

## **Les ambiguïtés conceptuelles de la justice sous la Vème République**

Fabrice HOURQUEBIE

La justice souffre du syndrome de l'oubli. Oubli de la part des constituants français qui pendant plus de deux cent ans ont réduit l'équation à trois inconnues de Montesquieu en une simple opération à deux variables ; la trilogie des pouvoirs est rapidement devenue un duo (ou duel) entre les pouvoirs. Oubli de la part des professeurs de droit constitutionnel qui, pour expliquer l'originalité du fonctionnement des pouvoirs sous la Vème République, insistent exclusivement sur les rapports qu'entretiennent l'exécutif avec le législatif le tout, néanmoins, sous le regard du Conseil constitutionnel. Oubli, enfin, de la doctrine publiciste, qui estime, dans une vision trop réductrice, que la question de la justice renvoie avant tout à la justice judiciaire et que la sacro sainte distinction (barrière) entre le droit public et le droit privé commande que les privatistes se saisissent de la question à travers la problématique du droit processuel notamment.

Pourtant la justice est matière à constitutionnalisation et les rapports qu'entretiennent justice et constitution sont explicitement ou implicitement, au cœur de toute réflexion sur le fonctionnement de la démocratie. Car l'Etat de droit se caractérise aujourd'hui par un pouvoir majoritaire régulé par un pouvoir juridictionnel.

La montée en puissance de la justice pose donc inévitablement la question de son statut. Et si la réflexion n'a pas été absente de la pensée politique et constitutionnelle française, elle a néanmoins rapidement été sacrifiée sur l'autel du légicentrisme, contribuant à faire de la France un pays « en retard » sur cette question par rapport à ses voisins européens.

La vingt-quatrième révision constitutionnelle, du 23 juillet 2008, dernière révision constitutionnelle à ce jour, qui modifie près de quarante pour cent des dispositions de la constitution pouvait être, à cet égard, attendue. Allait-elle enfin lever l'ambiguïté quant au statut de la justice? L'ambiguïté ne vient pas de la qualification en elle-même (l'autorité judiciaire) mais bien, d'une part, du périmètre de la justice que la constitution entend consacrer; et, d'autre part, du décalage entre la consécration théorique du statut du juge et son statut en pratique, dans les faits.

La réponse est très nuancée. La question de la justice a été abordée de manière incidente, non pas tant sur le terrain de la consécration formelle, dans la constitution, d'un authentique pouvoir judiciaire (ou mieux, juridictionnel) ; mais sûr celui de l'accroissement des compétences d'institutions qui prennent part au « phénomène juridictionnel »<sup>1</sup>. On pouvait s'attendre à mieux, et à plus!

On l'aura compris, l'histoire de la justice en France a toujours été celle d'un pouvoir refusé, relégué. la qualification conceptuelle qui en découle va dans le même sens. Puisque les constituants se sont accordé pendant plus de deux cent ans à marginaliser la justice, son statut constitutionnel ne pouvait être qu'infériorisé.

C'est cette histoire de l'ambiguïté conceptuelle de la justice française que je voudrais rapidement retracer ici.

Inconcevable pour les révolutionnaires en 1789 (**I**), le pouvoir juridictionnel est improbable aux yeux des rédacteurs de la constitution de 1958 (**II**) et devient seulement implicite au lendemain de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (**III**). Les qualifications conceptuelles ont parfaitement illustré au fil du temps ce que j'appellerai l'indétermination du statut de la justice.

### **I. L'impensable pouvoir juridictionnel**

#### **A. Raison historique**

L'histoire de la justice en France a toujours été celle d'un pouvoir mal aimé. Cette méfiance qui a pu confiner bien souvent à la défiance envers les juges trouve son origine dans les affrontements

---

<sup>1</sup> Selon une expression employée par J. Verhoeven, A propos de la fonction de juger en droit international public, in Ph. Gerard, M. van de Kerchove et F. Ost, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1978 ; et Cl. Bernard, *L'indépendance du juge et le phénomène juridictionnel*, thèse, droit public, Caen, 1982, (dact.).

récurrents entre les Parlements d'Ancien régime et le Roi. La position des Parlements était très ambiguë : tout en s'affirmant grâce à l'exercice du droit de remontrance, les Parlements se devaient aussi de conseiller le Roi. Or leurs refus de plus en plus fréquents d'enregistrer les ordonnances royales, transforma le droit de remontrance en véritable droit de veto, paradoxalement à l'origine de leur toute puissance.

Le bras de fer avec le pouvoir royal se poursuivait alors avec le recours aux itératives remontrances, sorte de second veto, pour finalement se conclure par le fameux lit de justice, rappelant ainsi aux Parlements qu'ils ne disposent pas du dernier mot et qu'ils ne sont dépositaires que d'un pouvoir délégué, c'est-à-dire consenti par le Roi. Les jugements en équité des Parlements sous tendus par les relations conflictuelles entretenues avec le Roi vont ainsi nourrir la méfiance des révolutionnaires à l'encontre du pouvoir judiciaire et plus largement, celle des constituants successifs.

### **B. Raison doctrinale**

Il faut dire que l'argument historique a su rencontrer un argument théorique de manière fort à propos. Montesquieu, dans l'Esprit des Lois, n'écrivait-il pas que « *des trois puissances, celle de juger est nulle* »<sup>2</sup>. Car « *si terrible parmi les hommes* »<sup>3</sup>, la confusion de la puissance de juger avec les deux autres pouvoirs serait liberticide : si elle était « *jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur* »<sup>4</sup>. Il n'en faut pas plus aux révolutionnaires pour considérer que la séparation des pouvoirs est la barrière insurmontable qui empêche d'ériger la justice en véritable pouvoir. Pourtant Montesquieu lui-même donne la clef de l'interprétation en affirmant que « *les juges de la Nation en sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »<sup>5</sup>. Si la puissance de juger est nulle c'est parce que les juges, au terme d'un travail syllogistique, n'ajoutent pas à la loi contrairement aux deux autres pouvoirs ; ils ne font que l'appliquer strictement.

C'est donc le mythe de l'absolutisme législatif, le credo révolutionnaire de la loi expression de la volonté générale qui sont à l'origine d'une fonction de juger « nulle ». Mais on a trop souvent oublié au cours de l'histoire constitutionnelle française que Montesquieu accolait à cet adjectif le terme de « puissance ».

## **II. L'improbable pouvoir juridictionnel**

Idee générale: On est passés de la défiance à l'endroit des juges sous la révolution française à une méfiance à leur encontre. C'est ce principe de méfiance qui guide tous les débats constitutionnels sur la qualification juridique du statut de la justice sous la Vème République.

### **A. Enjeu du débat sous la Vème république**

L'ambiguïté introduite au moment de la Révolution et qui touche la puissance de juger perdure aujourd'hui.

D'où ces incessants décalages gênants, dans l'histoire constitutionnelle française et jusqu'à la Vème République entre une justice consacrée en tant que pouvoir dans les textes et une absolue minimisation de ses attributions en pratique (de la période révolutionnaire aux Chartes de 1814 et 1830 notamment) ; ou une justice reléguée au rang d'autorité dans les constitutions mais qui tend à s'émanciper très largement en réalité et à s'ériger en authentique pouvoir constitutionnel.

Ainsi, contre toute attente, plus de deux siècles après Montesquieu, le thème de la justice n'est pas un combat d'arrière-garde ; les questionnements sur la justice sont toujours, explicitement ou implicitement, au premier plan du débat public. On discute de son fondement (de sa légitimité) et de sa portée (légale ou juridique) ; de son autorité (et donc de sa minoration) ou de son pouvoir (et donc de son affirmation). Le choix des mots n'est alors jamais dû au hasard. Et le recours à certains concepts s'avère très éclairant sur la volonté de consacrer ou non, une adéquation véritable entre le

---

<sup>2</sup> Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Livre XI chapitre VI, Folio, Essais, Gallimard, 1995, Tome 1, p. 333.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 330.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 328.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 337.

statut théorique du juge, c'est-à-dire le statut construit par la doctrine et attendu par la science juridique et les acteurs impliqués, et la réalité de ses attributions<sup>6</sup>.

## **B. Les débats constitutants de 1958**

Deux éclairages sur le débat constitutionnel en révèlent les enjeux.

D'un côté, certains auteurs considèrent que la question du statut de la justice n'a pas été débattue spécifiquement sur le fond : la discussion aurait davantage porté non sur l'existence d'un pouvoir judiciaire, mais sur les problèmes de frontières posés par la dualité de juridiction<sup>7</sup>.

D'un autre côté, d'autres expliquent que la rédaction du Titre VIII est le résultat d'un compromis. Compromis sur l'héritage constitutionnel d'abord. Les parlementaires de la IV<sup>ème</sup> République craignant de voir émerger, en France, un contrôle diffus de constitutionnalité des lois si la justice se dote du statut de pouvoir judiciaire, l'emploi du terme plus neutre d'autorité judiciaire permet d'apaiser les craintes<sup>8</sup>. Compromis sur l'écriture du texte constitutionnel ensuite avec un argument empreint de pragmatisme consistant à dire que même si les rédacteurs de la constitution n'ont pas choisi le terme de « pouvoir judiciaire », ils n'ont pas plus inscrit dans la Constitution les expressions « pouvoir législatif » et « pouvoir exécutif » (même si elles sont reprises dans la loi du 3 juin 1958).

L'étude des travaux préparatoires apporte sur tous ces points des éléments de réponse. Le problème soulevé dans les discussions doctrinales au cours des grandes phases de la procédure d'élaboration de la constitution est principalement celui de l'inadéquation du titre avec le contenu des articles.

Dans l'avant projet de constitution transmis au Comité consultatif constitutionnel, le titre retenu est « *De la Justice* ». Les articles portent sur l'indépendance des magistrats et les garanties apportées par le Conseil supérieur de la magistrature. Le titre reprend d'ailleurs la formulation de l'avant-projet de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958. Transmis au Conseil de cabinet les 23 et 25 juin 1958, l'avant-projet garde le titre inchangé ; tout comme il restera maintenu dans l'avant-projet des 26-29 juillet 1958<sup>9</sup>.

C'est avec le Comité consultatif que les ajustements débutent. Se consacrant essentiellement aux attributions et au rôle du Conseil supérieur de la magistrature, le Comité se demande si un intitulé comme « *Des juridictions de l'ordre judiciaire* » ou « *De la magistrature de l'ordre judiciaire* » ne doit pas être substitué au titre présenté. Ainsi Coste-Floret de constater que la modification du titre pouvait s'avérer judicieuse « *afin d'éviter des confusions (...). On aurait un intitulé plus large que celui du Titre IX qui, sous le titre mauvais de « Conseil supérieur » est autre chose, puisque la discipline des magistrats, leur indépendance est autre chose que « La Justice ». Ceci peut prêter à des confusions que je persiste à considérer comme fâcheuses* »<sup>10</sup>. Car une telle formulation a le mérite d'écarter explicitement la juridiction administrative et, plus particulièrement le Conseil d'Etat, dont l'indépendance a déjà été maintes fois prouvée et n'entretient pas le doute sur une intention des constituants qui ne semble pas être celle d'appréhender la justice dans son ensemble comme un tout uni. A l'initiative de Michel Debré, le Titre VIII devient alors « *De l'indépendance de la magistrature* ».

Pour autant, le texte transmis au Conseil d'Etat va conserver la mention « *De la Justice* », mais en n'entendant saisir que les juridictions de l'ordre judiciaire. Ce qui amène l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à considérer, ou bien qu'un tel titre doive également traiter de la juridiction

<sup>6</sup> F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010.

<sup>7</sup> « *Si l'on regarde comment a été élaboré le Titre VIII de la Constitution, on constate qu'à aucun moment la problématique du pouvoir judiciaire n'a été évoquée* », in J.-M. Sauvé, *La justice dans la théorie française du service public*, in *Le service public de la justice*, Editions Odile Jacob, 1998, p. 72.

<sup>8</sup> T.-S. Renoux, La place de l'autorité judiciaire dans le système institutionnel, *RPP*, n° 7-8, 1991, p. 43. ; et du même auteur voir notamment, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, 1984, pp. 11-12. ; Si le grain ne meurt (à propos des droits et libertés), *RFDC*, n° 14, 1993, pp. 272-273 ; Le pouvoir judiciaire en France et en Europe continentale : approche comparative, *RDJ*, n°4, 1999, pp. 966-967

<sup>9</sup> Voir D. Maus (Documents rassemblés par), *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, Vol. I, 2001, pp. 425, 438, 467, 489, 513.

<sup>10</sup> *Ibid.*, Vol. II, 2001, p. 160.

administrative au nom de la dualité juridictionnelle française ; ou bien qu'il faille changer l'intitulé, celui-ci apparaissant trop large<sup>11</sup>. C'est alors sur une proposition du Président Roger Latournerie que la modification intervient. Ce dernier explique qu'un titre recentré sur « *L'autorité judiciaire* » serait plus adapté, dans la mesure où la magistrature est exclusivement judiciaire et où elle est une autorité publique<sup>12</sup>. Cette solution, entérinée par le Conseil des ministres du 3 septembre, figure donc dans le projet de Constitution du 4 septembre ; et elle est adoptée comme telle à l'occasion du référendum du 28 septembre 1958.

### **C. Leur portée**

Cette brève rétrospective historique appelle deux remarques. Premièrement, les débats semblent montrer que le recours au terme d'autorité judiciaire doit se comprendre non par opposition au « pouvoir » judiciaire, mais plutôt par contraste avec celui d'autorité administrative dans la mesure où une des préoccupations des rédacteurs est avant tout de savoir si le statut de la justice administrative doit être constitutionnalisé. Dans l'affirmative, cela justifie un titre générique ; mais si celle-ci doit être exclue, cela justifie un titre spécifique réservé à l'ordre judiciaire. Ces motifs relèvent donc peut-être plus de l'intérêt immédiat et d'un souci d'efficacité des rédacteurs, que d'un souhait plus circonstanciel de recourir à un terme symboliquement neutre, celui d'autorité, pour ménager les parlementaires de la IV<sup>ème</sup> République qui craignaient de voir, dans la consécration d'un véritable pouvoir judiciaire ou juridictionnel, le support à l'institutionnalisation d'un « *judicial review* » à l'américaine, la culture d'un contrôle de la constitutionnalité exercé par une juridiction spécialisée n'étant pas présente à cette époque dans les esprits<sup>13</sup>.

Deuxièmement, et contre toute attente, il est quand même permis de s'interroger sur le point de savoir si les constituants n'ont pas entendu faire – implicitement – de la justice un pouvoir dès 1958 ?<sup>14</sup> Car, pour reprendre un des arguments précédents, ni le législatif, ni l'exécutif n'apparaissent comme pouvoirs dans le texte constitutionnel ; ce qui n'empêche pas de les considérer légitimement et évidemment comme tels dans la réalité. A ceci s'ajoute le fait qu'une constitution doit être un texte pratique ; elle doit décrire clairement et le plus simplement l'organisation des pouvoirs publics. L'intérêt des constituants n'est donc certainement pas de rentrer dans des querelles doctrinales et abstraites, encore trop sensibles, mais plutôt de répondre concrètement aux exigences et aux urgences d'une organisation institutionnelle optimale et efficace. Préoccupation qui semble demeurer au lendemain du cinquantième anniversaire du texte constitutionnel.

Au final, la Vème République fait bien figure de cas d'école. Qu'on en juge. La dualité de juridiction, construction si particulière au droit public français et, à ce titre, fondatrice des contentieux, ne trouve aucun écho dans la constitution. Seule la justice judiciaire voit son existence consacrée à travers le titre VIII « De l'autorité judiciaire ». De la justice administrative, point de référence sauf à travers la fonction consultative du Conseil d'Etat et la nomination des conseillers d'Etat en conseil des ministres. Il faudra attendre l'intervention du Conseil constitutionnel dans des décisions de 1980 et 1987<sup>15</sup>, pour que soit consacré d'une part l'existence de la juridiction administrative (à travers la constitutionnalisation comme PFRLR du principe d'indépendance), et d'autre part, l'octroi d'un bloc de compétences à son endroit. Quant à la justice constitutionnelle, elle est réduite à un « Conseil » constitutionnel dont les « membres » (et pas les juges) sont désignés selon une procédure de nomination tant décriée par certains mais qui semble être le meilleur rempart à toute politisation excessive (au moins comparée à l'élection).

Tel était l'état de la justice française avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

---

<sup>11</sup> Voir notamment les propos du Président Latournerie, du rapporteur Martin et de M. Landron à l'occasion de la séance des 27-28 août 1958, in D. Maus (Documents rassemblés par), *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 379-380.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>13</sup> T.-S. Renoux, Justice et politique : Pouvoir ou contre-pouvoir ? A propos des responsabilités pénales et politiques, *JCP, I*, 1999, p. 1562.

<sup>14</sup> François Luchaire, membre de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat au moment de la rédaction de la constitution et donc interprète authentique et pour le moins autorisé soutenait cette idée, lors d'un entretien qu'il nous avait accordé au Conseil constitutionnel le 25 mai 2000.

<sup>15</sup> Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs* ; décision n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

### **III. L'implicite pouvoir juridictionnel**

Alors la révision a-t-elle renouveler la place de la justice ? Non plus en tant qu' autorité mais bien en tant que pouvoir (judiciaire voire juridictionnel)? Non. Ou tout du moins, pas directement sous son angle organique et statutaire. Les débats ne laissent pas entrevoir de questionnement de fond sur la consécration d'un pouvoir judiciaire ou juridictionnel.

Déjà, en 1993, et sans aller sur le terrain de la reconnaissance d'un authentique pouvoir, le Comité Vedel avait proposé de remplacer le titre VIII « *De l'autorité judiciaire* » par « *De l'indépendance de la magistrature* ». Le changement devait satisfaire à davantage de neutralité en consacrant un principe incontestable de la Justice, son indépendance, tout en évitant de faire référence au statut constitutionnel d'une autre branche juridictionnelle qui ne serait pas judiciaire. Mais la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 qui, en s'inspirant des propositions du Comité, modifie en profondeur le contenu du titre VIII, ne modifie en rien son intitulé. De sorte qu'encore aujourd'hui, l'intitulé du titre VIII reste toujours celui adopté en 1958.

Les espoirs étaient donc légitimement grands pour que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui réécrit environ quarante pour cent des dispositions de la constitution, revienne sur l'écriture du titre VIII. Pourtant, le statut de la justice n'est pas reconsidéré dans et par le nouveau texte ?

Les rapports présentés tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle ne font pas ressortir une quelconque interrogation sur le statut de la Justice et confirment même la notion d'autorité judiciaire. Pour preuve, la discussion sur l'art. vingt-huit du projet de loi constitutionnelle, article relatif au Conseil supérieur de la magistrature<sup>16</sup>, montre que les députés utilisent indifféremment les termes d'autorité ou de pouvoir concernant la justice judiciaire, alors même que le choix d'un qualificatif adapté revêt un enjeu qui dépasse la seule querelle sémantique.

Ce sont en réalité des enjeux plus généraux qui sont mis en avant afin d'encadrer des propositions plus ciblées. [Ainsi le premier rapport de Jean-Luc Warsmann renvoie-t-il à l'idée d'un « *Etat de droit pour renforcer la place du citoyen* » qui nécessite « *une autorité judiciaire raffermie* »<sup>17</sup>. Le rapport de Jean-Jacques Hiest, en première lecture au Sénat, fait référence à une modernisation du Conseil supérieur de la magistrature « *pour assurer une meilleure justice* »<sup>18</sup>. Quant aux rapports présentés en deuxième lecture dans chacune des chambres, ils développent l'idée « *de nouvelles garanties de protection des droits* » tant par l'extension des compétences du Conseil constitutionnel que par la réforme du Conseil supérieur de la magistrature<sup>19</sup>; idée reprise dans le second rapport présenté au Sénat à travers l'idée d'un « *meilleur équilibre au sein du Conseil supérieur de la magistrature* »<sup>20</sup>. Les discussions en séance sur les différents articles du projet de révision n'abordent pas beaucoup plus la question ; et quand elles le font, c'est toujours de manière incidente. Ainsi, Jean-Yves le Bouillonnet place-t-il à égalité les trois pouvoirs (sans utiliser ce terme cependant) au nom d'une même légitimité démocratique dont ils procèdent : « *Ne manquons pas ce rendez-vous historique : dotons notre pays d'une justice digne d'une société démocratique, qui assure le nécessaire équilibre des institutions. Instaurons une relation de confiance et de reconnaissance mutuelle entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire, qui procèdent du même fondement démocratique et doivent agir pour l'intérêt général* »<sup>21</sup>. Et Claude Goasguen, évoque-t-il la nécessité d'une « *relation sereine entre les pouvoirs exécutifs et judiciaires* »<sup>22</sup>].

Malgré ces déclarations de principe, la justice judiciaire est confirmée dans sa position de « faiblesse constitutionnelle », c'est-à-dire dans son rang de simple autorité. Point de référence, non plus, à une juridiction administrative, qui doit toujours son salut constitutionnel à la seule bonne volonté du Conseil constitutionnel (comme je le rappelais plus haut). Enfin, suite à la révision de

---

<sup>16</sup> Débats, AN, séance du 29 mai 2008, 2<sup>ème</sup> séance.

<sup>17</sup> Rapport AN, n° 892, 1<sup>ère</sup> lecture.

<sup>18</sup> Rapport, Sénat, n° 387, 1<sup>ère</sup> lecture.

<sup>19</sup> Rapport, AN, n° 1009, 2<sup>ème</sup> lecture.

<sup>20</sup> Rapport, Sénat, n° 463, 2<sup>ème</sup> lecture.

<sup>21</sup> AN, 21 mai 2008, 2<sup>ème</sup> séance.

<sup>22</sup> Discussion sur l'art. 28, AN, 29 mai 2008, 2<sup>ème</sup> séance.

2008, le juge constitutionnel, précisément, devrait continuer à alimenter la rubrique « modèles atypiques » des manuels de droit constitutionnel en restant un « Conseil », alors même que le Sénat, suite à un amendement déposé par Robert Badinter, avait souhaité qu'il s'appelât « Cour constitutionnelle », au moins pour le rapprocher de ses homologues européens<sup>23</sup>. Mais l'Assemblée nationale, suivant en ce sens l'avis du gouvernement qui estimait que le Conseil « *n'était pas une juridiction comme une autre* », repoussa l'amendement au motif que « *la mission juridictionnelle du Conseil constitutionnel n'était ignorée par personne et qu'un « changement de désignation n'apporterait rien* »<sup>24</sup> »<sup>25</sup>. L'argumentation laisse perplexe mais a au moins le mérite de confirmer la frilosité des constituants dès lors qu'il s'agit de penser la justice constitutionnelle en authentique juridiction et donc, enfin, de mettre en adéquation le texte avec la réalité, en substituant la transparence à l'apparence.

Pour autant, il serait faux d'admettre que les branches du pouvoir juridictionnel, prises dans leur identité, ne sortent pas renforcées de la révision. Ce n'est pas la formalisation conceptuelle d'un véritable statut de pouvoir constitutionnel équivalent aux deux autres qui permet ce renforcement, mais plutôt l'octroi de nouvelles compétences aux différentes institutions qui participent à la fonction de juger: qu'il s'agisse des avis formulés par le Conseil d'Etat sur certaines propositions de loi ; de la réforme de la composition et des attributions du Conseil supérieur de la magistrature ou surtout de l'instauration d'une forme de question préjudicielle de constitutionnalité nommée question prioritaire de constitutionnalité par la loi organique du 10 décembre 2009<sup>26</sup> (dont j'ai pu souligner il y a quinze jours à Bucarest combien elle contribuait à recomposer le paysage juridictionnel français et à redéfinir les attributions des Cours suprêmes). De telle sorte que l'on arrive à ce "*French paradox*" (encore un!): la consistance du pouvoir juridictionnel s'affirme sans pour autant que celui-ci ne triomphe sur le terrain de son existence.

C'est cette constitutionnalisation à front renversé du pouvoir juridictionnel qui permet de le qualifier aujourd'hui au mieux d'implicite<sup>27</sup>. Et je crains que l'implicite n'ait encore de beaux jours devant lui...!

## **Ambiguitățile conceptuale ale justiției sub cea de-a Cincea Republică**

### *Rezumat*

*Conform constituției franceze din 1958, nu există putere judecătorească în Franța. Teoria « separației puterilor » a lui Montesquieu (“dintre puteri, puterea judecătorească nu există”) și istoria constituțională franceză, dominată de puterea Parlamentului Vechiului Regim, au contribuit la slăbirea celei de-a treia puteri a statului. Cu toate acestea, problema statutului judecătorului trebuie ridicată din nou, astăzi.*

## **The conceptual ambiguities of justice under the Fifth Republic**

### *Abstract*

*According to the 1958 French constitution, there is no judicial power in France. Montesquieu's 'Separation of powers' theory (“Among the powers, the judicial power does not*

---

<sup>23</sup> Article additionnel 24 ter adopté lors de la séance du 24 juin 2008.

<sup>24</sup> Rapport de M. Jean-Luc Warsmann, AN, juillet 2008, p. 144.

<sup>25</sup> Rapport de M. Jean-Jacques Hyest, n° 463, Sénat, 10 juillet 2008.

<sup>26</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution, Journal officiel, 11 décembre 2009.

<sup>27</sup> B. Mathieu, Transformer la V<sup>ème</sup> République sans la trahir, *AJDA*, 13 octobre 2008, pp. 1863 et s.

*exist”) and the French constitutional history, dominated by the power of the Ancien Régime Parliament contributed to the weakening of the third state power. However, the issue of the status of the judge must be raised again today.*