l'article 101 LF ne limite pas explicitement son champ d'application aux questions de compétences²²⁵⁷. En outre, la jurisprudence constitutionnelle relative à l'interprétation des normes constitutionnelles impose de donner l'interprétation qui est la plus à même de déployer la force juridique de la norme en question, et, en cas de doute, de donner

²²⁵² C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 23 septembre 1997, 1 BvR 116/94 (NJW 1998, 369). Voy. *infra*, Chapitre VIII.

²²⁵³ P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *D.*, 2010, n° 31, p. 2008.

²²⁵⁴ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 11 mars 2013, 1 BvR 2853/11, § 25 (NJW 2013, 1665).

²²⁵⁵ Voy. par ex. H. SCHULZE-FIELITZ, « Artikel 101 », in H. DREIER (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 716 ; M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 85.

²²⁵⁶ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 21.

²²⁵⁷ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 25.

l'interprétation qui confère un droit au citoyen²²⁵⁸. Il peut donc être considéré que cet article apporte une protection des exigences de compétences et d'indépendance judiciaire posées dans les articles précédents au titre de droit individuel, sans les reprendre explicitement²²⁵⁹. En effet, si les dispositions relatives à l'indépendance et à l'impartialité judiciaires sont de nature organisationnelle, elles servent également les intérêts des individus²²⁶⁰. Or, elles ne peuvent, en tant que telles, être invoquées dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel, et les intégrer ici dans le champ d'application du droit au juge légal permet de renforcer la protection de l'individu, dans une optique de réalisation matérielle du principe d'État de droit²²⁶¹. La subjectivation des articles 92 et 97 et l'ajout d'un volet matériel au droit au juge légal auraient ainsi permis à la Cour constitutionnelle fédérale d'élargir les contours des notions matérielles d'État de droit et de justice²²⁶², donnant à l'article 101 al. 1^{er} (2) une fonction clé dans le domaine des règles relatives au pouvoir judiciaire, fonction comparable à celle exercée par l'article 2 al. 1^{er} LF pour l'ordre constitutionnel de façon générale²²⁶³. Intégrer ces garanties dans le champ de protection du droit au juge légal permettrait *in fine* de renforcer la protection de l'individu et de ses intérêts.

406. D'autres auteurs justifient même cette extension du champ d'application du droit au juge légal au regard du développement historique de ce droit. David Kuch considère par exemple que par la revendication de la prédétermination des compétences judiciaires dans la loi, l'autorité judiciaire recherchait elle-même à affirmer son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif²²⁶⁴. La détermination légale des compétences judiciaires permettait ainsi d'éviter l'établissement d'une justice royale et les empiètements du pouvoir exécutif dans le cours de la justice. Corrélativement, c'est l'indépendance des juges qui serait ainsi garantie. Partant, l'inclusion des exigences d'indépendance et d'impartialité dans le champ de protection du droit au juge légal serait cohérente avec cette vision historique, mettant en avant les connexions entre garantie du juge légal et indépendance judiciaire. Le recours à la place systématique de

²²⁵⁸ C. STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt: eine systematische Darstellung der Ausschließungs- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Dissertation, Tübingen, 1975, p. 13.

²²⁵⁹ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 25.

²²⁶⁰ C. DEGENHART, « Gerichtsorganisation », in J. INSENSEE et P. KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 5 : *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 754 ; H.-D. HORN, « Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter », in D. MERTEN et H.-J. PAPIER (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tome 5 : *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, § 46 et s.

²²⁶¹ Par ex. M. PECHSTEIN, « Der gesetzliche Richter », *Jura*, 1998, p. 198.

²²⁶² A. HÄNLEIN, art. cité, § 11.

²²⁶³ *Ibid.* ; C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 25.

²²⁶⁴ D. KUCH, art. cité, p. 228.

l'article 101 al. 1^{er} (2) LF dans la Loi fondamentale de 1949 permet également de justifier le lien entre droit au juge légal et indépendance²²⁶⁵. Dans une lecture plus globale de la section relative au pouvoir judiciaire, cette subjectivation des principes d'indépendance et d'impartialité est justifiée par les différentes fonctions du droit au juge légal : d'un côté, garantir l'indépendance de la justice et, d'un autre côté, garantir la confiance du public dans l'impartialité et l'objectivité des juridictions²²⁶⁶.

407. D'un autre côté, cette extension considérable des exigences imposées par l'article 101 al. 1^{er} (2) LF est critiquée par une autre partie de la doctrine allemande. Un premier argument, présenté dès 1967 par Karl August Bettermann, consiste à dénoncer le nivellement des garanties judiciaires qui serait opéré par cette extension²²⁶⁷. La spécificité du droit au juge légal serait donc amoindrie par cette jurisprudence. Thomas Roth ajoute ainsi que par le biais du droit au juge légal, c'est toute la constitution qui pourrait devenir la norme de référence pour la constitutionnalité des règles légales de compétence²²⁶⁸. Le risque est alors réel que la garantie devienne excessive et sans contours²²⁶⁹.

408. Par ailleurs, une deuxième série d'arguments vise à mettre en avant l'inadéquation entre cette jurisprudence et la conception initiale du droit au juge légal. L'adjectif « légal » de l'expression « juge légal » (*gesetzlich*) ne signifierait pas « conforme à la loi » (*gesetzmäßig*), mais uniquement « compétent selon une loi » (*gesetzlich zuständig*)²²⁷⁰. En effet, l'objectif du droit au juge légal est un objectif procédural : protéger les individus contre les violations et les manipulations des règles de compétence prévues par la loi. Il ne s'agit pas d'un objectif matériel de protection de l'indépendance et de l'impartialité des juges. Bettermann souligne ainsi que cela a pu faire l'objet de confusions de la part des juges et des justiciables, nécessitant l'intervention du juge constitutionnel fédéral. Karlsruhe a notamment dû préciser que les questions de rémunération des juges étaient exclues du champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²²⁷¹. Les règles de récusation des juges devraient ainsi plutôt constituer des ingérences constitutionnellement justifiées dans l'article 101 al. 1^{er} (2) Loi fondamentale (le

²²⁶⁵ Voy. par ex. C. STEMMLER, *op. cit.*, p. 13.

²²⁶⁶ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 85. Voy., parmi toutes les décisions, C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 mai 2012, 2 BvR 610, 625/12, § 11 (*NJW* 2012, 2334 [en part. p. 2335]).

²²⁶⁷ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR*, 1969, vol. 94, p. 265.

²²⁶⁸ T. ROTH, *op. cit.*, p. 49-50.

²²⁶⁹ H.-D. HORN, art. cité, p. 1298.

²²⁷⁰ K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter », art. cité, p. 265.

²²⁷¹ C. constit. féd. all., décision du 14 mai 1968, 2 BvL 9, 10, 11/68, *BVerfGE* 23, 321.

juge légal serait écarté pour un motif impérieux : garantir l'impartialité de la justice)²²⁷². Toujours en lien avec le cœur de la conception originnaire du droit au juge légal, Hans-Detlef Horn considère que cette extension conduit à une conception du juge nécessairement liée aux circonstances de l'affaire. Or, selon l'esprit de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, le juge doit être déterminé indépendamment du cas individuel, selon des critères objectifs et permanents²²⁷³. Pour Philip Kunig, l'interprétation traditionnelle du droit au juge légal, ainsi que l'organisation systématique des dispositions constitutionnelles sur le pouvoir judiciaire et sur le recours constitutionnel individuel penchent en faveur d'une démarcation nette entre l'article 101 LF et l'article 97 LF²²⁷⁴. La volonté des constituants n'était pas de donner un contenu matériel à l'article 101 LF, pas plus qu'un droit subjectif découlant de l'article 97 LF.

409. Enfin, une troisième série d'arguments remet en question les liens établis entre principe d'indépendance et droit au juge légal. Par exemple, Christoph Sowada ne comprend pas pourquoi l'article 101 al. 1^{er} (2) devrait absorber complètement le principe d'indépendance contenu dans l'article 97 LF, alors que les deux articles sont placés côte à côte, « sous le toit commun du principe d'État de droit »²²⁷⁵. Il estime que si l'un des principes devait découler de l'autre, ce serait plutôt le droit au juge légal qui serait un « complément subordonné au principe d'indépendance »²²⁷⁶. De plus, il remet en question la pertinence et le caractère suffisant de l'article 97 LF pour garantir constitutionnellement, et via l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, la neutralité du juge dans toute son étendue²²⁷⁷. Il note en effet que le principe d'indépendance des juges posé à l'article 97 vise à prévenir les risques de dépendance des juges vis-à-vis de l'État. Or, considérer que le droit au juge légal protège également les parties d'être jugé par un juge qui manque d'impartialité est étranger à cette conception défensive, contre l'État, de la garantie de l'article 97 LF. La question de l'impartialité se pose en effet davantage vis-à-vis des parties ou de l'objet du litige, moins vis-à-vis de l'État ou des autres pouvoirs. La difficulté résiderait ici dans le fait que ce n'est pas parce que des dispositions ont des objectifs semblables que l'une des deux peut ou doit absorber l'autre. Certes, les articles 97 et 101 LF visent tous deux à garantir l'indépendance de la justice et plus précisément des juges. Mais cela ne doit pas conduire à intégrer l'ensemble des exigences découlant de l'article 97 LF dans le champ

²²⁷² K. A. BETTERMANN, « Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR*, 1967, vol. 92, p. 507 ; K. A. BETTERMANN, « Der gesetzliche Richter », art. cité, p. 268-269.

²²⁷³ H.-D. HORN, art. cité, p. 1299, 1306.

²²⁷⁴ P. KUNIG et F. SALIGER, art. cité, § 23.

²²⁷⁵ C. SOWADA, *op. cit.*, p. 182.

²²⁷⁶ *Ibid.*

²²⁷⁷ *Ibid.*, p. 183-184.

d'application de l'article 101 LF²²⁷⁸. Pour Roth, les « différences dogmatiques » entre le droit au juge légal et les principes d'indépendance et d'impartialité sont telles que l'extension du principe du juge légal ne lui paraît pas « viable »²²⁷⁹. Patrick Grzybek soutient enfin que le principe d'indépendance correspondrait davantage à l'interdiction des interventions dans l'activité juridictionnelle (dans les décisions de justice), alors que le droit au juge légal entraînerait l'interdiction des interventions dans le choix du juge chargé de trancher un litige et dans la détermination des compétences juridictionnelles²²⁸⁰. L'interdiction d'intervention ne se situerait pas au même niveau. Cependant, dans cette perspective, le droit au juge légal pourrait apparaître comme une interdiction antérieure, préalable ou en tout cas complémentaire à l'interdiction incluse dans le principe d'indépendance : si l'on veut s'assurer de l'absence d'intervention dans l'activité juridictionnelle, il faut prévoir par avance l'interdiction d'intervention dans le choix des juges et des compétences, car c'est par ce choix des juges que la décision juridictionnelle peut déjà être influencée.

410. Le droit au juge légal n'est qu'un moyen parmi d'autres de garantir l'indépendance des juges²²⁸¹, en particulier dans la perspective de la mise en œuvre des règles de récusation²²⁸². L'intérêt de passer par le droit au juge légal est donc essentiellement « tactique », puisque cette garantie est invocable dans le cadre du recours constitutionnel individuel²²⁸³. Il peut sembler toutefois que les questions d'indépendance et d'impartialité se rattachent essentiellement à la définition du « juge » ou du « tribunal » et que, dans cette mesure, c'est moins l'idée de « légalité » que celle de « juge » qui est importante ici pour le rattachement. Mais dans ce cas, il pourrait être plus propice de rattacher le respect de ces exigences d'indépendance et d'impartialité au droit d'accès à un juge, en estimant que sans respect de ces exigences, le justiciable n'a pas accès à un véritable juge, mais à un « non-juge », un « non-tribunal »²²⁸⁴.

411. Malgré ces critiques, la Cour constitutionnelle fédérale a toujours conservé sa jurisprudence d'inclusion d'une dimension matérielle au droit au juge légal. Plus encore, cette inclusion a permis à la Cour de Karlsruhe de poser des principes importants, essentiels²²⁸⁵, concernant l'indépendance des juges par la voie de recours constitutionnels individuels fondés

²²⁷⁸ T. ROTH, *op. cit.*, p. 52.

²²⁷⁹ *Ibid.*, p. 50.

²²⁸⁰ P. GRZYBEK, *op. cit.*, p. 72.

²²⁸¹ Voy. par ex. le travail de A. BAER, *op. cit.*, p. 46 et s.

²²⁸² Voy. *infra*, Chapitre VIII.

²²⁸³ C. SOWADA, *op. cit.*, p. 182.

²²⁸⁴ Voy. par ex. E. MARX, *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1967, p. 16.

²²⁸⁵ A. HÄNLEIN, art. cité, § 25-26.

sur l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, tels que le caractère étatique des juridictions (*Staatlichkeit*)²²⁸⁶, le monopole juridictionnel du juge²²⁸⁷, l'indépendance décisionnelle²²⁸⁸ et personnelle²²⁸⁹ du juge ou encore la neutralité et la distance nécessaire que doit avoir le juge vis-à-vis des parties et de l'objet de la procédure²²⁹⁰. Au regard de ces extensions, il n'est pas surprenant que le droit au juge légal soit l'un des droits les plus régulièrement invoqués à Karlsruhe. Cela tend à renforcer encore davantage le statut du pouvoir judiciaire et des juges dans la culture juridique allemande. Si, initialement, le droit français s'étend moins sur la question de l'indépendance de la justice et des juges, la jurisprudence constitutionnelle a permis à l'ordre juridique français de mettre également au premier rang les principes d'indépendance et d'impartialité.

Section 2 : L'importance des principes d'indépendance et d'impartialité pour la garantie des droits en droit constitutionnel français

412. L'histoire politique et judiciaire française est marquée par une grande dépendance de la justice vis-à-vis des autres pouvoirs²²⁹¹. Les atteintes à l'indépendance des juges ont toujours été variées : tribunaux d'exception, pressions directes sur la décision, interdictions d'interpréter et recours aux référés (législatif et diplomatique), remises en cause de l'autorité de la chose jugée, notamment par la technique des validations législatives, ou encore influences sur l'avancée de la carrière des magistrats. De nos jours, l'indépendance de la justice fait l'objet d'une attention plus importante de la part des juridictions françaises, constitutionnelle et ordinaires. La création du Conseil supérieur de la magistrature en 1946, dont les réformes rythment la vie politique française, visait notamment à garantir l'indépendance de la magistrature – et ses nombreuses réformes visent maintenant à la renforcer²²⁹². Du côté de la

²²⁸⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 décembre 1969, 2 BvR 271, 342/68 (*BVerfGE* 27, 312 [en part. p. 320]).

²²⁸⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 juin 1967, 2 BvR 375, 53/60, 18/65 (*BVerfGE* 22, 49 [en part. p. 73 et s.]).

²²⁸⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 décembre 1969, 2 BvR 271, 342/68 (*BVerfGE* 27, 312 [en part. p. 322]).

²²⁸⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, § 13 (*BVerfGE* 14, 156 [en part. p. 163]).

²²⁹⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 21 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 146]).

²²⁹¹ Voy. *supra*, Chapitre III. Sur l'histoire de cette dépendance de la justice en France depuis la Révolution, voy. par ex. C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 401 et s.

²²⁹² Sur cet aspect, voy. par ex. A. MARTIN, « Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges », *RDP* 1997, p. 741-781 ; F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 416 et s.

doctrine, la conceptualisation de l'indépendance de la justice est relativement faible²²⁹³. Le plus souvent, elle définit l'indépendance comme « la faculté d'un organe d'exercer une fonction sans ingérence de la part d'aucune autre autorité »²²⁹⁴, se concentrant donc sur le volet extérieur de l'indépendance, notamment la relation (problématique) entre justice et pouvoir exécutif²²⁹⁵. Par exemple, dans une contribution très critique de 1992, intitulée « La dépendance de la magistrature en France », Jacques Georgel relate et dénonce un certain nombre d'immixtions du pouvoir exécutif (ministre de la Justice, Premier ministre ou Président de la République) dans la justice à l'époque de la V^e République²²⁹⁶. Au-delà des critiques, les auteurs qui traitent de l'indépendance sous ce point de vue se situent essentiellement dans le domaine de la séparation des pouvoirs²²⁹⁷. La doctrine interprète alors indépendance dans le sens de la spécialisation de la fonction juridictionnelle par rapport aux autres pouvoirs étatiques²²⁹⁸. Par exemple, dans leur commentaire de la décision *Validation d'actes administratifs* du Conseil constitutionnel de 1980, Louis Favoreu et Loïc Philip estiment que l'indépendance consacrée a pour conséquence d'interdire aux autres pouvoirs de censurer les décisions juridictionnelles, d'adresser des injonctions aux juridictions et de se substituer aux juridictions dans le jugement de litiges²²⁹⁹. Malgré la faiblesse de *théorisation* doctrinale du concept d'indépendance de la justice, il faut relever un approfondissement des modalités *pratiques* de l'indépendance, en particulier dans le travail doctrinal²³⁰⁰. Par ailleurs, l'impartialité souffre, *a fortiori*, d'une *théorisation* encore plus faible. Pour la doctrine française, l'indépendance précède l'impartialité²³⁰¹, l'impartialité « vient au soutien du principe d'indépendance et le

²²⁹³ Sur ce point voy. par ex. le travail de C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 469 et s. ; mais aussi I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in J. ASPIRO SEDKY, G. DELMAS et S. ROBBE (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Presses universitaires de Sceaux, 2011, p. 15-31.

²²⁹⁴ I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 17.

²²⁹⁵ J.-D. BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices. Revue générale de droit processuel*, juin 1996, vol. 3, p. 161. Voy. par ex. S. GUINCHARD *et al.*, *Institutions juridictionnelles*, 17^e éd., coll. Précis, Paris, Lefebvre Dalloz, 2024, p. 236 et s.

²²⁹⁶ J. GEORGEL, « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 848-851.

²²⁹⁷ I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 16.

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 30.

²²⁹⁹ Voy. encore dans la dernière éd. : L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 20^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2022, p. 115-116.

²³⁰⁰ Sur ce déséquilibre, voy. C. JANSSEN-BENNYNCK, *op. cit.*, p. 494 et s.

²³⁰¹ S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. van COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 4 ; P. COLLET, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *RSC*, 2016, p. 486 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 54.

complète »²³⁰². La notion se rapproche de celle de neutralité du juge²³⁰³. Mais l'impartialité est surtout étudiée directement au niveau pratique, analysée comme « davantage liée à l'organisation et au fonctionnement internes des juridictions, aux qualités personnelles du juge »²³⁰⁴.

413. Malgré le manque de conceptualisation de ces principes, il est aujourd'hui possible de décrire le cadre constitutionnel dans lequel les principes d'indépendance et d'impartialité sont reconnus en France. Il peut être constaté à cet égard que le Conseil constitutionnel a rapidement mis en avant le principe d'indépendance des juges (§ 1), alors qu'il n'a valorisé le principe d'impartialité que plus tardivement (§ 2).

§ 1 : La montée en puissance du principe d'indépendance des juges dans la jurisprudence constitutionnelle

414. Depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, le contentieux lié au respect du principe d'indépendance a pris une grande importance dans la jurisprudence constitutionnelle française. Révélateur est par exemple à cet égard l'enrichissement du commentaire doctrinal de la principale décision du Conseil constitutionnel en la matière : la décision *Validation d'actes administratifs* de 1980²³⁰⁵. Dans la 14^e édition de 2007, le commentaire de cette décision dans l'ouvrage de Louis Favoreu et Loïc Philip faisait 12 pages, divisé entre les apports de cette décision concernant la séparation des pouvoirs et l'indépendance de l'autorité judiciaire d'une part, et le régime des lois de validation législative des actes administratifs d'autre part²³⁰⁶. Dans la 20^e et dernière édition de 2022, le même commentaire fait désormais 23 pages²³⁰⁷, enrichi d'un très grand nombre de références jurisprudentielles. Cet étoffement est directement lié au fait que le principe d'indépendance peut être invoqué dans le cadre du contrôle *a posteriori* prévu à l'article 61-1 de la Constitution²³⁰⁸, et peut faire l'objet d'un relevé d'office par le Conseil constitutionnel au cours de l'examen de

²³⁰² L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », art. cité, p. 111.

²³⁰³ P. COLLET, art. cité, p. 486.

²³⁰⁴ S. GUINCHARD, art. cité, p. 3-4.

²³⁰⁵ Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Recueil*, p. 46.

²³⁰⁶ L. FAVOREU et L. PHILIP, « 22 juillet 1980 - VALIDATION D'ACTES ADMINISTRATIFS (119 DC) », *in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007, p. 385-400.

²³⁰⁷ L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », art. cité.

²³⁰⁸ Voy. en premier Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Recueil*, p. 160.

tout texte législatif²³⁰⁹. Cela a permis au juge constitutionnel français de développer une jurisprudence abondante relative aux exigences découlant du principe d'indépendance, pour ce qui concerne l'organisation des juridictions et des formations de jugement mais aussi pour ce qui concerne les qualités attendues des juges appelés à trancher des litiges. En effet, en utilisant le principe d'indépendance *des juridictions*, le Conseil garantit l'indépendance *des juges* en tant que personnes (A). Malgré une jurisprudence constructive, cette indépendance est cependant limitée pour certaines catégories de juges (B).

A. L'indépendance constitutionnelle des juges par le truchement de celle des juridictions

415. De façon générale, et au-delà du texte constitutionnel, la garantie d'indépendance consacrée par le Conseil constitutionnel tend à la fois à protéger la justice en tant qu'institution (la doctrine parle d'indépendance organique) mais aussi à protéger les juges en tant que personnes (ce qui correspond à l'indépendance personnelle). Cette garantie d'indépendance vise à garantir aux justiciables « que leur cause sera entendue par un juge au service du droit et non de l'autorité qui l'a nommé et le rémunère »²³¹⁰.

416. Initialement, la seule référence explicite à l'indépendance contenue dans la Constitution de 1958 est située à l'article 64 al. 1^{er} : « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. » Textuellement, cette indépendance ne concerne que l'autorité judiciaire. En 1970, le Conseil constitutionnel tire logiquement de cet article l'indépendance des juridictions de l'ordre judiciaire²³¹¹. Ce principe s'applique alors à l'ensemble de l'autorité judiciaire, siège et parquet confondus²³¹². Plus généralement, le Conseil constitutionnel combine cet article 64 avec l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, afin de consacrer, plus que l'indépendance de l'autorité judiciaire, l'indépendance « des juridictions »²³¹³. Cette indépendance organique est donc garantie plus largement qu'aux

²³⁰⁹ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *Recueil*, p. 364, cons. n° 8 (implicitement).

²³¹⁰ S. GABORIAU, « L'enjeu démocratique de la Justice », in H. PAULIAT et S. GABORIAU (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003, p. 27.

²³¹¹ Cons. const., décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, *Recueil*, p. 25. Sur l'indépendance de l'autorité judiciaire, voy. par ex. T. S. RENOUX et A. ROUX, *L'administration de la justice en France*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1994, p. 9 et s.

²³¹² Cons. const., décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Recueil*, p. 217 ; décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017 ; décision n° 2021-927 QPC du 14 septembre 2021.

²³¹³ Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, cons. n° 6.

seules juridictions de l'ordre judiciaire : juridictions spécialisées²³¹⁴, Conseil supérieur de la magistrature²³¹⁵, formations disciplinaires des ordres professionnels²³¹⁶, et même autorités administratives indépendantes qui disposent d'un pouvoir de sanction²³¹⁷ notamment. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs reconnu que très tardivement sa propre indépendance en tant qu'institution, dans une décision relative à la consultation de ses archives²³¹⁸. Surtout, cette interprétation large permet au Conseil constitutionnel, dans une « construction audacieuse »²³¹⁹, de consacrer depuis 1980 et la décision *Validation d'actes administratifs*, l'indépendance des juridictions administratives. Le considérant 6 de cette décision est ainsi rédigé :

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement [...] »²³²⁰

Cet appel à la loi du 24 mai 1872²³²¹, abolissant le système de la justice retenue en matière administrative, est audacieux. Il fallait dépasser la conception originare de l'organisation judiciaire française, marquée par exemple par les mots de Michel Debré, l'un des rédacteurs de la Constitution de 1958 : « la magistrature administrative n'existe pas : il y a seulement des fonctionnaires administratifs qui occupent les fonctions de juge »²³²². Le Conseil comble alors le déséquilibre constitutionnel entre les juridictions des deux ordres juridictionnels

²³¹⁴ Ex. en matière militaire Cons. const., décision n° 2018-756 QPC du 17 janvier 2019, cons. n° 7.

²³¹⁵ Cons. const., décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, cons. n° 18.

²³¹⁶ Cons. const., décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013, cons. n° 8-9 (ordre des avocats).

²³¹⁷ Déjà pour le Défenseur des droits en tant qu'autorité constitutionnelle indépendante (Cons. const., décision n° 2022-838 DC du 17 mars 2022, cons. n° 11), mais aussi pour les autorités administratives indépendantes (ex. pour la HATVP : Cons. const., décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, cons. n° 4 ; ou pour la CNIL : Cons. const., décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022, cons. n° 17 à 23).

²³¹⁸ Cons. const., décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008, cons. n° 6 à 9. Depuis le début des années 2000, le Conseil d'État avait déjà participé à établir l'indépendance fonctionnelle du Conseil constitutionnel, notamment en refusant de s'immiscer dans le fonctionnement du Conseil constitutionnel (régularité de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel, absence de saisine du Conseil par le Président de la République, règlement du Conseil relatif à ses archives) (sur ce point, voy. F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, op. cit., p. 433).

²³¹⁹ L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », art. cité, p. 121.

²³²⁰ Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, cons. n° 6.

²³²¹ B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2000, p. 33 et s.

²³²² M. DEBRÉ, « Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, tome 2, Paris, La documentation française, 1988, p. 164.

français²³²³. Cette jurisprudence a d'ailleurs été ensuite étendue aux juridictions financières²³²⁴. Une partie de la doctrine voit dans cette décision de 1980 la consécration d'un réel pouvoir juridictionnel en France²³²⁵, tandis que d'autres auteurs sont plus réservés quant à l'étendue de cette « consécration »²³²⁶, critiquant en particulier l'absence de garanties d'une indépendance organique des juges (la décision se cantonnant à reconnaître une indépendance fonctionnelle)²³²⁷.

417. Aujourd'hui, de jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel estime que :

« L'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance de l'ensemble des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »²³²⁸.

Mais au-delà de garantir l'indépendance de la justice en tant qu'institution, le Conseil constitutionnel s'est rapidement tourné vers l'indépendance des juges en tant que personnes. Celle-ci apparaît comme le « corollaire du principe de l'indépendance des juridictions »²³²⁹. Dans ce cadre, l'objectif du Conseil est moins de protéger un corps de métier que l'exercice d'une activité, d'une fonction : la fonction juridictionnelle²³³⁰. C'est la raison pour laquelle le principe d'indépendance a été étendu à l'ensemble des personnes exerçant des fonctions juridictionnelles – y compris de façon non professionnelle²³³¹ : citoyens assesseurs²³³², juges de proximité²³³³. Le Conseil s'assure que les dispositions législatives ne portent pas atteinte à

²³²³ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, op. cit., p. 432.

²³²⁴ Cons. const., décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001.

²³²⁵ Voy. par ex. M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, Classiques, Paris, PUF, 2015, p. 447-448 ; T. S. RENOUX et M. de VILLIERS, *Code constitutionnel 2021*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, p. 1333.

²³²⁶ I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 28-29.

²³²⁷ *Ibid.*, p. 29. Voy. aussi I. BOUCOBZA, « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *Revue des droits de l'homme*, 2021, n° 20, § 71.

²³²⁸ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, cons. n° 248.

²³²⁹ T. S. RENOUX et A. ROUX, op. cit., p. 14.

²³³⁰ D. ROUSSEAU et al., *Rapport. La justice, un pouvoir de la démocratie (Fondation Terra Nova)*, Mesnil-sur-l'Estrée, Firmin-Didot, 2011, p. 59.

²³³¹ Dans le respect de la jurisprudence européenne à ce sujet. Voy. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 57, 2006, p. 393-394.

²³³² Cons. const., décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Recueil*, p. 27.

²³³³ Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Recueil*, p. 204.

l'indépendance ou à l'impartialité des membres de telle ou telle juridiction, soit en raison de l'organisation de la procédure, des règles de composition²³³⁴ ou des fonctions exercées²³³⁵.

418. En premier lieu, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur la délimitation des personnes chargées d'exercer la fonction juridictionnelle lorsqu'elles ne sont pas magistrats de formation ou professionnels. Le Conseil exclut d'abord la présence de personnes qui sont soumises à l'autorité hiérarchique du pouvoir exécutif²³³⁶. Ensuite, à l'image de la Cour constitutionnelle allemande, le Conseil encadre la présence de juges qui ne sont pas encore titulaires, les auditeurs de justice²³³⁷, ou encore des magistrats qui ne sont pas ou plus professionnels. En 2003 par exemple, le Conseil constitutionnel censure une partie des dispositions législatives créant les juridictions de proximité, dans l'optique de réserver la fonction juridictionnelle à des personnes qui ont exercé suffisamment longtemps des fonctions de responsabilité dans le domaine juridique exclusivement²³³⁸. Initialement rédigée pour viser les candidats ayant au moins vingt-cinq années d'expérience dans des « fonctions impliquant des responsabilités [...] dans le domaine juridique, administratif, économique ou social », la disposition est partiellement censurée, afin que ne subsiste que le « domaine juridique ». Au regard de la composition du Conseil constitutionnel lui-même, cette exigence est apparue, pour certains auteurs, extrêmement réductrice, « piquante »²³³⁹. Sur les magistrats honoraires, le Conseil rappelle ainsi en 2019 :

²³³⁴ Par ex. pour les membres de la formation disciplinaire de l'ordre du barreau des avocats : Cons. const., décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, cons. n° 4.

²³³⁵ Voy. par ex. pour la censure d'une disposition soumettant l'accord de liberté conditionnelle du tribunal de l'application des peines à l'avis favorable d'une commission administrative : Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. n° 32 à 34.

²³³⁶ Par ex. Cons. const., décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, cons. n° 4 (présence de fonctionnaires ou de militaires dans une formation de jugement répressive chargée de prononcer une peine privative de liberté) ou encore Cons. const., décision n° 2015-457 QPC du 20 mars 2015, cons. n° 6 (présence de fonctionnaires représentant des ministres au sein du conseil national de l'ordre des pharmaciens).

²³³⁷ Cons. const., décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, *Recueil*, p. 25.

²³³⁸ Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.

²³³⁹ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, « Article 64 », in *La Constitution*, 16^e éd., Paris, Points, 2022, p. 327.

« Il suit de là que les fonctions de magistrat de l'ordre administratif doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent y consacrer leur vie professionnelle. Ces principes ne font pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées aux magistrats administratifs en activité puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser une telle carrière à condition que, dans cette hypothèse, *des garanties appropriées permettent de satisfaire aux principes d'indépendance et d'impartialité*. Il importe à cette fin que les intéressés soient soumis aux droits et obligations applicables à l'ensemble des magistrats, sous la seule réserve des dispositions spécifiques qu'impose l'exercice à titre temporaire de leurs fonctions. »²³⁴⁰.

419. En deuxième lieu, le Conseil veille à ce que les conditions dans lesquelles les juges exercent leurs fonctions juridictionnelles permettent de garantir leur indépendance personnelle. Trois éléments sont particulièrement mis en avant : la durée du mandat, l'inamovibilité et les incompatibilités²³⁴¹. Ces aspects peuvent être contrôlés par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur les lois organiques relatives au statut des magistrats²³⁴². Sur le premier élément, le Conseil met par exemple en garde le pouvoir réglementaire quant à la détermination de la durée du mandat des membres de la Commission de recours des réfugiés (désormais CNDA), laquelle ne devra pas porter atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité²³⁴³. Saisi dans le cadre *a priori*, le Conseil est ici limité à donner des limites à l'action du pouvoir réglementaire qui sera chargé de prendre les mesures d'application de la loi qui lui est soumise. C'est surtout le deuxième élément, l'inamovibilité, qui apparaît comme une « règle d'or »²³⁴⁴, comme le « point d'ancrage à l'indépendance au cours de la carrière des juges ordinaires »²³⁴⁵. Consacré dès l'an VIII par Napoléon, encore consul, ce principe n'a jamais

²³⁴⁰ Cons. const., décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, § 116. En l'espèce, le Conseil note que les magistrats administratifs honoraires sont soumis aux mêmes obligations et garanties statutaires que les magistrats en activité, qu'ils ne peuvent être démis de leurs fonctions qu'à leur propre demande ou pour un motif disciplinaire, que l'exercice par eux d'une autre activité professionnelle en même temps que celle de magistrat honoraire n'est autorisé qu'à la condition que cette activité ne porte pas atteinte à la dignité ou à l'indépendance de leurs fonctions, et, enfin, que le législateur a limité la présence de magistrats honoraires en formation collégiale à un seul magistrat de ce type. Il en conclut qu'il n'y a pas atteinte à l'article 16 de la Déclaration de 1789 (§ 117-119).

²³⁴¹ Voy. notamment F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 435 et s.

²³⁴² Voy. par ex. T. S. RENOUX, « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », in COUR DE CASSATION (dir.), *La Cour de cassation et la Constitution de la République : actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 83.

²³⁴³ Cons. const., décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. n° 62.

²³⁴⁴ L. CADIET, *Découvrir la justice*, *op. cit.*, p. 182.

²³⁴⁵ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel*, *op. cit.*, p. 437.

empêché le pouvoir politique d'écarter les juges « dérangeants »²³⁴⁶. L'article 64 de la Constitution de 1958 garantit explicitement le principe d'inamovibilité des magistrats du siège, également inscrit à l'article 4 du statut de la magistrature du 22 décembre 1958²³⁴⁷. De jurisprudence constante, cela signifie en particulier qu'aucun magistrat du siège ne peut être déplacé sans son consentement, même si le déplacement s'accompagne d'une promotion, sauf sanction disciplinaire infligée dans les conditions prévues par le statut²³⁴⁸. Dans sa décision de 1967, le juge constitutionnel censure par exemple une disposition législative qui permettait au gouvernement d'affecter d'office à un emploi de magistrat les conseillers référendaires de la Cour de cassation dont les fonctions arrivaient à expiration au bout de dix ans. De la même façon, il invalide en 1980 une disposition qui permet de changer un magistrat d'affectation en cas de remplacement d'un titulaire en congé, sans consentement ni condition particulière à remplir²³⁴⁹. Le respect du principe d'inamovibilité pour les juges remplaçants est cependant apprécié avec plus de souplesse par le Conseil²³⁵⁰.

420. Cependant, cette constitutionnalisation du principe d'indépendance personnelle des juges, notamment par le principe d'inamovibilité, trouve une limite importante en raison de l'application limitée de l'article 64 à l'autorité judiciaire. Certaines catégories de juges ne bénéficient donc que d'une protection infra-constitutionnelle.

B. Une constitutionnalisation incomplète de l'indépendance des juges et de ses garanties

421. La première catégorie de juges pour lesquels la constitutionnalisation de l'indépendance est limitée est, logiquement, les juges administratifs. En effet, au-delà de l'effort du Conseil constitutionnel pour constitutionnaliser le principe de l'indépendance des juridictions administratives, l'indépendance des juges administratifs a longtemps découlé

²³⁴⁶ Sur les vagues successives d'épuration dans l'histoire française, voy. *supra*, Chapitre III, Section 2. Cela fait dire à Jacques Georgel que « l'inamovibilité de la magistrature est, en France, une vaste blague » (J. GEORGEL, art. cité, p. 847).

²³⁴⁷ Voy. Cons. const., décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995. Le principe ne s'applique pas aux magistrats du parquet (Cons. const., décision n° 92-305 DC du 21 février 1992), ni aux conseillers prud'hommes par exemple, qui ne bénéficient pas du statut de magistrat du siège (Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. n° 21).

²³⁴⁸ Depuis Cons. const., décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967.

²³⁴⁹ Cons. const., décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980.

²³⁵⁰ Cons. const., décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980.

uniquement de la pratique et des textes adoptés par le pouvoir réglementaire²³⁵¹. Ce n'est qu'en 1986 que le législateur a doté les membres des tribunaux administratifs d'un statut leur conférant des garanties d'indépendance proches de celles dont bénéficient leurs homologues de l'ordre judiciaire²³⁵². Cependant, il faut attendre la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016²³⁵³ pour que leur indépendance soit explicitement ancrée dans le code de justice administrative. L'article L. 231-1-1 al. 1^{er} dispose d'abord que « Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard. » L'article L. 231-3 leur accorde ensuite le principe d'inamovibilité (mais sans utiliser explicitement le terme²³⁵⁴) : « Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats dans une juridiction administrative, les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement. ». Cependant, le contrôle qui peut être opéré sur les textes concernant les magistrats de l'ordre administratif est beaucoup plus limité, notamment car tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État estiment que le statut des magistrats de l'ordre administratif ne relève pas du législateur, même ordinaire, mais du pouvoir réglementaire²³⁵⁵.

422. De plus, il existe encore une spécificité concernant le Conseil d'État et ses membres. De façon générale, l'indépendance de cette institution découlerait de « pratiques solidement établies, d'une autogestion de fait qui dissuade le gouvernement de toute ingérence dans le travail de ses membres »²³⁵⁶. Certains auteurs mettent en avant le fait que c'est son prestige qui lui permettrait de garantir son indépendance²³⁵⁷, ou encore la coutume, la tradition²³⁵⁸. Cette indépendance serait alors « un fait d'expérience »²³⁵⁹. Au regard du décalage évident entre cette situation et le statut des autres juges administratifs et des juges de l'ordre judiciaire, il a paru nécessaire de renforcer l'indépendance des membres du Conseil d'État. C'est ainsi que la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, qui a déjà été citée pour les magistrats des juridictions administratives de premier et de second degré, inscrit également le principe d'indépendance des

²³⁵¹ G. CARCASSONNE et M. GUILLAUME, art. cité, p. 327.

²³⁵² J. KRYNEN, *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 2 : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2012, p. 258 ; R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *Institutions juridictionnelles*, 20^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit privé, 2024, p. 63.

²³⁵³ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²³⁵⁴ I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 23.

²³⁵⁵ CE, ass., arrêt du 2 février 1962, n° 46950, *Beausse*, publié au *Lebon* ; Cons. const., décision n° 91-165 L du 12 mars 1991.

²³⁵⁶ J. KRYNEN, *op. cit.*, tome 2, p. 274-275.

²³⁵⁷ R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 62-63.

²³⁵⁸ I. BOUCOBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 23.

²³⁵⁹ L. CADIET, *Découvrir la justice*, *op. cit.*, p. 186.

membres du Conseil d'État dans le code de justice administrative. Son article L. 131-2 al. 1^{er} dispose désormais : « Les membres du Conseil d'État exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard. ». Si cet article constitue une réelle avancée, il manque le « pendant » à l'article L. 231-3 applicable aux membres des autres juridictions administratives de droit commun : aucun article du chapitre intitulé « Dispositions générales » du livre consacré au Conseil d'État du code de justice administrative ne contient l'énonciation du principe d'inamovibilité – même de façon implicite. Au regard du caractère récent de cet « oubli », il pourrait être tentant de considérer que le législateur a délibérément souhaité ne pas accorder cette garantie aux conseillers d'État. La doctrine estime certes qu'« on imagine mal qu'un texte quelconque puisse y porter atteinte sans encourir la censure, soit du Conseil d'État (décret), soit du Conseil constitutionnel (loi) »²³⁶⁰. Mais cela ne résulterait que d'une volonté de ces deux juges d'aller au-delà de celle du législateur. Il n'est dès lors possible de leur reconnaître qu'une « inamovibilité de fait », et non de droit²³⁶¹.

423. Enfin, une deuxième catégorie de juges (bien que ce qualificatif ne leur soit pas reconnu dans les textes) dont l'indépendance ne fait pas l'objet d'une constitutionnalisation suffisante est celle des membres du Conseil constitutionnel. Aucun élément relatif à leur indépendance ne peut en effet être relevé dans la Constitution de 1958, qui consacre pourtant un titre spécifique à cette institution²³⁶². Comme pour les membres des juridictions administratives et notamment du Conseil d'État, cette indépendance découlerait de leur prestige et de la déontologie imposée²³⁶³. Leur indépendance peut alors être déduite de l'article 7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958²³⁶⁴, lequel prévoit qu'un décret doit être adopté en conseil des ministres, sur proposition du Conseil, pour définir « les obligations imposées [à ses membres], afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions ». L'article 1^{er} du décret du 13 novembre 1959 adopté en ce sens²³⁶⁵ prévoit ainsi, de façon laconique : « Les membres du Conseil constitutionnel ont pour obligation générale de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions. ». Ce décret ne concrétise

²³⁶⁰ L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », art. cité, p. 122.

²³⁶¹ Voy. l'article très critique de Olivier Dupeyroux : O. DUPEYROUX, « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP*, 1983, p. 565-629.

²³⁶² Ce titre est d'ailleurs le fondement de l'indépendance du Conseil en tant qu'institution (Cons. const., décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008, cons. n° 6).

²³⁶³ I. BOUCOUBZA, « L'indépendance de la justice », art. cité, p. 25.

²³⁶⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²³⁶⁵ Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel.

cette exigence d'indépendance qu'à travers des règles d'incompatibilité et un devoir de réserve²³⁶⁶. Il n'y a donc que de très faibles garanties d'indépendance pour les membres de cette institution.

424. La jurisprudence constitutionnelle a permis, dans une certaine mesure, de suppléer l'absence de textes constitutionnels affirmant de manière claire et générale l'indépendance de la justice en tant qu'institution et l'indépendance des juges en tant que personnes. Il est cependant possible de constater un déséquilibre entre les juridictions et juges de l'ordre judiciaire et les juridictions et juges de l'ordre administratif. Les différences sont progressivement gommées, mais ne peuvent complètement s'effacer, comme en témoigne le refus implicite du législateur de 2016 de faire correspondre le statut des magistrats de l'ordre administratif à celui de leurs homologues de l'ordre judiciaire. Ces différences se perçoivent également en ce qui concerne le principe d'impartialité, lequel n'a été mis en valeur que tardivement par le Conseil constitutionnel.

§ 2 : La valorisation tardive du principe d'impartialité des juges dans la jurisprudence constitutionnelle

425. En France, le principe d'impartialité n'est pas explicitement garanti ou évoqué dans les textes à valeur constitutionnelle. Longtemps absent du vocabulaire du juge constitutionnel – il faut attendre 1985 pour trouver une première référence à ce principe dans une décision du Conseil, ce principe trouve ainsi ses fondements initiaux dans le droit et la jurisprudence ordinaires français (A). Dans le mouvement d'expansion des droits processuels, le principe d'impartialité a cependant pénétré le vocabulaire constitutionnel français, en particulier à partir de l'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité. Toutefois, la jurisprudence constitutionnelle montre les difficultés à distinguer clairement indépendance et impartialité, ce qui rend le principe d'impartialité particulièrement confus (B).

²³⁶⁶ Art. 2 et 4 du décret précité du 13 novembre 1959.

A. Un principe découlant initialement du droit et de la jurisprudence ordinaire

426. Le principe d'impartialité est rangé parmi les « principes directeurs du procès »²³⁶⁷ en France, considéré comme étant « la condition *sine qua non* du système juridique entier »²³⁶⁸, un « devoir d'état et d'État »²³⁶⁹, ou encore comme étant « de l'essence du jugement »²³⁷⁰. L'idée d'un juge impartial est très ancienne et les mécanismes permettant de s'assurer ou de contrôler l'impartialité du juge existent depuis très longtemps. Mais depuis le milieu du XX^e siècle, le principe d'impartialité a pris une importance encore plus grande, ce qui a conduit à sa consécration explicite dans les textes ordinaires français. S'agissant d'abord des juridictions judiciaires, l'article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire dispose ainsi : « *L'impartialité* des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature. ». Cette disposition a été insérée par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 dans un titre relatif aux « principes généraux » communs à l'ensemble des juridictions judiciaires. Le Conseil supérieur de la magistrature consacre par ailleurs un chapitre entier à l'impartialité dans le *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*. Ce chapitre débute ainsi :

« L'impartialité oblige le magistrat à se défaire de tout préjugé. Élément essentiel de la confiance du public dans l'institution judiciaire, elle constitue un droit, garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle conditionne le respect du principe fondamental d'égalité des citoyens devant la loi. »²³⁷¹

Ce passage consacre la subjectivation du principe d'impartialité, qui constitue ainsi un droit pour les justiciables.

427. Du côté des juridictions administratives, pendant longtemps et par tradition, il n'y a pas eu de garantie textuelle de l'impartialité de leurs membres. En pratique, le Conseil d'État estimait que le code de procédure civile pouvait avoir dans ce cas un rôle supplétif quant aux

²³⁶⁷ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022, p. 361.

²³⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, art. cité, p. 53.

²³⁶⁹ D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.*, 1998, p. 262.

²³⁷⁰ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 360.

²³⁷¹ CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, p. 10.

procédures de récusation des juges²³⁷². Il fallait ainsi déduire de l'application de telles procédures – concrètes – l'exigence – plus générale et abstraite – d'impartialité des membres des juridictions administratives. Grâce à la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 déjà citée, cette exigence est désormais inscrite dans le code de justice administrative. D'après les articles L. 231-1-1 al. 1^{er} et L. 231-3 de ce code, les membres des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État « exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, *impartialité*, intégrité et probité ». Comme en témoigne l'intitulé de la loi de 2016 ayant introduit ces dispositions – loi « relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires », le recours à la notion de déontologie est souvent mis en lien avec le principe d'impartialité. D'ailleurs, cette loi a imposé la création de chartes de déontologie par les juridictions administratives²³⁷³ et financières²³⁷⁴, lesquelles apportent des précisions quant à la conception de l'impartialité qui prévaut. Par exemple, la Charte de déontologie de la juridiction administrative, dans son édition de 2023, précise que l'impartialité exige que « chacun, en toute occasion, se détermine librement, sans parti pris, ni volonté de favoriser telle partie ou tel intérêt particulier et sans céder à des pressions extérieures »²³⁷⁵. C'est dans cette mesure que le Conseil d'État utilise notamment la Charte de déontologie pour juger que les membres de la juridiction administrative ont « l'obligation de s'abstenir de participer au jugement d'une affaire s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute leur impartialité »²³⁷⁶. La Charte de déontologie des juridictions financières, dans sa version de 2024, précise d'abord qu'elle vise à « garantir que les magistrats et autres personnes concernées des juridictions financières exercent leurs fonctions en toute indépendance, avec *impartialité*, *neutralité* [...] »²³⁷⁷. Elle précise ensuite que « les principes d'indépendance et d'impartialité exigent que chacun, en toute occasion, se détermine librement, sans parti pris d'aucune sorte, ni volonté de favoriser un intérêt particulier

²³⁷² Depuis CE, sect., arrêt du 24 juillet 1934, n° 32574, *Sieur Ducos*, publié au *Lebon*. Voy. *infra*, Chapitre VIII, Section 1, § 1, A, para. n° 444.

²³⁷³ Article 12 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, créant l'article L. 131-4 du code de justice administrative : « Le vice-président du Conseil d'État établit, après avis du collège de déontologie de la juridiction administrative, une charte de déontologie énonçant les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions de membre de la juridiction administrative. »

²³⁷⁴ Article 15 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, créant l'article L. 120-6 du code des juridictions financières : « Le premier président de la Cour des comptes établit, après avis du collège de déontologie des juridictions financières et du procureur général, une charte de déontologie énonçant les principes déontologiques et les bonnes pratiques propres à l'exercice des fonctions des magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes, des personnels de la Cour des comptes mentionnés aux sections 3 et 4 du chapitre II du titre Ier du présent livre et des rapporteurs auprès des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 212-5-1. »

²³⁷⁵ *Charte de déontologie de la juridiction administrative. Principes et bonnes pratiques*, 2023, p. 18.

²³⁷⁶ CE, ass., arrêt du 15 avril 2024, n° 469719, *Département des Bouches-du-Rhône*.

²³⁷⁷ *Charte de déontologie des juridictions financières*, 2024, § 3.

et sans céder à aucune pression »²³⁷⁸. Le vocabulaire est proche de celui employé pour les juridictions administratives. L'impartialité nécessite que l'opinion des membres des formations de délibéré des juridictions financières « a été formée sans préjugé ni parti pris »²³⁷⁹, ce qui ne peut être garanti qu'avec une motivation objective et argumentée des décisions²³⁸⁰. Enfin, pour les membres du Conseil constitutionnel, leur impartialité n'est pas garantie textuellement par la Constitution ou l'ordonnance de 1958. Il y a en revanche plusieurs textes qui permettent de déduire cette exigence d'impartialité. D'abord, l'article 3 al. 2 de l'ordonnance de 1958 portant loi organique relative au Conseil²³⁸¹ décrit le serment prêté par les membres à leur arrivée : « Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer *en toute impartialité* dans le respect de la Constitution [...] ». Ensuite, l'article 2 al. 1^{er} du décret du 13 novembre 1959 interdit notamment aux membres du Conseil de « prendre position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décision de la part du Conseil ».

428. En complément des textes de droit ordinaire qui consacrent, plus ou moins explicitement, le principe d'impartialité des juges, la jurisprudence ordinaire, en particulier celle des deux cours suprêmes françaises, a permis d'ancrer encore un peu plus le principe d'impartialité dans les principes directeurs du procès. Il faut à ce titre mettre en avant l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière²³⁸², toujours présentée par la doctrine française²³⁸³, en particulier en matière pénale²³⁸⁴. Celle-ci accorde en effet une grande importance au principe d'impartialité des tribunaux, principe fondamental²³⁸⁵ découlant de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention. Elle tire ainsi du droit à un procès équitable l'obligation d'impartialité, faisant des principes d'indépendance et d'impartialité des composantes de la notion de tribunal. C'est dans son arrêt *Piersack c. Belgique* de 1982 que la Cour jette les bases de ce principe. Elle considère notamment qu'il est possible de distinguer deux approches de l'impartialité : une approche subjective « essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance » et une approche objective « amenant

²³⁷⁸ *Ibid.*, § 9.

²³⁷⁹ *Ibid.*, § 12.

²³⁸⁰ *Ibid.*, § 13. Sur cette importance de la motivation comme garantie d'impartialité, voy. par ex. M.-A. FRISON-ROCHE, art. cité, p. 54-55.

²³⁸¹ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

²³⁸² L. MILANO, *op. cit.*, p. 424-425.

²³⁸³ Voy. par ex. S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge », art. cité, p. 24 et s. ; E. JEULAND, *op. cit.*, p. 361 et s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 964 et s. ; O. GOHIN et F. POULET, *Contentieux administratif*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2023, p. 129 et s. ; C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuel, 2024, p. 258 et s.

²³⁸⁴ Par ex. J.-F. RENUCCI, « L'exigence d'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2005, p. 935-939 ; P. COLLET, art. cité.

²³⁸⁵ D. N. COMMARET, art. cité, p. 262.

à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »²³⁸⁶. La Cour de Strasbourg invite à se pencher d'abord sur la conviction et le comportement personnels du juge (approche subjective), puis sur les garanties offertes par le juge pour exclure tout doute légitime à son égard (approche objective)²³⁸⁷. La Cour reconnaît elle-même que « la frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est pas hermétique » : « la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité [...] mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle »²³⁸⁸. Il est possible, avec d'autres auteurs, de préférer aujourd'hui parler d'impartialité personnelle et d'impartialité fonctionnelle²³⁸⁹.

429. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a une influence certaine sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, qui donnent une plus grande importance au principe d'impartialité. D'abord, la Cour européenne a une influence directe sur le droit processuel français et la pratique jurisprudentielle dès lors qu'elle condamne la France pour violation de l'article 6 al. 1^{er}²³⁹⁰. Tel a particulièrement été le cas pour la participation du commissaire du gouvernement – désormais rapporteur public – à la fonction juridictionnelle dans les juridictions administratives, en raison de sa présence au délibéré²³⁹¹. Ensuite, la jurisprudence européenne a une influence indirecte lorsque les juridictions ordinaires prennent en compte ses arrêts pour affirmer et garantir le principe d'impartialité. Ainsi, les juridictions suprêmes françaises ont par exemple pris l'habitude de viser l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme au début de leurs décisions, souvent en citant²³⁹² ou en reprenant le contenu de cet article²³⁹³. Plus encore, le Conseil d'État mobilise l'article 6 al. 1^{er}

²³⁸⁶ CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79, *Piersack c Belgique*, § 30.

²³⁸⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 965.

²³⁸⁸ CEDH, arrêt du 15 janvier 2008, n° 17056/06, *Micallef c. Malte*, § 73.

²³⁸⁹ R. KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, p. 1 ; P. COLLET, art. cité, p. 488 ; J.-F. RENUCCI, art. cité, p. 936 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 966-967.

²³⁹⁰ À titre d'exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne la France en 1994 pour non-respect de l'exigence d'indépendance du Conseil d'État, dans un litige où celui-ci s'était estimé lié par l'interprétation d'un accord international donnée par le ministre des Affaires étrangères (CEDH, arrêt du 24 novembre 1994, requête n° 15287/89, *Beaumartin c. France*, § 38 – voy. également CEDH, arrêt du 13 février 2003, *Chevrol c. France*, requête n° 49636/99, § 76 et s.).

²³⁹¹ CEDH, arrêt du 7 juin 2001, requête n° 39594/98, *Kress* ; CEDH, arrêt du 5 juillet 2005, requête n° 55929/00, *Loyen e.a.* ; CEDH, arrêt du 12 avril 2006, requête n° 58675/00, *Matinier c. France*.

²³⁹² Voy. par ex. CE, sect., arrêt du 7 janvier 1998, n° 163581, publié au *Lebon*.

²³⁹³ Par ex. C. cass., ch. soc., arrêt du 17 décembre 1998, n° 97-15.389 : « aux termes de ce texte, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

pour considérer que le principe d'impartialité constitue un principe général du droit²³⁹⁴ pour l'ensemble des juridictions administratives²³⁹⁵ et des membres de ces juridictions²³⁹⁶. De façon plus générale, les juridictions françaises reprennent le vocabulaire de la Cour européenne. Par exemple, la Cour de cassation recherche si les éléments relevés « étaient de nature à faire naître, dans l'esprit du justiciable, des doutes légitimes sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal »²³⁹⁷. Conformément à la jurisprudence européenne encore, elle impose au requérant de démontrer la partialité subjective du juge en prouvant que le préjugé du juge est objectif²³⁹⁸. L'influence de la Cour de Strasbourg sur la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est particulièrement visible pour la garantie d'impartialité fonctionnelle liée à l'exercice cumulatif de fonctions relatives à une même affaire²³⁹⁹.

430. Dans ce contexte, un arrêt récent du Conseil d'État peut apparaître dissonant par rapport à la jurisprudence constante des juridictions suprêmes françaises. Dans une décision d'assemblée du 15 avril 2024²⁴⁰⁰, le Conseil d'État ne cite pas la jurisprudence de Strasbourg relative au droit au procès équitable, et insiste même sur une justice administrative « à la française »²⁴⁰¹, se contentant de renvoyer aux « principes généraux applicables à la fonction de juger dans un État de droit ». Les conclusions du rapporteur public, Thomas Janicot, indiquent que le département requérant n'invoque pas l'article 6 al 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais le « principe général d'impartialité », ce qui, selon lui, paraît être « bien aligné avec les exigences conventionnelles en la matière »²⁴⁰². En l'espèce, un agent départemental démissionnaire conteste le refus, par le département, de lui verser l'allocation d'aide au retour à l'emploi. Le tribunal administratif lui donne raison en première instance. Le département se pourvoit en cassation, considérant que la formation de jugement est irrégulièrement composée. En effet, l'une de ses membres avait été cheffe du service juridique

²³⁹⁴ CE, 6^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 20 avril 2005, n° 261706, *Karsenty, Fondation d'Aguesseau*, publié au *Lebon*, p. 151.

²³⁹⁵ CE, ass., arrêt du 6 avril 2001, n° 206764, *SA Entreprise Razel frères et Le Leuch*, publié au *Lebon*, p. 176.

²³⁹⁶ CE, ass., arrêts du 3 décembre 1999, n° 195512, *Leriche*, n° 207434, *Didier*.

²³⁹⁷ Par ex. C. cass., ch. soc., arrêt du 17 décembre 1998, n° 97-15.389 (concernant un tribunal du contentieux de l'incapacité, cassation).

²³⁹⁸ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 14 septembre 2006, *JCP* 2006. II. 10189.

²³⁹⁹ Les positions de la Cour européenne et de la Cour de cassation font ainsi l'objet des mêmes critiques, notamment en raison d'un manque de sécurité juridique liée à la méthode casuistique de la Cour de Strasbourg (voy. par ex. C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 989 et s. ; P. COLLET, art. cité, p. 495 et s.).

²⁴⁰⁰ CE, ass., arrêt du 15 avril 2024, n° 469719, publié au *Lebon*.

²⁴⁰¹ O. BEAUD, « Sur la curieuse façon dont le Conseil d'État interprète le principe d'impartialité », *D.*, 2024, p. 1225.

²⁴⁰² T. JANICOT, « L'impartialité du juge administratif. Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 15 avril 2024, Département des Bouches-du-Rhône, n° 469719 », *RFAP*, 2024, p. 497.

et contentieux du département au moment où l'agent avait déposé sa demande. La question qui était posée dans cette espèce était celle de savoir si la présence, dans la formation de jugement du tribunal administratif, de cette ancienne cheffe du service juridique de la collectivité dont la décision était attaquée, était compatible avec le principe d'impartialité. Le Conseil d'État affirme que le fait que les membres des juridictions administratives occupent successivement des fonctions d'acteurs administratifs et de juges ne pose, « par lui-même », pas de problème d'impartialité. Par ailleurs, en l'absence de preuve que la personne concernée a participé activement à préparer la défense de la collectivité face à l'agent, le Conseil d'État estime qu'elle n'entre pas dans la catégorie des décisions prises par le membre de la juridiction administrative avant son entrée dans la juridiction. Il n'est pas certain que cette solution soit conforme à la jurisprudence européenne. D'une part, il est possible de soutenir que la présence d'un juge administratif qui était au service juridique de la collectivité dont la décision est attaquée en justice donne bien *l'apparence* d'un manque d'impartialité de ce juge. D'autre part, le Conseil d'État nie le fait que, même sans avoir officiellement préparé le dossier de défense, en tant que cheffe du service juridique et contentieux, elle avait nécessairement entendu parler de cette affaire²⁴⁰³. Cela semble d'autant plus problématique que le même Conseil d'État avait jugé, en octobre 2023²⁴⁰⁴, que la présence du directeur de thèse d'un des doctorants auditionnés par un comité de sélection universitaire, même s'il s'est déporté au moment où le jury a examiné la candidature de « son » doctorant, porte atteinte au principe d'impartialité du comité de sélection. Ce « double standard » a pu être critiqué, en ce qu'il peut donner l'impression d'une partialité du Conseil d'État dans l'interprétation et l'application plus ou moins rigoureuse du principe d'impartialité²⁴⁰⁵.

431. L'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme a également influencé la jurisprudence constitutionnelle française. En effet, le Conseil constitutionnel tend à donner plus d'importance au principe d'impartialité dans ses décisions récentes, non sans confusion.

²⁴⁰³ L. SEUROT, « Impartialité : vade-mecum à destination du juge administratif », *AJDA*, 2024, p. 1613-1614.

²⁴⁰⁴ CE, 4^e et 1^{er} ch. réunies, arrêt du 13 octobre 2023, n° 459205.

²⁴⁰⁵ O. BEAUD, art. cité.

B. Un principe confus dans la jurisprudence constitutionnelle récente

432. La question de l'impartialité n'a, pendant longtemps, pas fait l'objet du vocabulaire du Conseil constitutionnel. Il faut attendre 1985 pour trouver une décision dans laquelle le mot « impartialité » apparaît, sur impulsion des députés auteurs de la saisine²⁴⁰⁶. En l'absence de disposition constitutionnelle explicite, l'impartialité des juridictions et des juges est progressivement fondée par le Conseil constitutionnel sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, comme le principe d'indépendance²⁴⁰⁷. Cependant, le Conseil n'a pas développé beaucoup de précision quant à cette constitutionnalisation. C'est surtout à partir de l'ouverture de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité que sa jurisprudence relative au principe d'impartialité s'est enrichie. Comme pour le principe d'indépendance, le principe d'impartialité fait en effet partie des « droits et libertés » pouvant être invoqués dans le cadre du contrôle *a posteriori*²⁴⁰⁸ et peut être soulevé d'office par le Conseil constitutionnel au cours de l'examen de tout texte²⁴⁰⁹. L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle suscite plusieurs remarques. Il peut d'abord être relevé que le Conseil utilise tantôt l'expression « exigences d'impartialité »²⁴¹⁰, tantôt celle de « principe d'impartialité »²⁴¹¹. Ensuite, dans la moitié des décisions du Conseil qui traitent du principe d'impartialité, celui-ci est associé avec le principe d'indépendance²⁴¹², sans que soit nécessairement mis en valeur les différences entre ces deux principes²⁴¹³. Dans certaines décisions, le Conseil parle même au singulier de « principe d'indépendance et d'impartialité »²⁴¹⁴. En fusionnant les deux principes, « l'identification du contenu propre à chacun d'eux [est] malaisée »²⁴¹⁵. Certaines décisions citent donc les deux principes, mais le Conseil ne traite finalement que des éléments qui se rapportent à l'indépendance et non à l'impartialité. Par exemple, dans sa décision relative à l'ancienne commission des recours des

²⁴⁰⁶ Cons. const., décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985, cons. n° 7 et 8.

²⁴⁰⁷ À partir de Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, cons. n° 23.

²⁴⁰⁸ Pour la première fois Cons. const., décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012.

²⁴⁰⁹ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, cons. n° 3.

²⁴¹⁰ Cons. const., décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, cons. n° 9.

²⁴¹¹ Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, cons. n° 3.

²⁴¹² D'après nos recherches, sur la soixantaine de décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel traite du principe d'impartialité des juridictions ou des juges (en excluant les décisions où ce principe n'est qu'invoqué par les requérants mais non repris par le Conseil) entre 1985 et aujourd'hui, 28 décisions sur 58 associent les deux principes. Dans une dizaine de cas, il ne s'agit alors pour le Conseil que de signaler que les règles de composition d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante doivent respecter « les exigences d'indépendance et d'impartialité », sans analyse poussée.

²⁴¹³ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, cons. n° 4 à 6 ; décision n° 2017-666 QPC du 20 octobre 2017, cons. n° 3 à 8.

²⁴¹⁴ Cons. const., décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, cons. n° 12.

²⁴¹⁵ I. BOUCOBZA, « QPC et article 16 », art. cité, § 74.

réfugiés, le Conseil évoque l'encadrement de la durée de mandat de ses membres afin que ne soit pas portée atteinte à son indépendance et à son impartialité²⁴¹⁶. Or, la question de la durée du mandat ne concerne que l'indépendance, et non pas l'impartialité. La même remarque vaut pour la réglementation de l'indemnisation des conseillers prud'hommes²⁴¹⁷ ou encore pour la question du tirage au sort des membres d'une formation de jugement²⁴¹⁸.

433. Selon sa jurisprudence constante depuis 2006, le principe d'impartialité, accolé ou non à celui d'indépendance, est « indissociable » des fonctions juridictionnelles²⁴¹⁹. Il s'impose alors à la formation de jugement dans son entier, mais aussi à chacun des membres pris individuellement, y compris les citoyens-asseesseurs aux assises²⁴²⁰ ou le président de la cour d'assises²⁴²¹. Ce principe s'impose également de la même manière aux formations disciplinaires des ordres professionnels²⁴²². Il doit en outre être respecté par les membres du parquet²⁴²³. Mais quels sont les éléments garantis au titre de ce principe d'impartialité ? À partir des décisions qui traitent spécifiquement du principe d'impartialité (une trentaine d'après nos recherches), il est possible de dégager quelques éléments plus précis de garantie. En premier lieu, il est possible de déduire que l'impartialité d'une juridiction ou d'une formation de jugement découle en particulier de sa composition²⁴²⁴. Si les membres qui font partie d'une juridiction disposent par principe de garanties d'indépendance et d'impartialité, il n'est pas possible de douter de leur impartialité²⁴²⁵. Cela n'est pas surprenant dans la mesure où le Conseil mêle souvent indépendance et impartialité, et que la question de la composition d'une juridiction peut toucher les deux principes²⁴²⁶. Le Conseil constitutionnel assure ainsi généralement l'impartialité fonctionnelle des juridictions et des juges, notamment en étudiant les dispositions législatives relatives à des cumuls de fonctions ou à des incompatibilités (entre indépendance et impartialité

²⁴¹⁶ Cons. const., décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. n° 62.

²⁴¹⁷ Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. n° 24.

²⁴¹⁸ Cons. const., décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016, cons. n° 10.

²⁴¹⁹ Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. n° 24. Voy. par ex. récemment Cons. const., décision n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021, cons. n° 6 à 8 (à propos du juge des enfants).

²⁴²⁰ Voy. par ex. Cons. const., décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016, cons. n° 5 à 8.

²⁴²¹ Cons. const., décision n° 2018-704 QPC du 4 mai 2018, cons. n° 10.

²⁴²² Cons. const., décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, cons. n° 5.

²⁴²³ Cons. const., décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, cons. n° 12.

²⁴²⁴ Cons. const., décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985, cons. n° 8 : « la composition de la commission, fixée par la loi, offre des garanties sérieuses d'impartialité ». Voy. aussi Cons. const., décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986, cons. n° 13 ; décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, cons. n° 9 ; décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013, cons. n° 8 à 10 ; décision n° 2020-812 DC du 14 janvier 2021 ; décision n° 2014-704 DC du 11 décembre 2014, cons. n° 16.

²⁴²⁵ Cons. const., décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, cons. n° 10 ; décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, cons. n° 117 ; décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022, cons. n° 18 à 22.

²⁴²⁶ Voy. par ex. la confusion dans la décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, cons. n° 47 (HATVP), ou encore dans la décision n° 2013-678 DC du 14 novembre 2013, cons. n° 9.

selon le niveau d'incompatibilité)²⁴²⁷. En deuxième lieu, le Conseil se focalise essentiellement sur la distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement des juridictions²⁴²⁸. Il a par exemple censuré des dispositions qui permettaient au Conseil d'État d'autoriser une mesure d'assignation à résidence, mesure dont il pourrait ensuite connaître de la légalité en tant que juge de dernier ressort²⁴²⁹. Le Conseil fait preuve de souplesse dans ce type de contrôle. Il considère par exemple que si le juge ne contrôle d'abord que la légalité externe d'une décision administrative, avant de connaître de la légalité interne de cette même décision, il n'y a pas atteinte au principe d'impartialité²⁴³⁰. Le Conseil autorise également à ce que le juge des enfants ayant instruit la procédure puisse prononcer ensuite des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation. Par contre, il ne peut pas présider la formation de jugement du tribunal pour enfants²⁴³¹, parce qu'en ordonnant ce type de mesures, on peut estimer qu'il a déjà préjugé du fond de l'affaire. Il interdit aussi qu'un juge des libertés et de la détention puisse statuer sur une demande d'annulation de sa propre décision²⁴³². Enfin, le Conseil associe très souvent le principe d'impartialité à l'interdiction, pour le législateur, de donner la possibilité à une juridiction de se saisir elle-même d'un litige²⁴³³. Tout cela entre dans la garantie de l'impartialité fonctionnelle des juridictions et des juges.

434. En dépit de l'histoire mouvementée de l'indépendance de la justice en France et des rapports compliqués entre justice et pouvoir exécutif, le Conseil constitutionnel est parvenu à rattraper un certain retard du constitutionnalisme français concernant les principes d'indépendance de la justice et d'impartialité des juges. Par une lecture constructive de la Constitution de 1958 et de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen – et malgré l'absence d'une théorisation claire de ces principes, le Conseil constitutionnel fait découler du

²⁴²⁷ Par ex. Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, cons. n° 21.

²⁴²⁸ Nous avons recensé une quinzaine de décisions relatives à cette question, sur la trentaine de décisions ne faisant appel qu'au principe d'impartialité. Voy. récemment sur le juge des libertés et de la détention : décision n° 2022-1031 QPC du 19 janvier 2023, cons. n° 11 : « Le principe d'impartialité ne s'oppose pas à ce que le juge des libertés et de la détention qui a autorisé une perquisition statue sur la contestation d'une saisie effectuée à cette occasion par un autre juge des libertés et de la détention. En revanche, les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître ce principe, être interprétées comme permettant qu'un même juge des libertés et de la détention effectue une saisie et statue sur sa contestation. » Pour de la jurisprudence sur ce sujet, voy. L. FAVOREU *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », art. cité, p. 114.

²⁴²⁹ Cons. const., décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, cons. n° 12.

²⁴³⁰ Cons. const., décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, cons. n° 13.

²⁴³¹ Cons. const., décision n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021, cons. n° 8 (voy. déjà décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, cons. n° 11).

²⁴³² Cons. const., décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, cons. n° 198.

²⁴³³ Cons. const., décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, cons. n° 4 ; décision n° 2013-352 QPC du 15 novembre 2013, cons. n° 6 ; décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, cons. n° 4 ; décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014, cons. n° 4 ; décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014, cons. n° 4 ; décision n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015, cons. n° 4 ; décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, cons. n° 5 à 14.

principe d'indépendance des exigences relatives aux qualités attendues des juges : formation, protection statutaire. Sans être toujours bien distingué de ce premier principe, le principe d'impartialité n'a intégré le champ constitutionnel que plus tardivement. Sans donner d'éléments de définition de ce principe, le Conseil s'attache toutefois à poser un cadre aux règles de composition des juridictions et des formations de jugement, mais aussi aux règles d'exercice cumulatif de fonctions. Dans ce domaine, sa jurisprudence complète celle de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juridictions ordinaires françaises.

CONCLUSION DU CHAPITRE VII

435. Au terme de ce chapitre, nous pouvons constater un rapprochement du droit français et du droit allemand en ce qui concerne les qualités attendues de tout juge appelé à trancher un litige. Dans les deux systèmes, les principes d'indépendance et d'impartialité ont fait l'objet d'une constitutionnalisation, permettant de dégager un standard minimum concernant la personne du juge. En Allemagne, il n'est pas rare de trouver la considération selon laquelle, par cette extension du champ d'application du droit au juge légal, le juge légal est également le « juge conforme à la Constitution » (*grundgesetzlicher Richter*)²⁴³⁴. Procéduralement, les deux juridictions constitutionnelles ont subjectivé les garanties d'indépendance et d'impartialité : la Cour constitutionnelle fédérale a notamment procédé à cette subjectivation en incorporant ces questions relatives aux qualités du juge dans le champ d'application du droit au juge légal. Le Conseil constitutionnel estime quant à lui que les principes d'indépendance et d'impartialité peuvent être invoqués par les requérants dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, en se fondant sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 et sa « garantie des droits ».

436. Sur le fond, le principe d'indépendance a en particulier permis aux juridictions constitutionnelles allemande et française de délimiter le cercle des personnes qui peuvent exercer une fonction juridictionnelle. Un statut protecteur paraît en premier lieu indispensable, notamment grâce au principe d'inamovibilité. En Allemagne, ce principe vaut pour tous les juges professionnels, tandis qu'en France, l'article 64 de la Constitution ne prévoit que l'inamovibilité des magistrats de l'ordre judiciaire. Le principe d'indépendance permet en outre aux juridictions constitutionnelles de contrôler la composition des juridictions et des formations de jugement, d'encadrer strictement le recours à des juges non professionnels, d'interdire le recours à des juges subordonnés à une autorité et d'encadrer les règles d'incompatibilité. Il y a davantage de différences en ce qui concerne le principe d'impartialité, notamment parce que le Conseil constitutionnel français reste dans une perspective essentiellement fonctionnelle, liée à la question de l'exercice cumulatif de fonctions dans le cadre d'une même affaire. L'influence du droit du Conseil de l'Europe et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est

²⁴³⁴ Par ex. J. IPSEN, « Artikel 101 », in W. KAHL, C. WALDHOFF et C. WALTER (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour, § 53 ; M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 85.

particulièrement visible à ce niveau, contrairement à la Cour constitutionnelle allemande, qui reste dans une perspective purement nationale. Toutefois, il peut être considéré que par son interprétation extensive du droit au juge légal, elle mobilise l'article 101 al. 1^{er} (2) LF comme si la disposition était formulée de la même façon que l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁴³⁵. De son côté, le Conseil constitutionnel a été poussé, par les nombreuses interventions de la Cour européenne en la matière, à enrichir sa jurisprudence relative au principe d'impartialité notamment.

437. Cependant, comme l'affirmait le Professeur André Vitu en 1981, « il ne suffit pas d'affirmer, en des textes généraux de nature constitutionnelle, que l'indépendance des magistrats est garantie par l'existence de règles spéciales gouvernant leur nomination, leur avancement et leur discipline ». Au contraire, il faut « donner au justiciable lui-même les moyens de s'assurer, concrètement, dans l'affaire qui le concerne, de l'impartialité effective de ceux qui vont le juger »²⁴³⁶. C'est ce que les règles de déport et de récusation des juges ont vocation à assurer.

²⁴³⁵ A. HÄNLEIN, art. cité, § 27.

²⁴³⁶ A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 427.

CHAPITRE VIII : LA NÉCESSAIRE GARANTIE DE L'IMPARTIALITÉ EFFECTIVE DU JUGE : LES RÈGLES DE DÉPORT ET DE RÉCUSATION

438. Historiquement, il a toujours existé des règles permettant d'écarter un juge « suspect » de la connaissance d'un litige particulier²⁴³⁷. Il y a une permanence, dans l'Histoire, de la récusation des juges, qui a permis *in fine*, de faire du principe d'impartialité l'un des principes directeurs du procès dans les États de droit. En pratique, différents instruments permettent de garantir l'apparence d'une justice impartiale. D'un point de vue général, la confiance dans l'impartialité de la justice en tant qu'institution est notamment garantie par le devoir de réserve des juges²⁴³⁸ ou encore par les règles de non-cumul des fonctions et des mandats. D'un point de vue concret, la confiance dans l'impartialité des juges chargés de trancher un litige donné est garantie par l'existence de règles d'abstention volontaire et de récusation. Ces dernières constituent les instruments privilégiés de l'impartialité²⁴³⁹, permettant d'assurer l'indépendance, au sens large, du juge²⁴⁴⁰. La récusation est à la fois définie comme une « *technique* procédurale permettant d'empêcher un juge de statuer »²⁴⁴¹, mais aussi comme un « *droit* donné à un justiciable de faire écarter, du jugement de sa cause, un magistrat qui a compétence pour en connaître, mais dont l'impartialité peut être mise en doute »²⁴⁴². Cela témoigne du fait que la procédure de récusation est pensée *pour le bénéfice des justiciables*, comme un moyen *pour le justiciable* de garantir l'impartialité des juges chargés de statuer sur son litige²⁴⁴³. En France, la récusation est d'ailleurs souvent mise en lien avec les droits de la défense²⁴⁴⁴. L'existence de telles procédures montre que la compétence du juge ne peut pas être l'unique standard pour s'assurer qu'un justiciable se trouve bien devant le juge le plus approprié

²⁴³⁷ Pour une étude historique de la récusation en France, voy. B. BERNABÉ, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque de droit privé, n° 514, 2009.

²⁴³⁸ Garanti par exemple en Allemagne au paragraphe 69 de la loi allemande relative aux juges (*Deutsches Richtergesetz*).

²⁴³⁹ F. JACQUELOT, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 347.

²⁴⁴⁰ P. GRZYBEK, *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 38.

²⁴⁴¹ N. FRICÉRO, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 181 (nous soulignons).

²⁴⁴² A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 427 (nous soulignons).

²⁴⁴³ R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *Institutions juridictionnelles*, 20^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit privé, 2024, p. 312.

²⁴⁴⁴ A. VITU, art. cité, p. 429.

pour trancher son litige. Le déport est considéré comme la « garantie corrélative » à la récusation²⁴⁴⁵, permettant au magistrat lui-même de se retirer d'un procès.

439. Afin que l'indépendance et l'impartialité concrètes du juge soient assurées, il doit d'abord exister un ensemble de règles qui permettent aux justiciables d'écarter, dans un cas concret, un juge qui ne respecterait pas les exigences d'indépendance et d'impartialité requises, un juge qui ne serait pas le « juge légal » du cas concret (**Section 1**). Mais le niveau de garantie pour les justiciables dépend aussi beaucoup de la possibilité, pour un juge supérieur, de contrôler l'application des règles d'exclusion et de récusation (**Section 2**).

Section 1 : Un arsenal législatif permettant d'écarter un juge partial

440. En Allemagne comme en France, les principes d'indépendance et d'impartialité des juges imposent l'obligation, pour le législateur, de prévoir des règles de compétence qui permettent d'écarter un juge qui, dans un cas spécifique, ne répondrait pas aux garanties d'impartialité. En dépit de la variété des procédures qui existent dans les deux systèmes, il est possible de mettre en avant l'existence d'un droit processuel commun relatif à l'exclusion et à la récusation des juges (§ 1). En revanche, les deux juridictions constitutionnelles ne contrôlent pas avec la même intensité ces règles légales (§ 2).

§ 1 : L'existence d'un droit processuel commun minimal en matière d'exclusion et de récusation des juges partiels

441. L'existence de règles permettant d'écarter un juge de la connaissance d'un litige particulier en cas de doute sur son impartialité est un point commun de l'ensemble des systèmes juridiques modernes. Malgré la diversité des types de contentieux, il est possible de déceler un ensemble de procédures comparables en France et en Allemagne (**A**), avec la prise en compte, dans les deux pays, de la spécificité du statut des juges constitutionnels (**B**).

²⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 427.

A. Des procédures comparables dans les différents contentieux non-constitutionnels

442. Dans l'objectif de garantir le droit, pour les justiciables, d'être jugés par un juge qui répond aux exigences d'indépendance et d'impartialité requises, les droits français et allemands organisent des procédures permettant d'écarter un juge qui ne respecterait pas ces prérequis. Nous excluons de cette étude la procédure de renvoi pour suspicion légitime, qui ne concerne pas les qualités d'un juge, mais l'apparence de partialité de l'ensemble d'une juridiction²⁴⁴⁶.

443. Les deux ordres juridiques envisagent d'abord des hypothèses d'exclusion des juges du seul fait de la loi. Il s'agit d'hypothèses précises et objectives qui excluent, par principe, un juge de la connaissance d'un certain litige. En Allemagne, on parle d'exclusion (*Ausschluss*), tandis qu'en France, on parle d'incompatibilité légale²⁴⁴⁷ ou d'incapacité de juger²⁴⁴⁸. Par exemple, le paragraphe 41 du code de procédure civile allemand indique qu'un juge est exclu par la loi (*kraft Gesetzes*) de la connaissance d'un litige notamment s'il est lui-même partie à la procédure, si l'affaire concerne son conjoint ou partenaire ou s'il a un lien de parenté avec l'une des parties. Cet article précise également que le juge est automatiquement exclu s'il a participé à rendre la décision contestée lors d'une procédure juridictionnelle ou arbitrale antérieure²⁴⁴⁹ ou s'il a participé à une procédure de médiation concernant la même affaire. Ces principes – incohérents et incomplets pour certains auteurs²⁴⁵⁰ – valent pour les contentieux administratif, social et financier²⁴⁵¹. Le code de procédure pénale allemand prévoit des hypothèses d'exclusion qui vont dans le même sens : le juge est exclu d'office s'il est lui-même victime de l'infraction, s'il a un lien de parenté avec la victime ou la personne inculpée, s'il a déjà connu de l'affaire en raison d'autres fonctions (officier du ministère public, officier de police, avocat), ou s'il a été entendu dans l'affaire en qualité de témoin ou d'expert²⁴⁵². Il est pareillement exclu

²⁴⁴⁶ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 37^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2024, p. 873. Pour une étude du renvoi en matière pénale, voy. par ex. S. JOSSERAND, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, n° 33, 1998, p. 114 et s.

²⁴⁴⁷ A. VITU, art. cité, p. 431.

²⁴⁴⁸ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, Dalloz orientation, 1997, p. 184 ; R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 311.

²⁴⁴⁹ Sur la question de la « participation » antérieure du juge à l'affaire, voy. C. STEMMLER, *Befangenheit im Richteramt: eine systematische Darstellung der Ausschluss- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Dissertation, Tübingen, 1975, p. 22-31.

²⁴⁵⁰ B. HESS, « L'impartialité du juge en droit allemand », in J. van COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 160.

²⁴⁵¹ Le droit processuel allemand opère par renvoi explicite au paragraphe 41 du code de procédure civile allemand (ZPO) : voy. resp. les paragraphes 54 du code de procédure administrative (VwGO), 60 de la loi relative aux juridictions sociales (SGG) et 51 du code de procédure pour les juridictions financières (FGO).

²⁴⁵² Paragraphe 22 du code de procédure pénale allemand.

lorsqu'il a participé à la décision qui est attaquée en appel ou en révision ou s'il a participé à la demande d'admission en révision²⁴⁵³. Ces cas d'exclusion constituent des règles d'ordre public, qui peuvent donc conduire à la nullité de toute décision, même irrévocable²⁴⁵⁴. Du côté français, il existe également des exclusions automatiques des juges du seul fait de la loi. Le code de l'organisation judiciaire, qui vaut pour toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, prévoit en particulier l'interdiction, pour un juge, de participer à une formation de jugement du second ou du dernier degré, s'il a connu de l'affaire précédemment, en premier ou deuxième ressort²⁴⁵⁵. Le lien de parenté entre magistrats d'une même juridiction est également considéré comme une incapacité légale dans le droit français²⁴⁵⁶.

444. Ensuite, les deux systèmes français et allemand envisagent des hypothèses dans lesquelles le juge peut être écarté de la connaissance d'un litige en raison d'une suspicion légitime (*Besorgnis der Befangenheit*). Ce sont les procédures de récusation (*Ablehnung*). Le paragraphe 42 al. 2 du code de procédure civile allemand prévoit ainsi que « la récusation pour cause de suspicion légitime a lieu lorsqu'il existe un motif de nature à justifier la méfiance à l'égard de l'impartialité d'un juge »²⁴⁵⁷. Il s'agit d'une clause générale, qui n'énonce pas de catégories de causes de récusation²⁴⁵⁸. Le droit processuel français connaît également la procédure de récusation, mais celle-ci n'est pas uniforme dans tous les contentieux. En matière civile et pénale, les textes français énumèrent les causes de récusation. Pour l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi que la récusation d'un juge peut notamment être demandée s'il a un intérêt dans le litige (y compris financier), s'il a un lien de parenté avec l'une des parties, s'il est en procès avec une partie, s'il a déjà connu de l'affaire en tant que juge ou arbitre, « s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties », et, plus généralement, « s'il existe un conflit d'intérêts »²⁴⁵⁹. Il est intéressant de noter qu'en droit allemand, le lien de parenté avec une partie est une cause d'exclusion automatique, alors qu'en France, il ne s'agit que d'une cause de récusation relative. Historiquement, le code d'instruction criminelle ne prévoyait aucune règle

²⁴⁵³ Paragraphe 23 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁵⁴ Paragraphe 359 al. 1^{er} n° 2 du code de procédure civile allemand (*Nichtigkeitsklage*).

²⁴⁵⁵ Article L. 111-9 du code de l'organisation judiciaire.

²⁴⁵⁶ Article L. 111-10 du code de l'organisation judiciaire ; CE, arrêt du 13 mars 1925, n° 76.415, *Sieur Desreumeaux*, publié au *Lebon*, p. 262 (en tant que « règle générale de procédure »).

²⁴⁵⁷ Voy. le paragraphe 42 du code de procédure civile allemand (*ZPO*), auquel renvoient les paragraphes 54 du code de procédure administrative (*VwGO*), 60 de la loi relative aux juridictions sociales (*SGG*) et 51 du code de procédure pour les juridictions financières (*FGO*). Pour la matière pénale, voy. le paragraphe 24 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁵⁸ C. STEMMLER, *op. cit.*, p. 90.

²⁴⁵⁹ L'article 341 du code de procédure civile renvoie à cette liste de causes de récusation pour les juridictions civiles.

de récusation, mais la chambre criminelle de la Cour de cassation estimait qu'il fallait dans ce cas appliquer les règles de procédure civile²⁴⁶⁰. Désormais, le code de procédure pénale contient sa propre liste de causes de récusation : si le juge a un lien de parenté avec une partie, si lui ou sa famille a un intérêt dans la contestation, s'il a déjà connu du procès « comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès », s'il a déjà été en procès contre l'une des parties, ou « s'il y a eu entre le juge [...] et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité »²⁴⁶¹. Pour le contentieux administratif, pendant longtemps, il n'y a également pas eu de texte réglemant les possibilités de récusation. Le Conseil d'État appliquait, avec les adaptations qu'il jugeait pertinentes, les règles du code de procédure civile²⁴⁶², y compris au Conseil d'État statuant au contentieux²⁴⁶³. Désormais, le code de justice administrative prévoit que « la récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité. »²⁴⁶⁴, sans prévoir de liste explicite de causes de récusation.

445. Par ailleurs, tant en France qu'en Allemagne, un juge qui estime qu'il pourrait présenter une cause de récusation peut également se manifester. Néanmoins, il y a une grande différence de procédure entre les deux systèmes. En Allemagne, la procédure d'auto-récusation (*Selbstablehnung*) reste la même que pour les demandes de récusation (c'est la raison pour laquelle on parle d'auto-récusation et non pas d'abstention)²⁴⁶⁵, alors qu'en France, le juge se déporte et demande à être remplacé, sans qu'il y ait une décision sur ce déport. L'article L. 111-7 al. 1^{er} du code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi que « le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné ». Des dispositions analogues sont inscrites aux articles R 721-1 du code de justice administrative et à l'article 339 du code de procédure civile. Les textes ne règlent pas cette procédure, qui est conçue comme un processus interne à la juridiction et laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge concerné²⁴⁶⁶. L'abstention volontaire peut cependant entrer en conflit avec la prescription de l'article 4 du code civil, qui

²⁴⁶⁰ Voy. par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 8 octobre 1819, *Bull. crim.*, n° 110.

²⁴⁶¹ Article 668 du code de procédure pénale.

²⁴⁶² CE, sect., arrêt du 20 juillet 1934, n° 32.574, *Sieur Ducos*, publié au *Lebon* : il vise les articles 378 à 396 du code de procédure civile de l'époque, et indique « considérant que les règles du code de procédure civile relatives à la récusation des juges ne sont pas incompatibles avec le caractère administratif des tribunaux départementaux et des cours régionales des pensions ». Sur cette appropriation des règles du code de procédure civile par le Conseil d'État, voy. par ex. D. GROS, « La récusation vue par le juge administratif », *JCP G*, 2012, doctr. 227.

²⁴⁶³ CE, arrêt du 16 mars 1966, n° 66213, *Paisnel*, publié au *Lebon*.

²⁴⁶⁴ Article L. 721-1 du code de justice administrative.

²⁴⁶⁵ Paragraphes 48 du code de procédure civile allemand et 30 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁶⁶ N. FRICÉRO et S. ANTIPOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, vol. 40, n° 3, p. 45.

interdit au juge de se rendre coupable d'un déni de justice²⁴⁶⁷. Il n'y a qu'en matière pénale que le juge qui souhaiterait s'abstenir de siéger doit obtenir l'autorisation du premier président de la cour d'appel²⁴⁶⁸. De façon générale, la doctrine française estime que cette procédure d'abstention relève plutôt des obligations déontologiques des juges. La Charte de déontologie des juridictions administratives constitue à ce titre un instrument précieux pour compléter les causes de récusation possibles, notamment pour ce qui est des liens entre les magistrats administratifs et l'administration active.

446. S'agissant de la mise en œuvre de ces procédures d'exclusion, de récusation et d'auto-récusation (à l'exclusion de la procédure d'abstention volontaire, qui n'est pas formalisée), il est possible de constater des différences entre les deux systèmes, notamment en ce qui concerne le degré de juridictionnalisation de la procédure. Pour toutes les procédures, en France comme en Allemagne, la demande de récusation doit être déposée au greffe de la juridiction à laquelle le juge visé appartient²⁴⁶⁹. L'ensemble des textes prévoit également des délais pour pouvoir présenter cette demande de récusation, dont le bénéfice est perdu par les parties à un certain stade de la procédure, sauf si la cause de récusation n'est connue qu'ultérieurement²⁴⁷⁰. S'agissant de la demande de récusation, les textes allemands exigent simplement que la cause de récusation invoquée soit « vraisemblable »²⁴⁷¹, tandis que les textes français exigent une demande motivée²⁴⁷². C'est à partir de la transmission de la demande de récusation au juge concerné que les différences entre les deux systèmes apparaissent plus nettement. En effet, en Allemagne, le juge visé par la demande est directement tenu de présenter ses observations sur la cause de récusation²⁴⁷³. En France, la demande est communiquée au juge, qui peut acquiescer à la récusation²⁴⁷⁴ – transformant la procédure en abstention volontaire. S'il s'oppose à la récusation, le juge doit en donner les justifications²⁴⁷⁵, mais cette

²⁴⁶⁷ B. BERNABÉ, *op. cit.*, p. 355.

²⁴⁶⁸ Article 674 du code de procédure pénale.

²⁴⁶⁹ Paragraphes 44 al. 1^{er} du code de procédure civile allemand et 26 al. 1^{er} du code de procédure pénale allemand ; articles 344 du code de procédure civile, R. 721-4 du code de justice administrative et 669 du code de procédure pénale.

²⁴⁷⁰ Par ex., en procédure civile allemande, jusqu'au début de l'audience principale ou du dépôt des conclusions (paragraphe 43 du code de procédure civile allemand – modifié en 2020 pour préciser « sans délai », paragraphe 44 si la cause est connue ultérieurement) et en procédure pénale allemande, jusqu'au début de l'interrogatoire du premier accusé (paragraphe 25 du code de procédure pénale allemand). En France, il est fait référence à la fin de l'audience, en procédure administrative (article R. 721-2 du code de justice administrative), et à la clôture des débats en procédure civile (article 342 du code de procédure civile).

²⁴⁷¹ Paragraphes 44 al. 2 du code de procédure civile allemand et 26 al. 2 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁷² Par ex. l'article 669 al. 3 du code de procédure pénale et l'article 344 al. 3 du code de procédure civile.

²⁴⁷³ Paragraphes 44 al. 3 du code de procédure civile allemand et 26 al. 3 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁷⁴ Articles R. 721-5 du code de justice administrative (le juge a huit jours pour acquiescer – article R. 721-7), 345 du code de procédure civile et 670 du code de procédure pénale.

²⁴⁷⁵ Article R. 721-7 du code de justice administrative.

motivation n'est pas communiquée à la partie qui a demandé la récusation²⁴⁷⁶. La Cour de cassation considère effectivement que la procédure de récusation constitue une procédure incidente qui se greffe sur une instance au fond et qu'elle n'est donc pas soumise aux exigences du procès équitable découlant de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁴⁷⁷. Les différences avec les procédures allemandes perdurent en ce qui concerne la prise de décision sur la demande de récusation. En Allemagne, c'est le tribunal auquel appartient le juge récusé qui statue sur la demande, sans participation du juge concerné²⁴⁷⁸ – y compris lorsqu'il s'agit d'une auto-récusation²⁴⁷⁹. Cet examen s'opère à partir de la prise de position du juge visé, qui est transmise au demandeur, afin de lui garantir le droit d'être entendu²⁴⁸⁰, mais aussi aux autres parties à la procédure, qui bénéficient du même droit²⁴⁸¹. Il y a uniquement une exception en procédure pénale, lorsque le tribunal statue sur l'irrecevabilité d'une demande (*Verwerfung*) : il peut statuer avec le juge concerné, mais seulement si la demande était trop tardive, si la cause de récusation est « invraisemblable » ou si la demande vise uniquement à retarder la procédure²⁴⁸². En France, au contraire, la procédure n'est pas toujours aussi juridictionnelle. Pour les juridictions civiles et pénales, c'est le premier président de la cour d'appel qui statue seul, après avoir reçu l'avis du procureur général²⁴⁸³. Cette procédure est donc qualifiée d'administrative²⁴⁸⁴, de « purement bureaucratique »²⁴⁸⁵. Il n'y a que pour les juridictions administratives que c'est la juridiction qui statue sur la demande de récusation, sans participation du juge concerné²⁴⁸⁶. Elle rend alors une décision « non motivée ». Quant aux suites de la décision sur la récusation, il y a à nouveau une différence entre les procédures allemandes et les procédures françaises. En Allemagne, si la décision conclut à la récusation, elle n'est susceptible d'aucun recours ; mais si elle conclut à la non récusation, il y a un « recours immédiat » (*sofortige Beschwerde*)²⁴⁸⁷, qui permet de contester la non récusation en

²⁴⁷⁶ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 19 novembre 1975, *Bull. civ. II*, n° 259.

²⁴⁷⁷ C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 5 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 294 ; C. cass. 2^e ch. civ., arrêt du 15 décembre 2005, *Bull. civ. II*, n° 328.

²⁴⁷⁸ Paragraphes 45 al. 1 du code de procédure civile allemand et 27 du code de procédure pénale allemand (en matière pénale, le délai pour statuer est de deux semaines – paragraphe 29 al. 3).

²⁴⁷⁹ Paragraphes 48 du code de procédure civile allemand et 30 du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁸⁰ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 juin 1968, 2 BvR 599, 677/67 (*BVerfGE* 24, 56 [en part. p. 62]) ; C. féd. de justice, décision du 13 juillet 1966, 2 StR 157/66 (*BGHSt* 21, 85 [en part. p. 87]).

²⁴⁸¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 décembre 2007, 1 BvR 1273/07, § 34 (*BVerfGK* 13, 72).

²⁴⁸² Paragraphe 26a du code de procédure pénale allemand.

²⁴⁸³ Articles 346 du code de procédure civile (lequel précise « sans débat ») et 671 du code de procédure pénale. En matière civile, jusqu'au décret n°2017-892 du 6 mai 2017, c'était la cour d'appel qui statuait.

²⁴⁸⁴ A. VITU, art. cité, p. 438.

²⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 441.

²⁴⁸⁶ Article R. 721-9 du code de justice administrative.

²⁴⁸⁷ Paragraphes 46 al. 2 du code de procédure civile allemand et 28 du code de procédure pénale allemand.

même temps que le jugement au fond²⁴⁸⁸. En France, la situation dépend de l'ordre juridictionnel. Au pénal et en contentieux administratif, la décision relative à la récusation n'est, par elle-même, susceptible d'aucun recours²⁴⁸⁹. Au civil, seule la décision de non récusation peut faire l'objet d'un pourvoi dans un délai de quinze jours²⁴⁹⁰.

447. Au-delà des différences, il est possible de constater l'existence d'un droit commun processuel en matière de récusation en France et en Allemagne. Les causes de récusation et les procédures sont relativement proches. Il faut cependant relever qu'il existe encore des divergences importantes entre les différents ordres de juridiction en France, alors que les procédures sont davantage uniformisées en Allemagne – notamment par le renvoi au code de procédure civile par l'ensemble des codes de procédure sauf le code de procédure pénale. Les différences entre la France et l'Allemagne ont également tendance à se gommer ces dernières années en ce qui concerne l'encadrement spécifique des qualités attendues du juge constitutionnel.

B. L'encadrement spécifique des qualités du juge constitutionnel

448. La question de l'impartialité des juges ou des membres des juridictions constitutionnelles pose des difficultés particulières. Il semble que le principe d'impartialité ancré dans les textes de protection des droits fondamentaux ou consacré par les juridictions constitutionnelles soit essentiellement conçu pour les juridictions ordinaires. Ce n'est que tardivement que la nécessité de garantir l'impartialité des membres des juridictions constitutionnelles a par exemple été admise par la Cour de Strasbourg. Par son arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* de 1993²⁴⁹¹, cette dernière a reconnu que les juridictions constitutionnelles, tout en conservant une certaine spécificité, doivent également être soumises au respect des exigences du procès équitable lorsque l'issue du litige principal est influencée par la décision constitutionnelle. Cela signifie que les garanties du procès équitable, et donc d'impartialité, ne s'appliquent pas – au niveau européen – devant les juridictions constitutionnelles en cas de

²⁴⁸⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 1085.

²⁴⁸⁹ Articles 671 al. 2 du code de procédure pénale et R. 721-9 al. 3 du code de justice administrative (celui-ci précise que la décision ne peut être contestée qu'avec le jugement ou l'arrêt au fond).

²⁴⁹⁰ Article 346 al. 3 du code de procédure civile.

²⁴⁹¹ CEDH, arrêt du 23 juin 1993, requête n° 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Espagne*.

contrôle de constitutionnalité abstrait, en dehors de tout litige²⁴⁹². Au regard de la grande différence de conception de la justice constitutionnelle en France et en Allemagne, il n'est pas surprenant que les deux systèmes ne présentent pas, initialement, les mêmes mécanismes d'éviction des juges constitutionnels en cas de risque de partialité.

449. En premier lieu, il existe une différence concernant les textes qui prévoient ces mécanismes. En Allemagne, deux paragraphes de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfGG*) concrétisent l'exigence d'impartialité imposée aux juges de la Cour de Karlsruhe : les paragraphes 18 et 19²⁴⁹³. Insérées dans la section relative au pouvoir judiciaire de la Constitution, les dispositions relatives à la Cour constitutionnelle fédérale font de cette institution une réelle juridiction, dont les membres sont des juges. Il paraît donc logique et indispensable de régler la procédure qui s'applique à cette juridiction dans une loi. Au contraire, du côté du Conseil constitutionnel, la concrétisation du devoir d'impartialité inscrit dans le serment de ses membres par des mécanismes processuels adéquats n'était initialement envisagée par aucun texte²⁴⁹⁴. Institution du parlementarisme rationalisé, le Conseil n'est en effet pas pensé initialement comme une juridiction. Il faut attendre la mise en place de la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en 2010 pour que le Conseil adopte un règlement intérieur²⁴⁹⁵ prévoyant des règles ouvrant la possibilité qu'un membre du Conseil ne participe pas à trancher certaines questions de constitutionnalité. En mars 2022, le Conseil a adopté un second règlement intérieur, afin d'aligner les règles existantes pour la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori*²⁴⁹⁶.

450. En deuxième lieu, les procédures permettant de conduire à l'éviction d'un juge ou d'un membre de la juridiction constitutionnelle qui ne respecterait pas les exigences découlant du principe d'impartialité, ne sont pas tout à fait les mêmes. En Allemagne, le paragraphe 18, interprété strictement²⁴⁹⁷, prévoit d'abord des hypothèses d'exclusion automatique du juge – déjà rencontrées dans le droit ordinaire. Il s'agit de situations de conflits d'intérêts, précises et objectives : d'une part, lorsque le juge est partie à la procédure ou a un lien familial ou de

²⁴⁹² N. FRICÉRO et S. ANTIPOLIS, art. cité, p. 39.

²⁴⁹³ Voy. par ex. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021, p. 1099-1100 (§ 1245).

²⁴⁹⁴ A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Caen, Université Caen Normandie, 2021, p. 184.

²⁴⁹⁵ Cons. const., décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

²⁴⁹⁶ Cons. const., décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution.

²⁴⁹⁷ H. LECHNER et R. ZUCK, « § 18 », in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2019, § 4.

parenté avec une partie à la procédure²⁴⁹⁸ ; d'autre part, lorsque le juge a eu à « traiter la même affaire en raison de ses fonctions ou de sa profession ». La vérification de l'absence d'application de cette procédure doit être effectuée d'office par la juridiction, en vertu de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁴⁹⁹. Ensuite, le paragraphe 19 instaure une procédure de récusation au profit des parties à la procédure, ainsi que la possibilité pour le juge de s'auto-récuser. Il n'y a donc pas de procédure spécifique par rapport au droit ordinaire. Concernant le Conseil, qui est resté jusqu'à 2010 sans dispositions formelles à ce sujet, des déports volontaires sont rapidement apparus dans la pratique de l'institution. Ceux-ci se distinguent de l'auto-récusation en raison de l'absence de formalisme. Le règlement adopté par le Conseil en 2010 pour la procédure QPC formalise cette pratique des déports volontaires et introduit une procédure de récusation ouverte aux requérants²⁵⁰⁰. Le règlement de 2022 prolonge ces deux types de procédure pour la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori*²⁵⁰¹. Ces règlements ont été accueillis favorablement par la doctrine, les considérant comme une « innovation » « au bénéfice de l'impartialité »²⁵⁰². Il a en effet été difficile de dépasser l'appréciation historique française selon laquelle les mécanismes de récusation et de déport constitueraient davantage « une menace pour la légitimité des juges [qu'une] véritable garantie d'impartialité »²⁵⁰³.

451. En troisième lieu, la différence entre les dispositions françaises et allemandes réside principalement dans le niveau de juridictionnalisation de la procédure de récusation ou d'abstention volontaire. D'abord, en ce qui concerne le rôle du membre concerné par les soupçons de partialité, il y a une différence fondamentale entre la procédure allemande d'auto-récusation et la procédure française de déport volontaire. En France, le membre joue le rôle prédominant, la procédure n'étant pas règlementée. Selon l'article 4 al. 1^{er} du règlement de 2010 et l'article 14 du règlement de 2022, « tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président ». Comme pour les juridictions ordinaires, le déport est conçu comme un processus interne, laissé à l'entière appréciation du juge ou du membre. Cela signifie, d'une part, qu'il n'y a pas de liste des causes possibles d'abstention, et,

²⁴⁹⁸ Sur l'interprétation de ce statut de partie ou de participant (« Beteiligt »), voy. C. STEMMLER, *op. cit.*, p. 22 et s.

²⁴⁹⁹ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 5 décembre 2019, 1 BvL 7/18, § 5 (*BVerfGE* 152, 332) : « en vertu de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, la chambre est de toute façon tenue d'examiner les motifs d'exclusion découlant de l'article 18 al. 1^{er} BVerfGG à chaque stade de la procédure » (à propos du vice-président de la Cour de l'époque – aujourd'hui président, Stephan Harbarth).

²⁵⁰⁰ Article 4 du règlement intérieur du 4 février 2010.

²⁵⁰¹ Articles 14 et 15 du règlement intérieur du 11 mars 2022.

²⁵⁰² J. ROUX, « Règlement de procédure sur le contrôle a priori de constitutionnalité », *D.*, 2022, p. 784.

²⁵⁰³ N. PERLO, « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *AJJC*, 2012, vol. 27, p. 63.

d'autre part, que le Conseil ne statue pas sur ce déport. Tout réside dans le for intérieur du juge²⁵⁰⁴. Le Conseil ne peut pas refuser le déport, « n'ayant pas de prise sur la décision individuelle du juge constitutionnel »²⁵⁰⁵. Le membre concerné est donc « seul maître de son impartialité »²⁵⁰⁶. Cette approche purement subjective n'est pas totalement satisfaisante, notamment en raison de l'absence de justification de ces déports²⁵⁰⁷. Une possibilité de contrôle du Conseil en tant que juridiction pourrait être opportune, afin qu'il examine les motifs du déport²⁵⁰⁸. Cela nécessiterait toutefois de revenir sur la conception française de l'abstention volontaire. Créer une liste des causes possibles d'abstention serait une première étape pour mieux encadrer la prévisibilité et la justification des déports des membres du Conseil²⁵⁰⁹. Cette situation contraste fortement avec la procédure allemande, dans laquelle le rôle du juge concerné par la suspicion de partialité est bien plus encadré. Les juges constitutionnels allemands ne peuvent en effet pas se déporter discrétionnairement. Le paragraphe 19 *BVerfGG* prévoit certes que l'initiative de la demande de récusation puisse venir du juge lui-même – comme pour les juges ordinaires ; cependant, la formation de jugement de la Cour constitutionnelle fédérale intervient toujours pour prendre la décision formelle de récusation. Selon la conception allemande, le juge ne fait que mettre en lumière l'existence possible de circonstances qui pourraient justifier une suspicion légitime²⁵¹⁰. Il n'a pas à se sentir lui-même partial. À partir du signalement, la Cour constitutionnelle apprécie la pertinence des éléments objectifs, en se mettant à la place d'un observateur extérieur objectif dans la situation des parties²⁵¹¹. L'approche allemande de l'auto-récusation permet de mieux connaître les motifs pris en compte pour justifier une suspicion légitime. Néanmoins, certains auteurs considèrent que cela va trop loin : à partir du moment où le juge ne serait pas automatiquement exclu selon le paragraphe 18 *BVerfGG*, qu'il ne ferait l'objet d'aucune demande de récusation de la part des parties selon le paragraphe 19 al. 1^{er} *BVerfGG* et qu'il ne s'estimerait pas lui-même partial, alors

²⁵⁰⁴ E. CARTIER, « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Les Petites Affiches*, 2011, p. 22.

²⁵⁰⁵ F. JACQUELOT, art. cité, p. 353.

²⁵⁰⁶ M. GERHOLD, « L'impartialité du juge constitutionnel. Développements récents en droit allemand », *AJDA*, 2022, p. 396.

²⁵⁰⁷ Alexia David, autrice d'une thèse relative à L'impartialité du Conseil constitutionnel en 2021, recense tous les cas connus d'abstention au Conseil depuis l'entrée en vigueur de la QPC, sans pouvoir systématiquement trouver de justification plausible à ces abstentions : A. DAVID, *op. cit.*, p. 441-469 (annexe II). Ainsi, pour 24 abstentions avérées sur 87 entre 2010 et 2019, elle indique que le motif de l'abstention est « non déterminé » ou « incertain » (soit pour un quart des abstentions).

²⁵⁰⁸ Voy. dans ce sens, P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *D.*, 2010, n° 31, p. 2017.

²⁵⁰⁹ A. DAVID, *op. cit.*, p. 206 et s.

²⁵¹⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 mars 1966, 2 BvF 1/65, § 9 (*BVerfGE* 20, 26 [en part. p. 29]) (à propos du juge Gerhard Leibholz).

²⁵¹¹ F. KLEIN, « § 19 », in T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU et H. BETHGE (dir.), *Bundesverfassungsgesetz*, Munich, C. H. Beck, 2023, § 2.

il serait le juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF et devrait participer à la prise de décision²⁵¹², et non laisser encore ses collègues décider de son impartialité selon des éléments objectifs qu'il apporterait lui-même sans en être convaincu.

452. Ensuite, le second élément de différence dans la juridictionnalisation de la procédure concerne la question de la formalisation de la décision de récusation. Du côté allemand, la procédure est formalisée, puisque c'est la même que pour les autres procédures devant la Cour de Karlsruhe. La récusation peut être demandée par toute personne impliquée dans la procédure²⁵¹³, jusqu'au début de l'audience orale ou, à défaut, jusqu'au prononcé de la décision²⁵¹⁴, et ce par écrit, à l'oral ou par procès-verbal au greffe de la Cour. Le juge dont la récusation est demandée doit être identifié ou identifiable, et la demande doit être motivée. Ensuite, le juge dont la récusation est demandée est entendu, ainsi que les parties à la procédure, en vertu de l'article 103 al. 1^{er} LF. Cela vaut également en cas d'auto-récusation²⁵¹⁵. Enfin, la formation de jugement compétente répond à la demande de récusation – sans participation du juge impliqué – par une décision²⁵¹⁶ motivée²⁵¹⁷ et publiée²⁵¹⁸, celle-ci ne pouvant faire l'objet d'aucun recours. Par comparaison, la procédure française de récusation devant le Conseil constitutionnel est encore « en cours » de formalisation. Selon les règlements de procédure du Conseil de 2010 et 2022, la demande écrite, motivée et précise est enregistrée au secrétariat du Conseil dans des délais précis, puis communiquée au membre concerné, qui peut acquiescer à la récusation ou s'abstenir volontairement. S'il ne s'abstient pas, le Conseil examine la demande sans la participation du membre concerné. Toutefois, selon le premier règlement de 2010, aucune décision formelle du Conseil n'est ensuite exigée. Pendant très longtemps, c'est donc uniquement dans les visas des décisions du Conseil, ainsi que par la lecture des commentaires publiés par le service juridique sur son site internet, que l'observateur pouvait déduire un déport

²⁵¹² C. LENZ et R. HANSEL, « § 19 », in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2020, § 28.

²⁵¹³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 mars 1966, 2 BvE 2/65 (*BVerfGE* 20, 1 [en part. p. 5]).

²⁵¹⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 mai 1953, 1 BvR 344/51 (*BVerfGE* 2, 295 [en part. p. 296-297]).

²⁵¹⁵ Ce n'était pas le cas initialement : la Cour considérait que l'auto-récusation était un processus interne à la juridiction, étranger à la participation des parties (C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 7 décembre 1976, 1 BvR 460/72 (*BVerfGE* 43, 126 [en part. p. 127]) – à propos du président Ernst Benda). Cette jurisprudence a été modifiée depuis, et les parties sont aujourd'hui entendues, même en cas d'auto-récusation (voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 26 juin 2018, 2 BvR 1261/16 (*NJW* 2020, 905) – à propos du juge Peter Müller)).

²⁵¹⁶ On peut noter que même en cas d'exclusion automatique selon le paragraphe 18 *BVerfGG*, la formation de jugement rend une décision déclaratoire – sans la participation du juge concerné – pour constater la mise à l'écart du juge. Cette décision a une valeur déclarative et non constitutive. Les parties ne sont pas entendues.

²⁵¹⁷ La jurisprudence constitutionnelle allemande est parfois critiquée en ce que certaines motivations semblent erratiques ou aléatoires, ainsi que pour la multitude d'opinions dissidentes qui y sont attachées (voy. M. GERHOLD, art. cité, p. 396).

²⁵¹⁸ *Ibid.*

ou le résultat d'une procédure de récusation²⁵¹⁹. Le règlement de 2022 a pris en compte cet élément et prévu une décision formelle du Conseil sur les demandes de récusation. Mais cela n'a pas fait évoluer la pratique du Conseil consistant à ne citer les demandes de récusation que dans les visas de ses décisions²⁵²⁰. Cette situation, critiquée par une partie de la doctrine²⁵²¹, a évolué très récemment, avec la publication, par le Conseil constitutionnel, de deux décisions relatives à des demandes de récusation en septembre 2024²⁵²². Le contexte de ces deux décisions sont deux litiges électoraux – l'un seulement étant rattaché à une question prioritaire de constitutionnalité. Cela paraît surprenant, dans la mesure où aucune procédure de récusation n'est prévue pour les litiges électoraux. Rejetant ces demandes, le Conseil présente sobrement le motif de récusation invoqué par les requérants, avant de considérer que les circonstances invoquées « ne sauraient être regardées comme un motif de récusation »²⁵²³, sans réelle motivation. Cela constitue un très grand progrès dans l'effort de juridictionnalisation de la procédure devant le Conseil. Il faudra cependant que la motivation de ces décisions soit suffisante, sans quoi ces progrès ne renforceraient pas la confiance des justiciables dans l'impartialité du Conseil et de ses membres.

453. Finalement, les différences entre les droits français et allemand relatifs à l'éviction d'un juge constitutionnel en raison d'un soupçon de partialité tendent à s'atténuer, notamment en raison des efforts du Conseil constitutionnel pour « juridictionnaliser » ses procédures. Il est possible de terminer ces développements en précisant qu'un élément de fond est partagé par les règles des deux États : celui de la prise en compte du profil des membres des juridictions constitutionnelles, et en particulier de leur passé. À l'image d'autres pays européens²⁵²⁴, les textes prévoient ainsi que le seul fait, pour un membre, d'avoir un passé politique pouvant avoir un lien avec l'adoption de la loi contestée n'est pas une cause de récusation²⁵²⁵. Compte tenu

²⁵¹⁹ Pour une énumération des décisions concernées, voy. M. VERPEAUX, « La récusation des membres du Conseil constitutionnel sort du silence », *AJDA*, 2024, p. 2328-2329.

²⁵²⁰ Par ex. Cons. const., décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023.

²⁵²¹ Voy. par ex. A. DAVID, *op. cit.*, p. 203-204 ; E. CARTIER, art. cité, p. 22 ; N. PERLO, art. cité, p. 76-77.

²⁵²² Cons. const., décision n° 2024-6337 DR AN du 24 septembre 2024 ; décision n° 2024-6370 DR QPC AN du 24 septembre 2024. Sur ces décisions, M. VERPEAUX, « La récusation des membres du Conseil constitutionnel sort du silence », art. cité.

²⁵²³ Cons. const., décision n° 2024-6337 DR AN du 24 septembre 2024, cons. n° 2 ; décision n° 2024-6370 DR QPC AN du 24 septembre 2024, cons. n° 2.

²⁵²⁴ On peut toutefois noter qu'en Espagne et au Portugal par exemple, les règles de récusation des juges constitutionnels renvoient aux dispositions relatives à la récusation dans les juridictions ordinaires. Voy. N. PERLO, art. cité, p. 63.

²⁵²⁵ Article 4 al. 4 du règlement du 4 février 2010 relatif à la procédure suivie en QPC : « le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation ».

Paragraphe 18 al. 3 n° 1 *BVerfGG* : « N'est pas considéré comme traitement d'une affaire au sens de l'alinéa 1^{er}, n° 2 : la participation à la procédure législative ».

de la présence d'un grand nombre de professeurs de droit à la Cour constitutionnelle fédérale, les règles allemandes contiennent également la prise en compte du passé scientifique de ses membres. Le paragraphe 18 al. 3 n° 2 précise ainsi qu'un juge ne peut pas être automatiquement exclu en raison du fait qu'il a exprimé « une opinion scientifique portant sur une question de droit susceptible d'être importante pour le déroulement de la procédure ». Au regard des standards de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant l'impartialité des juridictions constitutionnelles, il n'est pas certain que cette souplesse soit strictement conforme à l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de Strasbourg semble en effet considérer que le fait d'avoir participé activement à l'élaboration d'une disposition législative empêche ensuite de pouvoir juger de la constitutionnalité de la loi²⁵²⁶. Cela montre l'importance de la motivation plus précise des décisions relatives à la récusation des juges constitutionnels, afin d'échapper à une éventuelle condamnation européenne.

454. En somme, l'étude des règles d'exclusion, de récusation et d'abstention des juges, en France et en Allemagne, montre l'existence d'un droit processuel commun en matière d'impartialité. Afin de s'assurer de l'effectivité de cet arsenal législatif, le rôle du juge constitutionnel semble important. C'est à ce niveau que des différences plus prononcées existent entre les deux systèmes étudiés.

§ 2 : Le rôle du juge constitutionnel dans le contrôle des règles d'exclusion et de récusation

455. Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, le législateur doit veiller à ce que, dans un cas particulier, un juge qui ne respecte pas la garantie d'impartialité puisse être exclu de l'exercice de ses fonctions ou récuse²⁵²⁷. Si le Conseil constitutionnel ne pose pas de principe semblable, son contrôle relatif à la composition de certaines juridictions le conduit à évaluer le caractère suffisant des règles de déport et de récusation inscrites dans le droit processuel français. Toutefois, et sans surprise, l'intensité du contrôle opéré n'est pas la même entre les deux juridictions constitutionnelles. Tandis que la Cour de Karlsruhe opère un

²⁵²⁶ CEDH, arrêt du 28 septembre 1995, requête n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg* ; arrêt du 8 février 2000, requête n° 28488/95, *McGonnell c. Royaume-Uni*.

²⁵²⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 23 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 146]) : « C'est pourquoi, dans le système de la prédétermination normative du juge légal, il faut prendre des dispositions pour que, dans des cas particuliers, un juge qui n'offre pas les garanties d'impartialité soit exclu de l'exercice de ses fonctions ou puisse être récuse. »

contrôle normal sur les règles législatives d'exclusion et de récusation (A), l'intervention du Conseil constitutionnel est extrêmement rare (B).

A. Un contrôle normal de la Cour constitutionnelle fédérale imposant des obligations strictes au législateur allemand

456. À l'image de ce qui a été exposé pour le contrôle constitutionnel des règles de compétence²⁵²⁸, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe exerce un contrôle normal sur les règles légales encadrant les possibilités d'écarter un juge qui ne respecterait pas les standards constitutionnels minimums. La grille de contrôle est donc similaire à celle déjà présentée, notamment en ce qui concerne le degré de précision imposé. D'ailleurs, un lien est fait entre la précision des règles de compétence et l'effectivité des règles de récusation au bénéfice des justiciables. En effet, la Cour de Karlsruhe juge que le droit de récusation est vidé de sa substance si les parties ne connaissent pas les juges concrets appelé à décider. Le législateur doit ainsi envisager, dans la législation, des règles permettant aux justiciables d'avoir suffisamment de renseignements pour « enquêter » dès le début de la procédure sur le ou les juges qui seront chargés de trancher leur litige. L'article 101 al. 1^{er} (2) LF impose au législateur de mettre les justiciables en capacité de se faire une idée raisonnable de la composition de la formation de jugement²⁵²⁹. C'est la raison pour laquelle les plans de répartition des affaires doivent être rendus publics²⁵³⁰ et que la Cour opère un réel contrôle sur ces actes normatifs. Cela ne signifie pas pour autant, cependant, que la juridiction soit dans l'obligation de fournir, de sa propre initiative, des informations relatives à sa composition²⁵³¹.

457. Au-delà de cette première remarque, le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale sur les règles légales d'exclusion et de récusation vise à s'assurer que ces règles garantissent de manière effective le respect des principes d'indépendance et d'impartialité et, donc, le respect du droit de chaque justiciable d'être jugé par le juge qui remplit l'ensemble des exigences imposées par la Loi fondamentale et le droit processuel. L'article 101 al. 1^{er} (2) LF impose ainsi au législateur d'adopter les règles procédurales nécessaires afin d'assurer que

²⁵²⁸ Voy. *supra*, Chapitre VI, Section 1.

²⁵²⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 5 juillet 2005, 2 BvR 497/03, § 74 (*NVwZ* 2005, 1304) ; décision du 20 juin 2007, 2 BvR 746/07, § 17 (*NJW* 2007, 3563). Voy. aussi C. féd. de justice, ch. réunies, décision du 5 mai 1994, VGS 1, 2, 3, 4/93 (*BGHZ* 126, 63 [en part. p. 86]).

²⁵³⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 septembre 1997, 1 BvR 116/94 (*NJW* 1998, 369 [en part. p. 370]). Sur cet aspect, voy. déjà *supra*, Chapitre V, Section 2, § 1, A, 2, para. n° 313.

²⁵³¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 septembre 1997, 1 BvR 116/94 (*NJW* 1998, 369) [en part. p. 370].)

l'exigence matérielle de neutralité soit garantie et respectée et que, en pratique, personne ne puisse se trouver devant un juge qui n'est pas neutre et exempt de préjugés à son égard²⁵³². Dans cette mesure, des règles doivent être adoptées afin de prévoir la possibilité d'une exclusion d'un juge, mais également la procédure à opérer²⁵³³. Lorsque ces règles n'existent pas ou sont insuffisantes, il y a une méconnaissance du droit au juge légal²⁵³⁴. En principe, le législateur est libre de choisir dans le « catalogue » des règles relatives à l'exclusion et à la récusation²⁵³⁵, dans la limite du respect du principe d'impartialité et de l'exigence de neutralité du juge. Cependant, les règles sont insuffisantes si elles nécessitent de laisser sans réponse procédurale les doutes exprimés par une partie quant à la neutralité d'un juge²⁵³⁶.

458. C'est en vertu de ces principes que la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que le législateur méconnaît le droit au juge légal lorsque seule l'auto-récusation du juge est prévue dans les règles de procédure. En l'espèce, le juge constitutionnel allemand était saisi de la question de la compatibilité d'une disposition de l'ancienne loi relative aux juridictions gracieuses (*freiwillige Gerichtsbarkeit*) avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Le paragraphe 6 de cette loi prévoyait, dans son premier alinéa, une liste de causes d'exclusion légale du juge et, dans son deuxième alinéa, qu'« un juge peut s'abstenir d'exercer ses fonctions en raison de sa partialité ». Ce dernier alinéa était dénoncé comme contraire au droit au juge légal, en ce qu'il n'envisage que le déport volontaire du juge qui s'estimerait partial. La Cour de Karlsruhe juge que cette possibilité est insuffisante, notamment en comparant cette disposition à l'ensemble des codes de procédure allemands. Elle précise que la doctrine dominante interprète ce paragraphe comme laissant la possibilité d'abstention à la discrétion du juge, ce qui permet en particulier d'ignorer les doutes exprimés par les parties quant à l'impartialité d'un des juges²⁵³⁷. Elle considère que cette situation « n'offre aucune garantie que les parties bénéficient d'un juge impartial, tel qu'exigé en vertu du principe de l'État de droit »²⁵³⁸. Elle juge insuffisante la présomption selon laquelle les juges seraient suffisamment « corrects » pour faire usage de la possibilité d'abstention dès qu'il y a une situation litigieuse. Imposant des exigences strictes,

²⁵³² G. BRITZ, « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG », *JA*, 2001, p. 578.

²⁵³³ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 20 juillet 2007, 1 BvR 2228/06 (*NJW* 2007, 3771).

²⁵³⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 146]) ; décision du 26 janvier 1971, 2 BvR 443/69 (*BVerfGE* 30, 149 [en part. p. 153]).

²⁵³⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 24 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 146]).

²⁵³⁶ A. HÄNLEIN, « Art. 101 [Ausnahmegesichte; gesetzlicher Richter] », in D. C. UMBACH et T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, § 57.

²⁵³⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 26 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 147]).

²⁵³⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 26 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 147]).

elle estime que les deux solutions présentées dans la doctrine minoritaire pour confirmer la constitutionnalité de la disposition ne sont, en tout état de cause, pas suffisantes pour respecter les prescriptions constitutionnelles²⁵³⁹. En effet, certains auteurs mettaient en avant le fait que la disposition pouvait bénéficier d'une interprétation conforme, en considérant que dès qu'une partie émet un doute quant à l'impartialité du juge, celui-ci est tenu de procéder à un réel examen et de s'abstenir en cas de risque de partialité. D'autres auteurs validaient la constitutionnalité de la disposition à condition que l'absence d'abstention puisse faire l'objet d'un recours par les parties. La Cour de Karlsruhe estime au contraire que, quelle que soit l'interprétation choisie, la disposition ne peut pallier au fait que seul le déport volontaire est possible, et ne satisfait donc pas les exigences constitutionnelles²⁵⁴⁰.

459. Plus récemment, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la compatibilité des règles de procédure pénale permettant à une juridiction de statuer, à titre d'exception, *avec* le juge visé par la demande de récusation, lorsque la demande est abusive ou que la cause de récusation invoquée semble « invraisemblable » (demandes irrecevables)²⁵⁴¹. Ce terme est critiqué par une partie de la doctrine allemande, notamment parce que le renvoi au caractère invraisemblable de la cause de récusation n'est pas un fait vérifiable mais nécessite dans tous les cas une appréciation juridique²⁵⁴². La Cour de Karlsruhe juge que si les conditions posées par les textes sont strictement respectées, alors cette procédure exceptionnelle est compatible avec l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, parce que l'examen de la demande de récusation irrecevable ne présuppose même pas d'évaluation sur le comportement éventuel du juge visé, mais uniquement sur l'irrecevabilité de la demande²⁵⁴³. Dans cette mesure, le juge visé ne statue pas sur sa propre impartialité. La Cour interprète strictement la disposition, en considérant que cette procédure « simplifiée » doit uniquement permettre d'empêcher des abus manifestes du droit de récusation, en ne rendant que des décisions purement formelles²⁵⁴⁴. En particulier, dès lors que l'examen de la demande nécessite d'examiner l'objet de la procédure, la procédure

²⁵³⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 27-28 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 147]).

²⁵⁴⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, § 29 (*BVerfGE* 21, 139 [en part. p. 147-148]).

²⁵⁴¹ Paragraphe 26a du code de procédure pénale allemand.

²⁵⁴² Voy. par ex. G.-F. GÜNTGE, « Die willkürliche Ablehnung von Befangenheitsgesuchen nach § 26 a StPO und der gesetzliche Richter », *Juristische Rundschau*, 2006, p. 363.

²⁵⁴³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 54 (*BVerfGK* 5, 269) ; décision du 5 juillet 2005, 2 BvR 497/03, § 75 (*NVwZ* 2005, 1304) ; décision du 24 février 2006, 2 BvR 836/04, § 44 (*BVerfGK* 7, 325).

²⁵⁴⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 55 (*BVerfGK* 5, 269) ; décision du 5 juillet 2005, 2 BvR 497/03, § 76 (*NVwZ* 2005, 1304) ; décision du 24 février 2006, 2 BvR 836/04, § 45 (*BVerfGK* 7, 325).

simplifiée doit être exclue, afin d'éviter l'apparence d'une participation du juge visé à la décision sur sa propre impartialité²⁵⁴⁵. Si la juridiction va au-delà de ces limites, alors le soupçon de partialité peut se déplacer sur l'ensemble de la juridiction²⁵⁴⁶. Cette jurisprudence a été suivie par la Cour fédérale de justice²⁵⁴⁷. Malgré l'absence de disposition expresse pour la matière civile, la Cour constitutionnelle a retenu l'application, par analogie, de ces principes à la procédure civile de récusation²⁵⁴⁸, mais également à la procédure administrative²⁵⁴⁹ – soumise aux dispositions du code de procédure civile. Cette jurisprudence peut être mise en lien avec les difficultés auxquelles faisaient face les juridictions allemandes, en raison du nombre de demandes de récusation abusives qui étaient déposées²⁵⁵⁰.

460. Mais, à l'image de ce qui a déjà été dit pour le contrôle des règles légales de compétence, la Cour constitutionnelle fédérale s'attache principalement à contrôler l'application des règles d'exclusion et de récusation par les juges, ne censurant que rarement les règles légales de façon abstraite. Au contraire, en l'absence de procédure analogue au recours constitutionnel individuel en France, le Conseil constitutionnel français ne peut connaître que des règles abstraites d'exclusion, de récusation et d'abstention volontaire. Mais même à ce niveau, sa jurisprudence est sporadique.

B. Un contrôle sporadique du Conseil constitutionnel sur les règles légales de déport et de récusation

461. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel a rendu de nombreuses décisions concernant la conformité de règles procédurales aux principes d'indépendance et d'impartialité. Mais dans de nombreux cas, il statue principalement sur la question de la composition de la juridiction. Les décisions relatives aux règles d'exclusion, de récusation ou de déport volontaire sont extrêmement rares. Par principe, le Conseil pose l'idée selon laquelle ce type de disposition ne doit avoir « ni pour objet ni pour effet de permettre

²⁵⁴⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 55 (*BVerfGK* 5, 269) ; décision du 5 juillet 2005, 2 BvR 497/03, § 76 (*NVwZ* 2005, 1304) ; décision du 24 février 2006, 2 BvR 836/04, § 45 (*BVerfGK* 7, 325).

²⁵⁴⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 20 juillet 2007, 1 BvR 2228/06, § 19 (*NJW* 2007, 3771).

²⁵⁴⁷ C. féd. de justice, décision du 14 juin 2005, 3 StR 446/04 (*NJW* 2005, 3434) ; décision du 10 août 2005, 5 StR 180/05 (*BGHSt* 50, 216) ; décision du 25 avril 2006, 3 StR 429/05 (*NStZ* 2006, 644).

²⁵⁴⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 20 juillet 2007, 1 BvR 2228/06, § 20 (*NJW* 2007, 3771) ; décision du 15 juin 2015, 1 BvR 1288/14, § 18.

²⁵⁴⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 décembre 2007, 1 BvR 1273/07, § 20 (*BVerfGK* 13, 72).

²⁵⁵⁰ B. HESS, art. cité, p. 168.

qu'un membre [dont les garanties d'impartialité ne seraient pas assurées en l'espèce] siège au sein de la formation de jugement »²⁵⁵¹.

462. Il est intéressant de constater que par deux fois, le Conseil constitutionnel a été amené à évaluer le caractère suffisant des règles prévues pour garantir l'impartialité de juridictions supranationales. Ces deux décisions ont été prises dans le cadre de saisines fondées sur l'article 54 de la Constitution, afin que le Conseil se prononce sur la compatibilité d'un traité international avec la Constitution. Dans la première espèce, c'est le Traité de Rome, portant statut de la Cour pénale internationale qui est examiné par le Conseil²⁵⁵², tandis que la deuxième espèce est relative à l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres²⁵⁵³. Le premier concerne directement et exclusivement la création d'une juridiction internationale, alors que c'est seulement un aspect précis du second accord qui retiendra ici notre attention, puisque cet Accord économique crée une procédure de règlements des différends en cas de litige, avec un « Tribunal » et un « Tribunal d'appel » spécifiques²⁵⁵⁴. Afin de vérifier la conformité de ces accords internationaux avec la Constitution française, et en particulier avec les principes d'indépendance et d'impartialité, le Conseil vérifie notamment que des règles existent afin de récuser ou d'exclure un juge de ces juridictions, lorsqu'il y a un doute sur son impartialité²⁵⁵⁵. En 1998, dans sa décision relative à la Cour pénale internationale, le Conseil se contente d'énumérer les éléments qui garantissent, selon lui, l'indépendance et l'impartialité des juges composant la Cour de La Haye. En ce qui concerne spécifiquement l'impartialité, il précise « que les articles 41 et 42 du statut fixent la procédure selon laquelle peuvent intervenir la décharge et la récusation des juges ainsi que des procureurs », sans qualifier la procédure²⁵⁵⁶. L'existence d'une telle procédure semble suffire au Conseil constitutionnel pour valider le respect du principe d'impartialité à la Cour pénale internationale. Il se réfère également au fait que les juges affectés à une section ne peuvent siéger dans d'autres sections, ainsi qu'à la possibilité de priver un juge de ses fonctions « en cas de faute lourde ou de manquements graves à ses devoirs »²⁵⁵⁷. En 2017, le Conseil procède de la même façon, en énumérant les articles de l'accord qui permettent de mettre en lumière l'impartialité et l'indépendance des membres des

²⁵⁵¹ Par ex. Cons. const., décision n° 2022-1019 QPC du 27 octobre 2022, cons. n° 6.

²⁵⁵² Cons. const., décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.

²⁵⁵³ Cons. const., décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017.

²⁵⁵⁴ Cons. const., décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, cons. n° 20.

²⁵⁵⁵ Cons. const., décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cons. n° 27 ; décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, cons. n° 32.

²⁵⁵⁶ Cons. const., décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cons. n° 27.

²⁵⁵⁷ Cons. const., décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cons. n° 27.

deux tribunaux créés. Il s'appuie sur un article qui prévoit explicitement l'indépendance des membres du tribunal, et un autre article qui prévoit qu'« une partie au différend qui estime qu'un membre du Tribunal se trouve en position de conflit d'intérêts peut demander au président de la Cour internationale de Justice de rendre une décision sur la contestation de la nomination de ce membre ». Il cite enfin un dernier article qui prévoit la possibilité pour les parties contractantes de révoquer un membre du Tribunal « dont la conduite n'est pas conforme aux obligations énoncées [...] et est incompatible avec la qualité de membre du Tribunal »²⁵⁵⁸. À nouveau, le Conseil se limite à constater l'existence de règles relatives à l'exclusion ou à la récusation d'un juge, mais n'apprécie pas les procédures mises en place concrètement. Il s'agit donc d'un contrôle minimal des règles de récusation.

463. Le même constat peut être opéré à l'échelle des juridictions nationales. Saisi de la question du respect des principes d'indépendance et d'impartialité par des lois créant ou modifiant des juridictions et leurs compétences, le Conseil constitutionnel contrôle uniquement si ces lois renvoient à des procédures ou à un statut déjà connus, lesquels respectent les principes. Tel est le cas en 2012, lorsqu'il estime que les juges des tribunaux de commerce sont soumis aux règles générales du code de l'organisation judiciaire (renvoi opéré par l'article L. 721-1 al. 2 du code de commerce), ce qui permet notamment leur récusation lorsque se présente une affaire dans laquelle ils pourraient avoir un intérêt, même direct, en raison du cumul de leurs activités²⁵⁵⁹. Il valide donc indirectement la constitutionnalité des règles de récusation du code de l'organisation judiciaire au nom des principes d'indépendance et d'impartialité.

464. Enfin, le Conseil dispose d'une jurisprudence un peu plus développée en ce qui concerne la composition des juridictions et les règles d'incompatibilités légales qui sont prévues. Par exemple, dans une décision de 2003 relative aux juges de proximité, il estime que les garanties d'indépendance et d'impartialité sont suffisantes, car il est notamment prévu qu'« un juge de proximité ne peut connaître d'un litige présentant un lien avec son activité professionnelle, que celle-ci soit exercée à titre individuel ou, comme il a été dit ci-dessus, dans le cadre ou au nom d'une association ou d'une société dont il est membre [ou] lorsque lui-même, ou ladite association ou société, entretient ou a entretenu des relations professionnelles avec l'une des parties »²⁵⁶⁰. Le Conseil constitutionnel ajoute que le fait que le président du TGI de

²⁵⁵⁸ Cons. const., décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, cons. n° 32.

²⁵⁵⁹ Cons. const., décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, cons. n° 25 à 27.

²⁵⁶⁰ Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, cons. n° 21.

l'époque doive, sur demande du juge ou de l'une des parties, remplacer le juge de proximité, permet de garantir « en toutes circonstances » qu'un juge de proximité ne puisse connaître d'un « litige en rapport avec ses autres activités professionnelles »²⁵⁶¹, garantissant ainsi l'impartialité objective de la juridiction de proximité. Le Conseil a également validé des dispositions législatives prévoyant l'exclusion de certains membres du Conseil supérieur de la magistrature de l'étude d'un dossier en matière disciplinaire, lorsqu'ils ont déjà participé à la commission d'admission des requêtes de ce Conseil. Le juge constitutionnel estime que ces dispositions permettent de garantir l'impartialité des formations du CSM statuant en matière disciplinaire²⁵⁶². Au contraire, en 2010 encore, le Conseil constitutionnel sanctionne l'absence de dispositions permettant d'exclure des fonctionnaires de siéger à la commission départementale d'aide sociale lorsque se pose une question relevant des services à l'activité desquels ils ont participé²⁵⁶³. Il opère le même raisonnement en 2012 pour ce qui est de la commission centrale d'aide sociale²⁵⁶⁴. En ce qui concerne les juridictions professionnelles, il valide l'exclusion, par le code de la santé publique, de la participation des représentants de l'État à une formation disciplinaire, lorsque la saisine de cette formation est opérée par le ministre compétent. En l'espèce, il estime que cette disposition est de nature à garantir l'impartialité de la formation disciplinaire de l'ordre des pharmaciens vis-à-vis du ministère de la santé²⁵⁶⁵.

465. La limite du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel réside dans le fait qu'il ne peut examiner que les dispositions législatives. S'il considère que les garanties légales sont « suffisantes » pour garantir *in abstracto* l'indépendance et l'impartialité d'une juridiction ou d'un juge, il doit s'en remettre à la « juridiction compétente » pour le contrôle du respect de ces dispositions légales²⁵⁶⁶. Or, dans la mesure où il se contente souvent de constater que des règles existent, il est possible de douter que celles-ci soient toujours suffisantes ou satisfaisantes. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc relativement inutile dans ce domaine.

466. En somme, l'étude des règles de droit processuel et de leur contrôle par les juridictions constitutionnelles française et allemande met en avant l'existence d'un droit processuel commun. Celui-ci permet, quels que soient l'État et l'ordre juridictionnel, d'exclure

²⁵⁶¹ Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, cons. n° 21.

²⁵⁶² Cons. const., décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010, cons. n° 18.

²⁵⁶³ Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, cons. n° 5.

²⁵⁶⁴ Cons. const., décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, cons. n° 5.

²⁵⁶⁵ Cons. const., décision n° 2014-457 QPC du 20 mars 2015, cons. n° 5.

²⁵⁶⁶ Voy. par ex. pour l'Autorité de la concurrence, Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, cons. n° 19, 21.

par le seul fait de la loi des juges pour des raisons objectives limitées, et de donner la possibilité aux justiciables de demander la récusation de tout juge dont l'impartialité dans le cas concret pourrait être mise en doute. Seule la procédure devant le Conseil constitutionnel semble encore devoir être perfectionnée. Tandis que le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande impose des standards minimums en termes de précision, de qualité et d'effectivité des règles légales de récusation et d'exclusion, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est plus limitée et semble se contenter de l'existence de règles de récusation pour valider l'impartialité objective des juridictions. S'en remettant aux juridictions ordinaires pour le contrôle de l'application de ces règles, le Conseil a une influence bien plus limitée que la Cour constitutionnelle fédérale sur le respect effectif du principe d'impartialité par les règles d'exclusion et de récusation.

Section 2 : Une mise en pratique effective des règles permettant d'écarter un juge partial

467. En l'absence de procédure permettant au Conseil constitutionnel de connaître de la constitutionnalité des décisions juridictionnelles définitives, il n'est pas possible de comparer les jurisprudences constitutionnelles de deux pays concernant l'application des règles de récusation. De plus, il faut noter que la jurisprudence allemande portant sur l'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) dans ce contexte est moins développée que celle qui est relative à l'application des règles de compétence. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ne peut être comparée qu'à celle des juridictions suprêmes françaises. Après avoir présenté le cadre général de contrôle dans lequel se placent les différentes juridictions étudiées (§ 1), nous mettrons en lumière les principales questions d'application de ces règles qui se posent à la fois en France et en Allemagne (§ 2).

§ 1 : Le cadre du contrôle de l'application des règles de récusation en France et en Allemagne

468. Alors qu'en France, ce sont les juridictions ordinaires qui peuvent connaître de l'application des règles de récusation par les juridictions inférieures (A), en Allemagne, la Cour

constitutionnelle fédérale constitue le pallier ultime de contrôle de l'application de ces règles (B).

A. Le contrôle indirect opéré par les juridictions suprêmes françaises

469. Tant la Cour de cassation que le Conseil d'État sont parfois sollicités, dans le cadre de leur examen de cassation, pour contrôler l'application des règles d'exclusion et de récusation opérée par les juridictions inférieures. Comme cela a déjà été signalé précédemment, la question des voies de recours contre ces décisions de non-récusation est différemment résolue selon les ordres de juridiction. En matière administrative, le code de justice administrative prévoit explicitement que « la décision ne peut être contestée devant le juge d'appel ou de cassation qu'avec le jugement ou l'arrêt rendu ultérieurement »²⁵⁶⁷. En matière pénale, le code de procédure pénale prévoit également que l'ordonnance rendue par le premier président de la cour d'appel est insusceptible de recours²⁵⁶⁸. Au contraire, en matière civile, la décision de rejet de la demande de récusation peut faire l'objet d'un pourvoi dans un délai de quinze jours²⁵⁶⁹. Dans tous les cas, la question de la non-récusation peut faire l'objet d'un contrôle par la juridiction suprême, en même temps que l'examen global de la décision d'appel. C'est dans cette mesure que la Cour de cassation et le Conseil d'État ont pu développer une jurisprudence plus précise relativement à l'application des règles d'exclusion et de récusation.

470. D'abord et de façon générale, la Cour de cassation estime, depuis la fin des années 1990, que la liste des causes de récusation contenue dans l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire n'est qu'une illustration non limitative de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁵⁷⁰, ce qui lui permet d'y intégrer potentiellement des causes de récusation non envisagées par les textes. Elle complète donc les règles de procédure internes avec la garantie de l'article 6 al. 1^{er}. Elle limite cependant le droit de récusation de plusieurs manières. D'abord, et afin d'éviter que les demandes de récusation

²⁵⁶⁷ Article R. 721-9 al. 3 2^e phrase du code de justice administrative. Reprenant ici la jurisprudence du Conseil d'État : CE, arrêt du 29 octobre 1975, n° 83643, *Paisnel*, publié au *Lebon*.

²⁵⁶⁸ Article 671 al. 2 du code de procédure pénale. Pour une critique de cette règle, voy. par ex. F. de BAETS, « Récusation : crime de lèse magistrat ? », *AJ Pénal*, 2011, p. 291-294.

²⁵⁶⁹ Article 346 al. 3 du code de procédure civile.

²⁵⁷⁰ C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 28 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 155. Cette décision avait vocation, selon certains, à éviter une condamnation ultérieure du système français de la liste de causes de récusation par la Cour européenne des droits de l'Homme (B. BERNABÉ, *op. cit.*, p. 361-362).

soient repoussées pour faire tomber, de façon déloyale, l'ensemble de la procédure²⁵⁷¹, la Cour de cassation pose une présomption de renonciation à se prévaloir de la cause de récusation connue. En effet, le moyen, invoqué pour la première fois en cassation, tiré du manque d'impartialité du juge du fond est irrecevable si le justiciable n'avait pas fait usage des règles de récusation lors de la procédure au fond²⁵⁷². Elle se situe en conformité avec la jurisprudence de Strasbourg à ce sujet²⁵⁷³. La Cour ne fait exception que lorsque la partie n'avait pas eu connaissance par avance de la composition de la juridiction et qu'elle n'avait donc pas pu, en temps utile, présenter une demande ou une requête²⁵⁷⁴. Ensuite, elle impose que le requérant apporte notamment la preuve de l'existence de liens privilégiés entre le juge et l'une des parties. À nouveau, cela découle des exigences européennes en la matière²⁵⁷⁵. La demande doit donc indiquer les motifs de récusation et comporter les pièces justificatives, mais ne peut pas être complétée par des conclusions ultérieures²⁵⁷⁶. Cet équilibre entre le domaine illimité des causes de récusation et l'encadrement du droit de récusation permet une « conception raisonnable de l'exigence d'impartialité », apte à éviter que le juge soit inhibé par une crainte permanente d'être mis en cause »²⁵⁷⁷. Pour les magistrats du siège, le Conseil supérieur de la magistrature peut également intervenir pour préciser les causes de récusation et leur correcte application, lorsqu'il statue *a posteriori* en matière disciplinaire. Il estime en particulier qu'« il incombe à tout juge d'observer une réserve rigoureuse et d'éviter tout comportement de nature à entraîner le risque que son impartialité soit mise en doute »²⁵⁷⁸.

471. Malgré l'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'enrichissement de la jurisprudence administrative, le Conseil d'État maintient une certaine compréhension « nationale » des exigences liées à l'impartialité des juges²⁵⁷⁹. Comme la Cour de cassation, il fait une utilisation combinée de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne et du principe d'impartialité en tant que principe général du droit. Ce principe est rattaché à la question de la régularité de la composition de la formation de jugement, ce qui lui permet d'être

²⁵⁷¹ Jurisprudence constante. Voy. par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 26 juillet 2006, n° 06-83.965, ou encore C. cass., ch. crim., arrêt du 17 novembre 2015, n° 12-88.248.

²⁵⁷² C. cass., ass. plén., arrêt du 11 juin 2004, *Bull. Ass. plén.* n° 1 ; C. cass., ch. crim., arrêt du 29 septembre 2004, *Bull. crim.* n° 226 ; C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 14 février 2008, *D.* 2008, p. 622 ; C. cass., ch. com., arrêt du 8 avril 2015, n° 14-10817.

²⁵⁷³ CEDH, arrêt du 23 juin 1981, requêtes n° 6878, 7238/75, *Le Compte, van Leuven, De Meyere c. Belgique*, § 58.

²⁵⁷⁴ Par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 9 décembre 2015, n° 15-80.369.

²⁵⁷⁵ CEDH, arrêt du 10 février 1983, requête n° 7299/75, *Albert et Le Compte c. Belgique*, § 32.

²⁵⁷⁶ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 26 septembre 2019, n° 17-13.035.

²⁵⁷⁷ N. FRICÉRO, « L'impartialité des juges », art. cité, p. 1990.

²⁵⁷⁸ CSM statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 20 juillet 1994, S079.

²⁵⁷⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuel, 2024, p. 269.

un moyen d'ordre public pouvant être soulevé à tout stade de la procédure, en appel ou en cassation, par les parties ou par le juge²⁵⁸⁰. Auparavant, le Conseil faisait la distinction entre le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la juridiction et celui tiré de la non-récusation du juge – seul le premier étant un moyen d'ordre public²⁵⁸¹. Cela signifiait que si c'était uniquement la non-récusation qui était invoquée, la demande était irrecevable si le requérant avait eu connaissance en temps utile de la possibilité de demander la récusation d'un juge. Il était cependant difficile de ne pas associer la non-récusation à la question plus globale de la régularité de la composition de la formation de jugement. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a fait évoluer sa jurisprudence pour considérer que tout moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la juridiction, « quel que soit le fondement », est un moyen d'ordre public²⁵⁸². Il peut être rappelé que contrairement aux matières pénale et civile, c'est la juridiction qui statue sur la demande de récusation d'un membre d'une juridiction administrative, sans participation du juge concerné. Comme en matière civile et pénale, la demande doit cependant être motivée et accompagnée des pièces justificatives nécessaires. Contrairement à la lettre de l'article R. 721-9 du code de justice administrative, le Conseil d'État considère que la décision doit être motivée²⁵⁸³. Cependant, dans le respect de la jurisprudence européenne, la preuve de la partialité du juge incombe toujours au requérant²⁵⁸⁴.

472. Les juridictions allemandes de dernière instance peuvent également connaître des décisions antérieures de non récusation. Mais leurs décisions peuvent elles-mêmes être contrôlées, de façon exceptionnelle, par la Cour constitutionnelle fédérale.

B. Le contrôle exceptionnel et restreint de la Cour constitutionnelle fédérale allemande

473. De son côté, la Cour constitutionnelle allemande peut connaître, par la voie du recours constitutionnel individuel contre les jugements et par ricochet, des décisions de

²⁵⁸⁰ CE, ass., arrêt du 6 décembre 2002, n° 239540, *Maciolak*.

²⁵⁸¹ Voy. par ex. CE, arrêt du 19 mai 1961, n° 40930, *Gianotti*, publié au *Lebon*, p. 346 (moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la formation de jugement) ; CE, 9 janvier 1952, n° 83522, *Sieur Sanisart*, publié au *Lebon*, p. 21 (moyen tiré de la non-récusation).

²⁵⁸² CE, sect., arrêt du 12 octobre 2009, n° 311641, *M. Petit*.

²⁵⁸³ En procédant par analogie avec une décision relative à la récusation des experts, rédigée de façon analogue : CE, sect., avis du 23 mars 2012, n° 355151, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*. Voy. C. BROYELLE, *op. cit.*, p. 271.

²⁵⁸⁴ CE, 8^e ch., arrêt du 5 avril 2012, n° 354885, *Commune de Saint-die-des-Vosges*.

récusation rendues par les juridictions de première instance, si elles ont été validées par les juridictions supérieures. Plus encore, la Cour peut considérer qu'en rejetant le pourvoi en révision – validant implicitement la décision de non récusation antérieure –, la juridiction suprême allemande a « aggravé » les erreurs commises par le tribunal inférieur²⁵⁸⁵. Karlsruhe apparaît, dans ce contexte, comme le « dernier bastion de défense de l'équité de la procédure et de l'impartialité du juge »²⁵⁸⁶.

474. À titre préalable, il peut être signalé que lorsqu'elle doit contrôler la participation d'un juge exclu ou d'un « non-juge » (*Nicht-Richter*) au jugement, la Cour n'est pas limitée au contrôle de l'absence d'arbitraire, car il s'agit d'une personne non autorisée, extérieure à la justice, qui a participé à la fonction juridictionnelle²⁵⁸⁷. Toute méconnaissance de l'article 101 al. 1^{er} (2) doit dans cette mesure être sanctionnée. Tel est par exemple le cas du contrôle de la participation d'un juge à la procédure de révision, alors même qu'il avait participé à rendre la décision contestée²⁵⁸⁸. Par contre, à l'image du contrôle qu'elle opère sur l'application des règles de compétence, la Cour constitutionnelle fédérale limite davantage son contrôle lorsqu'elle doit évaluer l'interprétation et l'application qui ont été faites des règles de récusation²⁵⁸⁹. Elle restreint son contrôle, en considérant qu'il n'y a méconnaissance du droit au juge légal que si le rejet de la procédure de récusation est fondé sur des considérations arbitraires²⁵⁹⁰. Elle reprend ici la même jurisprudence que pour l'application des règles de compétence, liée à la théorie du droit constitutionnel spécifique. Elle précise ainsi par exemple :

²⁵⁸⁵ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 46 (*BVerfGK* 5, 269).

²⁵⁸⁶ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1086.

²⁵⁸⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55 (*BVerfGE* 4, 412 [en part. p. 416 et s.]) ; 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 114, 127/71 (*BVerfGE* 31, 181 [en part. p. 183]).

²⁵⁸⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juillet 1971, 2 BvR 357/71 (*BVerfGE* 31, 295).

²⁵⁸⁹ M. JACHMANN-MICHEL, « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024, § 89.

²⁵⁹⁰ Par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 59, 61, 64 (*BVerfGK* 5, 269) ; décision du 24 février 2006, 2 BvR 836/04, § 41 (*BVerfGK* 7, 325) ; 1^e ch., décision du 28 avril 2011, 1 BvR 2411/10, § 17 (*NJW* 2011, 2191).

« Il ne peut pas y avoir "soustraction" du juge légal par la juridiction, à laquelle il incombe d'appliquer les règles de compétence et de faire usage du droit de récusation dans les cas individuels, à chaque application erronée du droit ; sinon, toute application erronée du droit ordinaire devrait être considérée en même temps comme une violation de la Constitution »²⁵⁹¹.

475. Cela ne signifie pas qu'elle n'impose pas d'obligations aux juridictions dans ce domaine. D'abord, sera automatiquement considérée comme arbitraire et donc incompatible avec le droit au juge légal la clôture d'une procédure avec le juge visé par une demande de récusation, sur laquelle il n'a pas été statué²⁵⁹². Les juridictions sont ainsi tenues de statuer expressément sur les demandes de récusation, même si elles sont irrecevables, et ce sans la participation du juge concerné²⁵⁹³. La Cour impose en outre que la demande de récusation soit communiquée à l'ensemble des participants à la procédure, car la question de la neutralité des juges n'est pas une question administrative purement interne²⁵⁹⁴. Le droit d'être entendu des justiciables doit donc être respecté dans ce cadre. Les juridictions suprêmes allemandes considèrent ainsi que l'absence de notification d'une procédure de récusation constitue un vice de procédure qui justifie un recours en révision²⁵⁹⁵. Il n'y a que lorsque la contestation est abusive que la formation de jugement peut statuer tacitement et avec la participation du juge visé²⁵⁹⁶. Le plan de répartition des affaires doit prévoir le système de remplacement des juges récusés, et ce même lorsque plusieurs juges sont récusés pour un même litige²⁵⁹⁷.

476. Il est possible de critiquer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, en ce qu'elle sanctionne parfois des juridictions pour non-respect de la procédure de récusation, alors même qu'elle ne constate pas d'atteinte au droit au juge légal, au droit constitutionnel spécifique. Elle ne semble donc pas respecter réellement ses propres critères de contrôle. Tel est par exemple le cas pour les décisions concernant l'application de la procédure accélérée de récusation en matière pénale, dont la constitutionnalité a été validée par la Cour de Karlsruhe²⁵⁹⁸. Dans ces décisions, le juge constitutionnel se contente de constater le caractère

²⁵⁹¹ Par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01, § 51 (*BVerfGK* 5, 269) ; 1^e ch., décision du 20 juillet 2007, 1 BvR 2228/06, § 21 (*NJW* 2007, 3771).

²⁵⁹² Voy. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 avril 2011, 1 BvR 2411/10, § 19 et s. (*NJW* 2011, 2191).

²⁵⁹³ M. JACHMANN-MICHEL, art. cité, § 70.

²⁵⁹⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 8 juin 1993, 1 BvR 878/90 (*BVerfGE* 89, 28 [en part. p. 36]).

²⁵⁹⁵ C. féd. de justice, décision du 15 décembre 1994, I ZR 121/92 (*NJW* 1995, 1677 [en part. p. 1679]) ; Trib. adm. féd. all., décision du 16 avril 1997, 6 C 9.95 (*NJW* 1998, 323 [en part. p. 324]).

²⁵⁹⁶ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 février 1960, 2 BvR 36/60 (*BVerfGE* 11, 1 [en part. p. 5]).

²⁵⁹⁷ V. VOORMANN, « Die mehrfache Ablehnung von Richtern im Strafverfahren », *NStZ*, 1985, p. 444-446.

²⁵⁹⁸ Voy. *supra*, Section 1, § 2, A, para. n° 459.

erroné de l'application, en l'espèce, de la procédure accélérée par les juges régionaux. Elle n'en déduit pas qu'un juge « illégal » ait participé à la décision et que le droit au juge légal aurait été méconnu²⁵⁹⁹.

477. Malgré les différences de contexte procédural, les juridictions allemandes et françaises sont finalement saisies de questions comparables dans la délimitation de l'application des règles de récusation et, *in fine*, dans la délimitation de l'impartialité concrète des juges.

§ 2 : Des juridictions saisies de questions comparables sur la délimitation de l'impartialité des juges

478. Les questions auxquelles sont soumises tant les juridictions allemandes que françaises concernent à la fois l'impartialité personnelle du juge (A) que son impartialité fonctionnelle (B). Il faudra ici prendre en compte la jurisprudence européenne en la matière, très importante, notamment pour les juridictions ordinaires françaises.

A. La délimitation de l'impartialité personnelle du juge

479. Plusieurs éléments font l'objet de questions récurrentes devant les juridictions européenne, allemandes et françaises, relativement à l'impartialité personnelle ou subjective du juge, comprise comme imposant l'absence de préjugé du juge²⁶⁰⁰. Il s'agit alors de délimiter les liens acceptables qu'un juge peut avoir avec les parties ou le litige, mais aussi d'encadrer les prises de position du juge. C'est ici l'éthique du juge qui entre en ligne de compte²⁶⁰¹, en tant que « corps de règles (souvent innommées), que le juge, dans le quotidien de sa pratique, doit forger, au fil des situations qui se présentent à lui »²⁶⁰².

480. D'une part, les juridictions françaises et allemandes ont été amenées à évaluer le degré de distance qui doit exister entre le juge et l'une des parties. Le Conseil supérieur de la

²⁵⁹⁹ Voy. la critique de G.-F. GÜNTGE, art. cité, p. 366.

²⁶⁰⁰ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 57, 2006, p. 425 et s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1049 et s.

²⁶⁰¹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1049.

²⁶⁰² S. GABORIAU, « L'enjeu démocratique de la Justice », in H. PAULIAT et S. GABORIAU (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003, p. 31.

magistrature français précise à ce titre qu'un magistrat qui entretient des relations avec l'une des parties doit se déporter²⁶⁰³. Mais quels types de relations sont ici visés ? La Cour fédérale de justice allemande juge qu'il y a soupçon de partialité dès que le juge a des liens d'amitié étroits avec une partie au litige²⁶⁰⁴. De façon générale, le paragraphe 42 du code de procédure civile allemand est interprété de façon large²⁶⁰⁵. Le Conseil d'État français évoque des relations de famille²⁶⁰⁶, d'amitié ou encore de travail²⁶⁰⁷ avec l'une des parties. La Cour de cassation française estime par exemple que le degré de distance n'est pas suffisant dans le cas d'un conseiller prud'homme qui vit en concubinage notoire avec la nièce du demandeur²⁶⁰⁸. La difficulté vient du fait que le requérant doit apporter « des éléments objectifs » de preuve, qui soient jugés suffisants par la juridiction²⁶⁰⁹. La Cour de cassation a ainsi par exemple jugé que le fait, pour un magistrat, de déjeuner avec diverses personnes, dont l'une des parties ne suffit pas à prouver son manque d'impartialité²⁶¹⁰, tout comme le fait que l'une des parties ait déposé une plainte avec constitution partie civile contre deux magistrats de la cour d'appel en question²⁶¹¹. En revanche, le Conseil d'État estime que le magistrat qui a porté plainte contre un justiciable pour outrage commis à l'audience à laquelle il participe ne peut pas rester et juger l'affaire, « afin de ne pas créer dans le chef de cette partie un doute sur son impartialité à juger son affaire »²⁶¹².

481. Par ailleurs, les juridictions nationales doivent évaluer la capacité du juge à rester un tiers neutre dans le litige. À cet égard, les preuves évidentes d'un manque d'impartialité du juge sont rares, mais peuvent exister, notamment lorsque le juge a manifesté une opinion à l'égard des parties. En France par exemple, la Cour de cassation estime qu'une hostilité manifestée en public par le juge d'instruction à l'égard de l'inculpé constitue un motif suffisant de récusation²⁶¹³. La Cour européenne se situe sur la même ligne dans une affaire dans laquelle

²⁶⁰³ CSM statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, décision du 20 juillet 1994, S079.

²⁶⁰⁴ C. féd. de justice, décision du 15 décembre 1994, I ZR 121/92 (*NJW* 1995, 1677 [en part. p. 1679]).

²⁶⁰⁵ Pour de la jurisprudence ordinaire d'application, voy. en français C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1080 (matière civile), 1085 (matière pénale).

²⁶⁰⁶ CE, arrêt du 13 mars 1925, n° 76415, *Desreumeaux*, publié au *Lebon* ; CE, arrêt du 11 février 1953, n° 9685, *Société industrielle de produits chimiques Bozel-Maletra*, publié au *Lebon* ; CE, arrêt du 2 octobre 1996, n° 158463, *Commune de Sartrouville*, mentionné aux tables *Lebon* (l'un des membres de la formation de jugement est la fille d'un conseiller municipal de la commune requérante).

²⁶⁰⁷ CE, arrêt du 6 mars 1998, n°s 173546, 173549, 173550, *Ravet et autres*, mentionné aux tables *Lebon*.

²⁶⁰⁸ Cass., ch. soc., arrêt du 18 novembre 1998, n° U 94-43.840.

²⁶⁰⁹ N. FRICÉRO, « L'impartialité des juges », art. cité, p. 184.

²⁶¹⁰ C. d'appel Grenoble, arrêt du 31 mai 1990, *Gaz Pal* 1991, I. 1. 189 note Renard.

²⁶¹¹ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 11 septembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 258.

²⁶¹² CE, 4^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 21 mars 2023, n° 456347.

²⁶¹³ C. cass., ch. crim., arrêt du 21 août 1990, *Bull. crim.*, n° 305. À un autre stade, la Cour de cassation casse par exemple un arrêt d'appel dans lequel étaient insérés des propos désobligeants à l'égard d'une avocate, au nom du principe d'impartialité (C. cass., 3^e ch. civ., arrêt du 4 juillet 2007, n° 06-13.738).

le président d'un tribunal pour enfant avait publié dans la presse des articles répondant aux attaques du requérant²⁶¹⁴. À son tour, la Cour constitutionnelle fédérale allemande sanctionne le juge qui menace une partie à la procédure de poursuites pénales²⁶¹⁵. Mais parfois, ce sont des prises de position plus générales du juge, ou certaines de ses caractéristiques, qui sont invoquées pour mettre en doute son impartialité. Dans ce cadre, la Cour de Karlsruhe a par exemple été saisie du cas d'un juge unique statuant sur un litige lié à une demande d'asile. Ce juge avait antérieurement rendu une décision concernant une affiche du parti néo-nazi (NPD) en tenant des propos extrémistes, liant immigration et infractions pénales. La Cour constitutionnelle fédérale juge que le risque de partialité est justifié par ses propos généraux sur l'immigration et la criminalité²⁶¹⁶. Par contre, tant en France qu'en Allemagne, la seule appartenance à un syndicat ne suffit pas à faire douter de l'impartialité du juge²⁶¹⁷, sauf si le juge a une position importante au sein du syndicat²⁶¹⁸. La Cour constitutionnelle fédérale a également jugé que des demandes de récusation uniquement fondées sur la religion ou l'appartenance à un parti politique d'un juge étaient irrecevables²⁶¹⁹.

482. D'autre part, la jurisprudence doit traiter de la question des liens entre le juge et l'objet du litige. Par exemple, la Cour de cassation a dû se prononcer sur la possibilité, pour un juge d'instruction, de statuer sur une plainte avec constitution partie civile déposée à son encontre. Elle a, logiquement, estimé que la récusation s'imposait²⁶²⁰. Par ailleurs, les juridictions françaises estiment que le conseiller prud'homme qui a conseillé ou donné un avis écrit à l'une des parties doit être récusé, en raison du soupçon légitime que ces actions produisent²⁶²¹. Au contraire, il n'y a pas de risque de partialité lorsque le juge-commissaire du tribunal de commerce n'a rédigé qu'un rapport ; il peut donc participer au jugement sur le fond²⁶²². En revanche, la Cour d'appel de Paris estime qu'un juge encourt la récusation s'il a

²⁶¹⁴ CEDH, arrêt du 16 septembre 1999, requête n°29569/95, *Buscemi c. Italie*, § 67-68. Voy. aussi CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c. Lettonie*, § 119.

²⁶¹⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 juillet 2012, 2 BvR 615/11 (*BVerfGK* 20, 27).

²⁶¹⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 1^{er} juillet 2021, 2 BvR 890/20 (*NJW* 2021, 2955).

²⁶¹⁷ C. cass., 2^e ch. civ, arrêt du 24 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 325. Pour les conseillers prud'hommes, cela est d'ailleurs ancré textuellement dans le code du travail, à l'article L. 1457-1, 1^o.

²⁶¹⁸ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 septembre 1991, 1 BvR 453/90.

²⁶¹⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 juillet 2013, 1 BvR 782/12, § 6 (*NJW* 2013, 3360).

²⁶²⁰ C. cass., ch. crim., arrêt du 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 191.

²⁶²¹ C. d'appel Montpellier, arrêt du 4 juin 1987, *JurisData* n° 1987-601455 (conseil) ; C. d'appel Paris, arrêt du 29 novembre 1978, *Gaz Pal* 1979, 190 note Massip (avis écrit). Sur les nombreux conflits d'intérêt qui peuvent apparaître en matière prud'homale, voy. C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1062 et s.

²⁶²² C. cass., ch. com., arrêt du 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 342. La CEDH a confirmé la possibilité pour le juge-commissaire de participer au délibéré de la formation de jugement du tribunal de commerce (CEDH, arrêt du 24 janvier 2002, requête n° 40028/98, *Delage et Magistrello c. France*).

pris une mesure provisoire dans le cadre de l'affaire, dans laquelle il s'est exprimé dans des termes qui laissent penser qu'il s'est forgé une conviction de nature à influencer son opinion lors de l'examen au fond²⁶²³. La Cour de cassation estime par ailleurs que le fait, pour un juge, de connaître d'une affaire au pénal pour des faits déterminés, ne l'empêche pas de juger la même personne pour d'autres faits délictueux ou en matière civile²⁶²⁴. De même, la Cour de Karlsruhe estime que le fait que le juge pénal ait déjà connu de certains accusés et du même contexte dans le cadre d'autres procédures pénales ne présente pas un danger pour son impartialité²⁶²⁵. Dans un premier temps, la Cour fédérale de justice allemande avait par contre estimé que la participation d'un juge dans la formation de jugement en appel, alors que son époux était l'un des juges ayant rendu la décision de première instance, ne constituait pas une atteinte au principe d'impartialité²⁶²⁶. Elle est désormais revenue sur cette position, en considérant que doit être récusé un juge d'une formation collégiale d'appel appelée à statuer sur une décision rendue par son épouse en tant que juge unique²⁶²⁷.

483. Enfin, la question de savoir dans quelle mesure un juge peut être récusé en raison de prises de position passées sur la question qui fait l'objet du litige s'est posée plusieurs fois à la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Sur la question de savoir si un manque d'impartialité peut découler de la jurisprudence antérieure du juge sur le même type de litiges, la Cour estime qu'un juge n'est pas par principe exclu du fait qu'il s'est déjà prononcé, dans d'autres procédures, sur une question juridique pertinente pour la décision en question, et ce même s'il se prononce toujours dans le même sens sur le même type de contentieux²⁶²⁸. Pareillement, les décisions antérieures du juge – même erronées, qui n'iraient pas dans le sens du demandeur, ne peuvent être considérées comme des preuves du manque d'impartialité du juge²⁶²⁹. En outre, en ce qui concerne les prises de position publiques des juges, la Cour de Karlsruhe a une jurisprudence plus fournie. Elle estime que, par principe, les prises de position d'un juge dans une publication scientifique ne font pas douter de son impartialité²⁶³⁰, même si elle reconnaît que des doutes peuvent découler d'une publication scientifique si elle conduit à soutenir une partie à la procédure²⁶³¹. Relativement aux propos des juges dans les médias, la Cour fédérale

²⁶²³ C. d'appel Paris, 1^e ch., arrêt du 30 octobre 2000, n° 2000/16288.

²⁶²⁴ C. cass., ch. crim., arrêt du 5 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 264.

²⁶²⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 janvier 2023, 2 BvR 1122/22 (*NStZ* 2023, 627).

²⁶²⁶ C. féd. de justice, arrêt du 20 octobre 2003, II ZB 31/02 (*NJW* 2004, 163).

²⁶²⁷ C. féd. de justice, arrêt du 27 février 2020, III ZB 61/19 (*MDR* 2020, 625).

²⁶²⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 21 juin 1988, 2 BvR 602/83, § 18 (*BVerfGE* 78, 331 [en part. p. 337]).

²⁶²⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 255/69 (*BVerfGE* 31, 145 [en part. p. 164 et s.]).

²⁶³⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 août 1996, 2 BvR 115/95 (*NJW* 1996, 3333 [en part. p. 3334]).

²⁶³¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 mai 2000, 1 BvR 539/96 (*BVerfGE* 102, 122 [en part. p. 125]).

de justice allemande exige, pour que la récusation s'impose, que les propos donnent l'impression que le juge énonce une opinion personnelle²⁶³². En revanche, le fait que le juge déclare qu'il n'est « pas intéressé par la vérité » constitue un soupçon de partialité légitime, et justifie la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) en cas de non récusation de ce juge²⁶³³.

B. Les contours de l'impartialité fonctionnelle du juge

484. La question de l'impartialité fonctionnelle du juge vise à rechercher un éventuel préjugement de la part du juge²⁶³⁴, en particulier en raison de l'exercice cumulatif de fonctions relatives à la même affaire. Cette question fait l'objet d'une grande attention en France, notamment au regard de la jurisprudence riche de la Cour européenne des droits de l'Homme, ainsi que des difficultés de catégorisation issues de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. En Allemagne, il y a un peu moins de débat, car l'exercice cumulatif est considéré comme étant une cause d'exclusion automatique du juge, et non pas comme une simple cause de récusation. Cependant, la Cour de Karlsruhe a eu à préciser cette question de la pré-implication du juge (*Vorbefassung*)²⁶³⁵.

485. Par principe, il y a atteinte au principe d'impartialité objective lorsqu'un juge a exercé une fonction antérieure dans le cadre d'une même affaire. Tel est en premier le cas lorsque le juge a connu de l'affaire en première instance : selon le juge européen, il ne peut pas statuer en appel sur la même affaire²⁶³⁶. En conformité avec la jurisprudence européenne et la jurisprudence allemande, la Cour de cassation et le Conseil d'État considèrent que le juge qui a rendu une décision ne peut pas siéger sur le recours formé contre cette décision²⁶³⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation a également permis de modifier la procédure suivie devant certaines autorités administratives indépendantes, dans lesquelles les fonctions de rapporteur et

²⁶³² C. féd. de justice, arrêt du 9 août 2006, 1 StR 50/06 (*NJW* 2006, 3290).

²⁶³³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 décembre 2012, 2 BvR 1750/12 (*BVerfGK* 20, 164).

²⁶³⁴ L. MILANO, *op. cit.*, p. 435 et s. ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 968 et s.

²⁶³⁵ Par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 26 janvier 1971, 2 BvR 443/69 (*BVerfGE* 30, 149 [en part. p. 155]), avec une opinion séparée (p. 157-164), qui estime que le terme « préimplication » fait partie des termes qui nécessitent une interprétation, et propose d'en donner une interprétation large (p. 161).

²⁶³⁶ CEDH, plén., arrêt du 23 mai 1991, requête n° 11662/85, *Oberschlick c. Autriche*.

²⁶³⁷ C. Cass., 2^e ch. civ., arrêt du 3 juillet 1985, *Bull. civ. II*, n° 133 (fondé sur l'article 341 du code de procédure civile) ; 1^e ch. civ., arrêt du 16 juillet 1991, *Bull. civ. I*, n° 247 ; 2^e ch. civ., arrêt du 20 novembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 346 (le magistrat qui préside la cour d'appel confirme le jugement d'un TGI dont il était président) Voy. par ex. S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 160 et s. Pour la matière administrative, voy. par ex. CE, sect., arrêt du 2 mars 1973, n° 84740, *Arbousset*, publié au *Lebon*, p. 189 (commission départementale du contentieux des travailleurs handicapés).

de jugement n'étaient pas correctement délimitées²⁶³⁸. La jurisprudence civile de la Cour de cassation apparaît ici plus protectrice que celle de la Cour européenne²⁶³⁹ – alors que le Conseil d'État suit les recommandations strasbourgeoises, sans aller aussi loin que la Cour de cassation²⁶⁴⁰. La Cour constitutionnelle fédérale fait pareillement une application large du paragraphe 23 al. 2 du code de procédure pénale allemand, en considérant que le juge qui a participé à la décision d'admission de la révision contre un jugement (*Annahme*) est exclu lors du nouveau procès²⁶⁴¹. Au-delà de ces situations évidentes, d'autres hypothèses ont dû être précisées par les juges. Par exemple, la Cour de cassation a récemment jugé que le principe d'impartialité n'était pas méconnu par le fait que le même juge (des libertés et de la détention) statue d'abord sur la poursuite d'une hospitalisation sans consentement et, ensuite, sur la demande de mainlevée de cette hospitalisation²⁶⁴². Par contre, la présence, dans la formation de jugement en appel, du magistrat chargé de la mise en état qui avait déclaré l'appel irrecevable, méconnaît le principe d'impartialité et aurait dû être exclu de la connaissance du litige²⁶⁴³. Ce qui importe est d'examiner si le magistrat en question a pu avoir une connaissance approfondie du fond²⁶⁴⁴. Le Tribunal administratif supérieur allemand et le Conseil d'État français jugent tous deux que le fait qu'un juge ait statué sur la demande d'aide juridictionnelle ne constitue pas une pré-implication qui imposerait son exclusion pour le jugement de l'affaire au fond²⁶⁴⁵. Ces décisions semblent tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle considère que « ce qui compte [pour évaluer la légitimité d'un soupçon de partialité en raison d'un cumul des fonctions] est l'étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès »²⁶⁴⁶.

486. Le cas particulier des juges des référés fait encore l'objet de discussions en France, notamment en raison de l'évolution jurisprudentielle du Conseil d'État. En Allemagne, il n'y a

²⁶³⁸ C. cass. ass. plén., arrêt du 5 février 1999, n° 437 P, *COB c. Oury et autre* (à propos de la Commission des opérations de Bourse).

²⁶³⁹ L. MILANO, *op. cit.*, p. 447.

²⁶⁴⁰ CE, Ass., arrêt du 3 décembre 1999, n° 197060, 197061, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, publié au *Lebon*, p. 397 (à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés). Voy. L. MILANO, *op. cit.*, p. 447-448.

²⁶⁴¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 janvier 1971, 2 BvR 507, 511/69 (*BVerfGE* 30, 165 [en part. p. 168]) ; décision du 14 juillet 1971, 2 BvR 357/71 (*BVerfGE* 31, 295 [en part. p. 296 et s.]) ; décision du 12 janvier 1983, 2 BvR 964/82 (*BVerfGE* 63, 77 [en part. p. 80]).

²⁶⁴² C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 28 mars 2024, n° 22-20.599 (n° 292 F-B).

²⁶⁴³ C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 10 septembre 2009, n° 08-14.004.

²⁶⁴⁴ S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 26.

²⁶⁴⁵ Trib. adm. féd. sup., décision du 8 mai 2009, 5 PKH 6.09 (1.09), § 4-5 (*NWZ-RR* 2009, 662) ; CE, sect., avis du 12 mai 2004, n° 265184, *Commune de Rogerville*.

²⁶⁴⁶ CEDH, arrêt du 24 août 1993, requête n° 13924/88, *Nortier c. Pays-Bas*, § 33 ; arrêt du 22 avril 1994, requête n° 15651/89, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, § 35. Sur les critiques doctrinales suscitées par cette jurisprudence, voy. L. MILANO, *op. cit.*, p. 440.

pas de doute : le principe est celui de la compatibilité du cumul entre les fonctions de juge des référés et de juge du fond avec le principe d'impartialité²⁶⁴⁷. En France, la situation a évolué. Sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, la Cour de cassation considère, depuis deux arrêts d'assemblée plénière du 6 novembre 1998²⁶⁴⁸, que le critère déterminant pour autoriser ou interdire le cumul de fonctions en référé et au fond, est la question de savoir si le juge des référés a pris position sur un élément du fond de l'affaire au moment de sa prise de décision provisoire²⁶⁴⁹. Dans le premier arrêt, elle estime ainsi qu'un juge des référés ayant accordé une provision ne peut pas, au nom du principe d'impartialité, statuer sur l'affaire au fond, puisqu'en accordant la provision, il a déjà préjugé l'affaire. Au contraire, dans le second arrêt, elle conclut que le principe d'impartialité n'est pas méconnu lorsqu'un juge ayant ordonné une mesure conservatoire participe ensuite au jugement au fond, cette mesure n'étant en rien un préjugement du fond. Du côté du Conseil d'État, la situation est moins tranchée. Initialement, par sa jurisprudence *Commune de Rogerville*, il se référait au critère abstrait de l'office du juge des référés pour considérer que ce juge pouvait statuer sur la demande au fond, dans la mesure où, par son office, il n'avait pas eu à préjuger l'issue du litige. Son impartialité ne pouvait être mise en cause que s'il était allé « au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office »²⁶⁵⁰. Au regard des critiques suscitées par cette position – notamment l'absence de prise en compte du rôle joué par le juge des référés, qui prend souvent une décision qui s'apparente davantage à une décision définitive qu'à une décision provisoire –, le Conseil d'État a fait évoluer sa jurisprudence. En particulier, dans son arrêt *Colombo* de 2017, il ne fait plus référence à l'office du juge des référés, mais indique simplement que dans les cas où il apparaîtrait qu'un « magistrat statuant comme juge des référés aurait préjugé de l'issue du litige », il ne pourrait pas participer à la prise de décision au fond²⁶⁵¹. Toutefois, en pratique, le préjugement de l'affaire doit être manifeste pour que le juge des référés soit écarté du jugement au fond²⁶⁵².

487. En matière pénale, la Cour de Strasbourg a d'abord posé le principe, dans son arrêt *Piersack c. Belgique* de 1982, de l'incompatibilité entre les fonctions de poursuite et de jugement²⁶⁵³. Ensuite, elle a exclu le cumul des fonctions d'instruction et de jugement²⁶⁵⁴.

²⁶⁴⁷ B. HESS, art. cité, p. 165-166.

²⁶⁴⁸ C. Cass., ass. plén., arrêt du 6 novembre 1998, n° 94-17.709 ; arrêt du 6 novembre 1998, n° 95-11.006.

²⁶⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, art. cité, p. 54 et s.

²⁶⁵⁰ CE, sect., arrêt du 12 mai 2004, n° 265184, *Commune de Rogerville*, publié au *Lebon*, p. 223.

²⁶⁵¹ CE, 2^e et 7^e ch. réunies, arrêt du 30 janvier 2017, n° 394206, *Colombo*, § 4, mentionné aux tables du *Lebon*.

²⁶⁵² A. SAYEDE HUSSEIN, « L'impartialité objective du juge administratif des référés : un principe aux contours imprécis », *RFDA*, 2021, n° 4, p. 708 et s.

²⁶⁵³ CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79, *Piersack c. Belgique*, § 30.

²⁶⁵⁴ CEDH, arrêt du 26 octobre 1984, requête n° 9186/80, *De Cubber c. Belgique*, § 29-30. Sur cette dualité des fonctions et l'incompatibilité qui en résulte en droit pénal français, voy. S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 142 et s.

Exigeant au départ un contrôle abstrait du cumul des fonctions²⁶⁵⁵, elle a fait évoluer sa jurisprudence à partir de son arrêt *Hauschildt* de 1989²⁶⁵⁶, afin de tenir compte des fonctions concrètement exercées par le juge. Elle juge par ailleurs qu'un magistrat passé du parquet au siège, ayant ordonné la poursuite, ne peut ensuite pas faire partie de la formation de jugement²⁶⁵⁷. La Cour de cassation prend cette jurisprudence à la lettre et, par une lecture *a contrario*, estime par exemple que la récusation n'est pas justifiée pour un ancien parquetier devenu magistrat du siège, s'il n'avait pas formellement exercé la poursuite²⁶⁵⁸. Pareillement, elle estime que lorsqu'un magistrat siège au civil puis au pénal, et doit statuer sur le même justiciable, la récusation ne joue qu'à la condition que le juge soit amené à apprécier deux fois les mêmes faits²⁶⁵⁹. Par contre, la Cour de cassation s'éloigne de la jurisprudence européenne en jugeant qu'il n'y a pas d'atteinte au principe d'impartialité par le fait qu'un juge puisse juger un accusé après avoir déjà rendu une décision sur un coaccusé dont l'affaire avait été disjointe, et en dépit du fait que le magistrat avait pu faire référence aux coaccusés dans la première procédure et citer sa première décision²⁶⁶⁰.

488. En matière administrative, la Cour de Strasbourg a notamment imposé, dans son célèbre arrêt *Procola c. Luxembourg*, qu'un juge ayant donné un avis, dans le cadre d'une fonction consultative, ne puisse pas participer au jugement sur la même question de droit²⁶⁶¹. Dans sa jurisprudence ultérieure, le juge européen privilégie une approche concrète, consistant à se demander, pour chaque cas d'espèce, si le juge a eu l'occasion, dans l'exercice de ses fonctions consultatives, de se forger une opinion sur le fond de l'affaire²⁶⁶². Après avoir un temps eu une jurisprudence contraire²⁶⁶³, le Conseil d'État s'est rallié à la jurisprudence européenne à ce sujet²⁶⁶⁴, suivant l'évolution déjà amorcée par d'autres juridictions administratives françaises²⁶⁶⁵. Progressivement, il a imposé la jurisprudence européenne en

²⁶⁵⁵ Voy. par ex. L. MILANO, *op. cit.*, p. 437.

²⁶⁵⁶ CEDH, plén., arrêt du 24 mai 1989, requête n° 10486/83, *Hauschildt c. Danemark*, § 43-53 (à propos d'une décision sur la détention provisoire)

²⁶⁵⁷ CEDH, plén., arrêt du 30 octobre 1991, requête n° 12005/86, *Borgers c. Belgique* ; gr. ch., arrêts du 20 février 1996, requête n° 15764/89, *Lobo Machado c. Portugal* et requête n° 19075/91, *Vermeulen c Belgique*.

²⁶⁵⁸ Cass., ch. crim., arrêt du 6 mai 1996, n° 95-81.766, *Bull. crim.*, n° 187.

²⁶⁵⁹ N. FRICÉRO, « L'impartialité des juges », art. cité, p. 188.

²⁶⁶⁰ C. cass., ch. crim., arrêt du 13 novembre 1996, *Bull. crim.*, n° 402. Contre : CEDH, arrêt du 7 août 1996, requête n° 19874/92, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, § 58, confirmé par CEDH, arrêt du 16 novembre 2000, requête n° 39676/98, *Rojas Morales c. Italie*. Voy. à ce sujet C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1038 et s.

²⁶⁶¹ CEDH, arrêt du 28 septembre 1995, requête n° 14570/89, *Procola c Luxembourg*.

²⁶⁶² L. MILANO, *op. cit.*, p. 452-453.

²⁶⁶³ CE, sect., arrêt du 25 janvier 1980, n° 14260 à 14265, *Gadiaga*.

²⁶⁶⁴ CE, sect., arrêt du 5 avril 1996, n° 116594, *Syndicat des avocats de France*.

²⁶⁶⁵ Voy. par ex. CAA Paris, 3^e ch., 23 mars 1999, n° 97PA02245, *Sarran*.

faveur de la séparation entre les fonctions consultatives et juridictionnelles relatives à un même texte à toutes les juridictions administratives. Il a par exemple sanctionné la composition de la Cour des comptes en formation juridictionnelle, lorsqu'elle statue sur une affaire qu'elle dénonçait dans son *Rapport public* – dont l'adoption résultait d'une formation composée des mêmes membres²⁶⁶⁶.

489. Il ressort de ces quelques exemples français et allemands l'absence de règles communes, claires et précises. L'analyse de la jurisprudence laisse apparaître le caractère casuistique de l'application des règles de récusation au regard du cumul des fonctions. Les solutions sont ainsi données « au coup par coup »²⁶⁶⁷. Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle allemande est moins influencée par le droit européen, notamment parce qu'en mobilisant l'article 101 al. 1^{er} (2), la Cour limite le contrôle de l'application des règles de récusation à l'absence d'arbitraire dans la décision²⁶⁶⁸.

²⁶⁶⁶ CE, Ass., arrêt du 23 février 2000, n° 195715, *Société Labor Metal*.

²⁶⁶⁷ S. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁶⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 1084.

CONCLUSION DU CHAPITRE VIII

490. L'analyse des règles allemandes et françaises permettant d'écarter un juge dont l'impartialité est remise en question, ainsi que l'application de ces règles par les juridictions allemandes et françaises, fait apparaître l'exigence complémentaire associée au droit au juge légal en Allemagne : celle d'être jugé par le « bon » juge, celui qui se situe à une distance nécessaire vis-à-vis des parties et de l'objet du litige, tant d'un point de vue personnel que fonctionnel. Dans cette mesure, l'arsenal législatif des règles d'exclusion, de récusation et d'abstention mis en place dans les deux États étudiés est comparable, notamment pour ce qui est des types de causes d'exclusion et de récusation. La procédure est certes davantage juridictionnalisée en Allemagne, et l'abstention volontaire n'existe pas en tant que telle. Du point de vue du droit au juge légal, cela est justifié par le fait que le juge légal ne pourrait pas refuser de siéger, sans que l'on s'assure qu'il ne constituerait pas, dans le cas d'espèce, le « bon » juge pour traiter le litige. Dans la mesure où les justiciables ont le droit d'être jugé par leur juge légal, ils ont le droit à ce que leur juge légal ne soit pas écarté de la connaissance du litige par sa seule volonté. Ces réflexions sont absentes de la pensée française, qui perçoit la question de l'impartialité en lien étroit avec celle de l'éthique et de la déontologie des juges. À l'image des chartes de déontologie adoptées pour l'ensemble des juridictions (judiciaires, administratives et financières), c'est avant tout le juge qui est maître de son impartialité et qui doit respecter une certaine éthique, en se déportant s'il s'estime partial. Le justiciable et le respect de son droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial sont mis au second plan. D'ailleurs, ce droit fondamental, découlant du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est présent qu'en filigrane des procédures de récusation françaises : en matière civile et pénale, la procédure est administrative et est donc perçue comme ne nécessitant pas le respect des droits liés aux procédures juridictionnelles. Cet élément tranche considérablement avec la jurisprudence allemande, qui exige le respect du contradictoire et du droit d'être entendu, même dans le cadre des procédures d'auto-récusation. Ouvrant plus de garanties, la justice allemande se retrouve cependant sous le feu des critiques, eu égard au nombre de demandes – souvent abusives – qui sont déposées dans le but de retarder la procédure²⁶⁶⁹. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à l'interprétation du paragraphe 26a du code

²⁶⁶⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023, p. 1086.

de procédure pénale (procédure accélérée en cas de demande tardive ou abusive) rend difficile et même impossible la possibilité, pour le juge, d'établir avec certitude la volonté d'abus.

CONCLUSION DU TITRE II

491. À côté des exigences imposées par l'exploitation de l'adjectif « légal », la Cour de Karlsruhe a décuplé les potentialités du droit contenu à l'article 101 LF en exploitant la notion de « juge ». Cette matérialisation du droit au juge légal permet de rapprocher le droit français du droit allemand. Si les différences sont en effet importantes en ce qui concerne le niveau d'exigence imposée à la détermination *légale* du juge compétent, le droit français contient des exigences plus proches concernant les qualités attendues du *juge*. Sans recours au droit au juge naturel, qui ne fait pas partie du droit positif, c'est plus directement par le renvoi aux principes d'indépendance et d'impartialité et en subjectivant ces principes, que le Conseil constitutionnel s'est rapproché des exigences procédurales européennes. Sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ce dernier a développé une jurisprudence riche relative au principe d'indépendance, auquel il a associé le principe d'impartialité. Sans toujours le dissocier entièrement, ce principe lui a cependant permis de réaliser un contrôle minimal des règles relatives à l'exclusion et à la récusation des juges. Cependant, ce contrôle se limite à l'existence de règles et au renvoi à des juges qui bénéficient d'une protection statutaire. L'extension du champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) a également permis à la Cour constitutionnelle fédérale de connaître des règles légales et des décisions juridictionnelles relatives à l'exclusion ou à la récusation des juges. Ce prisme du droit au juge légal lui a notamment permis d'interdire le seul recours à l'abstention volontaire, et donc, d'imposer l'existence de règles minimales permettant au justiciable de contester la régularité de la formation de jugement sur le fondement du principe d'impartialité. Si le droit au juge légal impose donc d'une part que les règles légales de compétence soient respectées par les juridictions, ce même droit peut ensuite imposer de laisser ces règles légales de compétence inappliquées, cette fois au nom du principe d'impartialité.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

492. L'étude du droit positif allemand relatif au droit au juge légal, mis en perspective avec le droit français, laisse apparaître le caractère singulier de la garantie allemande. Sous l'impulsion de la jurisprudence constitutionnelle et après les traumatismes de la période nationale-socialiste, l'article 101 al. 1^{er} (2) LF constitue un droit procédural central dans l'État de droit moderne. Du point de vue formel ou objectif, il constitue un principe d'organisation du pouvoir judiciaire et d'encadrement du législateur dans l'organisation judiciaire et la répartition des compétences. Du point de vue matériel ou subjectif, il permet aux justiciables de s'assurer que le juge chargé de trancher leur litige correspond à l'ensemble des prescriptions constitutionnelles et légales. Il en va de l'effectivité de la protection de l'ensemble des droits fondamentaux. Le rôle de ce droit procédural au service de la garantie des droits substantiels est à souligner.

493. D'abord, le droit allemand au juge légal a permis à la Cour constitutionnelle fédérale d'imposer des exigences très développées en ce qui concerne le niveau de précision des règles de compétence. Le contrôle des règles de compétence, tant légales que réglementaires, par le juge constitutionnel vise à empêcher toute manipulation de ces règles par l'ensemble des pouvoirs, y compris par les juges. L'indépendance de la justice ne pourrait pas être garantie si des personnes ou des organes pouvaient s'attribuer des compétences juridictionnelles en dehors des cas prévus par la loi. Par comparaison, le Conseil constitutionnel français contrôle uniquement les lois relatives à l'organisation judiciaire ou à la répartition des compétences. Grâce au principe d'égalité devant la justice et à une conception extensive de la réserve de loi en la matière, il parvient à assurer une certaine précision dans les règles de compétence, de manière à éviter la création de juridictions *ad hoc*. Cependant, il ne peut connaître des règles de répartition internes aux juridictions. La grande liberté dont les tribunaux jouissent en matière d'organisation interne est un élément important de divergence entre la France et l'Allemagne. Le niveau de précision imposé par le droit au juge légal est à cet égard sans pareille en Europe.

494. Au contraire, il est possible de rapprocher les droits français et allemand en ce qui concerne le deuxième élément compris dans la garantie allemande du droit au juge légal : le respect des principes d'indépendance et d'impartialité et des règles concrétisant ces principes. La nature fondamentale de ces principes est bien plus ancrée en Allemagne, eu égard à son

histoire et à sa culture juridiques. Toutefois, il faut relever la mise en avant de ces principes dans la jurisprudence française récente, inspirée en particulier par la jurisprudence européenne relative au droit à un procès équitable. Dans la mise en pratique du principe d'impartialité par les règles d'exclusion et de récusation, les exigences liées au droit au juge légal distinguent à nouveau les droits français et allemand. Mais un rapprochement global est cependant perceptible en ce qui concerne l'application de ces règles et le contrôle opéré, en Allemagne, par la Cour constitutionnelle fédérale et, en France, par les juridictions suprêmes ordinaires.

Finalement, l'étude de l'interprétation et de l'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) illustre le rôle prépondérant de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le développement des potentialités des règles constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel apparaît, à titre de comparaison, très en retrait. Karlsruhe joue un rôle singulier de préservation et d'actualisation du « code source » que constitue la Loi fondamentale²⁶⁷⁰. Un élément permet en particulier d'illustrer ce constat : l'application du droit au juge légal dans le contexte du droit de l'Union européenne.

²⁶⁷⁰ A. VOBKUHLE, « La loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, vol. 59, p. 58.

PARTIE CONCLUSIVE : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS UNE PERSPECTIVE EUROPÉENNE

495. Depuis la création des Communautés européennes, le mécanisme du renvoi préjudiciel est un outil de coopération judiciaire de premier plan²⁶⁷¹, coopération « par laquelle juridiction nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres »²⁶⁷². Cet instrument permettant aux juridictions nationales de poser toute question relative à l'interprétation ou à la validité du droit communautaire à la Cour de justice a systématiquement été repris dans les traités, et est prévu aujourd'hui à l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne²⁶⁷³. Par principe, toute juridiction doit être libre de poser une question préjudicielle, à tout moment de la procédure, ce qui ne peut être entravé par la justice constitutionnelle nationale²⁶⁷⁴. Les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours dans l'ordre juridique interne sont dans l'obligation de poser une question préjudicielle en cas de doute sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union (l'article 267 al. 3 TFUE), afin d'éviter toute divergence d'interprétation et d'application du droit de l'Union entre les États²⁶⁷⁵. Il s'agit alors d'une « coopération imposée »²⁶⁷⁶. Néanmoins, un paradoxe existe depuis l'apparition du mécanisme : bien que considéré comme « clef de voûte du système juridictionnel de l'Union »²⁶⁷⁷, aucun mécanisme spécifique n'a été prévu au niveau communautaire, puis européen, afin de sanctionner les juridictions de dernière instance qui méconnaissent leur obligation de renvoi préjudiciel. Pour Jacques PERTEK, au niveau national, « chacun des systèmes nationaux devrait [...] être tenu de faire mention de l'obligation de

²⁶⁷¹ Sur ce mécanisme, voy. par ex. C. SOULARD *et al.* (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. 3. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011 ; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE : le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^e éd., Sirey Université, Paris, Sirey, 2018, p. 827-868 ; F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 4^e éd., coll. Hypercours, Paris, Dalloz, 2025, p. 702-730.

²⁶⁷² CJCE, arrêt du 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, *Firma Schwarze*.

²⁶⁷³ Il s'agit de l'ancien article 234 du Traité instituant la Communauté européenne, dans sa version de 1997 (ci-après Traité CE), reprenant lui-même l'article 177 du Traité instituant la Communauté économique européenne de 1957 (ci-après Traité CEE).

²⁶⁷⁴ CJCE, arrêt du 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal*.

²⁶⁷⁵ U. FASTENRATH, « Nochmals : Kontrolle der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG », *JZ*, 2013, vol. 68, p. 300.

²⁶⁷⁶ J. PERTEK, *op. cit.*, p. 35.

²⁶⁷⁷ CJUE, ass. plén., avis du 18 décembre 2014, avis 2/13, § 176, 198.

renvoi pesant sur ses juridictions statuant en dernière instance et de décliner les modalités de sa mise en œuvre »²⁶⁷⁸. Toutefois, le droit de l'Union ne fait pas obligation aux États membres de sanctionner l'obligation de renvoi. Certes, le nouvel alinéa 2 de l'article 19 § 1^{er} TUE va dans le sens d'une reconnaissance de garanties pour les juridictions nationales du fait de leur appartenance à un corps judiciaire européen intégré²⁶⁷⁹, garanties qui s'accompagnent de devoirs, notamment de respect de l'obligation de renvoi préjudiciel pour les juridictions suprêmes. Cependant, il n'est pas certain que cet article puisse fonder une obligation d'instaurer un contrôle national complet de l'obligation de renvoi préjudiciel²⁶⁸⁰.

496. Peu d'États ont mis en place un mécanisme direct de contrôle de l'obligation de renvoi préjudiciel. Ce contrôle a été rendu possible dans ces systèmes juridiques grâce à l'existence d'une voie de recours. Plusieurs fondements peuvent alors justifier un tel contrôle. D'une part, le Tribunal constitutionnel espagnol²⁶⁸¹ et la Cour constitutionnelle slovène²⁶⁸² ont développé une possibilité de contrôle basée sur le droit à une protection juridictionnelle effective. D'autre part, à l'image de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, plusieurs juridictions constitutionnelles font appel au droit au juge légal dans une perspective européenne. Les Cours constitutionnelles autrichienne²⁶⁸³, slovaque²⁶⁸⁴ et tchèque²⁶⁸⁵ ont ainsi reconnu la Cour de justice comme juge légal dont la compétence préjudicielle doit être respectée²⁶⁸⁶.

497. En conséquence, l'existence d'une sanction de l'obligation de renvoi préjudiciel est propre à chaque État, selon ses règles procédurales internes. Celles-ci sont considérées comme

²⁶⁷⁸ J. PERTEK, *op. cit.*, p. 210.

²⁶⁷⁹ A. ILIOPOULOU-PENOT, « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », *RFDA*, 2019, p. 144.

²⁶⁸⁰ Comme le pense Meinhard Schröder (M. SCHRÖDER, « Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive », *EuR*, 2011, p. 811).

²⁶⁸¹ Trib. constit. esp., décision du 19 avril 2004, STC 58/2004. Après avoir longtemps refusé l'admissibilité des recours constitutionnels pour méconnaissance du droit communautaire et de l'obligation de renvoi préjudiciel, le Tribunal constitutionnel s'est inspiré du contrôle qu'il opère à propos des décisions de non-renvoi d'une question préjudicielle constitutionnelle par les tribunaux espagnols pour étendre son contrôle aux obligations européennes de renvoi préjudiciel. Sur le contrôle espagnol de l'obligation de renvoi, voy. D. SARMIENTO, « Rapport espagnol », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 168.

²⁶⁸² C. constit. slovène, décision du 21 novembre 2013, Up-1056/11.

²⁶⁸³ C. constit. autrichienne, décision du 11 décembre 1995, B2300/95.

²⁶⁸⁴ C. constit. slovaque, décision du 3 juillet 2008, IV. ÚS 206/08-50.

²⁶⁸⁵ C. constit. tchèque, décision du 8 janvier 2009, *Pfizer*, II. ÚS 1009/08. La Cour constitutionnelle tchèque, après quelques réticences à exercer un contrôle constitutionnel sur les conflits entre le droit communautaire et le droit national, s'est inspirée à la fois de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, mais également de la décision de la Cour constitutionnelle slovaque de 2008 pour reconnaître que la Cour de justice était bien un juge légal au sens de l'article 38 § 1^{er} de la Charte des droits et libertés fondamentaux tchécoslovaque.

²⁶⁸⁶ C. LACCHI, « Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU », *German Law Journal*, 2015, vol. 16, p. 1669-1674.

profondément liées aux traditions juridiques nationales, ancrées dans des codes de longue date ou enracinées dans des jurisprudences établies²⁶⁸⁷. En Allemagne, le contrôle constitutionnel du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions ordinaires allemandes n'est pas apparu de manière fortuite. Il découle d'une jurisprudence constructive d'extension et d'intensification de la protection accordée grâce au droit au juge légal dans le système juridique allemand, étudiée précédemment. C'est par sa célèbre décision *Solange II* du 22 octobre 1986, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a intégré, dans le champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Cette décision illustre l'affirmation de Andreas Voßkuhle, ancien président de la Cour de Karlsruhe, selon laquelle « la Loi fondamentale épouse le présent », en tenant compte de l'évolution de la réalité politique et sociale²⁶⁸⁸. Pour parvenir à ce résultat, elle a reconnu que la Cour de Luxembourg pouvait être considérée comme un juge légal dans l'ordre juridique allemand (**Chapitre IX**). Depuis cette décision, la Cour allemande peut donc contrôler, dans une certaine mesure, les décisions de non-renvoi préjudiciel à la Cour de justice des juridictions allemandes (**Chapitre X**).

²⁶⁸⁷ A. ADINOLFI, « The “procedural autonomy” of Member States and the constraints stemming from the ECJ’s case law: Is judicial activism still necessary? », in H.-W. MICKLITZ et B. de WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, p. 286.

²⁶⁸⁸ A. VOBKUHLE, « La loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, vol. 59, p. 58.

CHAPITRE IX : LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, JUGE LÉGAL DANS L'ORDRE JURIDIQUE ALLEMAND

498. Selon la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, un juge ne peut être qualifié de « juge légal » que s'il répond aux exigences d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'à l'exigence de voir ses compétences prédéterminées par la loi. Pour extensive que soit cette conception, elle ne semble s'appliquer qu'au juge national, dont la « légalité » renvoie au droit allemand, constitutionnel ou ordinaire. Si, en 1949, l'autorité judiciaire ne peut être conçue que sur un plan national, la construction des Communautés européennes a renouvelé cette perception. Dès l'apparition de la Communauté européenne du charbon et de l'acier en 1951, un organe judiciaire communautaire est créé par le traité, la Cour de justice. Au fil de l'extension et de l'approfondissement des Communautés européennes, celle-ci s'est imposée comme juridiction supranationale d'importance, assurant pleinement « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »²⁶⁸⁹. La question de la nature de cette cour supranationale ainsi que du niveau de son incorporation dans le système juridique allemand s'est posée rapidement. Le caractère parfois obligatoire de l'instrument principal de saisine de la Cour, le renvoi préjudiciel, a notamment été mis en parallèle avec les obligations internes de renvoi, dont le respect est contrôlé sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁶⁹⁰. Partant, l'hypothèse de l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application de cet article est apparue dans la littérature et la jurisprudence allemandes. Après une période d'incertitude, la Cour constitutionnelle fédérale a finalement reconnu que la Cour de justice des Communautés européennes pouvait être comprise comme un juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF (**Section 1**). Cette reconnaissance permet à la Cour de Karlsruhe de contrôler le respect de la compétence préjudicielle de la Cour de Luxembourg par les juridictions ordinaires allemandes (**Section 2**).

²⁶⁸⁹ Article 19 al. 1^{er} TUE. Celui-ci dispose : « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. / Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »

²⁶⁹⁰ Depuis : C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53 (*BVerfGE* 3, 359 [en part. p. 363]).

Section 1 : La reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal

499. Dès son instauration, la Cour de justice des Communautés européennes s'est positionnée comme « moteur de l'intégration »²⁶⁹¹, parfois stricte à l'égard des États membres. Les justiciables se sont tournés relativement tôt vers cette juridiction, afin d'imposer le respect du droit communautaire dans leurs États respectifs. Calquant leur recours constitutionnel sur celui du respect des obligations internes de renvoi, les requérants allemands ont posé à la Cour de Karlsruhe, dès le début des années 1970, la question du caractère légal de la Cour de justice dans le cadre de l'instrument préjudiciel. Si les juges constitutionnels allemands ont laissé cette question ouverte pendant une quinzaine d'années (§ 1), la décision *Solange II*²⁶⁹² leur a permis de reconnaître la compétence judiciaire de la Cour de Luxembourg dans l'ordre juridique allemand (§ 2).

§ 1 : Une question longtemps laissée ouverte

500. Face à la réticence de certaines juridictions de jouer pleinement le jeu de la coopération européenne, certains justiciables allemands ont, dès les années 1960, contesté devant la Cour constitutionnelle fédérale la méconnaissance, par les juridictions allemandes, de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Malgré l'absence de réussite de ces premiers recours constitutionnels, la doctrine allemande a eu là l'occasion de réfléchir à la possibilité de reconnaître la Cour de justice comme juge légal. Si cela lui paraissait incontestable (A), la Cour s'est pourtant abstenue de donner une réponse formelle à ces propositions (B).

A. Une reconnaissance revendiquée par la doctrine majoritaire

501. Dès la mise en place du mécanisme communautaire du renvoi préjudiciel, un constat s'impose en ce qui concerne les rapports entre les juges nationaux et la Cour de justice : les juridictions nationales ont tendance à vouloir éviter de se confronter au droit communautaire ou à sa juridiction. Nombre de juridictions semblent ainsi peu enclines à utiliser le mécanisme.

²⁶⁹¹ G. SYDOW et F. WITTECK, *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I: Prinzipien, Institutionen, Verfahren*, Munich, C. H. Beck, 2019, p. 257.

²⁶⁹² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83 (*BVerfGE* 73, 339).

Ce phénomène n'est pas propre aux juridictions allemandes ; il est perceptible dans tous les États membres. En Allemagne, les requérants et les juristes sont pourtant habitués à l'invocation du droit au juge légal pour faire respecter les compétences des juges, y compris les compétences préjudicielles. En effet, selon la jurisprudence constante de Karlsruhe, « un justiciable peut être privé de son juge légal par le fait qu'une juridiction ne tient pas compte de l'obligation de renvoi à une autre juridiction »²⁶⁹³. Des premiers recours constitutionnels relatifs au droit communautaire se présentent devant les juges de Karlsruhe, et certains revendiquent en particulier le non-respect, par la juridiction de dernière instance, de son obligation communautaire de renvoi préjudiciel, sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. En doctrine, les auteurs s'interrogent alors sur la possibilité, et même sur l'opportunité, de sanctionner le non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel sur ce fondement. La doctrine allemande majoritaire des années 1970 et 1980²⁶⁹⁴ considère que la Cour de justice peut être reconnue comme juge légal au sens du droit constitutionnel national. Cette reconnaissance permettrait ensuite à la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler le respect de l'obligation de renvoi. Plusieurs arguments en ce sens sont invoqués. L'élément préalable de cette réflexion est bien sûr la possibilité déjà reconnue par la Cour de contrôler le respect des obligations internes de renvoi sur le fondement du droit au juge légal. Cette possibilité devrait pouvoir être étendue à l'obligation communautaire de renvoi préjudiciel. En effet, le caractère « légal » de la Cour de justice proviendrait de la loi de ratification du traité instituant la Communauté économique européenne, adoptée sur le fondement de l'article 24 al. 1^{er} LF²⁶⁹⁵. Grâce à cette loi, la Cour de justice serait devenue un juge déterminé légalement, conformément à la jurisprudence constitutionnelle, et se serait vue confier, dans une certaine mesure, un monopole jurisprudentiel²⁶⁹⁶. Le législateur allemand est supposé avoir accepté la règle de compétence de la Cour de justice inscrite à l'article 177 du Traité CEE et, partant, avoir reconnu la Cour de justice comme juge légal dans son domaine de compétence. Klaus-Volker Schiller, avocat de profession, considère également que l'inclusion de la Cour de justice dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF découlerait de l'article 24 al. 1^{er} LF lui-même. Cet

²⁶⁹³ Encore récemment : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 25.

²⁶⁹⁴ On peut citer notamment Gert Meier (G. MEIER, « BVerfG: Zuständiges Gericht zur Entscheidung der Frage der Vereinbarkeit einfacher innerstaatlicher Normen mit EWG-Recht – Umsatzausgleichsteuer bei Einfuhr von Milchpulver », *NJW*, 1971, n° 47, p. 2122-2124), Konrad Feige (K. FEIGE, « Bundesverfassungsgericht und Vorabentscheidungskompetenz des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », *AöR*, 1975, vol. 100, n° 4, p. 530-561) ou encore Klaus-Volker Schiller (K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht nach Art. 177 III EWGV an den EuGH als Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter », *NJW*, 1983, n° 48, p. 2736-2738).

²⁶⁹⁵ L'article 24 al. 1^{er} LF dispose : « La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales. »

²⁶⁹⁶ K. FEIGE, art. cité, p. 544. ; K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht », art. cité, p. 2736.

article contiendrait une obligation de sanctionner par l'inconstitutionnalité tout comportement hostile à l'intégration européenne. Or, ne pas respecter l'obligation de renvoi préjudiciel constituerait un tel comportement²⁶⁹⁷. Schiller évoque en outre le droit communautaire comme justification de la reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal. Celle-ci serait en effet nécessaire en vertu de l'article 5 al. 1^{er} du traité CEE²⁶⁹⁸ afin d'assurer le respect, par les juridictions allemandes, de leurs obligations issues de l'article 177 du même traité²⁶⁹⁹. Pour Gert Meier, conseiller juridique (*Justiziar*), la justification de l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de Luxembourg dans le champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF découle moins des textes que du principe de l'État de droit lui-même. Sur le fondement de ce principe, le droit au juge légal doit recevoir l'interprétation la plus large, afin d'avoir une effectivité maximale. En conséquence, à partir du moment où aucun principe fondamental de droit communautaire ne s'y opposerait, la Cour de justice devrait être considérée comme juge légal dans l'ordre juridique allemand²⁷⁰⁰.

502. Une minorité d'auteurs est toutefois moins favorable à cette reconnaissance. C'est le cas de Reinhard Riegel. Celui-ci avance notamment le fait que la procédure préjudicielle est une procédure objective à laquelle les parties n'ont aucun droit²⁷⁰¹. Toutefois, cette position est difficilement soutenable à partir du moment où la Cour constitutionnelle fédérale intègre les obligations internes de renvoi dans le champ d'application matériel du droit au juge légal. Il faudrait alors différencier selon que la question préjudicielle doive être renvoyée devant un juge national ou devant un juge supranational pour qualifier la procédure d'objective ou non. Un second argument, cette fois historique, pourrait alors être invoqué : à la lecture de la section IX de la Loi fondamentale relative au pouvoir judiciaire, il ne semble y avoir aucune possibilité d'exercice de l'autorité judiciaire par une juridiction supranationale. L'article 92 LF précise en effet que le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, les cours fédérales et les tribunaux des *Länder*. Toutefois, comme le souligne Klaus-Volker Schiller, au moment de l'élaboration de cet article et de la constitution allemande, la création d'un organe judiciaire supranational n'était pas envisagée. Il n'y aurait donc pas eu de coordination entre

²⁶⁹⁷ K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht », art. cité, p. 2738.

²⁶⁹⁸ L'article 5 al. 1^{er} du Traité CEE dispose : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. »

²⁶⁹⁹ K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht », art. cité, p. 2738.

²⁷⁰⁰ G. MEIER, art. cité, p. 2124.

²⁷⁰¹ R. RIEGEL, « Zum Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlicher und innerstaatlicher Gerichtsbarkeit », *NJW*, 1975, vol. 28, p. 1053 ; R. RIEGEL, « Der EuGH als gesetzlicher Richter i.S. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Vorlageverfahren nach Art. 177 EWGV? », *RIW/AWD - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1976, p. 415.

l'article 24 al. 1^{er} LF et l'article 101 LF pour exclure les organes judiciaires supranationaux. Les arguments historique et sémantique ne permettraient pas de conclure à l'inclusion ou à l'exclusion par principe de la Cour de justice dans le champ d'application de l'article 101 LF²⁷⁰².

503. Malgré l'intérêt des praticiens du droit pour cette question et l'approfondissement de leurs arguments, la Cour constitutionnelle fédérale, chargée de donner une réponse à ces recours constitutionnels invoquant le non-respect de l'obligation communautaire de renvoi préjudiciel sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, ne tranche pas la question dans les premières années.

B. L'absence de réponse de la Cour constitutionnelle fédérale

504. Les recours constitutionnels, qui inspirent les discussions doctrinales, apparaissent dès les années 1970. Sur le modèle du contrôle des obligations internes de renvoi, ils invoquent la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF en raison de l'abstention, par la juridiction allemande de dernière instance, de renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg. Jusqu'en 1986, ces arguments ne trouvent pas la faveur de la Cour de Karlsruhe, qui s'abstient délibérément²⁷⁰³ de répondre formellement à cet argument. Pendant une quinzaine d'années, la Cour évite de consacrer ou de rejeter explicitement la possibilité d'invoquer le droit au juge légal pour sanctionner le défaut de renvoi préjudiciel. Dans chacune de ses décisions en la matière²⁷⁰⁴, la Cour allemande considère que cette question peut rester ouverte car, en tout état de cause, il ne saurait y avoir, en l'espèce, de violation arbitraire du droit au juge légal du fait du défaut de renvoi. Dans les faits, cette appréciation nécessite pourtant un contrôle minimal de la décision de la juridiction suprême allemande concluant à l'absence d'obligation de renvoi. Pour conclure qu'il n'y a pas de méconnaissance *arbitraire* de l'obligation de renvoi – ce qui est conforme à sa jurisprudence plus générale en matière de respect des règles de compétence par les juges eux-mêmes²⁷⁰⁵, il semble nécessaire de devoir analyser l'application et l'interprétation du droit communautaire opérées par le juge allemand. Une telle jurisprudence peut donc être considérée

²⁷⁰² K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht », art. cité, p. 2737.

²⁷⁰³ C. AUTEXIER, « Commentaire de l'arrêt du 22 octobre 1986 (Solange II) », *AIJC*, 1989, n° 3-1987, p. 440.

²⁷⁰⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 13 octobre 1970, 2 BvR 618/68 (*BVerfGE* 29, 198) ; décision du 9 juin 1971, 2 BvR 255/69 (*BVerfGE* 31, 145) ; décision du 8 juin 1977, 2 BvR 499/74, 1042/75 (*BVerfGE* 45, 142).

²⁷⁰⁵ Voy. *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 2, § 2, para. n° 372 et s.

comme traduisant une attitude de la Cour plutôt favorable à la reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal²⁷⁰⁶. Ces décisions auraient pu être l'occasion de clore définitivement la question pour les requérants et les réflexions doctrinales à ce sujet. Or, non seulement elle ne rejette pas catégoriquement l'hypothèse d'une telle inclusion de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, mais elle effectue déjà un contrôle de la justification du non-renvoi par la juridiction allemande. En revanche, il manque une réponse formelle et explicite de la Cour quant à la qualification de la Cour de justice comme « juge légal ».

505. En ce qui concerne les autres juridictions allemandes, seul le Tribunal des finances (*Finanzgericht*) de Hambourg a pris explicitement position dans une décision de 1981²⁷⁰⁷. Dans un *obiter dictum*, il reconnaît que « le non-renvoi d'une question juridique discutable relative à l'interprétation et l'application du droit communautaire par une juridiction nationale de dernière instance porte atteinte, selon le droit national, au droit fondamental au juge légal du citoyen »²⁷⁰⁸. Toutefois, au regard de la place de cette juridiction dans la hiérarchie juridictionnelle, la portée symbolique et effective de cet *obiter dictum* est relativement faible. Par ailleurs, certains auteurs ont considéré qu'une décision du Tribunal administratif fédéral allemand du 20 mars 1986²⁷⁰⁹ allait également dans le sens de la reconnaissance du caractère légal de la Cour de justice²⁷¹⁰. En l'espèce, le Tribunal est saisi d'un recours contre une décision du tribunal administratif supérieur de Basse-Saxe et de Schleswig-Holstein, rejetant comme irrecevable le pourvoi en révision formé contre sa propre décision d'appel (*Nichtzulassung*) par la requérante. Celle-ci dispose d'un recours particulier devant le Tribunal administratif fédéral pour contester ce rejet : la *Nichtzulassungsbeschwerde*. Devant ce Tribunal, elle invoque notamment la méconnaissance de son droit au juge légal, en ce que le tribunal administratif supérieur régional n'a pas procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour éclaircir un point de droit lié au litige. Le Tribunal répond que le recours est fondé, mais pour d'autres raisons. Sur l'application de l'article 101 al. 1^{er} (2), il considère que la décision de rejet du pourvoi en révision n'a pas méconnu le droit au juge légal de la requérante, car il n'y a pas d'obligation de renvoi préjudiciel à ce stade de la procédure. Il précise que dans la mesure où

²⁷⁰⁶ C. VEDDER, « Ein neuer gesetzlicher Richter? », *NJW*, 1987, vol. 40, p. 529, qui considère que, en 1986, la Cour constitutionnelle fédérale allemande répond à une question laissée ouverte « dans un sens déjà déterminé ».

²⁷⁰⁷ Trib. des fin. (*Finanzgericht*) Hambourg, décision du 4 septembre 1981, II 118/81 (*RIW/AWD* 1981, 692). [en part. p. 693]].

²⁷⁰⁸ Trib. des fin. Hambourg, décision du 4 septembre 1981, II 118/81 (*RIW/AWD* 1981, 692 [en part. p. 693]).

²⁷⁰⁹ Trib. adm. féd. all., décision du 20 mars 1986, 3 B 3.86 (*EuR* 1986, 282).

²⁷¹⁰ K.-V. SCHILLER, « EuGH als gesetzlicher Richter », *RIW/AWD - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1986, p. 472-473.

la décision relative au rejet du pourvoi en révision est susceptible d'un recours devant lui (*Nichtzulassungsbeschwerde*), elle n'est pas rendue par une juridiction de dernière instance soumise à l'obligation de renvoi. Le Tribunal administratif fédéral rejette donc l'argument en l'espèce, mais en laissant penser que l'article 101 al. 1^{er} (2) peut être invoqué pour contester le défaut de renvoi préjudiciel d'une juridiction soumise à l'obligation de renvoi. Pour certains auteurs, y voir la reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal constituerait toutefois une « surinterprétation » de cette décision²⁷¹¹. Et même si l'on peut y voir ici une attitude plutôt bienveillante à l'égard du droit communautaire et de sa cour, la pratique confirme que seule une reconnaissance explicite de la part de la Cour constitutionnelle fédérale permet de limiter les méconnaissances de l'obligation de renvoi préjudiciel – et donc les méconnaissances du droit de l'Union substantiel. Sans la menace d'un contrôle constitutionnel, les juridictions allemandes, notamment suprêmes, continuent, au début des années 1980, de s'affranchir de cette obligation. C'est notamment le cas de la Cour fédérale des finances, dont certaines décisions ont été particulièrement critiquées par la doctrine allemande. Marquant sa réticence à l'encontre de la construction européenne et du droit communautaire, cette Cour a par exemple jugé que les directives communautaires ne sont jamais d'applicabilité directe²⁷¹², même lorsqu'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice dans la même procédure rappelle le contraire²⁷¹³, maintenant alors une position marginale dans la communauté européenne²⁷¹⁴. L'absence de réponse de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe n'est ainsi pas satisfaisante du point de vue des justiciables, qui se trouvent privés des garanties posées par les textes communautaires, mais également du point de vue plus global de la construction européenne, le droit communautaire faisant l'objet d'applications divergentes par les juridictions allemandes.

506. Finalement, la Cour constitutionnelle fédérale a formellement intégré la compétence judiciaire de la Cour de justice dans l'ordre juridique allemand en 1986, lors de sa célèbre décision *Solange II*. À partir de cette constatation, elle a reconnu que la Cour de Luxembourg était un juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF et que sa compétence préjudicielle devait être protégée par le truchement de cette garantie procédurale.

²⁷¹¹ C. VEDDER, art. cité, p. 527.

²⁷¹² C. féd. fin., décision du 16 juillet 1981, V B 51/80 (*BFHE* 133, 470) (la Cour y interprète elle-même l'article 189 du traité CEE, et en déduit qu'il n'existe aucun doute sérieux quant au fait que les directives ne peuvent être d'aucun effet direct) ; décision du 25 avril 1985, V R 123/84 (*BFHE* 143, 383).

²⁷¹³ Ce qui était le cas dans la deuxième décision précitée du 25 avril 1985 : le tribunal des finances avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice plus tôt au cours de la procédure.

²⁷¹⁴ C. VEDDER, art. cité, p. 526. Ces décisions avaient notamment été critiquées par R. VOß, « Erfahrungen und Probleme bei der Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWGV. Aus der Sicht eines deutschen Richters », *EuR*, 1986, n° 1, p. 109 ; C. TOMUSCHAT, « Nein, und abermals Nein! Zum Urteil des BFH vom 25. April 1985 (V R 123/84) », *EuR*, 1985, n° 4, p. 346.

§ 2 : Une question finalement tranchée en faveur de la reconnaissance de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice

507. La décision *Solange II* du 22 octobre 1986 est célèbre pour avoir permis à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de réviser sa jurisprudence *Solange I* établie en 1974 et de reconnaître l'équivalence de principe de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. Si cette décision constitue une avancée considérable dans les rapports de systèmes d'un point de vue matériel, elle est tout aussi importante d'un point de vue procédural²⁷¹⁵. La Cour admet en effet « sans équivoque »²⁷¹⁶ le caractère légal de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Pour parvenir à cette conclusion, les juges constitutionnels allemands constatent le respect, par la Cour de Luxembourg, des exigences imposées à toute juridiction selon le droit allemand (A). Cet aspect de la décision, relativement méconnu des juristes français, marque ainsi une étape supplémentaire dans « l'inclusion grandissante du droit communautaire dans l'ordre juridique allemand »²⁷¹⁷, étape nécessaire dans le raisonnement de la Cour sur l'équivalence de protection des droits fondamentaux (B).

A. La satisfaction des exigences imposées à toute juridiction

508. Le recours formé à l'occasion de la décision *Solange II* ne se distingue pas fondamentalement des recours liés au droit communautaire précédemment formés devant la Cour constitutionnelle fédérale. La société requérante importe en Allemagne, entre autres, des conserves de champignons provenant d'États non membres des Communautés européennes. En juillet 1976, elle obtient un refus de la part de l'office fédéral pour le ravitaillement et la production forestière concernant une demande d'importation de champignons en provenance de Taïwan. L'office concerné fonde son refus sur un règlement communautaire de 1974²⁷¹⁸ ayant vocation à protéger la communauté contre la sur-importation de champignons à bas prix.

²⁷¹⁵ C. VEDDER, art. cité, p. 526. Pour des commentaires en français de cette décision, qui abordent les deux aspects, matériel et procédural, voy. C. AUTEXIER, art. cité ; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987 », *RPD*, 1989, p. 117 et s. Ce dernier note cependant que la deuxième partie consacrée à l'aspect matériel est « de beaucoup la plus intéressante ».

²⁷¹⁶ O. JOOP, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et précise sa jurisprudence sur l'obligation des juridictions nationales de saisir le juge de l'Union en cas de doute portant sur le droit européen », *RTD eur.*, 2019, n° 1, p. 200.

²⁷¹⁷ C. VEDDER, art. cité, p. 526.

²⁷¹⁸ Comm. CE, règlement (CEE) n° 2107/74 du 8 août 1974, arrétant les mesures de sauvegarde applicables à l'importation des conserves de champignons.

Après échec de ses premiers recours devant l'office fédéral et devant le Tribunal administratif de Francfort, la société forme un pourvoi en révision devant le Tribunal administratif fédéral. Celui-ci sursoit à statuer et renvoie une question préjudicielle à la Cour de justice, afin de savoir si le règlement communautaire en question était illégal dans son application au-delà du 30 juin 1976, au motif qu'il n'existait plus, à cette date, de troubles sérieux de nature à rendre nécessaire la prolongation des mesures de limitation des importations de ces conserves²⁷¹⁹. La Cour de justice répond par la négative à cette question²⁷²⁰. Mécontente de cette réponse, la société requérante demande au Tribunal fédéral administratif de surseoir de nouveau à statuer et de saisir soit la Cour constitutionnelle fédérale, en vertu de l'article 100 al. 1^{er} LF, de la question de l'applicabilité du règlement communautaire en Allemagne au vu des droits fondamentaux nationaux, soit la Cour de justice d'une nouvelle question préjudicielle. Le Tribunal fédéral administratif rejette le recours sans procéder aux renvois demandés²⁷²¹. La requérante forme donc un recours constitutionnel individuel. D'une part, elle estime que le règlement communautaire, méconnaissant des droits fondamentaux allemands (en l'occurrence, les articles 2 al. 1^{er}, 12 al. 1^{er} et 20 al. 3 LF), n'aurait pas dû être appliqué, ni par l'office fédéral ni par les juridictions allemandes. D'autre part, elle invoque la violation, par le Tribunal fédéral administratif, des articles 19 al. 4, 103 al. 1^{er} et 101 al. 1^{er} LF, du fait de l'absence de nouveau renvoi préjudiciel à la Cour de justice, estimant que l'arrêt préjudiciel du 6 mai 1982 était inexact et manquait de clarté. La réponse apportée par la Cour constitutionnelle à ce recours est inédite. Au-delà du revirement de jurisprudence concernant l'équivalence de protection des droits fondamentaux, elle reconnaît formellement l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁷²². En l'espèce, elle constate en revanche que le droit au juge légal de la requérante, tout comme les droits fondamentaux substantiels invoqués, n'ont pas été méconnus par le Tribunal fédéral administratif²⁷²³. Dans la logique des revirements de jurisprudence, le principe ainsi dégagé par la Cour constitutionnelle n'a aucune conséquence pratique pour l'affaire pendante²⁷²⁴. Reconnaisant avoir laissé cette question ouverte, Karlsruhe y répond par l'affirmative, en développant son analyse du caractère « légal » de la Cour de justice. Cela lui permet de

²⁷¹⁹ Trib. féd. adm. all., arrêt du 25 mars 1981, 7 C 87.78.

²⁷²⁰ CJCE, arrêt du 6 mai 1982, aff. C-126/81, *Wünsche Handelsgesellschaft*.

²⁷²¹ Trib. féd. adm. all., arrêt du 1^{er} décembre 1982, 7 C 87.78 (*NJW* 1983, 2781).

²⁷²² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 75 à 81 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 366-369]).

²⁷²³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 82 et s. (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 369 et s.]).

²⁷²⁴ C. VEDDER, art. cité, p. 528.

reprendre sa jurisprudence constante, en contrôlant le respect, par la Cour de Luxembourg, des exigences d'indépendance et d'impartialité, ainsi que celle de détermination légale des compétences.

509. Dans un premier temps, la Cour relève qu'au regard des nombreuses garanties institutionnelles prévues par le droit communautaire, il ne peut y avoir de doute quant à la qualité de juridiction de la Cour de justice²⁷²⁵. Sur le fondement des traités communautaires, du protocole relatif au statut de la Cour de justice, ainsi que de son règlement de procédure, elle est l'organe judiciaire institué par les traités communautaires qui, sur la base et dans les limites des compétences et procédures prévues, rend des décisions finales sur des questions de droit, conformément aux normes juridiques et en toute indépendance judiciaire. La Cour de Karlsruhe note à ce titre que ses membres sont tenus d'être indépendants et impartiaux et que leur statut juridique est tel qu'il garantit leur indépendance personnelle. Par ailleurs, les juges allemands considèrent que le droit procédural appliqué à Luxembourg satisfait aux exigences constitutionnelles liées au droit à un procès équitable. Elle relève en effet que sont garantis le droit d'être entendu, des possibilités procédurales en demande et en défense adaptées à l'objet de la procédure ainsi que la liberté de choix de l'assistance juridique. La Cour de justice des Communautés européennes est ainsi analysée comme une juridiction au sens du droit allemand²⁷²⁶.

510. Dans un second temps, la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît que les compétences de la Cour de justice sont déterminées légalement et s'imposent dans l'ordre juridique allemand²⁷²⁷. Précisant que cette dernière n'est « pas un organe de la République fédérale », elle répond d'abord implicitement par l'affirmative à la question de savoir si la garantie du juge légal peut s'appliquer aux juridictions « non nationales ». Par la suite, la Cour reprend l'argumentation développée par les juristes allemands depuis les années 1970 quant au caractère légal du traité communautaire et en particulier de son article 177. Elle constate que les traités communautaires, ratifiés par les lois d'approbation prises en vertu des articles 24

²⁷²⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 76 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 367]).

²⁷²⁶ Dans une thèse de 2004, Tobias Mähner met en doute cette affirmation, par une analyse précise des exigences imposées par la Loi fondamentale allemande aux « juridictions » (neutralité, légitimation démocratique, procédure conforme au principe de l'État de droit, qualification juridique des juges, indépendance), exigences que la Cour de justice ne remplirait pas complètement (voy. T. MÄHNER, *Der Europäische Gerichtshof als Gericht*, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht, n° 32, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 208-231).

²⁷²⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 77 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 367-368]).

al. 1^{er} et 59 al. 2 LF²⁷²⁸, et le droit communautaire dérivé, font partie de l'ordre juridique interne de l'Allemagne et doivent être respectés, interprétés et appliqués par ses juridictions. Or, eu égard aux fonctions juridictionnelles confiées à la Cour de justice par les traités communautaires, il peut être considéré que ces derniers qualifient implicitement la Cour de justice de juge légal. Les juridictions allemandes doivent en tirer toutes les conséquences nécessaires. Dans le cadre de cette argumentation, la circonstance de « l'imbrication fonctionnelle » de la Cour de justice au sein de l'appareil judiciaire allemand est mise en avant²⁷²⁹.

511. Par ailleurs, la requérante ayant remis en doute l'autorité des décisions préjudicielles de la Cour de justice, la Cour de Karlsruhe met au cœur de son raisonnement cette compétence préjudicielle, pour mettre en avant son importance dans l'ordre juridique communautaire. Compte tenu de la raison d'être de la procédure préjudicielle, seule la Cour de justice peut garantir la protection des objectifs communautaires d'intégration, de sécurité juridique, d'application et d'interprétation uniformes du droit communautaire²⁷³⁰. C'est finalement pour cette compétence en particulier que la Cour de justice est reconnue comme juge légal²⁷³¹. La Cour de Karlsruhe met en lien cette reconnaissance avec l'article 5 du traité CEE, qui imposerait selon elle le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes de dernière instance²⁷³². Il s'agit une nouvelle fois de la reprise d'arguments invoqués par les juristes allemandes dans les années 1970 et 1980. Enfin, répondant à l'argument tiré du caractère objectif de la procédure préjudicielle, la Cour considère que la procédure préjudicielle fait partie d'une seule et même procédure globale, dans laquelle la réponse à la question préjudicielle est déterminante pour l'issue du litige. Partant, le droit au juge légal des justiciables dans l'affaire au principal s'étend au respect de l'obligation de renvoi préjudiciel²⁷³³.

512. La Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaît donc le caractère légal de la Cour de justice et de sa compétence préjudicielle, permettant ainsi de faire valoir la

²⁷²⁸ L'article 59 al. 2 LF dispose : « Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale. Les dispositions régissant l'administration fédérale s'appliquent par analogie aux accords administratifs. »

²⁷²⁹ C. VEDDER, art. cité, p. 528 ; C. AUTEXIER, art. cité, p. 442.

²⁷³⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 78-79 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 368]).

²⁷³¹ Voy. *infra*, Section 2.

²⁷³² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 80 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 369]).

²⁷³³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83, § 81 (*BVerfGE* 73, 339 [en part. p. 369]).

méconnaissance du droit au juge légal en cas de défaut de renvoi préjudiciel de la part d'une juridiction allemande de dernière instance. Ce n'est pas un hasard si cette nouvelle extension du champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF apparaît dans cette décision particulièrement favorable à l'intégration européenne²⁷³⁴ (*europafreundlich* diraient les Allemands). En effet, un lien particulier peut être établi entre équivalence de protection des droits fondamentaux et caractère légal de la Cour de justice.

B. Une reconnaissance nécessaire dans la décision Solange II

513. Dans la mesure où la Cour constitutionnelle fédérale juge en l'espèce une nouvelle fois qu'il n'y a pas de violation *arbitraire* de l'obligation de renvoi préjudiciel par le Tribunal fédéral administratif, elle aurait pu s'abstenir de répondre formellement à la question de l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application du droit au juge légal. Or, la Cour donne cette fois une réponse positive explicite, réponse que l'on peut estimer nécessaire dans le cadre du sens qu'elle souhaitait donner à la décision. Formellement, cette reconnaissance apparaît préalablement au revirement de jurisprudence lié au contrôle constitutionnel des actes communautaires.

514. Pour certains auteurs, la condition préalable à la reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal était celle de l'équivalence de protection des droits fondamentaux assurée au niveau communautaire²⁷³⁵. Ce n'était pourtant pas une condition explicite pour reconnaître ni la nature de juridiction ni le caractère de légal de la Cour de justice. On peut néanmoins observer qu'effectivement, la Cour constitutionnelle fédérale a laissé cette question ouverte pendant de nombreuses années, au cours desquelles elle a pu constater les efforts entrepris par Luxembourg pour renforcer sa protection des droits fondamentaux²⁷³⁶. En effet, la décision *Solange I* de 1974, violemment critiquée dès sa publication, a pu être un « détonateur »²⁷³⁷ pour inciter la Cour de justice à accentuer la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire. Peut ainsi être avancée l'idée selon laquelle ce n'est que lorsque Karlsruhe a

²⁷³⁴ J. SCHWARZE, « Das Kooperationsverhältnis des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof », in P. BADURA et H. DREIER (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 227.

²⁷³⁵ C. LACCHI, art. cité, p. 1670.

²⁷³⁶ Efforts reconnus notamment dans la décision du 25 juillet 1979, 2 BvL 6/77 (*BVerfGE* 52, 187 [en part. p. 200]).

²⁷³⁷ C. AUTEXIER, art. cité, p. 436.

considéré que le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire était suffisant qu'elle a accepté de faire entrer la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application de l'article 101 LF.

515. Mais c'est principalement la proposition inverse qui peut être soutenue : l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application du droit au juge légal est le prérequis imposé par la Cour de Karlsruhe pour reconnaître l'équivalence de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. En effet, cette inclusion et l'obligation constitutionnelle – par le truchement du droit au juge légal – de renvoi préjudiciel sont nécessaires pour garantir le transfert de la protection *effective* des droits fondamentaux de la Cour de Karlsruhe vers la Cour de Luxembourg²⁷³⁸. En témoigne l'ordre de l'argumentation des juges allemands : la reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal est préalable à la reconnaissance de l'équivalence de protection des droits fondamentaux. La première reconnaissance peut donc apparaître comme l'élément indispensable à la seconde reconnaissance. En effet, la Cour de Luxembourg ne peut garantir de manière effective ou efficace les droits fondamentaux qu'elle dégage par voie jurisprudentielle à partir des traditions constitutionnelles communes aux États membres, que si elle a l'opportunité procédurale²⁷³⁹. La procédure préjudicielle est présentée comme l'instrument principal permettant à la Cour de justice d'intervenir. Or, la Cour constitutionnelle allemande dispose d'un moyen de faire pression sur les juridictions allemandes pour garantir la saisine préjudicielle de la Cour de justice en cas de doute sur le respect des droits fondamentaux dans l'interprétation ou l'application d'un texte de droit communautaire : l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Par l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application de cet article, la Cour allemande renforce la responsabilité désormais première de cette juridiction en ce qui concerne l'interprétation du droit communautaire²⁷⁴⁰, notamment à l'aune des droits fondamentaux. Corrélativement, elle renforce la responsabilité des juridictions ordinaires allemandes, en leur rappelant leur obligation de renvoi préjudiciel. Au regard de l'importance de la procédure préjudicielle, ce n'est que si les juridictions allemandes de dernière instance respectent cette obligation que la protection des droits fondamentaux assurée par la Cour de justice peut être considérée comme satisfaisante, effective, et donc équivalente à celle de la

²⁷³⁸ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG: Unionsrechtsfreundliche oder grundrechtsfreundliche Modifizierungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG », *JZ*, 2012, vol. 67, p. 878.

²⁷³⁹ *Ibid.*

²⁷⁴⁰ J. SCHWARZE, art. cité, p. 228.

Cour constitutionnelle fédérale. Pour conserver une certaine maîtrise sur cette protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle intègre ainsi l'obligation communautaire de renvoi préjudiciel dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, gardant ainsi un œil sur les juridictions allemandes. Celles-ci sont priées de « jouer le jeu » de l'intégration.

516. Cette argumentation est représentative de la conception allemande des différentes fonctions du renvoi préjudiciel. En effet, au-delà de la répartition des compétences entre juridictions ordinaires et constitutionnelle, ce mécanisme a vocation à assurer la protection des droits fondamentaux des individus²⁷⁴¹. Dans ce cadre, le droit communautaire n'est pas exonéré de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Or, si la Cour de justice est l'organe judiciaire qui veille à ce respect, les possibilités d'accès direct à cette Cour par les individus sont extrêmement limitées²⁷⁴². Il revient donc aux juridictions nationales ordinaires de procéder à un tel contrôle. En cas de doute, elles ne peuvent pas, par elles-mêmes, déclarer une disposition de droit communautaire incompatible avec les droits fondamentaux. Elles sont tenues de former un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, qui assure l'uniformité d'interprétation et d'application du droit communautaire au regard de ces droits fondamentaux. La coopération judiciaire entre les juridictions nationales et Luxembourg devient un élément central pour la garantie effective des droits fondamentaux au niveau communautaire et national. La Cour constitutionnelle fédérale, par sa décision du 22 octobre 1986, participe ainsi à renforcer cette importance du mécanisme préjudiciel au service de la protection des droits fondamentaux.

517. Il aura donc fallu attendre la décision *Solange II*, décision fondamentale pour la construction européenne et les rapports de systèmes, pour que la Cour constitutionnelle fédérale consacre explicitement et logiquement l'inclusion de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans le champ d'application du droit allemand au juge légal. Si elle s'appuie sur les arguments invoqués dès les années 1970-1980 par une partie des juristes allemands, sa décision se situe dans un contexte plus large de reconnaissance de l'équivalence de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire. Dans cette décision, les aspects matériel et procédural sont intimement liés, et l'on comprend aisément que cette consécration du caractère légal de la

²⁷⁴¹ C'est la définition notamment exposée par G. SYDOW et F. WITTECK, *op. cit.*, p. 413 ; G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », *NJW*, 2012, vol. 65, p. 1316 ; C. NOWAK, « Nichterfüllung der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG als Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG », *NVwZ*, 2002, p. 690.

²⁷⁴² Les conditions de recevabilité du recours en annulation, ancré dans l'article 263 TFUE, sont extrêmement strictes en ce qui concerne les requérants particuliers. Voy. CJCE, arrêt du 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann* ; arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-50/00P, *Union de Pequeños Agricultores (UPA)*.

Cour de justice soit ainsi limitée à sa compétence préjudicielle, compétence de loin la plus importante dans le système judiciaire communautaire.

Section 2 : Une reconnaissance limitée à la compétence préjudicielle de la Cour de justice

518. Depuis 1986, la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît que le défaut de renvoi d'une question préjudicielle puisse empêcher qu'une question de droit de l'Union soit traitée par son juge légal, la Cour de justice de l'Union ; le non-renvoi peut alors influencer le résultat de la décision interne²⁷⁴³. Du point de vue de l'Union européenne, le non-renvoi menace l'unité de l'ordre juridique de l'Union, car il ouvre la possibilité que le droit de l'Union soit interprété différemment entre et dans les États membres²⁷⁴⁴. Ainsi et au regard de la compétence d'interprétation et d'application du droit de l'Union qui est confiée à la Cour de justice « dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'égalité devant la loi », la Cour de Karlsruhe reconnaît l'intégration fonctionnelle de la Cour de justice dans le système juridictionnel des États membres²⁷⁴⁵. L'inclusion du renvoi préjudiciel communautaire dans le champ d'application du droit au juge légal peut ainsi paraître cohérente, à condition que la Cour de Karlsruhe limite l'applicabilité de l'article 101 al. 1^{er} (2) aux situations dans lesquelles il existe une obligation de renvoi préjudiciel (§ 1). Si cette configuration est demeurée longtemps la seule envisagée par la Cour allemande, une décision de 2014 retient la possibilité de remettre en cause la compétence préjudicielle de la Cour de justice grâce au même article (§ 2). À ce stade, il sera possible de présenter le droit français comme contrepoint de la conception allemande, en ce qu'il maintient une vision purement objective du renvoi préjudiciel (§ 3).

§ 1 : Une compétence préjudicielle obligatoire en cas d'obligation de renvoi préjudiciel

519. Si le mécanisme préjudiciel s'est imposé dans les Communautés puis dans l'Union européenne comme un instrument central de coopération judiciaire, sa mise en œuvre n'est pas obligatoire dans toutes les situations. La majorité des juridictions dispose simplement d'une

²⁷⁴³ Pour un rappel récent, voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 25.

²⁷⁴⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 25.

²⁷⁴⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 25.

faculté de renvoi préjudiciel. Partant, la Cour constitutionnelle fédérale différencie, dans le cadre du contrôle effectué au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, entre la *faculté* et l'*obligation* de renvoi préjudiciel (A). Par ailleurs, cette obligation doit être articulée avec les obligations de renvoi existantes en droit interne, notamment vers la Cour constitutionnelle fédérale elle-même (B).

A. La distinction nécessaire entre faculté et obligation de renvoi

520. Dès 1975, lorsque Konrad Feige étudie la possibilité de sanctionner l'obligation communautaire de renvoi préjudiciel par l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, il se pose la question de savoir s'il faudrait y inclure la sanction de la simple faculté de renvoi ouverte aux juridictions qui ne statuent pas en dernière instance²⁷⁴⁶. Au niveau national, la compatibilité avec le droit au juge légal des dispositions internes laissant le renvoi à la discrétion de la juridiction est en effet contestée²⁷⁴⁷. La Cour de Karlsruhe considère qu'une certaine marge de manœuvre est autorisée dans la mesure où la décision demeure entre les mains du juge²⁷⁴⁸. Un droit de renvoi totalement libre serait en revanche inadmissible. Le juge doit prendre en considération les aspects favorables et défavorables du potentiel renvoi, c'est-à-dire les interprétations possibles de la disposition en cause, le caractère déterminant de la réponse pour l'issue du litige, ou encore le délai induit par une procédure préjudicielle²⁷⁴⁹.

521. La sanction du défaut de renvoi préjudiciel sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF n'intervient que lorsque la compétence du juge préjudiciel est obligatoire pour le juge au principal. S'agissant de l'obligation européenne de renvoi, le contrôle de la Cour de Karlsruhe sur le fondement de cet article est ainsi limité au respect de l'article 267 al. 3 TFUE. En raison de l'ambiguïté de la formulation de cet article dans sa version allemande, les circonstances exactes de l'obligation de renvoi préjudiciel ont été fortement débattues dans la doctrine²⁷⁵⁰. Toutefois, par la suite, la Cour de justice a précisé ces circonstances, notamment

²⁷⁴⁶ K. FEIGE, art. cité, p. 544.

²⁷⁴⁷ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOßKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 47.

²⁷⁴⁸ Voy. *supra*, Chapitre VI, Section 1, § 1, B, para. n° 344 et s. Cette position ressort de décisions dans lesquelles la Cour de Karlsruhe ne condamne pas fermement de telles possibilités de renvoi. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juin 1977, 2 BvR 499/74, 1042/75, § 56 (*BVerfGE* 45, 142).

²⁷⁴⁹ C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 47.

²⁷⁵⁰ Voy. sur ce point C. THOMALE, « Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsverbund », *EuR*, 2016, p. 512.

dans son arrêt *Cilfit* de 1982²⁷⁵¹. La Cour constitutionnelle allemande applique ainsi les critères développés par la Cour de Luxembourg, notamment pour le cercle des juridictions soumises à l'obligation de renvoi préjudiciel. En ce qui concerne les juridictions de dernière instance statuant au cours d'une procédure en référé, « sommaire et urgente », « relative à des mesures conservatoires »²⁷⁵², elle considère ainsi qu'elles ne sont pas soumises à l'obligation de renvoi²⁷⁵³ à partir du moment où une procédure au fond permettra « le réexamen de toute question de droit communautaire tranchée provisoirement »²⁷⁵⁴. Dans une décision du 17 janvier 2017, la Cour allemande s'est toutefois interrogée sur le maintien de cette jurisprudence, au regard de l'importance de la procédure préjudicielle pour la protection des droits individuels et des effets préjudiciables irréversibles pouvant se produire dans le cadre d'une procédure accélérée²⁷⁵⁵. Cela avait déjà été relevé par certains auteurs²⁷⁵⁶. Cependant, elle a maintenu sa jurisprudence constante, conforme à celle de la Cour de justice²⁷⁵⁷. Par ailleurs, en raison des conditions de recevabilité du recours constitutionnel individuel, la Cour allemande contrôle, de fait, les décisions des juridictions de dernière instance²⁷⁵⁸.

522. Au début des années 2000, la Cour constitutionnelle a développé un autre moyen de pouvoir éventuellement contrôler l'exercice de la faculté de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes. Celui-ci provient de la reconnaissance par la Cour de la possibilité de contrôler les décisions juridictionnelles sur le fondement d'un autre article, l'article 19 al. 4 LF, alors qu'elle avait jusque-là considéré que cet article garantissait une protection juridictionnelle *par* les juges et non pas *contre* les juges²⁷⁵⁹. Dans une décision du 27 avril 2005, la Cour a en effet rejeté le moyen tiré de la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF par des juridictions statuant dans le cadre d'une procédure en référé, tout en accueillant le recours sur le fondement de l'article 19 al. 4 LF²⁷⁶⁰. En l'espèce, le requérant est un courtier en paris sportifs, qui souhaite ouvrir un point de vente pour proposer des paris à des sociétés de paris. En 2003, le bureau

²⁷⁵¹ CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. C-283/81, *Cilfit*. Voy. par ex. F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 709.

²⁷⁵² CJCE, arrêt du 24 mai 1977, aff. C-107/76, *Hoffmann La Roche*, § 5.

²⁷⁵³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 novembre 1991, 2 BvR 1642/91 (*NVwZ* 1992, 360) ; rappelé ensuite dans une décision du 17 janvier 2017, 2 BvR 2013/16, § 14 (*NVwZ* 2017, 470).

²⁷⁵⁴ CJCE, arrêt du 27 octobre 1982, aff. C-35/82, *Morson et Jhanjan*, § 8.

²⁷⁵⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 janvier 2017, 2 BvR 2013/16, § 16 (*NVwZ* 2017, 470).

²⁷⁵⁶ Par ex. par W. ROTH, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH », *NVwZ*, 2009, p. 346.

²⁷⁵⁷ Voy. ultérieurement : C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 septembre 2017, 1 BvR 1928/17, § 4.

²⁷⁵⁸ Voir *supra*, Chapitre VI, Section 2, § 1, B, 2, para. n° 369.

²⁷⁵⁹ Andreas Voßkuhle, dans son travail de doctorat, avait déjà invité à cette évolution : A. VOßKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, Munich, C. H. Beck, 1993.

²⁷⁶⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 avril 2005, 1 BvR 223/05 (*BVerfGK* 5, 196).

administratif compétent (*Landratsamt*) refuse la demande d'exercice de l'activité commerciale, au motif qu'il s'agit d'une activité entrant dans le champ du paragraphe 284 al. 1^{er} du Code pénal allemand en tant que jeu de hasard illicite. En 2004, le bureau interdit au requérant d'exploiter l'activité de courtage pour des sociétés de paris, ordonne la cessation de l'exploitation, avec exécution immédiate sous peine d'astreinte, eu égard au caractère délictuel de l'activité. Le requérant forme un recours contre cette décision devant le tribunal administratif, en demandant la suspension de l'exécution de la décision durant la procédure. Par décision du 29 mars 2004, le tribunal rejette le recours et l'établissement de l'effet suspensif du recours, se fondant notamment sur l'échec probable du recours au fond. Le requérant interjette appel contre cette décision provisoire, mettant notamment en avant l'existence de doutes, dans la jurisprudence allemande, sur la compatibilité du paragraphe 284 al. 1^{er} du Code pénal allemand avec le droit communautaire. Le Tribunal administratif supérieur valide la décision de première instance, considérant que la décision d'interdiction semble légale après un examen sommaire. Le requérant forme un recours constitutionnel individuel contre ces décisions provisoires, en invoquant en particulier l'article 101 al. 1^{er} (2) et le défaut de renvoi préjudiciel. Dans sa décision, la Cour relève d'abord que l'article 101 al. 1^{er} (2) LF ne peut s'appliquer dans le cadre d'une procédure ayant pour objet le prononcé de mesures conservatoires²⁷⁶¹. Par la suite, elle examine le respect par les juridictions de l'article 19 al. 4 LF. La Cour rappelle alors les doutes existants quant à la compatibilité avec le droit communautaire de la disposition pénale invoquée par le bureau administratif. Elle note les « doutes considérables » exprimés par la doctrine allemande²⁷⁶², liés notamment à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Selon les juges constitutionnels allemands, seul l'exercice d'un renvoi préjudiciel en interprétation aurait permis de mettre fin au débat et de confirmer de manière suffisante le maintien de l'acte administratif en cause. En l'absence d'un tel renvoi, elle considère que les juridictions administratives allemandes n'ont pas suffisamment justifié l'intérêt supérieur légitimant le maintien de l'acte²⁷⁶³. Partant, les décisions provisoires ont méconnu le droit du requérant à une protection juridictionnelle effective. Ce raisonnement a été plusieurs fois appliqué par la Cour constitutionnelle fédérale par la suite²⁷⁶⁴, ainsi que par des juridictions ordinaires²⁷⁶⁵. La faculté de renvoi préjudiciel est ainsi encadrée différemment par la Cour, au

²⁷⁶¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 avril 2005, 1 BvR 223/05, § 27 (*BVerfGK* 5, 196).

²⁷⁶² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 avril 2005, 1 BvR 223/05, § 33 (*BVerfGK* 5, 196).

²⁷⁶³ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 avril 2005, 1 BvR 223/05, § 35 (*BVerfGK* 5, 196).

²⁷⁶⁴ Par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 janvier 2017, 2 BvR 2013/16, § 17 à 21 (*NVwZ* 2017, 470).

²⁷⁶⁵ Par exemple, par le tribunal administratif supérieur de Bade-Wurtemberg : décision du 9 octobre 2012, 11 S 1843/12, § 23 (*ESVGH* 63, 188).

moyen du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective. L'obligation de renvoi préjudiciel, quant à elle, a été également articulée avec les différentes obligations de renvoi existantes en droit interne.

B. L'articulation avec les obligations internes de renvoi

523. Selon l'article 100 al. 1^{er} LF, la Cour constitutionnelle fédérale peut être saisie par toute juridiction allemande pour contrôler la conformité d'une norme au regard de la Loi fondamentale ou du droit fédéral (contrôle concret)²⁷⁶⁶. Selon le modèle présenté plus tôt, la Cour de Karlsruhe peut contrôler le non-exercice de ce renvoi sur le fondement de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. La question s'est posée de l'articulation entre cette obligation de renvoi et celle à la Cour de justice. L'intérêt d'une telle articulation apparaît notamment lorsqu'est mise en cause la validité d'une norme issue du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux. La question de la priorité entre les différents renvois aux mains des juridictions n'est pas une question propre à l'Allemagne. En France, la question a été posée par la Cour de cassation à la Cour de justice dès l'entrée en vigueur de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité²⁷⁶⁷. Par principe, la Cour de justice considère que l'existence d'une procédure de question de constitutionnalité ne doit pas priver le juge national de sa faculté de poser une question préjudicielle à la Cour²⁷⁶⁸. En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité française, le juge de Luxembourg, dans son arrêt *Melki et Abdeli*²⁷⁶⁹, a rendu une décision de compromis. Il considère que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation instaurant une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité si cela empêche les juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire leur obligation de renvoi préjudiciel. Toutefois, une telle procédure incidente n'est pas incompatible avec la procédure préjudicielle à partir du moment où les juridictions nationales restent libres de saisir à tout moment la Cour de justice, d'adopter des mesures provisoires

²⁷⁶⁶ Sur cette procédure de contrôle, voy. par ex. G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021, p. 943 (§ 1063).

²⁷⁶⁷ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* du 11 décembre 2009, p. 21379.

²⁷⁶⁸ CJCE, arrêt du 27 juin 1991, aff. C-348/89, *Mecanarte – Metalúrgica da Lagoa Lda.*, § 45 ; arrêt du 20 décembre 2017, aff. C-322/16, *Global Starnet Ltd*, § 21. Sur ce point, voy. par ex. F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 713 et s.

²⁷⁶⁹ CJUE, gr. ch., arrêt du 22 juin 2010, aff. C-188, 189/10, *Melki et Abdeli*.

relatives aux droits conférés par le droit de l'Union et de laisser inappliquée une disposition législative nationale contraire au droit de l'Union²⁷⁷⁰.

524. En Allemagne, la question de l'articulation entre contrôle concret des normes et renvoi préjudiciel à la Cour de justice a été tranchée par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans une décision du 4 octobre 2011²⁷⁷¹. En l'espèce, la Cour était amenée à contrôler la constitutionnalité d'une disposition de la loi allemande sur les primes à l'investissement (*Investitionszulagengesetz*), dont le contenu découlait d'une décision de la Commission des Communautés européennes²⁷⁷². La Cour constitutionnelle fédérale considère que ce renvoi est irrecevable, dans la mesure où la juridiction allemande n'a pas précisé si la loi estimée inconstitutionnelle avait été adoptée en application d'une marge d'appréciation laissée au législateur national par le droit de l'Union²⁷⁷³. Pour répondre à une telle question, la juridiction nationale était dans l'obligation d'effectuer préalablement un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, indépendamment du fait de savoir s'il s'agit d'une juridiction de dernière instance ou non. La Cour constitutionnelle fédérale impose une situation complémentaire d'obligation de renvoi aux juridictions allemandes dans le cas où elles souhaiteraient faire contrôler la constitutionnalité d'une loi adoptée sur transposition du droit de l'Union²⁷⁷⁴. Cette position donne la priorité au renvoi préjudiciel à la Cour de justice par rapport au contrôle concret de constitutionnalité. C'est une décision particulièrement favorable au droit de l'Union et à l'intégration européenne. Finalement, cette position de la Cour constitutionnelle est une illustration du respect, par cette Cour, de sa jurisprudence *Solange II*²⁷⁷⁵. En effet, selon cette jurisprudence, Karlsruhe ne contrôle les dispositions nationales prises en vertu du droit de l'Union au regard des droits fondamentaux allemands que lorsque le législateur national a fait usage d'une marge d'appréciation octroyée par le droit de l'Union. Dans le cas contraire, contrôler la constitutionnalité de la disposition nationale reviendrait à contrôler la constitutionnalité du droit de l'Union, ce qu'elle se refuse à effectuer depuis 1986. Or, en l'espèce, la juridiction n'a pas clarifié la question de l'existence ou non d'une marge d'appréciation octroyée par la Commission européenne dans sa décision relative aux

²⁷⁷⁰ F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 714.

²⁷⁷¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 octobre 2011, 1 BvL 3/08 (*BVerfGE* 129, 186).

²⁷⁷² Comm. CE, décision 94/173/CE du 22 mars 1994, relative à l'établissement des critères de choix à retenir pour les investissements concernant l'amélioration des conditions de transformation et de commercialisation des produits agricoles et sylvicoles et abrogeant la décision 90/342/CEE, JO du 23 mars 1994, p. 29.

²⁷⁷³ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 octobre 2011, 1 BvL 3/08, § 43 (*BVerfGE* 129, 186).

²⁷⁷⁴ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 879 ; M. FOERSTER, « Vorlagepflicht des AEUV und Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zu den Beschlüssen des BVerfG vom 25. Juni 2015, 1 BvR 37/15 und 1 BvR 555/15 (Mindestlohngesetz) », *EuR*, 2015, p. 605.

²⁷⁷⁵ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung », art. cité, p. 1316.

investissements. Partant, la Cour constitutionnelle fédérale ne peut affirmer ou rejeter sa compétence pour contrôler la disposition soumise au regard de la Loi fondamentale. Afin que cette question soit éclaircie, elle invite les juridictions nationales à renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice avant de la saisir dans le cadre de l'article 100 al. 1^{er} LF. C'est l'occasion pour la Cour constitutionnelle de mettre à nouveau en avant l'importance de la participation des juridictions nationales à la coopération judiciaire européenne par le biais du mécanisme préjudiciel pour assurer le respect de la jurisprudence *Solange II*. Elle insiste sur la répartition des compétences entre les juridictions ordinaires et elle-même, et notamment sur le rôle prioritaire des premières en ce qui concerne la clarification des questions de droit de l'Union par le renvoi préjudiciel²⁷⁷⁶. La Cour constitutionnelle fédérale rappelle également dans cette décision que lorsque la juridiction considère que la disposition nationale méconnaît à la fois le droit de l'Union et la Loi fondamentale, elle a le choix entre le contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 100 al. 1^{er} LF et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice²⁷⁷⁷. Cependant, certains auteurs considèrent que cette décision ne respecte pas le droit de l'Union, en ce qu'elle impose une obligation de renvoi en vertu du droit processuel national, alors que le droit de l'Union pose, à l'article 267 al. 2 TFUE, le principe du choix pour les juridictions, de saisir ou non la Cour de justice selon leur propre appréciation²⁷⁷⁸. En 2015, la Cour de Karlsruhe a tempéré sa jurisprudence en estimant plus sobrement que « les conséquences des questions éclaircies de droit de l'Union sur le droit national ne doivent pas être résolues en priorité par la Cour constitutionnelle fédérale, mais en premier lieu par les juridictions ordinaires »²⁷⁷⁹.

525. En tout état de cause, il faut toutefois signaler que depuis ces décisions, la Cour constitutionnelle fédérale a modifié sa jurisprudence relative au droit de l'Union européenne et au contrôle qu'elle exerce sur les actes allemands d'application du droit de l'Union. Ses deux décisions *Droit à l'oubli* du 6 novembre 2019²⁷⁸⁰ sont ici fondamentales. Dans la première décision, la matière concernée – une archive de presse en ligne, n'était que partiellement

²⁷⁷⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 octobre 2011, 1 BvL 3/08, § 49 (*BVerfGE* 129, 186).

²⁷⁷⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 octobre 2011, 1 BvL 3/08, § 55 (*BVerfGE* 129, 186). Voy. déjà : C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 11 juillet 2006, 1 BvL 4/00, § 52 (*BVerfGE* 116, 202).

²⁷⁷⁸ M. FOERSTER, « Anmerkung - BVerfG, Beschluss v. 4.10.2011 - 1 BvL 3/08 », *JZ*, 2012, vol. 67, p. 515 et s. ; M. FOERSTER, « Vorlagepflicht des AEUV », art. cité, p. 606.

²⁷⁷⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 25 juin 2015, 1 BvR 555/15, § 15 (*NJW* 2015, 2242).

²⁷⁸⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décisions du 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 (*BVerfGE* 152, 152) et 1 BvR 276/17 (*BVerfGE* 152, 216). Sur ces décisions, voy. par ex. C. D. CLASSEN et A. GAILLET, « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2019 », *RFDC*, 2020, vol. 124, p. 957-958 ; M. KORDEVA, « Chronique. Allemagne », *AIJC*, 2020, vol. 35, p. 681-692 ; A. GAILLET et O. JOUANJAN, « Jurisprudence constitutionnelle allemande en 2019 et 2020 », *RDP*, 2021, p. 1739-1742 ; S. GEIGER, « Allemagne : césure jurisprudentielle en matière de protection des droits fondamentaux européens », *RTD eur.*, 2020, p. 231 et s.

harmonisée par le droit de l'Union européenne. La Cour considère donc qu'elle peut contrôler l'acte de droit allemand sur le fondement des droits fondamentaux allemands²⁷⁸¹, respectant les principes posés par la Cour de justice dans son arrêt *Akerberg Fransson*²⁷⁸². Dans de telles configurations, dès lors que la matière touche au droit de l'Union, les juridictions ordinaires conservent cependant toujours la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice en cas de difficulté d'interprétation²⁷⁸³. Dans la seconde décision, la question touchant aux obligations d'un moteur de recherche était complètement harmonisée par le droit de l'Union²⁷⁸⁴. Contrôler l'acte de droit allemand revenait donc à contrôler le droit de l'Union européenne. Plutôt que d'appliquer sa jurisprudence *Solange II* et de ne pas contrôler l'acte, elle décide qu'elle peut contrôler ce type d'actes sur le fondement des droits fondamentaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁷⁸⁵. La Cour de Karlsruhe précise qu'elle est « garante d'une protection complète des droits fondamentaux au niveau national », et que cela passe non seulement par le contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel tiré de l'article 101 al. 1^{er} (2), mais aussi par l'intégration des droits fondamentaux de l'Union eux-mêmes dans son critère de contrôle²⁷⁸⁶. Pour la question spécifique de l'articulation entre renvoi à la Cour constitutionnelle fédérale et renvoi préjudiciel, il semble donc que cette nouvelle jurisprudence puisse permettre, dans tous les cas, au juge allemand de saisir la Cour de Karlsruhe sur le fondement de l'article 100 al. 1^{er} LF : s'il s'agit d'une question qui n'est pas entièrement harmonisée par le droit de l'Union et que le législateur allemand a bénéficié d'une marge d'appréciation, elle pourra contrôler la constitutionnalité de la disposition ; s'il s'agit d'une question entièrement harmonisée par le droit de l'Union, elle pourra contrôler la disposition sur le fondement des droits fondamentaux de l'Union, en s'aidant de la jurisprudence européenne, et, si nécessaire, poser elle-même une question préjudicielle à la Cour de justice.

526. Quoi qu'il en soit, la posture de la Cour constitutionnelle fédérale reste *europafreundlich*, respectant la jurisprudence de la Cour de justice sur la délimitation de l'obligation de renvoi préjudiciel et priorisant cette obligation sur l'obligation de renvoi interne en cas de lien avec le droit de l'Union. Une décision de 2014 de la Cour de Karlsruhe rappelle

²⁷⁸¹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13, § 41 (*BVerfGE* 152, 152). Voy. M. KORDEVA, art. cité, p. 683 et s.

²⁷⁸² CJUE, gr. ch., arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*, en part. § 29.

²⁷⁸³ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13, § 73 (*BVerfGE* 152, 152).

²⁷⁸⁴ C. D. CLASSEN et A. GAILLET, art. cité, p. 957 ; M. KORDEVA, art. cité, p. 689.

²⁷⁸⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 276/17, § 50 et s. (*BVerfGE* 152, 216).

²⁷⁸⁶ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 276/17, § 66 (*BVerfGE* 152, 216).

toutefois sa volonté de « garder un œil » sur la jurisprudence parfois extensive de la Cour de justice.

§ 2 : La possibilité de remettre en cause la compétence de la Cour de justice

527. Jusqu'en 2014, la violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF dans le contexte du droit de l'Union ne semblait pouvoir découler que de la méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes. C'est l'absence de renvoi qui était seul constitutif d'une violation du droit au juge légal. Pourtant, une décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 28 janvier 2014²⁷⁸⁷ a remis en cause cette hypothèse. À cette occasion, la Cour évoque une seconde configuration de violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF dans le contexte du droit de l'Union européenne : cette violation pourrait également découler de la mise en œuvre du mécanisme préjudiciel, lorsque la Cour de justice n'est pas matériellement compétente pour répondre à la question (A). Au regard du contexte de cette décision ainsi que des obligations européennes entourant l'instrument préjudiciel, cette affirmation semble cependant plus symbolique qu'effective (B).

A. La violation du droit au juge légal en cas d'incompétence matérielle de la Cour de justice

528. L'affaire ayant donné lieu à la décision du 28 janvier 2014 est relativement classique. En l'espèce, le litige concerne une loi allemande de subvention des films nationaux (*Filmförderungsgesetz*), qui prévoit la taxation de certains acteurs privés du domaine du cinéma, afin de financer les subventions. Si au départ, cette taxe s'appliquait uniquement aux exploitants de salles de cinéma, elle a été progressivement imposée à d'autres acteurs du secteur de la vidéo et aux diffuseurs de télévision. Plusieurs exploitants de cinéma contestent la taxation dont ils font l'objet en vertu de cette loi. Par des jugements du 20 septembre 2007, le Tribunal administratif de Berlin rejette leurs recours²⁷⁸⁸, rejets que confirme le Tribunal administratif fédéral, dans ses arrêts du 23 février 2011²⁷⁸⁹. Les requérants forment un recours constitutionnel

²⁷⁸⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12 (*BVerfGE* 135, 155).

²⁷⁸⁸ Trib. adm. Berlin, jugements du 20 septembre 2007, 22 A 517.04, 22 A 522.04, 22 A 524.04, 22 A 523.04.

²⁷⁸⁹ Trib. adm. féd. all., arrêts du 23 février 2011, 6 C 22.10, 6 C 23.10, 6 C 25.10, 6 C 24.10.

individuel contre ces décisions, en invoquant notamment la méconnaissance de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF pour défaut de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Selon eux, les tribunaux administratifs auraient dû remettre en question la compatibilité de la réglementation allemande avec les règles européennes concernant les aides d'État²⁷⁹⁰. Si la Cour constitutionnelle fédérale est ainsi invitée à apprécier, classiquement, la conformité de l'absence de renvoi préjudiciel par les tribunaux administratifs avec sa jurisprudence constante en la matière, un nouvel élément de rédaction attire l'attention du lecteur :

« La Cour de justice de l'Union européenne est un juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF [...]. Dans les conditions prévues à l'article 267 al. 3 TFUE, les juridictions nationales sont tenues de saisir d'office la Cour de justice [...]. Partant, si une juridiction allemande ne respecte pas son obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice *ou si elle introduit un renvoi préjudiciel alors qu'une compétence de la Cour de justice n'est pas attestée* (cf. arrêt de la première chambre du 24 avril 2013 – 1 BvR 1215/07 [...]), le justiciable du litige au principal peut être privé de son juge légal [...]. »²⁷⁹¹

Pour la première fois, la Cour constitutionnelle fédérale fait le lien entre la compétence préjudicielle de la Cour de justice et sa compétence matérielle, liée au champ d'application du droit de l'Union lui-même. Jusqu'à présent, le droit au juge légal avait toujours été invoqué pour faire respecter la compétence préjudicielle de la Cour de justice. Dans cette décision, la Cour allemande rappelle que cette compétence dépend de la matière concernée et de la compétence matérielle de la Cour de Luxembourg. Si un juge allemand pose une question préjudicielle relative à une disposition allemande dont le lien avec le champ d'application du droit de l'Union n'est pas prouvé, il est susceptible d'être condamné par la suite par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe.

529. Cette mise en garde de la Cour constitutionnelle fédérale vis-à-vis du caractère limité de la compétence de la Cour de justice est à mettre en lien avec les difficultés apparues en 2013 concernant la délimitation du champ d'application du droit de l'Union. L'arrêt *Akerberg Fransson* de la Cour de justice, rendu le 26 février 2013²⁷⁹², avait en effet entraîné de nombreuses remarques et critiques dans l'Union quant à la vision extensive du juge de

²⁷⁹⁰ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12, § 59 (*BVerfGE* 135, 155).

²⁷⁹¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12, § 77 (*BVerfGE* 135, 155) (nous soulignons).

²⁷⁹² CJUE, gr. ch., arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*.

Luxembourg du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union – qui détermine son propre champ d'application en matière préjudicielle. Selon l'article 51 al. 1^{er} CDFUE, les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Dans son arrêt de 2013, la Cour de justice considère qu'une telle mise en œuvre du droit de l'Union existe dès qu'une réglementation nationale entre « dans le champ d'application de ce droit »²⁷⁹³. Cette conception extensive du champ d'application de la Charte a pour conséquence la recevabilité de renvois préjudiciels fondés sur tout droit fondamental consacré par ce texte, à partir du moment où la réglementation nationale peut être rattachée au champ d'application du droit de l'Union. Selon la Cour de justice, « [l']applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »²⁷⁹⁴. Elle écarte donc le critère de la stricte transposition du droit de l'Union par la réglementation nationale. Au regard du nombre de matières « touchées » par le droit de l'Union, cette jurisprudence entraîne une applicabilité extrêmement large de la Charte. De manière incidente, la compétence préjudicielle de la Cour de justice est elle-même élargie. Cette conception extensive n'a pas été favorablement accueillie dans la doctrine et par les juridictions nationales. En Allemagne en particulier, le président de la Cour constitutionnelle fédérale de l'époque, Andreas Voßkuhle avait réagi à cet arrêt, l'accusant de menacer l'équilibre du système de protection des droits fondamentaux²⁷⁹⁵. Il considère que l'arrêt *Akerberg Fransson*, tout comme l'arrêt *Melloni*, rendu le même jour par la Cour de justice de l'Union, pourraient « créer de nouveaux conflits entre les cours constitutionnelles des États membres et la Cour de justice, étant donné que cette dernière souhaite pratiquement soumettre à son contrôle toute action des États membres ayant un lien avec le droit de l'Union »²⁷⁹⁶. Dès 2013, la première chambre de la Cour constitutionnelle avait exprimé de manière indirecte son désaccord avec cette jurisprudence. Dans une décision du 24 avril 2013 relative à la constitutionnalité de la loi antiterroriste allemande (*Antiterrordateigesetz*)²⁷⁹⁷, elle avait considéré qu'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'était en l'espèce pas opportun, à partir du moment où les questions posées concernaient exclusivement les droits fondamentaux allemands. Le juge allemand avait noté que la Cour de Luxembourg n'était pas, en l'espèce, le juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF²⁷⁹⁸, tout en citant l'arrêt *Akerberg Fransson*. Par cette décision, la Cour de Karlsruhe,

²⁷⁹³ CJUE, gr. ch., arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*, § 19.

²⁷⁹⁴ CJUE, gr. ch., arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*, § 21.

²⁷⁹⁵ A. VOßKUHLE, « “Integration durch Recht” - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts », *JZ*, 2016, vol. 71, n° 4, p. 163.

²⁷⁹⁶ A. VOßKUHLE, « Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration », *NVwZ-Beilage*, 2013, n° 1, p. 29.

²⁷⁹⁷ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07 (*BVerfGE* 133, 277).

²⁷⁹⁸ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, § 91 (*BVerfGE* 133, 277).

qui s'était sentie menacée²⁷⁹⁹, avait rejeté l'interprétation extensive du champ d'application de la Charte et l'extension de sa propre obligation de saisir la Cour de justice²⁸⁰⁰. La décision du 28 janvier 2014 de la seconde chambre de la Cour, qui cite cette décision du 24 avril 2013, est une manifestation encore plus ferme et directe de son désaccord avec la jurisprudence de Luxembourg. Elle ne se contente pas de signaler que la Cour de justice n'est pas automatiquement un juge légal, notamment lorsque sont seuls en cause des droits fondamentaux allemands. Elle affirme en outre que poser une question préjudicielle dans un tel cas constituerait une violation, par les juges allemands, du droit au juge légal. La Cour de justice serait dans un tel cas un « juge illégal »²⁸⁰¹.

530. Dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 28 janvier 2014, les requérants contestaient l'absence de renvoi préjudiciel de la part des tribunaux administratifs. Ne se posait donc pas la question de l'incompétence matérielle de la Cour de justice. L'affirmation de la Cour constitutionnelle fédérale peut donc être considérée davantage comme symbolique qu'effective, comme un avertissement à destination de la Cour de justice.

B. Une affirmation plus symbolique qu'effective

531. La mention de l'incompétence matérielle de la Cour de justice dans la décision du 28 janvier 2014 doit être comprise comme une réponse de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe à la jurisprudence extensive de la Cour de Luxembourg. En effet, au regard de la mention de la décision de la première chambre du 24 avril 2013 et de l'arrêt *Akerberg Fransson*, le véritable destinataire de cette affirmation semble être la Cour de justice²⁸⁰². Ce passage sonne comme un avertissement : la Cour de Karlsruhe paraît prête à s'engager dans un nouveau rapport de force avec la Cour de justice concernant la protection des droits fondamentaux et la répartition de cette protection entre les cours – comme en témoignent également les prises de position immédiates du président Voßkuhle après les décisions du 26 février 2013. L'idée selon laquelle les juridictions allemandes seraient aussi les destinataires de l'avertissement de la Cour, afin de ne pas saisir trop rapidement la Cour de justice en cas de question liée aux droits

²⁷⁹⁹ S. GEIGER, art. cité, p. 231.

²⁸⁰⁰ F. SCHÜTTER, « Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter bei Nichtvorlage an den EuGH », in Y. BECKER et F. LANGE (dir.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, tome 3, Berlin, De Gruyter, 2014, p. 373.

²⁸⁰¹ C. LATZEL, « Kein Vorlageverbot », *JZ*, 2014, vol. 69, n° 8, p. 392.

²⁸⁰² *Ibid.*

fondamentaux²⁸⁰³, nous paraît moins probable, notamment au regard de l'incompatibilité potentielle d'un tel avertissement avec le droit de l'Union. D'abord, la mise en œuvre pratique d'un contrôle de constitutionnalité ayant pour objet un renvoi préjudiciel (prétendument fautif) ne semble pas véritablement envisagée par la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci se contente d'affirmer l'éventualité d'une violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, sans préciser davantage dans quelles configurations procédurales un renvoi préjudiciel inconstitutionnel pourrait jouer²⁸⁰⁴. Par ailleurs, depuis 2014, aucun recours correspondant à cette configuration n'a été examiné par la Cour de Karlsruhe, alors même que cette dernière maintient cette formulation dans certaines de ses décisions²⁸⁰⁵.

532. Si cette déclaration de la Cour allemande peut être symboliquement importante dans les rapports de force entre les cours européennes, sa compatibilité avec le droit de l'Union n'est pas certaine – et donc sa mise en pratique peu probable. En premier lieu, cette affirmation de la Cour de Karlsruhe, au regard de ce qu'elle sous-entend, ne respecte pas la compétence de la Cour de justice en tant qu'interprète du droit de l'Union²⁸⁰⁶. Celle-ci, dans le cadre de la procédure préjudicielle, se contente d'interpréter le droit de l'Union sans se prononcer sur son application dans le litige principal, ce qui reste du ressort de la juridiction de renvoi. L'interprétation effectuée par la Cour de justice est contraignante²⁸⁰⁷, ce que la Cour de Karlsruhe a déjà reconnu²⁸⁰⁸. Sa position consistant à substituer sa propre interprétation – restrictive – du champ d'application de la Charte des droits fondamentaux à celle donnée par la Cour de justice ne tient donc pas compte du rôle de cette dernière et de l'effet contraignant de ses arrêts préjudiciels. En deuxième lieu, cette déclaration semble incompatible avec le principe selon lequel aucune restriction à la faculté de renvoi préjudiciel ne saurait être admise²⁸⁰⁹. En effet, le fait de savoir si, d'un point de vue national, la Cour de justice aurait dû être saisie par voie préjudicielle n'a aucune importance pour le droit de l'Union. Au contraire, selon une jurisprudence constante de la Cour de Luxembourg, aucune limitation de l'exercice du renvoi

²⁸⁰³ F. SCHÜTTER, art. cité, p. 385.

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

²⁸⁰⁵ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 36 (*NSiZ-RR* 2022, 222) ; décision du 20 avril 2022, 2 BvR 1713/21, § 41 (*NSiZ-RR* 2022, 225). Par contre, la formulation n'est pas présente dans une autre décision récente de 2023 (C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20).

²⁸⁰⁶ C. LATZEL, art. cité, p. 393.

²⁸⁰⁷ CJCE, arrêt du 3 février 1977, aff. C-52/76, *Benedetti*, § 26 : « un arrêt rendu à titre préjudiciel a pour objet de trancher une question de droit et [...] lie le juge national quant à l'interprétation des dispositions et actes communautaires en cause ».

²⁸⁰⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juin 1977, 2 BvR 499/74, 1042/75, § 56 (*BVerfGE* 45, 142).

²⁸⁰⁹ C. LATZEL, art. cité, p. 393.

préjudiciel au niveau national ne peut être tolérée²⁸¹⁰. La Cour de justice peut certes déclarer le renvoi irrecevable en cas d'absence de tout lien avec le droit de l'Union, mais ce n'est pas à une juridiction constitutionnelle nationale d'imposer une barrière liée au champ d'application du droit de l'Union – qui plus est au regard de sa propre interprétation de la compétence de la Cour de justice.

533. Enfin, la compatibilité de cette affirmation avec les principes applicables à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF dégagés par la Cour constitutionnelle fédérale elle-même est discutable. Celle-ci considère en effet que la question de l'accès au juge légal reste une question formelle. Elle ne contrôle pas ce que décide la juridiction, mais uniquement quelle juridiction doit décider selon les règles de compétence²⁸¹¹. De plus, l'impossibilité de remettre en cause un arrêt préjudiciel pour incompétence matérielle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF ne signifie pas pour autant que tout contrôle constitutionnel soit exclu. Afin de contrôler le contenu d'une décision de la Cour de justice, notamment lorsqu'elle considère qu'elle a outrepassé ses compétences, la Cour de Karlsruhe peut mettre en œuvre un contrôle *ultra vires*, développé à partir de la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993²⁸¹². Ce contrôle sera effectué non pas au regard de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, mais au regard de droits fondamentaux matériels, tels que les droits-libertés ou le principe d'égalité²⁸¹³. Par ailleurs, ce ne sont pas les juridictions allemandes qui sont alors sanctionnées par l'acte de droit de l'Union et/ou l'interprétation (prétendument fautive) qu'en a faite la Cour de justice. En vertu du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative au droit au juge légal, la faculté de renvoi préjudiciel des juridictions allemandes doit finalement rester intacte. C'est la raison pour laquelle Clemens Latzel considère que l'affirmation de la Cour constitutionnelle ne saurait instaurer une interdiction de renvoi préjudiciel (*Vorlageverbot*)²⁸¹⁴.

534. En somme, au regard de l'importance de la compétence préjudicielle de la Cour de justice dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale limite son contrôle à la question du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes. Dans ce cadre, elle respecte la jurisprudence luxembourgeoise concernant la délimitation du cercle des juridictions soumises à l'obligation de renvoi et a souhaité articuler les différents

²⁸¹⁰ CJCE, arrêt du 16 janvier 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf*; CJUE, gr. ch., arrêt du 22 juin 2010, aff. C-188, 189/10, *Melki et Abdeli*.

²⁸¹¹ C. LATZEL, art. cité, p. 393.

²⁸¹² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 octobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92 (*BVerfGE* 89, 155).

²⁸¹³ C. LATZEL, art. cité, p. 394.

²⁸¹⁴ C. LATZEL, art. cité.

renvois préjudiciels possibles pour les juges inférieurs. Pourtant, en raison de son désaccord concernant le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux, la Cour allemande a développé une jurisprudence surprenante et peu respectueuse du droit de l'Union et de sa propre jurisprudence, en imaginant la possibilité de sanctionner les juridictions allemandes qui saisiraient la Cour de justice par la voie préjudicielle alors que cette dernière serait incompétente pour y répondre. La situation française contraste fortement avec la jurisprudence constitutionnelle allemande exposée jusqu'ici. Le renvoi préjudiciel n'est ainsi rattaché à aucun droit subjectif des justiciables, en raison d'une vision encore purement objective du renvoi.

§ 3 : Le contrepoint français : le maintien d'une vision objective du renvoi préjudiciel

535. En France, l'analyse du mécanisme du renvoi préjudiciel demeure limitée à la conception qui en est donnée par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans cette mesure, les juges et la doctrine maintiennent une vision purement objective de cet instrument, en rappelant la jurisprudence européenne en la matière. Selon une jurisprudence constante, le renvoi préjudiciel est en effet l'instrument de « la coopération, instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire, et la Cour de justice »²⁸¹⁵. Le renvoi préjudiciel est ainsi avant tout défini comme un mécanisme de « coopération judiciaire de juge à juge », de « dialogue de juge à juge », étranger à l'intervention des parties²⁸¹⁶. La perception du renvoi préjudiciel en France est fidèle à cet aspect de coopération de juge à juge. D'abord, les juges français assument leur rôle, plus général, de « juges de droit commun du droit de l'Union européenne ». Dans son célèbre arrêt d'Assemblée *Madame Perreux*, le Conseil d'État qualifie ainsi le juge national de « juge de droit commun de l'application du droit communautaire »²⁸¹⁷. Par la suite, le juge administratif suprême a pu utiliser, dans la rédaction d'une question préjudicielle à la Cour de justice, la formule de « juge de droit commun du droit de l'Union européenne » pour qualifier

²⁸¹⁵ CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. C-283/81, *Cilfit*, § 7.

²⁸¹⁶ Voy. par ex. M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 828 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022, p. 566 ; J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2023, p. 806 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 702 ; F. FERRAND, « Das Vorabentscheidungsverfahren aus französischer Sicht », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2002, vol. 66, p. 392 ; J. MALENOVSKÝ, « Le renvoi préjudiciel perçu par trois Cours "souveraines" », *Journal de droit européen*, 2013, p. 214.

²⁸¹⁷ CE, Ass., arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348, *Madame Perreux*, publié au *Lebon*.

les juridictions nationales²⁸¹⁸. Sur la même ligne, la chambre sociale de la Cour de cassation sanctionne une cour d'appel, en considérant que la violation d'une directive européenne constitue une méconnaissance de « son office de juge communautaire de droit commun »²⁸¹⁹. Le renvoi préjudiciel apparaît alors comme un incident de procédure²⁸²⁰, lié à un doute sur l'interprétation ou la validité d'une norme de droit de l'Union qui se pose devant le juge national. Les définitions du renvoi préjudiciel mettent en effet en avant l'objectif du renvoi préjudiciel comme instrument de garantie de la bonne application et interprétation du droit de l'Union dans les États membres²⁸²¹. Dans cette perspective, le mécanisme constitue tant un instrument pouvant aider le juge national, qu'un instrument permettant d'articuler les différents ordres juridiques et les différentes juridictions – nationaux et supranationaux. La mission de la Cour de justice est en particulier définie comme mission d'unification de l'interprétation jurisprudentielle du droit de l'Union²⁸²². Dans cette mesure, la question du respect de ce mécanisme, et en particulier de l'obligation prévue pour les juridictions de dernière instance, apparaît non pas comme une question de compétence, mais comme une question d'articulation entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique de l'Union²⁸²³. Ainsi, il est possible de lire dans la doctrine administrativiste française que la pratique du renvoi préjudiciel est devenue « un réflexe contentieux comme un autre » pour le Conseil d'État²⁸²⁴, lequel use de ce « dialogue » « de façon totalement décomplexée »²⁸²⁵. Aussi, faisant écho à l'*Europarechtsfreundlichkeit* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « la grande ouverture des formations de jugement du Palais-Royal à l'égard du renvoi préjudiciel » est soulignée²⁸²⁶.

536. Au regard de cette conception purement objective du renvoi préjudiciel, fidèle à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, les dangers du non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions nationales ne sont au départ mis en avant que du point de vue de la question de l'interprétation ou de l'application du droit de l'Union dans les États membres. Il s'agit de la préoccupation principale de la Cour de Luxembourg, explicitement

²⁸¹⁸ CE, 6^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 26 juin 2015, n° 360212, mentionné aux tables du *Lebon* (décision de renvoi préjudiciel) ; puis arrêt du 3 novembre 2016, publié au *Lebon* (arrêt après décision préjudicielle).

²⁸¹⁹ C. cass., ch. soc., arrêt du 16 octobre 2013, n° 12-15.049.

²⁸²⁰ M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 828 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 702.

²⁸²¹ Voy. par ex. J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 806 ; H. GAUDIN, « Renvoi préjudiciel - Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ? », *Europe*, 2019, étude 5.

²⁸²² M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 828 ; R. PERROT, B. BEIGNIER et Y. STRICKLER, *Institutions juridictionnelles*, 20^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit privé, 2024, p. 253.

²⁸²³ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 566.

²⁸²⁴ H. CASSAGNABÈRE, « Le Conseil d'État et son obligation de renvoi préjudiciel », *AJDA*, 2024, n° 9, p. 476.

²⁸²⁵ *Ibid.*, p. 475.

²⁸²⁶ *Ibid.*, p. 477.

chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »²⁸²⁷. Cela ressort par exemple de son célèbre avis n° 2/13 de 2014 : la procédure de renvoi préjudiciel, « clef de voûte du système juridictionnel », instaure un « dialogue de juge à juge » ayant pour objectif « d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union », afin, *in fine*, « d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie »²⁸²⁸. Que ce soit la principale – et même la seule – préoccupation de la Cour de justice, ce n'est pas surprenant. C'est la mission que les traités lui confient explicitement. Mais, en conséquence, les juges et la doctrine nationaux reprennent à leur compte cette conception, afin d'évacuer (trop) rapidement la question des droits des parties au litige au principal dans ce type de configurations, pourtant fréquentes.

537. La question des parties et de leurs droits n'est en général qu'une question subsidiaire dans l'étude du mécanisme préjudiciel par la doctrine française. Cela correspond, à nouveau, à la jurisprudence luxembourgeoise, laquelle considère de façon constante que le renvoi préjudiciel « ne constitue pas une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant un juge national »²⁸²⁹. Dans son arrêt *Conorzio Italian Management* de 2021, elle rappelle encore que ce « système de coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales [...] est étranger à toute initiative des parties »²⁸³⁰. Ces dernières, « éléments secondaires de la procédure préjudicielle »²⁸³¹, ne peuvent donc pas saisir directement la Cour de justice, comme cela est d'ailleurs rappelé par le juge de l'Union²⁸³². Il ne reste qu'à énumérer les quelques éléments qui donnent une certaine place aux parties dans le cadre de la procédure. D'abord, les parties sont notifiées de la décision du juge national de renvoyer une question préjudicielle (article 23 al. 1^{er} du statut de la Cour de justice). Ensuite, elles sont invitées à présenter des mémoires ou des observations écrites (article 23 al. 2 du statut de la Cour de justice)²⁸³³. Les parties participent d'ailleurs à l'instance devant la Cour de justice²⁸³⁴. L'ancien juge à la Cour de justice Jean-Claude Bonichot estime ainsi que les textes font une « place substantielle » aux

²⁸²⁷ Article 19 § 1^{er} al. 1^{er} du TUE.

²⁸²⁸ CJUE, ass. plén., avis du 18 décembre 2014, avis n° 2/13, § 176. Voy. ensuite également CJUE, gr. ch., arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea BV*, § 37 ; CJUE, gr. ch., arrêt du 24 juin 2019, aff. C-619/18, *Commission c. Pologne*, § 45.

²⁸²⁹ CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. C-283/81, *Cilfit*, § 9.

²⁸³⁰ CJUE, gr. ch., arrêt du 6 octobre 2021, aff. C-561/19, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, § 53.

²⁸³¹ H. GAUDIN, « Renvoi préjudiciel », art. cité.

²⁸³² Voy. en part. CJCE, ord. du 28 avril 1998, aff. C-116/96 REV, *Reisebüro Binder GmbH*, § 6-9 ; CJUE, ord. du 12 février 2010, aff. C-408/09, *Municipio de Barcelos*, § 9-10.

²⁸³³ CJCE, ord. du 18 octobre 1979, aff. 40/70, *Sirena*, *Recueil*, p. 3169-3171.

²⁸³⁴ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 566.

parties²⁸³⁵. Mais cette place est avant tout pensée une fois que le juge national a sursis à statuer et transmis une question préjudicielle à la Cour de justice : les parties ont alors un rôle essentiel pour que la Cour de justice donne une réponse utile pour le litige au principal²⁸³⁶.

538. La question des droits des parties lorsqu'elles soulèvent le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union devant le juge national est moins traitée par la doctrine française. Il est souvent précisé que le renvoi préjudiciel peut être demandé ou sollicité par une partie²⁸³⁷, mais que seul le juge décide s'il pose une question et quelle question il pose à la Cour de justice²⁸³⁸. Du point de vue procédural, il est mis en avant le fait que la demande de saisine de la Cour de justice par les parties au litige peut être soulevée à tout moment du procès²⁸³⁹, et non seulement *in limine litis*, comme cela est le cas pour les autres exceptions de procédure²⁸⁴⁰. Eu égard au « rôle crucial »²⁸⁴¹ joué par les parties dans l'invocation du droit de l'Union et dans la soumission de questions préjudicielles, l'idée d'une coopération entre les juges et les parties au litige principal est ainsi mise en avant par la doctrine française²⁸⁴². La persistance avec laquelle la Cour de justice rappelle que le mécanisme du renvoi préjudiciel est « étranger à toute initiative des parties » paraît donc excessive pour certains auteurs français, tant il est unanimement reconnu que les hypothèses dans lesquelles un renvoi préjudiciel est ordonné d'office par un juge national, sans demande d'une partie, sont d'une grande rareté²⁸⁴³.

539. Certains auteurs français ont proposé, depuis quelques années, de reconnaître un droit au renvoi préjudiciel pour les parties. Tel est en particulier le cas de la Professeure Hélène Gaudin²⁸⁴⁴. Elle estime ainsi que la reconnaissance d'un tel droit n'irait pas à l'encontre de la pleine faculté de renvoi dont doivent bénéficier les juges en vertu de la jurisprudence européenne, notamment parce que cette faculté n'a pas été construite en opposition avec le

²⁸³⁵ J.-C. BONICHOT, « Le rôle des parties au principal dans le traitement des questions préjudicielles », *Gazette du Palais*, 2013, p. 2930.

²⁸³⁶ *Ibid.*, p. 2933-2935.

²⁸³⁷ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 568.

²⁸³⁸ J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 808 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 725.

²⁸³⁹ Voy. par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 16 mai 1991, n° 89-82.396, *Bull. crim.*, n° 210 ; C. cass., 2° ch. civ., arrêt du 18 décembre 2008, n° 08-11.438.

²⁸⁴⁰ E. JEULAND, *op. cit.*, p. 566.

²⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 568.

²⁸⁴² J.-C. BONICHOT, art. cité, p. 2935.

²⁸⁴³ L. COUTRON, « Retour sur l'arrêt Cilfit : point de révolution, mais une simple rénovation », *RTD eur.*, 2022, n° 4, p. 710.

²⁸⁴⁴ H. GAUDIN, « Renvoi préjudiciel », art. cité. Voy. son travail sur ce thème : H. GAUDIN (dir.), *Justiciables et renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Lefebvre Dalloz, 2025. Elle milite plus généralement pour la reconnaissance de droits pour les parties dans la procédure préjudicielle (voy. par ex. H. GAUDIN, « Les droits du justiciable dans la procédure préjudicielle : retour sur certains remous jurisprudentiels récents », *D.*, 2023, p. 1126-1127 ; H. GAUDIN, « Retrait d'une question préjudicielle et droits des justiciables », *L'Observateur de Bruxelles*, 2024, p. 35-40).

justiciable, mais pour garantir que le système national n'empêche pas le juge d'user du mécanisme. L'obligation de renvoi préjudiciel ne saurait, *a fortiori*, aller à l'encontre de la reconnaissance d'un droit pour les justiciables. Par ailleurs, cette reconnaissance d'un droit au renvoi préjudiciel irait dans le sens de la prise d'importance croissante des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union²⁸⁴⁵. Cependant, la majorité de la doctrine française s'en tient à la conception objective du renvoi préjudiciel qui empêche de reconnaître un tel droit au profit des justiciables. Cela correspond, en outre, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle estime que l'article 6 al. 1^{er} de la Convention ne saurait être interprété comme donnant aux individus un droit absolu au renvoi préjudiciel, qu'il soit national ou supranational²⁸⁴⁶. La jurisprudence européenne permet cependant de développer d'autres garanties en lien avec le renvoi préjudiciel, et notamment une obligation de motivation des décisions de non-renvoi²⁸⁴⁷.

540. En somme, la doctrine et les juges français ne perçoivent pas le mécanisme préjudiciel comme permettant à la Cour de justice d'exercer une compétence qui lui serait exclusive. En tant que juges de droit commun du droit de l'Union, ils sont tout autant habilités à interpréter le droit national à la lumière du droit de l'Union. Dès lors, la procédure préjudicielle n'est perçue que dans son volet objectif de coopération de juge à juge, dans l'objectif de garantir l'interprétation et l'application uniforme du droit de l'Union. Les parties n'y ont qu'un rôle subsidiaire. La doctrine française a ainsi tendance à se réjouir de l'augmentation (récente) du nombre de saisines préjudicielles à la Cour de justice de la part des juridictions françaises²⁸⁴⁸, accordant une place souvent marginale aux parties et au respect de leurs garanties juridictionnelles. À cet égard, Hervé Cassagnabère juge que depuis la condamnation de la France par la Cour de justice de l'Union européenne pour manquement juridictionnel de la part du Conseil d'État en 2018, « un point d'équilibre paraît avoir été trouvé autour d'une lecture de l'obligation de renvoi à la lumière des impératifs de bonne administration de la justice et de confiance mutuelle »²⁸⁴⁹. Nulle référence n'est ici faite aux droits des parties, ce qui contraste fortement avec la conception allemande.

²⁸⁴⁵ H. GAUDIN, « Renvoi préjudiciel », art. cité.

²⁸⁴⁶ Voy. par ex. CEDH, arrêt du 22 juin 2000, requêtes n^{os} 32492, 32547, 32548, 33210/96, *Coëme et autres c. Belgique*, § 114 ; arrêt du 5 novembre 2002, requête n^o 32576/96, *Wynen c. Belgique*, § 41 ; arrêt du 15 juillet 2003, requête n^o 33400/96, *Ernst et al. c. Belgique*, § 74.

²⁸⁴⁷ Voy. *infra*, Chapitre X, Section 1, § 3, A, para. n^o 560 et s.

²⁸⁴⁸ Voy. par ex. pour la matière pénale, C. AMBROISE-CASTÉROT, « Renvoi préjudiciel - Les juridictions pénales face aux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *JCP G*, 2020, doct. 39.

²⁸⁴⁹ H. CASSAGNABÈRE, art. cité, p. 475.

CONCLUSION DU CHAPITRE IX

541. La reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal dans l'ordre juridique allemand s'est faite par l'une des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale les plus célèbres pour l'évolution de la construction européenne. Pour de nombreux commentateurs, *Solange II* consacre avant tout l'équivalence de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire et la mise en retrait du contrôle de la Cour de Karlsruhe au regard des droits fondamentaux allemands. Cet effacement de la Cour allemande au niveau matériel n'est possible que grâce à l'ajout d'une nouvelle compétence procédurale pour cette même Cour dans le domaine de l'application du droit de l'Union. Cette compétence de contrôle des décisions de non-renvoi préjudiciel des juridictions allemandes de dernière instance lui permet de conserver une place de choix dans les rapports entre les juridictions européennes. Si l'on envisage traditionnellement le mécanisme préjudiciel comme un instrument permettant le dialogue entre le juge national – ordinaire – et la Cour de justice, la Cour constitutionnelle fédérale a trouvé le moyen d'intervenir dans cette relation. Ne souhaitant pas rester « à l'écart » de cette coopération juridictionnelle, elle a choisi de veiller à ce que le respect de l'obligation de renvoi soit soumis à son contrôle constitutionnel²⁸⁵⁰. Si, pour l'observateur français, ces « méthodes d'interprétation » peuvent paraître « audacieuses », elles « n'en sont pas moins habituelles » du côté allemand²⁸⁵¹.

542. Du côté français, la vision purement objective du mécanisme préjudiciel, martelée par la Cour de justice elle-même, rend secondaire l'étude des droits subjectifs des individus dans le cadre de la mise en œuvre – et surtout de sa non mise en œuvre – de l'instrument par le juge français. L'éventuel contrôle qui s'opèrera donc en France se fera nécessairement sur d'autres fondements – et notamment en vertu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière.

²⁸⁵⁰ A. VOßKUHL, « Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration », *NVwZ-Beilage*, 2013, n° 1, p. 28 : « Das BVerfG steht in diesem fruchtbaren und intensiven Jurisdiktionszusammenspiel nicht abseits, sondern sorgt dafür, dass die Einhaltung der Vorlagepflicht einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt. »

²⁸⁵¹ M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987 », *RDJ*, 1989, p. 118.

CHAPITRE X : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE SUR LES DÉCISIONS DE NON-RENOI DES JURIDICTIONS ORDINAIRES

543. Lors de l'examen du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes, la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'opère pas un contrôle complet de la décision juridictionnelle. Elle se concentre au contraire sur des critères particuliers qu'elle a précisés et affinés au fil des décisions. Le point de départ de son contrôle, conformément à sa jurisprudence générale relative au respect de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF par le pouvoir judiciaire lui-même, est la recherche d'arbitraire dans le traitement de l'éventuelle obligation de renvoi préjudiciel par la juridiction (**Section 1**). Les développements auxquels a conduit cette méthode de contrôle sont régulièrement critiqués par une partie de la doctrine allemande. Des doutes quant à la cohérence du contrôle opéré par la Cour de Karlsruhe ont notamment été émis par certains auteurs (**Section 2**).

Section 1 : La référence à l'absence d'arbitraire

544. À l'image du contrôle du respect des autres règles de compétence par les juridictions ordinaires, la Cour constitutionnelle fédérale limite l'étendue de son contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel. Selon sa jurisprudence classique, elle ne vérifie que si la règle de compétence – en l'espèce l'obligation de renvoi préjudiciel – a été appliquée « de manière manifestement insoutenable » (« *in offensichtlich unhaltbarer Weise* »)²⁸⁵². La Cour de Karlsruhe reprend ses critères classiques relatifs à la méconnaissance fondamentale du sens et de la portée de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, en les adaptant à la procédure préjudicielle. De manière générale, elle considère qu'elle n'examine « que si l'interprétation et l'application de la règle de compétence de l'article 267 al. 3 TFUE n'apparaissent plus compréhensibles et sont manifestement insoutenables si l'on fait une appréciation raisonnable des idées qui déterminent la Loi fondamentale »²⁸⁵³. Ce contrôle constitutionnel « en retrait »²⁸⁵⁴ a été concrétisé par

²⁸⁵² Par ex. récemment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 26.

²⁸⁵³ Par ex. récemment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 39 (NSiZ-RR 2022, 222) ; décision du 20 avril 2022, 2 BvR 1713/21, § 44 (NSiZ-RR 2022, 225) ; décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22, § 27.

²⁸⁵⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 39 (NSiZ-RR 2022, 222) : « Zurückgenommene verfassungsrechtliche Prüfung ».

l'énonciation de trois groupes de cas (§ 1) et par des obligations procédurales précises imposées aux juridictions allemandes (§ 2). La place de la motivation dans le contrôle opéré par la Cour allemande fait en particulier écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, à laquelle les juridictions françaises doivent également se conformer (§ 3).

§ 1 : La concrétisation du critère par trois groupes de cas

545. Avant même 1986 et la décision *Solange II*, la Cour de Karlsruhe semblait vouloir transposer les formulations classiques utilisées pour définir l'absence d'arbitraire au contrôle du non-renvoi préjudiciel à la Cour de justice – puisqu'elle rejetait les recours des années 1970 sans trancher la question en indiquant que, en tout état de cause, il n'y avait pas de violation arbitraire de l'obligation de renvoi préjudiciel dans les cas d'espèce soumis. En revanche, dès 1987, la Cour allemande concrétise plus spécifiquement ce critère d'absence d'arbitraire par une catégorisation des violations arbitraires possibles (A). Ce faisant, elle admet que toute violation de l'obligation de renvoi préjudiciel ne constitue pas, en même temps, une violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF (B).

A. Une liste non exhaustive de cas de violation de l'article 101 LF

546. Par ses premières décisions du 9 novembre 1987²⁸⁵⁵ et du 31 mai 1990²⁸⁵⁶, la Cour constitutionnelle fédérale procède à une systématisation des hypothèses de violations arbitraires de l'obligation européenne de renvoi par le biais de trois groupes de cas. L'absence de renvoi préjudiciel est d'abord constitutive d'une violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF en cas de « manquement fondamental » à l'obligation de renvoi préjudiciel (« *grundsätzliche Verkenning der Vorlagepflicht* »). Dans un tel cas, la juridiction nationale ne s'interroge pas sur la possibilité de renvoi alors même qu'elle exprime des doutes quant à l'interprétation ou l'application du droit de l'Union. La Cour de Karlsruhe conclut ensuite à la violation du droit au juge légal lorsque la juridiction allemande s'écarte volontairement d'une jurisprudence de la Cour de justice sans effectuer de renvoi préjudiciel (« *bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft* »). Il s'agit de la configuration dans laquelle la juridiction allemande cite

²⁸⁵⁵ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 novembre 1987, 2 BvR 808/82 (*NJW* 1988, 1456).

²⁸⁵⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 31 mai 1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87 (*BVerfGE* 82, 159).

les arrêts pertinents de la Cour de justice, mais s'écarte ensuite de leur solution, sans opérer de renvoi. À l'évidence, l'absence de renvoi préjudiciel est par exemple arbitraire et doit être sanctionnée lorsque la juridiction allemande ne se conforme pas à un arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice dans la même affaire²⁸⁵⁷. Enfin, dans le cas où il n'existe aucune jurisprudence pertinente de la Cour de Luxembourg sur le sujet, ou encore lorsque cette dernière n'a pas répondu de manière exhaustive à la question posée, ou qu'un développement de sa jurisprudence ne semble pas envisageable à court terme (hypothèses résumées sous l'appellation de « jurisprudence incomplète » – « *Unvollständigkeit der Rechtsprechung* »), la juridiction allemande manque à son obligation de renvoi si elle dépasse de manière déraisonnable (« *in unvertretbarer Weise* ») sa marge d'appréciation en la matière. Cette dernière catégorie est relativement vaste et indéterminée. La Cour de Karlsruhe précise donc que la marge d'appréciation accordée sera dépassée lorsque d'autres réponses à la question pertinente de droit de l'Union sont « de toute évidence préférables » (« *eindeutig vorzuziehen* ») à celle retenue par la juridiction. Au sein de ce troisième groupe de cas, la Cour constitutionnelle fédérale vérifie le caractère raisonnable ou évident de la réponse de la juridiction allemande à la question de droit de l'Union. Finalement, l'objet du contrôle de la Cour ne doit pas être de savoir si, dans la situation donnée, la Cour de justice aurait dû être consultée par la voie préjudicielle, mais davantage le déroulé et la justification du processus de décision du juge ayant conduit à l'absence de saisine de cette Cour²⁸⁵⁸. Ces trois groupes de cas semblent ainsi correspondre à deux visions différentes du contrôle basé sur l'absence d'arbitraire²⁸⁵⁹. D'une part, la décision du juge est qualifiée d'arbitraire lorsqu'il y a méconnaissance totale de l'obligation de renvoi préjudiciel, directement ou indirectement. Cela correspond aux deux premiers groupes de cas. D'autre part, la qualification d'arbitraire de la décision peut être le résultat d'un mauvais exercice par le juge d'une marge d'appréciation concédée par la Cour constitutionnelle. Cette vision renvoie davantage au troisième groupe de cas. En tout état de cause, selon cette jurisprudence, la majorité des recours constitutionnels individuels échouent²⁸⁶⁰, alors même que la Cour de justice aurait dû, en tant que juge légal selon l'article 267 al. 3 TFUE, être consultée²⁸⁶¹.

²⁸⁵⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 4 novembre 1987, 2 BvR 876/85 (*NJW* 1988, 2173).

²⁸⁵⁸ C. THOMALE, « Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsverbund », *EuR*, 2016, p. 514.

²⁸⁵⁹ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG: Unionsrechtsfreundliche oder grundrechtsfreundliche Modifizierungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG », *JZ*, 2012, vol. 67, p. 872.

²⁸⁶⁰ C. NOWAK, « Nichterfüllung der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG als Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG », *NVwZ*, 2002, p. 688.

²⁸⁶¹ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », *NJW*, 2009, vol. 62, p. 273.

547. La question de savoir si ces trois groupes de cas constituent une liste exhaustive des hypothèses de violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF pour défaut de renvoi préjudiciel n'a été résolue que récemment. D'après la jurisprudence traditionnelle de la Cour constitutionnelle, les trois groupes de cas ne constituent que des exemples de violations. Dans sa décision du 31 mai 1990 par exemple, elle considère que la violation de l'obligation européenne de renvoi préjudiciel était constituée « notamment dans les cas » cités²⁸⁶². Plus récemment, en 2010, elle indique que les trois groupes de cas ne représentent « pas une liste exhaustive d'exemples » de violations²⁸⁶³. Cependant, à partir de sa décision du 28 janvier 2014, la seconde chambre de la Cour n'a pas repris la formulation habituelle et a détaillé les trois groupes de cas sans préciser qu'il s'agissait d'exemples²⁸⁶⁴. Cette nouvelle formulation a ensuite été reprise par la première chambre de cette même Cour, citant la décision du 28 janvier 2014²⁸⁶⁵. Pour certains auteurs, la Cour de Karlsruhe aurait souhaité faire évoluer sa jurisprudence et considérer que les trois groupes de cas sont exhaustifs²⁸⁶⁶. La première chambre de la Cour a cependant explicitement précisé par la suite que les trois groupes de cas ne constituaient qu'une liste non exhaustive de violations de l'article 267 al. 3 TFUE²⁸⁶⁷. Après une période d'incertitude durant laquelle la seconde chambre maintenait sa nouvelle formulation²⁸⁶⁸, elle a finalement rappelé le caractère non exhaustif des groupes de cas à partir de 2016²⁸⁶⁹. Il semble donc désormais acquis que les groupes de cas ne valent qu'à titre d'exemples, alors même qu'aucune autre configuration de violation de l'obligation de renvoi n'a jamais été reconnue par la Cour. Si ces catégories semblent suffisamment larges pour englober toutes les hypothèses – notamment le troisième groupe de cas, lorsque la jurisprudence européenne est encore incomplète –, la Cour ne se ferme aucune possibilité d'innovation dans sa jurisprudence relative à l'absence de renvoi. Toutefois, par cette jurisprudence, elle se laisse également la possibilité de considérer que toute violation

²⁸⁶² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 31 mai 1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, § 137 (*BVerfGE* 82, 159).

²⁸⁶³ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 25 février 2010, 1 BvR 230/09, § 20 (*BVerfGK* 17, 108).

²⁸⁶⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12, § 181 (*BVerfGE* 135, 155) ; repris dans des décisions ultérieures : voy par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 avril 2014, 2 BvR 1572/10, § 19 (*NJW* 2014, 2489).

²⁸⁶⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 15 janvier 2015, 1 BvR 499/12, § 8 (*ZIP* 2015, 542).

²⁸⁶⁶ F. SCHÜTTER, « Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter bei Nichtvorlage an den EuGH », in Y. BECKER et F. LANGE (dir.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, tome 3, Berlin, De Gruyter, 2014, p. 385.

²⁸⁶⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 mars 2015, 1 BvR 3280/14, § 26.

²⁸⁶⁸ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 avril 2015, 2 BvR 35/12, § 24 (*NVwZ-RR* 2016, 166) ; décision du 7 octobre 2015, 2 BvR 465/15, § 35.

²⁸⁶⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 juillet 2016, 2 BvR 470/08, § 55 (*NJW* 2016, 3153) (« entre autres ») ; décision du 15 décembre 2016, 2 BvR 221/11, § 33 (« groupes de cas à titre d'exemple »).

de l'article 267 al. 3 TFUE ne constitue pas automatiquement une violation du droit allemand au juge légal.

B. Une violation de l'article 101 LF non automatique

548. Selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, « toute violation de l'obligation de renvoi de droit de l'Union ne constitue pas en même temps une violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF »²⁸⁷⁰. Cette formule permet aux juridictions ordinaires allemandes de conserver, lors de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union européenne, une marge de manœuvre « de leur propre appréciation et évaluation » (« *eigener Einschätzung und Beurteilung* »)²⁸⁷¹. Conformément à sa jurisprudence générale relative au respect de l'article 101 LF par les juges, la Cour constitutionnelle estime ne pas devoir être une « juridiction suprême de contrôle des renvois » (« *oberstes Vorlagenkontrollgericht* »)²⁸⁷². Son rôle se cantonne à veiller au respect des limites de cette marge d'appréciation. Pour certains auteurs, cette jurisprudence n'a pas lieu d'être, dans la mesure où la Cour met alors en retrait sa propre compétence de contrôle des décisions juridictionnelles²⁸⁷³. Or, lorsqu'elle contrôle le respect des compétences internes, elle adapte son contrôle – par la référence au critère de l'arbitraire –, sans l'abandonner complètement. Selon Ulrich Fastenrath, la Cour ne devrait donc pas considérer que la méconnaissance des règles de compétence ne constitue tout simplement pas une violation du droit au juge légal dans certaines situations²⁸⁷⁴. Néanmoins, au regard du contexte des décisions de la Cour constitutionnelle, il peut être considéré qu'il ne s'agit pas d'une marge d'appréciation matérielle laissée aux juridictions ordinaires, mais bien d'une limitation procédurale du contrôle effectué par la Cour²⁸⁷⁵. À ce titre, la formulation qu'elle utilise est certes malheureuse pour exprimer la distinction entre la reconnaissance d'une violation de la règle de compétence et la possibilité de sanctionner celle-ci par l'annulation de la décision juridictionnelle. L'idée est en effet principalement de limiter l'intensité du contrôle opéré par la Cour de Karlsruhe. Les simples erreurs d'interprétation ayant conduit à une

²⁸⁷⁰ Voy. par ex. récemment C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 20 avril 2022, 2 BvR 1713/21, § 44 (*NStZ-RR* 2022, 225).

²⁸⁷¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 39 (*NStZ-RR* 2022, 222).

²⁸⁷² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 39 (*NStZ-RR* 2022, 222).

²⁸⁷³ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 274.

²⁸⁷⁴ U. FASTENRATH, « Nochmals : Kontrolle der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG », *JZ*, 2013, vol. 68, p. 300.

²⁸⁷⁵ C. THOMALE, art. cité, p. 516.

méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel ne sont pas sanctionnées par la Cour allemande. La formulation peut étonner puisqu'elle sous-entend que la Cour constitutionnelle fédérale pourrait valider la constitutionnalité de décisions juridictionnelles, tout en reconnaissant que la question aurait dû faire l'objet d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice.

549. En revanche, pour beaucoup d'auteurs, les trois groupes de cas ne sont pas mobilisés de manière convaincante par la Cour de Karlsruhe. Celle-ci utilise différentes terminologies, développe des distinctions de fond selon les décisions et des exceptions²⁸⁷⁶. Sa jurisprudence manque donc de certitude pour la protection juridique des individus, ce qui a donné lieu à de nombreuses critiques de la part de la doctrine allemande. Ulrich Fastenrath considère par exemple que la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe en matière d'obligation de renvoi préjudiciel constitue un « exemple typique de la manière dont les modèles d'argumentation juridique se détachent de leur base normative, deviennent autonomes et sont appliqués à de nouvelles problématiques sans tenir compte des particularités » des matières auxquelles ils s'appliquent²⁸⁷⁷. En étendant son contrôle à l'obligation européenne de renvoi préjudiciel, la Cour constitutionnelle a tenté d'appliquer sa jurisprudence classique limitée au contrôle de l'arbitraire à cette configuration, mais les trois groupes de cas qu'elle a consacrés manquent de cohérence et créent des lacunes dans la protection juridique²⁸⁷⁸. Le danger d'avoir des lacunes dans la protection juridique est dénoncé par plusieurs auteurs²⁸⁷⁹. Cependant, la question du renforcement du contrôle est également fortement débattue, tout comme celle de savoir si cette jurisprudence des trois groupes de cas est conforme à la jurisprudence européenne en la matière²⁸⁸⁰.

550. Malgré les critiques doctrinales, la Cour de Karlsruhe n'a jamais remis en question cette jurisprudence. D'un côté, les limites des cas de violation de l'obligation de renvoi semblent toujours floues pour les justiciables. Cependant, d'un autre côté, la Cour a imposé des obligations plus précises aux juridictions allemandes.

²⁸⁷⁶ M. SCHRÖDER, « Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive », *EuR*, 2011, p. 815.

²⁸⁷⁷ U. FASTENRATH, « Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter », in J. BRÖHMER, R. BIEBER et C. CALLIESS (dir.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Cologne, Heymanns, 2005, p. 483.

²⁸⁷⁸ *Ibid.*

²⁸⁷⁹ Voy. par ex. W. ROTH, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH », *NVwZ*, 2009, p. 350 ; C. CALLIESS, « Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes », *NJW*, 2013, vol. 66, p. 1907 ; F. SCHÜTTER, art. cité, p. 377.

²⁸⁸⁰ Voy. *infra*, Section 2, § 1 et § 2, A.

§ 2 : Les obligations faites aux juridictions allemandes

551. La Cour constitutionnelle fédérale estime que le contrôle qu'elle souhaite développer sur la base des critères présentés n'est possible « que si elle connaît avec suffisamment de certitude les raisons pour lesquelles la juridiction de dernière instance a renoncé à saisir la Cour de justice de l'Union européenne »²⁸⁸¹. Dans cette mesure, afin que son contrôle soit efficace, la Cour de Karlsruhe a imposé aux juridictions allemandes des obligations précises dans le traitement des questions ayant un lien – potentiel – avec le droit de l'Union. Il existe ainsi une série d'obligations préalables d'information (A), et une série d'obligations conséquentes liées à la motivation (B).

A. S'informer sur le droit de l'Union

552. La Cour considère en premier lieu et de manière constante depuis une décision du 9 janvier 2001 que la juridiction doit montrer qu'elle « s'est suffisamment informée » concernant le droit de l'Union et la jurisprudence associée de la Cour de justice²⁸⁸². Cette formule ne précise pas à propos de quels aspects du droit de l'Union la juridiction doit s'être informée. Il paraît indiscutable qu'il s'agit d'abord et avant tout du droit matériel de l'Union qui est invoqué en l'espèce²⁸⁸³. Dans sa première décision du 9 janvier 2001 par exemple, la requérante invoquait la contrariété entre deux directives communautaires : d'une part, la directive n° 86/457/CEE, qui pose des règles minimales concernant la formation spécifique en médecine générale et notamment la validation nécessaire de deux années, à temps plein, d'une formation spécifique après six ans d'études ; d'autre part, la directive n° 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre femmes et hommes dans l'accès à l'emploi et à la formation. Était alléguée une discrimination indirecte par l'exigence d'années de formation à temps plein et par l'exclusion des formations à temps partiel – les femmes étant plus propices à effectuer des temps partiels. Après échec de ses recours devant les juges du fond et devant le Tribunal administratif fédéral, la requérante se tourne vers la Cour de Karlsruhe, en mettant en avant la méconnaissance, par ce dernier tribunal, de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF en

²⁸⁸¹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 décembre 1992, 2 BvR 557/88 (*NVwZ* 1993, 883) ; 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99, § 19 (*NJW* 2001, 1267).

²⁸⁸² C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99, § 21 (*NJW* 2001, 1267) : « sich [...] ausreichend kundig macht ».

²⁸⁸³ Explicitement C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12, § 184 (*BVerfGE* 135, 155).

raison de l'absence de renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour trancher la contrariété entre les deux directives. La Cour allemande considère qu'il y a effectivement violation du droit au juge légal en raison d'une méconnaissance arbitraire de l'obligation de renvoi. Elle reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir résolu la contrariété entre les directives sur le seul fondement du droit national, sans prendre en compte de manière suffisante le droit de l'Union européenne. En particulier, le Tribunal ne cite aucune décision de la Cour de justice relative aux directives communautaires en cause et à leur potentielle contrariété²⁸⁸⁴. Il n'a donc pas examiné la jurisprudence existante de la Cour de justice, mais s'est fondé sur des critères purement nationaux. Il faut donc que la juridiction allemande prenne en compte les différentes interprétations possibles du droit de l'Union et, surtout, les méthodes d'interprétation du droit de l'Union²⁸⁸⁵. Elle ne doit pas adopter des critères purement nationaux à des normes de droit de l'Union sans s'être assurée auparavant que le droit de l'Union et la Cour de justice l'y autorisaient.

553. Plus particulièrement, afin que l'on ne lui reproche pas d'avoir « fondamentalement méconnu » l'obligation de renvoi préjudiciel, la juridiction allemande doit se demander si la norme – déterminante pour rendre la décision – nécessite des éclaircissements supplémentaires, en particulier de la part de la Cour de justice²⁸⁸⁶. Lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence exhaustive de la Cour de justice sur l'interprétation ou la validité d'une disposition de droit de l'Union (troisième groupe de cas), la juridiction allemande est alors tenue de se renseigner suffisamment sur le droit de l'Union européenne :

²⁸⁸⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99, § 21 (*NJW* 2001, 1267).

²⁸⁸⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99, § 21 (*NJW* 2001, 1267).

²⁸⁸⁶ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 octobre 2017, 2 BvR 987/16, § 18 (*NJW* 2018, 606) ; décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 40 (*NStZ-RR* 2022, 222).

« Elle doit aller puiser dans les éventuelles jurisprudences pertinentes de la Cour de justice et orienter sa décision en conséquence [...]. Sur cette base et en appliquant et en interprétant le droit matériel de l'Union, la juridiction ordinaire doit se forger la conviction raisonnable selon laquelle la situation juridique est soit univoque dès le départ (« acte clair ») soit clarifiée par la jurisprudence de manière à ne laisser subsister aucun doute raisonnable (« acte éclairé » [...]) »²⁸⁸⁷.

554. Pour certains auteurs, l'obligation d'information devrait également englober le droit jurisprudentiel de la Cour de justice relatif à l'article 267 al. 3 TFUE²⁸⁸⁸. L'ignorance complète de l'obligation de renvoi préjudiciel selon les critères développés par la Cour de Luxembourg ne serait pas raisonnable et serait donc arbitraire²⁸⁸⁹. L'absence de référence explicite à l'article 267 al. 3 TFUE ou à la jurisprudence *Cilfit* par la Cour constitutionnelle fédérale peut à ce titre surprendre. Cela fait partie des critiques adressées au contrôle exercé par Karlsruhe²⁸⁹⁰.

555. Si ces obligations d'information sur le droit de l'Union sont à la charge des juridictions, le rôle du requérant est aussi à prendre en compte. Toutefois, cet examen s'opère dès le contrôle de la recevabilité du recours, plus particulièrement lorsque la Cour allemande s'assure du respect du principe de subsidiarité²⁸⁹¹. En effet, selon ce principe, le requérant doit avoir utilisé toutes les possibilités procédurales disponibles pour obtenir une correction de la violation alléguée de ses droits fondamentaux²⁸⁹². Dans le cadre du contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel, la Cour de Karlsruhe impose aux requérants d'avoir invoqué le droit de l'Union le plus tôt possible au cours de la procédure ordinaire²⁸⁹³. Si elle admet que les requérants n'ont pas à mener la procédure ordinaire comme une procédure constitutionnelle²⁸⁹⁴, elle considère que dans un tel cas, la demande n'a de chances d'aboutir qu'en invoquant les considérations liées au droit de l'Union et au droit au juge légal dès la procédure ordinaire. Le recours constitutionnel est ainsi irrecevable si le requérant invoque pour la première fois devant la Cour constitutionnelle fédérale l'existence d'une obligation

²⁸⁸⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 42 (*NStZ-RR* 2022, 222).

²⁸⁸⁸ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 874.

²⁸⁸⁹ J. KOKOTT, T. HENZE et C. SOBotta, « Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung », *JZ*, 2006, vol. 61, p. 636.

²⁸⁹⁰ Voy. *infra*, Section 2, § 1, B, para. n° 576.

²⁸⁹¹ Voy. *supra*, Chapitre VI, Section 2, § 1, B, 2, para. n° 368 et s.

²⁸⁹² Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 avril 2017, 1 BvR 1994/13, § 11.

²⁸⁹³ W. ROTH, art. cité, p. 348.

²⁸⁹⁴ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 novembre 2004, 1 BvR 684/98, § 39 (*BVerfGE* 112, 50).

européenne de renvoi préjudiciel²⁸⁹⁵. Toutefois, là encore, la teneur exacte de ce qui doit être invoqué par le requérant dans la procédure ordinaire reste imprécise. Gabriele Britz, juge à la Cour constitutionnelle fédérale de 2011 à 2023, considère que le requérant doit invoquer le droit au juge légal par des « requêtes ou des suggestions »²⁸⁹⁶. Plus précisément, il satisfait au principe de subsidiarité à partir du moment où il présente les raisons pour lesquelles un renvoi préjudiciel à la Cour de justice est nécessaire. C'est ce qui semble se dégager d'une décision de 2023 de la Cour constitutionnelle fédérale, dans laquelle elle précise qu'il suffit « que les arguments de la partie [...] fassent apparaître, lors de l'examen juridique par la juridiction ordinaire, qu'une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne est évidente »²⁸⁹⁷. Cela devrait ainsi décharger les requérants et faire ensuite peser une part de la charge de la preuve sur les juridictions²⁸⁹⁸. Le requérant doit donc exprimer des doutes sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union, l'invocation directe du caractère vraisemblable d'une obligation de renvoi préjudiciel restant la meilleure option²⁸⁹⁹. La Cour de Karlsruhe juge par exemple que le recours est irrecevable si les requérants se contentent de constater qu'il existerait une violation de la libre prestation de services²⁹⁰⁰. Par ailleurs, sur le fondement du principe de subsidiarité, la Cour constitutionnelle fait obligation aux requérants de fonder la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel sur sa jurisprudence antérieure. L'invocation, par les requérants, du droit de l'Union ou de la nécessité d'un renvoi préjudiciel est insuffisante. Il faut qu'ils justifient la violation du droit au juge légal selon les principes dégagés antérieurement par la Cour²⁹⁰¹. Cette jurisprudence s'éloigne sensiblement de la conception du renvoi préjudiciel de la Cour de justice, qui n'exige pas, au regard de la nature objective du mécanisme, que les requérants demandent explicitement un renvoi préjudiciel au cours de la procédure principale. Selon le droit de l'Union, l'obligation de renvoi préjudiciel ne devrait pas être limitée aux situations dans lesquelles une ou plusieurs parties dans l'affaire au principal ont invoqué le droit de l'Union devant la juridiction²⁹⁰². De plus, la juridiction nationale ne peut justifier l'absence de renvoi préjudiciel par le fait que le requérant a soulevé tardivement

²⁸⁹⁵ Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 avril 2017, 1 BvR 1994/13, § 14.

²⁸⁹⁶ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », *NJW*, 2012, vol. 65, p. 1315.

²⁸⁹⁷ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20, § 62.

²⁸⁹⁸ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », art. cité, p. 1315.

²⁸⁹⁹ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 876.

²⁹⁰⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 2012, 1 BvR 3046/11, § 14.

²⁹⁰¹ Pour un exemple concluant à l'irrecevabilité du recours : C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 septembre 2016, 1 BvR 1305/13, § 5 (*NVwZ* 2017, 53).

²⁹⁰² M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTD eur.*, 2010, n° 4, p. 869.

l'éventualité d'opérer un tel renvoi²⁹⁰³. On pourrait donc estimer que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, lors du contrôle qu'elle effectue sur les décisions de dernière instance, méconnaît les principes de droit de l'Union relatifs au renvoi préjudiciel en déclarant irrecevables les recours pour lesquels le requérant n'a pas invoqué suffisamment tôt le droit de l'Union et l'éventualité d'un renvoi préjudiciel.

B. Justifier le non-renvoi préjudiciel

556. En second lieu, pour que la Cour constitutionnelle puisse contrôler l'absence d'arbitraire dans la décision du juge allemand, il faut que celui-ci donne les raisons objectives qui justifient sa position²⁹⁰⁴. L'objectif est ici de pouvoir expliquer la décision de non-renvoi²⁹⁰⁵, à la fois aux parties qui l'avaient peut-être demandé, mais aussi au juge constitutionnel qui pourrait ensuite être saisi de la compatibilité de la décision de non-renvoi avec le droit au juge légal. Les juridictions allemandes doivent ainsi faire apparaître de manière suffisante les motifs d'abstention du renvoi²⁹⁰⁶, en se confrontant à la jurisprudence de la Cour de justice et en prenant en compte les droits fondamentaux de l'Union européenne²⁹⁰⁷. Selon la Cour, les juridictions ordinaires doivent démontrer l'évidence ou l'éclaircissement complet des éléments de droit afin qu'aucun doute ne subsiste²⁹⁰⁸. Finalement, la juridiction allemande doit rendre compte explicitement, dans sa décision, des informations qu'elle a recueillies sur le droit de l'Union et la jurisprudence pertinente de la Cour de justice, afin de faire apparaître les étapes de son raisonnement l'ayant conduit à rejeter la nécessité d'un renvoi préjudiciel. L'invocation de la théorie de l'acte clair par une juridiction administrative allemande a par exemple été considérée comme non-conforme aux obligations découlant de l'article 267 al. 3 TFUE, au motif que des juridictions anglaise, italienne et néerlandaise avaient estimé qu'un doute existait quant à la validité du droit de l'Union et procédé à des renvois préjudiciels²⁹⁰⁹. La juridiction allemande aurait dû redoubler d'efforts pour justifier le caractère « clair » de la norme de droit de l'Union invoquée. Récemment, la Cour a condamné une décision relative à l'exécution d'un

²⁹⁰³ *Ibid.*

²⁹⁰⁴ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 874.

²⁹⁰⁵ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », art. cité, p. 1315.

²⁹⁰⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 décembre 1992, 2 BvR 557/88 (*NVwZ* 1993, 883).

²⁹⁰⁷ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99, § 22 (*NJW* 2001, 1267).

²⁹⁰⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12, § 184 (*BVerfGE* 135, 155) ; décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21, § 42 (*NSiZ-RR* 2022, 222).

²⁹⁰⁹ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 juillet 2004, 1 BvR 1270/04, § 17 (*BVerfGK* 3, 331).

mandat d'arrêt européen²⁹¹⁰, considérant que le juge allemand était tenu de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice, la question de la taille minimale requise de l'espace personnel en milieu carcéral n'ayant pas encore été tranchée par la Cour²⁹¹¹. Les juridictions allemandes doivent donc procéder à un examen intensif de la situation juridique et justifier leur position, même pour des décisions qui, initialement, n'ont pas à être justifiées selon le droit allemand²⁹¹². La seule référence à l'article 267 al. 3 TFUE n'est pas suffisante, une discussion sur la question matérielle de droit de l'Union s'impose²⁹¹³. Le droit au juge légal des parties est respecté par la juridiction dès lors qu'elle justifie l'interprétation du droit de l'Union qu'elle retient en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice²⁹¹⁴.

557. Les exigences de motivation de la décision de non-renvoi varient selon différents facteurs²⁹¹⁵. Le degré de doute quant à l'interprétation correcte du droit de l'Union est d'abord décisif. Si l'interprétation est évidente, les efforts de motivation sont considérablement moins importants. Ensuite, les éventuelles positions différentes, potentiellement préférables, peuvent impliquer un effort accru de justification selon leur poids en termes d'argumentation ou de diffusion dans l'opinion publique. L'écoulement du temps peut également impliquer un degré supplémentaire ou moindre de motivation, si la question de droit de l'Union est plus ou moins discutée. Enfin, les moyens et la charge de travail des juridictions peuvent être pris en compte pour exiger un certain degré de motivation, en tenant notamment compte du droit fondamental à un délai raisonnable de jugement²⁹¹⁶.

558. En raison du développement de ces obligations d'information et de motivation imposées par Karlsruhe, certains auteurs considèrent que le contrôle opéré par la Cour dans le cadre de l'obligation de renvoi préjudiciel est renforcé par rapport à celui qui est normalement opéré sur les obligations internes de renvoi²⁹¹⁷. Ce renforcement peut également découler d'une prise en compte, implicite, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière, laquelle

²⁹¹⁰ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 avril 2017, 1 BvR 1994/13 ; voy. O. JOOP, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et précise sa jurisprudence sur l'obligation des juridictions nationales de saisir le juge de l'Union en cas de doute portant sur le droit européen », *RTD eur.*, 2019, n° 1, p. 199-203.

²⁹¹¹ C. LANGENFELD, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, 2019, vol. 2, n° 1, p. 75.

²⁹¹² C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOßKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 56.

²⁹¹³ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 874.

²⁹¹⁴ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », art. cité, p. 1314.

²⁹¹⁵ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 874.

²⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 875.

²⁹¹⁷ Voy. par ex. A. VON UNGERN-STERNBERG, « Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *AöR*, 2013, vol. 138, p. 43.

impose également une obligation de motivation suffisante aux décisions d'abstention de renvoi préjudiciel²⁹¹⁸. Les juridictions françaises doivent précisément respecter ces critères.

§ 3 : Le contrepoint français : l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la motivation des décisions françaises

559. En France, le rôle occupé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande pour la protection des droits individuels est davantage exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme que par le Conseil constitutionnel²⁹¹⁹. Cela a déjà été mis en lumière pour les garanties d'indépendance et d'impartialité, mises en lien avec l'article 6 al. 1^{er} de la Convention européenne par les juridictions ordinaires françaises²⁹²⁰. C'est également le cas pour ce qui concerne la question de la motivation des décisions françaises de non-renvoi préjudiciel à la Cour de justice. En effet, la question du respect de l'obligation européenne de renvoi préjudiciel fait l'objet d'une jurisprudence riche de la Cour de Strasbourg (A), dont les juridictions françaises ne s'assurent du respect que depuis récemment (B).

A. Le traitement du renvoi préjudiciel par la Cour européenne des droits de l'Homme

560. Depuis son arrêt *Bosphorus*²⁹²¹, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît l'équivalence de protection des droits fondamentaux offerte par l'ordre juridique de l'Union européenne, et renonce donc par principe à contrôler les actes d'application du droit de l'Union adoptés par les États membres. Cette équivalence de protection résulte à la fois de l'existence d'une jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux – puis de textes inscrivant ces droits fondamentaux dans les traités européens, mais également – et

²⁹¹⁸ À de rares occasions, la Cour constitutionnelle fédérale allemande cite d'ailleurs la jurisprudence strasbourgeoise en la matière. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 20 février 2017, 2 BvR 63/15, § 4-5 (NVwZ 2017, 615), citant notamment CEDH, arrêt du 10 avril 2012, requête n° 4832/04, *Vergauwen e.a. c. Belgique* et CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*.

²⁹¹⁹ T. HOCHMANN, « Chapitre 7. Droits fondamentaux », in A. GAILLET *et al.* (dir.), *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., une marque de Lextenso, 2019, p. 371.

²⁹²⁰ Voy. *supra*, Chapitre VII, Section 2, § 2, A, para. n° 428 et s. et Chapitre VIII, Section 2, § 2, para. n° 478 et s.

²⁹²¹ CEDH, gr. ch., arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, § 155-156 et § 159 et s.

surtout – des mécanismes procéduraux permettant d’en assurer le respect. La Cour de Strasbourg rappelle ainsi que « l’effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépend des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect »²⁹²². Et à ce titre, elle relève que « c’est essentiellement par l’intermédiaire des juridictions nationales que le système communautaire fournit aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu’un État membre ou un autre individu a enfreint le droit communautaire », notamment grâce à la procédure de renvoi préjudiciel²⁹²³. Celui-ci permet à la Cour de justice de maintenir un « contrôle sur l’application par les juridictions nationales du droit communautaire, y compris les garanties en matière de droits fondamentaux », en particulier parce que l’arrêt préjudiciel « a souvent un effet déterminant sur l’issue de la procédure interne »²⁹²⁴. Eu égard à l’importance du mécanisme du renvoi préjudiciel, la Cour européenne des droits de l’Homme estime que la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux s’agissant des actes d’application du droit de l’Union tombe précisément lorsque le juge national n’a pas saisi la Cour de justice d’une question préjudicielle dans le litige qui lui était soumis. Cette jurisprudence a notamment été appliquée dans l’affaire *Michaud c. France*²⁹²⁵, dans laquelle le Conseil d’État avait écarté la nécessité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice concernant la validité d’une directive communautaire²⁹²⁶. La Cour de Strasbourg relève que la question posée au Conseil d’État n’avait encore jamais reçu de réponse de la part de la Cour de Luxembourg, et donc que la question de la compatibilité de la directive avec les droits fondamentaux européens n’avait pas été tranchée au niveau de l’Union européenne²⁹²⁷. Elle en déduit que « le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, [n’a pas] pu déployer l’intégralité de ses potentialités »²⁹²⁸, écartant ainsi le principe de l’équivalence des protections.

561. Au-delà de cette sanction indirecte de l’absence de renvoi par la mise à l’écart de l’équivalence des protections, les justiciables peuvent se tourner vers la Cour européenne des droits de l’Homme, afin de remettre en cause plus directement le défaut de renvoi préjudiciel à la Cour de justice par leurs juridictions nationales. De façon générale, la Cour de Strasbourg a en effet développé une certaine forme de contrôle de l’obligation de renvoi préjudiciel sur le

²⁹²² CEDH, gr. ch., arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, § 160.

²⁹²³ CEDH, gr. ch., arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, § 164.

²⁹²⁴ CEDH, gr. ch., arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*, § 164.

²⁹²⁵ CEDH, arrêt du 6 décembre 2012, requête n° 12323/11, *Michaud c. France*.

²⁹²⁶ CE, sect., arrêt du 10 avril 2008, n° 296845, publié au *Lebon*.

²⁹²⁷ CEDH, arrêt du 6 décembre 2012, requête n° 12323/11, *Michaud c. France*, § 114.

²⁹²⁸ CEDH, arrêt du 6 décembre 2012, requête n° 12323/11, *Michaud c. France*, § 115.

fondement de l'article 6 al. 1^{er} de la Convention. Même si elle considère que « la Convention ne garantit pas, comme tel, un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par le juge interne devant une autre juridiction, qu'elle soit nationale ou supranationale »²⁹²⁹, elle reconnaît que peut être sanctionné le refus *arbitraire*²⁹³⁰ de renvoi par une juridiction nationale²⁹³¹. Alors même que les procédures préjudicielles n'entrent pas, par elles-mêmes, dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention²⁹³², le juge strasbourgeois considère que le droit d'être jugé par un tribunal « établi par la loi » renvoie également à la « juridiction compétente, en vertu des normes applicables, pour connaître des questions de droit qui se posent dans le cadre d'une procédure »²⁹³³. Ce raisonnement se rapproche de la jurisprudence allemande, laquelle considère que le juge préjudiciel est également le juge légal – partiel – d'une affaire²⁹³⁴. La Cour européenne impose ainsi aux juridictions nationales une obligation de motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel, « d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception »²⁹³⁵. Le refus de renvoi ne doit pas apparaître comme arbitraire pour les justiciables, au risque de porter atteinte à l'équité de la procédure²⁹³⁶. Le refus apparaît en particulier arbitraire lorsque « les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci », lorsque « le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes », ou encore lorsque le refus « n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci »²⁹³⁷.

562. Prenant en compte le « relief particulier » que prend la procédure préjudicielle dans le cadre de l'Union européenne²⁹³⁸, la Cour de Strasbourg applique ces principes à la procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Elle précise certes que « la Convention ne garantit,

²⁹²⁹ CEDH, arrêt du 22 juin 2000, requêtes n^{os} 32492, 32547, 32548, 33210/96, *Coëme et autres c. Belgique*, § 114 ; arrêt du 5 novembre 2002, requête n^o 32576/96, *Wynen c. Belgique*, § 41 ; arrêt du 15 juillet 2003, requête n^o 33400/96, *Ernst et a. c. Belgique*, § 74.

²⁹³⁰ Sur l'usage de ce terme en droit européen, voy. A. NUBBERGER, « Was ist Willkür? Auf der Suche nach europäischen Standards », *JZ*, 2021, vol. 76, p. 965-973.

²⁹³¹ Jurisprudence établie par la Commission européenne des droits de l'Homme : Comm. EDH, décision du 12 mai 1993, requête n^o 20631/92, *Divagsa c. Espagne*.

²⁹³² L. MILANO, « Motivation d'une décision de rejet d'une demande de renvoi préjudiciel », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2021.

²⁹³³ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n^{os} 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 58.

²⁹³⁴ Voy. *supra*, Partie II, Chapitre préliminaire, Section 1, § 3, B, para. n^o 251.

²⁹³⁵ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n^{os} 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 59. Voy. aussi par ex. CEDH, arrêt du 10 avril 2012, requête n^o 4832/04, *Vergauwen et autres c. Belgique*, § 89.

²⁹³⁶ CEDH, arrêt du 8 juin 1999, requête n^o 31993/96, *Predil Anstalt S.A. c. Italie* ; arrêt du 8 décembre 2009, requête n^o 54193/07, *Herma c. Allemagne*.

²⁹³⁷ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n^{os} 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 59 ; arrêt du 24 avril 2018, requête n^o 55385/14, *Baydar c. Pays-Bas*, § 39.

²⁹³⁸ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n^{os} 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 58.

comme tel, aucun droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par une juridiction nationale, devant la Cour de justice »²⁹³⁹. Mais elle contrôle la motivation des décisions des juges nationaux refusant de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg²⁹⁴⁰, notamment au regard des critères *Cilfit* de la Cour de justice²⁹⁴¹. L'intensité du contrôle opéré est cependant restreinte. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme considère qu'« il ne lui appartient pas de connaître d'erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent »²⁹⁴². C'est ce contrôle restreint qui entraîne un contrôle limité à l'absence d'arbitraire dans la décision de non-renvoi. L'absence d'arbitraire est constatée par l'existence d'une motivation suffisante. Pour l'application de l'article 267 al. 3 TFUE, la Cour de Strasbourg impose aux juridictions de dernière instance de « motiver leur refus [de renvoi] au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice » : en vertu de la jurisprudence *Cilfit*, elles doivent en particulier « indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, que la disposition de droit de l'Union européenne en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice ou que l'application correcte du droit de l'Union européenne s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »²⁹⁴³. En pratique, la Cour de Strasbourg prend en compte le type de procédures dans lesquelles le renvoi préjudiciel a été écarté. Elle estime par exemple que lorsque la nécessité de surseoir à statuer et d'interroger la Cour de justice est insuffisamment argumentée ou formulée en termes trop généraux, l'article 6 al. 1^{er} n'est pas méconnu par un rejet de la requête par simple référence aux dispositions internes relatives à l'absence d'importance fondamentale de l'affaire ou au manque de chance de succès,

²⁹³⁹ CEDH, arrêt du 8 juin 1999, requête n° 31993/96, *Predil Anstalt S.A. c. Italie* ; arrêt du 13 février 2007, requête n° 15073/03, *John c. Allemagne* ; arrêt du 8 décembre 2009, requête n° 54193/07, *Herma c. Allemagne* ; arrêt du 24 avril 2018, requête n° 55385/14, *Baydar c. Pays-Bas*, § 39 ; arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 69.

²⁹⁴⁰ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n°s 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 61 : « la tâche de la Cour consiste à s'assurer que la décision de refus critiquée devant elle est dûment assortie de tels motifs ». Voy. aussi CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*, § 31 ; arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*, § 69 ; arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 69.

²⁹⁴¹ S. GERVASONI, « CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », *AJDA*, 2019, n° 3, p. 158.

²⁹⁴² CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n°s 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 61 ; arrêt du 10 avril 2012, requête n° 4832/04, *Vergauwen et autres c. Belgique*, § 89 ; arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*, § 31 ; arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*, § 69 ; arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 69.

²⁹⁴³ CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes n°s 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, § 62 ; arrêt du 10 avril 2012, requête n° 4832/04, *Vergauwen et autres c. Belgique*, § 90 ; arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*, § 3 ; arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*, § 69.

sans examen au fond²⁹⁴⁴. Elle juge également qu'il n'y a pas d'obligation de motivation lorsque la requête est rejetée pour non-respect des conditions de recevabilité²⁹⁴⁵. Le respect de l'obligation de motivation doit en outre être apprécié au regard de l'ensemble du raisonnement et de la décision judiciaire²⁹⁴⁶, même lorsque certains motifs sont implicites²⁹⁴⁷.

563. Si ce contrôle n'a pas entraîné de condamnation pendant plusieurs années²⁹⁴⁸, la Cour a franchi le pas en 2014²⁹⁴⁹ et en 2015²⁹⁵⁰, en condamnant l'attitude de la Cour de cassation italienne. Dans ses arrêts *Dhahbi* et *Schipani*, le juge européen relève qu'il « a examiné l'arrêt de la Cour de cassation [...] sans y trouver aucune référence à la demande de renvoi préjudiciel formulée par le(s) requérant(s) et aux raisons pour lesquelles il a été considéré que la question soulevée ne méritait pas d'être transmise à la CJUE »²⁹⁵¹. Dans la première espèce, en l'absence de référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans l'ensemble de la décision italienne, la Cour de Strasbourg doit constater que le défaut de renvoi préjudiciel est arbitraire car non justifié. Dans la seconde espèce, les références à la jurisprudence luxembourgeoise ne sont pas suffisantes pour déterminer dans quel cas d'exonération de l'obligation de renvoi la Cour de cassation se situait. Dans les deux cas, elle conclut à la violation de l'article 6 al. 1^{er}. En 2020, la Cour européenne des droits de l'Homme a également condamné la France pour violation du même article, en raison de l'absence de motivation d'une décision de la Cour de cassation s'abstenant d'opérer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice²⁹⁵².

564. Avec l'éventualité d'un tel contrôle strasbourgeois, les juridictions suprêmes nationales sont contraintes de motiver davantage leur refus. Cela est d'autant plus vrai qu'il existe des procédures spéciales de révision d'arrêts définitifs après condamnation de la Cour de Strasbourg dans de nombreux États parties à la Convention. Pour certains auteurs, c'est la

²⁹⁴⁴ Par ex. CEDH, arrêt du 13 février 2007, requête n° 15073/03, *John c. Allemagne* ; arrêt du 20 juin 2013, requête n° 14497/06, *Wallishauser c. Autriche* (n° 2), § 85 ; arrêt du 24 avril 2018, requête n° 55385/14, *Baydar c. Pays-Bas*, § 46-50.

²⁹⁴⁵ CEDH, arrêt du 9 mai 2017, requêtes n°s 29382/16, 489/17, *Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon et Karagiorgos c. Grèce*, § 47.

²⁹⁴⁶ Voy. par ex. CEDH, arrêt du 26 novembre 2013, requête n° 6459/07, *Krikorian c. France*, § 97 à 99 ; arrêt du 11 avril 2019, requête n° 50053/16, *Harisch c. Allemagne*, § 37 à 42.

²⁹⁴⁷ CEDH, arrêt du 30 avril 2019, requête n° 70750/14, *Repcevirág Szövetkezet c. Hongrie*, § 58.

²⁹⁴⁸ Voy. par ex. CEDH, arrêt du 10 avril 2012, requête n° 4832/04, *Vergauwen et autres c. Belgique*, § 91 : « la Cour constate que la Cour constitutionnelle a dûment motivé ses refus de poser des questions préjudicielles [...] et que l'obligation de motivation imposée par l'article 6 § 1 a été remplie conformément à ce que prescrit le droit de l'UE ».

²⁹⁴⁹ CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*.

²⁹⁵⁰ CEDH, arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*.

²⁹⁵¹ CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*, § 33 ; arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*, § 71.

²⁹⁵² CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*. Voy. *infra*, Section 2, § 3, B, para. n° 598.

combinaison des mécanismes de droit de l'Union et de droit de la Convention européenne des droits de l'Homme qui permet d'obtenir un « contrôle *ex post* complet, opéré aussi bien sur le fond que sur la forme des décisions de refus de renvoi préjudiciel »²⁹⁵³. La Cour de Strasbourg peut ainsi participer au renforcement de la responsabilité du juge national dans son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union et à la subjectivation de la procédure de renvoi préjudiciel²⁹⁵⁴. Néanmoins, elle n'opère qu'un contrôle réduit qui laisse une large marge d'appréciation aux États, ce qui ne lui permet pas, selon certains auteurs, de jouer un rôle entièrement satisfaisant dans la sanction de l'obligation de renvoi²⁹⁵⁵. Toutefois, du point de vue français, ces efforts liés aux exigences de motivation ont permis de sensibiliser les juridictions françaises sur la nécessité de renforcer la motivation de leurs décisions, en particulier de non-renvoi préjudiciel.

B. Une sensibilisation récente des juridictions françaises à la jurisprudence européenne

565. En France, le Conseil constitutionnel ne peut pas connaître de la constitutionnalité des décisions juridictionnelles définitives. Il ne peut donc pas y avoir d'obligation *constitutionnelle* de motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel. Il n'existe également aucun texte *législatif* qui pose expressément l'obligation de motiver un refus de renvoi préjudiciel. Une telle disposition existe par exemple en Suède, où une loi de 2006 impose aux juridictions suédoises de motiver les décisions de non-renvoi préjudiciel²⁹⁵⁶. Cette loi a fait suite au déclenchement d'une procédure en manquement contre l'État suédois par la Commission européenne, en raison de violations fréquentes de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions suédoises²⁹⁵⁷. Il peut en revanche être précisé que l'existence d'une telle disposition ne semble pas avoir réellement modifié le comportement des juges depuis 2006²⁹⁵⁸. La difficulté

²⁹⁵³ F.-V. GUIOT, « La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel : With great(er) power, (at last) comes great responsibility ? », *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 2, p. 630.

²⁹⁵⁴ A. ILIOPOULOU-PENOT, « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », *RFDA*, 2019, p. 147 ; H. CASSAGNABÈRE, « Le Conseil d'État et son obligation de renvoi préjudiciel », *AJDA*, 2024, n° 9, p. 485.

²⁹⁵⁵ C. THOMALE, art. cité, p. 522.

²⁹⁵⁶ Loi n° 2006.502. Voy. CJUE, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DOCUMENTATION, « Note de recherche. Application de la jurisprudence CILFIT par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », mai 2019, p. 252, disponible sur <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-cilfit-fr.pdf> (consulté le 13 mars 2024).

²⁹⁵⁷ F.-L. GÖRANSSON, « Rapport suédois », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 483-484.

²⁹⁵⁸ CJUE, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DOCUMENTATION, « Note de recherche », *op. cit.*, p. 253 et s.

réside en tout état de cause dans l'impossibilité de contester la méconnaissance de cette obligation légale s'il n'existe pas de voie de droit vers une juridiction contrôlant les décisions des juridictions suprêmes.

566. Ce n'est que par l'existence de règles générales ou jurisprudentielles qu'un certain degré de motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel peut apparaître. Cependant, ces exigences de motivation ne sont pas spécifiques au renvoi préjudiciel, mais découlent de l'obligation plus générale de motiver les jugements²⁹⁵⁹. Selon la Cour de cassation par exemple, « tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties »²⁹⁶⁰. Le Conseil d'État se situe sur la même ligne, contrôlant et sanctionnant les décisions du fond pour « insuffisance de motivation »²⁹⁶¹. Lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'État contrôlent une décision du fond qui a, entre autres, rejeté la nécessité d'opérer un renvoi préjudiciel, ils exigent un niveau minimal de motivation de la décision – et donc du rejet de l'usage de la faculté de renvoi²⁹⁶². Parfois, cela constitue un moyen de cassation soulevé par les requérants, qui demandent aussi à la Cour de cassation de transmettre la question préjudicielle qu'aurait dû poser la cour d'appel. Dans un tel cas, la Cour de cassation peut reprendre l'argumentation de la cour d'appel pour estimer, d'une part, qu'elle a justifié sa décision de non-renvoi, et, d'autre part, que le renvoi d'une question préjudicielle est également écarté en cassation²⁹⁶³. La situation est différente lorsque la juridiction d'appel n'a pas répondu à la demande d'une partie de saisir la Cour de justice. Par exemple, dans un arrêt du 17 décembre 2014, la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi formé par plusieurs agriculteurs, prévenus d'avoir importé d'Espagne des produits vétérinaires bénéficiant d'une autorisation de mise sur le marché dans cet État et non en France. Devant les juges du fond, ils avaient notamment soulevé une exception d'illégalité concernant le décret qui leur était applicable en l'espèce (le décret n° 2005-558 relatif aux importations de médicaments vétérinaires), en raison d'une éventuelle contradiction avec le droit de l'Union, et notamment

²⁹⁵⁹ Sur la motivation des décisions de justice, voy. par ex. C.-J. GUILLERMET, *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, coll. Bibliothèque de droit processuel, Paris, l'Harmattan, 2006 ; W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, Les sens du droit, Essai, 2020.

²⁹⁶⁰ C. cass., ch. crim., arrêt du 17 décembre 2014, n° 13-86.686.

²⁹⁶¹ Voy. par ex. de manière générale CE, 1^e et 6^e ch. réunies, arrêt du 22 avril 2005, n° 275106, *Aubert*, inédit au *Lebon*.

²⁹⁶² Voy. par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 17 décembre 2014, n° 13-86.686 ; C. cass., ch. crim., arrêt du 8 juillet 2015, n° 15-81.731 ; CE, 9 et 10^e ch. réunies, arrêt du 18 janvier 2017, n° 387833, inédit au *Lebon* ; CE, 7^e ch., arrêt du 22 juin 2016, n° 395056, inédit au *Lebon*.

²⁹⁶³ Voy. par ex. C. cass., ch. crim., arrêt du 8 juillet 2015, n° 15-81.731 : « la chambre de l'instruction, après avoir justement relevé qu'elle n'était pas tenue de transmettre la question en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a justifié sa décision ».

avec la directive n° 2001/82/CE instituant un code communautaire. Les juges d'appel ont rejeté l'exception d'illégalité, en précisant uniquement que l'opposabilité du décret était incontestable. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, notamment parce que les juges ont laissé « sans réponse la demande de voir poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne ». Cela constitue un défaut de motivation de l'arrêt²⁹⁶⁴.

567. La difficulté qui se pose plutôt est celle de pouvoir imposer cette motivation au Conseil d'État et à la Cour de cassation eux-mêmes, lesquels sont, *a fortiori*, soumis à une éventuelle obligation de renvoi préjudiciel, et pas à une simple faculté. Historiquement, le Conseil d'État, à l'origine de la théorie de l'acte clair²⁹⁶⁵, a pu « abuser » de cette théorie pour refuser d'opérer un renvoi préjudiciel²⁹⁶⁶. C'est ainsi que dans son arrêt *Cohn-Bendit* de 1978²⁹⁶⁷, il avait défendu, contre la jurisprudence de la Cour de justice²⁹⁶⁸, la position formaliste selon laquelle les directives communautaires ne peuvent être invoquées par les ressortissants des États membres pour contester la légalité d'un acte administratif individuel. Alors que la contradiction est flagrante, il se prévaut de la théorie de l'acte clair pour ne pas renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice. Au-delà de ces hypothèses – rares – d'opposition frontale, il était en revanche habituel que le Conseil d'État ou la Cour de cassation se contentent d'indiquer, à la fin de leurs décisions, qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, notamment parce qu'il n'y a pas de « difficulté sérieuse » concernant l'interprétation ou la validité d'un acte de droit de l'Union²⁹⁶⁹. Par exemple, dans un arrêt de 2016, après avoir exposé l'ensemble des moyens du requérant, dont celui invitant le Conseil d'État à sanctionner la Cour administrative d'appel pour ne pas avoir renvoyé de question préjudicielle et à saisir lui-même la Cour de justice, la haute juridiction administrative se contente de juger qu'« aucun de ces moyens n'est de nature à permettre l'admission du pourvoi », sans précision²⁹⁷⁰. Pourtant, en apparence, les juridictions administrative et judiciaire s'imposent une obligation de motivation, notamment au regard de la jurisprudence européenne. Le Conseil d'État a ainsi pu constater qu'il lui « appartient [...] de motiver son refus de renvoyer

²⁹⁶⁴ C. cass., ch. crim., arrêt du 17 décembre 2014, n° 13-86.686.

²⁹⁶⁵ CE, ass., arrêt du 19 juin 1964, n° 56714, 56721 à 56723, 56733, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, publié au *Lebon*, p. 344.

²⁹⁶⁶ F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2025, p. 709. Voy. aussi F. FERRAND, « Das Vorabentscheidungsverfahren aus französischer Sicht », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2002, vol. 66, p. 403-404.

²⁹⁶⁷ CE, sect., arrêt du 22 décembre 1978, n° 11604, *Cohn-Bendit*, publié au *Lebon*.

²⁹⁶⁸ CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*.

²⁹⁶⁹ Sur l'absence de concordance entre cette expression avec la jurisprudence *Cilfit* et l'expression de « doute raisonnable », voy. CJUE, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DOCUMENTATION, « Note de recherche », *op. cit.*, p. 7.

²⁹⁷⁰ CE, 7^e ch., arrêt du 22 juin 2016, n° 395056, inédit au *Lebon*.

une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne »²⁹⁷¹, sans préciser sur quelle base juridique il se fonde. Mais la motivation des deux juridictions suprêmes n'est pas toujours claire ou explicite. Les exigences de motivation posées en particulier par la Cour de cassation aux juridictions inférieures ne sont pas toujours suivies par cette même Cour²⁹⁷². Cela a d'ailleurs valu la condamnation de la France par les deux juridictions européennes²⁹⁷³.

568. Toutefois, il faut mettre en avant les efforts récents des cours suprêmes françaises, afin d'enrichir leurs décisions, notamment pour rejeter la nécessité de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice. L'une des clefs d'explication de tels efforts est la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'obligation de motivation en tant que garantie associée au droit à un procès équitable. La jurisprudence européenne a d'ailleurs influencé la Cour de justice elle-même, laquelle a explicitement imposé une obligation de motivation du non-renvoi préjudiciel dans son arrêt *Consorzio Italian Management* du 6 octobre 2021. Dans cet arrêt, le juge luxembourgeois interprète l'article 267 TFUE « à la lumière de l'article 47 deuxième alinéa de la Charte » des droits fondamentaux, et en déduit qu'une juridiction qui s'estime exonérée de l'obligation de renvoi préjudiciel d'après les critères *Cilfit* doit faire apparaître, dans les motifs de sa décision, les éléments qui sont de nature à justifier la présence de l'une des trois hypothèses *Cilfit*²⁹⁷⁴. Au regard, de ces principes, les juridictions françaises n'ont d'autre choix que d'améliorer la motivation de leurs décisions de non-renvoi. De façon générale, la Cour de cassation a ainsi adopté un « guide de la rédaction en motivation enrichie », tandis que le Conseil d'État a rédigé un « vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative ». Elles y invitent les juridictions ordinaires à préciser les éléments de motivation, en fait et en droit, afin que le justiciable comprenne la décision, en détaillant la manière de procéder. Pour l'obligation de renvoi préjudiciel, la Cour de cassation précise par exemple dans son guide que l'arrêt prononçant un renvoi préjudiciel à la CJUE ou refusant de renvoyer est une hypothèse dans laquelle « la motivation enrichie est préconisée »²⁹⁷⁵. Le Conseil d'État semble également enrichir la motivation de ses décisions de non-renvoi, en développant en amont les arguments liés à l'interprétation du droit de l'Union – au besoin en citant la jurisprudence luxembourgeoise, avant de conclure qu'il n'est pas nécessaire de

²⁹⁷¹ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, arrêt du 1^{er} avril 2022, n° 443882, publié au *Lebon*.

²⁹⁷² L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108.

²⁹⁷³ Voy. *infra*, Section 2, § 3, B, para. n° 597 et s.

²⁹⁷⁴ CJUE, gr. ch., arrêt du 6 octobre 2021, aff. C-561/19, *Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, § 51.

²⁹⁷⁵ COUR DE CASSATION, *Guide de rédaction de la motivation enrichie*, septembre 2023, p. 11.

renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice²⁹⁷⁶. Les exigences de motivation imposées par la Cour de justice semblent ainsi avoir fait leur « entrée dans les décisions de la haute assemblée »²⁹⁷⁷.

569. Les efforts entrepris par les deux juridictions suprêmes françaises pour motiver plus précisément les décisions de non-renvoi préjudiciel trouvent cependant une limite dans l'absence de contrôle, à l'échelle nationale, du respect de l'obligation de renvoi – et du respect de l'obligation de motivation. Tandis qu'en Allemagne, les critiques doctrinales mettent en doute la cohérence du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale sur les décisions des juridictions suprêmes allemandes, la doctrine française peut seulement regretter l'absence même de contrôle à l'échelle nationale.

Section 2 : Les doutes sur la cohérence du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle allemande

570. Dès 1986 et la décision *Solange II*, les auteurs allemands se sont penchés sur la question des modalités du contrôle que devrait exercer la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'obligation communautaire de renvoi préjudiciel. Malgré la constance de la jurisprudence constitutionnelle à ce sujet, une partie de la doctrine n'a cessé de remettre en cause, en théorie et en pratique, le contrôle opéré par Karlsruhe. Ainsi, depuis de nombreuses années, des incohérences théoriques du contrôle pratiqué sont soulevées par certains auteurs allemands (§ 1). Malgré les divergences entre les auteurs allemands quant à la question d'un renforcement souhaitable du contrôle opéré, une vision optimiste nous pousse à apprécier l'effectivité du contrôle opéré par Karlsruhe (§ 2), notamment du point de vue français, où l'on recherche des solutions alternatives pour exercer une forme de contrôle sur les décisions de non-renvoi préjudiciel (§ 3).

²⁹⁷⁶ Pour un exemple récent en droit de l'environnement, voy. CE, 6^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 31 décembre 2024, n° 470134, inédit au *Lebon*.

²⁹⁷⁷ H. CASSAGNABÈRE, art. cité, p. 481.

§ 1 : Des incohérences théoriques

571. Le débat doctrinal relatif à la cohérence du contrôle exercé par la Cour de Karlsruhe sur l'obligation de renvoi préjudiciel s'est cristallisé autour de la question de la norme de référence utilisée dans le cadre du troisième groupe de cas. En effet, la Cour contrôle l'absence d'arbitraire dans la mise en œuvre des normes de droit de l'Union par la juridiction allemande. Or, dans ce cadre, elle utilise le droit matériel de l'Union comme norme de référence. Un tel recours a été fortement critiqué par une partie de la doctrine (A). Certains auteurs mettent notamment en lumière la conséquence du recours au droit matériel de l'Union, à savoir le non-respect des critères développés par la Cour de justice concernant l'obligation de renvoi préjudiciel – et avant tout la jurisprudence *Cilfit* (B).

A. Le recours critiqué au droit matériel de l'Union

572. En théorie, dans le cadre du contrôle opéré au titre de l'article 101 al. 1 (2) LF, garantie constitutionnelle *procédurale*, la Cour constitutionnelle fédérale prend pour référence la norme *procédurale* de compétence du juge²⁹⁷⁸. Elle examine alors si la juridiction a interprété et appliqué la norme de compétence de manière défendable. L'interprétation de la norme *matérielle* pertinente n'est pas contrôlée par la Cour constitutionnelle. Or, s'agissant de l'obligation de renvoi préjudiciel, particulièrement du contrôle effectué dans le cadre du troisième groupe de cas, la Cour évalue le caractère raisonnable de l'interprétation du droit matériel de l'Union pertinent. Elle ne se réfère pas – exclusivement – à l'interprétation de la norme de compétence de la Cour de justice par le juge, c'est-à-dire l'article 267 al. 3 TFUE. Cela est critiqué par une partie de la doctrine, qui estime que le contrôle opéré par la Cour n'est théoriquement pas correct. Pour un certain nombre d'auteurs allemands, la Cour constitutionnelle fédérale exerce son contrôle par référence à la mauvaise norme²⁹⁷⁹. Elle confond les questions matérielle et procédurale²⁹⁸⁰. Ce n'est pas la mise en œuvre de la norme matérielle à propos de laquelle il faudrait consulter la Cour de justice qu'il faut contrôler, mais

²⁹⁷⁸ W. ROTH, art. cité, p. 350 ; M. BÄCKER, « Altes und Neues zum EuGH als gesetzlichem Richter », *NJW*, 2011, vol. 64, p. 272. Voy. *supra*, Chapitre VI, Section 2, § 2, para. n° 372 et s.

²⁹⁷⁹ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 274 ; M. BÄCKER, art. cité, p. 272.

²⁹⁸⁰ W. ROTH, art. cité, p. 350.

bien la mise en œuvre de la norme procédurale contenue dans l'article 267 al. 3 TFUE²⁹⁸¹. C'est en effet cette dernière qui détermine la compétence de la Cour de Luxembourg.

573. Au début des années 2010, la première chambre de la Cour de Karlsruhe a pris en compte les critiques formulées par la doctrine allemande et a introduit dans ses décisions la référence explicite à l'interprétation de l'article 267 al. 3 TFUE par la juridiction²⁹⁸² :

« La question de savoir s'il y a eu violation du droit au juge légal, en vertu de l'article 101 al. 1 (2) LF, pour défaut de saisine de la Cour de justice, ne dépend pas en premier lieu du caractère raisonnable de l'interprétation du droit matériel de l'Union pertinent pour le litige par la juridiction ordinaire, mais du respect ou de la méconnaissance des conditions d'application de l'obligation de renvoi en vertu de l'article 267 al. 3 TFUE, qui détermine le juge légal dans le litige »²⁹⁸³.

En revanche, la seconde chambre n'a pas adopté cette nouvelle formulation et a maintenu la jurisprudence classique faisant référence au droit matériel de l'Union. De manière inhabituelle²⁹⁸⁴, les deux chambres de la Cour constitutionnelle ne se réfèrent donc pas, en apparence, à la même norme pour contrôler l'absence d'arbitraire dans le cadre du troisième groupe de cas²⁹⁸⁵. Pour la première chambre, c'est le caractère raisonnable de l'exercice de l'obligation de renvoi par la juridiction qui est déterminant. En revanche, la seconde chambre maintient la conception traditionnelle consistant à contrôler le caractère raisonnable de l'interprétation du droit matériel de l'Union pertinent. Celle-ci se distancie même de la formulation développée par la première chambre en 2010 dans sa décision *Honeywell* : elle y précise que la Cour de Karlsruhe n'est pas tenue « de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour relative à l'article 267 al. 3 TFUE », en précédant la référence à la jurisprudence de la première chambre du mot « différemment » (« *anders* »)²⁹⁸⁶. Pour la deuxième chambre, c'est toujours l'existence d'interprétations de toute évidence préférables à celle retenue par la juridiction qui est déterminante. Ce contrôle traditionnel correspond finalement à la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe concernant l'article 3 al. 1^{er} LF, c'est-à-dire à l'interdiction générale d'arbitraire.

²⁹⁸¹ M. BÄCKER, art. cité, p. 272.

²⁹⁸² À partir de C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 25 février 2010, 1 BvR 230/09 (*BVerfGK* 17, 108). Cette jurisprudence a ensuite été confirmée plusieurs fois. Voy. par ex. C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 30 août 2010, 1 BvR 1631/08 (*BVerfGK* 17, 533) ; décision du 10 novembre 2010, 1 BvR 2065/10 (*ZUM* 2011, 236) ; décision du 25 janvier 2011, 1 BvR 1741/09 (*BVerfGE* 128, 157).

²⁹⁸³ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 7 juin 2011, 1 BvR 2109/09, § 21 (*BVerfGK* 18, 460).

²⁹⁸⁴ M. BÄCKER, art. cité, p. 271.

²⁹⁸⁵ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 872.

²⁹⁸⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06, § 89 (*BVerfGE* 126, 286 [en part. p. 316]).

Cependant, l'objectif de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF est le respect des règles procédurales, et non des règles matérielles. Théoriquement, le caractère raisonnable de l'interprétation de la disposition matérielle de droit de l'Union ne devrait pas être évalué dans le cadre du contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel²⁹⁸⁷.

574. Malgré cette distinction d'apparence dans la façon de formuler l'objet du contrôle, la différence réelle entre les chambres est infime. Certains auteurs considèrent certes que l'approche de la première chambre est la seule approche valable²⁹⁸⁸, notamment parce qu'elle s'inspire davantage de la jurisprudence *Cilfit* de la Cour de justice²⁹⁸⁹. Pendant plusieurs années, une partie de la doctrine allemande a ainsi fortement critiqué la version initiale maintenue par la seconde chambre²⁹⁹⁰. Toutefois, en pratique, les deux chambres procèdent toujours au même contrôle et maintiennent les mêmes solutions. La divergence de jurisprudence, n'ayant pas de véritables conséquences pratiques, a pu être surinterprétée par certains auteurs. En effet, à la suite de sa formulation de principe, la première chambre maintient la référence aux trois groupes de cas précédemment développés²⁹⁹¹. Elle ne s'éloigne donc pas du contrôle matériel traditionnellement opéré pour le troisième groupe²⁹⁹². Partant, il est possible de considérer que la référence à l'article 267 al. 3 TFUE n'est que formelle, pour inscrire le contrôle dans le cadre du droit de l'Union. Mais la mise en œuvre du contrôle dépend bien de l'interprétation du droit matériel de l'Union. Cela est d'ailleurs reconnu par les auteurs eux-mêmes. Il est donc possible de douter de la réelle évolution de jurisprudence de la première chambre²⁹⁹³. Dans un article publié en 2012, Gabriele Britz, ancienne juge siégeant au sein de la première chambre, considère que la divergence de jurisprudence était graduelle, selon le degré de complexité de l'interprétation du droit de l'Union en question²⁹⁹⁴. Cependant, officiellement, la première chambre de la Cour a rappelé plusieurs fois que son interprétation correspond à la vision développée par la seconde chambre²⁹⁹⁵. Cette dernière, après avoir d'abord constaté la

²⁹⁸⁷ W. ROTH, art. cité, p. 350.

²⁹⁸⁸ U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité, p. 301.

²⁹⁸⁹ C. LACCHI, « Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU », *German Law Journal*, 2015, vol. 16, p. 1680.

²⁹⁹⁰ M. BÄCKER, art. cité ; M. SCHRÖDER, art. cité ; C. CALLIESS, art. cité ; U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité. Voy. *contra* L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité ; L. MICHAEL, « Partielle Verschärfung der Vorlagen-Kontrolldichte des BVerfG zugunsten des EuGH als „gesetzlichem Verfassungsrichter“ », *JZ*, 2013, vol. 68, p. 302-304.

²⁹⁹¹ M. BÄCKER, art. cité, p. 271.

²⁹⁹² C. CALLIESS, art. cité, p. 1909.

²⁹⁹³ M. SCHRÖDER, art. cité, p. 818.

²⁹⁹⁴ G. BRITZ, « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », art. cité, p. 1314, 1315.

²⁹⁹⁵ C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 novembre 2010, 1 BvR 2065/10, § 23 (*ZUM* 2011, 236) ; décision du 12 décembre 2012, 1 BvR 69/09, § 22 (*BVerfGK* 20, 159).

divergence avec la nouvelle jurisprudence de la première chambre, a réglé cette controverse en rappelant qu'aucune différence pratique n'existait entre les jurisprudences des deux chambres²⁹⁹⁶.

575. La question de savoir s'il est possible de contrôler le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel sans faire référence à l'interprétation du droit matériel de l'Union par la juridiction ordinaire peut se poser. En effet, puisque l'un des critères pour rejeter l'obligation de renvoi est l'évidence de la réponse à apporter à la question de droit de l'Union, la Cour constitutionnelle semble contrainte de tenir compte de la motivation de la juridiction quant à ce caractère évident. Si elle s'en tient à un strict contrôle du respect des critères de l'article 267 al. 3 TFUE, à partir du moment où la décision de non-renvoi est justifiée en faisant référence à la théorie de l'acte clair ou à la théorie de l'acte éclairé, elle devrait être considérée comme conforme à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Or, une telle décision pourrait, matériellement, être insoutenable et arbitraire. C'est donc pour contrôler en pratique plus efficacement les décisions de non-renvoi des juridictions que la Cour constitutionnelle se penche sur l'interprétation du droit matériel de l'Union avancée par le juge ordinaire. Aujourd'hui, la Cour procède ainsi à un contrôle mixte. Procéduralement, elle contrôle la prise en considération du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour de justice par la juridiction allemande. Matériellement, elle contrôle le caractère raisonnable de l'interprétation du droit de l'Union donnée par la juridiction²⁹⁹⁷. Cette incohérence théorique de la référence du contrôle pourrait être compensée par un contrôle opéré dans le strict respect de la jurisprudence de la Cour de justice concernant l'article 267 al. 3 TFUE. Or, la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas aligné son contrôle sur les critères développés par la Cour de Luxembourg depuis l'arrêt *Cilfit*.

B. Le non-respect des critères de la Cour de justice

576. Dans les propositions doctrinales préalables à l'inclusion de l'obligation de renvoi dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 267 al. 3 TFUE était déjà évoquée pour délimiter les violations arbitraires²⁹⁹⁸. En 1986, lorsque la Cour de Karlsruhe reconnaît que la Cour de justice

²⁹⁹⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 avril 2014, 2 BvR 1572/10, § 24 (*NJW* 2014, 2489).

²⁹⁹⁷ C.D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 56.

²⁹⁹⁸ Voy. par ex. K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht nach Art. 177 III EWGV an den EuGH als Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter », *NJW*, 1983, n° 48, p. 2738.

est un juge légal au sens de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, il est supposé qu'elle se réfèrera à l'avenir aux critères développés depuis l'arrêt *Cilfit* quant aux modalités de mise en œuvre de l'obligation de renvoi préjudiciel²⁹⁹⁹. L'adéquation du critère de l'absence d'arbitraire au droit communautaire est en effet questionnée dès la fin des années 1980³⁰⁰⁰. Or, malgré une référence fréquente à cet arrêt de 1982 et à la théorie de l'acte clair dans ses décisions en la matière, la Cour constitutionnelle allemande n'a pas développé un contrôle en adéquation avec cette jurisprudence, ce qui est critiqué par une partie de la doctrine. D'abord, par son contrôle, la Cour allemande ne respecte pas le droit de l'Union, par l'inobservation de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, les hypothèses de violation de l'obligation de renvoi préjudiciel en cas de jurisprudence luxembourgeoise incomplète ne correspondent pas à la jurisprudence *Cilfit*³⁰⁰¹. La Cour ne sanctionne l'absence de renvoi que lorsque la juridiction allemande a excédé la marge d'appréciation qu'elle-même a fixée, ce qui n'est pas évalué sur le modèle *Cilfit*. Elle considère par exemple qu'il n'y a pas de violation de l'obligation de renvoi lorsque la juridiction allemande a répondu à la question de droit de l'Union d'une manière justifiable³⁰⁰². Il s'agit d'une appréciation *subjective* de l'interprétation proposée par la juridiction nationale³⁰⁰³. Or, selon la Cour de justice, il ne suffit pas que l'interprétation de la juridiction nationale soit plausible, il faut qu'elle soit évidente pour l'ensemble des juridictions à l'intérieur de l'Union. Le critère déterminant pour faire tomber cette évidence est celui de l'existence *objective* de plusieurs interprétations du droit de l'Union³⁰⁰⁴. Il y a donc une asymétrie entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne sur ce point³⁰⁰⁵. Selon certains auteurs, l'article 267 al. 3 TFUE devrait être considéré comme mis en œuvre arbitrairement non pas lorsque la décision de la juridiction est insoutenable matériellement, mais déjà lorsque plusieurs possibilités de réponse à la question de droit de l'Union existent³⁰⁰⁶,

²⁹⁹⁹ C. VEDDER, « Ein neuer gesetzlicher Richter? », *NJW*, 1987, vol. 40, p. 530.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, qui invoque l'obligation de respect de l'article 5 al. 1^{er} du Traité CEE, incompatible avec la jurisprudence traditionnellement en retrait de la Cour constitutionnelle fédérale.

³⁰⁰¹ J. KOKOTT, T. HENZE et C. SOBotta, art. cité, p. 636 ; M. SCHRÖDER, art. cité, p. 814 ; C. CALLIESS, art. cité, p. 1907.

³⁰⁰² W. ROTH, art. cité, p. 349.

³⁰⁰³ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 274.

³⁰⁰⁴ Ce critère de l'existence *objective* de différentes interprétations possibles du droit de l'Union fait d'ailleurs partie des trois conditions cumulatives pour maintenir l'obligation de renvoi préjudiciel, proposées par l'avocat général Bobek dans l'affaire *Conorzio Italian Management* de 2021 (conclusions présentées le 15 avril 2021, aff. C-561/19, § 134). La Cour de justice n'a pas suivi son avocat général, en ce qu'il proposait un changement de jurisprudence par rapport aux critères *Cilfit*, mais elle conserve cette idée du risque *objectif* de divergences de jurisprudence au sein de l'Union (CJUE, gr. ch., arrêt du 6 octobre 2021, aff. C-561/19, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi SpA*).

³⁰⁰⁵ G. BRITZ, « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG », *JA*, 2001, p. 577.

³⁰⁰⁶ W. ROTH, art. cité, p. 350 ; U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 274 ; M. SCHRÖDER, art. cité, p. 820-821.

en application de la jurisprudence de la Cour de justice³⁰⁰⁷. Si la juridiction refuse de renvoyer une question préjudicielle en interprétant de manière autonome le droit de l'Union, alors elle s'arroge les compétences qui reviennent exclusivement à la Cour de Luxembourg. Dans ce cas, il y aurait violation de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, indépendamment du fait de savoir le degré de plausibilité de l'interprétation retenue par la juridiction³⁰⁰⁸. Selon le Professeur Claus Dieter Classen, le raisonnement de la Cour de Karlsruhe s'agissant du troisième groupe de cas (jurisprudence européenne incomplète) devrait au moins être inversé : une méconnaissance du droit au juge légal serait déjà caractérisée si la proposition de la juridiction ordinaire n'est pas « de toute évidence préférable » à la position contraire défendue par l'une des parties³⁰⁰⁹. Cela se rapprocherait ainsi davantage de la jurisprudence *Cilfit* et donc des exigences de la Cour de justice. Pour d'autres auteurs encore, le caractère évident de l'interprétation du droit de l'Union devrait déjà être exclu lorsque les parties à la procédure nationale ne sont pas d'accord sur l'interprétation à donner³⁰¹⁰. Ces propositions mettent en avant le fait que le critère européen de l'évidence de la réponse ne correspond pas à l'absence d'arbitraire développée par la Cour allemande³⁰¹¹.

577. Malgré les critiques doctrinales, la Cour allemande n'a jamais modifié sa jurisprudence afin de la rapprocher de celle de la Cour de justice. Dans sa décision *Honeywell*, la seconde chambre de la Cour considère même qu'elle n'est pas obligée, selon le droit de l'Union, de « s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 267 al. 3 TFUE »³⁰¹². La première chambre estime quant à elle que le caractère raisonnable du défaut de renvoi doit être étudié « dans le contexte de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 267 al. 3 TFUE »³⁰¹³, et non pas en application stricte des critères développés par cette dernière. En dépit de son changement de jurisprudence quant à la norme de référence du contrôle, elle ne respecte pas les critères de la Cour de justice. De nombreux auteurs mettent ainsi en avant les lacunes de protection juridique selon le droit de l'Union qui découlent de la jurisprudence allemande³⁰¹⁴.

³⁰⁰⁷ U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité, p. 300.

³⁰⁰⁸ C. HEITSCH, « Prüfungspflichten des Bundesverfassungsgerichts unter dem Staatsziel der europäischen Integration », *EuGRZ*, 1997, p. 469 ; U. FASTENRATH, « Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter », art. cité, p. 481.

³⁰⁰⁹ C. D. CLASSEN, « Anmerkung », *JZ*, 2008, vol. 63, n° 15/16, p. 795 (note de jurisprudence sur une décision de section de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 6 mai 2008, 2 BvR 1830/06).

³⁰¹⁰ C. HEITSCH, art. cité, p. 469.

³⁰¹¹ J. KOKOTT, T. HENZE et C. SOBOTTA, art. cité, p. 636.

³⁰¹² C. constit. féd. all., 2^e ch., décision 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06, § 89 (*BVerfGE* 126, 286 [en part. p. 316]).

³⁰¹³ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 25 février 2010, 1 BvR 230/09, § 20 (*BVerfGK* 17, 108).

³⁰¹⁴ A. GLAESNER, « Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren », *EuR*, 1990, n° 2, p. 150 ; U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité,

578. Ce non-respect de la jurisprudence de la Cour de justice est problématique à plusieurs égards. En premier lieu, une partie de la doctrine allemande met en avant le non-respect par la Cour constitutionnelle de sa propre jurisprudence relative à l'interprétation et à l'application du droit supranational. Traditionnellement, la Cour applique le principe de bienveillance de la Loi fondamentale à l'égard du droit international (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) et du droit de l'Union européenne (*Europarechtsfreundlichkeit*)³⁰¹⁵. Elle considère alors que le droit international et le droit de l'Union doivent être interprétés selon les méthodes appropriées de droit international et de droit de l'Union. Pour ce dernier, sont notamment à prendre en compte la terminologie propre utilisée, les différentes versions linguistiques, les objectifs de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice. De plus, elle considère depuis 2004 que l'interprétation des dispositions européennes donnée par les juridictions supranationales européennes fait autorité³⁰¹⁶. Alors que la Cour prétend que la Loi fondamentale impose aux juridictions nationales de reprendre la jurisprudence des cours européennes, elle estime qu'en matière de renvoi préjudiciel, seule la prise de connaissance de la jurisprudence de la Cour de justice est nécessaire. Or, le rôle de cette dernière devrait être au moins aussi important que celui reconnu par la Cour constitutionnelle aux juridictions internationales. La relation procédurale entre juridictions internes et Cour de justice est en effet inscrite à l'article 267 al. 3 TFUE³⁰¹⁷. La méthode d'interprétation du droit de l'Union devrait être la seule appropriée pour déterminer si la Cour de justice est le juge légal dans le cadre préjudiciel³⁰¹⁸. Les juridictions de dernière instance devraient donc interpréter leur obligation de renvoi selon les critères développés par la Cour de justice. Partant, une partie de la doctrine estime que le troisième groupe de cas et l'interprétation de l'article 267 al. 3 TFUE donnée par la Cour constitutionnelle ne devraient pas être maintenus³⁰¹⁹. Cette nécessité apparaît d'autant plus que Karlsruhe se positionne elle-même dans le rôle de « gardienne du respect des obligations internationales de

p. 275 ; W. ROTH, art. cité, p. 350 ; F. SCHÜTTER, art. cité, p. 387, lequel considère en revanche qu'il s'agit d'un problème qui doit être réglé par le législateur, et non par la Cour constitutionnelle fédérale.

³⁰¹⁵ Rappelé notamment dans la décision *Lisbonne* : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 juin 2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, § 225 (*BVerfGE* 123, 267).

³⁰¹⁶ L'effet contraignant de la jurisprudence des juridictions internationales en droit international public a été reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans deux décisions ayant trait à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04 (*BVerfGE* 111, 307) ; arrêt du 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10 (*BVerfGE* 128, 326).

³⁰¹⁷ A. VON UNGERN-STERNBERG, art. cité, p. 44.

³⁰¹⁸ U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité, p. 301.

³⁰¹⁹ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 274.

l'Allemagne »³⁰²⁰. En second lieu, certains auteurs allemands mettent en lumière l'incohérence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale avec la logique de sa décision *Solange II*. En effet, dans cette décision, elle définit sa position vis-à-vis des Communautés européennes et de la Cour de justice dans le domaine de la protection des droits fondamentaux individuels. Or, cette division des tâches entre la Cour allemande et la Cour de Luxembourg reste vaine si la première n'assure pas l'accès à la seconde, par l'intermédiaire du contrôle de l'obligation de renvoi préjudiciel³⁰²¹. La décision de la juridiction nationale demeure hors de portée de la Cour de justice, sans être pleinement contrôlée par la Cour constitutionnelle allemande³⁰²². Enfin, du point de vue du droit de l'Union, l'intervention de la Cour de Karlsruhe, développant une interprétation propre de l'article 267 al. 3 TFUE, pourrait ébranler l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union³⁰²³ et l'exigence de confiance européenne³⁰²⁴. Par sa jurisprudence relative à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, la Cour constitutionnelle se donne la possibilité d'avoir le dernier mot quant à l'interprétation de l'article 267 al. 3 TFUE. L'incompatibilité de cette interprétation avec la jurisprudence luxembourgeoise peut révéler une tension existante entre les cours et une volonté de la Cour allemande de développer une interprétation divergente de l'obligation de renvoi préjudiciel.

579. Les modalités du contrôle de l'obligation de renvoi préjudiciel opéré par la Cour de Karlsruhe ont entraîné d'importantes discussions au sein de la doctrine allemande. Au cœur de ces controverses, c'est le caractère limité du contrôle opéré par la Cour, en violation des critères développés par la Cour de justice, qui a été débattu entre les auteurs. Si cette question du renforcement du contrôle opéré demeure insoluble, il faut noter positivement l'effectivité pratique du contrôle de Karlsruhe.

§ 2 : L'effectivité pratique du contrôle de Karlsruhe

580. Pour la plupart des auteurs allemands ayant émis des critiques sur le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale, le contrôle de l'obligation de renvoi préjudiciel présente

³⁰²⁰ *Ibid.*, p. 275, citant à titre d'exemple la décision *Eurocontrol II* de la Cour allemande : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 novembre 1981, 2 BvR 1058/79, § 84 (*BVerfGE* 59, 63).

³⁰²¹ C. THOMALE, art. cité, p. 515.

³⁰²² M. SCHRÖDER, art. cité, p. 821.

³⁰²³ C. LACCHI, art. cité, p. 1699.

³⁰²⁴ M. KENNTNER, « Vom "Hüter der Verfassung" zum "Pannenhelfer der Nation"? - Zur Kontrolldichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde », *DÖV*, 2005, p. 277.

des lacunes importantes de protection juridique pour les individus³⁰²⁵. Les débats se sont cristallisés sur l'éventuelle nécessité de renforcer le contrôle, selon des modalités particulières et avec des justifications précises. Dans ce cadre, les propositions doctrinales sont nombreuses et parfois divergentes, et montrent la difficulté de cette question (A). Néanmoins, il est possible de mettre en lumière, du point de vue français, l'effectivité du contrôle de Karlsruhe et de sa contribution indirecte au respect du droit de l'Union européenne (B).

A. Les difficultés pour renforcer le contrôle

581. Au début des années 2010, la question du renforcement du contrôle constitutionnel de l'obligation de renvoi préjudiciel a attiré l'attention de nombreux juristes allemands. Toutefois, aucun consensus au sein de la doctrine ne semble possible. D'abord, si dans les années 1980, un certain nombre d'auteurs considéraient que l'article 5 al. 1^{er} du Traité CEE imposait à la Cour de Karlsruhe d'adapter le critère de l'absence d'arbitraire au contexte communautaire³⁰²⁶, cette position n'est plus défendue aujourd'hui. La doctrine s'accorde pour considérer que ce renforcement du contrôle ne saurait être imposé par une disposition précise de droit de l'Union, ce dernier ne prévoyant pas le contrôle et la sanction de l'obligation de renvoi préjudiciel³⁰²⁷. En revanche, les auteurs allemands ont développé de nombreuses autres justifications permettant, selon eux, tantôt d'imposer un contrôle approfondi, tantôt d'asseoir définitivement le contrôle limité opéré actuellement par le juge allemand.

582. Pour une première partie d'auteurs, l'enjeu ne serait pas d'approfondir les exigences, mais avant tout de rectifier la méthode employée. L'unique base de contrôle du respect du droit au juge légal dans le contexte de l'article 267 TFUE devrait être la méthode d'interprétation développée en droit de l'Union³⁰²⁸. Si la Cour allemande appliquait correctement les critères *Cilfit* de la Cour de justice, la question d'un renforcement du contrôle ne se poserait plus³⁰²⁹. Lothar Michael considère au contraire qu'aucune évolution ne serait opportune du point de vue

³⁰²⁵ C. THOMALE, art. cité, p. 524.

³⁰²⁶ Voy. par ex. K.-V. SCHILLER, « Unterlassene Vorlagepflicht », art. cité, p. 2738. ; C. VEDDER, art. cité, p. 530.

³⁰²⁷ Voy. par ex. A. GLAESNER, art. cité, p. 150 ; U. FASTENRATH, « Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter », art. cité, p. 483 ; J. KOKOTT, T. HENZE et C. SOBOTTA, art. cité, p. 636-637.

³⁰²⁸ A. VON UNGERN-STERMBERG, art. cité, p. 45.

³⁰²⁹ U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité, p. 301.

du droit de l'Union³⁰³⁰. Il insiste sur le caractère national du contrôle fondé sur l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, qui doit être appliqué selon les critères établis par la Cour de Karlsruhe.

583. Une partie de la doctrine considère en revanche qu'une évolution dans l'intensité du contrôle devrait avoir lieu. Un renforcement de ce dernier serait la seule solution pour que la Cour constitutionnelle respecte elle-même les droits fondamentaux individuels, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective³⁰³¹. La violation de l'article 267 TFUE ne serait pas une simple violation de compétence au sens formel, mais concernerait également la garantie d'une protection juridictionnelle effective, puisque par le renvoi préjudiciel c'est l'équilibre entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux qui est assuré³⁰³². Pour plusieurs auteurs, le renforcement du contrôle devrait être total. Ils estiment en effet qu'un parallèle peut être effectué entre l'obligation de renvoi préjudiciel et l'obligation de renvoi lié aux règles générales de droit international public³⁰³³. Or, dans le cadre du contrôle de cette dernière, la Cour de Karlsruhe opère un examen plus poussé³⁰³⁴, justifié pendant longtemps, d'une part, par un objectif de sécurité juridique et, d'autre part, par le besoin d'uniformité d'application du droit supranational et le risque d'engagement de la responsabilité de l'État. Certains auteurs avancent l'idée selon laquelle ces justifications pourraient être avancées *a fortiori* pour l'obligation de renvoi préjudiciel de droit de l'Union. Le respect de cette obligation permet en effet à la Cour de justice de veiller à l'uniformité et à la fiabilité du droit de l'Union³⁰³⁵, et l'engagement de la responsabilité peut résulter d'une méconnaissance du droit de l'Union³⁰³⁶. Cependant, dans une décision du 16 décembre 2014, la Cour de Karlsruhe a repris la justification tirée du maintien de la sécurité juridique dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 100 al. 1^{er} LF – question préjudicielle classique sur la constitutionnalité d'une loi à la Constitution³⁰³⁷. Or, le respect de cet article par les juridictions ordinaires allemandes demeure contrôlé par la Cour de manière limitée. Celle-ci n'associe donc pas l'objectif de maintien de la sécurité juridique à un contrôle normal. Partant, l'invocation de l'objectif de sécurité juridique ne peut pas justifier un renforcement du contrôle du respect de

³⁰³⁰ L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 877.

³⁰³¹ C. THOMALE, art. cité, p. 525.

³⁰³² *Ibid.*

³⁰³³ A. GLAESNER, art. cité, p. 150 ; W. ROTH, art. cité, p. 351 ; M. BÄCKER, art. cité, p. 272 ; A. VON UNGERN-STERNBERG, art. cité, p. 44 ; C. CALLIESS, art. cité, p. 1907 ; L. MICHAEL, « Partielle Verschärfung », art. cité, p. 303.

³⁰³⁴ Voy. *supra*, Chapitre VI, Section 2, § 2, B, para. n° 380.

³⁰³⁵ W. ROTH, art. cité, p. 351.

³⁰³⁶ CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Köbler*.

³⁰³⁷ C. constit. féd. all., 1^{er} ch., décision du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11, § 79 (BVerfGE 138, 64).

l'article 267 TFUE³⁰³⁸. Il faudrait donc détacher l'exigence d'uniformité d'application du droit supranational et le risque d'engagement de la responsabilité de l'État de ce principe de sécurité juridique, afin de justifier un contrôle normal.

584. Par ailleurs, un autre article de la Loi fondamentale, l'article 23 al. 1^{er} (1) LF³⁰³⁹, est régulièrement invoqué pour justifier un renforcement du contrôle de la Cour constitutionnelle³⁰⁴⁰, ou au moins un meilleur respect des critères développés par la Cour de justice³⁰⁴¹. Cet article, introduit après la ratification du Traité de Maastricht de 1992, fait de l'unification de l'Europe une mission juridiquement contraignante pour l'État allemand³⁰⁴². Il établit l'obligation légale des organes étatiques de concourir de manière constructive à l'intégration européenne³⁰⁴³. L'ancrage constitutionnel de la participation de l'Allemagne à l'Union européenne semble suggérer, pour une partie de la doctrine, que le respect du droit de l'Union devrait être au moins aussi important que celui du droit international public classique³⁰⁴⁴. À ce titre, certains auteurs considèrent que l'article 23 LF fait obligation à la Cour constitutionnelle fédérale de renforcer le contrôle qu'elle exerce sur l'obligation européenne de renvoi préjudiciel, par le respect strict des critères d'application de l'article 267 al. 3 TFUE, développés par la Cour de justice³⁰⁴⁵. Cela n'irait pas à l'encontre de sa volonté de ne pas être une « cour suprême des décisions de non-renvoi », mais respecterait la jurisprudence *Cilfit*³⁰⁴⁶, sur le fondement d'une disposition constitutionnelle allemande. Dans cette perspective, la théorie du droit constitutionnel spécifique serait respectée³⁰⁴⁷. En tout état de cause, d'autres auteurs considèrent que cette volonté de la Cour de ne pas devenir une cour suprême des renvois ne justifie pas la faible intensité du contrôle qu'elle opère. Elle serait en effet devenue de manière inévitable une telle cour dès l'instant où elle a choisi d'intégrer la Cour de justice dans le champ d'application de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF³⁰⁴⁸.

³⁰³⁸ C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », art. cité, § 57.

³⁰³⁹ L'article 23 al. 1^{er} (1) LF dispose : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. »

³⁰⁴⁰ C. HEITSCH, art. cité, p. 469.

³⁰⁴¹ U. FASTENRATH, « Nochmals », art. cité, p. 301.

³⁰⁴² G. SYDOW et F. WITTECK, *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I: Prinzipien, Institutionen, Verfahren*, Munich, C. H. Beck, 2019, p. 77.

³⁰⁴³ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 juin 2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, § 225 (*BVerfGE* 123, 267).

³⁰⁴⁴ A. VON UNGERN-STERMBERG, art. cité, p. 45.

³⁰⁴⁵ C. HEITSCH, art. cité, p. 469.

³⁰⁴⁶ M. BÄCKER, art. cité, p. 272.

³⁰⁴⁷ C. HEITSCH, art. cité, p. 469.

³⁰⁴⁸ W. ROTH, art. cité, p. 351.

585. Selon une partie de la doctrine, l'affermissement du contrôle de l'obligation de renvoi devrait être partiel. D'une part, la Cour de Karlsruhe devrait effectuer un contrôle plus strict lorsqu'il s'agit de faire respecter les droits fondamentaux individuels³⁰⁴⁹. Un tel renforcement, déjà opéré en partie par la référence à l'article 19 al. 4 LF, serait dans la logique de sa jurisprudence *Solange II* et lui permettrait de participer à la protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne³⁰⁵⁰. En effet, la différence déterminante entre l'article 267 al. 3 TFUE et l'article 100 al. 1^{er} LF, pour lequel la Cour exerce un contrôle en retrait, se situe dans la possibilité pour la Cour, s'agissant du second, de contrôler elle-même le respect des droits fondamentaux matériels par la juridiction ordinaire³⁰⁵¹. Or, en ce qui concerne l'obligation européenne de renvoi préjudiciel, la Cour ne peut contrôler que le respect des conditions ouvrant une telle obligation. Afin de garantir la meilleure protection des droits fondamentaux possible au niveau de l'Union – donc par la Cour de justice grâce à la procédure préjudicielle –, la Cour allemande devrait distinguer, dans le cadre de son contrôle au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, selon qu'un ou plusieurs droits fondamentaux sont ou non en cause. Le renforcement du contrôle de la Cour serait limité aux situations de nécessité absolue, lorsque la protection nationale constitutionnelle des droits fondamentaux est exclue en vertu de la jurisprudence *Solange II*³⁰⁵². D'autre part, cela imposerait de procéder à un renforcement du contrôle lorsqu'il est question de la validité d'un acte de droit de l'Union³⁰⁵³. Pour Lothar Michael, le parallèle avec le contrôle opéré en ce qui concerne le respect de l'article 100 al. 2 LF n'a de sens que pour le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Cet article impose en effet un renvoi à la Cour constitutionnelle dans deux configurations précises, comparables à l'appréciation de validité. L'argument tiré du maintien de l'uniformité d'application du droit de l'Union pourrait justifier un contrôle plus strict, seulement lorsqu'il est possible de douter de la validité d'un acte de l'Union. Pour les questions d'interprétation de ce droit, en dehors de l'invocation de droits fondamentaux, l'auteur considère que le contrôle limité à l'absence d'arbitraire est justifié et devrait être maintenu.

586. Les différentes propositions doctrinales, qui divergent sur un certain nombre de points, sont formulées depuis plusieurs années. Pour autant, la Cour constitutionnelle fédérale n'a jamais renforcé son contrôle. Elle a même précisé, dans sa décision du 29 avril 2014 mettant

³⁰⁴⁹ C. THOMALE, art. cité, p. 526.

³⁰⁵⁰ U. FASTENRATH, « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », art. cité, p. 275.

³⁰⁵¹ L. MICHAEL, « Partielle Verschärfung », art. cité, p. 302.

³⁰⁵² L. MICHAEL, « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle », art. cité, p. 879.

³⁰⁵³ L. MICHAEL, « Partielle Verschärfung », art. cité, p. 303.

fin à la controverse doctrinale concernant les divergences de jurisprudence entre les deux chambres, qu'un contrôle plus strict n'était pas opportun et n'était envisagé par aucune des deux chambres de la Cour³⁰⁵⁴. Malgré les nombreuses critiques doctrinales, notre point de vue extérieur nous incite à souligner l'effectivité de la contribution de la Cour allemande au respect du droit de l'Union européenne.

B. Une contribution effective de la Cour au respect du droit de l'Union

587. Malgré les commentaires et critiques doctrinaux, il peut être considéré que la Cour de Karlsruhe a construit une jurisprudence constante et protectrice autour du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel. De manière générale en Allemagne, la Cour est saluée pour avoir amélioré de façon déterminante la protection juridique des justiciables grâce à sa jurisprudence relative aux droits fondamentaux judiciaires³⁰⁵⁵. S'agissant spécialement du contrôle de l'obligation européenne de renvoi préjudiciel exercé au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF, elle a introduit une possibilité de recours pour les justiciables, qui n'existe que dans quelques États membres – et qui n'est jamais aussi développée qu'en Allemagne. Certes, faire référence à l'interprétation du droit matériel de l'Union pertinent ne semble pas théoriquement cohérent avec la logique de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF. Néanmoins, cela a permis à la Cour de contrôler plus strictement la motivation avancée par la juridiction allemande pour rejeter son obligation de renvoi préjudiciel. Par ailleurs, la première chambre de la Cour de Karlsruhe a tenu à expliciter la référence à la norme de compétence pertinente – l'article 267 al. 3 TFUE – et à la jurisprudence *Cilfit* de la Cour de justice afin de rectifier cette incohérence théorique. On peut estimer que le contrôle combiné, à la fois formel et matériel, des décisions de non-renvoi préjudiciel est le plus à même d'assurer l'effectivité du mécanisme et, à terme, l'effectivité du droit de l'Union.

588. Cela n'était au départ pas acquis. La première condamnation d'une juridiction allemande a été prononcée en 1987 à l'encontre de la Cour fédérale allemande des finances (*Bundesfinanzhof*)³⁰⁵⁶. Cette dernière a fait l'objet de plusieurs condamnations de la Cour

³⁰⁵⁴ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 avril 2014, 2 BvR 1572/10, § 24 (*NJW* 2014, 2489).

³⁰⁵⁵ K. SCHLAICH et S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 13^e éd., Munich, C. H. Beck, 2025, § 747.

³⁰⁵⁶ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 avril 1987, 2 BvR 687/85, § 39 (*BVerfGE* 75, 223). Sur cette décision, voy. M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987 », *RDP*, 1989, p. 119-120.

constitutionnelle fédérale, en raison de sa position particulièrement fermée vis-à-vis de la construction communautaire³⁰⁵⁷. Un réel conflit entre les deux Cours existait alors dans les années 1980³⁰⁵⁸. En l'espèce, la Cour constitutionnelle ne pouvait que condamner la Cour fédérale des finances, celle-ci ayant fait preuve d'une réelle mauvaise volonté pour appliquer correctement le droit communautaire³⁰⁵⁹. En effet, au cours de la même procédure et sur renvoi préjudiciel du tribunal inférieur (*Finanzgericht*), la Cour de justice avait déjà rendu un arrêt préjudiciel rappelant les modalités de l'effet direct des directives communautaires³⁰⁶⁰. Toutefois, la Cour fédérale des finances s'était volontairement écartée de cet arrêt, restant sur sa position initiale et sans poser à nouveau une question préjudicielle à la Cour de justice. La méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel était donc flagrante. De plus, la condamnation constitutionnelle était nécessaire du point de vue communautaire. La position constante contraire au droit communautaire de la Cour fédérale des finances avait attiré l'attention de la Commission des Communautés européennes, qui avait ouvert une procédure en manquement contre l'Allemagne³⁰⁶¹. Les premières années suivant la décision de 1986 ont ainsi été décisives pour la Cour constitutionnelle, afin qu'elle établisse le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes, notamment par les juridictions suprêmes des différents ordres de juridiction. Dès 1989, Michel Fromont note ainsi que « le contrôle du respect de l'article [267 TFUE] est ainsi devenu une affaire de routine »³⁰⁶². Aujourd'hui, les condamnations sont extrêmement rares, notamment celles des juridictions suprêmes allemandes³⁰⁶³. La Cour constitutionnelle fédérale est parvenue à imposer la coopération judiciaire européenne aux juridictions allemandes, qui sont désormais familières du mécanisme du renvoi préjudiciel et des cas d'obligation de renvoi.

589. En pratique, le contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale contribue de deux manières à imposer le respect du droit de l'Union aux juridictions allemandes. D'une part, de manière préventive, les juges allemands semblent plus enclins à interroger en amont la Cour de Luxembourg, afin de prévenir une éventuelle condamnation par la Cour de Karlsruhe ensuite.

³⁰⁵⁷ La deuxième sanction d'une décision du *Bundesfinanzhof* dans ce contexte est prononcée par la deuxième chambre quelques mois plus tard, dans une décision du 4 novembre 1987, 2 BvR 876/85 (*NJW* 1988, 2173).

³⁰⁵⁸ H. H. RUPP, « BVerfG, 8. 4. 1987 - 2 BvR 687/85. Zur Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », *JZ*, 1988, vol. 43, p. 194.

³⁰⁵⁹ M. KLOEPFER, « EG-Recht und Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *JZ*, 1988, vol. 43, n° 23, p. 1090.

³⁰⁶⁰ CJCE, arrêt du 22 février 1984, aff. C-70/83, *Kloppenburger*.

³⁰⁶¹ M. KLOEPFER, art. cité, p. 1090 ; S. GERVASONI, art. cité, p. 157 ; A. ILIOPOULOU-PENOT, art. cité, p. 146.

³⁰⁶² M. FROMONT, « La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987 », art. cité, p. 120.

³⁰⁶³ Il est possible de constater deux condamnations relativement récentes du *Bundesfinanzhof* : C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 4 mars 2021, 2 BvR 1161/19 (*NJW-RR* 2021, 617) ; décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20.

Ils sont ainsi depuis toujours les juridictions nationales qui posent le plus de questions préjudicielles à la Cour de justice. Entre 1952 et 2023, ils ont été à l'origine de 3 079 renvois préjudiciels à la Cour de justice, sur un total de 13 546 renvois³⁰⁶⁴. Cela représente environ 23 % des renvois préjudiciels initiés³⁰⁶⁵. Si les juridictions allemandes posaient des questions préjudicielles avant la jurisprudence *Solange II* de 1986, il est possible de constater une augmentation progressive du nombre de renvois préjudiciels en provenance de ces juridictions à partir de la fin des années 1980³⁰⁶⁶. Parmi les nombreuses causes de cette évolution, il est possible d'imaginer que l'éventuel contrôle constitutionnel opéré au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF a pu encourager les juridictions allemandes à se saisir de l'instrument. La menace d'un contrôle constitutionnel semble efficace pour imposer le « réflexe » de droit de l'Union aux juges allemands³⁰⁶⁷. La Cour fédérale allemande des finances (*Bundesfinanzhof*), par exemple, commettait initialement des violations flagrantes et régulières de son obligation de renvoi préjudiciel. Aujourd'hui, elle est devenue « la cour suprême régulièrement la plus active dans sa relation avec la [Cour de justice] »³⁰⁶⁸.

590. D'autre part, de manière « punitive », les annulations – certes rares – de décisions juridictionnelles par la Cour constitutionnelle fédérale pour méconnaissance de l'obligation de renvoi préjudiciel obligent les juridictions condamnées à rectifier leur erreur, soit en justifiant davantage le non-renvoi, soit en posant effectivement une question préjudicielle à la Cour de justice. Par exemple, l'*Oberlandesgericht* dont la décision a été annulée par la Cour de Karlsruhe le 30 mars 2022³⁰⁶⁹ et à qui a été renvoyée l'affaire pour être de nouveau jugée, a sursis à statuer afin de poser la question préjudicielle jugée nécessaire par la Cour

³⁰⁶⁴ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport annuel 2023. Statistiques judiciaires de la Cour de justice*, Luxembourg, Union européenne, mars 2024, p. 32, disponible sur https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/fr_ra_2023_cour_statistiques_web_bat_22042024.pdf (consulté le 30 juillet 2024).

³⁰⁶⁵ Par comparaison, les juridictions italiennes, les deuxièmes juridictions les plus actives en matière préjudicielle, ont renvoyé sur la même période 1779 questions préjudicielles, soit 13,1 % de la totalité des renvois. Les juridictions françaises, quant à elles, n'ont renvoyé que 1135 questions préjudicielles à la Cour de justice entre 1952 et 2023, ce qui ne représente que 8,4 % de la totalité des renvois (*ibid.*).

³⁰⁶⁶ Sur la période 1970-1986, il y a eu entre 15 et 46 renvois initiés par des juges allemands (avec une moyenne de 32 renvois par année), tandis que sur la période entre 1987 et 1997, il y a eu entre 32 et 66 renvois par année (avec une moyenne de 48 renvois par an). En 2017, les juridictions allemandes ont atteint le nombre de 149 questions préjudicielles posées, dans le cadre d'une tendance de multiplication des procédures préjudicielles engagées du côté allemand (114 en 2019, 140 en 2020, 106 en 2021, 98 en 2022, 94 en 2023). Par comparaison, les juridictions françaises n'ont jamais renvoyé plus de 45 questions préjudicielles par année (les juridictions italiennes, 70) (*ibid.*, p. 31-32).

³⁰⁶⁷ D. DITTERT, « Rapport allemand », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 64.

³⁰⁶⁸ S. GERVASONI, art. cité, p. 157. Le *Bundesfinanzhof* est en effet la juridiction de dernière instance ayant posé le plus de questions préjudicielles depuis 1952 (362) (COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport annuel 2023*, op. cit., p. 33).

³⁰⁶⁹ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21 (*NStZ-RR* 2022, 222).

constitutionnelle fédérale³⁰⁷⁰. La Cour de justice de l'Union a rendu sa décision préjudicielle³⁰⁷¹, ce qui permettra au tribunal de rendre sa décision définitive. La coopération des juges ordinaires avec la Cour de justice peut donc résulter d'une décision de la juridiction constitutionnelle allemande, laquelle « force » le dialogue. *In fine*, c'est l'effectivité du droit de l'Union, son interprétation et son application uniformes qui peuvent être protégées.

591. Par cette reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal, la Cour de Karlsruhe délimite clairement les compétences de chacune des juridictions. Elle contribue indirectement à la correcte exécution des actes de droit de l'Union et diminue ainsi les risques d'engagement de la responsabilité de l'État allemand pour méconnaissance, par une ou plusieurs juridictions nationales, du droit de l'Union³⁰⁷². Si sa position vis-à-vis de la construction européenne peut paraître fermée d'un point de vue matériel, elle contribue procéduralement au respect de l'objectif constitutionnel d'intégration européenne. Elle est parfois critiquée pour ne pas poser elle-même de questions préjudicielles – ce qu'elle justifie au regard de son caractère de juridiction constitutionnelle spécifique. En revanche, elle s'assure que les juridictions ordinaires renvoient les questions précises nécessaires à la Cour de justice sur le même sujet³⁰⁷³. La Cour allemande ne se positionne pas par principe « contre » l'Union européenne ou la Cour de Luxembourg. Elle contribue au contraire à assurer l'effectivité de la coopération entre les juridictions allemandes et cette dernière, et, de manière indirecte, « à l'approfondissement de la protection commune des droits fondamentaux en Europe »³⁰⁷⁴. Elle peut, par cette voie, engager un dialogue indirect avec la Cour de justice³⁰⁷⁵.

592. Enfin, le contrôle en retrait opéré par la Cour constitutionnelle fédérale et sa volonté de ne pas être une « cour suprême de révision des décisions de non-renvoi » lui permettent de se situer dans la droite ligne de l'approche libérale de la procédure préjudicielle développée par la Cour de justice depuis 2015³⁰⁷⁶. Depuis cette date, les juridictions suprêmes nationales font

³⁰⁷⁰ OLG Hamm, décision du 19 mai 2022, 2 Ausl. 180/20.

³⁰⁷¹ CJUE, arrêt du 18 juin 2024, aff. C-352/22, *Generalstaatsanwaltschaft Hamm*.

³⁰⁷² C. LACCHI, art. cité, p. 1695.

³⁰⁷³ Voy. par ex. dans le domaine du mandat d'arrêt européen. D'un côté, la Cour de Karlsruhe a été critiquée pour ne pas avoir renvoyé de question préjudicielle dans une affaire jugée le 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14, *BVerfGE* 140, 317) (voy., pour des commentaires de cette décision en français : C. SAAS et T. WEIGEND, « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *RSC*, 2016, n° 4, p. 840 ; A. GAILLET, « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 », *AJDA* 2016, n° 20, p. 1112-1119). D'un autre côté, elle a condamné en 2017 un tribunal régional supérieur allemand pour défaut de renvoi préjudiciel en matière d'exécution d'un mandat d'arrêt européen (C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 décembre 2017, 2 BvR 424/17 [*BVerfGE* 147, 364]).

³⁰⁷⁴ C. LANGENFELD, art. cité, p. 75.

³⁰⁷⁵ C. LACCHI, art. cité, p. 1699.

³⁰⁷⁶ F.-V. GUIOT, art. cité, p. 576.

l'objet d'une plus grande responsabilisation de la part de la Cour de justice. C'est à elles qu'il revient d'évaluer la nécessité d'opérer un renvoi préjudiciel pour l'issue du litige ou les besoins d'uniformité d'interprétation et d'application du droit de l'Union. De plus, la Cour luxembourgeoise n'accepte pas qu'une juridiction constitutionnelle puisse interférer dans l'engagement d'une procédure préjudicielle³⁰⁷⁷. L'intervention systématique de la Cour constitutionnelle allemande pour contrôler la décision prise par la juridiction de dernière instance ne semble ainsi pas compatible avec la vision du renvoi préjudiciel donnée par la Cour de justice. Le contrôle de la motivation de la décision de non-renvoi reste certes justifié, mais le niveau d'exigence de la juridiction constitutionnelle allemande ne peut être trop élevé. La crainte, exprimée par certains auteurs, que la Cour allemande impose sa suprématie³⁰⁷⁸ est diminuée compte tenu du caractère restreint de son contrôle. Peut alors s'instaurer une relation triangulaire entre les juridictions nationales ordinaires, la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁷⁹.

593. En conclusion, si la doctrine allemande n'est pas unanime quant à la cohérence et à la suffisance du contrôle opéré par la Cour constitutionnelle fédérale au titre de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF dans le contexte du droit de l'Union, notre œil étranger nous incite à juger favorablement cette contribution indirecte de la Cour allemande au respect du droit de l'Union. Un regard vers la situation française permet d'atténuer les critiques envers la jurisprudence allemande.

§ 3 : Le contrepoint français : les solutions existantes pour un contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel en l'absence d'un droit au juge légal

594. Sans possibilité de contrôle des décisions juridictionnelles définitives par le juge constitutionnel, la question du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel reste largement sans réponse satisfaisante en France. Les possibilités de contrôle interne et *a posteriori* des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État pour méconnaissance de l'obligation européenne de renvoi sont extrêmement réduites (A). Les justiciables se sont ainsi tournés vers les

³⁰⁷⁷ Voy. notamment CJUE, gr. ch., arrêt du 22 juin 2010, aff. C-188, 189/10, *Melki et Abdeli* ; CJUE, gr. ch., arrêt du 15 janvier 2013, aff. C-416/10, *Jozef Križan*.

³⁰⁷⁸ C. LACCHI, art. cité, p. 1699.

³⁰⁷⁹ J. MALENOVSKÝ, « Le renvoi préjudiciel perçu par trois Cours “souveraines” », *Journal de droit européen*, 2013, p. 219-220.

juridictions supranationales européennes, afin qu'un contrôle puisse être opéré *a posteriori* sur la jurisprudence française (B).

A. La caractère réduit du contrôle interne sur les juridictions suprêmes françaises

595. Le Conseil constitutionnel étant hors du jeu en cette matière, ce n'est qu'*a posteriori* que les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État peuvent être contrôlées au niveau national. Cela entre dans la configuration de l'engagement de la responsabilité de l'État pour méconnaissance du droit de l'Union³⁰⁸⁰, sur le fondement des critères développés par la Cour de justice depuis l'arrêt *Köbler*³⁰⁸¹. À cette occasion, la Cour de Luxembourg a estimé que le principe de réparation des dommages pour violation du droit communautaire était également applicable lorsque la violation découlait d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort. Cela pourrait ainsi ouvrir la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour méconnaissance de l'obligation de renvoi par une telle juridiction. Cependant, les critères d'engagement de la responsabilité étatique dans une telle configuration sont très exigeants : une violation suffisamment caractérisée d'une disposition du droit de l'Union conférant des droits aux particuliers³⁰⁸², ainsi que l'existence d'un lien de causalité direct entre la violation et le préjudice subi par la personne lésée sont nécessaires. Lorsqu'il s'agit d'une décision juridictionnelle, la Cour de justice exige que la juridiction nationale soit intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence luxembourgeoise en la matière³⁰⁸³. Par ailleurs, une difficulté supplémentaire existe dans cette construction : c'est une juridiction nationale de première instance qui examine la décision d'une juridiction suprême³⁰⁸⁴. L'équilibre semble donc délicat à trouver, et ce n'est que dans des cas exceptionnels que la responsabilité de l'État peut être engagée. La Cour de justice n'a ainsi constaté qu'en 2015 la première violation de l'obligation de renvoi préjudiciel commise par une cour suprême³⁰⁸⁵, la Cour suprême

³⁰⁸⁰ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 11^e éd., Sirey Université, Paris, Sirey, 2018, p. 849 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 710-711.

³⁰⁸¹ CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Köbler*.

³⁰⁸² Depuis CJCE, arrêt du 5 mars 1996, aff. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur* et arrêt du 5 mars 1996, aff. C-48/93, *Factortame*.

³⁰⁸³ Par ex. récemment CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, aff. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, § 43.

³⁰⁸⁴ C. LACCHI, art. cité, p. 1694.

³⁰⁸⁵ CJUE, arrêt du 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva*.

portugaise³⁰⁸⁶. Partant, la doctrine considère depuis longtemps que l'instrument relève davantage « de l'affichage ou de l'effet d'annonce que d'une réalité éprouvée ou effective »³⁰⁸⁷.

596. En France, l'engagement de la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union – spécifiquement de l'article 267 al. 3 TFUE – s'est récemment avéré infructueux pour obtenir une sanction *a posteriori* d'un défaut arbitraire de renvoi préjudiciel par l'une des juridictions suprêmes françaises. En effet, la mise en pratique d'un tel régime de responsabilité par les juridictions administratives françaises montre la limite évidente de ce mécanisme de sanction, qui repose sur la violation manifeste d'une norme de droit de l'Union européenne conférant des droits aux individus. Dans sa décision *Kermadec*³⁰⁸⁸, le Conseil d'État indique que certes, l'arrêt *Köbler* fait de la violation de l'article 267 TFUE un élément à prendre en compte dans l'appréciation de l'existence d'une violation manifeste du droit de l'Union, mais que cet article ne crée pas de droit au renvoi préjudiciel dans le chef des particuliers. Dès lors, il confirme la position de la Cour administrative d'appel de Paris³⁰⁸⁹, en jugeant que l'invocation du non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel ne peut pas être une cause autonome d'engagement de la responsabilité de l'État devant les juridictions administratives. Il faut nécessairement constater la méconnaissance manifeste d'une règle de droit de l'Union conférant des droits individuels, au-delà de l'obligation de renvoi. En 2021, le tribunal administratif de Paris a reconnu pour la première fois la responsabilité de l'État en raison de la violation manifeste du droit de l'Union par une décision du Conseil d'État, mais il rejette l'argument spécifique tiré de l'absence de motivation du défaut de renvoi préjudiciel à la Cour de justice³⁰⁹⁰. Cependant, la Cour administrative d'appel a cassé le jugement du tribunal administratif en 2023, estimant que la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée en l'espèce³⁰⁹¹. Elle rappelle à nouveau à cet égard que le défaut de renvoi préjudiciel ne constitue pas une cause d'engagement de la responsabilité de l'État. Il semble donc que cette voie de droit, permettant de sanctionner *a posteriori* les violations arbitraires du droit de l'Union, ne puisse pas prospérer en France. Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'État pour

³⁰⁸⁶ L. MÈDE, « La sanction du manquement juridictionnel dans le cadre de la coopération préjudicielle imposée », *Revue de l'Union européenne*, 2019, p. 584.

³⁰⁸⁷ L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 55.

³⁰⁸⁸ CE, 9^e et 10^e ch. réunies, arrêt du 1^{er} avril 2022, n° 443882, *Kermadec*, publié au *Lebon* (AJDA 2022, p. 717).

³⁰⁸⁹ CAA Paris, arrêt du 9 juillet 2020, n° 18PA01032, *Kermadec* (*Revue de droit fiscal* 2020, p. 469).

³⁰⁹⁰ TA Paris, décision du 21 avril 2021, n° 1823994/2-2, *M. R.* Sur cette décision, voy. par ex. D. RITLENG, « Chronique. Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - 1^{er} janvier 2021 - 31 décembre 2021 », *RTD eur.*, 2022, n° 2, p. 263-266.

³⁰⁹¹ CAA Paris, arrêt du 28 juin 2023, n° 21PA03337. Conclusions du rapporteur public in *AJDA*, n° 36, p. 1953-1957.

méconnaissance du droit de l'Union par une juridiction sont très strictes, et ne s'appliquent pas, en tout état de cause, à la règle contenue à l'article 267 al. 3 TFUE. Par ailleurs, ce type de sanction a un effet limité, dans la mesure où cela ne permet pas de saisir la Cour de justice ou de reprendre la procédure. Telle est également une critique que l'on peut faire quant à la recherche d'un contrôle et d'une sanction au niveau supranational.

B. La recherche d'un contrôle supranational

597. Face à l'absence de solution au niveau national, des justiciables persévérants se sont tournés vers les juridictions européennes afin de faire contrôler *a posteriori* des décisions juridictionnelles ayant rejeté l'obligation de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice. Si le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière s'est développé depuis la fin des années 1990, c'est d'abord la Cour de justice de l'Union européenne qui a eu à connaître d'une décision définitive du Conseil d'État. Ce contrôle s'est opéré dans le cadre de la procédure du recours en manquement contre État (articles 258 à 260 TFUE)³⁰⁹². Formellement, les justiciables n'ont aucun rôle à jouer dans le cadre de cette procédure, qui est initiée par la Commission européenne ou les États membres. Indirectement toutefois, les individus peuvent transmettre à la Commission européenne des informations afin qu'elle ouvre une procédure de recours en constatation de manquement contre l'État membre dont est issue la juridiction³⁰⁹³. La question de la possibilité de sanctionner le non-renvoi préjudiciel par le recours en manquement a longtemps animé la doctrine³⁰⁹⁴. De façon générale, la Cour de justice n'a reconnu qu'en 2003 la possibilité que l'acte juridictionnel d'une juridiction nationale puisse constituer un manquement³⁰⁹⁵ et a attendu 2009 pour reconnaître un premier manquement juridictionnel – en l'espèce commis par le Tribunal suprême espagnol, en raison de son interprétation d'une disposition du droit de l'Union³⁰⁹⁶. S'agissant de la question spécifique du défaut de renvoi préjudiciel par une juridiction de dernière instance nationale, la Commission a d'abord hésité à agir pour ce motif dans le cadre du recours en manquement. Pendant longtemps, elle a préféré mener une action pédagogique auprès des États et de leurs juridictions suprêmes plutôt que de lancer des procédures en manquement d'État, mettant fin aux procédures

³⁰⁹² Sur cette procédure, M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 578 et s. ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 798 et s.

³⁰⁹³ M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 849 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 710.

³⁰⁹⁴ Pour des références sur ce débat, voy. C. SOULARD *et al.* (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. 3. Renvoi préjudiciel, recours en manquement*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, p. 170.

³⁰⁹⁵ CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, aff. C-129/00, *Commission c. Italie*.

³⁰⁹⁶ CJCE, arrêt du 12 novembre 2009, aff. C-154/08, *Commission c. Espagne*.

précontentieuses dès la réaction des autorités nationales³⁰⁹⁷. C'est finalement dans le cadre d'une affaire française que la Commission poursuit la procédure jusqu'à la saisine de la Cour de justice, afin de faire reconnaître un manquement de la part de la France en raison d'une décision du Conseil d'État. Par son arrêt du 4 octobre 2018, la Cour de justice condamne de manière retentissante la France pour non-respect de l'obligation de renvoi par le Conseil d'État³⁰⁹⁸. En l'espèce, la Haute juridiction administrative française avait refusé d'opérer un renvoi préjudiciel dans le cadre d'un contentieux fiscal complexe, alors qu'elle avait déjà posé une première question préjudicielle et que des doutes subsistaient quant au respect du droit de l'Union par la législation française applicable. La condamnation a provoqué un grand émoi en France, en particulier au Conseil d'État³⁰⁹⁹. Il ne faut toutefois pas déduire de cet exemple l'existence d'un nouvel instrument de contrôle dans les mains de la Cour de justice. D'une part, le succès du recours est en l'espèce dû, en grande partie, à la ténacité des sociétés requérantes³¹⁰⁰. D'autre part, dans le contexte de la « crise de l'État de droit » qui touche l'Europe, tant la Commission que la Cour de justice ont utilisé l'affaire pour « envoyer un message à ceux qui prônent une dérive démocratique illibérale »³¹⁰¹. Par ailleurs, l'instrument du recours en manquement reste à la discrétion de la Commission européenne, ce qui témoigne de sa longue « infertilité » en matière de manquement juridictionnel³¹⁰². Enfin, pour les justiciables, cela n'est pas entièrement satisfaisant puisque la Cour de justice constate uniquement le manquement de l'État, sans remettre en cause la décision définitive qui était la source de la méconnaissance du droit de l'Union³¹⁰³.

598. Du côté de la Cour européenne des droits de l'Homme, il a déjà été précisé que le contrôle qu'elle opère sur les décisions juridictionnelles définitives peut la conduire à contrôler le respect de l'obligation de motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel³¹⁰⁴. Après les

³⁰⁹⁷ Tel a par exemple été le cas en 1986 contre l'Allemagne et le *Bundesfinanzhof* (voy. *supra*, Section 2, § 2, B, para. n° 588), ou encore contre la Suède après l'adoption de la loi de 2006 (voy. *supra*, Section 1, § 3, B, para. n° 565).

³⁰⁹⁸ CJUE, arrêt du 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c. France*. Sur cet arrêt, voy. par ex. A. ILIOPOULOU-PENOT, art. cité ; D. SIMON, « Une première historique : la France condamnée en manquement pour défaut de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État », *Europe*, 2018, repère 10.

³⁰⁹⁹ Voy. par ex. la tribune du Président de la section du contentieux de l'époque, Jean-Denis Combrexelle : J.-D. COMBREXELLE, « Sur l'actualité du “dialogue des juges” », *AJDA*, 2018, p. 1929.

³¹⁰⁰ A. ILIOPOULOU-PENOT, art. cité, p. 140.

³¹⁰¹ F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 802.

³¹⁰² L. MÈDE, art. cité, p. 583.

³¹⁰³ L. MILANO, art. cité.

³¹⁰⁴ Voy. *supra*, Section 1, § 3, A, para. n° 561 et s.

condamnations de l'Italie³¹⁰⁵ et de la Lituanie³¹⁰⁶, le refus arbitraire de renvoyer une question préjudicielle de la Cour de cassation française qui a entraîné la condamnation de la France en 2020³¹⁰⁷. Dans l'affaire *Sanofi Pasteur c. France*, la Cour de Strasbourg doit contrôler le respect de l'obligation de motivation d'une décision de la juridiction suprême française, rejetant l'éventualité d'une question préjudicielle. La société requérante avait formulé, dans son pourvoi en cassation, des questions préjudicielles qu'elle proposait à la Cour de cassation de renvoyer à la Cour de justice³¹⁰⁸. Dans son arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi, en indiquant simplement qu'il n'y a pas lieu « de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne »³¹⁰⁹. La Cour européenne ne peut que constater que la juridiction française ne s'est pas référée explicitement à la jurisprudence de la Cour de justice, et qu'au-delà, « rien n'indique qu'elle aurait estimé » que l'interprétation des dispositions en cause entraine dans l'une des hypothèses *Cilfit* d'exonération³¹¹⁰. Elle précise en outre que les circonstances particulières de l'affaire imposaient une motivation explicite et claire du non-renvoi préjudiciel de la part de la Cour de cassation. En effet, d'une part, la société requérante avait formulé une demande de renvoi dans son pourvoi et, d'autre part, l'avocat général à la Cour de cassation avait évoqué la question de la prise en compte et de l'interprétation du droit de l'Union pertinent. Pour le juge européen, il était ainsi nécessaire que la Cour de cassation se positionne à son tour sur la question³¹¹¹. Si les condamnations de la Cour de Strasbourg sont rares en la matière, la solution paraît logique au regard de l'absence totale de motivation dans la décision de la Cour de cassation française. Un élément peut cependant surprendre dans le raisonnement du juge européen : il précise que la motivation était d'autant plus nécessaire « vu l'enjeu de la procédure pour la société requérante »³¹¹². L'évocation de la situation particulière des requérants peut laisser penser que la Cour de Strasbourg est prête à renforcer son contrôle en fonction des circonstances d'espèce³¹¹³. En ce qui concerne l'effet de la sanction pour le requérant, il est à nouveau limité, dans la mesure où, par principe, l'autorité de chose jugée de la décision de la juridiction nationale est irrévocable. Cependant, des procédures ont été mises en place en matière pénale et civile, afin de permettre le réexamen de la décision définitive. Depuis 2000,

³¹⁰⁵ CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie* ; arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*.

³¹⁰⁶ CEDH, arrêt du 16 avril 2019, requête n° 55092/16, *Baltic Master LTD c. Lituanie*.

³¹⁰⁷ CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*.

³¹⁰⁸ CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 17 et 18.

³¹⁰⁹ C. cass., 1^{er} ch. civ., arrêt du 12 novembre 2015, n° 14-17.146.

³¹¹⁰ CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 75, 77, 78.

³¹¹¹ CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 79-80.

³¹¹² CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*, § 80.

³¹¹³ L. MILANO, art. cité.

l'article 622-1 du code de procédure pénale autorise le réexamen d'une décision pénale définitive après condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme, lorsque, « par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la convention [...] ne pourrait mettre un terme ». Il ne semble pas que la violation de l'obligation de motivation d'une décision de non-renvoi préjudiciel puisse ici ouvrir la procédure de réexamen. En matière civile, l'article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire n'ouvre la procédure qu'aux décisions civiles rendues en matière d'état des personnes. Il faudrait ainsi que la méconnaissance arbitraire de l'obligation de motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel ait eu lieu dans le cadre d'un litige intéressant l'état des personnes – matière qui touche généralement moins le droit de l'Union européenne. Enfin, le Conseil d'État considère que les arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme résultant d'une décision juridictionnelle définitive ne permettent pas de rouvrir la procédure juridictionnelle qui s'était close devant lui³¹¹⁴, mais ne peuvent qu'impliquer que l'autorité administrative réexamine la situation du requérant au regard de la jurisprudence européenne³¹¹⁵. L'effet du contrôle supranational sur les décisions de non-renvoi préjudiciel est ainsi extrêmement limité pour le justiciable qui a intenté la procédure.

599. Qu'il s'agisse du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, il a déjà été précisé que les deux juridictions ont entrepris des efforts d'enrichissement de leur motivation, y compris en ce qui concerne le rejet des demandes des parties de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice. Les condamnations, encore récentes, des deux juridictions françaises semblent à cet égard accentuer la nécessité de respecter les standards européens de motivation, afin que de tels revers ne se reproduisent plus. Il semble qu'en respectant les exigences liées à la « motivation enrichie », le Conseil d'État et la Cour de cassation devraient éviter, dans le futur, de nouvelles condamnations européennes. Des décisions récentes illustrent la modification du style de motivation des juridictions françaises, et le caractère détaillé des motifs de l'absence de renvoi préjudiciel³¹¹⁶. En tout état de cause, il n'est pas possible de plaider pour l'existence d'une voie de recours interne permettant de contrôler la motivation des juridictions suprêmes, parce que cela reviendrait à transformer l'ensemble du modèle français de justice constitutionnelle.

³¹¹⁴ CE, 4^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 11 février 2004, n° 257682, publié au *Lebon*.

³¹¹⁵ CE, ass., arrêt du 30 juillet 2014, n° 358564, publié au *Lebon* (à propos d'une sanction prononcée par la Commission des opérations de bourse).

³¹¹⁶ Pour la Cour de cassation, voy. par ex. C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 9 mai 2018, n° 17-15.157. Pour le Conseil d'État, voy. par ex. CE, 6^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 31 décembre 2024, n° 470134, inédit au *Lebon*.

L'exemple allemand n'est pas transposable en France. C'est principalement par la responsabilisation des juridictions suprêmes que l'obligation de renvoi préjudiciel doit être respectée.

CONCLUSION DU CHAPITRE X

600. Dans un souci d'adaptation de son contrôle à l'obligation européenne de renvoi préjudiciel, la Cour de Karlsruhe n'examine que de façon limitée les décisions de non-renvoi préjudiciel des juridictions allemandes. Cependant, contrairement au contrôle qu'elle opère dans le contexte purement national, elle doit tenir compte des exigences européennes en matière de renvoi préjudiciel. La question du respect des critères *Cilfit* dans ce cadre fait l'objet de débats en Allemagne. La posture du juge constitutionnel allemand est délicate : contrôler le respect des exceptions *Cilfit* à l'obligation de renvoi l'obligerait à étudier lui-même si l'interprétation du droit de l'Union est d'une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. La difficulté réside alors dans la répartition des missions entre juridictions ordinaires et constitutionnelle. Par comparaison, il n'existe en France aucun contrôle interne des décisions définitives de non-renvoi préjudiciel. Pourtant, des méconnaissances flagrantes de l'obligation de renvoi ont pu être dénoncées par une grande partie de la doctrine, en particulier en provenance du Conseil d'État. Lui-même à l'origine de la théorie de l'acte clair, il s'est tenu à l'écart du dialogue des juges avec la Cour de justice. Aujourd'hui, après les condamnations de la France par les deux juridictions européennes en raison de méconnaissances arbitraires de l'obligation de renvoi préjudiciel de ses deux juridictions suprêmes, il semble que les auteurs français soient plus sensibilisés à la question de la sanction du défaut de renvoi préjudiciel. Les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme relativement à la motivation de la décision de non-renvoi sont désormais prises en compte par les juridictions françaises. Alors que la Cour de Strasbourg ne contrôle que l'existence d'une motivation suffisante pour clarifier dans quel cas d'exception de l'obligation de renvoi la juridiction se trouve, la Cour constitutionnelle fédérale allemande examine si l'interprétation retenue par le juge allemand est défendable, et si une autre interprétation n'était pas « manifestement préférable ». Son contrôle est donc plus poussé que celui de la Cour européenne. Ces différents exemples montrent que c'est principalement par la motivation des décisions qu'un contrôle peut être opéré. Les efforts des juridictions suprêmes françaises pour améliorer la qualité de leur motivation sont donc les bienvenus, spécifiquement pour montrer leur ouverture vis-à-vis du droit de l'Union et ne pas apparaître comme récalcitrantes vis-à-vis du mécanisme de coopération de l'article 267 TFUE.

CONCLUSION DE LA PARTIE CONCLUSIVE

601. Les développements du droit au juge légal consacré à l'article 101 al. 1^{er} (2) LF initiés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dès les années 1950 ont logiquement abouti à l'incorporation du contrôle de l'obligation européenne de renvoi préjudiciel dans le champ d'application de cet article. L'ancrage historique de ce droit fondamental procédural et les extensions auxquelles a procédé la Cour de Karlsruhe ont en effet mené à l'invocation du droit au juge légal dans le contexte communautaire. La reconnaissance, en droit allemand, de la Cour de justice comme juge légal reflète un visage « européeniste » de la Cour constitutionnelle, le plus souvent perçue comme juridiction puissante défiant l'Union européenne et son ordre juridique. De fait, cette Cour a été la première à instaurer un contrôle effectif du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions allemandes, dans sa décision *Solange II*, particulièrement ouverte vers le droit communautaire.

602. Si la doctrine majoritaire allemande a incité la Cour constitutionnelle fédérale à reconnaître la Cour de justice comme juge légal, la mise en œuvre du contrôle de l'obligation de renvoi ne convainc pas l'ensemble des auteurs. Au-delà de l'inadéquation du critère de l'absence d'arbitraire avec le contexte de l'Union européenne, c'est davantage l'insuffisance du contrôle opéré par la Cour qui a été fortement débattue. Le non-respect de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 267 al. 3 TFUE est en particulier pointé du doigt par beaucoup d'auteurs, insistant sur le caractère strict des exceptions à l'obligation de renvoi concédées par cette Cour. La Cour de Karlsruhe n'a pourtant jamais renforcé le contrôle qu'elle opère, en conservant largement sa jurisprudence dessinée dès le début des années 1990. La Cour européenne des droits de l'Homme exerce également un contrôle de la motivation des décisions de non-renvoi préjudiciel, et se limite pareillement à l'examen des méconnaissances arbitraires de l'obligation de renvoi. C'est dans cette mesure qu'elle a condamné la France en raison d'un défaut arbitraire de renvoi préjudiciel de la Cour de cassation.

603. Du point de vue français, une mise en perspective globale de la jurisprudence allemande par rapport aux autres États membres de l'Union européenne s'impose. Depuis 1986, la Cour de Karlsruhe opère un contrôle effectif de l'utilisation du renvoi préjudiciel par les juges allemands, ce qui a permis d'enraciner la procédure préjudicielle dans la pratique juridique allemande. La contribution procédurale de cette Cour à l'intégration européenne et à la

coopération judiciaire est ainsi remarquable d'un point de vue extérieur. Wolfgang Roth évoque toujours le risque que l'Allemagne fasse l'objet d'une procédure en manquement d'État pour non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel en raison de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³¹¹⁷. Néanmoins, cette possibilité ne semble pas réaliste au regard de la jurisprudence européenne en la matière et de la pratique (plus problématique) d'autres cours suprêmes et constitutionnelles. Après la condamnation de la France pour manquement juridictionnel résultant d'une décision du Conseil d'État, il semblerait que ce ne puisse être que dans des configurations particulières qu'un tel manquement pourrait être constaté, et seulement en raison de la décision de la juridiction suprême, et non en raison de la jurisprudence constitutionnelle de contrôle. La jurisprudence de la Cour de Karlsruhe peut ainsi apparaître comme participant de manière indirecte et efficace à l'effectivité du droit de l'Union, illustrant la « relation de coopération » qu'elle développe avec la Cour de justice depuis sa décision *Maastricht* du 12 octobre 1993³¹¹⁸.

³¹¹⁷ W. ROTH, « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH », *NVwZ*, 2009, p. 352.

³¹¹⁸ C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 octobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, § 70 (*BVerfGE* 89, 155).

CONCLUSION GÉNÉRALE

604. L'étude du droit allemand au juge légal, mis en perspective avec le droit français, est riche d'enseignements. Ce droit constitue un « bien constitutionnel ancien »³¹¹⁹, ancré dans les textes allemands depuis le début du XIX^e siècle. L'analyse de l'apparition et du développement de la garantie, d'abord en France, puis en Allemagne, permet de mettre en lumière le potentiel de protection lié à ce droit. En effet, les revendications historiques pour le respect des compétences ordinaires, naturelles ou légales des juges, pensées à l'encontre de la centralisation du pouvoir judiciaire par le monarque absolu, permettent finalement la mise en valeur du rôle du législateur dans l'encadrement de l'organisation judiciaire et de la répartition des compétences ainsi que la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif. Tant que la séparation des pouvoirs et des fonctions n'est pas acquise, l'effectivité du droit au juge légal ou naturel consacré par les textes ne peut être que très réduite. Si la garantie est apparue avant et distinctement des théories relatives à la séparation des pouvoirs, il semble que la mise en place d'une telle séparation constitue la condition *sine qua non* pour que le droit soit effectif. Lorsque le monarque est à la fois législateur, gouvernant et juge, aucun droit au juge légal ne peut exister. Lorsqu'il renonce à exercer le pouvoir judiciaire, mais qu'il reste législateur, la garantie d'être jugé par son juge légal ou naturel dépend du « bon vouloir » du monarque dans la modification de l'ordre des compétences et la création de juridictions *ad hoc*. Ce n'est que par la reconnaissance progressive de la nécessaire séparation entre le roi et le pouvoir législatif, et de la soumission du roi, de l'État, au droit – en Allemagne grâce à la conceptualisation de l'État de droit –, que le droit au juge légal devient une véritable garantie individuelle pour les justiciables. Le développement historique du droit au juge légal ou naturel nécessite donc une progression des idées libérales vers l'État de droit, et en premier lieu la reconnaissance de l'indépendance de la justice. En cela, la conception allemande actuelle du droit au juge légal, caractérisée par l'extension et l'intensification des garanties, trouve une clé d'explication dans les luttes historiques pour assurer sa reconnaissance et son effectivité. En Allemagne, le cheminement des idées libérales, en particulier celle de *Rechtsstaat*, permet l'ancrage constitutionnel progressif de la garantie du juge légal, par l'importance accordée à la

³¹¹⁹ T. MAUNZ, « Art. 101 », in T. MAUNZ et G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, tome 6: Art. 86-106b, Munich, C. H. Beck, avril 2018, § 1 ; C. D. CLASSEN, « Artikel 101 », in P. M. HUBER et A. VOBKUHLE (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : Artikel 83 bis 146, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, § 1.

justice et au juge pour la garantie des libertés individuelles. La lutte pour l'indépendance du juge et l'encadrement juridictionnel du législateur et du pouvoir exécutif a permis de donner une importance particulière au droit au juge légal. Par contraste, en France, le maintien d'une conception de la justice comme « bras armé » du pouvoir politique empêche l'approfondissement des garanties juridictionnelles, même lorsque le droit au juge naturel est explicitement consacré à un niveau constitutionnel. L'absence de lutte pour l'indépendance de la justice permet peut-être d'illustrer, dans une certaine mesure, le déclin de cette garantie en France, et son absence en droit positif. Malgré l'omniprésence du principe d'égalité dans les réflexions autour de l'existence actuelle du droit au juge naturel en France, il est possible, au regard du développement historique de la garantie, de dissocier droit au juge naturel et principe d'égalité et de faire de ce premier une garantie processuelle autonome.

605. La différence de culture juridique et en particulier de modèle de justice constitutionnelle entre la France et l'Allemagne apparaît nettement dans l'étude des droits positifs de ces deux États. Le rôle prépondérant de la Cour constitutionnelle fédérale pour l'adaptation et la valorisation des garanties constitutionnelles contraste avec le rôle marginal du Conseil constitutionnel en matière d'organisation judiciaire. Le juge de Karlsruhe, tout en reprenant les fondements sur lesquels le droit au juge légal s'était développé au XIX^e siècle, donne une dimension particulièrement importante à cette garantie processuelle. L'exigence de légalité des compétences juridictionnelles devient une exigence de prédétermination « aussi précise que possible », tant du tribunal compétent que du juge en tant que personne. À ce titre, la justiciabilité des plans de répartition des affaires au sein des juridictions est un élément déterminant de renforcement du contrôle. La possibilité qu'elle soit saisie par les individus dans le cadre du recours constitutionnel individuel contre les jugements lui a permis d'imposer le respect des règles de compétence par les juges eux-mêmes. La garantie du juge légal est ainsi mise au premier plan des garanties processuelles. Elle joue le rôle du droit au procès équitable dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'inclusion du respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges dans le champ de protection de l'article 101 al. 1^{er} (2) LF illustre la volonté de créer un droit procédural plus général, consacré à la personne du juge chargé de trancher le litige. C'est dans cette mesure que le droit allemand au juge légal peut être perçu comme un droit-pivot dans l'ordre constitutionnel et juridique allemand. Par contraste, les différents éléments liés au droit au procès équitable sont, en France, garantis de manière ponctuelle, et non pas sous l'égide d'un seul et même droit : principe d'égalité des citoyens devant la justice, droit d'accès au juge, droit à un tribunal indépendant et

impartial. D'autres principes structurels occupent une place prépondérante, tels que la séparation des ordres de juridiction ou les exigences liées à la bonne administration de la justice. À ce titre, il faut relever l'importance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux garanties juridictionnelles. Cet article lui permet de développer des exigences relatives au juge, en particulier à son accès ou à ses qualités. Il pourrait être intéressant d'interpréter cet article comme permettant également de garantir le respect des compétences juridictionnelles et l'interdiction de création des juridictions d'exception, en incorporant la réserve de loi en matière d'organisation judiciaire à la « garantie des droits » de 1789. L'étude du droit au juge légal et, surtout, de son absence en droit français, permet également de mettre en lumière l'importance de la jurisprudence européenne en matière de garanties processuelles. Cela illustre l'influence de la Cour de Strasbourg dans la procéduralisation des droits fondamentaux. Dans cette mesure, les efforts des juridictions françaises, tant constitutionnelle qu'ordinaires, visent en partie à s'aligner sur les standards européens en la matière.

606. Les potentialités du droit allemand au juge légal ont été encore décuplées par l'application de ce droit dans une perspective de droit de l'Union européenne. L'inclusion du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice démontre la force innovante de la Cour de Karlsruhe, multipliant les possibilités pour garantir, *in fine*, le respect des droits fondamentaux individuels. L'adaptation du droit national au juge légal au contexte européen n'est pas sans difficulté, et les auteurs allemands sont à ce titre souvent critiques envers la jurisprudence constitutionnelle. Néanmoins, du point de vue de l'observateur étranger, cette construction jurisprudentielle est remarquable et permet de garantir, au niveau constitutionnel, le respect indirect du droit de l'Union européenne. La comparaison avec la France ne peut pas être plus contrastée : les défauts arbitraires de renvoi préjudiciel des deux juridictions suprêmes françaises ont entraîné la condamnation de la France par les cours européennes. L'absence de mécanisme interne de contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel est apparue, en 2018 et 2020, de manière éclatante. Reste que ce contrôle allemand est profondément lié à la culture juridique allemande et à l'existence du recours constitutionnel individuel contre les jugements. La comparaison doit ainsi rester prudente. Toutefois, cet exemple met en lumière l'importance des réflexions actuelles sur la manière dont l'État de droit peut et doit être protégé contre les mouvements « populistes » ou « illibéraux ». Dans cette mesure, l'existence d'un droit procédural multiforme, extensif, s'accompagnant d'une jurisprudence constitutionnelle riche, permet peut-être de prévenir certaines tentatives de déstabilisation du pouvoir judiciaire.

L'objectif du droit au juge légal est bien de garantir l'indépendance complète de la justice et la sécurité juridique des individus.

BIBLIOGRAPHIE

I. En langue étrangère

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

CLASSEN C. D., *Staatsrecht II : Grundrechte : ein Studienbuch*, Munich, C. H. Beck, 2018.

EPPING V., *Grundrechte*, 8^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2019.

HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

IPSEN J., *Staatsrecht II. Grundrechte*, 23^e éd., Munich, Vahlen, 2020.

LECHNER H., ZUCK R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2019.

PIEROTH B., SCHLINK B., *Grundrechte. Staatsrecht II*, 31^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2015.

SACHS M., *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 3^e éd., Berlin, Heidelberg, Springer, 2017.

SCHLAICH K., KORIOTH S., *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 13^e éd., Munich, C. H. Beck, 2025.

SYDOW G., WITTRECK F., *Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I: Prinzipien, Institutionen, Verfahren*, Munich, C. H. Beck, 2019.

WILLOWEIT D., *Deutsche Verfassungsgeschichte: vom Frankenreich bis zur Europäischen Union*, 9^e éd., Juristische Kurz-Lehrbücher, Munich, C. H. Beck, 2024.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

ALVAZZI DEL FRATE P., *Il giudice naturale : prassi e dottrina in Francia dall'Ancien régime alla Restaurazione*, Rome, Viella, 1999.

ANSCHÜTZ G., *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, tome 1, Berlin, Häring, 1912.

ANSCHÜTZ G., *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14^e éd., Berlin, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1933.

ARETIN J. C. von, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, tome 1, Altenburg, Literatur-Comptoir, 1824.

ARNDT E. M., *Ein abgenöthigtes Wort aus seiner Sache, zur Beurtheilung derselben*, Altenburg, Leipzig, Literatur-Comptoir, 1821.

ARNDT E. M., *Nothgedrungenener Bericht aus seinem Leben: und aus und mit Urkunden der demagogischen und antidemagogischen Umtriebe*, tome 1, Leipzig, Weidmann, 1847.

BAER A., *Die Unabhängigkeit der Richter in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR*, Berlin, Berlin Verlag, 1999.

BEHR W. J., *System der angewandten allgemeinen Staatslehre oder der Staatskunst (Politik)*, tome 2 : *Die Staatsverwaltungslehre*, Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1810.

BERGK J. A., *Die Theorie der Gesetzgebung*, Meissen, Karl Friedrich Wilhelm Erbstein, 1802.

BLEICH E., *Verhandlungen des zum 2. April 1848 zusammenberufenen Vereinigten Landtages*, Berlin, Deckersche Geheime Ober-Hofbuchdruckerei, 1848.

BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1991.

BOHN K., *Der gesetzliche Richter als rechtsstaattragendes Prinzip in europäischen Staaten*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011.

BROXTERMANN T. W., *Demophilos an Eukrates: Ueber die Gränzen der Staatsgewalt und ein gewisses, in der Constitution vom Jahre 3 nicht enthaltenes Mittel, die Freyheit der Beherrschten gegen die Anmaßungen der Beherrscher zu sichern*, s.l., Germanien, 1799.

CARMER J. H. von, *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, Berlin, Leipzig, George Jacob Decker, 1784.

CRAMER J. U. von, *Observationum juris universi ex praxi recentiori supremorum imperii tribunalium haustarum*, tome 2 partie 2, Ulm, Johann Conrad Wohler, 1762.

CRAMER J. U. von, *Wetzlarische Nebenstunden*, tome 64, Ulm, Johann Conrad Wohler, 1766.

DÖHRING E., *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953.

FEUERBACH P. J. A. von, *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833.

GERLEIT H., *Das Recht des Einzelnen auf seinen gesetzlichen Richter*, Dissertation, Cologne, 1967.

GNEIST R., *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Berlin, Springer, 1869.

GNEIST R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2^e éd., Berlin, Springer, 1879.

GÖNNER N. T. von, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 1^{re} éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1801.

GÖNNER N. T. von, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 1, 2^e éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1804.

GÖNNER N. T. von, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, tome 3, 2^e éd., Erlangen, Johann Jacob Palm, 1804.

GÖNNER N. T. von, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, Philipp Krüll, 1804.

GOTTSCHALK I., *Das Recht auf den gesetzlichen Richter - Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG - in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der oberen Bundesgerichte unter Berücksichtigung des Schrifttums*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1965.

GROS K. H., *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 1^{re} éd., Tübingen, J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1802.

GROS K. H., *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 6^e éd., Stuttgart, Tübingen, J. G. Cotta'schen Buchhandlung, 1841.

GRZYBEK P., *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

HÄBERLIN K. F., *Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter*, tome 2, Francfort-sur-le-Main, Leipzig, 1794.

HAHN K. (dir.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen: auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamts*, tome 1/1, Berlin, Decker, 1879.

HAHN K. (dir.), *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen: auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichsjustizamts*, tome 1/2, Berlin, Decker, 1879.

HAUCK T. von, *Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich vom 27. Januar 1877 nebst dem Ausführungsgesetze für das Königreich Bayern vom 23. Februar 1879*, Nördlingen, C. H. Beck, 1879.

HENKEL J., *Der gesetzliche Richter*, Dissertation, Göttingen, Georg-August-Universität Göttingen, 1968.

HENKEL J., *England: Rechtsstaat ohne « gesetzlichen Richter »*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Metzner, 1971.

HINTZE O., *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 6/1: *Einleitende Darstellung der Behördenorganisation und allgemeinen Verwaltung in Preußen beim Regierungsantritt Friedrichs II.*, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1901.

HUBER E. R., *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte: 1803-1850*, tome 1: *Deutsche Verfassungsdokumente*, 3^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1978.

HUBER E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, tome 1: *Reform und Restauration 1789-1830*, 2^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1995.

HÜBNER H., *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts*, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, tome 8, Königstein im Taunus, Peter Hanstein Verlag, 1980.

JHERING R. von, *Der Zweck im Recht*, tome 1, 3^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1893.

JUSTI J. H. von G., *Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policy, und aller Regierungswissenschaften, desgleichen als die Quelle aller Gesetze*, Berlin, Stettin, Leipzig, Verlag Johann Heinrich Rüdigers, 1760.

KAHN P. W., *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.

KERN E., *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Liebmann, 1927.

KLEIN E. F., *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1797.

KLÜBER J. L., *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, partie 2 : enthaltend das Staatsrecht Teutscher Bundesstaaten, 3^e éd., Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1831.

KLÜBER J. L., *Die Selbständigkeit des Richteramts und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1832.

KLÜBER J. L., *Öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4^e éd., Francfort-sur-le-Main, Andreäische Buchhandlung, 1840.

KREITTMAYR W. von, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, tome 1 : *Von dem allgemeinen Staatsrechte*, 2^e éd., Munich, Joseph Lentner, 1789.

KRÖGER G., *Der gesetzliche Richter und die « besondere Bedeutung » des Falles i. S. des § 24 I Nr. 2, 3 GVG*, Dissertation, Münster, 1962.

KRUG W. T., *Über Staatsverfassung und Staatsverwaltung. Ein politischer Versuch*, Königsberg, Göbbels und Unzer, 1806.

KUNIG P., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986.

LANGBROEK P., FABRI M., *Case Assignment to Courts and within Courts. A Comparative Study in seven European Countries*, Maastricht, Shaker Publishing, 2004.

LANGBROEK P., FABRI M., *The right judge for each case: a study of case assignment and impartiality in six European judiciaries*, Leiden, Intersentia, Ius Commune Europaeum, 2007.

LANGEWIESCHE D., *Europa zwischen Restauration und Revolution. 1815-1849*, 5^e éd., Munich, R. Oldenbourg, 2007.

LEIBHOLZ G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Dissertation, Berlin, 1925.

LÖHR S., *Prozessgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, Schriften zum Europäischen Recht, n° 158, 2012.

MÄHNER T., *Der Europäische Gerichtshof als Gericht*, Berlin, Duncker & Humblot, Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht, n° 32, 2005.

MAIER H., *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 1980.

MANGELSDORFF K. E., *Ueber die Gleichheit der Menschen im Stande der Natur und der Gesellschaft*, Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1793.

MARX E., *Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG*, Dissertation, Cologne, Universität Köln, 1967.

MITTERMAIER C. J. A., *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung*, tome 1, 2^e éd., Bonn, Adolph Marcus, 1822.

MITTERMAIER C. J. A., *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung*, tome 2, 2^e éd., Bonn, Adolph Marcus, 1827.

MOHL R. von, *Das Staatsrecht des königreiches Württemberg*, tome 1, 2^e éd., Tübingen, Laupp, 1840.

MOHL R. von, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, tome 1, 3^e éd., Tübingen, Laupp, 1866.

MOSER J. J., *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*, Francfort-sur-le-Main, 1750.

MOSER J. J., *Von der Landeshoheit in Justiz-Sachen*, Francfort-sur-le-Main, Leipzig, 1773.

MOSER J. J., *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, Leipzig, 1774.

MOSER J. J., *Zusätze zu seinem Teutschen Staatsrecht*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, Leipzig, 1781.

MOSER F. C. von, *Sammlung von Reichshofraths-Gutachten*, tome 6, Francfort-sur-le-Main, Andreaische Buchhandlung, 1769.

MÜBIG U., *Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat?*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2007.

MÜBIG U., *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

MYLIUS C. O. (dir.), *Corporis Constitutionum Marchicarum*, 4e Continuatio : 1748-1750, Berlin, Halle, 1751.

NEIGEBUR F., *Actenmäßige Darstellung der Versuche Deutschland in Revolutionszustand zu bringen* (publié sous le pseudonyme C. Follenberg), Leipzig, Johann Ambrosius Barth, 1831.

NEUBAUER G. C., *Verfassungsrechtliche Begründung und Legitimation der justiziellen Grundrechte*, Dissertation, Münster, 1991.

PFEIFFER B. W., *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, tome 3, Hannovre, Hahn, 1831.

PFEIFFER B. W., *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes. Ein Wort der ernsten Mahnung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1851.

PÖLITZ K. H. L., *Die Staatslehre für denkende Geschäftsmänner, Kammeralisten und gebildete Leser*, tome 1, Leipzig, Hinrichs, 1808.

PÖLITZ K. H. L., *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 2, Leipzig, Altenburg, Brockhaus, 1817.

PÖLITZ K. H. L., *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 3, Leipzig, Brockhaus, 1820.

PÖLITZ K. H. L., *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, tome 4, Leipzig, Brockhaus, 1825.

PÖLITZ K. H. L., *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 1/1, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1832.

PÖLITZ K. H. L., *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 1/2, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1832.

PÖLITZ K. H. L., *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, tome 3, 2^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1833.

PUCHTA W. H., *Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens*, tome 1, Erlangen, Palm, 1822.

REICHL U., *Probleme des gesetzlichen Richters in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Dissertation, Passau, 1993.

REMUS D., *Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter*, Hambourg, Kovač, 2008.

REUß J. A., *Teutsche Staatskanzley*, tome 7, Ulm, Stettinische Handlung, 1784.

REUß J. A., *Teutsche Staatskanzley*, tome 20, Ulm, Stettinische Handlung, 1788.

ROßBACH J. J., *Die Lebens-Elemente der Staaten*, Würzburg, F. E. Thein, 1844.

ROTH T., *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

SCHEIDEMANTEL H. G., *Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, Iéna, Joh. Rudolph Cröckers seel. Wittve, 1775.

SCHELHAß H. von, *Ueber die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in Klagen zwischen den mittelbaren Reichsunterthanen und ihrer Landes-Obrigkeit*, Stuttgart, Erhard und Löflund, 1795.

SCHICK M. J., *Über das Reichsständische Instanzen-Recht, deren unerlaubte Vervielfältigung, und insbesondere von der sogenannten Cabinets-Instanz*, Gießen, Darmstadt, Georg Friedrich Heyer, 1802.

SCHMALZ T. von, *Das natürliche Staatsrecht*, 2^e éd., Königsberg, Friedrich Nicolovius, 1804.

SCHMALZ T. von, *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, Rengersche Buchhandlung, 1807.

SCHMALZ T. von, *Das teutsche Staats-Recht. Ein Handbuch zum Gebrauche academischer Vorlesungen*, Berlin, J. H. Cawitzel, 1825.

SCHMID K. E., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts*, tome 1, Iéna, August Schmid, 1821.

SCHMOLLER G., HINTZE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 6/2 : Akten vom 31. Mai 1740 bis Ende 1745, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1901.

SCHMOLLER G., HINTZE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 7 : Akten vom 2. Januar 1746 bis 20. Mai 1748, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1904.

SCHMOLLER G., HINTZE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 8 : Akten vom 21. Mai 1748 bis 1. August 1750, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1906.

SCHMOLLER G., HINTZE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 9 : Akten von Anfang August 1750 bis Ende 1753, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1907.

SCHMOLLER G., KRAUSKE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 1 : Akten von 1701 bis Ende Juni 1714, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1894.

SCHMOLLER G. et al. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 2 : Akten vom Juli 1714 bis Ende 1717, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1898.

SCHMOLLER G., STOLZE, W. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 4/1 : Akten vom 8. Januar 1723 bis Ende Dezember 1725, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1908.

SCHMOLLER G., STOLZE, W. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 5/2 : Akten vom 4. Januar 1736 bis 31. Mai 1740, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1912.

SCHULZ F. W., *Der Tod des Pfarrers Friedrich Ludwig Weidig*, Zurich, Winterthur, Druck und Verlag des literarischen Comptoirs, 1843.

SCHULZ F. W., WELCKER K., *Geheime Inquisition, Censur und Kabinetsjustiz im verderblichen Bunde*, Karlsruhe, G. Braun, 1845.

SIEBENPFEIFFER P. J., *Ueber die Frage unsrer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege*, Heidelberg, Karl Groos, 1823.

SIEBER J. G., *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen*, Göttingen, Victorin Bossiegel und Sohn, 1773.

SOWADA C., *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren* [2002], Berlin, Boston, De Gruyter, 2011.

STAHL F. J., *Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Heidelberg, Mohr, 1845.

STANG K., *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant zur Berichtigung der vorzüglichsten Misverständnisse derselben*, Francfort-sur-le-Main, Leipzig, J. J. Stahel sel. Wittwe und Sohn, 1798.

STEMMLER C., *Befangenheit im Richteramt: eine systematische Darstellung der Ausschluss- und Ablehnungsgründe unter besonderer Berücksichtigung des gesetzlichen Richters als materielles Prinzip*, Dissertation, Tübingen, 1975.

STRUBE, D. G., *Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen, Worinn untersucht wird: Welche Geschäfte ihrer Natur und Eigenschaft nach vor die Regierungs- oder Justiz-Collegia gehören?*, Hildesheim, Ludolph Schröder, 1733.

STRUBE D. G., *Nebstunden*, Dritter Theil, Hannovre, Johann Wilhelm Schmidt, 1761.

STRUBE D. G., *Nebstunden*, Fünfter Theil, 2^e éd., Hannovre, Johann Wilhelm Schmidt, 1766.

STRUBE D. G., *Rechtliche Bedenken*, Vierter Theil, Darmstadt, 1788.

STRUVE G. von, *Ideen zu Begründung einer dem Staatszweck entsprechenden Criminal-Gesetzgebung und Rechtspflege*, Karlsruhe, G. Braun, 1835.

VOßKUHL A., *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, Munich, C. H. Beck, 1993.

WIGARD F., *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 2, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848.

WIGARD F., *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 1, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848.

WIGARD F., *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 5, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848.

WIGARD F., *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 4, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1848.

WIGARD F., *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, tome 6, Francfort-sur-le-Main, Sauerländer, 1849.

WOLFF C. von, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts: worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle, Rengerische Buchhandlung, 1754.

ZACHARIÄ H. A. von, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 1 : *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, 3^e éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1865.

ZACHARIÄ H. A. von, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, tome 2 : *Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht*, 3^e éd., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1867.

ZWEIGERT K., KÖTZ H. (dir.), *Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, Berlin, Königl. Hofbuchdruckerei, 1791.

Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten 1849, Berlin, Gesetzsammlungsamt, 1849.

Gesetzsammlung für die Königlich-Preußischen Staaten 1851, Berlin, Gesetzsammlungsamt, 1851.

Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, tome 327, Berlin, Norddeutsche Buchdruckerei, 1920.

Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, tome 328, Berlin, Norddeutsche Buchdruckerei, 1920.

C. Articles, chroniques et contributions

ADINOLFI A., « The “procedural autonomy” of Member States and the constraints stemming from the ECJ’s case law: Is judicial activism still necessary? », in MICKLITZ H.-W., de WITTE B. (dir.), *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, p. 281-303.

AHL I. K., « Cocceji, Samuel von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 131-132.

AHL I. K., « Svarez, Carl Gottlieb », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 598-600.

BÄCKER M., « Altes und Neues zum EuGH als gesetzlichem Richter », *NJW*, 2011, vol. 64, p. 270-272.

BERKEMANN J., « Machtspiele zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof: Eine neue Variante - Zugleich Bemerkungen zu BVerfG, Beschluss vom 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 - DÖV 2015 und BGH, Urteil vom 7.7.2011 - III ZR 156/10 - BGHZ 190, 227 », *DÖV*, 2015, p. 393-406.

BETTERMANN K. A., « Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter », in BETTERMANN K. A. et al. (dir.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, tome 3/2 : *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 523-642.

BETTERMANN K. A., « Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1967, vol. 92, p. 496-541.

BETTERMANN K. A., « Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1969, vol. 94, p. 263-312.

BLANK M., « Art. 101 [Ausnahmegerichte, gesetzlicher Richter] », in BLANK M., et al. (dir.), *Grundgesetz: Basiskommentar*, 2^e éd., Cologne, Bund-Verlag, 1996, p. 371-373.

BOCKELMANN P., « Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter », *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1957, p. 357-364.

BÖCKENFÖRDE E.-W., « Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert », in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Cologne, Kiepenheuer & Witsch, 1972, p. 146-170.

BRITZ G., « Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG », *Juristische Arbeitsblätter*, 2001, p. 573-578.

BRITZ G., « Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens », *NJW*, 2012, vol. 65, p. 1313-1317.

CALLIESS C., « Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes », *NJW*, 2013, vol. 66, p. 1905-1910.

CLASSEN C. D., « Anmerkung », *JZ*, 2008, vol. 63, n° 15/16, p. 794-796.

CLASSEN C. D., « Artikel 92 », in HUBER P.M., VOßKUHLE A. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : *Artikel 83 bis 146*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 773-799.

CLASSEN C. D., « Artikel 97 », in HUBER P.M., VOßKUHLE A. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : *Artikel 83 bis 146*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1035-1065.

CLASSEN C. D., « Artikel 101 », in HUBER P.M., VOßKUHLE A. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 3 : *Artikel 83 bis 146*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1129-1157.

DEGENHART C., « Gerichtsorganisation », in INSENSEE J., KIRCHHOF P. (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome 5 : *Rechtsquellen, Organisation, Finanzen*, 3^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2007, p. 725-760.

DEGENHART C., « Art. 101 [Ausnahmegerichte] », in SACHS M. (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 2019-2033.

DEITTERBECK S., « Gemeinsame Zulässigkeithürden von Bundes- und Landesverfassungsbeschwerde in der Praxis », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, vol. 136, n° 2, p. 222-265.

DEITTERBECK S., « Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in SACHS M. (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, 10^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1994-2004.

DOEMMING K.-B. *et al.*, « Artikel 101 », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1951, p. 739.

ERWIN H., « Machtspruch », in CORDES A. *et al.* (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome III, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2016.

ESER A., « Der “gesetzliche Richter” und seine Bestimmung für den Einzelfall », in A. ESER *et al.* (dir.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hannskarl Salger*, Cologne, Heymanns, 1995, p. 247-271.

FALK U., « Jhering, Rudolf von », *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 324-326.

FASTENRATH U., « Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter », in J. BRÖHMER, *et al.* (dir.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Cologne, Heymanns, 2005, p. 461-484.

FASTENRATH U., « BVerfG verweigert willkürlich Kooperation mit dem EuGH », *NJW*, 2009, vol. 62, p. 272-276.

FASTENRATH U., « Nochmals: Kontrolle der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG », *JuristenZeitung*, 2013, vol. 68, p. 299-302.

FEIGE K., « Bundesverfassungsgericht und Vorabentscheidungskompetenz des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1975, vol. 100, n° 4, p. 530-561.

FELIX G., « Der gesetzliche Richter in der Praxis des Bundesfinanzhofs », *Betriebs-Berater*, 1992, p. 1001-1009.

FERRAND, F., « Das Vorabentscheidungsverfahren aus französischer Sicht », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2002, vol. 66, p. 391-416.

FISCHER T., « Der Einfluss des Berichterstatters auf die Ergebnisse strafrechtlicher Revisionsverfahren », *NStZ*, 2013, p. 425-433.

FOERSTER M., « Anmerkung - BVerfG, Beschluss v. 4.10.2011 - 1 BvL 3/08 », *JuristenZeitung*, 2012, vol. 67, p. 515-518.

FOERSTER, M. « Vorlagepflicht des AEUV und Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zu den Beschlüssen des BVerfG vom 25. Juni 2015, 1 BvR 37/15 und 1 BvR 555/15 (Mindestlohngesetz) », *Europarecht*, 2015, p. 601-608.

GLAESNER A., « Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren », *Europarecht*, 1990, n° 2, p. 143-157.

GLORIA C., « Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne », *DÖV*, 1988, p. 849-858.

GÜNTGE G.-F., « Die willkürliche Ablehnung von Befangenheitsgesuchen nach § 26 a StPO und der gesetzliche Richter », *Juristische Rundschau*, 2006, p. 363-367.

HÄNLEIN A., « Art. 101 [Ausnahmegerichte; gesetzlicher Richter] », in D.C. UMBACH et T. CLEMENS (dir.), *Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, tome 2 : Artikel 38-146 GG, Heidelberg, C. F. Müller, 2002, p. 1153-1178.

HARZER R., « Mittermaier, Carl Joseph Anton », *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 428-429.

HEITSCH C., « Prüfungspflichten des Bundesverfassungsgerichts unter dem Staatsziel der europäischen Integration », *EuGRZ*, 1997, p. 461-469.

HEUSCH A., « § 18 », in BURKICZAK C., et al. (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2^e éd., Heidelberg, C. F. Müller, 2022.

HILLGRUBER C., « Artikel 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in G. DÜRIG et al. (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024.

HOFFMANN-RIEM W., « Über Privilegien und Verantwortung: Justiz zwischen Autonomie und Anomie », *Anwaltsblatt*, 1999, vol. 1, p. 2-9.

HORN H.-D., « Verbot von Ausnahmegerichten und Anspruch auf den gesetzlichen Richter », in MERTEN D., PAPIER H.-J. (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, tome 5 : *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C. F. Müller, 2013, p. 1271-1323.

IPSEN J., « Artikel 101 », in W. KAHL *et al.* (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller, feuillets mis à jour.

JACHMANN-MICHEL M., « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in DÜRIG G. *et al.* (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 6, Munich, C. H. Beck, 2024.

KENNTNER M., « Vom “Hüter der Verfassung” zum “Pannenhelfer der Nation”? - Zur Kontrollichte im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde », *DÖV*, 2005, p. 269-280.

KERN E., « Verfassungsrecht », *JuristenZeitung*, 1956, vol. 11, p. 406-412.

KLEIN E. F., « Beurtheilung der Kritik über das willkürliche Verfahren des Kaisers in Criminalfällen. Wien 1787 », in *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten*, tome 1, Berlin, Stettin, Friedrich Nicolai, 1788, p. 391-397.

KLEIN F., « § 19 », in MAUNZ T. *et al.* (dir.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, C. H. Beck, 2023.

KLEINHEYER G., « Klein, Ernst Ferdinand », *Neue deutsche Biographie*, tome 11, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 734-735.

KLENKE R., « Vorbefassung von Richterinnen und Richtern mit dem Rechtsstreit als Ansatzpunkt für Befangenheit? », *DÖV*, 1998, p. 155-157.

KLOEPFER M., « Verfahrensdauer und Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Dauer von Gerichtsverfahren », *JZ*, 1979, vol. 34, p. 209-216.

KLOEPFER M., « EG-Recht und Verfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *JZ*, 1988, vol. 43, n° 23, p. 1089-1095.

KLUCKERT, S., « § 95 Verfassungsgerichtlicher Schutz für die Grundrechte », in K. STERN *et al.* (dir.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, tome 3 : *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 2022.

KOKOTT, J. *et al.*, « Die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof und die Folgen ihrer Verletzung », *JuristenZeitung*, 2006, vol. 61, p. 633-641.

KOLB G. F., « Justiz (Deren Unabhängigkeit und Hauptgrundlage ihrer richtigen Organisation) », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 8, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1863, p. 745-749.

KORIOTH S., « “Monarchisches Prinzip” und Gewaltenteilung - unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus », *Der Staat*, 1998, vol. 37, p. 27-55.

KUCH D., « Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) », *Juristische Ausbildung*, 2020, vol. 42, p. 228-238.

KUNIG P., SALIGER F., « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in VON MÜNCH I., KUNIG P. (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 2 : *Art. 70-146*, 7^e éd., Munich, C. H. Beck, 2021.

LACCHI C., « Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU », *German Law Journal*, 2015, vol. 16, p. 1663-1700.

LATZEL C., « Kein Vorlageverbot », *JZ*, 2014, vol. 69, n° 8, p. 392-395.

LECHNER H., ZUCK R., « § 18 », in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2019.

LENZ C., HANSEL R., « § 19 », in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2020.

LÖHNIG M., « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review*, 2012, vol. 80, p. 427-441.

MAUNZ T., « Art. 101 », in MAUNZ T., DÜRIG G. (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, tome 6: Art. 86-106b, Munich, C. H. Beck, avril 2018.

MEIER G., « BVerfG: Zuständiges Gericht zur Entscheidung der Frage der Vereinbarkeit einfacher innerstaatlicher Normen mit EWG-Recht – Umsatzausgleichsteuer bei Einfuhr von Milchpulver », *NJW*, 1971, n° 47, p. 2122-2124.

MICHAEL L., « Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG: Unionsrechtsfreundliche oder grundrechtsfreundliche Modifizierungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG », *JuristenZeitung*, 2012, vol. 67, p. 870-880.

MICHAEL L., « Partielle Verschärfung der Vorlagen-Kontrolldichte des BVerfG zugunsten des EuGH als „gesetzlichem Verfassungsrichter“ », *JuristenZeitung*, 2013, vol. 68, p. 302-304.

MITTERMAIER C. J. A., « Organisation der Gerichte », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 11, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1864, p. 52-68.

MOHNHAUPT H., « Feuerbach, Paul Johann Anselm von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 201-204.

MÜLLER K., « Artikel 101 [Gesetzlicher Richter] », in MÜLLER K., MODEL O. (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Taschenkommentar für Studium und Praxis*, 11^e éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Heymanns, 1996, p. 607-611.

NOWAK C., « Nichterfüllung der Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG als Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG », *NVwZ*, 2002, p. 688-690.

NUßBERGER A., « Ein europäisches Trauerspiel. Rechtsstaat und Justiz in Polen », *Forschung und Lehre*, 2020, p. 418-420.

NUßBERGER A., « Die Auswahl der Richter – Stellschraube im Rechtsstaat. Zu den Schwierigkeiten einer unpolitischen Entscheidung über die Frage „Quis iudicabit“ », in J. URBANIK et A. BODNAR (dirs.), *Law in a Time of Constitutional Crisis. Studies offered to Mirsolaw Wyrzykowski*, Varsovie, C. H. Beck, 2021, p. 529-538.

NUßBERGER A., « Was ist Willkür? Auf der Suche nach europäischen Standards », *JuristenZeitung*, 2021, vol. 76, p. 965-973.

NUßBERGER A., « Neue Grundrechte für das Grundgesetz », *Einsichten und Perspektiven Bayerische Zeitschrift für Politik und Geschichte*, 2023, p. 112-117.

OGRIS W., « Kabinettsjustiz », in CORDES A. *et al.* (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome II, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, p. 1487-1492.

PECHSTEIN M., « Der gesetzliche Richter », *Jura*, 1998, p. 197-202.

PFEIFFER G., « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in FÜRST W. *et al.* (dir.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, tome 1, Berlin, De Gruyter, 1987, p. 67-79.

PIEROTH B., « Art. 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter] », in JARASS H., PIEROTH B. (dir.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 18^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1115-1123.

REPGEN T., « Wolff, Christian von », *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 656-658.

REPGEN T., « Müller-Arnold-Prozesse », in A. CORDES *et al.* (dirs.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome III, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2016.

RIEGEL R., « Zum Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlicher und innerstaatlicher Gerichtsbarkeit », *NJW*, 1975, vol. 28, p. 1049-1057.

RIEGEL R., « Der EuGH als gesetzlicher Richter i.S. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Vorlageverfahren nach Art. 177 EWGV? », *RIW/AWD - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1976, p. 413-416.

RÖHL K. F., « Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz », *Deutsche Richterzeitung*, 1998, p. 241-250.

ROTH T., « Gesetzlicher Richter und variable Spruchkörperbesetzungen », *NJW*, 2000, vol. 53, p. 3692-3694.

ROTH W., « Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH », *NVwZ*, 2009, p. 345-352.

ROTTECK K. von, WELCKER K., « Constitution, Constitutionnelles System », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 4, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1860, p. 94-112.

RUPP H. H., « BVerfG, 8. 4. 1987 - 2 BvR 687/85. Zur Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften », *JZ*, 1988, vol. 43, p. 191-196.

SCHILLER K.-V., « Unterlassene Vorlagepflicht nach Art. 177 III EWGV an den EuGH als Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter », *NJW*, 1983, n° 48, p. 2736-2738.

SCHILLER K.-V., « EuGH als gesetzlicher Richter », *RIW/AWD - Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1986, p. 472-473.

SCHMIDHÄUSER E., « Eduard Kern », in ELSENER F. (dir.), *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1977, p. 177-188.

SCHMOLLER G., « Einleitung. Ueber Behördenorganisation, Amtswesen und Beamtenthum im Allgemeinen und speciell in Deutschland und Preußen bis zum Jahre 1713 », in SCHMOLLER G., KRAUSKE O. (dir.), *Acta Borussica. Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert (Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert [Première série])*, tome 1 : Akten von 1701 bis Ende Juni 1714, Berlin, Verlag von Paul Parey, 1894, p. 13-141.

SCHRÖDER M., « Die Vorlagepflicht zum EuGH aus europarechtlicher und nationaler Perspektive », *EuR*, 2011, p. 808-827.

SCHULZE-FIELITZ H., « Artikel 97 », in DREIER H. (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 619-650.

SCHULZE-FIELITZ H., « Artikel 101 », in DREIER H. (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, tome 3 : Artikel 83-146, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 701-738.

SCHÜTTER F., « Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter bei Nichtvorlage an den EuGH », in Y. BECKER et F. LANGE (dir.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, tome 3, Berlin, De Gruyter, 2014, p. 365-387.

SCHWARZE J., « Das Kooperationsverhältnis des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof », in BADURA P., DREIER H. (dir.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tome 1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 223-243.

SEIBERT-FOHR A., « Judicial Independence in Germany », in *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 447-519.

SEIF U., « Recht und Gerechtigkeit: Die Garantie des gesetzlichen Richters und die Gewaltenteilungskonzeptionen des 17.-19. Jahrhunderts », *Der Staat*, 2003, vol. 42, p. 110-140.

SODAN H., « Artikel 101 [Recht auf den gesetzlichen Richter; Verbot von Ausnahmegerichten; Sondergerichte] », in *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 5^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 850-856.

SOMMERMAN K.-P., « Artikel 20 », in HUBER P. M., VOBKUHLE A. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, tome 2 : Artikel 20 bis 82, 8^e éd., Munich, C. H. Beck, 2024, p. 1-180.

STOLLEIS M., « Gönner, Nikolaus Thaddäus von », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 242-243.

STOLLEIS M., « Kreittmayr, Wiguläus Xaverius Aloysius », in *Juristen: Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, 1^{re} éd., Munich, C. H. Beck, 1995, p. 361.

STOLLEIS M., « Methode der Rechtsgeschichte », in CORDES A. et al. (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tome 3, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2014, p. 1475-1484.

SYDOW G., « Das Verhältnis von Landes- und Reichsgerichtsbarkeit im Heiligen Römischen Reich: Eine Neubewertung der privilegia de non appellando », *Der Staat*, 2002, vol. 41, p. 263-284.

THIEDERMANN H., « The “Lawful Judge” – a Comparative Survey on the Allocation of Cases to Judges in South Africa and Germany », *Verfassung und Recht Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2003, vol. 36, n° 2, p. 228-260.

THOMALE C., « Zur subjektivrechtlichen Durchsetzung der Vorlagepflicht zum EuGH im europäischen Verfassungsverbund », *EuR*, 2016, p. 510-528.

TOMUSCHAT C., « Nein, und abermals Nein! Zum Urteil des BFH vom 25. April 1985 (V R 123/84) », *Europarecht*, 1985, n° 4, p. 346-354.

UNGERN-STERMBERG A. von, « Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2013, vol. 138, p. 1-59.

VEDDER C., « Ein neuer gesetzlicher Richter? », *NJW*, 1987, vol. 40, p. 526-531.

VOORMANN V., « Die mehrfache Ablehnung von Richtern im Strafverfahren », *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1985, p. 444-446.

VOß R., « Erfahrungen und Probleme bei der Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWGV. Aus der Sicht eines deutschen Richters », *Europarecht*, 1986, n° 1, p. 95-111.

VOßKUHL A., « BVerfG, 9. 1. 2001 – 1 BvR 1036/99. Verfassungsgerichtliche Überprüfung der Vorlagepflicht an den EuGH », *JZ*, 2001, vol. 56, p. 923-927.

VOßKUHL A., « Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration », *NVwZ-Beilage*, 2013, n° 1, p. 27-31.

VOßKUHL A., « “Integration durch Recht” - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts », *JuristenZeitung*, 2016, vol. 71, n° 4, p. 161-168.

VOßKUHL A., KAISER A.-B., « Der allgemeine Justizgewährungsanspruch », *Juristische Schulung*, 2014, p. 312-315.

WAHL R., « Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung », in *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Francfort-sur-le-Main-sur-le-Main, Suhrkamp, 2003.

WELCKER K., « Cabinets-Justiz, Cabinets-Instanz », *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, tome 3, 1^{re} éd., Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1836, p. 163-189.

WELCKER K., « Cabinets-Justiz, Cabinets-Instanz », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 2, 2^e éd., Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1846, p. 777-795.

WELCKER K., « Cabinets-justiz, Cabinets-Instanz », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 3, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1859, p. 256-272.

WELCKE K., « Justizverweigerung und Justizsache », *Das Staats-Lexikon. Encyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, tome 8, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1863, p. 749-760.

WICHARD J. C., « Prinzip des gesetzlichen Richters im Verfahrensrecht des EuGH? », *Zeitschrift Europarecht*, 1995, p. 260-267.

WICHARD J. C., « Keine Gefahr für den EuGH! », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, p. 305-306.

WILLOWEIT D., « Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien », in JESERICH K. G. A. *et al.* (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tome 1 : *Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1983, p. 289-346.

WILLOWEIT D., « Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft », in JESERICH K. G. A. *et al.* (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tome 1 : *Vom Spätmittelalter bis zum Ende des Reiches*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1983, p. 66-143.

WILLOWEIT D., « Die Revisio Monitorum des Carl Gottlieb Svarez », in BIRTSCH G. (dir.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 91-112.

WOLFF D., « Willkür und Offensichtlichkeit. Die verfassungsgerichtliche Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 267 Abs. 3 AEUV », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2016, p. 40-105.

WOLFF H. A., « Artikel 101 [Ausnahmegerichte] », in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Handkommentar*, 12^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2018.

II. En langue française

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

ACADÉMIE FRANÇAISE, *Le Dictionnaire de l'Académie française dédié au Roy*, tome 1, Paris, Coignard, 1694.

AMBROISE-CASTÉROT C., BONFILS P., *Procédure pénale*, 5^e éd., Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis Droit, 2024.

BARRAY C., BOYER P.-X., *Droit du contentieux administratif*, 5^e éd., Paris, Gualino, Lextenso, coll. Mémentos, 2024.

BATBIE A., *Précis de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1860.

BATBIE A., *Précis du Cours de droit public et administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 4^e éd., Paris, 1876.

BIOY, X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 8^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, coll. Cours, 2024.

BLANCO F., *Contentieux administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis Droit, 2019.

BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 11^e éd., Paris, Sirey, coll. Sirey Université, 2018.

- BOULOC B., *Procédure pénale*, 29^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023.
- BROYELLE C., *Contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuel, 2024.
- CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 12^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2023.
- CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., Paris, PUF, 2014.
- CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 12^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2023.
- CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L., GUINCHARD S., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, Modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 37^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2024.
- CIAUDO A., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Université, 2023.
- CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, Thémis Droit privé, 1996.
- COUCHEZ G., LAGARDE X., *Procédure civile*, 17^e éd., Paris, Sirey, coll. Université, 2014.
- DUCROCQ T., *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, tome 3, 7^e éd., Paris, Fontemoing, 1898.
- FARCY J.-C., *Histoire de la justice en France : de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions La Découverte, Repères, 2015.
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, coll. Droit public, 1979.
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007.
- FOURMENT F., CAMOUS E., *Procédure pénale*, 17^e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme Manuels, 2024.
- FRICERO N., *Procédure civile : cours intégral et synthétique*, 21^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, coll. Mémentos, 2024.
- FRICERO N., GOJON-BETHAN T., DANET A., *Procédure civile*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Manuels, 2023.
- GAILLET A. *et al.*, *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso, 2019.
- GOHIN O., POULET F., *Contentieux administratif*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2023.
- GUINCHARD S. *et al.*, *Droit processuel : droit commun du procès*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2001.
- GUINCHARD S. *et al.*, *Procédure pénale*, 17^e éd., Paris, LexisNexis, coll. Manuel, 2024.
- GUINCHARD S., FERRAND F., *Procédure civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, Hypercours, 2023.
- GUINCHARD S., *et al.*, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2008.

GUINCHARD, S. *et al.*, *Institutions juridictionnelles*, 17^e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Précis, 2024.

GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, 7^e éd., Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2024.

HÉRON J. *et al.*, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Précis Domat droit privé, 2019.

HILAIRE J., *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, les Cours de droit, Litec, 1994.

JACQUÉ J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 10^e éd., Paris, Dalloz, coll. Cours, 2023.

JEULAND E., *Droit processuel général*, 5^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, coll. Domat droit privé, 2022.

LAFERRIÈRE F., *Cours de droit public et administratif*, 1^{re} éd., Paris, Joubert, 1839.

LAFERRIÈRE F., BATBIE A., *Cours de droit public et administratif*, tome 1, 5^e éd., Paris, Cotillon, 1860.

LARGUIER J., *et al.*, *Droit judiciaire privé : procédure civile*, 20^e éd., Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2010.

LARGUIER J., *et al.*, *Procédure pénale*, 26^e éd., Paris La Défense, Lefebvre Dalloz, coll. Mémentos, 2023.

LE BOT O., *Contentieux administratif*, 11^e éd., Bruxelles, Bruylant, coll. Paradigme Manuels, 2024.

MARION M., *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e et XVIII^e siècles* [1923], Paris, Éditions A. et J. Picard, 1968.

MARTUCCI F., *Droit de l'Union européenne*, 4^e éd., Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2025.

MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 17^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, 2022.

ODENT R., *Contentieux administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, 2007.

PARIZOT R., *Procédure pénale*, Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Université, 2024.

PERRIN A., *Contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Mémentos, 2023.

PERROT R. *et al.*, *Institutions juridictionnelles*, 20^e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit privé, 2024.

PONTHOREAU M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., Paris, Economica, coll. Corpus Droit public, 2021.

RENAULT-BRAHINSKY C., *Procédure pénale*, 25^e éd., Paris La Défense, Gualino, Lextenso, Mémentos, 2024.

RENOUX T.S, ROUX A., *L'administration de la justice en France*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1994.

- RENOUX, T. S., VILLIERS, M. de, *Code constitutionnel 2021*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2020.
- RIVERO J., *Cours de droit administratif comparé*, Paris, les Cours de droit, 1958.
- ROUAULT M.-C., *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, coll. Masters droit, 2014.
- ROUQUETTE R., DEFOORT B., *Petit traité du procès administratif*, 10^e éd., Paris, Dalloz, Praxis Dalloz, 2023.
- ROYER J.-P., *Histoire de la justice en France : de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, Droit fondamental. Droit politique et théorique, 1995.
- ROYER J.-P. et al., *Histoire de la justice en France : du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., Paris, PUF, 2016.
- TUSSEAU G., *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris la Défense, L.G.D.J., Lextenso, 2021.
- VERNY É., *Procédure pénale*, 9^e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, coll. Cours, 2024.
- VERPEAUX, M., *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., Paris, PUF, coll. Droit fondamental, Classiques, 2015.
- VINCENT J., GUINCHARD S., *Procédure civile*, 22^e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 1991.
- VINCENT J., GUINCHARD S., *Procédure civile*, 23^e éd., , Paris, Dalloz, coll. Précis 1994.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- ALLEN R., *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire. 1792-1811*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005.
- ARANJO C. de, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'Homme : étude comparée, France-Allemagne*, collection de droit public comparé et européen, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- ARMAND G., *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de Constance Grewe), Caen, Université Caen Normandie, 2000.
- ASPIRO SEDKY J. et al. (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Presses universitaires de Sceaux, 2011.
- AYRAULT P., *Ordre et instruction judiciaire [1610]*, revue et corrigée par JEANVROT V., Paris, A. Cotillon et A. Chevalier-Marescq, 1881.
- BADINTER R. (dir.), *Une autre justice : contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française [1789-1799]*, Paris, Fayard, Histoire de la justice, 1989.
- BAECQUE, A. de, et al. (dir.), *L'An 1 des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, coll. CNRS plus, 1988.

BARAV A., *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

BERRIAT-SAINT-PRIX F., *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, Langlois, Delaunay, 1836.

BERRIAT-SAINT-PRIX F., *Théorie du droit constitutionnel français, esprit de la Constitution de 1848, précédé d'un essai sur le pouvoir constituant et d'un précis historique des constitutions françaises*, Paris, Videcoq Fils Ainé, 1851.

BLUCHE F., *Le despotisme éclairé*, Paris, Hachette, Pluriel, 2 000.

BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Lyon, Jean de Tournes, 1579.

CADIET L., *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, Dalloz orientation, 1997.

CAPITANT D., *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 87, 2001.

CARRÉ DE MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

CHAILLOU P.-L., *Des commissions extraordinaires en matière criminelle*, 1766.

CHAPOUTOT J., *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je ?, 2017.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilités*, Recommandation CM/Rec(2010)12, 17 novembre 2010.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, s.d.

CONSTANT, B., *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, tome 1, mise en ordre et précédée d'une introduction par M. J.-P. Pagès (de l'Arriège), Paris, Didier, 1836.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, *Rapport annuel 2023. Statistiques judiciaires de la Cour de justice*, Luxembourg, Union européenne, mars 2024, disponible sur https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/fr_ra_2023_cour_statistiques_web_bat_22042024.pdf (consulté le 30 juillet 2024).

COUTRON, L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

DALLOZ A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Première partie : période de 1790 à 1835, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.

DALLOZ A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, tome 1, Première partie : période de 1790 à 1835, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.

DALLOZ A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, tome 2, Première partie : période de 1790 à 1835, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.

DALLOZ A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, tome 3, Première partie : période de 1790 à 1835, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.

DALLOZ A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, tome 4, Première partie : période de 1790 à 1835, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1844.

DALLOZ D., *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1832.

DALLOZ D., *Jurisprudence générale du royaume*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1833.

DALLOZ D., DALLOZ A., *Jurisprudence générale du royaume, recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1837.

DALLOZ D., TOURNEMINE C. V. de, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1827.

DALLOZ D., TOURNEMINE C. V. de, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1828.

DALLOZ D., TOURNEMINE C. V. de, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale, criminelle et administrative*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1829.

DALLOZ D., TOURNEMINE C. V. de, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale, criminelle et administrative*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1830.

DALLOZ É., VERGÉ C., *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1868.

DALLOZ É., VERGÉ C., *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1880.

DALLOZ É., VERGÉ C., *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1886.

DALLOZ É., VERGÉ C., *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1889.

DALLOZ É., VERGÉ C., *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1900.

DAVID A., *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Caen, Université Caen Normandie, 2021.

DECRUSY N., ISAMBERT F.-A., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 11 : 1483-1514, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827.

DECRUSY N., ISAMBERT F.-A., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 12 : 1514-1546, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1828.

DECRUSY N., ISAMBERT F.-A., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 13 : 1546-1559, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1828.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 14 : 1559-1589, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 15 : 1589-1610, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 16 : 1610-1643, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 17 : 1643-1661, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 18 : 1661-1671, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 19 : 1672-1686, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 21 : 1715-1737, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1830.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 22 : 1737-1774, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1830.

DECRUSY, N. *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 20 : 1686-1715, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1829.

DELALOY G., *La justice dans l'organisation des pouvoirs en France : l'émergence du pouvoir judiciaire*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de Jean-Pierre Machelon), Paris, Université Paris 5, 2004.

DOMAT J., *Les quatre livres du droit public [1697]*, édition revue et corrigée par Joseph Rémy, Paris, Firmin Didot père et fils, 1829.

DONIER V., LAPÉROU-SCHENEIDER B. (dir.), *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

DROZ J., *Histoire de l'Allemagne*, tome 1 : *La formation de l'unité allemande 1789-1871*, Paris, Hatier, collection d'histoire contemporaine, 1970.

DUPIN A. M. J. J., *Des magistrats d'autrefois, des magistrats de la révolution, des magistrats à venir*, Paris, Imprimerie de Me Ve Jeunehomme, 1814.

DUPIN A. M. J. J., LABOULAYE, É., *Glossaire de l'ancien droit français contenant l'explication des mots vieillis ou hors d'usage qu'on trouve ordinairement dans les coutumes et les ordonnances de notre ancienne jurisprudence*, Paris, Videcoq Père et Fils, Auguste Durand, 1846.

DUPUIS-BERRUX M., *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 61, 2012.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 5, Paris, A. Guyot et scribe, 1825.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 12, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 13, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 17, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 14, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 15, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 16, Paris, A. Guyot et scribe, 1826.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, tome 49, Paris, Directeur de l'administration, 1849.

FARCY J.-C., *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit et justice, 2001.

FAVOREU L., *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1964.

FAVRE J., *Plaidoyers politiques et judiciaires*, tome 2, Paris, E. Plon et Cie, 1882.

FERCOT, C. *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral : étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, diffusion L.G.D.J., collection des thèses, n° 45, 2011.

FERRAND A.-F.-C., *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions et cassations*, 1789.

FERRAND F., *Cassation française et révision allemande : essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, Grandes thèses du droit français, Paris, PUF, 1993.

FINIDORI G., *Un formidable système répressif : les juridictions d'exception à la fin de la guerre d'Algérie (1961-1963)*, Poitiers, Dominique Martin Morin, 2022.

FLAMMERMONT J., *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 1 : 1715-1753, Paris, Imprimerie nationale, 1888.

FLAMMERMONT J., *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 3 : 1768-1788, Paris, Imprimerie nationale, 1898.

FLAMMERMONT J., TOURNEUX M., *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, tome 2 : 1755-1768, Paris, Imprimerie nationale, 1895.

FOUQUET N., *Recueil des Defenses de Mr Fouquet: Defenses de Mr Fouquet, Sur tous les points de son Procez*, tome 2, 1665.

FRÉDÉRIC II DE PRUSSE, *Anti-Machiavel, ou Essai de critique sur le Prince de Machiavel*, (publié par Voltaire), Amsterdam, Jaques la Caze, 1741.

FRYDMAN B., JEULAND E. (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

GABORIAU S., PAULIAT H. (dir.), *Justice et démocratie : actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003.

GAILLET A., *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 117, 2012.

GAILLET A., *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021.

GARNOT B., *Histoire de la justice : France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, Folio Histoire, n° 173, 2009.

GAUDIN H. (dir.), *Justiciables et renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Lefebvre Dalloz, 2025.

GENTILLET I., *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en paix un royaume, ou autre principauté*, Genève, Jacques Stoer, 1576.

GUILLERMET C.-J., *La motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, Paris, l'Harmattan, coll. Bibliothèque de droit processuel, 2006.

HALLAYS-DABOT A. (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux et des décisions du Tribunal des conflits*, tome 44, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1874.

HENRION DE PANSEY P. P. N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818.

HOUREQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

HOUREQUEBIE F., *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, coll. Systèmes, 2010.

HUMMEL J., *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, Presses universitaires de France, Léviathan, 2002.

JANSSEN-BENNYNCK C., *Les concepts d'indépendance de la justice. Une analyse historique et comparée (Angleterre, Allemagne et France)*, thèse de doctorat, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2015.

JELLINEK G., *L'État moderne et son droit*, tome 2 : *Théorie juridique de l'État*, Paris, Giard & Brière, 1913.

JOLY C., *Recueil de maximes véritables et importantes pour l'institution du roy. Contre la fausse & pernicieuse politique du cardinal Mazarin, prétendu Sur-Intendant de l'éducation de Sa Majesté*, Paris, 1663.

JOOP, O., *Le recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande*, thèse de doctorat, Paris, Paris I, 2006.

JOSSERAND S., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, n° 33, 1998.

JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992.

JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 1 : 420-1270, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 2 : 1270-1308, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 3 : 1308-1327, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 4 : 1327-1357, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 5 : 1357-1380, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1824.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 6 : 1380-1400, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1824.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 7 : 1401-1437, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 8 : 1415-1437, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 9 : 1438-1461, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 10 : 1461-1483, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1825.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 23 : 1774-1776, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1826.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 24 : 1776-1777, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1826.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 25 : 1777-1778, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1826.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 26 : 1778-1781, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1826.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 27 : 1781-1785, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827.

JOURDAN A.-J.-L. et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, tome 28 : 1785-1789, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1827.

KRYNEN J., *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 1 : *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009.

KRYNEN J., *L'État de justice : France, XIII^e-XX^e siècles*, tome 2 : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2012.

LA ROCHE FLAVIN B. de, *Treze livres des parlemens de France*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617.

LABOULAYE É., *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872.

LALOURCÉ C., *Recueil des cahiers généraux des trois ordres aux États-Généraux*, tome 2, Paris, Barrois l'aîné, 1789.

LE BRET C., *Les œuvres de messire C. Le Bret, revues et augmentées par lui de plusieurs choses notables depuis la dernière édition*, Paris, Veuve T. Du Bray, 1643.

LE PAIGE, L.-A., *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement ; sur le droit des pairs, et sur les loix fondamentales du royaume*, Amsterdam, 1753 1754.

LE PAIGE L.-A., *Memoires au sujet d'un nouvel Ecrit contre le Parlement, intitulé : Observations sur le refus que fait le Châtelet reconnoître le Chambre royale*, s.d.

LEBIGRE A., *La Justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, Albin Michel, 1988.

LEMAIRE A., *Les lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien régime*, Paris, Albert Fontemoing, 1907.

LEMAÎTRE A.J. (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Collection « Histoire », 2010.

LENTZ T. (dir.), *Napoléon et le droit. Droit et justice sous le Consulat et l'Empire*, Paris, CNRS Éditions, 2017.

L'HOMMEAU P. de, *Maximes generales du droict françois, divisées en trois livres*, Paris, Henry Le Gras, 1657.

LOYSEAU C., *Traité des seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1608.

LOYSEAU C., *Cinq Livres du droit des offices*, 2^e éd., Paris, Veuve A. L'Angelier, 1613.

MANTELLI M., *L'indépendance de la justice en France et en Italie*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de Pascal Jan), Bordeaux, Université de Bordeaux, 2022.

MASTOR W., *L'art de la motivation, substance du droit : mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, Les sens du droit, Essai, 2020.

MASTOR W., *La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789* (commentaire par), Paris, Dalloz, collection Poche, 2022.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés*, tome 8, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1875.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 9, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1877.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 10, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1878.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 1, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 2, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 3, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 4, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 5, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 6, 2^e éd., Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1879.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 12, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1881.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 16, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1883.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 15, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1883.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 17, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1884.

MAVIDAL J., LAURENT É., *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, imprimé par ordre du Sénat et de la Chambre des députés, tome 18, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, 1884.

MERLIN DE DOUAI P.-A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 5, 5^e éd., Paris, Garnery, 1827.

- MEYER J., *Le despotisme éclairé*, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je ?, 1991.
- MÉZARD P.-F., *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice, en France. Dédié aux États-généraux*, 1788.
- MILANO L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, n° 57, 2006.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 287, 1997.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, tome 1, Londres, 1768.
- MORABITO M., *Histoire constitutionnelle de la France : de 1789 à nos jours*, 17^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, Domat droit public, 2022.
- MURAT J., *Lettres et documents pour servir à l'histoire de Joachim Murat, publié par S. A. le prince Murat (avec une introduction et des notes par Paul Le Brethon)*, tome 3 : *Gouvernement de Paris 1804-1805*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1909.
- NAÔMÉ C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010.
- NEFRAMI E. (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- PACTEAU B., *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, Léviathan, 2003.
- PARDESSUS J.-M., *Œuvres complètes du chancelier D'Aguesseau*, Paris, Fantin et Cie, 1818-1820.
- PARDESSUS J.-M., *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 12, Paris, Fantin et Cie, 1819.
- PASQUIER É., *Des recherches de la France, livre premier et second, plus Un pourparler du Prince, & quelques dialogues*, Paris, Gilles Robinot, 1581.
- PASQUIER É., *Les œuvres d'Estienne Pasquier*, tome 1, Amsterdam, 1723.
- PERTEK J., *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE : le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- RASSAT M.-L., *La justice en France*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je ?, n° 612, 2007.
- RENOUX T. S., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Paris, Economica, PUFAM, coll. Droit public positif, 1984.
- RIALS S., *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, D.U.C./Albatros, 1987.
- RIALS S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Pluriel, n° 8527, 1988.
- RICHOU J., *Histoire des commissions extraordinaires sous l'Ancien régime*, Paris, A. Rousseau, 1905.

- RIDEAU J. (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, 1998.
- ROSANVALLON P., *La monarchie impossible : les Chartes de 1814 et de 1830*, Les Constitutions françaises, Paris, Fayard, 2014.
- ROUSSEAU D. et al., *Rapport. La justice, un pouvoir de la démocratie (Fondation Terra Nova)*, Mesnil-sur-l'Estrée, Firmin-Didot, 2011.
- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.
- SAINT-HILAIRE C. de, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle pour répondre aux plaintes des libéraux sur sa prétendue violation*, Paris, Ponthieu, 1823.
- SIEYÈS E.-J., *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 3^e éd., 1789.
- SILD N., *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de Stéphane Rials), Paris, Paris Panthéon-Assas, 2015.
- SO'O A.-P., *Les conflits de compétences juridictionnelles au regard des droits individuels. Étude de droit comparé (fin du XVIII^e siècle - début du XXI^e siècle) : France, Allemagne, Belgique*, thèse de doctorat : droit public (sous la direction de J. Boudon), Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2021.
- STOLLEIS M., *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, Histoire du droit, 2018.
- THY L. de, *L'écriture des lois constitutionnelles de 1875. La fondation de l'ordre constitutionnel de la III^e République*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 156, 2021.
- TRIPPIER L., MONNIER H., *Les codes français collationnés sur les textes officiels*, 39^e éd., Paris, Librairie Cotillon, F. Pichon, 1889.
- VAN COMPERNOLLE J., TARZIA G. (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- VERGNE A., *La notion de Constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750- 1789)*, Modernité et romanité du droit, Paris, De Boccard, 2006.
- Charte de déontologie de la juridiction administrative. Principes et bonnes pratiques*, 2023.
- Charte de déontologie des juridictions financières*, 2024.
- Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 126 (26 janvier 1801), 6 pluviôse an IX.
- Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 127 (27 janvier 1801), 7 pluviôse an IX.
- Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n° 128 (28 janvier 1801), 8 pluviôse an IX.

C. Articles, chroniques et contributions

ALVAZZI DEL FRATE P., « Le principe du “juge naturel” et la Charte de 1814 », in DAUCHY S., DEMARS-SION V. (dir.), *Juges et criminels. Études en hommage à Renée Martinage*, Lille, L’espace juridique, 2001, p. 465-474.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Renvoi préjudiciel - Les juridictions pénales face aux questions préjudicielles à la Cour de justice de l’Union européenne », *La Semaine Juridique - Édition générale*, 2020, doct. 39.

AUTEXIER C., « Commentaire de l’arrêt du 22 octobre 1986 (Solange II) », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, n° 3-1987, p. 419-447.

BACQUET J., « Traicte des droicts de iustice haute, moyenne, et basse », in *Les œuvres de Jean Bacquet*, Paris, François Ivlliot, 1630.

BADINTER R., « Introduction. Naissance d’une justice », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l’histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 9-25.

BADINTER R., « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, 1995, p. 7-12.

BAETS F. de, « Récusation : crime de lèse magistrat ? », *Actualité juridique : Droit pénal*, 2011, p. 291-294.

BASDEVANT-GAUDEMET, B., « Loyseau Charles », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 678-680.

BEAUD O., « Sur la curieuse façon dont le Conseil d’État interprète le principe d’impartialité », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1225.

BERNARD Y., « Pour que vivent les cours criminelles départementales ! », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 23-28.

BIGOT G., « La figure négative du juge dans la conception révolutionnaire du constitutionnalisme », in MOUTON S. et MAGNON X. (dir.), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. Colloques & essais, 2023, p. 49-58.

BOFFA R., MEKKI M., « L’accès au droit et l’accès à la justice », in CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 30^e éd., Paris, Dalloz, Spécial CRFPA, 2024, p. 592-620.

BON P., « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 31, p. 2007-2017.

BOTTON A., « Chronique de droit pénal constitutionnel. Le jury populaire, tradition républicaine pour accusé privilégié », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2024, p. 433-440.

BOUCHER D’ARGIS A.-G., « Commission », *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 3, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1753, p. 710-711.

BOUCHER D'ARGIS A.-G., « Demandeur », *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 4, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1754, p. 804-805.

BOUCHER D'ARGIS A.-G., JAUCOURT L. de, « Évocation », *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome 6, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1756, p. 161-169.

BOUCOBZA I., « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in ASPIRO SEDKY J. et al. (dir.), *L'indépendance de la justice*, Paris, L'Harmattan, coll. Presses universitaires de Sceaux, 2011, p. 15-31.

BOUCOBZA I., « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *Revue des droits de l'homme*, 2021.

BOURETZ P., « Égalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social », *Droits*, 1988, p. 71-82.

BOUVERESSE A. et al., « Chronique. Droit de l'Union européenne et droit administratif français », *Revue française de droit administratif*, 2022, p. 137-157.

BOUVERESSE A. et al., « Chronique. Droit administratif et droit de l'Union européenne », *Revue française de droit administratif*, 2024, p. 174-189.

BOUVET M., « Le Conseil d'État napoléonien, juge administratif suprême sous le Consulat et l'Empire », in LENTZ T. (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 125-139.

BREDIN J.-D., « Sieyès et le "juri" civil », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 190-203.

BREDIN J.-D., « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices. Revue générale de droit processuel*, juin 1996, vol. 3, p. 161-166.

BRETSCHNEIDER F., « Privilegium de non appellando », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020 (en ligne).

BROBERG M., FENGER N., « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, n° 4, p. 861-884.

BURDEAU F., « Batbie Anselme-Polycarpe », *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 65-66.

CABANIS A., DEVAUX O., « Constant Benjamin », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 258-260.

CARBASSE J.-M., « Le droit pénal dans la déclaration des droits », *Droits*, 1988, p. 121-134.

CARBASSE J.-M., « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in CARBASSE J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE L. (dir.), *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 67-94.

CARBONNIÈRES L. de, « Mézard Pierre-François », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 732-733.

CARCASSONNE G. et GUILLAUME M., « Article 64 », in *La Constitution*, 16^e éd., Paris, Points, 2022, p. 324-327.

CARTIER E., « La récusation et le déport devant le Conseil constitutionnel : cote mal taillée ou réelle avancée ? », *Les Petites Affiches*, 2011, p. 22-30.

CARTUYVELS Y., « Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle », in LÉVY R. et ROUSSEAU X. (dir.), *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1997, p. 251-278.

CASSAGNABÈRE H., « Le Conseil d'État et son obligation de renvoi préjudiciel », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2024, n° 9, p. 475-486.

CHERCHÈVE F., « Le procès de Nicolas Fouquet », in IMBERT J. (dir.), *Quelques procès criminels des XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Presses universitaires de France, 1964, p. 101-120.

CIVININI M. G., « Le modèle italien d'administration de la justice », *Revue française d'administration publique*, 2008, p. 81-91.

CJUE, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DOCUMENTATION, « Note de recherche. Application de la jurisprudence Cilfit par les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », mai 2019 (en ligne).

CLASSEN C. D. et GAILLET A., « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2019 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, vol. 124, p. 955-963.

CLAY T., « Juge naturel », *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 680-683.

CLÈRE J.-J., « Barrot Camille-Hyacinthe-Odilon », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 54-55.

CLÈRE J.-J., « Béranger Alphonse-Marc-Marcellin-Thomas », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 90-91.

CLÈRE J.-J., « Favre Jules-Gabriel-Claude », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 420-421.

CLÈRE J.-J., « Laferrière Louis-Firmin-Julien », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 586-588.

CLÈRE J.-J., « Merlin Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 726-728.

COLLET P., « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Revue de sciences criminelles*, 2016, p. 485-504.

COMBREXELLE J.-D., « Sur l'actualité du "dialogue des juges" », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2018, p. 1929.

COMMAILLE J., « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 205-223.

COMMARET D. N., « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 262-264.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Compte-rendu de la séance du 23 juillet 1975*, Paris, Conseil constitutionnel, 1975, p. 16.

CORNELOUP S., « Une réforme structurelle du droit d'asile », *Revue critique de droit international privé*, 2024, p. 261-270.

CORNU G., « Naturel, elle » *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2024, p. 685-687.

COUTRON L., « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 13-58.

COUTRON L., « La motivation des questions préjudicielles », in NEFRAMI E. (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 101-155.

COUTRON L., « Retour sur l'arrêt Cilfit : point de révolution, mais une simple rénovation », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, n° 4, p. 705-719.

D'AGUESSEAU H. F., « Cinquante-septième plaidoyer du 5 janvier 1700 », in PARDESSUS J.-M. (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 5, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 328-513.

D'AGUESSEAU H. F., « Mémoire sur les évocations », in PARDESSUS J.-M. (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 9, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 324-330.

D'AGUESSEAU H. F., « Mémoire sur les juridictions consulaires », in PARDESSUS J.-M. (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 9, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 511-524.

D'AGUESSEAU H. F., « Onzième mémoire », in PARDESSUS J.-M. (dir.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, tome 8, Paris, Fantin et Cie, 1819, p. 175-188.

DALLE H., « À la recherche du juge naturel français », *Les Épisodiques*, 1995, p. 21-26.

DALLE H., « Administration de la justice et acte juridictionnel », in GABORIAU S. et PAULIAT H. (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001, p. 93-102.

DARSONVILLE A., PARIZOT R., « La création d'une juridiction spécialisée en matière de violences intrafamiliales : une mauvaise solution », *Actualité juridique : Droit pénal*, 2023, n° 2, p. 70-73.

DEBRÉ M., « Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, tome 2, Paris, La documentation française, 1988.

DITTERT D., « Rapport allemand », in COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 59-82.

DONIER V., LAPÉROU-SCHENEIDER B., « Propos introductifs », in *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

DUHAMELLE C., « Kurfürst », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020, disponible sur <https://saintempire.hypotheses.org/publications/glossaire/kurfurst> (consulté le 26 juillet 2024).

DUPEYROUX O., « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *Revue du droit public*, 1983, p. 565-629.

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 169-209.

FAVOREU L., « Chapitre 57. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas de valeur constitutionnelle », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 867-871.

FAVOREU L., « Chapitre 58. Le statut constitutionnel du juge administratif », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 873-885.

FAVOREU L., PHILIP L., « Chronique constitutionnelle et parlementaire française - Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue du droit public*, 1975, p. 1281-1343.

FAVOREU L., PHILIP L., « 23 juillet 1975 - JUGE UNIQUE », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2^e éd., Droit public, Paris, Sirey, 1979, p. 323-344.

FAVOREU L., PHILIP L., « 22 juillet 1980 - VALIDATION D'ACTES ADMINISTRATIFS (119 DC) », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2007, p. 385-400.

FAVOREU L. *et al.*, « Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC - VALIDATION LÉGISLATIVE », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 20^e éd., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2022, p. 105-129.

FERRAND F., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *Revue internationale de droit comparé*, 1995, p. 691-704.

FERRAND F., « Les ordres de juridiction en République fédérale d'Allemagne », *Justices*, 1995, p. 357.

FERRAND F., « Allemagne », *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 19-25.

FIORINI B., « Le jury, "Dieu merci" ! Cinq propositions de QPC pour lutter contre les cours criminelles départementales », *Lexbase Pénal*, juin 2023, p. n° 61.

FIORINI B., « L'intervention du jury criminel : un principe constitutionnel ? », *Lexbase Pénal*, octobre 2023, n° 64.

FIORINI B., « Le Conseil constitutionnel refuse de faire de l'intervention du jury criminel un principe constitutionnel », *Jus Politicum Blog*, 29 novembre 2023 (en ligne).

FRANCK C., « Note sous Cons. const. 23 juillet 1975 », *La Semaine Juridique - Edition générale*, 1975, p. 18200.

FRISON-ROCHE M.-A., « L'impartialité du juge », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 53-57.

FROMONT M., « République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1986 et 1987 », *Revue du droit public*, 1989, p. 91-132.

FROMONT M., « Le recours individuel dirigé contre une décision de justice pour violation d'un droit fondamental dans la République fédérale d'Allemagne », in FATIN-ROUGE STEFANINI M.,

SEVERINO C. (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, Confluence des droits, 2017, p. 141-159.

GABORIAU S., « L'enjeu démocratique de la Justice », in PAULIAT H. et GABORIAU S. (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2003, p. 19-51.

GABORIAU S., « Splendeurs et misères de la cour d'appel de Paris : l'histoire d'une réforme en trompe-l'œil », *Lettre d'information du SM*, mars 2009, p. 4-10.

GABORIAU S., PAULIAT H. (dir.), « Débat », in GABORIAU S. et PAULIAT H. (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2001, p. 103-110.

GAILLET A., « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 2015 », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2016, n° 20, p. 1112-1119.

GAILLET A., « Le juge dans le constitutionnalisme allemand du 19^e siècle. Entre l'État puissance et l'État de droit », in MOUTON S. et MAGNON X. (dir.), *Le juge dans le constitutionnalisme moderne*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, Colloques & essais, 2023, p. 31-47.

GAILLET A., « Cour constitutionnelle fédérale allemande : constitutionnaliser le statut, renforcer la résilience ? », *Jus Politicum Blog*, 21 janvier 2025 (en ligne).

GAILLET A., GRIMM D., « Allemagne : une réforme constitutionnelle dictée par le contexte politique », *Le Club des juristes*, 8 janvier 2025 (en ligne).

GAILLET A., JOUANJAN, O., « Jurisprudence constitutionnelle allemande en 2019 et 2020 », *Revue du droit public*, 2021, p. 1733-1752.

GAUDEMET-TALLON H., « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591-612.

GAUDIN H., « Renvoi préjudiciel - Reconnaître un droit au renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union ? », *Europe*, 2019, étude 5.

GAUDIN, H., « Les droits du justiciable dans la procédure préjudicielle : retour sur certains remous jurisprudentiels récents », *Recueil Dalloz*, 2023, n° 22, p. 1126-1127.

GAUDIN, H., « Retrait d'une question préjudicielle et droits des justiciables », *L'Observateur de Bruxelles*, 2024, n° 135, p. 35-40.

GAVEN J.-C., « Bergasse Nicolas », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 93-95.

GEIGER S., « Allemagne : césure jurisprudentielle en matière de protection des droits fondamentaux européens », *RTD eur.*, 2020, p. 225-241.

GENEVOIS B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in AVRIL P., VERPEAUX M. (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2000, p. 21-45.

GEORGEL J., « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 845-855.

GERHOLD M., « L'impartialité du juge constitutionnel. Développements récents en droit allemand », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2022, p. 392-397.

GERVASONI S., « CJUE et cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges ? », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2019, n° 3, p. 150-168.

GONOD P., « Ducrocq Théophile », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 353.

GÖRANSSON F.-L., « Rapport suédois », in COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 479-496.

GOUZENNE P., « Au sein des tribunaux, la démocratie introuvable... », *Lettre d'information du SM*, mars 2009, p. 11-13.

GREWE C., « L'État de droit sous l'empire de la Loi fondamentale », in JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 385-393.

GREWE C., « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, 2011, p. 143-154.

GREWE C., « L'accès au juge : le droit processuel d'action », in *L'État des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation comparée, 2018, p. 379-389.

GREWE C., « Réflexions comparatives sur l'État de droit », in *L'État des droits : communications et tensions*, Paris, Société de Législation comparée, 2018, p. 367-378.

GROS D., « La récusation vue par le juge administratif », *La Semaine Juridique - Edition générale*, 2012, doct. 227.

GUILBAUD J., « Fiskal », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020 (en ligne).

GUINCHARD S., « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in van COMPERNOLLE J. et TARZIA G. (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3-62.

GUIOT F.-V., « La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel : With great(er) power, (at last) comes great responsibility ? », *Cahiers de droit européen*, 2016, n° 2, p. 575-630.

HALPÉRIN J.-L., « Thouret Jacques-Guillaume », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 967-968.

HALPÉRIN J.-L., « L'indépendance des tribunaux : un vain mot pour Napoléon ? », in LENTZ T. (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 143-153.

HAMON L. et LEVASSEUR G., « Note sous Conseil constitutionnel, 23 juillet 1975 », *Recueil Dalloz*, 1977, p. 629-631.

HESS B., « L'impartialité du juge en droit allemand », in van COMPERNOLLE J. et TARZIA G. (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 157-177.

HILAIRE J., « La Révolution et les juridictions consulaires », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 243-266.

HILAIRE J., « Parlements », *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 962-964.

HOCHMANN T., « Chapitre 7. Droits fondamentaux », in GAILLET A. et al. (dir.), *Droits constitutionnels français et allemand : perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., une marque de Lextenso, 2019.

HUDAULT J., « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Revue critique de droit international privé*, 1972, vol. 61, p. 27-54, 249-268.

HUMMEL J., « État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz », in JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 125-148.

ILIOPOULOU-PENOT A., « La sanction des juges suprêmes nationaux pour défaut de renvoi préjudiciel », *RFDA*, 2019, p. 139-148.

JACQUÉ J.-P., « La coopération entre les juges. Quelques nuances de gris », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2021, p. 237-242.

JACQUELOT F., « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 347-356.

JANICOT T., « L'impartialité du juge administratif. Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 15 avril 2024, Département des Bouches-du-Rhône, n° 469719 », *Revue française d'administration publique*, 2024, p. 497-506.

JANVILLE T., « Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France », *Les Petites Affiches*, 2005, n° 57, p. 6-12.

JEULAND E., « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008, vol. 125, p. 33-42.

JEULAND E., « Le renouveau du principe du juge naturel en France », *Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des internationalen Zivilprozessrechts*, 2010, vol. 15, p. 65-76.

JEULAND E., « Le renouveau du principe du juge naturel et l'industrialisation de la justice », in FRYDMAN B. et JEULAND E. (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 87-98.

JEULAND E., « L'émergence de la notion de juge naturel consulaire selon la méthode de l'OUUDROPO », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Paris, Dalloz, LGDJ, 2014, p. 155-169.

JEULAND, E., « Brève contribution processualiste à la réécriture du code de procédure pénale », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 686-692.

JOOP O., « La Cour constitutionnelle fédérale allemande confirme et précise sa jurisprudence sur l'obligation des juridictions nationales de saisir le juge de l'Union en cas de doute portant sur le droit européen », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, n° 1, p. 199-203.

JOUANJAN O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *Actualité juridique : Droit administratif*, 1998, p. 44-51.

JOUANJAN O., « Le contrôle incident des normes et les contradictions de l'État monarchique en Allemagne », in *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 253-291.

JOUANJAN O., « Présentation », in *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 7-52.

JOUANJAN O., « La Cour constitutionnelle fédérale et l'autorité de la justice en Allemagne », *Après-demain*, 2017, vol. 41, NF, p. 5-7.

JOURDAINE N., « Le case management par les mesures d'administration judiciaire », *Les cahiers de la justice*, 2022, n° 4, p. 687-697.

KOERING-JOULIN R., « Le juge impartial », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, p. 1.

KORDEVA M., « Chronique. Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2020, vol. 35, p. 679-701.

KRYNEN J., « L'ancien droit public en perpétuelle crise : les Délibérations de la Chambre Saint-Louis (1648) », in QUINTANE G. (dir.), *Contributions en l'honneur du Professeur Jacques Bouveresse : crise(s) & droit(s)*, Le Mans, Issy-Les-Moulineaux, Editions l'Epitoge, Lextenso, 2015, p. 17-26.

LANGENFELD C., « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, 2019, vol. 2, n° 1, p. 69-80.

LEBIGRE A., « 1789 : la justice dans tous ses états », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 39-55.

LENOËL P., « Duport Adrien-Jean-François », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 375-377.

LÉONNET J., « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 267-281.

LEYTE G., « Les évocations, entre régulation juridique et arbitrage politique », *Histoire, économie & société*, 2010, vol. 29, n° 3, p. 37-43.

MALENOVSKÝ J., « Le renvoi préjudiciel perçu par trois Cours "souveraines" », *Journal de droit européen*, 2013, p. 214-224.

MARIAT K., « Ce que comparer veut dire », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 1471-1472.

MARTENS, P., « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, p. 79-83.

MARTIN A., « Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges », *Revue du droit public*, 1997, p. 741-781.

MARTUCCI F., « La BCE entre démocratie et Union de droit », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2020, p. 787-796.

MARTUCCI F., « La Cour constitutionnelle italienne et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in ILIOPOULOU-PENOT A., XENOU L. (dirs.), *La charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 83-105.

MÈDE L., « La sanction du manquement juridictionnel dans le cadre de la coopération préjudicielle imposée », *Revue de l'Union européenne*, 2019, p. 581-587.

MEGAHED L., « La généralisation du juge unique - Une réforme risquée de la Cour nationale du droit d'asile ? », *Revue française de droit administratif*, 2024, p. 277-283.

MESTRE J.-L., « Berriat-Saint-Prix Félix », *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 97-98.

MILANO L., « Motivation d'une décision de rejet d'une demande de renvoi préjudiciel », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2021.

MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1949, vol. 1, p. 397-417.

MORABITO M., « Sieyès Emmanuel-Joseph », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e-XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 931-933.

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, p. 503-527.

PACTEAU B., « Que reste-t-il du Conseil d'État de Napoléon ? », in LENTZ T. (dir.), *Napoléon et le droit*, Paris, CNRS Éditions, 2017, p. 251-260.

PASQUIER É., « Les recherches de la France », in *Les œuvres d'Estienne Pasquier*, tome 1, Amsterdam, 1723.

PAULIAT H., « Bonne administration de la justice, bonne justice ? », *La Semaine Juridique - Administrations et collectivités territoriales*, 2014, p. 5-6.

PAULIAT H., « Recours contre une ordonnance de roulement : c'est possible, mais devant qui ? », *La Semaine Juridique - Édition générale*, 2018, p. 784-786.

PERDRIAU A., « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », *Gazette du Palais*, 2002, n° 66, p. 2.

PERLO N., « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, vol. 27, p. 61-79.

PERLO N., « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un "barrage contre le Pacifique" ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, p. 717-734.

PICARDI N., « Le juge naturel – Principe fondamental en Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 2010, p. 27-73.

PIEROTH B., « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe », *Cités*, 2003, vol. 13, p. 57-66.

PINI J., RENOUX T.S., « Juge (Droit à un recours juridictionnel) », *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dictionnaires Dalloz, Paris, Dalloz, 2006, p. 503-512.

QUAGLIONI D., « Bodin Jean », *Dictionnaire historique des juristes français : XIII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 120-122.

RENAULT R., « Landesherrschaft », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020 (en ligne).

RENAULT R., « Stand », *Les mots du Saint-Empire*, Paris, EHESS, 2020 (en ligne).

RENAUT A., « Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la Déclaration de 1789 en Allemagne », *Droits*, 1988, p. 143-149.

RENOUX T. S., « De la décision “Juge unique” à la décision “Sécurité liberté” : l’évolution du principe d’égalité devant la justice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Gazette du Palais*, octobre 1983, vol. 103, p. 2-6.

RENOUX T. S., « Note sous Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985 (2 décisions) », *Recueil Dalloz*, 1986, p. 425-435.

RENOUX T.S., « Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français », in *Présence du droit public et des droits de l’Homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 307-324.

RENOUX T. S., « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD civ.*, 1993, vol. 92, p. 33-58.

RENOUX T. S., « Le droit au recours juridictionnel », *La Semaine Juridique - Édition générale*, 1993, p. 211-216.

RENOUX T. S., « Le droit au juge naturel », *Les Épisodiques*, 1995, p. 9-19.

RENOUX T. S., « Les garanties constitutionnelles de la répartition des compétences », in COUR DE CASSATION (dir.), *La Cour de cassation et la Constitution de la République : actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1995, p. 77-116.

RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., « Aguesseau Henri-François d’ », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 8-10.

RENUCCI J.-F., « L’exigence d’impartialité au sens de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p. 935-939.

RIALS S., « Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la charte de 1814) », in *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, D.U.C./Albatros, 1987, p. 88-125.

RIALS S., « Monarchie et philosophie politique : un essai d’inventaire », in *Révolution et contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, D.U.C./Albatros, 1987, p. 71-87.

RIALS S., « Ouverture. Le mystère des origines », *Droits*, 1988, p. 3-21.

RIDEAU J., « Le droit au juge : conquête et instrument de l’État de droit », in RIDEAU J. (dir.), *Le droit au juge dans l’Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 3-7.

RIDEAU J., « La Cour constitutionnelle italienne et les rapports entre l’ordre juridique italien et le droit de l’intégration européenne : autonomie ou intégration ? », in PICOD F., NASCIMBENE B. (dir.), *L’Italie et le droit de l’Union européenne / L’Italia e il diritto dell’Unione europea*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 83-96.

RITLENG D., « Chronique. Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne - 1er janvier 2021 - 31 décembre 2021 », *RTD eur.*, 2022, n° 2, p. 263-266.

RIVERO J., « Les “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Recueil Dalloz*, 1972, p. 265-268.

RIVERO J., « Note sous Cons. constit., décision du 23 juillet 1975 », *Actualité juridique : Droit administratif*, 1976, vol. 32, p. 44-47.

RIVERO J., « Idéologie et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 247-258.

ROBERT J.-H., « Cours criminelles départementales - Nouvelles lois saliques », *Droit pénal*, 2024, p. 1-2.

ROTTECK K. von, « Constitution, Constitutions, principe et système constitutionnels », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2006, vol. 24, p. 365-396.

ROUSSEAU D., « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », in JEULAND E., FRYDMAN B. (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 57-62.

ROUX J., « Règlement de procédure sur le contrôle a priori de constitutionnalité », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 784.

ROYER G., « Le juge naturel en droit criminel interne », *Revue de sciences criminelles*, 2006, p. 787-808.

ROYER J.-P., « Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la “Cité idéale” », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 57-69.

SAAS C., WEIGEND, T., « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, n° 4, p. 831-844.

SAINT-BONNET F., « Le parlement, juge constitutionnel (XVI-XVIII^e siècle) », *Droits*, 2001, vol. 34, p. 177-197.

SAPHORE C., « Dalloz Armand-Pierre-Jean », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 301.

SAPHORE C., « Dalloz Victor-Alexis-Désiré », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 301-303.

SARMIENTO D., « Rapport espagnol », in COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 165-181.

SAUVÉ J.-M., « L'État de droit aujourd'hui », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2024.

SAVOURÉ B., « Y a-t-il des limites au pouvoir d'organisation de la formation de jugement du chef de juridiction ? », Cour administrative d'appel de Lyon, 28 février 2023, conclusions », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2023, p. 1124-1128.

SAYEDE HUSSEIN A., « L'impartialité objective du juge administratif des référés : un principe aux contours imprécis », *Revue française de droit administratif*, 2021, n° 4, p. 701-710.

SCHNAPPER B., « Le jury criminel », in BADINTER R. (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 149-170.

SCIALOM R., « Le Paige Louis-Adrien », in *Dictionnaire historique des juristes français : XII^e - XX^e siècle*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 644-645.

SEIF U., « Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 2005, vol. 83, n^o 2, p. 215-245.

SEUROT L., « Impartialité : vade-mecum à destination du juge administratif », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2024, p. 1609-1614.

SIMON D., « Une première historique : la France condamnée en manquement pour défaut de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État », *Europe*, 2018, p. repère 10.

SIMON D., « Nouvelle guerre des juges : “bras d'honneur” ou “bras de fer” ? », *Europe*, 2020, p. 6.

SLAMA S., « Le projet de loi “Darmanin” peut-il contribuer à contrôler l'immigration et améliorer l'intégration ? Focus sur deux mesures précises », *Le Club des juristes*, 13 février 2023.

SOUVIGNET X., « Le dialogue des juges sur la notion de tribunal “établi par la loi” », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023.

STOLLEIS M., « Image et réalité de l'état en Allemagne de l'ouest (1945-1960) », *Droits*, 2009, p. 135-158.

SWANN J., « Repenser les parlements au XVIII^e siècle : du concept de “l'opposition parlementaire” à celui de “culture juridique des conflits politiques” », in LEMAÎTRE A. (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 17-37.

SWANN J., « Un monarque qui veut “régner par les lois” : le Parlement de Paris et le roi dans la France de Louis XV », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, 2011, vol. 15, p. 44-58.

TERNEYRE P., « Le droit constitutionnel au juge », *Les Petites Affiches*, 1991, p. 4-14.

THÉNAULT S., « Justice et droit d'exception en guerre d'Algérie (1954-1962) », *Les cahiers de la justice*, 2013, p. 71-81.

THIREAU J.-L., « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in CARBASSE J.-M., DEPAMBOUR-TARRIDE L. (dir.), *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 131-153.

THIREAU J.-L., « Le Conseil du roi au XVI^e siècle », *La Revue administrative*, 1999, p. 10-19.

VANDENDRIESSCHE X., « Non le juge unique n'est pas la solution pour améliorer l'efficacité du contentieux de l'asile », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2023, p. 521.

VARELA SUANZES-CARPEGNA J., « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 675-689.

VEDEL G., « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698-711.

VERGNE A., « La première référence à la “Constitution de l’État” dans les remontrances du parlement de Paris [1er mars 1721] », in LEMAÎTRE A. J. (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L’invention d’un discours politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, Collection « Histoire », 2010, p. 137-153.

VERPEAUX M., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? (1^e partie) », *Les Petites Affiches*, juillet 1993, p. 9-13.

VERPEAUX, M. « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, juillet 1993, p. 6-9.

VERPEAUX M., « La récusation des membres du Conseil constitutionnel sort du silence », *Actualité juridique : Droit administratif*, 2024, p. 2327-2330.

VITU A., « La récusation en matière pénale », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 427-443.

VOßKUHLE A., « La loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018, vol. 59, p. 57-67.

WAHL R., « Aux origines du droit public allemand contemporain », *Revue du droit public*, 2007, p. 817-843.

WÜRTENBERGER T., « L’État de droit avant l’"État de droit" », in JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l’État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 79-100.

ZARKA J.-C., « L’arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d’Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », *Les Petites Affiches*, 2020, p. 7-17.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes, les numéros entre parenthèses renvoient aux notes de bas de page.

I. Juridictions allemandes

A. Cour constitutionnelle fédérale allemande

- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 septembre 1952, 1 BvR 612/52 (BVerfGE 1, 418)
373 (2127)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 octobre 1952, 1 BvR 511/52 (BVerfGE 1, 439)
336 (2002)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 mai 1953, 1 BvR 344/51 (BVerfGE 2, 295)
452 (2514)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1953, 1 BvF 1/53, (BVerfGE 2, 307)
278 (1692) ; 285 (1722) ; 334 (1996) ; 342 (2014)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 1^{er} juillet 1953, 1 BvL 2232/51 (BVerfGE 2, 380)
9 (42)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 17 décembre 1953, 1 BvR 335/51 (BVerfGE 3, 213)
293 ; 294 (1773) ; 394 (2198) ; 400
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 14 janvier 1954, 1 BvR 409/53 (BVerfGE 3, 255)
378 (2158)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 26 février 1954, 1 BvR 537/53, (BVerfGE 3, 359)
362 ; 376 ; 378 (2159)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 29 avril 1954, 1 BvR 328/52 (BVerfGE 3, 377)
392 (2189, 2190)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 novembre 1955, 1 BvL 13, 21/52 (BVerfGE 4, 331)
392 (2191)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 20 mars 1956, 1 BvR 479/55, (BVerfGE 4, 412)
216 (1391) ; 233 (1438) ; 237 (1462) ; 292 ; 336 (1998) ; 400 ; 474 (2587)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 16 janvier 1957, 1 BvR 134/56 (BVerfGE 6, 45)
238 (1480) ; 283 (1715) ; 344 (2017) ; 377 (2148) ; 378 (2156)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 mars 1958, 1 BvR 155/58 (BVerfGE 7, 327)
378 (2155) ; 379 (2166)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 juin 1958, 2 BvF 1/56 (BVerfGE 8, 174)
293 (1766) ; 294 (1775)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 octobre 1958, 1 BvR 458/58, (BVerfGE 8, 222)
368 (2106)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., arrêt du 19 mars 1959, 1 BvR 295/58, (BVerfGE 9, 223)
278 (1693) ; 287 (1739) ; 346

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 novembre 1959, 1 BvR 88/56, 59/57, 212/59 (BVerfGE 10, 200)
 293 (1766) ; 294 (1776) ; 295 (1781) ; 297 (1791) ; 393 (2196) ; 400-401

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 février 1960, 2 BvR 36/60 (BVerfGE 11, 1)
 475 (2595)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 janvier 1961, 2 BvL 25/60 (BVerfGE 12, 67)
 394 (2205)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 janvier 1961, 2 BvR 74/60 (BVerfGE 12, 81)
 397 (2224)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1962, 2 BvL 13/60 (BVerfGE 14, 56)
 293 (1766) ; 294 (1774) ; 392 (2192) ; 394 (2198) ; 401 (2244)

C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 3 juillet 1962, 2 BvR 628/60, 247/61, (BVerfGE 14, 156)
 240 (1487) ; 402 (2245, 2248) ; 411 (2289)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 mars 1963, 2 BvR 129/63 (BVerfGE 15, 298)
 397 (2224)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1964, 2 BvR 42, 83, 89/63, (BVerfGE 17, 294)
 233 ; 277 (1689) ; 278 (1693) ; 284 (1716) ; 312 ; 313 (1873) ; 350 (2052) ; 353 (2062)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 1964, 2 BvR 498/62 (BVerfGE 18, 65)
 314 (1885)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juin 1964, 1 BvR 37/63, (BVerfGE 18, 85)
 373

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 novembre 1964, 2 BvL 19/63 (BVerfGE 18, 241)
 297 ; 394 (2200) ; 401 (2242)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 janvier 1965, 1 BvR 213, 715/58, 66/60 (BVerfGE 18, 315)
 365 (2094)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 1965, 2 BvR 341/60 (BVerfGE 18, 423)
 348 (2045)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 mai 1965, 2 BvR 259/63 (BVerfGE 19, 38)
 249 (1552) ; 251 (1566)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mai 1965, 2 BvR 40/60, (BVerfGE 19, 52)
 238 (1475) ; 277 (1688) ; 281 (1702) ; 284 (1718) ; 309 (1859)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 mars 1966, 2 BvE 2/65 (BVerfGE 20, 1)
 452 (2513)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 mars 1966, 2 BvF 1/65 (BVerfGE 20, 26)
 451 (2510)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 octobre 1966, 2 BvR 291, 656/64 (BVerfGE 20, 336)
 9 (45) ; 250 (1556) ; 344 (2019)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 novembre 1966, 1 BvR 173/6 (BVerfGE 20, 365)
 336 (2001)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 février 1967, 2 BvR 235/64, (BVerfGE 21, 139)
 251 (1570) ; 394 (2207) ; 403 (2251) ; 411 (2290) ; 455 (2527) ; 457 (2534) ; 458 (2537)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 juin 1967, 2 BvR 375, 53/60, 18/65 (BVerfGE 22, 49)
 278 (1694) ; 336 (2000) ; 411 (2287)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 17 octobre 1967, 1 BvR 760/64 (BVerfGE 22, 287)
 368 (2106)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 mai 1968, 2 BvR 544/63 (BVerfGE 23, 288)
 379 (2165) ; 380 (2177)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 mai 1968, 2 BvL 9, 10, 11/68 (BVerfGE 23, 321)
 336 (2001) ; 408 (2271)

C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 25 juin 1968, 2 BvR 251/63 (BVerfGE 24, 33)
282 (1711)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 juin 1968, 2 BvR 599, 677/67 (BVerfGE 24, 56)
446 (2480)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 1968, 2 BvL 6, 7, 8, 9/67 (BVerfGE 24, 155)
285

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 avril 1969, 2 BvR 115/69, (BVerfGE 25, 336)
288 (1747) ; 289 (1754)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 4 juin 1969, 2 BvR 343, 377, 333, 323/66 (BVerfGE 26, 141)
397 (2224)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 juin 1969, 2 BvR 518/66 (BVerfGE 26, 186)
295 (1778) ; 296 ; 392 (2190) ; 401 (2241)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 juillet 1969, 2 BvL 2/69 (BVerfGE 27, 18)
285 (1727)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 14 novembre 1969, 1 BvR 253/68 (BVerfGE 27, 211)
396 (2211)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 décembre 1969, 2 BvR 271, 342/68 (BVerfGE 27, 312)
411 (2286)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 26 janvier 1971, 2 BvR 443/69 (BVerfGE 30, 149)
457 (2534)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 janvier 1971, 2 BvR 507, 511/69 (BVerfGE 30, 165)
251 (1567) ; 485 (2641)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 255/69 (BVerfGE 31, 145)
483 (2629) ; 504 (2704)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 juin 1971, 2 BvR 114, 127/71 (BVerfGE 31, 181)
251 (1569) ; 474 (2587)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juillet 1971, 2 BvR 357/71 (BVerfGE 31, 295)
474 (2588)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 juin 1972, 1 BvR 105/63, 275/68, (BVerfGE 33, 247)
367 (2102)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1974, 2 BvR 147/70 (BVerfGE 38, 139)
397 (2226)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 3 décembre 1975, 2 BvL 7/74, (BVerfGE 40, 356)
237 (1464) ; 242 (1509)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 juin 1976, 2 BvR 948/75 (BVerfGE 42, 237)
380 (2173)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 7 décembre 1976, 1 BvR 460/72 (BVerfGE 43, 126)
452 (2515)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 juin 1977, 2 BvR 499/74, 1042/75 (BVerfGE 45, 142)
504 (2704) ; 520 (2748)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 mai 1978, 2 BvR 952/75 (BVerfGE 48, 246)
289 (1755)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mai 1978, 2 BvR 685/77 (BVerfGE 48, 300)
251 (1568) ; 297 (1794)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 1978, 2 BvR 831/76 (BVerfGE 49, 148)
345 (2026)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 janvier 1979, 1 BvR 174/78
345 (2027)

C. constit. féd. all., *Plenum*, décision du 11 juin 1980, 1 PBvU 1/79 (BVerfGE 54, 277)
289 (1754) ; 345

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 janvier 1981, 2 BvR 401, 606/76 (BVerfGE 55, 372)
397 (2224)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 5 février 1981, 2 BvR 646/80 (BVerfGE 57, 170)
378 (2157)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 juin 1981, 2 BvR 1107, 1124/77, 195/79 (BVerfGE 58,
1)
377 (2149)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 octobre 1981, 2 BvR 344/81 (NJW 1982, 29)
354 (2068)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 novembre 1981, 2 BvR 1058/79, (BVerfGE 59, 63)
368 (2110) ; 578 (3020)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 mars 1982, 2 BvH 1, 2/82, 2 BvR 233/82
(BVerfGE 60, 175)
392 (2191)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 janvier 1983, 2 BvR 964/82 (BVerfGE 63, 77)
485 (2641)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 janvier 1985, 2 BvR 128/84 (BVerfGE 69, 112)
316 (1899) ; 353 (2065)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 novembre 1985, 1 BvR 934/82 (BVerfGE 71, 162)
297 (1795)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 octobre 1986, 2 BvR 197/83 (BVerfGE 73, 339)
507-517

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 avril 1987, 2 BvR 687/85 (BVerfGE 75, 223)
380 (2174) ; 588

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 5 mai 1987, 1 BvR 1113/85 (BVerfGE 75, 318)
369 (2119)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 juin 1987, 1 BvR 1113/86 (BVerfGE 76, 93)
379 (2169)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 4 novembre 1987, 2 BvR 876/85 (NJW 1988, 2173)
546 (2857) ; 588 (3057)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 novembre 1987, 2 BvR 808/82 (NJW 1988, 1456)
546

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 février 1988, 2 BvR 702, 1106/84 (BVerfGE 78, 7)
288 (1749)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 21 juin 1988, 2 BvR 602/83 (BVerfGE 78, 331)
483 (2628)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 10 juillet 1989, 2 BvR 502, 1000, 961/86 (BVerfGE 80,
315)
378 (2158)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 31 mai 1990, 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87
(BVerfGE 82, 159)
242 (1510) ; 250 (1555) ; 546-547

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 juillet 1990, 1 BvR 984/87, (BVerfGE 82, 286)
238 (1474) ; 281 (1701) ; 289 (1753) ; 377 (2151)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 septembre 1991, 1 BvR 453/90
481 (2618)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 novembre 1991, 2 BvR 1642/91 (NVwZ 1992, 360)
521 (2753)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 novembre 1992, 1 BvR 137/92 (BVerfGE 87, 282)
249 (1551) ; 377 (2151) ; 379 (2167)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 22 décembre 1992, 2 BvR 557/88 (NVwZ 1993, 883)
551 (2881) ; 556 (2906)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 8 juin 1993, 1 BvR 878/90 (BVerfGE 89, 28)
475 (2594)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 octobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92 (BVerfGE 89,
155)
533, 603

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 14 juin 1994, 1 BvR 1022/88 (BVerfGE 91, 93)
289 (1752)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 août 1996, 2 BvR 115/95 (NJW 1996, 3333)
483 (2630)

C. constit. féd. all., plénum, décision du 8 avril 1997, 1 PBvU 1/95 (BVerfGE 95, 322)
284 (1719) ; 286 (1732) ; 288 (1746) ; 313 (1877) ; 314 (1882) ; 316-317 ; 319 (1917) ;
348 ; 350 ; 352 (2059)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 23 septembre 1997, 1 BvR 116/94 (NJW 1998, 369)
313 (1878) ; 403 (2252) ; 456 (2530)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 8 octobre 1997, 1 BvR 9/97 (BVerfGE 96, 288)
369 (2120)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 octobre 1997, 1 BvR 1644/94 (BVerfGE 97, 1)
314 (1886)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 31 août 1999, 1 BvR 1389/97 (NZA 1999, 1234)
340

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 mai 2000, 1 BvR 539/96 (BVerfGE 102, 122)
483 (2631)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99 (NJW 2001, 1267)
552 ; 556 (2907)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 février 2003, 2 BvR 709/99 (BVerfGE 107, 257)
396 (2211)

C. constit. féd. all., plénum, décision du 30 avril 2003, 1 PBvU 1/02 (BVerfGE 107, 395)
16 (105) ; 244 (1513) ; 370

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 juillet 2004, 1 BvR 801/04 (BVerfGK 3, 329)
353 (2063)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 juillet 2004, 1 BvR 1270/04 (BVerfGK 3, 331)
556 (2909)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04 (BVerfGE 111, 307)
578 (3016)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 9 novembre 2004, 1 BvR 684/98, (BVerfGE 112, 50)
555 (2894)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 16 février 2005, 2 BvR 581/03 (NJW 2005, 2689)
340 (2005) ; 355 (2071) ; 374 (2133)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 27 avril 2005, 1 BvR 223/05 (BVerfGK 5, 196)
522

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 mai 2005, 2 BvR 26/02 (NJW 2005, 2540)
314 (1884)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 2 juin 2005, 2 BvR 625, 638/01 (BVerfGK 5, 269)
358 (2079) ; 459 (2543) ; 473 (2585) ; 474 (2590)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 5 juillet 2005, 2 BvR 497/03 (NVwZ 2005, 1304)
456 (2529) ; 459 (2543)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 24 février 2006, 2 BvR 836/04 (BVerfGK 7, 325)
459 (2543)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 21 juin 2006, 2 BvL 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16,
18, 24, 25, 27, 32, 36, 39, 41, 46/06 (NVwZ-RR 2006, 667)
285 (1729)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 11 juillet 2006, 1 BvL 4/00 (BVerfGE 116, 202)
524 (2777)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juin 2007, 2 BvR 1447, 136/05 (BVerfGE 118, 212)
237 (1457) ; 289 (1751) ; 344 (2021)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 20 juin 2007, 2 BvR 746/07 (NJW 2007, 3563)
456 (2529)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 20 juillet 2007, 1 BvR 2228/06 (NJW 2007, 3771)
457 (2533) ; 459 (2546) ; 474 (2591)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 18 décembre 2007, 1 BvR 1273/07 (BVerfGK 13, 72)
446 (2481) ; 459 (2549)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 18 mars 2009, 2 BvR 229/09 (BVerfGK 15, 247)
355 (2070)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 juin 2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08,
182/09 (BVerfGE 123, 267)
578 (3015) ; 584 (3043)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 septembre 2009, 2 BvR 1229/05
344 (2018)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 25 février 2010, 1 BvR 230/09 (BVerfGK 17, 108)
547 (2863) ; 573 (2982) ; 577 (3013)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06 (BVerfGE 126, 286)
573 ; 577

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 novembre 2010, 1 BvR 2065/10 (ZUM 2011, 236)
573 (2982) ; 574 (2995)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 avril 2011, 1 BvR 2411/10 (NJW 2011, 2191)
474 (2590) ; 475 (2592)

C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10,
571/10 (BVerfGE 128, 326)
578 (3016)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 7 juin 2011, 1 BvR 2109/09 (BVerfGK 18, 460)
573 (2983)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 octobre 2011, 1 BvL 3/08 (BVerfGE 129, 186)
524

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 mai 2012, 2 BvR 610, 625/12 (NJW 2012, 2334)
16 (89) ; 406 (2266)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 25 juillet 2012, 2 BvR 615/11 (BVerfGK 20, 27)
481 (2615)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 1^{er} octobre 2012, 1 BvR 3046/11
555 (2900)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 12 décembre 2012, 1 BvR 69/09 (BVerfGK 20, 159)
574 (2995)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 12 décembre 2012, 2 BvR 1750/12 (BVerfGK 20, 164)
483 (2633)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 11 mars 2013, 1 BvR 2853/11 (NJW 2013, 1665)
404 (2254)

C. constit. féd. all., 2^e ch., arrêt du 19 mars 2013, 2 BvR 2628, 2883/10, (BVerfGE 133, 168) 403 (2251)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07 (BVerfGE 133, 277) 529

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 juillet 2013, 1 BvR 782/12 (NJW 2013, 3360) 481 (2619)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 28 janvier 2014, 2 BvR 1561/12 (BVerfGE 135, 155) 527-531 ; 547 ; 556 (2908)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 29 avril 2014, 2 BvR 1572/10 (NJW 2014, 2489) 586

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 16 décembre 2014, 1 BvR 2142/11 (BVerfGE 138, 64) 377 (2152) ; 583

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 15 janvier 2015, 1 BvR 499/12 (ZIP 2015, 542) 547 (2865)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 4 mars 2015, 1 BvR 3280/14 547 (2867)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 avril 2015, 2 BvR 35/12 (NVwZ-RR 2016, 166) 547 (2868)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 15 juin 2015, 1 BvR 1288/14 459 (2548)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 octobre 2015, 2 BvR 465/15 547 (2868)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 14 juillet 2016, 2 BvR 661/16 (NJW 2016, 3711) 394 (2205) ; 397 (2225)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 juillet 2016, 2 BvR 470/08 (NJW 2016, 3153) 547 (2869)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 septembre 2016, 1 BvR 1305/13, § 5 (NVwZ 2017, 53) 555 (2901)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 15 décembre 2016, 2 BvR 221/11 547 (2869)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 23 décembre 2016, 2 BvR 2023/16 (wistra 2017, 187) 353 (2066)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 17 janvier 2017, 2 BvR 2013/16 (NVwZ 2017, 470) 521

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 20 février 2017, 2 BvR 63/15 (NVwZ 2017, 615) 558 (2918)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 13 avril 2017, 1 BvR 1790/14 (NZS 2017, 711) 378 (2163)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 avril 2017, 1 BvR 1994/13 555 (2892)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 19 septembre 2017, 1 BvR 1928/17 521 (2757)

C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 28 septembre 2017, 1 BvR 1510/17 (NJW 2018, 40) 378 (2164)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 6 octobre 2017, 2 BvR 987/16 (NJW 2018, 606) 553 (2886)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 7 décembre 2017, 2 BvR 444/17 367 (2105)

C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 19 décembre 2017, 2 BvR 424/17 (BVerfGE 147, 364) 591 (3073)

- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 3 septembre 2018, 1 BvR 552/17
367 (2104)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 26 juin 2018, 2 BvR 1261/16 (NJW 2020, 905)
452 (2515)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 (BVerfGE 152, 152)
525
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 6 novembre 2019, 1 BvR 276/17 (BVerfGE 152, 216)
525
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 5 décembre 2019, 1 BvL 7/18 (BVerfGE 152, 332)
450 (2499)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 4 mars 2021, 2 BvR 1161/19 (NJW-RR 2021, 617)
588 (3063)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 1^{er} juillet 2021, 2 BvR 890/20 (NJW 2021, 2955)
481 (2616)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 11 novembre 2021, 2 BvR 1473/20 (NJW 2021, 3717)
394 (2204) ; 397 (2222)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 30 mars 2022, 2 BvR 2069/21 (NStZ-RR 2022, 222)
544 (2853) ; 548 (2871) ; 553 (2887) ; 590
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 20 avril 2022, 2 BvR 1713/21 (NStZ-RR 2022, 225)
531 (2805) ; 544 (2853) ; 548 (2870)
- C. constit. féd. all., 1^e ch., décision du 10 novembre 2022, 1 BvR 1623/17 (NJW 2023, 1282)
402 (2247)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 27 janvier 2023, 2 BvR 1122/22 (NStZ 2023, 627)
482 (2625)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 9 août 2023, 2 BvR 558/22
240 (1488) ; 374 (2132) ; 501 (2693) ; 518 (2743) ; 544 (2852)
- C. constit. féd. all., 2^e ch., décision du 8 novembre 2023, 2 BvR 1079/20
238 (1472) ; 368 (2112) ; 555 (2897) ; 588 (3063)

B. Juridictions suprêmes allemandes

- C. féd. de justice, décision du 28 septembre 1954, 5 StR 275/53 (BGHSt. 7, 23)
247 (1536)
- C. féd. de justice, décision du 13 juillet 1966, 2 StR 157/66 (BGHSt 21, 85)
446 (2480)
- C. féd. de justice, 6^e ch., arrêt du 3 mai 1977, VI ZR 24/75 (NJW 1977, 1590)
341 (2010)
- C. féd. de justice, décision du 27 janvier 1978, RiZ(R) 6/77 (DRiZ 1978, 185)
396 (2218)
- C. féd. de justice, décision du 5 mai 1994, VGS 1, 2, 3, 4/93 (BGHZ 126, 63)
313 (1877)
- C. féd. de justice, décision du 15 décembre 1994, I ZR 121/92 (NJW 1995, 1677)
475 (2595) ; 480 (2604)
- C. féd. de justice, arrêt du 19 décembre 1995, VI ZR 15/95 (BGHZ 131, 332)
341 (2011)
- C. féd. de justice, 9^e ch., décision du 13 mars 2003, IX ZB 134/02 (BGHZ 154, 200)
378 (2162)

- C. féd. de justice, 2^e ch., décision du 20 octobre 2003, II ZB 27/02 (BGHZ 156, 320)
378 (2162)
- C. féd. de justice, arrêt du 20 octobre 2003, II ZB 31/02 (NJW 2004, 163)
482 (2626)
- C. féd. de justice, décision du 14 juin 2005, 3 StR 446/04 (NJW 2005, 3434)
459 (2547)
- C. féd. de justice, décision du 10 août 2005, 5 StR 180/05 (BGHSt 50, 216)
459 (2547)
- C. féd. de justice, décision du 25 avril 2006, 3 StR 429/05 (NStZ 2006, 644)
459 (2547)
- C. féd. de justice, arrêt du 9 août 2006, 1 StR 50/06 (NJW 2006, 3290)
483 (2632)
- C. féd. de justice, arrêt du 27 février 2020, III ZB 61/19 (MDR 2020, 625)
482 (2627)
- Trib. adm. féd. all., décision du 16 avril 1997, 6 C 9.95 (NJW 1998, 323)
475 (2595)
- Trib. adm. féd. all., décision du 4 avril 2018, 3 B 45.16 (NVwZ 2019, 82)
356 (2074)
- C. féd. fin., décision du 16 juillet 1981, V B 51/80 (BFHE 133, 470)
505 (2712)
- C. féd. fin., décision du 25 avril 1985, V R 123/84 (BFHE 143, 383)
505 (2712)
- C. féd. fin., décision du 23 novembre 2011, IV B 30/10
356 (2073)
- Trib. féd. en matière sociale, décision du 24 octobre 2013, B 13 R 240/12 B
378 (2161)

II. Juridictions françaises

A. Conseil constitutionnel

- Cons. const., décision n° 59-1 L du 27 novembre 1959
302
- Cons. const., décision n° 61-14 L du 18 juillet 1961
303 (1843)
- Cons. const., décision n° 64-6 FNR du 22 mai 1964
303 (1841)
- Cons. const., décision n° 64-31 L du 21 décembre 1964
302 (1823)
- Cons. const., décision n° 65-33 L du 9 février 1965
302 (1825) ; 303 (1836)

Cons. const., décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967
 419 (2348)
 Cons. const., décision n° 70-40 DC du 9 juillet 1970
 416 (2311) ; 418 (2337)
 Cons. const., décision n° 73-56 DC du 23 juillet 1975
 260 ; 265 (1648) ; 303 (1838)
 Cons. const., décision n° 77-99 L du 20 juillet 1977
 302 (1826) ; 303 (1834)
 Cons. const., décision n° 80-113 L du 14 mai 1980
 303 (1837)
 Cons. const., décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980
 300 (1807) ; 414 ; 416
 Cons. const., décision n° 80-123 DC du 24 octobre 1980
 329 ; 419 (2349)
 Cons. const., décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981
 300 (1808)
 Cons. const., décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985
 265 (1647) ; 432 (2406) ; 433 (2424)
 Cons. const., décision n° 86-213 DC du 3 septembre 1986
 300 (1804) ; 433 (2424)
 Cons. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987
 257 (1597) ; 306
 Cons. const., décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988
 256 (1593)
 Cons. const., décision n° 89-266 DC du 9 janvier 1990
 301 (1812)
 Cons. const., décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990
 301 (1812)
 Cons. const., décision n° 91-165 L du 12 mars 1991
 421 (2355)
 Cons. const., décision n° 92-305 DC du 21 février 1992
 417 (2332) ; 419 (2347)
 Cons. const., décision n° 93-326 DC du 11 août 1993
 416 (2312)
 Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993
 16 (110)
 Cons. const., décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994
 16 (111)
 Cons. const., décision n° 94-355 DC du 10 janvier 1995
 419 (2347)
 Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996
 16 (112)
 Cons. const., décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999
 462
 Cons. const., décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001
 416 (2324)
 Cons. const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002
 302 (1824) ; 417 (2333)
 Cons. const., décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003
 418 (2338) ; 432 (2407) ; 433 (2427) ; 464

Cons. const., décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003
 419 (2343) ; 432 (2416)
 Cons. const., décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006
 419 (2347) ; 432 (2417)
 Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008
 417 (2335)
 Cons. const., décision n° 2008-566 DC du 9 juillet 2008
 416 (2318) ; 423 (2362)
 Cons. const., décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la
 procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de
 constitutionnalité
 449
 Cons. const., décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010
 418 (2336)
 Cons. const., décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010
 416 (2315) ; 432 (2414) ; 464 (2562)
 Cons. const., décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010
 414 (2309) ; 432 (2410)
 Cons. const., décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011
 414 (2308) ; 432 (2411) ; 464 (2563)
 Cons. const., décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011
 432 (2409) ; 433 (2431)
 Cons. const., décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011
 417 (2334) ; 433 (2422)
 Cons. const., décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012
 463
 Cons. const., décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012
 432 (2408) ; 464 (2564)
 Cons. const., décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012
 465 (2566)
 Cons. const., décision n° 2012-286 QPC du 7 décembre 2012
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013
 416 (2316)
 Cons. const., décision n° 2013-352 QPC du 15 novembre 2013
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2014-399 QPC du 6 juin 2014
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014
 433 (2425)
 Cons. const., décision n° 2014-704 DC du 11 décembre 2014
 433 (2424)
 Cons. const., décision n° 2014-438 QPC du 16 janvier 2015
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2015-457 QPC du 20 mars 2015
 418 (2336) ; 432 (2413) ; 464 (2565)

Cons. const., décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016
 432 (2418)
 Cons. const., décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017
 433 (2429)
 Cons. const., décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017
 462
 Cons. const., décision n° 2017-666 QPC du 20 octobre 2017
 432 (2413)
 Cons. const., décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017
 433 (2433)
 Cons. const., décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017
 416 (2312) ; 433 (2423)
 Cons. const., décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018
 416 (2317)
 Cons. const., décision n° 2018-704 QPC du 4 mai 2018
 433 (2421)
 Cons. const., décision n° 2018-756 QPC du 17 janvier 2019
 416 (2314)
 Cons. const., décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019
 417 (2328) ; 418 (2340) ; 433 (2432)
 Cons. const., décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019
 433 (2430)
 Cons. const., décision n° 2020-812 DC du 14 janvier 2021
 433 (2424)
 Cons. const., décision n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021
 433 (2419, 2431)
 Cons. const., décision n° 2021-927 QPC du 14 septembre 2021
 416 (2312)
 Cons. const., décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022
 416 (2317) ; 433 (2425)
 Cons. const., décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022 portant règlement intérieur sur la
 procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la
 Constitution
 449
 Cons. const., décision n° 2022-838 DC du 17 mars 2022
 416 (2317)
 Cons. const., décision n° 2022-999 QPC du 17 juin 2022
 269 (1665)
 Cons. const., décision n° 2022-1019 QPC du 27 octobre 2022
 461 (2551)
 Cons. const., décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023
 433 (2428) ; 452 (2520)
 Cons. const., décision n° 2023-1069/1070 QPC du 24 novembre 2023
 14
 Cons. const., décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024
 14
 Cons. const., décision n° 2024-6337 DR AN du 24 septembre 2024
 452
 Cons. const., décision n° 2024-6370 DR QPC AN du 24 septembre 2024
 452

B. Conseil d'État

- CE, arrêt du 15 juin 1825, n° 5481, *Théus c. Jacob*, publié au Lebon
359 (2080)
- CE, arrêt du 10 janvier 1861, n° 30966, *Commune de Plagne*, publié au Lebon
359 (2080)
- CE, arrêt du 13 mars 1925, n° 76.415, *Sieur Desreumeaux*, publié au Lebon
443 (2456) ; 480 (2606)
- CE, sect., arrêt du 24 juillet 1934, n° 32574, *Sieur Ducos*, publié au Lebon
427 (2372)
- CE, arrêt du 9 janvier 1952, n° 83522, *Sieur Sanisart*, publié au Lebon
471 (2581)
- CE, arrêt du 11 février 1953, n° 9685, *Société industrielle de produits chimiques Bozel-Maletra*,
publié au Lebon
480 (2606)
- CE, arrêt du 19 mai 1961, n° 40930, *Gianotti*, publié au Lebon
471 (2581)
- CE, ass., arrêt du 2 février 1962, n° 46950, *Beausse*, publié au Lebon
421 (2355)
- CE, Ass., arrêt du 2 mars 1962, n°s 55049, 55055, *Rubin de Servens*, publié au Lebon
302 (1827)
- CE, Ass., arrêt du 13 juillet 1962, n°s 51265, 51266, *Conseil national de l'ordre des médecins*
302 (1827)
- CE, Ass., arrêt du 19 octobre 1962, n° 58502, *Canal*
301 (1811) ; 305 (1849)
- CE, ass., arrêt du 19 juin 1964, n° 56714, 56721 à 56723, 56733, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, publié au Lebon
567 (2965)
- CE, arrêt du 16 mars 1966, n° 66213, *Paisnel*, publié au Lebon
444 (2463)
- CE, sect., arrêt du 30 juin 1967, n°s 57775, 57955, 57959, 57967, 57968, 57969, *Caisse de compensation de l'ORGANIC*
302 (1827)
- CE, sect., arrêt du 2 mars 1973, n° 84740, *Arbousset*, publié au Lebon
485 (2637)
- CE, arrêt du 29 octobre 1975, n° 83643, *Paisnel*, publié au Lebon
469 (2567)
- CE, sect., arrêt du 22 décembre 1978, n° 11604, *Cohn-Bendit*, publié au Lebon
567
- CE, sect., arrêt du 25 janvier 1980, n° 14260 à 14265, *Gadiaga*
488 (2663)
- CE, arrêt du 10 mars 1982, n° 34475, mentionné aux tables du Lebon
327
- CE, sect., arrêt du 5 avril 1996, n° 116594, *Syndicat des avocats de France*
488 (2664)
- CE, 4^e et 1^{er} ch. réunies, arrêt du 26 juillet 1996, n° 109263, inédit au Lebon
325 (1952)
- CE, arrêt du 2 octobre 1996, n° 158463, *Commune de Sartrouville*, mentionné aux tables Lebon
480 (2606)

CE, sect., arrêt du 7 janvier 1998, n° 163581, publié au Lebon
429 (2392)

CE, arrêt du 6 mars 1998, n°s 173546, 173549, 173550, *Ravet et autres*, mentionné aux tables
Lebon
480 (2607)

CE, ass., arrêt du 3 décembre 1999, n° 195512, *Leriche*
429 (2396)

CE, Ass., arrêt du 3 décembre 1999, n° 207434, *Didier*
429 (2396)

CE, Ass., arrêt du 3 décembre 1999, n° 197060, 197061, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, publié au Lebon
485 (2640)

CE, Ass., arrêt du 23 février 2000, n° 195715, *Société Labor Metal*
488 (2666)

CE, Ass., arrêt du 6 avril 2001, n° 206764, *SA Entreprise Razel Frères et Le Leuch*, publié au
Lebon
359 (2080) ; 429 (2395)

CE, ass., arrêt du 6 décembre 2002, n° 239540, *Maciolak*
471 (2580)

CE, 4^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 11 février 2004, n° 257682, publié au Lebon
598 (3114)

CE, sect., avis du 12 mai 2004, n° 265184, *Commune de Rogerville*
485 (2645) ; 486 (2650)

CE, référé, ord. du 22 juin 2004, n° 268076, mentionné aux tables du Lebon
261 (1615)

CE, 6^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 20 avril 2005, n° 261706, *Karsenty, Fondation d'Aguesseau*,
publié au Lebon
429 (2394)

CE, sect., arrêt du 22 avril 2005, n° 257406, *Magerand*
16 (113)

CE, 1^e et 6^e ch. réunies, arrêt du 22 avril 2005, n° 275106, *Aubert*, inédit au Lebon
566 (2961)

CE, sect., arrêt du 15 février 2006, n° 271022, publié au Lebon
261 (1628)

CE, sect., arrêt du 10 avril 2008, n° 296845, publié au Lebon
560 (2926)

CE, sect., arrêt du 12 octobre 2009, n° 311641, *M. Petit*
471 (2582)

CE, Ass., arrêt du 30 octobre 2009, n° 298348, *Madame Perreux*
535

CE, sect., arrêt du 7 mai 2010, n° 303168, publié au recueil Lebon
327 (1966)

CE, arrêt du 23 juillet 2010, n° 328463, publié au recueil Lebon
327 (1962)

CE, sect., avis du 23 mars 2012, n° 355151, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*
471 (2583)

CE, 8^e ch., arrêt du 5 avril 2012, n° 354885, *Commune de Saint-die-des-Vosges*
471 (2584)

CE, ass., arrêt du 30 juillet 2014, n° 358564, publié au Lebon
598 (3115)

CE, 6^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 26 juin 2015, n° 360212, mentionné aux tables du Lebon
535 (2818)

CE, 7^e ch., arrêt du 22 juin 2016, n° 395056, inédit au Lebon
566 (2962) ; 567

CE, 9^e et 10^e ch. réunies, arrêt du 18 janvier 2017, n° 387833, inédit au Lebon
566 (2962)

CE, 2^e et 7^e ch. réunies, arrêt du 30 janvier 2017, n° 394206, *Colombo*
486

CE, 9^e et 10^e ch. réunies, arrêt du 1^{er} avril 2022, n° 443882, *Kermadec*, publié au Lebon
567 (2971) ; 596

CE, 4^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 21 mars 2023, n° 456347
480 (2612)

CE, 10^e et 9^e ch. réunies, arrêt du 6 octobre 2023, n° 466523, mentionné aux tables du Lebon
261 (1628)

CE, 4^e et 1^e ch. réunies, arrêt du 13 octobre 2023, n° 459205
430 (2404)

CE, ass., arrêt du 15 avril 2024, n° 469719, *Département des Bouches-du-Rhône*
427 (2376) ; 430

CE, 6^e et 5^e ch. réunies, arrêt du 31 décembre 2024, n° 470134, inédit au Lebon
568 (2976) ; 599 (3116)

C. Cour de cassation

C. cass., ch. crim., arrêt du 8 octobre 1819, *Bull. crim.*, n° 110
444 (2460)

C. cass., ch. req., arrêt du 16 novembre 1826
176 (1089)

C. cass., ch. crim., arrêt du 30 juin 1832
178

C. cass., ch. crim., arrêt du 17 novembre 1832
178 (1106)

C. Cass., ch. req., arrêt du 17 février 1868
176 (1089)

C. cass., ch. req., arrêt du 25 février 1879
176 (1086)

C. cass., ch. crim., arrêt du 23 mai 1885
176 (1085)

C. cass., ch. req., arrêt du 26 décembre 1899
176 (1089)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 19 novembre 1975, *Bull. civ. II*, n° 259
446 (2476)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 3 juillet 1985, *Bull. civ. II*, n° 133
485 (2637)

C. cass., ch. crim., arrêt du 21 août 1990, *Bull. crim.*, n° 305
481 (2613)

C. cass., ch. crim., arrêt du 4 décembre 1990, n° 90-84.461
328 (1967)

- C. cass., ch. crim., arrêt du 16 mai 1991, n° 89-82.396, *Bull. crim.*, n° 210
538 (2839)
- C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 5 novembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 294
446 (2477)
- C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 16 juin 1992, n° 90-15.918
261 (1622)
- C. cass., ch. com., arrêt du 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 342
482 (2622)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 3 janvier 1994, n° 93-84.567
328 (1968)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 5 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 264
482 (2624)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 6 mai 1996, n° 95-81.766, *Bull. crim.*, n° 187
487 (2658)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 13 novembre 1996, *Bull. crim.*, n° 402
487 (2660)
- C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 28 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 155
470 (2570)
- C. cass., ass. plén., arrêt du 6 novembre 1998, n° 94-17.709
486
- C. cass., ass. plén., arrêt du 6 novembre 1998, n° 95-11.006
486
- C. cass., ch. soc., arrêt du 18 novembre 1998, n° U 94-43.840
480 (2608)
- C. cass., ch. soc., arrêt du 17 décembre 1998, n° 97-15.389
429 (2393, 2397)
- C. cass. ass. plén., arrêt du 5 février 1999, n° 437 P, *COB c. Oury et autre*
485 (2638)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 191
482 (2620)
- C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 11 septembre 2003, *Bull. civ. II*, n° 258
480 (2611)
- C. cass., ass. plén., arrêt du 11 juin 2004, *Bull. Ass. plén.* n° 1
470 (2572)
- C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 24 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 325
481 (2617)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 29 septembre 2004, *Bull. crim.* n° 226
470 (2572)
- C. cass. 2^e ch. civ., arrêt du 15 décembre 2005, *Bull. civ. II*, n° 328
446 (2477)
- C. cass., ass., arrêt du 7 avril 2006, *Bull. ass. plén.*, n° 3
16 (113)
- C. cass., ch. crim., arrêt du 26 juillet 2006, n° 06-83.965
470 (2571)
- C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 14 septembre 2006, *JCP* 2006. II. 10189
429 (2398)
- C. cass., 3^e ch. civ., arrêt du 4 juillet 2007, n° 06-13.738
481 (2613)
- C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 14 février 2008, *D.* 2008, p. 622
470 (2572)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 18 décembre 2008, n° 08-11.438
538 (2839)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 10 septembre 2009, n° 08-14.004
485 (2643)

C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 8 mars 2012, n° 11-24.638
261 (1629)

C. cass., ch. soc., arrêt du 16 octobre 2013, n° 12-15.049
535 (2819)

C. cass., ch. crim., arrêt du 17 décembre 2014, n° 13-86.686
566

C. cass., ch. com., arrêt du 8 avril 2015, n° 14-10817
470 (2572)

C. cass., ch. crim., arrêt du 8 juillet 2015, n° 15-81.731
566 (2962)

C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 12 novembre 2015, n° 14-17.146
598

C. cass., ch. crim., arrêt du 17 novembre 2015, n° 12-88.248
470 (2571)

C. cass., ch. crim., arrêt du 9 décembre 2015, n° 15-80.369
470 (2574)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 9 mai 2018, n° 17-15.157
599 (3116)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 26 septembre 2019, n° 17-13.035
470 (2576)

C. cass., 1^e ch. civ., arrêt du 5 février 2020, n° 19-11.864
261 (1629)

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 23 mars 2023, n° 21-13.093
328 (1971)

C. cass., ch. crim., arrêt du 28 mars 2023, n° 22-82.032
359 (2080)

C. cass., 2^e ch. civ., sect., arrêt du 23 novembre 2023, pourvoi n° 21-21.631
261

C. cass., 2^e ch. civ., arrêt du 28 mars 2024, n° 22-20.599 (n° 292 F-B)
485 (2642)

III. Juridictions européennes

A. Commission et Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, plén., arrêt du 21 février 1975, requête n° 4451/70, *Golder c. Royaume-Uni*
3 (15)

Comm. EDH, arrêt du 12 octobre 1978, requête n° 7360/76, *Zand c. Autriche*
231 (1423) ; 285 (1722)

CEDH, arrêt du 23 juin 1981, requêtes n° 6878, 7238/75, *Le Compte, Van Leuven, De Meyere c. Belgique*
 400 (2237) ; 470 (2573)
 CEDH, arrêt du 1^{er} octobre 1982, requête n° 8692/79, *Piersack c Belgique*
 428 ; 487
 CEDH, arrêt du 10 février 1983, requête n° 7299/75, *Albert et Le Compte c. Belgique*
 470 (2575)
 CEDH, arrêt du 26 octobre 1984, requête n° 9186/80, *De Cubber c. Belgique*
 487 (2654)
 CEDH, arrêt du 23 octobre 1985, requête n° 8848/80, *Bentham c. Pays-Bas*
 400 (2237)
 CEDH, arrêt du 29 avril 1988, requête n° 10328/83, *Belilos c. Suisse*
 400 (2237)
 CEDH, plén., arrêt du 24 mai 1989, requête n° 10486/83, *Hauschildt c. Danemark*
 487
 CEDH, plén., arrêt du 23 mai 1991, requête n° 11662/85, *Oberschlick c. Autriche*
 485 (2636)
 CEDH, arrêt du 27 août 1991, requête n° 13057/87, *Demicoli c. Malte*
 400 (2237)
 CEDH, plén., arrêt du 30 octobre 1991, requête n° 12005/86, *Borgers c. Belgique*
 487 (2657)
 Comm. EDH, décision du 12 mai 1993, requête n° 20631/92, *Divagsa c. Espagne*
 561 (2931)
 CEDH, arrêt du 23 juin 1993, requête n° 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Espagne*
 448
 CEDH, arrêt du 24 août 1993, requête n° 13924/88, *Nortier c. Pays-Bas*
 485 (2646)
 CEDH, arrêt du 22 avril 1994, requête n° 15651/89, *Saraiva de Carvalho c. Portugal*
 485 (2646)
 CEDH, arrêt du 24 novembre 1994, requête n° 15287/89, *Beaumartin c. France*
 429 (2390)
 CEDH, arrêt du 26 avril 1995, requête n° 15974/90, *Prager et Oberschlick c. Autriche*
 16 (89)
 CEDH, arrêt du 28 septembre 1995, requête n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg*
 453 (2526) ; 488
 CEDH, gr. ch., arrêt du 20 février 1996, requête n° 15764/89, *Lobo Machado c. Portugal*
 487 (2657)
 CEDH, gr. ch., arrêt du 20 février 1996, requête n° 19075/91, *Vermeulen c Belgique*
 487 (2657)
 CEDH, arrêt du 8 juin 1999, requête n° 31993/96, *Predil Anstalt S.A. c. Italie*
 561 (2936) ; 562 (2939)
 CEDH, arrêt du 7 août 1996, requête n° 19874/92, *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*
 487 (2660)
 CEDH, arrêt du 16 septembre 1999, requête n° 29569/95, *Buscemi c. Italie*
 481 (2614)
 CEDH, arrêt du 22 juin 2000, requêtes nos 32492, 32547, 32548, 33209 et 33210/96, *Coëme e.a. c. Belgique*
 231 (1423) ; 539 (2846) ; 561 (2929)
 CEDH, arrêt du 16 novembre 2000, requête n° 39676/98, *Rojas Morales c. Italie*
 487 (2660)

CEDH, arrêt du 7 juin 2001, requête n° 39594/98, *Kress*
 429 (2391)
 CEDH, arrêt du 24 janvier 2002, requête n° 40028/98, *Delage et Magistrello c. France*
 482 (2622)
 CEDH, arrêt du 5 novembre 2002, requête n° 32576/96, *Wynen c. Belgique*
 539 (2846) ; 561 (2929)
 CEDH, arrêt du 28 novembre 2002, requête n° 58442/00, *Lavents c. Lettonie*
 231 (1422) ; 278 (1691) ; 311 (1869) ; 481 (2614)
 CEDH, arrêt du 13 février 2003, requête n° 49636/99, *Chevrol c. France*
 429 (2390)
 CEDH, arrêt du 15 juillet 2003, requête n° 33400/96, *Ernst et a. c. Belgique*
 539 (2846) ; 561 (2929)
 CEDH, gr. ch., arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus c. Irlande*
 560
 CEDH, arrêt du 5 juillet 2005, requête n° 55929/00, *Loyen e.a.*
 429 (2391)
 CEDH, arrêt du 12 avril 2006, requête n° 58675/00, *Matinie c. France*
 429 (2391)
 CEDH, arrêt du 13 février 2007, requête n° 15073/03, *John c. Allemagne*
 562 (2939, 2944)
 CEDH, arrêt du 15 janvier 2008, n° 17056/06, *Micallef c. Malte*
 428 (2388)
 CEDH, arrêt du 8 décembre 2009, requête n° 54193/07, *Herma c. Allemagne*
 561 (2936) ; 562 (2939)
 CEDH, arrêt du 5 octobre 2010, requête n° 19334/03, *DMD Group, A.S. c. Slovaquie*
 310 (1862) ; 331 (1983)
 CEDH, arrêt du 3 mai 2011, requête n° 30024/02, *Sutyagin c. Russie*
 331 (1983)
 CEDH, arrêt du 20 septembre 2011, requêtes nos 3989/07, 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*
 561-562
 CEDH, arrêt du 10 avril 2012, requête n° 4832/04, *Vergauwen e.a. c. Belgique*
 561-562
 CEDH, arrêt du 6 décembre 2012, requête n° 12323/11, *Michaud c. France*
 560
 CEDH, arrêt du 20 juin 2013, requête n° 14497/06, *Wallishauser c. Autriche (n° 2)*
 562 (2944)
 CEDH, arrêt du 26 novembre 2013, requête n° 6459/07, *Krikorian c. France*
 562 (2946)
 CEDH, arrêt du 8 avril 2014, requête n° 17120/09, *Dhahbi c. Italie*
 562 ; 563 ; 598 (3105)
 CEDH, arrêt du 21 juillet 2015, requête n° 38369/09, *Schipani c. Italie*
 562 ; 563 ; 598 (3105)
 CEDH, arrêt du 9 mai 2017, requêtes n°s 29382/16, 489/17, *Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikon et Karagiorgos c. Grèce*
 562 (2945)
 CEDH, arrêt du 24 avril 2018, requête n° 55385/14, *Baydar c. Pays-Bas*
 561 (2937) ; 562 (2939, 2944)
 CEDH, arrêt du 11 avril 2019, requête n° 50053/16, *Harisch c. Allemagne*
 562 (2946)

CEDH, arrêt du 16 avril 2019, requête n° 55092/16, *Baltic Master LTD c. Lituanie*
598 (3106)
CEDH, arrêt du 30 avril 2019, requête n° 70750/14, *Repcevirág Szövetkezet c. Hongrie*
562 (2947)
CEDH, arrêt du 13 février 2020, requête n° 25137/16, *Sanofi Pasteur c. France*
563 ; 598

B. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, arrêt du 15 juillet 1963, aff. 25/62, *Plaumann*
516 (2742)
CJCE, arrêt du 1^{er} décembre 1965, aff. C-16/65, *Firma Schwarze*
495 (2672)
CJCE, arrêt du 16 janvier 1974, aff. C-166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf*
532 (2810)
CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*
284 (1716) ; 567 (2968)
CJCE, arrêt du 3 février 1977, aff. C-52/76, *Benedetti*
532 (2807)
CJCE, arrêt du 24 mai 1977, aff. C-107/76, *Hoffmann La Roche*
521 (2752)
CJCE, arrêt du 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal*
495 (2674)
CJCE, ord. du 18 octobre 1979, aff. 40/70, *Sirena*
537 (2833)
CJCE, arrêt du 6 mai 1982, aff. C-126/81, *Wünsche Handelsgesellschaft*
508 (2720)
CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, aff. C-283/81, *Cilfit*
521 ; 535 (2815) ; 537 (2829)
CJCE, arrêt du 27 octobre 1982, aff. C-35/82, *Morson et Jhanjan*
521 (2754)
CJCE, arrêt du 22 février 1984, aff. C-70/83, *Kloppenburg*
588 (3060)
CJCE, arrêt du 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston*
3 (16)
CJCE, arrêt du 27 juin 1991, aff. C-348/89, *Mecanarte – Metalúrgica da Lagoa Lda*
523 (2768)
CJCE, 6^e ch., arrêt du 4 mai 1995, aff. C-7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen / Gaal*
318
CJCE, arrêt du 5 mars 1996, aff. C-46/93, *Brasserie du Pêcheur*
595 (3082)
CJCE, arrêt du 5 mars 1996, aff. C-48/93, *Factortam*
595 (3082)
CJCE, ord. du 28 avril 1998, aff. C-116/96 REV, *Reisebüro Binder GmbH*
537 (2832)

CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-50/00P, *Union de Pequenos Agricultores (UPA)*
516 (2742)

CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Köbler*
583 (3036) ; 595

CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, aff. C-129/00, *Commission c. Italie*
597 (3095)

CJCE, arrêt du 12 novembre 2009, aff. C-154/08, *Commission c. Espagne*
597 (3096)

CJUE, ord. du 12 février 2010, aff. C-408/09, *Municipio de Barcelos*
537 (2832)

CJUE, gr. ch., arrêt du 22 juin 2010, aff. C-188, 189/10, *Melki et Abdeli*
523 ; 592 (3077)

CJUE, gr. ch., arrêt du 15 janvier 2013, aff. C-416/10, *Jozef Križan*
592 (3077)

CJUE, gr. ch., arrêt du 26 février 2013, aff. C-617/10, *Akerberg Fransson*
525 (2782) ; 529

CJUE, ass. plén., avis du 18 décembre 2014, avis 2/13
495 (2677) ; 536

CJUE, arrêt du 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva*
595 (3085)

CJUE, arrêt du 20 décembre 2017, aff. C-322/16, *Global Starnet Ltd*
523 (2768)

CJUE, gr. ch., arrêt du 27 février 2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*
2 (6)

CJUE, gr. ch., arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16, *Achmea BV*
536 (2828)

CJUE, arrêt du 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c. France*
597

CJUE, gr. ch., arrêt du 11 décembre 2018, aff. C-493/17, *Weiss e.a.*
18 (130)

CJUE, gr. ch., arrêt du 24 juin 2019, aff. C-619/18, *Commission c. Pologne*
536 (2828)

CJUE, arrêt du 29 juillet 2019, aff. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*
595 (3083)

CJUE, gr. ch., arrêt du 21 janvier 2020, aff. C-274/14, *Banco de Santander SA*
2 (6)

CJUE, gr. ch., arrêt du 15 juillet 2021, aff. C-791/19, *Commission c. Pologne*
2 (6)

CJUE, gr. ch., arrêt du 6 octobre 2021, aff. C-561/19, *Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi*
537 ; 568 ; 576 (3004)

CJUE, gr. ch., arrêt du 21 décembre 2023, aff. C-718/21, *L. G. c. Krajowa Rada Sądownictwa*
2 (7)

CJUE, arrêt du 18 juin 2024, aff. C-352/22, *Generalstaatsanwaltschaft Hamm*
590 (3071)

INDEX THÉMATIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes.

A

Absolutisme

- Monarchique, 50, 87, 115, 168
- Judiciaire, 12, 25, 26, 43, 44
- Souverain absolu, 42, 45, 63, 70, 79, 81, 82, 95, 120, 121, 197

Arbitraire,

- Pouvoir, 60, 63, 64, 102, 108
- Critère de l'absence d'arbitraire, 249, 372s, 376, 380, 474, 489, 544s, 556, 562, 571, 573, 576, 581, 585

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 76

C

Cahier(s) de doléances, 90-91, 94, 105, 109, 111, 113, 130, 132, 152

Commissaires, 33, 35, 50-51, 55, 64, 162, 175

Commission(s) extraordinaire(s), 33-35, 39, 47, 50, 64, 74, 89, 92, 184, 205

Compétence

- Origine légale 76, 238, 280
- Niveau de précision, 13, 226, 231, 234, 279 et s., 283, 300

Confiance

- Dans la justice, 4, 16s, 46, 109, 196, 225, 233, 237, 250, 286, 406, 426, 438, 452
- Dans la loi/le législateur, 51, 137, 171-172

Conseil d'État, 164, 169, 174s, 261, 302, 324, 327, 359, 422-423, 427, 429s, 444, 469-471, 480, 485-486, 535, 566-568, 596-599

Cour de cassation, 157, 176-178, 261, 302s, 321-323, 328, 429, 444, 469-471, 480-482, 485-487, 563, 566-568, 598s

Cour de justice de l'Union européenne, 2, 18, 498 et s., 535 et s.

Culture juridique, 17, 23, 127, 139, 145, 223s, 411, 605s

D

Droit au juge, 3-4

Droit à un recours, 3, 16

Droit au juge légal /naturel (définition), 5-7

Droit au procès équitable, 6, 231, 387, 403, 428, 430, 509, 568

Droits procéduraux, 16, 238, 253

E

Égalité devant la justice, 135, 137, 247, 260, 265-270, 300s

Égalité devant la loi, 14, 193, 265, 518

Élections des juges, 148-151, 155, 157s

État de droit

- Allemagne, 9-17, 204s, 250
- Crise de, 1-2, 225
- Histoire, 180 et s., 204 et s.

États généraux, 32-38, 46, 91
Évocations, 34s, 47, 53, 55, 74, 88-89, 93, 111, 138s

I

Impartialité (principe), 8, 387s, 403, 412, 426-434
Inamovibilité, 159, 175, 395, 419, 421s
Indépendance de la justice (principe), 1, 157, 170, 174s, 197, 201, 204, 213, 233, 237, 412, 416
Indépendance du juge, 196, 395-397

J

Juge naturel
- Définition, 5-7, 12-13
Juge unique, 14, 260, 316, 319, 345
Juré, 14, 67, 151, 160-161, 172, 204, 351
Juridiction(s) d'exception, 28, 155, 161-163, 170-173, 177, 184, 188-191, 210, 214, 231, 267, 291, 301
Jury d'assises, V. Juré
Justice locale, 27, 30, 66-70
Justice retenue, 28, 37, 45-55, 60, 189-191, 200-201

L

Loi,
- Légicentrisme, 137-139
- Réserve de loi, 6, 13, 168, 187, 199-203, 219, 231, 260, 281, 291, 295, 302-305
Loi des 16 et 24 août 1790, 128, 143 et s., 255-258, 260, 265
Lois fondamentales du Royaume, 85s, 90, 94, 107-108

M

Monarchie limitée, 168s, 183, 187, 202

O

Ordonnance de roulement, 270, 321-332
Ordre naturel des juridictions, 87-88

P

Pairs, 14, 26, 33, 42, 67, 89, 107, 110, 132, 134, 151, 158
Plans de répartition des affaires, 212, 217, 233-235, 308, 333, 347s, 372, 403, 456, 605
Privilège(s) de juridiction, 13, 34-35, 42-43, 56, 91, 129, 131-136, 206s, 260, 267
Professionnalisation de la justice, 118, 124, 142-151, 158
Protection(s) juridictionnelle(s), V. Protection(s) juridique(s)
Protection(s) juridique(s), 16, 195, 196, 208, 244-245, 250, 368, 549, 587

R

Recours constitutionnel individuel contre les jugements, 10, 17, 240, 251, 344, 364-370, 396, 404, 408, 460, 473, 522, 528
Renvoi préjudiciel
- Distinction entre obligation et faculté, 520s
- Exonération de l'obligation par les critères Cilfit, 554, 562, 568, 576
- Obligation de motivation, 556-558, 561-562, 564, 587, 592
- Sanction supranationale, 563, 597, 598

Remontrances, 53, 89, 106-108

S

Schöffen, V. Juré

T

Termes juridiques indéterminés (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), 288, 314, 345, 352

Tribunal établi par la loi, 2, 5-6, 231, 311, 561

ANNEXE : DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG DER DISSERTATION

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

1. Teil: Die historische Entwicklung des Rechts auf den gesetzlichen Richter: der Versuch, die Zuständigkeit der Richter gegenüber der Exekutive zu schützen

§ 1: Ähnliche Forderungen in Europa gegen den monarchischen Absolutismus (15. – 18. Jahrhundert)

- A. Die Zentralisierung der Justiz durch die monarchische Macht als Ursprung der Forderungen nach einem Recht auf den natürlichen oder gesetzlichen Richter
- B. Das Argumentationsschema der Forderungen gegen den monarchischen Justizabsolutismus

§ 2: Die unterschiedlichen Entwicklungen der Garantie in Frankreich und Deutschland (19. Jahrhundert)

- A. Das schrittweise Verschwinden des Rechts auf den natürlichen Richter im französischen Recht des 19. Jahrhunderts
- B. Die wachsende Bedeutung des Richters und des Rechts auf den gesetzlichen Richter im Deutschland des 19. Jahrhunderts: Eine parallele Entwicklung zu der des Rechtsstaats

2. Teil: Das Recht auf den gesetzlichen Richter in zeitgenössischen nationalen Rechten – eine vergleichende Perspektive

§ 1: Die Besonderheit des Rechts auf den gesetzlichen Richter in Deutschland: die Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten

- A. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur eindeutigen Vorbestimmung des zuständigen Richters
- B. Die variable verfassungsrechtliche Kontrolle der Zuständigkeitsverteilung

§ 2: Die Annäherungen zwischen Frankreich und Deutschland bei den Eigenschaften des gesetzlichen Richters: die Einhaltung der Regeln der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

- A. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters als Grundprinzipien
- B. Die notwendige Garantie der effektiven Unparteilichkeit des Richters: Die Regeln über Absetzung und Ablehnung

Schluss: Die Handhabung des Rechts auf den gesetzlichen Richter in einer europäischen Perspektive: die Achtung der Vorabentscheidungskompetenz des EuGH

§ 1: Der EuGH als gesetzlicher Richter in der deutschen Rechtsordnung

§ 2: Der Umfang der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht

Schluss

EINLEITUNG

Nach Artikel 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) sind die Werte, auf die sich die Union gründet, „die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören“. In diesem zeitgemäßen Verständnis vom Rechtsstaat wird nicht nur die rechtliche Begrenzung der Staatsgewalt gefordert, sondern auch ein wirksamer Schutz der individuellen Grundrechte und -freiheiten. Dieser Wert wird heute jedoch angegriffen. Was heute gemeinhin als „Krise der Rechtsstaatlichkeit“ bezeichnet wird, bezieht sich auf die Einführung einer sicherheitsorientierten und autoritären Politik durch populistische oder nationalistische Regierungen, wodurch einige grundlegende Strukturen der Rechtsstaatlichkeit untergraben werden. Insbesondere sind die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Unabhängigkeit der Justiz davon betroffen. Dies wird am Beispiel Polens deutlich: Die populistische Partei *PiS* hat ab 2017 die Neuordnung des Rechtssystems im Sinne einer Kontrolle der Justiz und der Richter durch die Staatsmacht vorgenommen. Die Rolle der Staatsmacht bei der Auswahl der Richter stellt somit eine „Stellschraube im Rechtsstaat“ dar³¹²⁰. Dies zeigt, wie wichtig die Unabhängigkeit der Justiz und die rechtliche Ausgestaltung der Gerichtsorganisation im Rahmen einer umfassenderen Perspektive eines demokratischen, liberalen Staates sind. In dieser Hinsicht scheinen die Unabhängigkeit der Justiz und das demokratische Funktionieren der Gesellschaft stark miteinander verbunden zu sein. Übrigens hat das deutsche Bundesverfassungsgericht kürzlich festgestellt, dass „ein Blick über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinaus zeigt, dass sich autokratische Bestrebungen auch und gerade gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit als Garantin einer freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung richten können“³¹²¹.

Diese Angriffe zeigen das Bedürfnis nach Kontrolle und Schutz der Ausübung der rechtsprechenden Gewalt und insbesondere das Bedürfnis, so objektiv und genau wie möglich zu gewährleisten, dass die Rechtsprechung den Gerichten und Richtern zugewiesen wird, die durch Gesetze und Verordnungen bestimmt werden und die Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einhalten. Dieses Bedürfnis hat zu verschiedenen Arten von grundlegenden Garantien geführt. Die erste Rechtsprechungsgarantie ist das Recht auf einen (wirksamen) gerichtlichen Rechtsbehelf. Auf europäischer Ebene wird es von dem Europäischen Gerichtshof

³¹²⁰ Nußberger, in: Urbanik/Bodnar (Hrsg.), Law in a Time of Constitutional Crisis, 2021, S. 529.

³¹²¹ BVerfG, Stellungnahme v. 11.9.2024 (Pressemitteilung Nr. 75/2024 v. 12.9.2024).

für Menschenrechte (EGMR) seit seinem Urteil *Golder* aus dem Jahr 1975 und von dem Gerichtshof der Europäischen Union seit seinem Urteil *Marguerite Johnston* aus dem Jahr 1986 geschützt. Neben dem Zugang zum Richter haben sich auch andere Garantien entwickelt, die mit der Durchführung oder der Strukturierung des Gerichtsverfahrens zusammenhängen, neben spezifischen Garantien, die mit dem Strafrecht verbunden sind (Gesetzmäßigkeit von Straftaten und Strafen, Unschuldsvermutung, Verteidigungsrechte, Grundsatz *ne bis in idem*). Neben den Anforderungen an das Verfahren (Fairness, Waffengleichheit, Wahrung des kontradiktorischen Verfahrens, angemessene Frist) scheinen die Garantien für den Richter selbst von größter Bedeutung zu sein. Mehr als ein Recht auf einen Richter muss jedem der Zugang zu einem „guten Richter“ garantiert werden. Dieser erscheint in der Tat als Hüter der individuellen Rechte und Freiheiten und als Instrument zur Verwirklichung des Rechtsstaats. Es ist daher nicht inkonsequent, ihn mit einer Reihe von Garantien zu versehen. Zunächst ist die Unabhängigkeit des Richters Teil des Vertrauens, das die Legitimität der Justiz begründet. Zweitens ist seine Zuständigkeit ein wichtiger Faktor für die Bürger und die Glaubwürdigkeit der Justiz. Aus diesen Anliegen leitet sich ein subjektives Recht ab: das Recht auf den gesetzlichen Richter.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist in Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verankert, der besagt: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“. Es handelt sich um ein zentrales Verfahrensrecht im deutschen Recht, das aus einer alten Verfassungstradition hervorgegangen ist. Seit der Paulskirchenverfassung 1849 ist es immer wieder in deutschen Verfassungs- und Gesetzestexten verankert worden. Die historische Bedeutung des Rechts auf den gesetzlichen Richter ist die Garantie, dass kein äußerer Einfluss in die Justiz eingreift. Es handelt sich also in erster Linie um ein Abwehrrecht gegen Eingriffe in die richterliche Gewalt. Im weiteren Sinne enthält das Recht auf den gesetzlichen Richter auch die positive Pflicht zur möglichst genauen Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeiten. Seit dem Grundgesetz 1949 hat das Bundesverfassungsgericht ein extensives Verständnis dieses Verfahrensrechts entwickelt und ihm eine materielle Dimension hinzugefügt: Der gesetzliche Richter ist nicht nur der Richter, dessen Zuständigkeiten im Gesetz festgelegt sind, sondern auch der Richter, der „in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes“ entspricht (insbesondere den Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit). Eine Erklärung für die extensive Auslegung dieses Rechts durch das Bundesverfassungsgericht ist die bestehende Urteilsverfassungsbeschwerde. Dieser Rechtsbehelf ermöglicht es Einzelpersonen, die Verfassungsmäßigkeit einer Gerichtsentscheidung mit den Grundrechten oder gleichwertigen Garantien – zu denen das

Recht auf den gesetzlichen Richter gehört – anzufechten. Das hat dem Bundesverfassungsgericht ermöglicht, die Einhaltung der richterlichen Zuständigkeiten und der Unabhängigkeitsregeln von den Richtern selbst zu verlangen und so das garantierte Schutzniveau zu erhöhen. In dieser Hinsicht ist die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts im deutschen Verfassungssystem hervorzuheben. Generell verdankt das Bundesverfassungsgericht seine zentrale Stellung in der deutschen Verfassungs- und Rechtsordnung vor allem dem Umstand, dass es sich nicht auf eine abstrakte Auslegung der Grundrechte beschränkt, sondern über deren konkrete Anwendung in Einzelfällen, die ihm im Wege der Individualverfassungsbeschwerde vorgelegt werden, entscheidet. Die Bedeutung, die dem Gericht beigemessen wird, zeigte sich erst kürzlich in der Verfassungsreform vom 20. Dezember 2024, in der die Vorschriften über seinen Status verfassungsrechtlich verankert wurden und das Gericht als „ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof“ bezeichnet wurde. Aufgrund seines Status und seiner Befugnisse, auch wenn es formal kein Oberstes Gericht ist, das hierarchisch über den ordentlichen Gerichten steht, genießt es eine unbestreitbare Autorität, die es ihm ermöglicht, den Grundrechten eine breite und zugleich tiefe Wirkung zu verleihen. Gerade im Hinblick auf das Recht auf den gesetzlichen Richter verfügt dieses Verfassungsgericht somit über die nötige Stärke und Legitimität, um allen deutschen Gerichten die korrekte Anwendung des extensiv interpretierten Rechts auf den gesetzlichen Richter aufzuzwingen. Im Übrigen ist der deutsche Entwicklungsstand des Rechts auf den gesetzlichen Richter im Allgemeinen nur mit Systemen vergleichbar, in denen es auch ein Verfahren gibt, bei dem Einzelpersonen direkt das Verfassungsgericht anrufen können, um die Verfassungsmäßigkeit einer gerichtlichen Entscheidung in Frage zu stellen. Dies ist beispielsweise in Spanien der Fall: Das spanische Verfassungsgericht kann über die Verfassungsmäßigkeit von Gerichtsentscheidungen (*Amparo*-Klage – Art. 44 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 2/1979 über das Verfassungsgericht) im Hinblick auf das Recht auf den natürlichen Richter, das in Art. 24 der spanischen Verfassung verankert ist, entscheiden.

Das Recht auf den *natürlichen* Richter wäre auch das französische Pendant zu der deutschen Garantie des gesetzlichen Richters. Es ist jedoch eher Rechtshistorikern als Verfassungs- oder Staatsrechtlern bekannt. Es wurde erstmals in Artikel 17 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 verankert und dann in verschiedenen französischen Verfassungstexten bis hin zur Verfassung der Zweiten Republik 1848 aufgegriffen. Seitdem ist es nicht mehr normiert, was Zweifel an seiner Existenz im positiven Recht aufkommen lässt. Der Begriff

„Recht auf den natürlichen Richter“ existiert in der Verfassungsrechtsprechung nicht und die Entscheidungen des französischen Verfassungsrates (*Conseil constitutionnel*), die im Rahmen der wenigen Studien zu diesem Thema zitiert werden, beziehen sich lediglich auf den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor der Justiz. Der Ausdruck „natürlicher Richter“ wird von einem Teil der Literatur, insbesondere der prozessualistischen Lehre, weiterhin als Synonym für „zuständiger Richter“ verwendet. Der natürliche Richter ist „naturgemäß der Richter des betreffenden Rechtsstreits“, „der Richter, zu dem jeder Rechtsuchende, unabhängig von seiner Situation, Zugang haben muss“. Dieser Ausdruck bezieht sich nicht auf die Natürlichkeit des *Richters*, sondern vielmehr auf die Natürlichkeit der *Zuständigkeit* des Richters. Ein zeitgenössischer Autor hat dem *Recht auf den natürlichen Richter* in Frankreich wieder Bedeutung verliehen: Thierry Renoux. Seine Auffassung von dem Recht auf den natürlichen Richter ist eng mit dem Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor der Justiz verknüpft. Diese Verbindung entstand aus der Bedeutung, die der ersten textlichen Verankerung des Rechts auf den natürlichen Richter in Frankreich, im Gesetz vom 16. und 24. August 1790, beigemessen wurde. In diesem Gesetz geht die Abschaffung der Gerichtsprivilegien dem Recht auf den natürlichen Richter voraus. Laut Thierry Renoux existiert das Recht auf den natürlichen Richter in Frankreich also in Form einer Komponente des Grundsatzes der Gleichheit vor Gericht. Nach ihm haben andere französische Autoren das Recht auf den natürlichen Richter in einer Konzeption verwendet, die seinem Grundprinzip näher kommt. Insbesondere der Richter Hubert Dalle und der Professor Emmanuel Jeuland verstehen den natürlichen Richter als einen Richter, der durch das Gesetz vorbestimmt ist, auch durch die Annahme objektiver Kriterien für die Verteilung von Richtern und Geschäften innerhalb der Gerichte. Diese Definition unterscheidet sich insofern von der Definition von Herrn Renoux, als dieser sich auf eine Garantie außerhalb der Gerichte konzentriert, die mehr in einem Verhältnis der Trennung zwischen der Justiz und der Exekutive und Legislative angesiedelt ist. Diese unterschiedliche Definition veranlasst sie zu der Ansicht, dass das Recht auf den natürlichen Richter im positiven französischen Recht heute zwar nicht existiert, jedoch von einer Rehabilitierung profitieren würde. Darüber hinaus kennt Frankreich keinen Mechanismus, der der deutschen individuellen Verfassungsbeschwerde ähnelt. Die Rechtsschutzsuchenden haben keine Möglichkeit, eine Gerichtsentscheidung vor dem Verfassungsrichter anzufechten, weil ihre Grundrechte nicht beachtet wurden. Das Schutzsystem ist daher zwangsläufig anders, da der Verfassungsrat seine Kontrolle auf die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze beschränkt.

Während zahlreiche Studien in französischer Sprache bestimmten Themen gewidmet sind, die in direktem Zusammenhang mit unserem Thema stehen, wurde noch keine spezifische Forschungsarbeit über das Recht auf den natürlichen Richter und seine singuläre Konzeption in Deutschland durchgeführt. Einige Arbeiten befassen sich mit dem Recht auf den natürlichen Richter, teils aus einer rein historischen, teils aus einer rein französischen Perspektive. Zahlreiche Studien befassen sich mit den deutschen Grundrechten oder der Verfassungsgerichtsbarkeit, sei es aus einer vergleichenden oder nicht vergleichenden Perspektive, aber keine befasst sich mit diesem quasi-grundrechtlichen Recht im Besonderen. Auch die Justiz, die rechtsprechende Gewalt, ist Gegenstand von Studien, die Frage ihrer Unabhängigkeit wird oft behandelt, auch in einer deutsch-französischen Dimension, aber das Recht auf den gesetzlichen Richter wird dadurch nicht hervorgehoben. Was den Richter betrifft, so sind Fragen zu seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit oder auch zu seiner Zuständigkeit oder seinem Zugang Gegenstand verschiedener französischer Studien, aber wiederum ohne eine Dimension, die mit dem Recht auf den natürlichen Richter in Verbindung steht. Im Gegensatz dazu ist dieses Recht in Deutschland Gegenstand zahlreicher Studien der Rechtswissenschaft, was das große Interesse der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft an der Untersuchung der spezifischen Konzeption dieses Rechts in der deutschen Rechtsordnung verdeutlicht.

Zunächst nehmen die prozessualen Grundrechte heutzutage einen zentralen Platz in der Rechtsprechung der Grundrechtsschutzgerichte ein. Es besteht eine wichtige Verbindung zwischen Verfahrensrechten und materielle Rechten. Erstere haben eine instrumentelle Funktion: sie ermöglichen die Durchsetzung und Verteidigung der letzteren. Dadurch werden die substanziellen Grundrechte wirksamer geschützt. Es ist daher interessant, ein Verfahrensrecht wie das Recht auf den gesetzlichen Richter einer genaueren Analyse zu unterziehen. Darüber hinaus ermöglicht eine historische und aktuelle Analyse der Garantie des gesetzlichen Richters eine umfassende Reflexion über die französischen und deutschen Vorstellungen von den Beziehungen zwischen den öffentlichen Gewalten, der Stellung des Richters im Staat sowie über die Entwicklung dieser Vorstellungen. Im französischen Kontext ist es der Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz und vor der Justiz, der im Mittelpunkt der Anerkennung des Rechts auf den natürlichen Richter im Jahr 1790 steht. In Deutschland ist die tatsächliche Anerkennung des Rechts auf den gesetzlichen Richter eher mit der Entwicklung der Unabhängigkeit des Richters und seiner Rolle beim Schutz der individuellen Rechte verbunden. Diese Prinzipien (Gleichheit vor dem Gesetz in Frankreich und Unabhängigkeit der Richter in Deutschland) sind bis heute Kernprinzipien in der

französischen und deutschen Rechtskultur. Die Analyse des Rechts auf den gesetzlichen oder natürlichen Richter bietet daher ein relevantes Beispiel für den Vergleich der beiden Rechtskulturen. Schließlich wird in diesem Beitrag eine klassische, aber noch umstrittene Frage des EU-Rechts behandelt: die Frage der Kontrolle von der Pflicht zur Vorlage an den EuGH. Diese Frage kann aus nationaler Sicht beleuchtet werden: Das Bundesverfassungsgericht mobilisiert ein nationales Verfahrensrecht – das Recht auf den gesetzlichen Richter –, um indirekt die Einhaltung des Unionsrechts und seine Wirksamkeit vor den nationalen Gerichten zu gewährleisten. Dies wirft die Frage nach dem Fehlen eines Gegenwertes im französischen Recht auf, ebenso wie die alternativen Lösungen, die sich ergeben haben.

Unsere Studie soll sowohl aus historischer als auch aus vergleichender Perspektive bewerten, inwieweit sich das deutsche Recht auf den gesetzlichen Richter als ein Schlüsselrecht in der deutschen Rechtsordnung herausgebildet hat. Dieses ermöglicht nämlich heute die Verknüpfung von Elementen, die auf den ersten Blick keinen direkten Zusammenhang zu haben scheinen: die Frage der Zuständigkeit des Richters, die Frage seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und die Frage der Pflicht zur Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens. Das Bundesverfassungsgericht hat durch den Gebrauch von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG eine kohärente Verbindung zwischen diesen Elementen hergestellt, um ihnen eine effektive Garantie zu geben. Der gewählte Ansatz besteht darin, das deutsche Recht dem gesetzlichen Richter, der für eine Reihe französischer Juristen unbekannt ist, vorzustellen, indem seine Natur, sein Rang, sein allgemeiner und spezifischer Inhalt sowie seine verschiedenen Anwendungen erläutert werden. In diesem Rahmen soll die Rechtsvergleichung „in Zeit und Raum“ herangezogen werden. Die historische Perspektive scheint zunächst wichtig zu sein, da sie Erklärungen für die gegenwärtige Ausgestaltung dieses Rechts in Deutschland liefert. Die historische Methode führt uns dazu, einen rechtsvergleichenden Ansatz zu verfolgen, weil der Ursprung der Garantie in Frankreich liegt. Unsere Studie versucht daher, die Konstruktion des Rechts auf den natürlichen Richter in den beiden untersuchten Staaten zu identifizieren, seine Ursprünge zu lokalisieren und seine Verläufe und Entwicklungen in den beiden nationalen Traditionen zu beobachten. Außerdem ermöglicht das französische positive Recht, das als Kontrapunkt zu der Darstellung des deutschen Rechts untersucht wird, die deutschen Besonderheiten sowie die Aspekte der Annäherung zwischen den beiden Systemen hervorzuheben. Eine Feststellung lässt sich machen: Selbst wenn es keine gleichwertige und ausdrückliche Garantie gibt, schützt das französische Recht eine Reihe von Elementen, die mit denen vergleichbar sind, die unter dem deutschen Recht vor dem gesetzlichen Richter geschützt werden. Der Vergleich mit dem

französischen Recht wird hingegen äußerst begrenzt sein, wenn es um die Untersuchung der spezifischen Anwendung des Rechts auf den gesetzlichen Richter im Zusammenhang mit der Einhaltung der Vorabentscheidungsbefugnis des EuGH geht.

In einem ersten Schritt zeigt die Analyse der historischen Entwicklung des Rechts auf den gesetzlichen Richter, zunächst in Frankreich und dann in Deutschland, dass dieses Recht geschaffen wurde, um die Kompetenzen der Richter gegenüber der Exekutive zu schützen (**Teil I**). In einem zweiten Schritt lässt die Untersuchung der aktuellen Konzeption des deutschen Rechts auf den gesetzlichen Richter im Vergleich zum positiven französischen Recht darauf schließen, dass dieses Recht heute in erster Linie darauf abzielt, die Achtung der gerichtlichen Zuständigkeiten und der Regeln der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Richter selbst zu gewährleisten (**Teil II**). In dieser Hinsicht wird ein abschließender Teil den besonders extensiven Charakter des deutschen Rechts auf den gesetzlichen Richter aus einer europäischen Perspektive betrachten (**Schluss**).

1. TEIL: DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES RECHTS AUF DEN GESETZLICHEN RICHTER: DER VERSUCH, DIE ZUSTÄNDIGKEIT DER RICHTER GEGENÜBER DER EXEKUTIVE ZU SCHÜTZEN

Der Ursprung der Berufung auf ein Recht auf den natürlichen Richter ist französisch. Im 15. und 16. Jahrhundert werfen die Vertreter der verschiedenen Stände (Adel, Klerus und Dritter Stand) dem König die Praxis der Justizhoheit (*justice retenue*) vor, insbesondere die außerordentlichen königlichen Kommissionen. Mit einiger Verzögerung werden die gleichen Vorwürfe in den Territorialstaaten des Heiligen Römischen Reiches während der Zeit des deutschen aufgeklärten Absolutismus erhoben. Im 18. Jahrhundert gibt es insbesondere Proteste gegen die Kabinettsjustiz und die „Machtsprüche“ der Territorialfürsten. In dieser Zeit ähneln sich die französischen und deutschen Ansprüche gegenüber dem königlichen Absolutismus (§ 1). Seit dem 19. Jahrhundert hingegen unterscheiden sich die Ansprüche und vor allem die Kontexte der Anerkennung und Entwicklung der Garantie des gesetzlichen oder natürlichen Richters stärker (§ 2), was sich auf das heutige Verständnis der Garantie in Deutschland und Frankreich auswirkt.

§ 1: Ähnliche Forderungen in Europa gegen den monarchischen Absolutismus (15. – 18. Jahrhundert)

Nach einer Periode der Zersplitterung der Souveränität war eines der Instrumente, mit denen die Regenten Macht gewinnen konnten, die Zentralisierung der Justiz. Diese Bewegung führt dazu, dass bereits bestehende Gerichtsbarkeiten zurückgedrängt werden und ihre Befugnisse sogar von königlichen Richtern oder dem Monarchen selbst an sich gerissen werden. In diesem Zusammenhang tauchen die ersten Forderungen auf, die die Einhaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch den Hoheitsträger und seine Beamten fordern (A). Die Ausdrücke „natürlicher Richter“ und „gesetzlicher Richter“ werden nach und nach mit diesen Forderungen in Verbindung gebracht, im Gegensatz zur außerordentlichen, Ausnahme- oder Sonderjustiz, die direkt oder indirekt vom Souverän ausgeübt wird. Die Verwendung dieser Ausdrücke in der Argumentation der Rechtswissenschaft und des Justizpersonals ermöglicht es, die gemeinsamen Bemühungen um eine rechtliche Regelung der Tätigkeit des Souveräns zu verdeutlichen (B).

A. Die Zentralisierung der Justiz durch die monarchische Macht als Ursprung der Forderungen nach einem Recht auf den natürlichen oder gesetzlichen Richter

Obwohl zeitlich versetzt, tritt das Phänomen der Zentralisierung der Justiz zugunsten des absoluten Monarchen sowohl in Frankreich als auch in den Gebieten des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation auf. Diese Zentralisierung führt dazu, dass bereits bestehende, ursprüngliche Gerichtsbarkeiten, die als ordentlich bezeichnet werden, zurückgedrängt werden, was Gegenstand von Kritik ist.

In Frankreich wurden Forderungen gegen diesen richterlichen Absolutismus des Monarchen schon früh im 15. Jahrhundert laut. Die Justizauffassung des französischen *Ancien Régime* (bis zur Revolution 1789) beuht auf der königlichen Justizhoheit: „*toute justice émane du roi*“ („alle Gerechtigkeit geht vom König aus“). Ab dem 13. Jahrhundert entwickelt die königliche Gewalt eine königliche Gerichtsbarkeit, um ihre Herrschaft über den Klerus und die Feudalherren zu demonstrieren. Zu dieser königlichen Gerichtsbarkeit gehören die *prévôtés*, die *présidiaux*, die *parlements* (Revisionsgericht) und der *Conseil du roi* (königlicher Rat oder Kronrat). Neben dieser Gerichtsbarkeit, die man als delegiert bezeichnet (*justice déléguée*) behielt der König die Möglichkeit, seine Justizhoheit direkt auszuüben (Verhaftungsbefehl – *lettres de cachet*; Evokationen bestimmten Prozessen vor den Kronrat – *évocations*;

außerordentliche Kommissionen – *commissions extraordinaires*). Über die Schaffung der königlichen Gerichtsbarkeiten hinaus versucht der König, die bereits bestehenden Gerichtsbarkeiten zu kontrollieren, die anfangs frei von monarchischer Herrschaft waren: die grundherrliche (feudale), die kirchliche und die kommunale Gerichtsbarkeit. Der Monarch zwingt ihnen im Prozess der Zentralisierung der Justiz seine souveräne Macht und Autorität auf, indem er sie als konzedierte Gerichtsbarkeiten (*justices concédées*) betrachtet.

Zunächst sind es die lokalen Gerichte, die gegen die königliche Justiz protestieren und fordern, dass ihre Zuständigkeit *ratione personae* respektiert wird. Diese Forderungen werden über die Generalstände – und damit durch die Stimme der privilegierten Kläger: Klerus, Adel – zum Ausdruck gebracht. Die lokalen Gerichte sehen sich als „natürliche Gerichtsbarkeit“ ihrer Kläger gegen die königliche Gerichtsbarkeit. Die Könige verpflichten sich, die Zuständigkeiten der „ordentlichen“ Gerichte zu respektieren, fahren aber fort, diese Formen der Rechtsprechung schrittweise auszulöschen, um die Zuständigkeiten der königlichen Gerichte durchzusetzen. In einer zweiten Phase usurpiert der König jedoch auch die Zuständigkeit der ordentlichen königlichen Richter und macht immer häufiger von den Mechanismen der Justizhoheit Gebrauch. Es sind also die königlichen Richter selbst, und vor allem die Richter der souveränen Gerichtshöfe (*cours souveraines*), insbesondere das *Parlement de Paris*, die gegen den Justizabsolutismus des Königs protestieren. Sie stellen ihre ordentliche Gerichtsbarkeit der außerordentlichen Justiz des Königs entgegen. Nach und nach ersetzt der Begriff „natürlicher Richter“ den Begriff „ordentlicher Richter“, um ihrer Forderung mehr Gewicht zu verleihen. Das Adjektiv „natürlich“ ermöglicht es den Richtern und der parlamentarischen Doktrin, ihren Zuständigkeiten in einem zweiten Schritt mehr Legitimität und Autorität zu verleihen, der ordentlichen Ordnung der Zuständigkeiten, die über die einfache Dichotomie zwischen ordentlicher und außerordentlicher Justiz hinausgeht.

Zur gleichen Zeit entwickeln die deutschen Territorialfürsten in einem pluralistischen und zersplitterten Deutschland ebenfalls eine absolutistische Vorstellung von ihrer Macht. In den deutschen Gebieten emanzipieren sich die Territorialstaaten des Heiligen Römischen Reiches erst nach dem Westfälischen Frieden (1648) von dessen Herrschaft. Die Territorialstaaten unterliegen fortan nicht mehr der Machtsprüche des Kaisers des Heiligen Römischen Reiches und übernehmen daher die Justiz selbst, um ihre Herrschaft über die Stände durchsetzen. Damit beginnt der deutsche aufgeklärte Absolutismus. Die Einrichtung der absoluten Territorialstaaten geht mit der Schaffung zentraler und ständiger Verwaltungsinstitutionen durch die Landesherren (Hofrat, Hofgericht, Kriegsrat, Kirchenrat)

einher. Da es keine klare Kompetenzabgrenzung gibt, können Rechtsstreitigkeiten einerseits dem von den Ständen beeinflussten Hofgericht oder andererseits den vom territorialen Souverän aus dem Hofrat gebildeten *Justiz-Collegien* vorgelegt werden. Parallel dazu werden spezielle Kammern, die sich mit verschiedenen Verwaltungen befassen und Instrumente des Willens des territorialen Fürsten sind, auch mit der Gerichtsbarkeit in Streitfällen, die ihren Verwaltungsbereich betreffen, betraut. Dadurch kann der Territorialfürst die Beamten, die er dort zur Rechtsprechung einsetzt, leichter kontrollieren, während er sich als absoluter Fürst die Möglichkeit offen lässt, selbst in den Lauf der Justiz einzugreifen. Das Eingreifen des territorialen Fürsten kann, wie im Frankreich des *Ancien Régime*, zunächst auf die Anfrage eines Untertanen zurückzuführen sein. Um darauf zu antworten, kann der Fürst insbesondere einen Akt der Autorität vollziehen, indem er seinen Beamten, seinem Minister, seinem Kanzler oder auch bestimmten Richtern befiehlt, einen anhängigen Rechtsstreit zu behandeln oder aufzugeben oder diesen bestimmten Rechtsstreit in die eine oder andere Richtung zu entscheiden. Dies wird als Machtspruch bezeichnet. Im Lateinischen wird diese Handlung als „*sententia ex plenitudine potestatis*“ bezeichnet, was zeigt, dass die Grundlage für diese Art von Handlungen die omnipotente Autorität des Souveräns ist.

Diese Zentralisierung der Justiz und die Möglichkeit des Landesherrn, direkt oder indirekt in den Lauf der Justiz einzugreifen, verdeutlichen den Machtgewinn der territorialen Fürsten, die auf Kosten der Justizverwaltung der alten Staaten gehen und mit der kaiserlichen Gerichtsbarkeit konkurrieren. Insbesondere versuchen die Territorialstaaten – vor allem die mächtigsten wie Preußen –, sich der Zuständigkeit der kaiserlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen. Zu diesem Zweck stützen sich die Fürsten insbesondere auf das *privilegium de non appellando*, das in Artikel V § 56 des Friedensvertrags von Osnabrück von 1648 anerkannt wird und das ihnen erlaubt, ihren Untertanen die Berufung vor den kaiserlichen Gerichten zu verbieten. Es ist diese tiefgreifende Veränderung in der Gerichtsverwaltung, die Forderungen nach einer besseren Achtung der gerichtlichen Zuständigkeiten auslöst, die die Grundlage für die Garantie des gesetzlichen Richters bilden. Die Stände bleiben nicht untätig und beginnen regelmäßig, einen besseren Rahmen für die Ausübung der richterlichen Gewalt durch den absoluten Fürsten zu fordern. In zahlreichen Beschwerden der Stände (ständische *Monita*) wird die willkürliche Einmischung der Landesherrn in den Lauf der Justiz kritisiert. Die Stände erklären, warum sie insbesondere gegen Kommissionen und Evokationen protestieren: Diese Instrumente zwingen die Parteien, vor einem inkompetenten Richter zu erscheinen (hier wird der Grundgedanke der Zuständigkeit desjenigen, der den Streitfall entscheidet, verdeutlicht),

und stören die Ordnung der Gerichtsbarkeit, behindern den Lauf der Justiz. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts führen die Stände zur Unterstützung ihrer Forderungen ebenfalls die notwendige Einhaltung der Gesetze – zur Zuordnung der gerichtlichen Zuständigkeit – an. Es wird ein Zusammenhang mit der Gesetzmäßigkeit der Zuständigkeit desjenigen hergestellt, der den Streitfall entscheidet. Der zuständige ordentliche Richter ist der gesetzlich ernannte Richter, der mit dem Gesetz übereinstimmt. Die „speziell ernannten“, *ad hoc* eingesetzten Kommissionen bilden den Gegensatz zu diesen ordentlichen Richtern.

Diese Vorstufen einer Verankerung der gesetzlichen Garantie der gerichtlichen Zuständigkeiten oder einer Einschränkung der Verwendung von speziellen Kommissionen lassen es nicht zu, den absolutistischen Charakter des herrschenden Staatsregimes in Frage zu stellen. Tatsächlich zeichnen sich die deutschen absoluten Staaten des 18. Jahrhunderts durch den Willen aus, die Verwaltung und die Gesetzgebung auf rationale Weise zu zentralisieren. Die Idee, den Bürgern ihre zuständigen ordentlichen Richter nicht vorzuenthalten und die Einsetzung von Sonderkommissionen zu regeln, ist daher in die Justizreformen integriert. Der „ideale Richter“ wird als ein dem Gesetz unterworfenen öffentlicher Beamter konzipiert. Dennoch zielen diese Bestimmungen nicht darauf ab, den absoluten Charakter der Hoheitsgewalt abzuschaffen, die keine Gewaltenteilung kennt. Im 18. Jahrhundert ist sich die gesamte Rechtswissenschaft nämlich einig, dass die Judikative ein unveräußerliches souveränes Vorrecht, ein „Majestätsrecht“, ist. Der deutsche Territorialfürst hat daher zumindest ein Bestätigungsrecht, das mit einem Recht, Urteile zu mildern und zu verschärfen, und dem Begnadigungsrecht einhergeht. Die deutsche Rechtswissenschaft kann die Unabhängigkeit der einfachen Richter angesichts der Machtvollkommenheit des absoluten Fürsten nicht verteidigen. Die Richter werden daher mehr als „vom Souverän ernannte Schiedsrichter“ gesehen, die von diesem abhängig sind.

B. Das Argumentationsschema der Forderungen gegen den monarchischen Justizabsolutismus

In dieser ersten Phase der Entwicklung von Forderungen nach einer besseren Beachtung der gerichtlichen Zuständigkeiten, die auf dem Entstehen eines Rechts auf den natürlichen oder gesetzlichen Richter beruhen, versuchen die juristischen Kreise, die Anerkennung einer objektiven Garantie zu erreichen: die Rechtsbindung der staatlichen Macht. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland wird die „Willkür“ des Hoheitsträgers kritisiert, obwohl der Begriff zunächst keine negative Konnotation hat, sondern die Schiedsrichtermacht des

Herrschers (und der Richter) bezeichnet. Im späten 18. Jahrhundert wird der Begriff mit der Vorstellung von Willkür und Ungerechtigkeit verbunden. Trotz des Fortbestehens absoluter Regime und der fehlenden praktischen Rezeption der Theorien zur Gewaltenteilung entwickelt sich in dieser Zeit die Idee, die Staatsgewalt durch das Recht zu begrenzen, insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung der Gerichtsordnung.

In Frankreich brauchen die Richter der *Parlements* in ihren *Remontrances* gegen die mehrfache Anwendung der Mechanismen der Justizhoheit eine Rechtsgrundlage, um die Bindung des Königs an die „ordentlichen“ Zuständigkeiten der königlichen Richter zu begründen und ihm zu verbieten, in den Lauf der Justiz einzugreifen. Zunächst konzentriert sich der parlamentarische Diskurs auf das Gesetz, dessen Einhaltung durch den Prinzen notwendig ist, um die Legitimität der Monarchie zu gewährleisten. Die parlamentarische Doktrin und die parlamentarischen Richter betonen die Unrechtmäßigkeit der Mechanismen der außerordentlichen oder Justizhoheit und umgekehrt die Rechtmäßigkeit ihrer Zuständigkeiten. Da sie sich der Grenzen dieser Argumentation bewusst sind – wenn man bedenkt, dass der König das Gesetz macht –, bemühen sich die parlamentarischen Rechtsgelehrten darum, den höheren Wert des Gesetzes zu beweisen, das die Einhaltung der Gerichtsbarkeit vorschreibt. Zu diesem Zweck greifen sie eine mittelalterliche Idee auf, nach der der französische Monarch „einer höheren Rechtsordnung“ unterliegt, die sich ursprünglich aus dem natürlichen und göttlichen Recht (den Grundgesetzen des Königreichs – *lois fondamentales du royaume*) ableitet. Die „ordentliche Ordnung der Gerichtsbarkeit“ (*l'ordre ordinaire des juridictions*) wäre Teil dieser Gesetze und würde den König daran hindern, von der Justizhoheit Gebrauch zu machen. Die 1789 am Vorabend der Französischen Revolution verfassten Beschwerdehefte (*cahiers de doléances*) verdeutlichen die Bedeutung der Kritik an der am Ende des *Ancien Régime* Justizhoheit. Indem sie sich sowohl auf die von dem Richter der *Parlements* aufgestellten Grundsätze als auch auf die neueren Theorien der Aufklärungsphilosophen stützten, betonen die Verfasser der *cahiers de doléances* die Notwendigkeit, die im Gesetz verankerten gerichtlichen Zuständigkeiten als übergeordnetes Prinzip zu respektieren und durchzusetzen. In vielen Heften wird das Recht auf den natürlichen Richter ausdrücklich proklamiert, wobei sowohl das Adjektiv „ordentlich“ als auch das Adjektiv „natürlich“ verwendet wird. Beide Ausdrücke werden gleichermaßen häufig verwendet, sowohl von dem Klerus, dem Adel, aber vor allem vom Dritten Stand. Die häufig festgestellte Nähe dieses Ausdrucks zu dem Wort „Zuständigkeit“ zeigt, dass die Verfasser darauf bedacht sind, den gesetzlichen oder natürlichen Ursprung der gerichtlichen

Zuständigkeiten, deren Einhaltung sie vorschreiben, hervorzuheben. Umgekehrt kann mit diesem Recht die Abschaffung aller Vorrechte der Gerichtsbarkeit, sowie aller Instrumente der außerordentlichen Justiz, einschließlich der Justizhoheit, gefordert werden.

In Deutschland nimmt das Gesetz unter dem Einfluss der Aufklärungsphilosophie einen erheblichen Stellenwert in den politischen Systemen ein. Der vom absoluten Herrscher errichtete Staat ist ein „Gesetzesstaat“: Die Ausübung der Staatsgewalt muss zur Einführung und Ausführung vernünftiger Gesetze führen, die auf das Gemeinwohl abzielen. Insbesondere muss das Eingreifen des Fürsten in den Lauf der Justiz dieses um das Gesetz zentrierte System respektieren. Aus Opportunismus versuchen die deutschen Fürsten, unterstützt von der herrschenden Lehre, ihr Eingreifen in den Lauf der Justiz zu rechtfertigen, indem sie zwischen privaten und öffentlichen Angelegenheiten unterscheiden: Erstere, die dem vernünftig angewandten Recht unterliegen, müssen frei von monarchischer Willkür bleiben, während letztere, die dem politischen Willen unterliegen, das persönliche Handeln des Monarchen beinhalten können. Erstere sind Justizsachen und beschränken sich auf Streitigkeiten zwischen Privatpersonen. Die zweiten sind Regierungssachen. Als Inhaber der allerhöchsten Gewalt kann der Landesherr immer in den Lauf der Justiz eingreifen, auch wenn es sich um eine Justizsache handelt. Die Entscheidung, die er in dieser Konstellation trifft, ist ein Rechtsspruch. Dieser steht im Gegensatz zum „willkürlichen“ Urteil des Herrschers, das als Machtspruch bezeichnet wird. Dieser bezeichnet die Art von Entscheidungen, die der Souverän in Regierungsangelegenheiten trifft und die auf seiner Vollmacht beruhen. Daneben lässt sich durch das Reichsrecht die richterliche Gewalt der Territorialfürsten teilweise eingrenzen, indem sowohl die oberste Gerichtsmacht der Herrscher eingeschränkt wird, als auch Bedingungen für die richterliche Organisation der Einzelstaaten auferlegt werden. Diese Grundsätze lassen sich jedoch nur schwer gegen große Staaten durchsetzen.

Die politischen Hintergründe der beiden untersuchten Systeme sind jedoch unterschiedlich, was zur Erklärung der späteren Entwicklung der Garantien in beiden Ländern beiträgt. In Frankreich wird der monarchische Absolutismus zunächst von den Mitgliedern der *Parlements* in Frage gestellt, die sich auf ein übergesetzliches, verfassungsmäßiges Recht berufen, um die Ablehnung von Kompetenzüberschreitungen und Justizhoheit zu begründen. Die Generalstände von 1789 lehnen zwar das gesamte Rechtssystem des *Ancien Régime* ab, passen das Prinzip des natürlichen Richters jedoch an ihre revolutionären Forderungen an. In den Gebieten des Heiligen Römischen Reiches lässt das 18. Jahrhundert noch keine Infragestellung des Absolutismus zu. Der Landesherr hat alle Macht inne und stellt in

Justizangelegenheiten den „obersten Richter“ dar. Die Zurückhaltung des aufgeklärten deutschen Herrschers lässt sich daher eher durch einen maßvollen, vernünftigen und rationalen Gebrauch der richterlichen Macht rechtfertigen. Durch die Vernunft muss der deutsche Souverän das Gesetz machen und auslegen, was seinen Eingriffsbereich in den Lauf der Justiz einschränkt.

§ 2: Die unterschiedlichen Entwicklungen der Garantie in Frankreich und Deutschland (19. Jahrhundert)

Angesichts der philosophischen und politischen Entwicklungen und der sozialen Veränderungen im späten 18. und 19. Jahrhundert sind die Herrscher gezwungen, das Recht auf den natürlichen oder gesetzlichen Richter ausdrücklich in Gesetzes- oder Verfassungstexten zu verankern. Während in Frankreich trotz der ersten textlichen Verankerungen das Recht auf den natürlichen Richter allmählich verschwindet (A), gewinnt das Recht auf den gesetzlichen Richter in Deutschland parallel zur Entwicklung der Idee des Rechtsstaats allmählich an Bedeutung (B).

A. Das schrittweise Verschwinden des Rechts auf den natürlichen Richter im französischen Recht des 19. Jahrhunderts

Die erste textliche Verankerung des Rechts auf den natürlichen Richter geht auf die französischen Revolutionäre zurück. In Artikel 17 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 heißt es: „Die verfassungsmäßige Ordnung der Gerichtsbarkeit darf nicht gestört werden und die Rechtsuchenden dürfen nicht von ihren natürlichen Richtern abgelenkt werden: durch keine Kommission, noch durch andere Zuteilungen oder Evokationen als die, die durch das Gesetz bestimmt werden“. Die Garantie des natürlichen Richters wird insbesondere von zwei Garantien umgeben, die mit der Gleichheit zusammenhängen: die Abschaffung von Gerichtsprivilegien und die Gleichheit in der Reihenfolge, in der die Fälle entschieden werden. Nach der revolutionären Auffassung ist der natürliche Richter der Bürger derselbe Richter für alle. Dies erfordert zunächst die Abschaffung der Gerichtsprivilegien (d. h. der Vielzahl von Gerichtsbarkeiten je nach sozialer Schicht), aber auch die Abschaffung der Differenzierungen im Verfahren und in der Prozessführung, die ebenfalls zu einer Ungleichheit zwischen den Bürgern führten. Dieses Prinzip macht es zweitens erforderlich, die Mechanismen der Justizhoheit und der außerordentlichen Justiz abzuschaffen. Von nun an ist es das Gesetz, das die Gleichheit der Bürger sicherstellt. Für die Gerichtsbarkeit bedeutet dies, dass nur das Gesetz

die Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten einrahmen und den natürlichen Richter der Bürger bestimmen kann. Der Gesetzesvorbehalt im Bereich der Gerichtsorganisation ergibt sich aus einem umfassenderen „Legizentrismus“ (*légicentrisme*) im revolutionären und postrevolutionären Kontext Frankreichs. Der natürliche Richter, den sich die Revolutionäre vorstellen, ist übrigens das Gegenteil der kritisierten Richter des *Ancien Régime*: ein nicht berufsmäßiger und bürger- und ortsnaher Richter.

Nach dem Ende der Revolution wurden die 1790 aufgestellten Grundsätze jedoch durch das von Napoleon errichtete autoritäre Regime in Frage gestellt. Das Recht auf den natürlichen Richter verschwindet bis 1814, während die Richter als abhängige Beamte der Regierung wahrgenommen werden. Unter Napoleon und während des gesamten 19. Jahrhunderts gibt es zahlreiche Sondergerichte. In den Chartas von 1814 und 1830 wird das Recht auf einen natürlichen Richter ausdrücklich verankert, aber es ist schwierig, eine effektive Einhaltung der Garantie durchzusetzen, da die außerordentlichen Gerichte weiterhin existieren. Die mangelnde Unabhängigkeit der Judikative von der Staatsmacht ist ebenfalls symptomatisch für das Frankreich des 19. Jahrhunderts. Nach der letzten Verankerung des Rechts auf einen natürlichen Richter in der Verfassung der Zweiten Republik von 1848 ist die Situation nicht mehr so, dass dieses Recht implizit aufrechterhalten werden kann. Jedes Regime arrangiert sich mit den von Napoleon geerbten Grundsätzen der Abhängigkeit der Richter von der Exekutive und lässt eine Reihe von Ausnahmegerichten zu. Das Recht auf einen natürlichen Richter verschwindet allmählich aus dem Lehr- und Rechtsprechungsdiskurs. Zwar gibt es den Ausdruck „natürlicher Richter“ noch, doch ist er nicht mehr mit einer subjektiven Garantie für den Einzelnen verbunden.

B. Die wachsende Bedeutung des Richters und des Rechts auf den gesetzlichen Richter im Deutschland des 19. Jahrhunderts: Eine parallele Entwicklung zu der des Rechtsstaats

Im späten 18. Jahrhundert, das schließlich von den Ideen der Aufklärung und der kantischen Philosophie beherrscht ist, nimmt die Kritik am aufgeklärten Absolutismus und an der Staatsauffassung als Wohlfahrtsstaat, Gestalt an. Die Bedeutung, die dem Individuum als Person und dem Schutz seiner Rechte zukommt, steht im Gegensatz zu diesem absolutistischen Wohlfahrtsstaat und trägt dazu bei, den Grundstein für einen Rechtsstaat zu legen. Gleichzeitig führt die Auflösung des Heiligen Römischen Reichs 1806 zu einer Veränderung der territorialen Strukturen und zur Erlangung der Souveränität durch die Staaten. In diesen Gebieten kommt es daraufhin zu einer ersten Verfassungswelle. Die ersten verfassungsrechtlichen Verankerungen

des Rechts auf den gesetzlichen Richter entstehen in den Verfassungen, die während des Vormärz verabschiedet werden. Für die Liberalen müssen die institutionellen Garantien die Privatsphäre vor Eingriffen der öffentlichen Autorität schützen. In den deutschen Staaten, die sich neue Verfassungen geben, ist das bevorzugte Modell das der begrenzten französischen Monarchie, die mit der Charta von 1814 eingeführt wurde. Einige dieser Verfassungen, insbesondere in den kleinsten Gebieten, haben einen sehr begrenzten Inhalt und garantieren nicht das Recht auf einen gesetzlichen Richter. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass von den 29 Verfassungen, die von den deutschen Staaten des Deutschen Bundes während der ersten Verfassungswelle (1814-1820) verabschiedet wurden, nur fünf den Erwartungen der liberalen Bewegungen zumindest teilweise entsprochen haben: das nassauische Patent von 1814, die bayerische und badische Verfassungen von 1818, die württembergische Verfassung von 1819 und die Verfassung von Hessen-Darmstadt von 1820. In diesen fünf Verfassungen ist genau das Recht auf den gesetzlichen Richter verankert. Während der zweiten Verfassungswelle, die auf die 1830er Jahre datiert wird, werden neue deutsche Verfassungen verabschiedet, die ebenfalls das Recht auf den gesetzlichen Richter aufgreifen, indem sie Bestimmungen formulieren, die den Verfassungen von 1818-1820 ähneln. Das in dieser Zeit gewählte Verfassungsmodell der begrenzten Monarchie lässt die genannten Garantien jedoch nicht voll zum Tragen kommen. Die Monarchen verabschiedeten Texte, die einen Kompromiss zwischen liberalen Forderungen und dem traditionellen System des Königtums und der Stände darstellen. Wie die französische Charta von 1814 sind die in dieser Zeit – und sogar nach der Revolution von 1830 – verabschiedeten Verfassungen Oktroyierungen der Fürsten: Einerseits bleibt der Monarch gemäß dem monarchischen Prinzip der alleinige Inhaber der Souveränität, andererseits wird aber durch die Verfassung ein Organ der Volksvertretung geschaffen. Die individuellen Rechte sind lediglich objektive (Selbst-)Beschränkungen des Monarchen, die nur eine geringe Wirkung gegenüber der Staatsgewalt haben. Die Konkretisierung einer echten Garantie des gesetzlichen Richters ist somit nicht gewährleistet. Vor diesem Hintergrund werden daher auch im Vormärz noch Verstöße gegen dieses Recht festgestellt. Zwei Repressionsepisoden sind in dieser Hinsicht von Bedeutung: die Zeit der „Demagogenverfolgungen“ in den frühen 1820er Jahren und die konservative Repressionsperiode der 1830er Jahre nach dem Hambacher Fest von 1832 und dem gescheiterten Frankfurter Wachensturm von 1833. Diese beiden Episoden zeigen, dass die Garantien der Vormärzverfassungen unwirksam sind, wenn es darum geht, den Einzelnen vor der richterlichen Willkür der Hoheitsträger zu schützen, insbesondere weil die Gesetzgebung weitgehend im Ermessen der Fürsten und der Regierungen liegt.

Die Formulierung solcher Rechte ist jedoch nicht sinnlos, sondern ermöglicht es, eine öffentliche Debatte über ihre Einhaltung zu eröffnen und ihre Missachtung zu verurteilen. Sie kann somit als ein notwendiger Schritt erscheinen, um in der Zukunft eine echte, verbindliche subjektive Garantie durchzusetzen. Nämlich gedeihen schrittweise liberale Ideen, die sich insbesondere auf die Bedeutung des Richters und der Justiz konzentrieren. Der Untertan, der zum Bürger geworden ist, verlässt sich bei der Wahrung seiner Rechte nicht mehr auf die aufgeklärte Vernunft des Monarchen, sondern auf individuelle Verfahrensgarantien. In diesem Rahmen kann sich das Recht auf den gesetzlichen Richter als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips umfassend entfalten. In diesem Maße wird der Rechtsschutz in den Mittelpunkt gestellt, um die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten. Es ist dann der Zweck der Justiz, die individuelle Rechtssicherheit zu schützen. Dieser Wandel vom Polizeistaat zum liberalen Staat kann jedoch nur durch die Einrichtung unabhängiger und vertrauenswürdiger Gerichte wirklich und effektiv vollzogen werden. Die Errichtung eines Rechtsstaats muss daher mit der Anerkennung der Unabhängigkeit der Gerichte einhergehen, da diese Unabhängigkeit die Voraussetzung für die Garantie von Freiheit und Eigentum ist. Nach dieser Auffassung kann nur das Gesetz Eingriffe der öffentlichen Hand in die persönliche Freiheit legitimieren. Das ist der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. Im Bereich der Gerichtsorganisation bedeutet der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, dass nur der Gesetzgeber die Gerichtsverfassung organisieren, Zuständigkeiten verteilen und Ausnahmen vorsehen kann. Die Usurpation der Gerichtsbarkeit durch den Souverän wird nun zu einem „Justizmord“ und einer „Scheinjustiz“. Diese Entwicklung führt schließlich zur Entstehung einer echten Verfassungsgarantie, die zunächst kurzzeitig während der Revolution von 1848 und dann dauerhaft im späten 19. Jahrhundert eingeführt wird. Zuerst ist § 175 der Frankfurter Verfassung vom 28. März 1849 die erste verfassungsrechtliche Verankerung des Rechts auf den gesetzlichen Richter mit dem Ziel, das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zu schützen, d. h. eine echte Rechtsbindung der Staatsgewalt. Dem voraus geht die Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit (§ 174) und folgt die Abschaffung der Gerichtsprivilegien (§ 176), wodurch die Bedeutung des Gleichheitsprinzips in der revolutionären Konzeption markiert wird. Nach dem Scheitern der Revolution von 1848 wird das Recht auf den gesetzlichen Richter erneut im Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 verankert. Die Bedeutung der Reichsjustizgesetze zeigt sich darin, dass sie die spätere Erweiterung der Garantie durch das Bundesverfassungsgericht in den 1950er Jahren ermöglichen. In der Tat schreiben diese Gesetze strenge Grundsätze für die interne Organisation der Gerichte vor, wobei Geschäftsverteilungspläne verabschiedet werden. Schließlich wird durch die Konstitutionalisierung des Rechts auf den gesetzlichen

Richter in der Weimarer Verfassung von 1919 der Anwendungsbereich des Rechts auf den gesetzlichen Richter auf den Gesetzgeber selbst ausgeweitet. Die Verletzungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter während der nationalsozialistischen Zeit werden die Bedeutung dieses Prinzips in der deutschen Rechtskultur und seine Wiederbestätigung im Grundgesetz von 1949 bestätigen.

2. TEIL: DAS RECHT AUF DEN GESETZLICHEN RICHTER IN ZEITGENÖSSISCHEN NATIONALEN RECHTEN – EINE VERGLEICHENDE PERSPEKTIVE

Nach den historischen Entwicklungen wird der Unterschied zwischen dem deutschen und dem französischen positiven Recht in Bezug auf das Recht auf den natürlichen oder gesetzlichen Richter deutlich. Dieses Recht ist von den Autoren des deutschen Grundgesetzes von 1949 erneut verfassungsrechtlich verankert worden, während es im französischen Verfassungs- oder Gesetzesrecht – zumindest explizit – nicht zu finden scheint. In Deutschland ist das Recht auf den gesetzlichen Richter von grundlegender Bedeutung für das tägliche Rechtsprechungsleben. Es wird als Ausprägung des spezifisch deutschen Rechtsstaatsprinzips dargestellt und gehört zu den am weitesten entwickelten grundrechtsähnlichen Rechten des Bundesverfassungsgerichts. Es profitiert von einer einzigartigen Konzeption, die darin besteht, sowohl die Gesetzmäßigkeit des für die Entscheidung eines Rechtsstreits bestimmten Gerichts zu garantieren als auch die Gesetzmäßigkeit der Zuständigkeit des Richters als Person sicherzustellen. Da es sowohl als objektive Garantie für die Organisation der Justiz als auch als individuelles subjektives Recht dargestellt wird, genießt es einen besonderen Anwendungsbereich, der mit anderen Artikeln des Grundgesetzes in Verbindung gebracht wird, insbesondere mit Art. 19 Abs. 4, der das Recht auf effektiven Rechtsschutz garantiert, und Art. 3 Abs. 1, aus dem die Grundsätze der Gleichheit und des Verbots der willkürlichen Behandlung abgeleitet werden. In dieser Hinsicht stellt er ein zentrales Recht in der zeitgenössischen Verfassungsrechtsprechung dar.

In Frankreich ist die Situation unklarer. Für einige Autoren bleibt die Idee in der Verfassung von 1958 bestehen, aber das Wort ist verschwunden. Thierry Renoux vertritt insbesondere die Auffassung, dass das Recht auf den natürlichen Richter vom Verfassungsrat durch den Grundsatz der Gleichheit der Bürger vor der Justiz verankert wurde. Für Emmanuel Jeuland hingegen kann der Grundsatz nicht als ein Grundsatz des positiven Rechts angesehen

werden. Diese rechtswissenschaftlichen Unsicherheiten rühren daher, dass es im positiven französischen Recht keine Bestimmung gibt, die das Recht auf den natürlichen Richter ausdrücklich festschreibt. Es ist in der Tat schwierig, Artikel 17 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790 einen sicheren legislativen Rang zu verleihen, und noch schwieriger ist es, daraus ein „*principe fondamental reconnu par les lois de la République*“ („durch die Gesetze der Republik anerkanntes Grundprinzip“ – Kategorie von legislativen Grundsätzen mit Verfassungsrang) abzuleiten. Im Übrigen fehlt dieses Recht im Vokabular der verschiedenen Verfassungs- und ordentlichen Gerichte. Der „natürliche Richter“ scheint nur ein in der Lehre verwendeter Ausdruck zu sein, der auf den zuständigen Richter verweist. In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass sich das Recht auf den natürlichen Richter, wie es von Thierry Renoux entwickelt wurde und sich aus dem Grundsatz der Gleichheit vor Gericht ableitet, von dem deutschen Recht auf den gesetzlichen Richter unterscheidet. Er konzentriert sich auf das Verbot von Ausnahmegerichten und geht nicht auf die Frage der internen Organisation der Gerichte ein. Er fügt Elemente hinzu, die mit dem Gleichheitsgrundsatz zusammenhängen und die in der deutschen Garantie nicht enthalten sind.

Aus der Analyse des französischen und des deutschen Rechts ergeben sich daher zwei Elemente: zum einen die Besonderheit des deutschen Rechts auf den gesetzlichen Richter, da es die Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten vorschreibt (§ 1), und zum anderen die Annäherung zwischen dem französischen und dem deutschen Recht hinsichtlich der Eigenschaften, die von jedem Richter erwartet werden, indem die Einhaltung der Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vorgeschrieben wird (§ 2).

§ 1: Die Besonderheit des Rechts auf den gesetzlichen Richter in Deutschland: die Verteilung der gerichtlichen Zuständigkeiten

Im deutschen Recht bezieht sich der gesetzliche Richter hauptsächlich und historisch auf die Idee eines gesetzlich zuständigen Richters. So wie es im Grundgesetz von 1949 verankert ist, verfügt dieses Recht über eine spezifische Formulierung, da es als kategorisches Verbot konzipiert ist. Auf den ersten Blick scheint es kein Grundrecht zu enthalten, sondern eher eine objektive Struktur zu haben. Erst wenn man die Voraussetzungen dieses Rechts berücksichtigt, wird der Inhalt des garantierten Schutzes deutlich: Das Verbot, einen Fall dem vorherbestimmten gesetzlichen Richter vorzuenthalten, setzt die Verpflichtung voraus, die notwendigen Regeln zur Bestimmung des gesetzlichen Richters zu erlassen (A). Das

Bundesverfassungsgericht nimmt eine Kontrolle mit unterschiedlicher Intensität vor, je nachdem, welcher Aspekt geprüft wird und wer die potenzielle Verletzung begeht (B).

A. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur eindeutigen Vorbestimmung des zuständigen Richters

Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält zunächst die Verpflichtung, den gesetzlichen Richter zu bestimmen, ihn im Voraus durch allgemeine Regeln so klar wie möglich und allgemeingültig zu definieren, und jeden vermeidbaren Ermessensspielraum auszuschließen. Der Begriff „gesetzlich“ wird weit gefasst, als „Bestand von Rechtssätzen“, denn neben Gesetzen im formalen Sinne können auch Verordnungen und gerichtliche Geschäftsverteilungspläne Bestimmungen über Zuständigkeiten enthalten. Der gesetzliche Richter wird also als der durch Rechtssätze bestimmte Richter verstanden. Die Zuständigkeitsregeln müssen im Voraus und so genau wie möglich festgelegt werden. Dabei geht es sowohl um die sachliche, die örtliche als auch um die instanzielle Zuständigkeit. Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG enthält somit einen Leistungsanspruch: das Recht auf eine möglichst genaue Bestimmung des Richters. Dabei geht es nicht nur um die Bestimmung des zuständigen Gerichts, sondern darüber hinaus „bis zur letzten Ebene“, d. h. auch um den Richter, der in einem bestimmten Fall konkret zur gerichtlichen Entscheidung berufen ist. Die Bestimmung des gesetzlichen Richters und damit der gerichtlichen Zuständigkeiten erfolgt daher auf drei Ebenen: erstens auf der Ebene der Gerichte, zweitens auf der Ebene der Spruchkörper innerhalb der Gerichte, und drittens auf der Ebene der teilnehmenden Richter innerhalb der Spruchkörper.

Auf der ersten Ebene, der Bestimmung der zuständigen Gerichte, ist es der Gesetzgeber, der die grundlegenden Normen der Zuständigkeiten durch Gesetze erlassen muss. So muss das Bundesrecht Verfahrensordnungen vorsehen, die die „fundamentalen Zuständigkeitsregeln“ enthalten. Der Gesetzgeber muss die entscheidenden Grundsätze selbst festlegen. So wird gesagt, dass ein Fall „blindlings“, „automatisch“ zum zuständigen Richter gelangen muss. In diesem Rahmen kann der Gesetzgeber die Funktionsfähigkeit der Justiz und damit Motivationen berücksichtigen, die außerhalb der gerichtlichen Tätigkeit liegen. Es kann an dieser Stelle angemerkt werden, dass der Gesetzgeber die Exekutive ermächtigen kann, unter Beachtung von Art. 80 Abs. 1 GG Regelungen in diesem Bereich zu erlassen. Dies ist jedoch nur für präzise und punktuelle Fragen möglich (z. B. die Errichtung und Abschaffung von Gerichten, die Festlegung von Gerichtsbezirken). Auf der zweiten Ebene sind es die Präsidien

der Gerichte, die Geschäftsverteilungspläne festlegen müssen. Sobald dieser Plan auf der Grundlage eines *Gesetzes* verfasst wird, wird davon ausgegangen, dass er die *gesetzliche* Bestimmung des Richters ermöglicht. Denn in jedem Fall kann das Ziel eines möglichst genau bestimmten Richters nicht allein durch Gesetze erreicht werden, insbesondere im Hinblick auf die Vielfalt der Gerichtsbarkeiten, die Verschiedenartigkeit der Organisation und Größe der Gerichte und den verschiedenen Umfang der Geschäftslast der Gerichte. Auch hier gilt, dass der konkrete Fall „blindlings“ zum anerkannten Gericht gelangen muss. Die dritte Ebene der Vorbestimmung des Richters sind die spruchkörperinternen Verteilungspläne. Diese sind die sogenannten Mitwirkungspläne. Diese Pläne sind jedoch nur bei einer Überbesetzung der Richter innerhalb eines Spruchkörpers und insbesondere bei Angelegenheiten, die von Einzelrichtern entschieden werden, zwingend vorgeschrieben. Innerhalb der Spruchkörper müssen Grundsätze für die interne Beteiligung der Richter aufgestellt werden, die abstrakt und generell festlegen, welche Richter an welchen Verfahren beteiligt sind.

Da es auf französischer Seite kein Recht oder Prinzip gibt, das es ihm erlaubt, eine Verpflichtung zur generell-abstrakten Regelung der Zuständigkeitsregeln aufzustellen, zieht der Verfassungsrat verschiedene Prinzipien heran, um die gesetzliche Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeiten zu umrahmen. Zunächst einmal spielt, wie aus den rechtswissenschaftlichen Werken hervorgeht, der Grundsatz der Gleichheit vor Gericht eine wichtige Rolle. Dieser Grundsatz schreibt für alle Bürger das gleiche Verfahren und die gleichen Gerichte vor und verlangt, dass das zuständige Gericht durch allgemeine Regeln der Gerichtsorganisation vorherbestimmt wird. Grundsätzlich müssen nämlich alle gleichartigen Fälle vor gleichartigen und gleich strukturierten Gerichten verhandelt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, muss der Gesetzgeber daher Gesetze erlassen, die sicherstellen, dass die Einrichtung der Gerichtsstrukturen auf allgemeinen, objektiven und jede Willkür ausschließenden Kriterien beruht. Der Grundsatz der Gleichheit vor der Justiz ermöglicht es dem Verfassungsrat, eine Gesetzesnorm zu sanktionieren, die im Bereich der Justiz eine Ungleichbehandlung ohne objektiven Grund festlegt. Der Rat schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, eine Ausnahme in Bezug auf die Zusammensetzung eines Gerichts zu schaffen, sofern die so geschaffene Ungleichbehandlung auf zuvor gesetzlich festgelegten Kriterien beruht, die hinreichend genau und objektiv sind, um eine willkürliche Anwendung zu verhindern, und die durch das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.

Zweitens ist der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Gerichtsorganisation ebenfalls wichtig. Dieser Grundsatz ist in Art. 34 Abs. 1 der Verfassung von 1958 festgelegt, wörtlich in eingeschränkter Form. Streng genommen gilt der Gesetzesvorbehalt für das Strafverfahren, die Amnestie, die Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten („*ordres de juridiction*“) und das Statut der Richter und Staatsanwälte. Der Verfassungsrat hat jedoch eine Ausweitung des gesetzgeberischen Bereichs in diesem Bereich vorgenommen. Zunächst vertritt er seit 1959 die Auffassung, dass die Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers fällt. In diesem Zusammenhang interpretiert er den Ausdruck „Gerichtsbarkeiten“ als „Kategorie von Gerichten“, um eine breite Palette französischer Gerichtsbarkeiten wie die Jugendgerichte und die Amtsgerichte einzubeziehen. Ein einzelnes Gericht einer einzigartigen Art kann sogar allein eine Gerichtsbarkeit bilden. So urteilte der Verfassungsrat für das Kassationsgericht (*Cour de cassation*). Darüber hinaus ermöglicht diese extensive Auslegung dem Verfassungsrat, in diese Schaffung alle konstitutiven Regeln, die es der Gerichtsbarkeit ermöglichen, die Aufgabe, für die sie geschaffen wurde, vollständig auszuüben, einzubeziehen. Dies ist insbesondere der Fall bei Regeln, die die Art und Weise der Zusammensetzung des Gerichts, die materielle Zuständigkeit oder auch die Grundstruktur des Gerichts festlegen.

Ein letztes Element wird bei den Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeiten der Gerichte besonders hervorgehoben: Es handelt sich um den Grundsatz der Trennung zwischen der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit (*principe de séparation entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif*). In diesem Rahmen wird der Ausdruck „natürliche(r) Richter“ nämlich am ehesten verwendet. Das deutlichste Beispiel ist der Grundsatz, dass der ordentliche Richter (*juge judiciaire*) gemäß Artikel 66 der Verfassung von 1958 der natürliche Richter für den Schutz der persönlichen Freiheit ist. Es gibt übrigens einen Richter, der speziell für die Lösung möglicher Kompetenzkonflikte zwischen ordentlichen und Verwaltungsgerichten zuständig ist: das Konfliktgericht (*Tribunal des conflits*).

Nach französischem Literaturverständnis bezieht sich das Wort „Richter“ in dem Ausdruck „natürlicher Richter“ nicht auf die natürliche Person des Richters, sondern im weiteren Sinne auf das Gericht. Darüber hinaus sind die Einflüsse des Verfassungsrechts und der Rechtsprechung des Verfassungsrats in Bezug auf die interne Organisation der Gerichte sehr begrenzt, insbesondere aufgrund des Fehlens einer verfassungsrechtlichen Kontrolle von Gerichtsurteilen. Infolgedessen wird alles, was die Geschäftsverteilung innerhalb der Gerichte – und damit erst recht innerhalb der Spruchkörper – betrifft, mit Maßnahmen der Justizverwaltung (*mesures d'administration judiciaire*) gleichgesetzt. Die Kontrolle des

Richters (nicht Verfassungsrichters) ist auf den willkürlichen Ermessensmissbrauch beschränkt. Es gibt also keine Anforderungen, die von der Verfassung oder dem französischen Recht in Bezug auf die Verteilung der Geschäfte und die Bestimmung des zuständigen Einzelrichters auferlegt werden. Das Übergewicht der Gerichtspräsidenten wird von einigen Autoren kritisiert, die mehr interne Demokratie in den französischen Gerichten fordern.

B. Die variable verfassungsrechtliche Kontrolle der Zuständigkeitsverteilung

Historisch gesehen hat sich das Recht auf den gesetzlichen Richter entwickelt, um die Intervention der Exekutive (insbesondere des Königs und seines Rates) in den Lauf der Justiz zu verbieten. Das Hauptziel bestand darin, die Schaffung von Ausnahme- oder Sondergerichten durch die Exekutive zu verhindern. Nach dem Bundesverfassungsgericht sind Ausnahmegerichte „solche Gerichte, die in Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen sind“. Heute gibt es nur noch wenige Schwierigkeiten mit solchen Interventionen der Exekutive, auch wenn diese offiziell natürlich rechtlich an den gesetzlichen Richter gebunden ist (Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG). Dies ist übrigens eine Gemeinsamkeit mit dem französischen System, das natürlich ebenfalls die Schaffung von Sondergerichten durch die Exekutive verbietet.

Was die Verpflichtung zur gesetzlichen Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeiten betrifft, so nimmt das Bundesverfassungsgericht eine normale Kontrolle über den Gesetzgeber, die Verordnungsgeber und die Geschäftsverteilungspläne vor. Es kontrolliert insbesondere den Grad der Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung, wobei es auf den Begriff der „unbestimmten Rechtsbegriffe“ zurückgreift, um den Adressaten der Zuständigkeitsnormen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu belassen. Der Gesetzgeber kann nicht alles vorsehen und muss daher unbestimmte Rechtsbegriffe so weit wie möglich einschränken, insbesondere wenn diese Begriffe von Beamten der Exekutive ausgelegt werden müssen. Auf der Seite der Geschäftsverteilungspläne lässt das Karlsruher Gericht die Möglichkeit zu, die Pläne im Laufe des Jahres zu ändern, aber nur in begrenztem Umfang: wenn dies notwendig ist, insbesondere im Hinblick auf die Über- oder Unterlastung eines Richters oder Spruchkörpers oder aufgrund der Ersetzung oder dauerhaften Verhinderung einzelner Richter.

Dagegen übt das Bundesverfassungsgericht nur eine eingeschränkte Kontrolle über die Anwendung der Zuständigkeitsregeln durch die Gerichte und Richter aus. Tatsächlich wurde Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch eine weitere Ausweitung der Rechtsprechung den Richtern

selbst auferlegt. Dies wurde durch die Einführung der individuellen Urteilsverfassungsbeschwerde ermöglicht. Das Bundesverfassungsgericht hat hier die Arbeit eines Juristen aus dem frühen 20. Jahrhundert, Eduard Kern, herangezogen hat, der 1927 ein Werk über den gesetzlichen Richter verfasst hat. Darin vertritt er die Auffassung, dass sich neben der ursprünglichen und historischen Bedeutung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (die Übertragung einer Rechtsangelegenheit auf eine Behörde außerhalb der Justiz) eine zweite, stufenweise Bedeutung dieses Rechts entwickelt hat. Diese besteht darin, dass das Recht auf den gesetzlichen Richter auch dann missachtet werden könnte, wenn der vom Gesetz für die Entscheidung eines Falles vorgesehene Richter rechtswidrig übergangen und durch einen anderen Richter oder ein anderes Gericht, d. h. durch eine Behörde innerhalb der Justiz, ersetzt wird. Er ist daher der Ansicht, dass das Recht auf den gesetzlichen Richter auch den willkürlichen Ausschluss des gesetzlichen Richters innerhalb der Justiz verbietet. In seiner Entscheidung Tatsachenfeststellung von 1954 greift das Bundesverfassungsgericht die Grundlagen von Kerns Arbeit auf, um die Einhaltung der Zuständigkeitsregeln durch die Richter zu überwachen.

Seitdem ist dies in der Praxis der wichtigste Teil der Prüfung, die das Bundesverfassungsgericht nach Artikel 101 GG durchführt. Die Kontrolle beschränkt sich jedoch auf eine willkürfreie Anwendung und Auslegung der Zuständigkeitsregeln. Das Gericht verwendet hier die Kriterien, die es für die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG entwickelt hat. Es stützt sich auf die Theorie des besonderen Verfassungsrechts, um die Auffassung zu vertreten, dass es nicht jeden Verfahrensfehler als verfassungswidrig sanktionieren kann. Denn das Recht auf den gesetzlichen Richter muss vom Gesetzgeber durch den Erlass von Gesetzen und Zuständigkeitsregelungen konkretisiert werden (normgeprägtes Recht). Würde es eine umfassende Kontrolle ausüben, käme dies einer Konstitutionalisierung des einfachen Prozessrechts gleich. Um den Bezug zum Verfassungsrecht, genauer gesagt zum Grundgesetz, aufrechtzuerhalten, urteilt das Karlsruher Gericht zunächst, dass es die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregeln nur dann in Frage stellen darf, wenn sie nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheinen, nach vernünftiger Würdigung der maßgeblichen Grundsätze des Grundgesetzes, oder wenn sie vom Grundsatz des gesetzlichen Richters in einem Maße abweichen, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen sind, weil sie mit der Bezugsnorm, die sie anwenden, nichts mehr zu tun haben. Eine Entscheidung, die die Zuständigkeitsregeln willkürlich anwendet, ist eine Entscheidung, die grundlegend den Sinn und die Tragweite der Garantie aus Art. 101 Abs. 1 (2) GG verkennt oder die Verfahrensnormen

objektiv willkürlich und falsch anwendet. Sie berücksichtigt also nur offensichtliche Auslegungsfehler, die auf einer grundlegend falschen Auffassung von der Bedeutung des betreffenden Grundrechts beruhen.

Zum Vergleich: In Frankreich kann der Verfassungsrat nicht über die korrekte Anwendung der Vorschriften über die Zuständigkeit und die Besetzung der Gerichte durch die Richter entscheiden. Es sind die obersten Gerichte jeder Gerichtsbarkeit, die die Anwendung dieser Regeln durch die untergeordneten Gerichte kontrollieren. In diesem Rahmen urteilen sowohl der *Conseil d'État* als auch die *Cour de cassation*, dass die Vorschriften über die Zuständigkeit und die Besetzung der Gerichte zwingenden Vorschriften (*règles d'ordre public*) sind, die von den Richtern von Amts wegen erhoben werden müssen. Es ist hingegen nicht möglich, die Zuständigkeit oder die Besetzung eines Spruchkörpers eines dieser beiden obersten Gerichte in Frage zu stellen.

§ 2: Die Annäherungen zwischen Frankreich und Deutschland bei den Eigenschaften des gesetzlichen Richters: die Einhaltung der Regeln der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Zusätzlich zu einem Ziel des Rechts auf den gesetzlichen Richter sind die Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu konstitutiven Elementen dieses Rechts geworden, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 (2) GG fallen. Dieses Element führt zu einer Annäherung des französischen und des deutschen Rechts. Nämlich erkennen die Verfassungsrechte beider Länder die grundlegende Natur der Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit an (A). Da unser Ausgangspunkt das deutsche Recht auf den gesetzlichen Richter ist, konzentrieren wir uns in der Folge vor allem auf die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass die Bürger von einem Richter beurteilt werden, der die erforderlichen Eigenschaften erfüllt. Aus diesem Grund konzentrieren wir uns auf ein wesentliches Element zur Gewährleistung der Unparteilichkeit von Richtern: die Verfahrensregeln für die Absetzung und Ablehnung von Richtern (B).

A. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters als Grundprinzipien

In Deutschland versteht das Bundesverfassungsgericht seit den 1950er Jahren die Garantie des Art. 101 Abs. 1 (2) GG weit, indem es alle Fragen im Zusammenhang mit dem Status der Richter einbezieht: Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität. In diesem Umfang und zusammenfassend betrachtet es, dass der gesetzliche Richter nur derjenige sein kann, der

in allen Hinsichten den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Der dieser Ausweitung der Rechtsprechung zugrunde liegende Gedanke ist der, nicht nur das Recht auf den gesetzlich bestimmten Richter zu gewährleisten, sondern auch das Recht auf einen „guten Richter“, im Sinne von Neutralität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Um diese Ausweitung der Rechtsprechung zu erreichen, nutzte das Karlsruhe Gericht seine Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlich garantierten Grundsätzen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, um deren Einhaltung in den Anwendungsbereich des Rechts auf einen gesetzlichen Richter einzubeziehen.

Die Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter sind im Abschnitt über die richterliche Gewalt in den Artikeln 92 und 97 GG enthalten. Das Karlsruhe Gericht ist der Ansicht, dass Artikel 92 sicherstellt, dass die Rechtsprechung nur von Richtern ausgeübt wird, die die in den beiden Absätzen von Artikel 97 GG festgelegten Bedingungen der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit erfüllen. Zum einen schreibt der letztgenannte Artikel die Entscheidungsfreiheit und die Weisungsfreiheit der Richter vor und verbietet Eingriffe der beiden anderen Gewalten in die Rechtsprechungstätigkeit. Andererseits ermöglicht er die Gewährleistung der persönlichen Unabhängigkeit von Berufsrichtern und hauptamtlichen Richtern durch die Anerkennung eines statutarischen Schutzes – insbesondere durch den Grundsatz der Unabsetzbarkeit von Berufsrichtern und die Fortzahlung des Gehalts. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und unter Beachtung des Grundgesetzes und des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht ist Artikel 97 GG kein beschwerdefähiges Grundrecht im Sinne von Artikel 90 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Er gehört nämlich nicht zu den Artikeln, die als grundrechtsgleiche Garantien in Art. 9 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG genannt werden. Die Rechtfertigung für diesen Ausschluss liegt im objektiven Charakter von Art. 97 GG.

In einem Beschluss vom 17. November 1959 bezieht das Verfassungsgericht den Inhalt der Artikel 92 und 97 BG ausdrücklich in den Schutzbereich des Rechts auf den gesetzlichen Richter ein. Es erkennt zwar zunächst an, dass die historische Hauptbedeutung des Rechts auf den gesetzlichen Richter darin besteht, die willkürliche Bestimmung des zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufenen Richters zu verbieten, ist jedoch der Ansicht, dass diese erste Bedeutung den Anwendungsbereich von Artikel 101 Abs. 1 (2) GG nicht erschöpft und stellt den Grundsatz auf, dass auch ein Gericht, das nicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht, sowie ein Richter, dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gewährleistet erscheinen, „ungesetzlich“ ist. Im vorliegenden Fall sanktioniert es die gesetzgebende

Einrichtung der Friedensrichter in den schwäbischen Gemeinden, die strikt an die Gemeindeverwaltung gebunden sind. Mit dieser Entscheidung nimmt das Karlsruher Gericht eine Materialisierung des Rechts auf den gesetzlichen Richter vor, da die Qualität des Gerichts, dessen Zuständigkeit in Frage steht, für die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit des Richters ausschlaggebend wird. Es geht nicht mehr nur darum, ob der Richter, der einen Rechtsstreit entschieden hat, derjenige ist, der formal dafür zuständig war. Es geht auch um die Frage, ob der Richter über die notwendigen Eigenschaften verfügt, um die Rechtsprechungsfunktion in diesem Fall auszuüben. Sie nutzt die Möglichkeiten des Wortes „Richter“ in der Formulierung „gesetzlicher Richter“. In diesem Rahmen interpretiert das Bundesverfassungsgericht Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG so, als wäre er wie Art. 6 Abs. 1 EMRK formuliert, d. h. als Recht auf ein faires Verfahren. Trotz der Kritik hat das Bundesverfassungsgericht stets an seiner Rechtsprechung zu diesem Thema festgehalten, die es ihm ermöglicht hat, wichtige Grundsätze zu verankern: das Rechtsprechungsmonopol des Richters, die sachliche Unabhängigkeit des Richters, die persönliche Unabhängigkeit des Richters sowie die Neutralität und die Distanz des Richters.

Die politische und gerichtliche Geschichte Frankreichs ist von einer großen Abhängigkeit der Justiz von den anderen Gewalten geprägt. Heutzutage wird der Unabhängigkeit der Justiz von der französischen Verfassungs- und der ordentlichen Gerichtsbarkeit mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Insbesondere seit der Einführung der *question prioritaire de constitutionnalité* (vorrangigen Verfassungsfrage – Art. 61-1 der Verfassung seit 2008) haben Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Einhaltung des Unabhängigkeitsprinzips in der französischen Verfassungsrechtsprechung eine große Bedeutung erlangt. Dies steht in direktem Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Grundsatz der Unabhängigkeit im Rahmen der in Artikel 61-1 der Verfassung vorgesehenen nachträglichen Kontrolle geltend gemacht werden kann und vom Verfassungsrat bei der Prüfung jedes Gesetzestextes von Amts wegen erhoben werden kann. Dies hat es dem französischen Verfassungsrichter ermöglicht, eine umfangreiche Rechtsprechung zu den Anforderungen zu entwickeln, die sich aus dem Grundsatz der Unabhängigkeit ergeben, und zwar sowohl in Bezug auf die Organisation der Gerichte und der Spruchkörper als auch in Bezug auf die Eigenschaften, die von den Richtern erwartet werden, die zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten berufen sind. Indem er den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte anwendet, garantiert der Verfassungsrat die Unabhängigkeit der Richter als Personen. 1970 leitet der Verfassungsrat die Unabhängigkeit der Gerichte aus Artikel 64 der Verfassung ab.

Dieser Grundsatz gilt nur für die ordentliche Gerichtsbarkeit (*autorité judiciaire*). Im Allgemeinen kombiniert der Verfassungsrat diesen Artikel mit Artikel 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, um nicht nur die Unabhängigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern auch die Unabhängigkeit „der Gerichte“ zu verankern. Im Jahr 1980 verankert der Verfassungsrat die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichte, indem er auf ein altes Gesetz zur Abschaffung der Justizhoheit in Verwaltungsangelegenheiten zurückgreift. Darüber hinaus wendet sich der Verfassungsrat der Unabhängigkeit der Richter als Personen zu. Diese erscheint als Korrelat des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Gerichte. In diesem Rahmen ist das Ziel des Verfassungsrats weniger der Schutz eines Berufsstandes als vielmehr der Schutz der Ausübung einer Tätigkeit, einer Funktion: der Rechtsprechung.

Darüber hinaus wird der Grundsatz der Unparteilichkeit in den Texten mit Verfassungsrang nicht ausdrücklich garantiert oder erwähnt. Dieser Grundsatz war lange Zeit nicht im Vokabular des Verfassungsrichters zu finden – erst 1985 wurde erstmals in einer Entscheidung des Verfassungsrats auf diesen Grundsatz Bezug genommen – und findet seine ursprünglichen Grundlagen im einfachen französischen Recht und in der Rechtsprechung. Im einfachen Recht wird die Unparteilichkeit zunächst als eine Verpflichtung des Richters angesehen. Der Begriff der Unparteilichkeit wird dann mit dem Begriff der Deontologie des Richters in Verbindung gebracht. Durch den Einfluss des Rechts der Europäischen Menschenrechtskonvention wurde die Unparteilichkeit jedoch zu einer individuellen subjektiven Garantie für die Rechtsuchenden. Zwar scheinen sich die obersten französischen Gerichte grundsätzlich auf Artikel 6 der Konvention und die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs zu berufen, doch stellen einige Entscheidungen die Einhaltung des europäischen Rechts durch die *Cour de cassation* und den *Conseil d'État* in Frage. Der Verfassungsrat seinerseits wurde ebenfalls von der europäischen Rechtsprechung beeinflusst. Er verbindet sehr häufig Unabhängigkeit mit Unparteilichkeit. Er kontrolliert vor allem die Regeln für die Besetzung der Gerichte und die Frage der Kumulierung von Aufgaben in ein und demselben Fall.

B. Die notwendige Garantie der effektiven Unparteilichkeit des Richters: Die Regeln über Absetzung und Ablehnung

Damit die konkrete Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters gewährleistet ist, muss es zunächst eine Reihe von Regeln geben, die es den Bürgern ermöglichen, in einem konkreten Fall einen Richter auszuschließen, der die Anforderungen an die erforderliche

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht erfüllt, einen Richter, der nicht der „gesetzliche Richter“ des konkreten Falles ist. Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich verpflichten die Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter den Gesetzgeber dazu, Zuständigkeitsregeln vorzusehen, die es ermöglichen, einen Richter abzulehnen, der in einem bestimmten Fall die Unparteilichkeitsgarantien nicht erfüllt. Trotz der unterschiedlichen Verfahren, die in beiden Systemen existieren, lässt sich ein gemeinsames Prozessrecht in Bezug auf den Ausschluss und die Ablehnung von Richtern herausstellen.

Beide Systeme sehen zunächst Verfahren vor, bei denen Richter von Amts wegen von einem bestimmten Rechtsstreit ausgeschlossen werden. Die Gründe sind nicht identisch, aber man findet die Unmöglichkeit, mehrere Aufgaben im Zusammenhang mit ein und demselben Fall auszuüben. Zweitens sehen das französische und das deutsche Recht eine Reihe von Fällen vor, in denen ein Richter aufgrund einer Besorgnis der Befangenheit von der Kenntnis eines Rechtsstreits abgelehnt werden kann. Dabei handelt es sich um Ablehnungsverfahren. In Deutschland gibt es keine Liste der Ablehnungsgründe, während es in Frankreich eine Liste für Zivil- und Strafsachen gibt. Der *Cour de cassation* nutzt jedoch den Verweis auf Artikel 6 EMRK, um über die aufgelisteten Gründe hinauszugehen. Darüber hinaus kann sich sowohl in Frankreich als auch in Deutschland ein Richter, der der Meinung ist, dass er einen Ablehnungsgrund vorbringen könnte, melden. Hier gibt es einen größeren Unterschied zwischen den beiden Ländern, denn in Deutschland bleibt das Verfahren bei der Ablehnung (in diesem Fall ist es eine Selbstablehnung), während in Frankreich das Verfahren zu dem Zeitpunkt endet, zu dem ein Richter sich freiwillig und ohne Begründung von der Teilnahme an einem Verfahren zurückzieht. Ein zweiter Unterschied zwischen den beiden Systemen besteht im Verfahren, das bei der Ablehnung angewandt wird. In Deutschland entscheidet das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, nach Anhörung der verschiedenen Beteiligten (Richter und Parteien) ohne Beteiligung des abgelehnten Richters. In Frankreich entscheidet bei Zivil- und Strafgerichten der erste Präsident des Berufungsgerichts (*cour d'appel*) allein. In Verwaltungssachen entscheidet das Gericht, aber niemand wird angehört, und die Entscheidung wird nicht begründet. Diese Unterschiede (freiwillige Nichtbeteiligung ohne Kontrolle und gerichtliche Verfahren) finden sich auch in den Regeln für den Ausschluss und die Ablehnung von Verfassungsrichtern für das Bundesverfassungsgericht und den Verfassungsrat.

Diese Unterschiede (freiwillige Nichtbeteiligung ohne Kontrolle und gerichtliche Verfahren) finden sich auch in den Regeln für den Ausschluss und die Ablehnung von Verfassungsrichtern für das Bundesverfassungsgericht und den Verfassungsrat. Darüber hinaus

ist die Rolle die Verfassungsgerichte bei der Kontrolle der Ausschluss- und Ablehnungsregeln sehr unterschiedlich. In Deutschland übt das Bundesverfassungsgericht eine normale Kontrolle über diese Regeln aus, ähnlich wie bei den Zuständigkeitsregeln. Es stellt sicher, dass die Ablehnungsregeln einen ausreichenden Grad an Bestimmtheit aufweisen. So urteilt es beispielsweise, dass die Selbstablehnung allein nicht ausreicht, um den Grundsatz des Art. 101 GG einzuhalten. Der Verfassungsrat seinerseits nimmt nur sehr selten und äußerst eingeschränkt eine Kontrolle vor. Er prüft nur das Bestehen von Ablehnungsregeln und verweist im Allgemeinen auf die Frage des Status der Richter, um die Unparteilichkeit eines Gerichts allgemein zu gewährleisten.

Das Schutzniveau für den Einzelnen hängt jedoch auch stark davon ab, ob ein höherer Richter die Möglichkeit hat, die Anwendung der Ausschluss- und Ablehnungsregeln zu kontrollieren. Da es kein Verfahren gibt, das es dem französischen Verfassungsrat ermöglicht, über die Verfassungsmäßigkeit rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen zu befinden, ist es nicht möglich, die Verfassungsrechtsprechung zweier Länder hinsichtlich der Anwendung der Ablehnungsregeln zu vergleichen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann nur mit der Rechtsprechung der obersten französischen Gerichte verglichen werden. Sowohl der *Cour de cassation* als auch der *Conseil d'État* werden im Rahmen ihrer Kassationsprüfung manchmal gebeten, die von den unteren Gerichten vorgenommene Anwendung der Ausschluss- und Ablehnungsregeln zu überprüfen. Der *Cour de cassation* legt den Grundsatz fest, dass der erstmals in der Kassation geltend gemachte Klagegrund der mangelnden Unparteilichkeit des Richters in der Hauptsache unzulässig ist, wenn der Einzelne im Verfahren in der Hauptsache nicht von den Ablehnungsregeln Gebrauch gemacht hat. Die Entscheidung steht im Einklang mit der diesbezüglichen Straßburger Rechtsprechung. Zweitens verlangt er, dass der Antragsteller insbesondere den Beweis für das Bestehen einer besonderen Beziehung zwischen dem Richter und einer der Parteien erbringt. Der *Conseil d'État* seinerseits behält ein gewisses „nationales“ Verständnis der mit der Unparteilichkeit von Richtern verbundenen Anforderungen bei. Wie der *Cour de cassation* macht er einen kombinierten Gebrauch von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention und dem Grundsatz der Unparteilichkeit als allgemeinem Rechtsgrundsatz (*principe général du droit*). Dieser Grundsatz wird an die Frage der ordnungsgemäßen Besetzung des Spruchkörpers geknüpft, wodurch er eine zwingende Vorschrift (*moyen d'ordre public*) ist, die in jedem Stadium des Verfahrens, in der Berufung oder in der Kassation, von den Parteien oder vom Richter geltend gemacht werden kann. Wie

in Zivil- und Strafsachen muss der Antrag jedoch begründet und mit den erforderlichen Belegen versehen werden.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht kann seinerseits im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde und indirekt auch gegen Befangenheitsentscheidungen der erstinstanzlichen Gerichte vorgehen, wenn diese von den höheren Gerichten bestätigt wurden. Mehr noch, das Gericht kann der Ansicht sein, dass das höchste deutsche Gericht durch die Zurückweisung der Revision – die implizit die frühere Nichtablehnungsentscheidung bestätigt – die Fehler des unteren Gerichts „verschlimmert“ hat. Bei der Prüfung der Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters oder Nicht-Richters an der Urteilsfindung ist das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Prüfung der Willkürfreiheit beschränkt, da es sich um eine nicht autorisierte, außerhalb der Justiz stehende Person handelt, die an der Rechtsprechung teilgenommen hat. Jede Missachtung von Art. 101 Abs. 1 (2) GG muss insofern sanktioniert werden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Teilnahme eines Richters am Revisionsverfahren überprüft wird, obwohl er an der angefochtenen Entscheidung beteiligt war. Wie bei der Kontrolle der Anwendung der Zuständigkeitsregeln schränkt das Bundesverfassungsgericht seine Kontrolle jedoch weiter ein, wenn es die Auslegung und Anwendung der Ablehnungsregeln zu bewerten hat. Es schränkt seine Kontrolle ein, indem es feststellt, dass eine Missachtung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nur dann vorliegt, wenn die Ablehnung des Ablehnungsverfahrens auf willkürlichen Erwägungen beruht.

Was die Anwendung dieser Kontrolle betrifft, sind die deutschen und französischen Gerichte mit denselben Arten von Problemen konfrontiert, die sowohl die persönliche als auch die funktionale Unparteilichkeit der Richter betreffen. Aus der Analyse geht hervor, dass es keine gemeinsamen, klaren und präzisen Regeln gibt. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass die Anwendung der Ablehnungsregeln im Hinblick auf die Kumulierung von Aufgaben kasuistisch erfolgt. Die Lösungen werden somit „von Fall zu Fall“ gegeben. Außerdem ist die deutsche Verfassungsrechtsprechung weniger vom Europarecht beeinflusst, insbesondere weil das Gericht durch die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 (2) die Kontrolle der Anwendung der Ablehnungsregeln auf das Fehlen von Willkür in der Entscheidung beschränkt.

SCHLUSSTEIL: DIE HANDHABUNG DES RECHTS AUF DEN GESETZLICHEN RICHTER IN EINER EUROPÄISCHEN PERSPEKTIVE: DIE ACHTUNG DER VORABENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ DES EUGH

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann ein Richter nur dann als gesetzlicher Richter bezeichnet werden, wenn er die Anforderungen an die gesetzliche Vorbestimmung seiner Zuständigkeiten sowie an seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit erfüllt. Durch kreative Rechtsprechung und nach einer Zeit der Unsicherheit hat das Bundesverfassungsgericht den EuGH als gesetzlicher Richter anerkannt (§ 1). Die Kontrolle, die das Bundesverfassungsgericht in diesem Rahmen über die Entscheidungen der deutschen letztinstanzlichen Richter ausübt, weist einige Besonderheiten auf (§ 2).

§ 1: Der EuGH als gesetzlicher Richter in der deutschen Rechtsordnung

Seit seiner Errichtung hat sich der EuGH als „Motor der Integration“ positioniert, der gegenüber den Mitgliedstaaten manchmal streng ist. Anhand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu den nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten innerstaatlichen Vorlagepflichten wurde die Frage nach dem „gesetzlichen“ Charakter des EuGH bereits Anfang der 1970er Jahre an das Bundesverfassungsgericht herangetragen. Das Gericht hat sich jedoch mehrere Jahre lang davor gehütet, diese Vorlagepflicht explizit in den Schutzbereich dieses Artikels aufzunehmen. Es war daher die deutsche Rechtswissenschaft, die seit den 1970er Jahren über die Möglichkeit nachdachte, den EuGH als gesetzlichen Richter anzuerkennen. Erst nach vielen Jahren ohne klares Urteil und in der berühmten *Solange II*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die richterliche Zuständigkeit des EuGH formell in die deutsche Rechtsordnung aufgenommen. In einem ersten Schritt stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass angesichts der zahlreichen institutionellen Garantien, die das Gemeinschaftsrecht vorsieht, kein Zweifel an der Gerichtsqualität des EuGH bestehen kann. In einem zweiten Schritt erkennt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Zuständigkeit des EuGH gesetzlich festgelegt ist und sich in der deutschen Rechtsordnung durchsetzt. Wenn das Bundesverfassungsgericht den Rechtspflegecharakter des EuGH allgemein anerkennt, wird natürlich seine Vorabentscheidungskompetenz hervorgehoben. In Anbetracht der Bedeutung dieses Mechanismus und des begrenzten Charakters der anderen Zugangswege zum EuGH beschränkt

sich die Anerkennung des gesetzlichen Charakters des EuGH daher auf seine Zuständigkeit für Vorabentscheidungen.

In Frankreich bleibt die Analyse des Mechanismus des Vorabentscheidungsersuchens auf die vom EuGH vertretene Auffassung beschränkt. Insofern behalten die Richter und die Lehre eine rein objektive Sicht dieses Instruments bei und verweisen auf die europäische Rechtsprechung in diesem Bereich. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Vorabentscheidungsersuchen nämlich das Instrument der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof. Das Vorabentscheidungsersuchen wird somit in erster Linie als ein Mechanismus des „Dialogs von Richter zu Richter“, definiert, der nicht von den Parteien beeinflusst wird.

§ 2: Der Umfang der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht

Bei der Prüfung der Einhaltung der Vorlagepflicht nimmt das Bundesverfassungsgericht keine vollständige Kontrolle der Gerichtsentscheidung vor, sondern konzentriert sich auf bestimmte Kriterien, die es im Laufe der Entscheidungen präzisiert und verfeinert hat. Der Bezugspunkt seiner Kontrolle ist gemäß seiner allgemeinen Rechtsprechung die Suche nach Willkür in der ihm vorgelegten Gerichtsentscheidung. Es hat dieses Kriterium erheblich konkretisiert und seinen Inhalt schärfer konturiert. Um festzustellen, ob Art. 267 Abs. 3 AEUV in offensichtlich unhaltbarer Weise ausgelegt wurde, stützte sich das Gericht auf Fallgruppen: grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht, bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft, Unvollständigkeit der Rechtsprechung. Damit das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung der Vorlagepflicht durch die deutschen Gerichte kontrollieren kann, hat es diesen bei der Handhabung von Fragen des Unionsrechts Erkundigungs- und Aufklärungspflichten für ihre Entscheidungen auferlegt.

Es kann hier klargestellt werden, dass der EGMR, wenn er eine Nichtvorlage auf der Grundlage von Artikel 6 EMRK überprüft, ebenfalls eine auf Willkür beschränkte Kontrolle vornimmt. Er beschränkt sich also darauf, zu prüfen, ob der Richter seine Entscheidung formal im Hinblick auf die im Unionsrecht vorgesehenen Kriterien für die Vorlage begründet hat. Er prüft nicht inhaltlich, ob die Ablehnung im konkreten Fall gerechtfertigt war oder nicht.

Die Debatte in der Literatur über die Kohärenz der vom Bundesverfassungsgericht ausgeübten Kontrolle der Vorlagepflicht kristallisierte sich an der Frage der im Rahmen der dritten Fallgruppe verwendeten Referenznorm heraus. Das Bundesverfassungsgericht prüft

nämlich, ob die Anwendung der Normen des Unionsrechts durch das deutsche Gericht nicht willkürlich ist. In diesem Rahmen zieht es jedoch das materielle Unionsrecht als Bezugsnorm heran. Diese Handhabung wurde von einem Teil der Lehre stark kritisiert. Darüber hinaus monieren einige Stimmen, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Kontrolle die Rechtsprechung des EuGH nicht respektiere. Denn die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Hypothesen zur Verletzung der Vorlagepflicht bei Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH entsprechen nicht der *Cilfit*-Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht sanktioniert das Unterlassen eines Vorabentscheidungsersuchens nur, wenn das deutsche Gericht den ihm vom Bundesverfassungsgericht selbst eingeräumten Beurteilungsspielraum überschritten hat, was nicht nach dem Vorbild der *Cilfit*-Rechtsprechung bewertet wird.

Trotz der Kommentare und Kritik in der Lehre kann davon ausgegangen werden, dass das Bundesverfassungsgericht eine konstante und schützende Rechtsprechung in Bezug auf die Einhaltung der Vorlagepflicht aufgebaut hat. Hier ist es schwierig, einen Vergleich mit Frankreich anzustellen, das keine verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen nationalen Mechanismen kennt, um die Nichteinhaltung der Vorlagepflicht zu sanktionieren. Daher ist der Verweis auf das supranationale Recht und die supranationalen Gerichte erforderlich. Auf der einen Seite kann der EuGH eine Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtbeachtung des Unionsrechts durch ein Gericht feststellen (Art. 258 AEUV). So stellte er eine Vertragsverletzung Frankreichs fest, weil der *Conseil d'État* kein Vorabentscheidungsersuchen gestellt hatte. Die oberinstanzlichen nationalen Gerichte begründen eine Rüge der unterinstanzlichen Gerichte bei nicht-begründeten unterlassenen Vorabentscheidungsersuchen mit Artikel 6 EMRK. Dies gilt jedoch nur für die untergeordneten Gerichte. Was die obersten Gerichte betrifft, so kann ihre willkürliche Verweigerung eines Vorabentscheidungsersuchens nur vor dem EGMR selbst angefochten werden. So wurde Frankreich vom EGMR wegen der willkürlichen Verweigerung eines Vorabentscheidungsersuchens durch die *Cour de cassation* verurteilt.

SCHLUSS

Die Studie des deutschen Rechts auf den gesetzlichen Richter, das in einen Kontext mit dem französischen Recht gestellt wird, ist sehr lehrreich. Dieses Recht stellt ein altes Verfassungsgut dar, das seit dem frühen 19. Jahrhundert in den deutschen Texten verankert ist. Die Analyse der Entstehung und Entwicklung der Garantie, zunächst in Frankreich und dann in

Deutschland, ermöglicht es, das mit diesem Recht verbundene Schutzpotenzial zu beleuchten. Erst durch die allmähliche Anerkennung der notwendigen Trennung zwischen König und Legislative und der Unterwerfung des Königs, des Staates, unter das Recht – in Deutschland dank der Konzeptualisierung des Rechtsstaats – wird das Recht auf den gesetzlichen Richter zu einer echten individuellen Garantie für die Rechtsuchenden. Die historische Entwicklung des Rechts auf den gesetzlichen oder natürlichen Richter erfordert daher einen Fortschritt von liberalen Ideen hin zur Rechtsstaatlichkeit und in erster Linie die Anerkennung der Unabhängigkeit der Justiz. Insofern findet die heutige deutsche Konzeption des Rechts auf den gesetzlichen Richter, die durch die Ausweitung und Intensivierung der Garantien gekennzeichnet ist, eine Erklärung in den historischen Kämpfen um die Sicherung seiner Anerkennung und Effektivität. Im Gegensatz dazu verhindert in Frankreich die Beibehaltung eines Verständnisses der Justiz als „verlängerter Arm“ der Staatsgewalt eine Vertiefung der Rechtsprechungsgarantien, selbst wenn das Recht auf den gesetzlichen Richter ausdrücklich auf Verfassungsebene verankert ist.

Der Unterschied in der Rechtskultur und insbesondere im Verfassungsgerichtsmodell zwischen Frankreich und Deutschland wird bei der Untersuchung der positiven Rechte dieser beiden Staaten deutlich. Die herausragende Rolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Adaptierung und Verbesserung der Verfassungsgarantien steht im Gegensatz zu der marginalen Rolle des Verfassungsrats im Bereich der Gerichtsorganisation.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS	11
INTRODUCTION	15
§ 1 : Le droit au juge naturel ou légal, garantie de la compétence du juge	18
<i>A. L'importance cardinale du droit au juge légal en droit constitutionnel allemand</i>	21
<i>B. L'absence de droit français au juge naturel équivalent</i>	25
§ 2 : Intérêts de l'étude	30
§ 3 : Objectifs et démarche de la recherche	38
PARTIE I : LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DROIT AU JUGE LÉGAL : LA VOLONTÉ DE PROTÉGER LES COMPÉTENCES DES JUGES FACE AU POUVOIR EXÉCUTIF	41
TITRE I : L'APPARITION DE REVENDICATIONS CONVERGENTES CONTRE L'ABSOLUTISME MONARCHIQUE EN EUROPE (XV ^E -XVIII ^E SIÈCLES)	43
Chapitre I : La centralisation de la justice par le pouvoir monarchique à l'origine des revendications pour un droit au juge naturel ou légal	45
Section 1 : Des revendications précoces dans la France centralisée et absolue du XV ^e siècle : l'apparition du droit au juge naturel	45
§ 1 : La centralisation de la justice au détriment des juridictions préexistantes, les juridictions <i>naturelles</i>	47
<i>A. Le développement de la justice royale</i>	47
<i>B. La défense des juridictions locales « naturelles » face aux juges royaux</i>	51
1. Une revendication constante des états généraux	52
2. Des engagements non tenus par les monarques français	58
§ 2 : L'absolutisme judiciaire du roi au cœur des revendications des juges royaux, juges <i>naturels</i>	61
<i>A. Le conflit naissant entre le roi et ses parlements</i>	62
<i>B. L'argument du juge naturel, instrument de lutte contre la justice extraordinaire du monarque</i>	66
Section 2 : Des revendications plus tardives dans les territoires du Saint-Empire romain germanique : le développement d'un premier droit au juge légal	72
§ 1 : La centralisation de la justice au profit des souverains territoriaux après la paix de Westphalie	73
<i>A. La centralisation administrative et judiciaire et l'omnipotence des souverains territoriaux</i>	73
<i>B. Le recul des justices locales et impériale</i>	79

§ 2 : Les réactions des états contre l'usage arbitraire du pouvoir judiciaire par le souverain éclairé allemand : des réactions sans remise en cause du pouvoir absolu	83
<i>A. Les réclamations des états pour un meilleur encadrement de l'usage du pouvoir judiciaire par le souverain ou ses agents</i>	84
<i>B. L'absence de remise en cause de l'absolutisme monarchique dans l'Allemagne du XVIII^e siècle</i>	90
Conclusion du Chapitre I	95
Chapitre II : Le schéma argumentatif des revendications contre l'absolutisme judiciaire monarchique	97
Section 1 : Le respect des compétences juridictionnelles par le souverain, reflet de l'objectif commun de soumission du souverain au droit	97
§ 1 : Le droit au juge naturel, recherche du respect d'un droit supérieur par le souverain français	98
<i>A. L'ordre naturel des juridictions comme loi fondamentale du royaume : des juges naturels supposés juges constitutionnels</i>	100
<i>B. La rémanence du droit au juge naturel dans les cahiers de doléances de 1788-1789 : des juges naturels comme juges légaux</i>	104
§ 2 : Les prémices du droit au juge légal, illustration de la soumission du souverain éclairé allemand à l'objectif rationnel de la loi	109
<i>A. La limitation du périmètre d'intervention du souverain par la distinction entre les affaires privées et les affaires publiques</i>	110
<i>B. L'encadrement du pouvoir judiciaire du prince par le droit impérial et les représentations des états</i>	113
Section 2 : Des critiques contre l'absolutisme monarchique marquées par les contextes politiques internes	119
§ 1 : Un contexte français évolutif : du conflit entre le roi et les parlements à la remise en question de l'ensemble du système judiciaire de l'Ancien régime	119
<i>A. La monopolisation du droit au juge naturel par les parlementaires dans leurs conflits face au roi</i>	120
<i>B. Le rejet de l'argumentaire parlementaire et l'appropriation du droit au juge naturel par les justiciables dans les cahiers de doléances</i>	125
§ 2 : Un contexte allemand encore absolutiste : la recherche de la place raisonnable du souverain en Allemagne	131
<i>A. Un argument d'opportunité sans conséquence juridique : le manque de temps et de connaissances juridiques du souverain</i>	131
<i>B. Des appels à une intervention monarchique limitée aux causes justes et raisonnables</i>	136
Conclusion du Chapitre II	141
Conclusion du Titre I	143
TITRE II : DES ÉVOLUTIONS DIVERGENTES EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE AU XIX ^e SIÈCLE	145
Chapitre III : La relégation du droit au juge naturel et de ses spécificités dans le contexte révolutionnaire et postrévolutionnaire français	147

Section 1 : Le droit au juge naturel, composante du principe d'égalité des citoyens	148
§ 1 : Le juge naturel, juge identique pour tous	149
<i>A. L'abolition des privilèges de juridiction et des mécanismes de justice retenue</i>	150
<i>B. La loi, seul instrument de détermination du juge naturel</i>	154
§ 2 : Un juge naturel à rebours des juges d'Ancien régime	157
<i>A. Un juge non-professionnel</i>	157
1. La méfiance générale envers la magistrature professionnelle et la suppression des juridictions royales d'Ancien régime	158
2. Un juge naturel élu par les citoyens	162
<i>B. Un juge de proximité</i>	165
Section 2 : La portée pratique limitée du principe du juge naturel dans la France postrévolutionnaire	168
§ 1 : L'expérience napoléonienne : le rejet des principes révolutionnaires	169
<i>A. Des juges professionnels assujettis à un pouvoir fortement centralisé : la disparition du juge naturel révolutionnaire</i>	170
<i>B. La succession de juridictions d'exception</i>	175
§ 2 : L'effectivité relative du principe sous la restauration de la monarchie	180
<i>A. Le droit au juge naturel, garantie octroyée par le monarque en 1814</i>	180
<i>B. Les limites du principe et la persistance de la justice d'exception au XIX^e siècle</i>	184
§ 3 : La recherche du maintien implicite du principe après 1848	189
Conclusion du Chapitre III	197
Chapitre IV : L'importance croissante du juge et du droit au juge <i>légal</i> dans l'Allemagne du XIX ^e siècle : une progression parallèle à celle du <i>Rechtsstaat</i>	199
Section 1 : Une reconnaissance limitée dans les premières constitutions allemandes	200
§ 1 : Les acquis des constitutions de la période du <i>Vormärz</i>	201
§ 2 : L'ineffectivité des garanties du <i>Vormärz</i>	204
<i>A. Le caractère octroyé des constitutions allemandes</i>	205
<i>B. Des garanties du juge <i>légal</i> inefficaces en période autoritaire</i>	209
Section 2 : Le cheminement des idées libérales vers la reconnaissance d'un droit au juge <i>légal</i> comme droit subjectif et défensif contre l'État	214
§ 1 : Le droit au juge <i>légal</i> conçu dans le cadre de la construction de l'État de droit	215
<i>A. L'indépendance du juge comme condition essentielle de la protection juridique</i>	216
<i>B. La réserve de loi, principe fondamental et complémentaire pour l'organisation judiciaire</i>	219
§ 2 : Le triomphe des idées libérales et du principe d'État de droit avec la Constitution de Francfort de 1849	224
§ 3 : Les bases d'un enrichissement ultérieur de la conception allemande du droit au juge <i>légal</i>	229
<i>A. L'importance des lois sur la justice fédérale de 1877</i>	230
	673

<i>B. La constitutionnalisation du droit au juge légal en 1919</i>	236
Conclusion du Chapitre IV	241
Conclusion du Titre II	243
Conclusion de la Partie I	245
PARTIE II : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS LES DROITS NATIONAUX CONTEMPORAINS – PERSPECTIVE COMPARÉE	247
Chapitre préliminaire : Le décalage entre l’Allemagne et la France : entre fondamentalisation du droit au juge légal et absence du droit au juge naturel	249
Section 1 : Le droit au juge légal : un droit quasi-fondamental en Allemagne	250
§ 1 : Une conception singulière du droit au juge légal définitivement acquise après 1949	250
<i>A. La détermination légale du tribunal compétent, socle commun en Europe</i>	250
<i>B. L’appropriation des spécificités historiques allemandes</i>	253
§ 2 : Les dimensions objective et subjective du droit allemand	257
<i>A. Un élément objectif d’organisation de la justice</i>	258
<i>B. Un élément subjectif : un droit procédural quasi-fondamental</i>	261
§ 3 : Le droit au juge légal, manifestation du renouvellement du principe de l’État de droit	263
<i>A. Les liens étroits avec d’autres principes fondamentaux</i>	264
1. L’article 19 al. 4 Loi fondamentale, droit à une protection juridictionnelle effective	264
2. L’article 3 al. 1 ^{er} Loi fondamentale, principe d’égalité et interdiction de l’arbitraire	267
<i>B. Un droit central dans la jurisprudence constitutionnelle</i>	270
Section 2 : Les incertitudes autour du droit au juge naturel français	272
§ 1 : L’absence d’un droit explicite au juge naturel en droit positif français	272
<i>A. La valeur incertaine de la loi des 16 et 24 août 1790 dans le droit positif</i>	273
<i>B. L’absence de l’expression dans la jurisprudence constitutionnelle et ordinaire</i>	277
§ 2 : La différence de contours du droit au juge naturel construit par la doctrine	283
<i>A. La règle des « trois identités », conséquence du prisme imposé du principe d’égalité</i>	284
<i>B. L’absence d’équivalence entre droit français au juge naturel et droit allemand au juge légal</i>	287
Conclusion du Chapitre préliminaire	291
TITRE I : AU CŒUR DE LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT AU JUGE LÉGAL EN ALLEMAGNE : LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES	293
Chapitre V : L’obligation constitutionnelle de détermination précise du juge compétent	295
Section 1 : Une exigence classique de détermination du tribunal légal	296
§ 1 : L’obligation constitutionnelle de réglementation du législateur	296
<i>A. Un droit individuel à l’action positive du législateur</i>	297
<i>B. Un droit à une prédétermination « aussi précise que possible » des compétences juridictionnelles</i>	299

1. Des règles fondamentales de compétences indispensables	300
2. Des marges de discrétion inévitables mais encadrées	302
§ 2 : Les exigences de généralité et d'abstraction dans la détermination des compétences : l'interdiction des juridictions d'exception	305
<i>A. Un volet classique strictement défini par la Cour constitutionnelle fédérale</i>	305
<i>B. La distinction avec les juridictions spécialisées</i>	308
§ 3 : Le contrepoint français : la multitude de principes mobilisés par le Conseil constitutionnel pour encadrer la détermination légale des compétences juridictionnelles	312
<i>A. Le principe d'égalité devant la justice et l'identité de juridiction</i>	312
<i>B. L'extension jurisprudentielle du domaine de la loi en matière d'organisation judiciaire</i>	315
<i>C. Le principe de séparation des deux ordres de juridiction</i>	318
Section 2 : Une exigence spécifique de détermination du juge légal au sein de chaque juridiction	321
§ 1 : Le caractère indispensable des plans internes de répartition des affaires en Allemagne	321
<i>A. L'obligation d'édicter les plans de répartition des affaires</i>	322
1. L'obligation de compléter les règles légales de compétence	322
2. Le strict encadrement des plans de répartition des affaires	325
<i>B. Les éventuels plans internes de participation au sein des chambres</i>	327
§ 2 : Le contrepoint français : la grande liberté des tribunaux	331
<i>A. La prépondérance du président de juridiction dans la répartition des affaires</i>	332
<i>B. Des mesures d'administration judiciaire insusceptibles de recours</i>	335
<i>C. Les appels de certains auteurs à une réforme de l'organisation interne des juridictions françaises</i>	339
Conclusion du Chapitre V	343
Chapitre VI : Le contrôle constitutionnel variable de la répartition des compétences	345
Section 1 : Le contrôle normal de l'obligation de réglementation	346
§ 1 : Le contrôle constitutionnel des règles légales de compétence	346
<i>A. Le contrôle de la précision de la réglementation légale</i>	347
<i>B. L'encadrement du transfert de la détermination du juge compétent à d'autres autorités</i>	350
§ 2 : Le contrôle constitutionnel des plans de répartition des affaires	354
<i>A. L'exclusion de la possibilité même de manipulation des règles de compétence</i>	354
<i>B. La confrontation des exigences du droit au juge légal avec d'autres principes fondamentaux de procédure : l'acceptation des modifications des plans</i>	358
Section 2 : Un contrôle restreint sur l'application des règles de compétence par les juridictions	360

§ 1 : L'extension du contrôle constitutionnel aux décisions portant sur la compétence	361
<i>A. Une innovation de la Cour constitutionnelle fédérale</i>	362
<i>B. Un contrôle rendu possible grâce au recours constitutionnel individuel contre les jugements</i>	364
1. Une voie de droit exceptionnelle ouverte aux violations du droit au juge légal	365
2. Une voie de droit soumise à des conditions strictes de recevabilité	366
§ 2 : Un contrôle limité à l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence	370
<i>A. Un contrôle limité en vertu de la théorie du droit constitutionnel spécifique</i>	370
<i>B. Le recours au critère de l'absence d'arbitraire dans l'application des règles de compétence</i>	372
Conclusion du Chapitre VI	379
Conclusion du Titre I	381
TITRE II : DES CONVERGENCES ENTRE LA FRANCE ET L'ALLEMAGNE AUTOUR DES QUALITÉS ATTENDUES DU JUGE LÉGAL : LE RESPECT DES RÈGLES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRES	383
Chapitre VII : L'indépendance et l'impartialité du juge, principes fondamentaux	385
Section 1 : La subjectivation des principes d'indépendance et d'impartialité en droit constitutionnel allemand par le truchement du droit au juge légal	386
§ 1 : Des principes d'indépendance et d'impartialité dans la Loi fondamentale allemande	387
<i>A. Les articles 92 et 97 LF, fondements textuels</i>	387
<i>B. Des principes non invocables par la voie du recours constitutionnel individuel</i>	390
§ 2 : L'intégration des principes dans le champ d'application du droit au juge légal	393
<i>A. Une extension jurisprudentielle permettant la subjectivation des articles 92 et 97 LF</i>	393
<i>B. Une doctrine divisée</i>	397
Section 2 : L'importance des principes d'indépendance et d'impartialité pour la garantie des droits en droit constitutionnel français	402
§ 1 : La montée en puissance du principe d'indépendance des juges dans la jurisprudence constitutionnelle	404
<i>A. L'indépendance constitutionnelle des juges par le truchement de celle des juridictions</i>	405
<i>B. Une constitutionnalisation incomplète de l'indépendance des juges et de ses garanties</i>	410
§ 2 : La valorisation tardive du principe d'impartialité des juges dans la jurisprudence constitutionnelle	413

<i>A. Un principe découlant initialement du droit et de la jurisprudence ordinaire</i>	414
<i>B. Un principe confus dans la jurisprudence constitutionnelle récente</i>	420
Conclusion du Chapitre VII	425
Chapitre VIII : La nécessaire garantie de l'impartialité effective du juge : les règles de déport et de récusation	427
Section 1 : Un arsenal législatif permettant d'écarter un juge partial	428
§ 1 : L'existence d'un droit processuel commun minimal en matière d'exclusion et de récusation des juges partiaux	428
<i>A. Des procédures comparables dans les différents contentieux non-constitutionnels</i>	429
<i>B. L'encadrement spécifique des qualités du juge constitutionnel</i>	434
§ 2 : Le rôle du juge constitutionnel dans le contrôle des règles d'exclusion et de récusation	440
<i>A. Un contrôle normal de la Cour constitutionnelle fédérale imposant des obligations strictes au législateur allemand</i>	441
<i>B. Un contrôle sporadique du Conseil constitutionnel sur les règles légales de déport et de récusation</i>	444
Section 2 : Une mise en pratique effective des règles permettant d'écarter un juge partial	448
§ 1 : Le cadre du contrôle de l'application des règles de récusation en France et en Allemagne	448
<i>A. Le contrôle indirect opéré par les juridictions suprêmes françaises</i>	449
<i>B. Le contrôle exceptionnel et restreint de la Cour constitutionnelle fédérale allemande</i>	451
§ 2 : Des juridictions saisies de questions comparables sur la délimitation de l'impartialité des juges	454
<i>A. La délimitation de l'impartialité personnelle du juge</i>	454
<i>B. Les contours de l'impartialité fonctionnelle du juge</i>	458
Conclusion du Chapitre VIII	463
Conclusion du Titre II	465
Conclusion de la Partie II	467
PARTIE CONCLUSIVE : LE DROIT AU JUGE LÉGAL DANS UNE PERSPECTIVE EUROPÉENNE	469
Chapitre IX : La Cour de justice de l'Union européenne, juge légal dans l'ordre juridique allemand	473
Section 1 : La reconnaissance de la Cour de justice comme juge légal	474
§ 1 : Une question longtemps laissée ouverte	474
<i>A. Une reconnaissance revendiquée par la doctrine majoritaire</i>	474
<i>B. L'absence de réponse de la Cour constitutionnelle fédérale</i>	477
§ 2 : Une question finalement tranchée en faveur de la reconnaissance de la compétence juridictionnelle de la Cour de justice	480
<i>A. La satisfaction des exigences imposées à toute juridiction</i>	480
<i>B. Une reconnaissance nécessaire dans la décision Solange II</i>	484
	677

Section 2 : Une reconnaissance limitée à la compétence préjudicielle de la Cour de justice	487
§ 1 : Une compétence préjudicielle obligatoire en cas d'obligation de renvoi préjudiciel	487
<i>A. La distinction nécessaire entre faculté et obligation de renvoi</i>	488
<i>B. L'articulation avec les obligations internes de renvoi</i>	491
§ 2 : La possibilité de remettre en cause la compétence de la Cour de justice	495
<i>A. La violation du droit au juge légal en cas d'incompétence matérielle de la Cour de justice</i>	495
<i>B. Une affirmation plus symbolique qu'effective</i>	498
§ 3 : Le contrepoin français : le maintien d'une vision objective du renvoi préjudiciel	501
Conclusion du Chapitre IX	507
Chapitre X : L'étendue du contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale sur les décisions de non-renvoi des juridictions ordinaires	509
Section 1 : La référence à l'absence d'arbitraire	509
§ 1 : La concrétisation du critère par trois groupes de cas	510
<i>A. Une liste non exhaustive de cas de violation de l'article 101 LF</i>	510
<i>B. Une violation de l'article 101 LF non automatique</i>	513
§ 2 : Les obligations faites aux juridictions allemandes	515
<i>A. S'informer sur le droit de l'Union</i>	515
<i>B. Justifier le non-renvoi préjudiciel</i>	519
§ 3 : Le contrepoin français : l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la motivation des décisions françaises	521
<i>A. Le traitement du renvoi préjudiciel par la Cour européenne des droits de l'Homme</i>	521
<i>B. Une sensibilisation récente des juridictions françaises à la jurisprudence européenne</i>	526
Section 2 : Les doutes sur la cohérence du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle allemande	530
§ 1 : Des incohérences théoriques	531
<i>A. Le recours critiqué au droit matériel de l'Union</i>	531
<i>B. Le non-respect des critères de la Cour de justice</i>	534
§ 2 : L'effectivité pratique du contrôle de Karlsruhe	538
<i>A. Les difficultés pour renforcer le contrôle</i>	539
<i>B. Une contribution effective de la Cour au respect du droit de l'Union</i>	543
§ 3 : Le contrepoin français : les solutions existantes pour un contrôle du respect de l'obligation de renvoi préjudiciel en l'absence d'un droit au juge légal	547
<i>A. La caractère réduit du contrôle interne sur les juridictions suprêmes françaises</i>	548
<i>B. La recherche d'un contrôle supranational</i>	550
Conclusion du Chapitre X	555
Conclusion de la Partie conclusive	557

CONCLUSION GÉNÉRALE	559
BIBLIOGRAPHIE	563
I. En langue étrangère	563
A. <i>Ouvrages généraux, traités et manuels</i>	563
B. <i>Ouvrages spéciaux, thèses et monographies</i>	563
C. <i>Articles, chroniques et contributions</i>	571
II. En langue française	579
A. <i>Ouvrages généraux, traités et manuels</i>	579
B. <i>Ouvrages spéciaux, thèses et monographies</i>	582
C. <i>Articles, chroniques et contributions</i>	593
INDEX DE JURISPRUDENCE	607
I. Juridictions allemandes	607
A. <i>Cour constitutionnelle fédérale allemande</i>	607
B. <i>Juridictions suprêmes allemandes</i>	614
II. Juridictions françaises	615
A. <i>Conseil constitutionnel</i>	615
B. <i>Conseil d'État</i>	619
C. <i>Cour de cassation</i>	621
III. Juridictions européennes	623
A. <i>Commission et Cour européenne des droits de l'Homme</i>	623
B. <i>Cour de justice de l'Union européenne</i>	626
INDEX THÉMATIQUE	629
ANNEXE : DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG DER DISSERTATION	633
TABLE DES MATIÈRES	671

Résumé :

Relativement méconnu des juristes français, le droit au juge légal est d'une importance capitale en Allemagne. Cette étude a pour objectif d'évaluer, dans une perspective à la fois historique et comparée, dans quelle mesure le droit allemand au juge légal s'est constitué comme un droit-pivot dans l'ordre juridique allemand. Ce droit, garanti à l'article 101 alinéa 1^{er} deuxième phrase de la Loi fondamentale de 1949, permet en effet à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de protéger des éléments variés en lien avec le juge et la fonction juridictionnelle. D'abord conçu pour garantir les compétences des juges inscrites dans la loi et les normes réglementaires, ce droit permet aujourd'hui au juge constitutionnel allemand de s'assurer du respect des règles garantissant l'indépendance et l'impartialité des juges, et, dans une perspective spécifique de droit de l'Union européenne, de contrôler le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice par les juridictions allemandes. Dans un premier temps, l'étude du développement historique du droit au juge naturel, d'abord en France, puis en Allemagne, permet de montrer que ce droit s'est initialement construit pour protéger les compétences des juges face au pouvoir exécutif. Le recours au droit comparé dans le temps et dans l'espace permet d'apporter des clefs d'explication à la conception actuelle de ce droit en Allemagne, mais aussi à la disparition de son pendant français. L'accent est mis sur l'évolution de la place du juge dans les deux ordres juridiques, et, notamment, sur la quête d'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir politique.

Dans un deuxième temps, l'étude de la conception actuelle du droit allemand au juge légal, mis en perspective avec le droit positif français, nous invite à constater que ce droit vise aujourd'hui avant tout à garantir le respect des compétences juridictionnelles et des règles d'indépendance et d'impartialité par les juges eux-mêmes. À nouveau, le droit comparé permet de mettre en avant les spécificités de la conception allemande du droit au juge légal. Celles-ci résultent en particulier de l'existence d'une voie de recours permettant à la Cour constitutionnelle fédérale de contrôler la constitutionnalité des décisions juridictionnelles définitives. Le niveau de précision requis en matière de prédétermination du juge compétent pour trancher chaque litige, conjugué à la possibilité de contrôler l'application des règles de compétence par les juges, font du système allemand l'un des plus exigeants en matière de légalité du juge. Une conception plus moderne du droit au juge légal, compris comme droit à un juge répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité requises par la Constitution, permet de mettre en lien le droit allemand avec le droit français, fortement influencé par le droit européen en la matière.

Enfin, l'étude spécifique de la mobilisation du droit allemand au juge légal pour contrôler le respect de l'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne permet d'illustrer le caractère particulièrement extensif de cette garantie en Allemagne. Par l'étude des ressorts et de la portée de ce contrôle, un œil neuf sur le mécanisme européen du renvoi préjudiciel peut ainsi être présenté aux juristes français.

Abstract :

Relatively unknown to French jurists, the right to a lawful judge is extremely important in Germany. The aim of this study is to assess, from both a historical and comparative perspective, how the German right to a lawful judge has established itself as a pivotal right in the German legal system. This right, guaranteed under the second sentence of article 101 paragraph 1 of the Basic Law of 1949, enables the German Federal Constitutional Court to protect various elements relating to the judge and the judicial function. Initially designed to guarantee the competence of judges established by law and administrative regulations, this right now enables the German Constitutional Court to ensure the observance of the rules guaranteeing the independence and impartiality of judges and, from the specific perspective of European Union law, to review respect for the obligation for German courts to refer questions to the Court of Justice for preliminary rulings.

First, the study of the historical development of the right to a natural judge, first in France and then in Germany, shows that this right was initially created to protect the competences of judges against the executive. The use of comparative law in time and space helps to explain the current conception of this right in Germany, but also the disappearance of its French equivalent. Emphasis is placed on the evolution of the place of the judge in the two legal systems, and in particular on the judiciary's quest for independence from political power.

Secondly, by studying the current conception of the German right to a lawful judge, put into perspective with French positive law, we note that this right today aims above all to guarantee respect for jurisdictional competences and the principles of independence and impartiality by the judges themselves. Once again, comparative law enables us to highlight the specific features of the German conception of the right to a lawful judge. These result in particular from the existence of a remedy enabling the Federal Constitutional Court to review the constitutionality of final court decisions. The level of precision required in predetermining which court has jurisdiction to decide each dispute, combined with the possibility of reviewing the application of the competence rules by the judges, make the German system one of the most demanding in terms of the legality of the court. A more modern conception of the right to a lawful judge, understood as the right to a judge who meets the requirements of independence and impartiality required by the Constitution, makes it possible to link German law with French law, which is strongly influenced by European law in this area.

Finally, a specific study of the application of the German right to a lawful judge in order to control the obligation to submit a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union illustrates the particularly extensive nature of this guarantee in Germany. By studying the scope of this review, French lawyers can gain a fresh insight into the European preliminary ruling mechanism.

Mots-clés : Juge légal – Allemagne – Juge constitutionnel – Droits fondamentaux – Union européenne – Droits procéduraux