



HAL
open science

La protection du droit à une vie familiale normale dans le contentieux des nominations des magistrats de l'ordre judiciaire

Wanda Yeng-Seng

► **To cite this version:**

Wanda Yeng-Seng. La protection du droit à une vie familiale normale dans le contentieux des nominations des magistrats de l'ordre judiciaire. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2003, 03, pp.277-288. hal-02541632

HAL Id: hal-02541632

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541632v1>

Submitted on 14 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LA PROTECTION DU DROIT A UNE VIE FAMILIALE
NORMALE DANS LE CONTENTIEUX DES NOMINATIONS
DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE
(A PROPOS DE L'ORDONNANCE DU JUGE DES REFERES DU CONSEIL
D'ETAT DU 6 AOUT 2002 OZOUX)**

*Par Wanda Yeng-Seng
Docteur en droit de l'Université de La Réunion*

N'étant pas assimilés aux fonctionnaires et aux agents de l'Etat, les magistrats de l'ordre judiciaire relèvent d'un statut autonome adopté par l'Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature¹, laquelle n'exclut cependant pas toute application du statut général de la fonction publique civile². Aussi les principes spécifiques issus de l'Ordonnance de 1958 se mêlent-ils aux principes généraux du droit de la fonction publique pour former un régime *sui generis* qui ne pouvait qu'engendrer un contentieux. Dans le silence et l'ambiguïté des textes, revenait ainsi de manière récurrente l'interrogation sur l'application aux magistrats de l'ordre judiciaire de la loi du 30 décembre 1921 relative au rapprochement des conjoints de fonctionnaires, dite loi Roustan.

On ne s'étonnera donc pas que le juge des référés du Conseil d'Etat ait été saisi aux fins de se prononcer sur la décision implicite de rejet du garde des Sceaux à l'égard de la demande de mutation de M. Cyril Ozoux. Nommé depuis 1999 au Tribunal de grande instance de Grasse, le requérant avait sollicité le 8 janvier 2002 sa nomination à La Réunion aux fonctions de juge chargé du service du Tribunal d'instance de Saint-Paul et de juge des enfants au Tribunal de grande instance de Saint-Pierre. Il invoquait alors un droit à une affectation prioritaire dans l'île, estimant que la Chancellerie était tenue de le rapprocher de son épouse et de ses deux enfants, en résidence à La Réunion, alors que son poste se situe en métropole. Les Juges Béatrice Bugeon et Danielle Camberou ayant été nommées sur les postes demandés par M. Ozoux par décret du 28 juillet 2002, il décida de saisir le juge des référés sur le fondement d'une atteinte à son droit à une vie familiale normale.

¹ Remaniée à de nombreuses reprises, l'Ordonnance de 1958 a été récemment modifiée par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001. Voir *J.O.*, 26 juin 2001, n° 146, pp. 10119 et s.

² On notera à titre d'exemple le renvoi opéré par l'article 68 de l'Ordonnance de 1958 aux dispositions du statut général des fonctionnaires relatives aux positions statutaires applicables aux magistrats, « dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles statutaires du corps judiciaire et sous réserve des dérogations » énumérées aux articles 69 à 72. De même, l'article 17-1 relatif au recul de la limite d'âge pour l'accès par voie de concours à la magistrature contient une clause d'assimilation aux règles applicables aux agents de l'Etat pour l'accès par voie de concours aux emplois publics. Voir S. Salon et J.-C. Savignac, *Code de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 1999, respect. pp. 987 et 966.

Le requérant entend obtenir du juge administratif la suspension des effets du décret de nomination des Juges Bugeon et Camberou, ainsi qu'un reclassement par le garde des Sceaux de leurs différentes candidatures qui tiendrait compte de son droit prioritaire d'affectation fondé tant sur son ancienneté que sur sa situation familiale. Au soutien de son argumentation, le requérant fait valoir que l'installation imminente de ces magistrats l'empêcherait de se rapprocher de sa famille, entraînant dès lors un préjudice grave et immédiat. Il soutient également que le décret nommant les magistrats est illégal en ce que cette décision méconnaît l'article 29 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 qui garantit la prise en considération de la situation de famille des magistrats lors de leur nomination. A cet égard, il avance que son refus d'affectation n'est fondé sur aucune considération liée à l'intérêt du service public de la justice ou aux particularités de l'organisation judiciaire. Il invoque également la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit au respect d'une vie familiale effective. Il allègue enfin que les règles de l'ancienneté qui lui ont été appliquées sont non seulement irrégulières, mais qu'elles doivent en toutes hypothèses céder devant la protection européenne de ses intérêts familiaux.

En défense, le garde des Sceaux combat la thèse de M. Ozoux en arguant du fait que le requérant ne démontre pas que les décisions de nomination des Juges Bugeon et Camberou sont constitutives d'un préjudice suffisamment grave et immédiat pour revêtir un caractère d'urgence. Il considère également que la situation individuelle du magistrat a été régulièrement appréciée par la Chancellerie, s'agissant notamment de l'évaluation de son ancienneté. Il précise à ce propos que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme invoquées par le requérant sont en l'espèce inapplicables. Selon le Ministre de la Justice, la véritable raison du refus de nomination du Juge Ozoux réside dans l'avis favorable du Conseil supérieur de la magistrature à la nomination des Juges Bugeon et Camberou.

Le moyen avancé par le Ministre de la Justice a été rejeté par le juge des référés qui se prononce favorablement sur la requête de M. Ozoux. Il estime la condition de l'urgence remplie dès lors que la nomination des deux autres magistrats compromet les chances de M. Ozoux d'être nommé à La Réunion pendant de longs mois. Il considère également que le décret de nomination du Président de la République est entaché d'illégalité, faute de respecter les dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il souligne que la prise en compte de la situation familiale de M. Ozoux ne peut résulter d'une affirmation de pure forme. Le juge des référés a choisi de viser d'abord la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puis le Code de l'organisation judiciaire et les dispositions plus spécifiques à la nomination des magistrats, comme s'il souhaitait de manière implicite indiquer qu'il se référait à la Convention européenne des droits de l'homme, en tenant toutefois compte des exigences du Code de

l'organisation judiciaire liées au bon fonctionnement du service et aux particularités de l'organisation judiciaire.

L'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en la cause n'est d'ailleurs pas surprenante, même si l'article 29 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 pouvait suffire à justifier la décision rendue¹. L'intérêt de l'ordonnance commentée ne porte pas non plus sur l'appréciation faite par le juge des référés de l'urgence, dans la mesure où celle-ci s'inscrit dans le droit-fil de sa jurisprudence nécessitant une appréciation *in concreto* du risque que le décret ne soit exécuté avant le jugement au fond².

L'apport essentiel de l'ordonnance de référé *Ozoux* réside dans l'analyse du juge administratif qui ne s'incline pas devant la position du Ministre, lequel se réfugie derrière l'avis du Conseil supérieur de la magistrature. La décision met ainsi en lumière les garanties mais également les insuffisances d'une procédure de nomination marquée par le rôle du Conseil supérieur de la magistrature en faveur du droit des magistrats à une vie familiale normale (I). L'ordonnance commentée rend enfin compte de la contribution essentielle du juge administratif au respect du droit des magistrats à une vie familiale normale (II). Telles sont les pistes que nous nous proposons d'explorer dans le cadre des lignes qui vont suivre.

I/ LE ROLE DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE EN FAVEUR DU DROIT DES MAGISTRATS A UNE VIE FAMILIALE NORMALE DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE DE LEUR NOMINATION

La procédure de nomination des magistrats de l'ordre judiciaire présente des garanties préservant leur droit à une vie familiale normale liées à l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature (A). Un examen attentif de ce mécanisme de nomination laisse néanmoins apparaître son caractère déficient à l'égard de la protection des intérêts familiaux des magistrats (B).

A/ Les modalités d'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dans l'intérêt du droit à une vie familiale normale

L'alinéa second de l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que le Conseil supérieur de la magistrature assiste le Président de la République, garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, dans la nomination des magistrats de l'ordre judiciaire. Composé de membres élus par le corps judiciaire, mais également d'un membre élu par le Conseil d'Etat et de personnalités désignées par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée

¹ Sur la protection européenne de la vie familiale, voir particulièrement F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 280-287 et M.-T. Meulders-Klein, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1992, pp. 767-794.

² Sur ce point, voir B. Seiller, « Du neuf avec du vieux : l'urgence en matière de référé-suspension », *D.*, 2001, J., pp. 1414-1418.

nationale, ce Conseil détient un rôle essentiel d'instance disciplinaire¹. Il contribue également à rehausser la qualité des nominations et constitue un contre-pouvoir qui veille à l'indépendance de la magistrature en évitant que le pouvoir exécutif ne soit tenté de favoriser la carrière des magistrats qui lui seraient favorables².

S'agissant des postes les plus élevés de la hiérarchie judiciaire, le Conseil dispose d'un important pouvoir de *proposition de nomination* - à savoir celle des magistrats du siège à la Cour de cassation, des Premiers Présidents des Cours d'appel et des Présidents des Tribunaux de grande instance -, tandis que sa compétence demeure limitée à un pouvoir de *consultation pour avis*, s'agissant des autres nominations aux fonctions de magistrats du siège et du Parquet.

En cette circonstance, le Conseil supérieur de la magistrature reçoit du garde des Sceaux un projet de nomination dénommé « transparence » qui contient, outre la liste des candidats proposés par la Chancellerie aux postes à pourvoir, celle des autres magistrats postulants classés par ordre d'ancienneté. La transparence est dans un même temps adressée aux chefs de cour en vue de leur diffusion à l'ensemble des magistrats et des organisations professionnelles. Les magistrats qui n'ont pas été retenus pour une promotion ou une affectation sur un autre poste ont ainsi la possibilité d'adresser des « observations » écrites au C.S.M. Ces observations, qui ne constituent pas des recours, peuvent exprimer des considérations relatives au droit à une vie familiale normale que l'avis du Conseil peut prendre en compte. A l'origine prévue par une circulaire du garde des Sceaux du 13 janvier 1982, cette innovation avait pour ambition de lever « le secret qui entourait jusqu'à présent la préparation des mouvements de magistrats et faisait peser sur eux, en certains cas, un climat insupportable de suspicion ». Cette procédure a depuis lors été consacrée par l'introduction d'un nouvel article 27-1 dans l'Ordonnance du 22 décembre 1958, par la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992³.

Dans la pratique, le Conseil désigne un de ses membres en qualité de rapporteur. Son examen porte à la fois sur le dossier du candidat retenu par la Chancellerie, mais également sur celui des magistrats postulants non retenus qui pourraient utilement prétendre à une nomination au poste concerné par le projet, en particulier ceux qui ont adressé au C.S.M. des observations. Une réunion interne des membres du Conseil poursuit l'examen des candidatures, au cours de laquelle est entendu le rapporteur. A l'issue de ces discussions préliminaires, le Conseil émet provisoirement un avis. Les débats se poursuivent lors d'une réunion préparatoire entre le Conseil et le Directeur des services judiciaires du ministère. Un échange entre ces autorités permet au C.S.M. de faire connaître sa position et de demander au

¹ Sur la composition et les attributions du C.S.M., voir notamment J.-P. Lay et Ch. Bigaut, « Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature : la mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 », *D.*, 1994, Chron., pp. 129-135 et A. Martin, « Le Conseil supérieur de la magistrature et l'indépendance des juges », *R.D.P.*, 1997, pp. 741-781.

² En ce sens, voir en particulier M. Lernout, « Avis du C.S.M. sur les instructions individuelles et la nomination des magistrats », *D.*, 4 juillet 2002, Interview, pp. 2061-2063.

³ Cf. *J.O.*, 29 février 1992, pp. 3089-3094.

représentant de la Chancellerie d'explicitier les choix du garde des Sceaux. Vient enfin le moment pour le Conseil d'exprimer officiellement son avis au Ministre de la Justice.

La portée de l'avis du Conseil supérieur de la magistrature varie selon qu'il s'agit de la nomination d'un magistrat du siège ou du Parquet. Si le Conseil détient à l'égard des magistrats du siège un pouvoir d'*avis conforme* qui oblige les autorités de nomination à suivre cet avis ou à renoncer à la nomination, il ne dispose à l'égard des magistrats du Parquet que d'un pouvoir d'*avis simple* qui ne lie pas le garde des Sceaux, même si en pratique la Chancellerie renonce à la nomination des magistrats du Parquet qui ont été l'objet d'un avis défavorable.

Dans la mesure où le Juge Ozoux relève du pouvoir d'avis conforme du C.S.M. et que ce dernier a émis un avis favorable à la nomination des Juges Bugeon et Camberou sur les postes demandés par M. Ozoux, la Chancellerie pouvait soutenir qu'il ne pouvait prétendre être nommé sur ces postes. Le Ministre de la Justice pouvait également faire état du caractère contradictoire de la procédure préalable, ainsi que du fait que le Juge Ozoux avait eu la possibilité de présenter ses observations au C.S.M. avant que l'institution ne rende son avis. La décision commentée enseigne cependant que l'avis favorable du Conseil à l'égard des deux nominations susmentionnées ne suffit pas à légitimer le refus de nomination du Juge Ozoux. Ainsi apparaissent les limites de l'intervention du C.S.M. à l'égard de la protection du droit des magistrats à une vie familiale normale.

B/ Les limites de la protection par le Conseil supérieur de la magistrature du droit à une vie familiale normale

Le Conseil supérieur de la magistrature, qui n'est pas une commission administrative paritaire, n'a certes pas été créé pour assurer la protection des intérêts familiaux des magistrats, mais il peut cependant prendre en compte cet élément dans les avis qu'il formule. Il n'est toutefois pas en mesure de substituer une nomination à celle qui lui est proposée. Il ne peut donc imposer la nomination d'un magistrat du siège, au besoin pour des motifs tirés du droit à une vie familiale normale. En l'espèce, le C.S.M. ne pouvait proposer la nomination du Juge Ozoux, et quand bien même il aurait émis un avis défavorable à la nomination des Juges Bugeon et Camberou, le Ministère pouvait décider de ne pas pourvoir les postes demandés par M. Ozoux. Il est par ailleurs significatif que M. Ozoux n'ait pas adressé d'observations au C.S.M., préférant déférer au juge administratif les décisions de nomination qui lui faisaient grief. L'absence de motivation de l'avis du Conseil constitue également un élément de nature à affaiblir son rôle protecteur du droit des magistrats à une vie familiale normale.

Le Conseil supérieur de la magistrature repousse traditionnellement la réforme de la procédure d'élaboration de ses avis au motif qu'aucun texte ne lui impose l'obligation de les motiver. Ni les textes de référence au regard desquels ses avis doivent être rendus, ni la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs ne prescrivent en effet une motivation écrite, l'avis rendu par le

C.S.M. n'étant pas assimilé à un refus d'un « avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir », au sens de l'article 1^{er} de cette loi¹. A cet égard, le Conseil rappelle utilement que le processus de nomination ne vise qu'à sélectionner le meilleur candidat dans l'intérêt du service public et des justiciables. De nature administrative, il ne saurait « être assimilé à une procédure contentieuse qui aurait pour objet de reconnaître, comme en matière de revendication de propriété, le meilleur droit d'un candidat sur un poste donné »².

Ce choix d'une motivation secrète provient également de la double volonté du Conseil de ne produire ni une motivation de pure forme, ni une motivation par trop détaillée. A l'appui de sa réserve, le Conseil indique que le caractère succinct ou elliptique d'une motivation écrite ne serait pas susceptible d'offrir au magistrat le déroulement de son argumentation. De même, le Conseil insiste sur la nécessité de conserver le secret sur ses avis en ce que la communication d'observations désavantageuses pourrait être préjudiciable au déroulement de la carrière de certains candidats.

Enfin, le Conseil estime qu'il suffirait qu'il formule par écrit les motifs de ses avis pour déclencher un cortège de recours individuels. Au reste, il ne manque pas de souligner que ses observations ne sont destinées qu'à « éclairer les autorités de nomination sur la situation de leurs auteurs : si leur existence contribue à garantir une gestion impartiale et équitable du corps judiciaire, elles ne sauraient constituer l'amorce d'une procédure quasi juridictionnelle »³.

Il apparaît néanmoins regrettable que l'avis du Conseil ne soit pas motivé, particulièrement lorsqu'il fait suite à des observations. L'actuelle procédure de nomination manque indubitablement de lisibilité dans la mesure où elle conserve son caractère opaque jusqu'à la publication du décret de nomination. Ironie mordante, alors même que le C.S.M. fait état dans son rapport d'activité de 1999 de ce que la motivation induirait un développement du contentieux porté devant le Conseil d'Etat quant aux décisions de nomination ou aux avis non conformes, la culture du secret et des avis non motivés a facilité en l'espèce l'action contentieuse du Juge Ozoux⁴. Le caractère imparfait de la protection du droit des magistrats à une

¹ Par exception, relève de la loi de 1979 la procédure de *nomination des auditeurs de justice* à un poste du siège à leur sortie de l'Ecole nationale de la magistrature, dans la mesure où l'Ordonnance du 22 décembre 1958 leur confère expressément un droit à une affectation en fonction de leur rang de classement. Demeurent néanmoins exclues du champ d'application de la loi les procédures d'*avancement* ou de *mutation des magistrats*. Il en va notamment ainsi du refus d'un avancement au choix auquel le Conseil d'Etat ne reconnaît pas le caractère d'un avantage dont l'attribution constitue un droit, à l'occasion de son arrêt *Droulers* du 11 mai 1988. Voir *D.A.*, 1988, n° 330.

² Cf. *Rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, Edition des journaux officiels, 2000, p. 3.

³ *Id.*

⁴ Cf. *Rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature*, Paris, Edition des journaux officiels, 1999, p. 21.

vie familiale normale durant la procédure de nomination est toutefois compensé par l'intervention du Conseil d'Etat qui vient s'assurer de ce que ce droit a été respecté.

II/ LA CONTRIBUTION DU JUGE ADMINISTRATIF AU RESPECT DU DROIT DES MAGISTRATS A UNE VIE FAMILIALE NORMALE

La décision *Ozoux* du 6 août 2002 revêt au regard de la protection du droit des magistrats à une vie familiale normale une double importance. Elle met fin d'une part à la controverse jurisprudentielle et doctrinale portant sur l'application de la loi Roustan aux magistrats de l'ordre judiciaire, clarifiant les sources du droit à une vie familiale normale (A). Elle concourt d'autre part à une mise en œuvre effective du droit des magistrats à bénéficier d'une vie familiale normale en obtenant que la Chancellerie mette en balance les intérêts familiaux du magistrat et ceux du service public de la justice (B).

A/ La clarification opérée par le juge quant aux sources du droit à une vie familiale normale

La jurisprudence administrative pouvait apparaître comme définitivement cristallisée, s'agissant de l'application aux magistrats de la loi Roustan du 30 décembre 1921. L'arrêt *Ortiz* du 17 janvier 1992, pierre angulaire de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, est tout à fait symptomatique à cet égard¹. La Haute juridiction y jugeait qu'il résulte des dispositions de la loi, « éclairées par les travaux préparatoires, que les mesures qu'elle prévoit en faveur du rapprochement des conjoints s'appliquent à tous les agents titulaires d'un emploi permanent de l'Etat, et notamment aux magistrats de l'ordre judiciaire » (cons. 4). Une confirmation de cette orientation jurisprudentielle résulte en termes identiques de l'arrêt *Sire et Carle* du 18 septembre 1992². Les commentateurs avaient alors induit de cette incise des effets drastiques³, à savoir l'obligation pesant sur l'Administration judiciaire de réserver aux magistrats séparés de leur famille un quart des postes vacants et d'organiser avec une priorité absolue leur mutation dans le département de résidence de leur conjoint, en vue de leur assurer une vie familiale effective. En application de la loi Roustan, le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré dans son arrêt *Mme Cuttat* du 25 novembre 1994 que le texte ne prévoyait une affectation prioritaire que dans le département où le conjoint a sa résidence⁴, tout en précisant à l'occasion de l'arrêt *Bernard* du 17 avril 1991 qu'il n'impliquait toutefois aucune priorité dans l'attribution des différents postes vacants dans le département⁵.

¹ En ce sens, voir M. de Saint-Pulgent, « Mutations : la loi Roustan est-elle toujours en vigueur ? Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 17 janvier 1992 *Mme Ortiz* », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 1032-1035.

² Cf. *Rec.* 1992, pp. 345-346.

³ En ce sens, voir S. Salon, Note sous C.E. 17 janvier 1992 *Mme Ortiz*, *A.J.D.A.*, 1992, pp. 369-371.

⁴ Cf. *Rec.* 1994, p. 1006.

⁵ Cf. *Rec.* 1991, p. 999.

L'annonce d'un possible revirement apparaissait cependant en filigrane dès l'arrêt *Ortiz*. Le Conseil d'Etat y justifiait sa position en soulignant qu'aucune disposition n'avait alors abrogé les dispositions de la loi Roustan à l'égard des magistrats, lesquelles étaient compatibles avec l'application des règles statutaires du corps judiciaire. Ce vide normatif a été comblé par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature modifiant l'Ordonnance du 22 décembre 1958. En son nouvel article 29-2, le texte prévoit désormais *express verbis* que « les dispositions de la loi du 30 décembre 1921 rapprochant les fonctionnaires qui, étrangers au département, sont unis par les liens du mariage soit à des fonctionnaires du département, soit à des personnes qui y ont fixé leur résidence, ne sont pas applicables aux magistrats »¹. Disparaît ainsi du statut de la magistrature une référence législative vieille de plus de quatre-vingts ans.

Ainsi s'explique le revirement de jurisprudence opéré par la décision *Ozoux*, qui constitue la première application de l'Ordonnance nouvellement modifiée. Dans une formulation de principe, le Conseil d'Etat juge que « si le second alinéa de l'article 29 de l'Ordonnance de 1958 écarte les magistrats du bénéfice de la loi du 30 décembre 1921, c'est à la seule condition que puisse être préservé, pour ces magistrats, le droit de voir pris en considération leur situation familiale, à la mesure de la gravité des sujétions qui résultent de l'emploi qu'ils occupent lors de leur demande de mutation, et selon l'amélioration qu'est susceptible d'apporter une réponse positive à leur demande » (cons. 3). Cette substitution d'un texte à un autre lève donc les ambiguïtés quant à l'étendue des garanties législatives au droit à une vie familiale normale. L'Ordonnance de 1958 n'assigne désormais plus *in abstracto* aux magistrats de l'ordre judiciaire un droit de priorité absolue à la mutation, mais exige néanmoins que la restriction portée à leurs droits familiaux ne soit décidée qu'après une réelle pesée des intérêts en cause. Il s'agit là d'une solution de compromis qui permet de ménager de manière réaliste le pouvoir discrétionnaire de nomination de l'Administration judiciaire et les droits du magistrat, la loi Roustan ayant toujours été difficilement applicable aux petit corps, à l'instar du corps judiciaire qui ne comprend que quelque 6500 magistrats.

En dépit des différences dans la formulation des intérêts familiaux, la logique juridictionnelle reste identique. Le commentaire de la décision *Ozoux* est ainsi l'occasion d'analyser comment le contentieux de la nomination des magistrats, traditionnellement marqué par les notions d'intérêt du service et de particularités de l'organisation judiciaire, réussit à assurer l'effectivité du droit des magistrats à une vie familiale normale.

¹ Cf. *J.O.*, 26 juin 2001, p. 10120.

B/ La contribution du juge à l'effectivité du droit des magistrats à une vie familiale normale

La formule de l'article 29 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958 conduit le juge des référés à se livrer à un examen approfondi de la demande de nomination du Juge Ozoux¹. Le contrôle ainsi opéré se décompose en deux phases : la première, constituée par l'examen de la situation familiale de M. Ozoux, la seconde, par le contrôle de l'adéquation du refus d'affectation du magistrat au bon fonctionnement du service et aux particularités de l'organisation judiciaire.

C'est ainsi qu'à propos de la situation familiale du Juge Ozoux, le juge des référés reconnaît que celle-ci est « rendue particulièrement difficile » puisqu'il est séparé de son épouse et de ses deux enfants qui résident à La Réunion depuis sa nomination en 1999 au Tribunal de grande instance de Grasse (cons. 2). Il poursuit son argumentation en estimant que l'exécution du décret de nomination des Juges Bugeon et Camberou compromettrait durant de longs mois les chances de M. Ozoux d'être nommé à La Réunion. L'urgence de la suspension des effets du décret attaqué est ainsi démontrée.

Le juge des référés constate cependant que « certaines sujétions qui résultent de l'emploi qu'ils occupent lors de leur demande de mutation » pourraient priver de réalité le droit des juges à une vie familiale normale (cons. 3). L'ordonnance commentée met ainsi en exergue la nécessité pour le juge administratif d'opérer un choix entre les intérêts en cause et d'établir des priorités entre les nécessités du service et les intérêts familiaux des magistrats.

En premier lieu, des impératifs liés à l'organisation judiciaire d'une juridiction peuvent transformer les époux en « divorcés administratifs » ou en « séparés professionnels »². Ainsi, l'interdiction de rapprocher les familles peut être inhérente à la fonction du magistrat. A titre d'exemple, l'article 31 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que ne peut être nommé dans le ressort d'un tribunal de grande instance tout magistrat qui y aura exercé depuis moins de cinq ans les professions d'avocat, avoué, notaire, huissier de justice ou agréé près les tribunaux de commerce³. De même, la séparation des époux peut être imposée en raison d'une incompatibilité entre la fonction du magistrat et celle de son conjoint. Le Code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi en son article 721-1 qu'à moins de bénéficier d'une dispense, les époux ne peuvent être simultanément membres d'un même tribunal ou d'une même cour en quelque qualité que ce soit, étant par ailleurs entendu qu'aucune dispense ne peut être accordée lorsque la juridiction ne comprend qu'une chambre ou que l'un des conjoint est le chef du siège ou du

¹ Cette disposition décide en son alinéa 1^{er} que « (dans) toute la mesure compatible avec le fonctionnement du service et les particularités de l'organisation judiciaire, les nominations des magistrats tiennent compte de leur situation de famille ».

² Selon l'expression de M. Ladhari in « Les époux et l'exercice de la fonction publique », *D.*, 1980, Chron., p. 10.

³ Cf. *Code de la fonction publique, op. cit.*, p. 974.

Parquet de cette juridiction¹. Dans un même esprit, les exigences liées à l'organisation judiciaire sont suffisamment rigoureuses pour interdire le rapprochement des époux lorsque l'un d'entre eux exerce les fonctions de magistrat dans une juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le département dont son conjoint est député ou sénateur, en application de l'article 9-2 de l'Ordonnance de 1958².

En second lieu, le rapprochement des époux ne vaut qu'autant que celui-ci ne se heurte au bon fonctionnement du service qui peut faire obstacle à la mutation du magistrat. Il y a ici lieu de relever que la loi substitue à la traditionnelle formulation d'« intérêt du service » la notion de « bon fonctionnement du service » qui, sous une apparence anodine, restreint quelque peu l'arbitrage entre les intérêts parfois antagonistes des familles et de l'Administration judiciaire. C'est certainement ce deuxième motif qui pouvait le mieux justifier la position du garde des Sceaux qui privait le Juge Ozoux d'une vie familiale normale. Il s'avère en effet que M. Ozoux a été le secrétaire général du Syabat, le syndicat patronal du bâtiment à La Réunion. Le bon fonctionnement du service pouvait donc se lire au prisme de l'impartialité objective du juge garantie par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Ministère n'a cependant pas jugé utile de s'expliquer, puisqu'aucun de ses représentants n'était présent à l'audience publique. Il n'était de toutes manières pas démontré, s'agissant d'un magistrat de base, que sa nomination pouvait en l'espèce, et même dans le contexte insulaire, porter atteinte au bon fonctionnement du service du fait de son passé professionnel.

En l'espèce, le juge des référés s'est borné à considérer que « si le garde des Sceaux soutient, sans autre précision, que la situation familiale de M. Ozoux a été prise en considération lors de l'examen de sa demande de mutation, il n'allègue aucune considération relative au bon fonctionnement du service ou aux particularités de l'organisation judiciaire qui aurait fait obstacle à ce que l'intéressé fut affecté à La Réunion » (cons. 4). La pensée du juge est ici très claire. Il constate simplement que le Ministre de la justice n'a pas fondé sa décision de nommer les Juges Bugeon et Camberou sur leur situation familiale. Il en déduit ainsi que le traitement des demandes de mutation n'a été établi qu'en application du « seul critère de l'ancienneté, pris en compte dans des conditions contestées », en l'absence d'un examen particulier des intérêts familiaux des trois magistrats (cons. 5). Le juge en prend acte et décide que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 29 de l'ordonnance est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité du refus opposé au Juge Ozoux. Il ordonne en conséquence la suspension de l'exécution du décret présidentiel du 28 juin 2002 et enjoint au garde des Sceaux de reconsidérer son classement en tenant compte de la situation familiale des Juges Bugeon, Camberou et Ozoux.

¹ Cf. L. Cadiet, *Code de procédure civile*, Paris, Litec, 2002, p. 1151.

² Cf. *Code de la fonction publique, op. cit.*, p. 961.

Le contrôle opéré par le juge des référés administratif acquiert une étendue significative et une importance pratique réelle. Le juge administratif tient en effet son rôle traditionnel de garant de l'équilibre entre les prérogatives de l'Administration et les droits des justiciables. Il apparaît également ici comme un protecteur attentif des droits des magistrats de l'ordre judiciaire à une vie familiale normale. Pour autant, la décision du 6 août 2002 comporte des limites quant à la protection des intérêts familiaux du Juge Ozoux. Si le magistrat obtient la suspension du décret du Président de la République du 28 juin 2002 nommant les Juges Bugeon et Camberou, il ne peut obtenir d'être nommé à leur place, dans la mesure où le Conseil d'Etat, pas plus que le Conseil supérieur de la magistrature, ne dispose d'un pouvoir de nomination alternative. Il semble toutefois que le Ministre ait procédé au réexamen ordonné en référé puisque, quelques semaines après cette décision, le Juge Ozoux a été nommé sur avis conforme du C.S.M., par décret du 4 octobre 2002, juge au Tribunal de grande instance de Saint-Denis. Suite au désistement de M. Ozoux de son instance au fond, les magistrats dont le décret de nomination avait été l'objet du référé-suspension ont été installés dans leurs fonctions le 24 septembre 2002.

Il reste cependant que si la présentation d'observations au Conseil supérieur de la magistrature constituait un préalable obligatoire avant la saisine du juge administratif, l'avis du Conseil pourrait prendre en compte les intérêts familiaux du requérant et contribuer à réduire les risques de parution d'un décret de nomination susceptible de faire l'objet d'une suspension de ses effets, faute de respecter le droit des magistrats à une vie familiale normale.

