

**HAUTE
SURVEILLANCE ET SURVEILLANCE
DES AUTORITES JUDICIAIRES
DANS LE CANTON DE VAUD**

Situation actuelle et solutions possibles

Dick F. Marty
Dr jur. Dr h.c.

14 novembre 2014

Table des matières

Le mandat	4
1. LA SITUATION ACTUELLE	6
1.1 La haute surveillance	6
1.1.1 La Constitution	6
1.1.2 Le Grand Conseil – la Commission de haute surveillance	6
1.1.3 Le Grand Conseil – la Commission de gestion	7
1.1.4 Le Tribunal cantonal	7
1.2 Le pouvoir disciplinaire	7
1.3 La désignation des magistrats de l'ordre judiciaire	7
1.3.1 Les juges du Tribunal cantonal	7
1.3.2 Les juges des juridictions inférieures	8
2. ASPECTS CRITIQUES	9
2.1 Un mécanisme complexe	9
2.2 Confusion entre haute surveillance et surveillance	9
2.3 Le Ministère public : autorité judiciaire ou administrative ?	10
2.3.1 Droit vaudois	10
2.3.2 Droit fédéral	10
2.3.3 Autres cantons	11
2.4 La désignation des magistrats	12
2.4.1 Le rôle des partis politiques	12
2.4.2 Le cumul de compétences du Tribunal cantonal	13
2.4.3 Le recours à des experts	14
2.4.4 La réélection périodique : dangers	14
3. LES STANDARDS INTERNATIONAUX	16
3.1 Le Conseil de l'Europe : le Comité des Ministres	16
3.1.1 Sélection des juges	16
3.1.2 Inamovibilité du juge	17
3.1.3 Procédures disciplinaires	17
3.1.4 Formation	18

3.2 Le Conseil de l'Europe : l'Assemblée parlementaire	18
3.3 Le Conseil de l'Europe : la Commission de Venise	18
3.3.1 Sélection des juges et surveillance	19
3.3.2 L'indépendance du juge à l'intérieur du système judiciaire	19
4. CORRECTIFS POSSIBLES	20
4.1 Election des magistrats de l'ordre judiciaire	20
4.2 La durée du mandat des magistrats	20
4.3 La surveillance de l'administration de la justice	21
5. SUGGESTIONS	24
5.1 Institution d'un Conseil supérieur de la Magistrature	24
5.1.1 La composition du Conseil (supérieur) de la Magistrature	24
5.1.2 Les compétences du Conseil de la Magistrature	25
5.2 La sélection et l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire	26
5.3 La durée du mandat	26
5.4 Le Ministère public	26
5.5 Le Grand Conseil	27
5.6 Autres solutions envisageables : statu quo +	27
Abréviations	28

Le mandat

L'affaire du meurtre de Marie par Claude D. en mars 2013 a relancé le débat sur la haute surveillance du pouvoir judiciaire, exercée dans le canton de Vaud par la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal (CHSTC) du Grand Conseil.

Suite à ce drame, le Tribunal cantonal a ordonné une enquête administrative confiée à l'ancien procureur Felix Bänziger. Le rapport a été rendu le 27 août 2013. M. Bänziger conclut que l'enquête administrative n'a révélé aucune négligence de la part d'institutions ou de personnes. Il met toutefois en lumière des carences qu'il qualifie d'« *occasions manquées* ».

Le 11 février 2014, le Bureau du Grand Conseil a demandé au professeur Thierry Tanquerel un avis de droit sur les compétences de la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal vaudois et en particulier sur la portée à donner à l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à l'art. 135 de la Constitution vaudoise. L'avis de droit, rendu le 9 mai 2014, a conclu que la Commission de haute surveillance avait excédé son pouvoir de surveillance en critiquant le jugement du juge de l'application des peines qui a accepté le recours de CD et qu'elle n'avait pas la compétence de requérir du tribunal cantonal l'ouverture d'une nouvelle procédure disciplinaire contre le JAP. L'expert reconnaît, toutefois, qu'il était légitime que la CHSTC procède à une investigation suite à l'affaire CD : « *il était raisonnable de se demander si le drame aurait pu être évité par un meilleur fonctionnement de la justice* ».

Le 23 avril 2013, le Grand Conseil prend acte des trois interventions parlementaires concernant l'organisation de la justice et les transmet au Conseil d'Etat. Il s'agit de

- postulat Buffat *en vue de la modification de l'art. 162 de la Loi sur le Grand Conseil et pour une clarification de la procédure de réélection des juges cantonaux, respectivement des juges cantonaux suppléants et du procureur général* ;
- motion déposée par la CHSTC, transformée par la suite en postulat, *visant à confier à ladite commission la haute surveillance sur le Ministère public* ;
- motion Mahaim, transformée en postulat, *demandant la création d'une autorité indépendante de (haute) surveillance de la justice et du Ministère public*.

La réforme de la justice était un sujet d'actualité et faisait partie de l'agenda politique avant même que le drame de Payerne ne se produise. Les événements des 13 et 14 mai 2013 ont donné une tout autre dimension au débat.

Dans ce contexte, le 30 avril 2014, la Cheffe du département des institutions et de la sécurité nous a confié la mission de mener une réflexion sur la problématique de la haute surveillance dans le canton de Vaud. Il s'agit notamment de faire un état de la situation actuelle en matière de haute surveillance des autorités judiciaires, et de proposer des pistes de solutions à la crise institutionnelle.

Il nous a été demandé de nous concentrer sur cinq réflexions principales, à savoir sur l'opportunité :

- *« d'instituer un organe apte à assurer la cohérence des relations entre le Grand Conseil et le Tribunal cantonal, dans le sens d'une meilleure efficacité juridictionnelle ;*
- *d'instituer un conseil supérieur de la magistrature ;*
- *de renforcer les pouvoirs de la Cour administrative du Tribunal cantonal, dont les membres pourraient être nommés directement par le Grand Conseil et exercer un pouvoir de surveillance, notamment disciplinaire, sur les autres magistrats ;*
- *de confier à une même autorité la haute surveillance du Tribunal cantonal et du Ministère public ;*
- *de modifier le mode d'élection des juges cantonaux et, accessoirement, la durée de leur mandat »*

1. La situation actuelle

L'organisation judiciaire du canton de Vaud est assez connue pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire une description détaillée. Nous allons ainsi nous limiter à souligner les aspects qui concernent le mandat qui nous a été attribué et qui nous paraissent problématiques.

L'affaire CD a relancé le débat sur la question de la surveillance du pouvoir judiciaire et a provoqué de vives tensions entre ce dernier et le législatif. Cette controverse a poussé le Bureau du Grand Conseil à demander un avis de droit au professeur Thierry Tanquerel, concernant les compétences de la CHSTC et en particulier la portée de l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à l'art. 135 Cst-VD. L'avis de droit du 9 mai 2014 est connu et il est dès lors inutile d'en rappeler la teneur. On se contentera de relever que les considérations de l'expert confirment qu'il y a effectivement un problème de nature institutionnelle entre les pouvoirs législatif et judiciaire.

1.1 La haute surveillance

1.1.1 La Constitution

La Constitution établit que « *Le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur l'activité du Conseil d'Etat, ainsi que sur la gestion du Tribunal cantonal. L'indépendance des jugements est réservée* »¹. La même notion est reprise plus loin : « *Sauf l'indépendance des jugements, le Tribunal cantonal est placé sous la haute surveillance du Grand Conseil* »². Comme le souligne le professeur Tanquerel³, la haute surveillance du législatif porte sur la gestion et non pas sur l'activité du Tribunal cantonal : les termes choisis par le constituant sont significatifs. Force est de constater qu'on ne mentionne dans la constitution ni les tribunaux de rang inférieur ni le Ministère public. Ce dernier est rattaché administrativement au Conseil d'État⁴, alors que les instances judiciaires inférieures sont soumises à la surveillance du Tribunal cantonal. Ce dernier est également autorité de nomination des magistrats des instances inférieures⁵.

1.1.2 Le Grand Conseil – la Commission de haute surveillance

Le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur le pouvoir judiciaire à travers une commission spéciale, la CHSTC, créée en 2011⁶. Auparavant ces fonctions étaient

¹ Art. 107 al. 1 Cst-VD.

² Art. 135. al. 1 Cst-VD. Le principe est également repris par l'art. 10 LOJV : « *Le Tribunal cantonal est placé sous la haute surveillance du Grand Conseil* ».

³ Tanquerel p. 16.

⁴ Art. 125a al. 3 Cst-VD.

⁵ Art. 133 al. 2 Cst-VD.

⁶ Le site du Grand Conseil décrit de la façon suivante la fonction et les tâches de la CHSTC :

La Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal est composée de 7 membres. Elle est chargée d'exercer la haute surveillance sur le Tribunal cantonal pour le Grand Conseil (article 58a de la Loi sur le Grand Conseil, LGC). La haute surveillance porte sur la gestion actuelle et passée du Tribunal cantonal. Elle comprend également le pouvoir d'investigation en cas de déni de justice récurrent d'une autorité judiciaire. La Commission traite les pétitions transmises par la Commission des pétitions en lien avec l'Ordre judiciaire.

La haute surveillance ne porte pas sur l'activité juridictionnelle des autorités judiciaires.

exercées par la Commission de gestion. L'affaire dite *du Tribunal administratif* avait conduit le Conseil d'État et le Parlement à se doter d'une loi d'application pour l'art. 135 Cst-VD et à définir ainsi la notion de « *haute surveillance* » ainsi que sa mise en oeuvre⁷.

1.1.3 Le Grand Conseil – la Commission de gestion

Contrairement à ce qui se passe avec le Tribunal cantonal depuis 2011, la haute surveillance sur le Ministère public demeure de la compétence de la Commission de gestion du Grand Conseil.

1.1.4 Le Tribunal cantonal

Le Tribunal cantonal, à travers la Cour administrative composée de trois magistrats – le Président, le Vice-président et un juge – assume « *la direction générale de l'Ordre judiciaire* ». La Cour plénière, quant à elle, exerce « *la haute surveillance sur l'administration de la justice et sur la direction générale de l'Ordre judiciaire* »⁸.

1.2 Le pouvoir disciplinaire

Le Bureau du Grand Conseil est compétent pour ouvrir une enquête administrative à l'égard d'un juge cantonal et du procureur général et à décider de leur suspension⁹. Comme on le verra par la suite, les sanctions disciplinaires concernant un juge cantonal sont de la compétence du Tribunal neutre¹⁰.

Le Tribunal cantonal exerce la surveillance et le pouvoir disciplinaire, allant jusqu'au renvoi pour justes motifs, sur les autres autorités judiciaires, notamment sur les magistrats des instances inférieures, par l'intermédiaire d'une autorité de surveillance¹¹, composée de trois juges du Tribunal cantonal. Les décisions de l'autorité de surveillance sont susceptibles de recours auprès du Tribunal neutre. Le Tribunal neutre est également compétent pour prononcer une peine disciplinaire ou un renvoi pour justes motifs à l'égard d'un juge du Tribunal cantonal et du procureur général.

1.3 La désignation des magistrats de l'ordre judiciaire

1.3.1 Les juges du Tribunal cantonal

Le Grand Conseil élit et réélit les juges du Tribunal cantonal¹² ainsi que le Procureur général¹³ pour un mandat de cinq ans, sur préavis de la Commission de présentation ;

⁷ Loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal (LHSTC) du 8 mars 2011. Sur la portée de ces dispositions nous nous référons à l'avis de droit du professeur Tanquerel.

⁸ Rapport annuel de l'Ordre judiciaire vaudois 2013, p. 19.

⁹ Art. 37 al. 1 let. a et 38 al. 1 LOJV et art. 20 LMPu.

¹⁰ V. point 2.3.

¹¹ Art. 31 al. 1 LOJV.

¹² Art. 154 LGC.

¹³ Art. 7 LMPu.

pour cette tâche, cette dernière est assistée par des experts. La Commission entend tous les candidats. Comme dans la plupart des cantons ainsi que sur le plan fédéral, l'élection des magistrats tient rigoureusement compte des équilibres politiques tels qu'ils ressortent de la composition du parlement.

1.3.2 Les juges des juridictions inférieures

Le Tribunal cantonal nomme les autres magistrats de l'ordre judiciaire, notamment les juges des tribunaux d'arrondissement¹⁴, ainsi que les magistrats des justices de paix¹⁵. Les candidatures (environ 80 postes à pourvoir) sont examinées par la Cour administrative, qui formule un préavis à l'attention de la Cour plénière ; celle-ci se prononçant au vote secret.

¹⁴ Art. 91 et art. 94 al. 2 LOJV.

¹⁵ Art. 108b et 109 LOJV.

2. Aspects critiques

2.1 Un mécanisme complexe

Les dispositions relatives à la haute surveillance du législatif sur le pouvoir judiciaire nous paraissent complexes et témoignent d'une certaine confusion entre les fonctions de haute surveillance et de surveillance¹⁶. L'art. 2 LOJV énumère les différentes autorités judiciaires aussi bien au niveau cantonal qu'au niveau des arrondissements ou des districts. Pourtant, l'art. 107 al. 1 Cst-VD concernant la haute surveillance ne mentionne que le Tribunal cantonal. Certes, ce dernier, comme nous l'avons déjà mentionné, exerce « *la haute surveillance sur l'administration de la justice et sur la direction générale de l'Ordre judiciaire* »¹⁷ ; aurait-il aussi la même fonction sur le Tribunal neutre ? Élu par le Grand Conseil, le Tribunal neutre¹⁸ se prononce sur les demandes de récusation à l'encontre du Tribunal cantonal et, en cas de décision positive, instruit et juge en lieu et place du tribunal récusé. Soit dit en passant, le fait que l'instance appelée à statuer sur la récusation soit la même qui juge, si la récusation est acceptée, nous semble discutable. Le Tribunal neutre est également autorité disciplinaire à l'égard des juges du Tribunal cantonal et du procureur général ainsi qu'autorité de recours contre les décisions de l'autorité de surveillance¹⁹. Le Tribunal neutre statue sans qu'il soit possible de faire recours contre ses décisions (ce qui est surprenant).

On peut se demander pourquoi la version de la Constitution de 1885, qui nous semblait plus adéquate, a été abandonnée : « *Sauf l'indépendance des jugements, l'ordre judiciaire est placé sous la haute surveillance du Grand Conseil (...)* »²⁰. Considérer le Tribunal cantonal comme étant le seul acteur du pouvoir judiciaire nous paraît une simplification excessive et pas très respectueuse de l'indépendance des autres instances, notamment de celles de première instance.

2.2 Confusion entre haute surveillance et surveillance

Les pouvoirs de surveillance sur les magistrats de l'ordre judiciaire sont ainsi répartis entre plusieurs institutions en fonction des juridictions auxquelles ils appartiennent. Cela ne nous paraît pas être très judicieux : le mécanisme est complexe, lourd, peu transparent et risque de provoquer des pratiques différentes ainsi que des inégalités de

¹⁶ L'affaire du Tribunal administratif – assez connue pour ne pas devoir la rappeler – a engagé le législateur à mettre en œuvre les art. 107 et 135 Cst-VD au moyen d'une loi d'application (alors qu'on s'en était passé pendant plus d'un siècle). Le 8 mars 2011 est ainsi adoptée la Loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal (LHSTC). Les débats précédant l'adoption de cette loi semblent avoir été assez vifs et certaines propositions du Gouvernement ont été modifiées, ce qui explique la confusion entre haute surveillance et surveillance qu'on éprouve en examinant les textes. A la suite de cette loi, la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal a été instituée au sein même du Grand Conseil et à partir de ce moment, c'est elle qui a assumé les tâches de haute surveillance, auparavant compétence de la Commission de gestion.

¹⁷ Supra 2.1.4.

¹⁸ Pour un non-Vaudois, la dénomination de *Tribunal neutre* apparaît un peu surprenante : les autres tribunaux ne le seraient-ils pas ?

¹⁹ Art. 31c LOJV et 19 LMPu.

²⁰ Art. 73 Cst-VD-1885.

traitement. Pour le pouvoir judiciaire, ce ne sont ainsi pas moins de cinq autorités différentes qui exercent des fonctions de surveillance et disciplinaires : le Bureau du Grand Conseil, le Tribunal neutre, la Cour administrative du Tribunal cantonal, l'Autorité de surveillance du Tribunal cantonal et la Cour plénière du Tribunal cantonal.

Conférer au Bureau du Grand Conseil la compétence d'ouvrir une enquête administrative et de décréter la suspension d'un juge cantonal nous semble critiquable et va au-delà de l'exercice normal d'une haute surveillance. D'ailleurs le prof. Tanquerel ne manque pas d'exprimer sa perplexité au sujet de cette réglementation du pouvoir disciplinaire : « *Le fait que le Grand Conseil, par l'intermédiaire de son Bureau, soit compétent pour décider de l'ouverture d'une enquête disciplinaire, voire d'une suspension, contre un juge du Tribunal cantonal n'est pas des plus heureux du point de vue du principe de l'indépendance des tribunaux* »²¹.

2.3 Le Ministère public : autorité judiciaire ou administrative ?

2.3.1 Droit vaudois

Le Ministère public ne figure pas dans la liste des autorités judiciaires de l'art. 2 LOJV²². Le Grand Conseil exerce d'ailleurs la haute surveillance sur le Ministère public par le biais de la Commission de gestion et non pas par la nouvelle Commission de haute surveillance sur le Tribunal cantonal (comme nous l'avons déjà indiqué, avant 2011 c'était la Commission de gestion qui exerçait la haute surveillance sur ces deux autorités). Nous considérons cette position du Ministère public comme une anomalie ; le Ministère public est le pivot de la justice pénale et il serait naturel et surtout beaucoup plus rationnel que le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur le parquet par le biais de la CHSTC, comme pour les autres institutions judiciaires. En fait, dans le canton de Vaud, le Ministère public semble encore être considéré comme une entité administrative, c'est-à-dire que les procureurs ne sont pas des magistrats de l'ordre judiciaire²³. Rappelons que les art. 107 et 135 Cst-VD ainsi que l'art. 10 LOJV relatifs à la haute surveillance sur la justice, ne mentionnent que le Tribunal cantonal et pas le Ministère public. La tendance actuelle est, en fait, de considérer le parquet comme une autorité judiciaire à part entière. D'ailleurs, avec la réforme et l'unification de la procédure pénale, le Ministère public a assumé d'importantes compétences supplémentaires, non seulement au niveau de l'instruction (il n'y a plus de juge d'instruction), mais, en fait, également en tant qu'autorité de jugement par le biais de l'ordonnance pénale²⁴.

2.3.2 Droit fédéral

La question de la nature du Ministère public s'est posée également au niveau fédéral. Autorité aux pouvoirs essentiellement limités aux infractions contre l'État, le Ministère

²¹ Tequerel, Avis de droit, p. 22 n.70.

²² La constitution genevoise, elle, mentionne expressément le Ministère public comme faisant partie du pouvoir judiciaire (art. 116). Le canton de Neuchâtel en fait de même (art.5 OJN). Fribourg inclut aussi le Ministère public parmi les autorités judiciaires (art. 3 LJ).

²³ L'art. 17 LOJV qui énumère les « *magistrats judiciaires professionnels* » ne mentionne pas les procureurs.

²⁴ Art. 352 CPS.

public de la Confédération a désormais de vastes compétences, notamment dans le cadre de la poursuite du crime organisé, du blanchiment d'argent et de la criminalité économique internationale²⁵. Son rôle a été ainsi profondément modifié et son activité ressemble maintenant à celle d'un parquet cantonal. Dans l'ancien système, le Procureur général de la Confédération était élu par le Conseil fédéral et soumis à la surveillance conjointe du Département fédéral de justice et police (pour les aspects administratifs) et du Tribunal fédéral (pour les aspects judiciaires). En ce qui concerne le nouveau Ministère public de la Confédération, le Conseil fédéral avait voulu s'en tenir au système en vigueur, allant même jusqu'à vouloir que la surveillance soit exclusivement exercée par le Département fédéral de justice et de police. Le parlement a cependant imposé un autre modèle : le Procureur général et ses deux substituts sont élus par l'Assemblée fédérale²⁶ et la surveillance est exercée par une nouvelle autorité indépendante constituée de sept personnes, elles aussi élues par l'Assemblée fédérale²⁷.

2.3.3 Autres cantons

Dans de nombreux cantons, le Ministère public est expressément considéré comme faisant partie du pouvoir judiciaire ou, du moins, des autorités judiciaires. C'est le cas de Genève où le principe est clairement exprimé dans la constitution : « *Le pouvoir judiciaire est exercé par : a) le Ministère public ; b) les juridictions en matière constitutionnelle, administrative, civile et pénale* »²⁸. Neuchâtel établit que « *Les autorités judiciaires sont : a) le Tribunal d'instance ; b) le Tribunal cantonal ; c) le Ministère public* »²⁹. Dans le canton du Valais, le système rappelle un peu le modèle vaudois : les magistrats du Ministère public sont élus par le Grand Conseil, tandis que la surveillance est exercée par l'exécutif : « *Le Conseil d'État exerce un contrôle administratif et financier sur l'activité du ministère public* »³⁰. Par l'intermédiaire du Conseil d'État, le procureur général adresse chaque année un rapport sur l'activité de son office au Grand Conseil; la même disposition précise que « *Si l'indépendance du ministère public est menacée, le procureur général peut saisir directement le Grand Conseil* »³¹. La constitution fribourgeoise fait une distinction entre « *pouvoir judiciaire* » et « *Ministère public* ». Les juges et les magistrats du ministère public sont pourtant élus selon les mêmes modalités

²⁵ Cette réforme fait suite à l'adoption par les Chambres fédérales le 22 décembre 1999 d'un paquet de « *mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale* » (plus connu comme « *Projet d'efficacité – Effizienzvorlage* ») entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002 (précédé par une révision de la Constitution adoptée le 12 mars 2000, qui a entraîné, entre autre, l'unification des procédures pénales et civiles).

²⁶ Art. 20 LOAP.

²⁷ Art. 23 LOAP. En fait, il s'agit d'un « *conseil de la magistrature* » limité au Ministère public de la Confédération. Cette anomalie s'explique par le calendrier des réformes. L'institution d'un conseil de la magistrature avait été envisagée lors de la création du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral. Le principe avait été adopté à l'unanimité par la Commission des questions juridiques du Conseil des Etats et avait aussi convaincu le Conseil fédéral. Au plénum des Etats, cependant, les ténors des principaux partis se sont vivement opposés et le projet a été rejeté à une faible majorité. Pour le Ministère public de la Confédération, quelques années plus tard, les choses se sont passées différemment. Un jour, il faudra bien régler cette question pour l'ensemble de la justice fédérale !

²⁸ Art. 116 al. Cst-GE.

²⁹ Art. 5 al. 1 OJN.

³⁰ Art. 24 al. 2 LOJ-VS.

³¹ Art. 25 OJ-VS.

et soumis à la surveillance de la même autorité. La même constitution établit que « *L'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie* »³² ; le ministère public n'est pas cité, alors qu'à l'alinéa suivant on peut lire « *Les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus pour une période indéterminée (...)* ». La loi sur la justice indique que le Ministère public fait partie des « *autorités judiciaires* » qui exercent la juridiction pénale³³. La même loi rappelle que « *L'indépendance du Pouvoir judiciaire est garantie* » et que « *Dans l'exercice de leur fonction les autorités judiciaires ne sont soumises qu'à la loi* »³⁴. On fait donc une distinction entre le *pouvoir judiciaire*, qui comprend les autorités qui rendent des jugements, et les *autorités judiciaires* qui participent, institutionnellement, à l'administration de la justice.

2.4 La désignation des magistrats

2.4.1 Le rôle des partis politiques

La désignation des magistrats de l'ordre judiciaire constitue un aspect fondamental de l'indépendance de la justice. Dans notre pays, les magistrats de l'ordre judiciaire sont en règle générale élus par le parlement (quelques fois par le peuple) sur proposition des partis politiques, proportionnellement à leur force électorale. Ce système suscite le plus grand étonnement, pour ne pas dire l'incompréhension et l'indignation de nombre d'observateurs étrangers. En fait, on ne peut pas vraiment juger les différents modèles de nomination des juges sans connaître l'histoire des institutions et la culture politique d'un pays. Le mérite du système suisse est de conférer à travers l'élection une légitimité démocratique au magistrat. D'autre part, la proportionnalité politique assure une répartition équitable des différents courants de pensée de la société au sein du pouvoir judiciaire. Ce modèle exige un grand sens de responsabilité de la part des partis politiques : mais pour que le système fonctionne vraiment, les partis doivent s'engager à présenter les meilleurs candidats et, si cela n'est pas possible, à renoncer en faveur du candidat plus valable d'un autre parti et accepter ainsi de rétablir l'équilibre lors d'une prochaine vacance.

Ce système a jusqu'à présent assez bien fonctionné. La croissante polarisation et l'exaspération de la confrontation politique nous obligent, toutefois, à nous poser des questions. Est-il normal qu'un magistrat soit tenu au paiement des cotisations annuelles du parti, au risque, s'il ne s'exécute pas, d'être évincé lors d'un prochain renouvellement des charges judiciaires ? Est-il acceptable qu'un excellent candidat, faute de se reconnaître dans un parti, n'ait pratiquement aucune chance de devenir juge ?³⁵ La

³² Art. 121 al.1 Cst-FR.

³³ Art. 3 al. 2 LJ.

³⁴ Art. 5 LJ.

³⁵ Ce lien requis entre le candidat et le parti politique est, à quelques exceptions près, la règle en Suisse. V. par exemple Brigitte Hürlimann, Richterstellen vom Parteibuch abkoppeln, in : Neue Zürcher Zeitung du 31 décembre 2009. L'auteur, se référant à la situation du canton de Zürich ne saurait être plus clair : « *Bezirks- oder Oberrichter wird in Zürich nur wer Mitglied einer Partei ist* ». Plus récemment encore, des critiques analogues ont été exprimées à l'occasion d'une réforme législative en cours dans le canton de Lucerne par le juge fédéral Thomas Stadelmann, Überlegungen zur Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern, in : Justice – Justiz – Giustizia 2014/3. « *Les partis se partagent les sièges comme un gâteau* », affirme l'ancien président du Tribunal fédéral commentant les élections des juges fédéraux par l'Assemblée fédérale dans une interview parue dans Le Temps du 13 septembre 2014. La

dégradation du débat politique conduit à d'autres excès : suite au célèbre jugement du Tribunal fédéral cassant la décision de l'assemblée communale de Emmen, qui avait refusé la citoyenneté à tous les candidats dont le nom finissait en *-ic*, le président d'un grand parti national n'a pas hésité à menacer les juges de ne plus les réélire³⁶. De tels faits sont d'une gravité extrême et nuisent à la crédibilité des institutions, aussi bien politiques que judiciaires.

Le système suisse, qui ne connaît ni école de magistrature (si non à l'état embryonnaire) ni concours sur la base d'un examen, fait que les magistrats sont souvent dépourvus de formation spécifique. La formation des magistrats reste un problème non résolu qui devient toujours plus aigu en raison de la complexité croissante de la vie sociale et de la nécessité qui en résulte de disposer d'un personnel judiciaire hautement qualifié.

Dans ce contexte, il faut saluer la présence d'experts³⁷ appelés à assister la Commission de présentation du Grand Conseil lors de l'audition des candidats au poste de juge du Tribunal cantonal et lors de la formulation du préavis à l'attention du plénum. Mais est-ce là une mesure suffisante ? Nous avons des doutes ...

2.4.2 Le cumul de compétences du Tribunal cantonal

Le système vaudois a la particularité que c'est le Tribunal cantonal qui nomme les magistrats des juridictions inférieures. Il semblerait que l'appartenance à un parti politique, pour ces magistrats, ne jouerait pas un rôle significatif, contrairement à ce qui se passe pour les postes de juge cantonal.

Ce cumul de compétences nous paraît problématique. Le Tribunal cantonal est ainsi l'instance cantonale suprême qui dit le droit, qui nomme les magistrats des juridictions inférieures devant périodiquement être réélus, qui exerce sur eux la surveillance et le pouvoir disciplinaire et, *last but not least*, qui constitue l'autorité de recours contre leurs décisions. Comme nous le voyons, le Tribunal cantonal a beaucoup trop de fonctions et de pouvoirs, pour que l'on puisse affirmer que les magistrats de première instance puissent être perçus comme étant vraiment indépendants.

En effet, l'indépendance du magistrat est caractérisée par deux éléments indissociables : l'indépendance intrinsèque du magistrat, sa capacité de juger d'une façon impartiale, en dehors de toute pression externe, et, d'autre part, le fait d'apparaître indépendant aux yeux des justiciables. L'indépendance du juge ne vaut pas seulement par rapport aux influences externes, mais également par rapport aux influences internes, comme les instances judiciaires supérieures. Certes, ces dernières ont la faculté de revoir les décisions des juridictions inférieures, mais elles sont tenues de le faire en suivant les règles expressément prévues par la loi de procédure. Un quelconque moyen de pression, qui influencerait dans un sens ou dans un autre un jugement, n'est pas licite. Le pouvoir de nommer et de reconduire (ou pas) les magistrats, sur les jugements desquels le

critique portée par l'ancien président du TF au sujet de l'élection des juges est reprise également par la Tribune de Genève du 20 septembre 2014. V. également Mihaela Amoss Piguet, L'élection partisane des juges – une entorse au principe de la séparation des pouvoirs ?, in : Justice- Justiz – Giustizia 2013/1.

³⁶ V. Dick Marty, Tentatives de déstabilisation portées à l'image de la justice : que faire ?, in : Justice – Justiz – Giustizia 2006/4.

³⁷ Egalement choisis dans le strict respect du principe de la répartition politique, à ce qu'on nous dit.

Tribunal cantonal est appelé à se prononcer en tant qu'autorité de recours, ainsi que la surveillance et le pouvoir disciplinaire que ce dernier exerce sur eux, compromettent, à notre avis, la perception d'indépendance des magistrats de première instance.

2.4.3 Le recours à des experts

Nous l'avons déjà relevé, le mode de désignation des magistrats tel que nous le connaissons en Suisse paraît difficilement compatible avec les standards internationaux en matière d'indépendance de la justice. Cela ne signifie pas nécessairement que, chez nous, la justice ne soit pas indépendante et impartiale. La grande proximité avec les partis politiques constitue toutefois un danger pour son image et elle influence négativement la perception de l'indépendance de la justice de la part de la population³⁸. Le rôle des partis politiques dans le choix des candidats représente l'un des aspects délicats de cette problématique. Certains cantons ont essayé d'atténuer cette proximité en faisant appel à l'avis d'experts. Comme nous l'avons déjà mentionné, la Commission de présentation du Grand Conseil chargée d'établir un préavis sur les candidatures se trouve assistée de quatre « *experts indépendants* » élus par le parlement³⁹. D'autres cantons ont délégué cette tâche non pas à une commission parlementaire, mais à un groupe d'experts externes élus par le Grand Conseil⁴⁰.

En fait, le rôle des institutions importe sans doute moins que le degré de culture politique et le sens de responsabilité des partis. Comme une bonne partie de la population ne se reconnaît pas dans un parti politique, il est inadmissible que, dans de nombreux cantons et même au niveau fédéral, un candidat étranger à tout parti politique n'ait pas ou très peu de chance d'être élu juge cantonal ou fédéral. Ce n'est tout simplement pas conforme aux principes d'un État démocratique fondé sur la primauté du droit et la séparation des pouvoirs.

2.4.4 La réélection périodique : dangers

La dépendance de la fonction judiciaire envers les partis politiques, ou en tout cas la perception qu'on en a, se trouve accentuée par la limitation temporelle des mandats et la nécessité de procéder périodiquement à la réélection de magistrats en place. Il s'agit d'une particularité suisse, conforme au principe de légitimité démocratique qu'on veut conférer au magistrat. On ne peut toutefois nier que la réélection périodique constitue

³⁸ Il ressort d'un sondage, réalisé dans le cadre d'un projet de recherche soutenu par le Fonds national sur la justice, que la confiance de la population suisse dans les tribunaux est assez bonne, même si elle varie d'un canton à l'autre. En règle générale, les tribunaux cantonaux jouissent d'un degré supérieur de confiance que les gouvernements et les parlements, mais moins que les tribunaux fédéraux. Les citoyens sont toutefois assez peu informés sur la justice de leur canton. En se basant sur une échelle de 0 (aucune confiance) à 10 (confiance maximale) le sondage établit que la population a un bon degré de confiance dans les tribunaux de son canton : la moyenne nationale est de 7.04 ; le canton de Vaud est en assez bonne position (7.1). En revanche, en ce qui concerne l'indépendance des tribunaux, l'appréciation des citoyens est moins favorable : la moyenne pour la Suisse est de 5.32, le canton de Vaud se plaçant au 19^{ème} rang avec un indice de 5.1. V. Christof Schwenkel / Stefan Rieder, Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/1.

³⁹ Art. 160 LOJV.

⁴⁰ C'est le cas notamment du Tessin (art. 5 et 6 LOG), où toutefois les experts sont critiqués, car ils se limitent à dire si le candidat est idoine ou non (en fait, ce cas est très rare), sans établir une hiérarchie définissant les compétences et l'expérience de chaque candidat. Le libre choix est ainsi laissé aux partis politiques.

un risque de pression réel, ou perçu comme tel, par le magistrat et par le justiciable. Nous avons signalé ci-dessus un épisode assez éloquent à ce sujet⁴¹. Le risque est d'autant plus grand que la durée du mandat des fonctions judiciaires est brève et s'il coïncide avec la période des élections politiques.

⁴¹ V. 2.4.1.

3. Les standards internationaux

3.1 Le Conseil de l'Europe : le Comité des Ministres

L'indépendance et l'impartialité de la justice sont des sujets régulièrement traités par différents organismes internationaux et font l'objet de nombreux congrès de haut niveau. Nul ne peut s'en étonner. L'indépendance de la justice n'est pas, en effet, un privilège qu'on accorde aux juges, mais bien une garantie de la liberté, du respect des droits de l'homme et de l'accès à une justice impartiale. Il s'agit donc d'un pilier essentiel de la démocratie et de l'État fondé sur la primauté du droit.

Le Conseil de l'Europe s'est occupé à plusieurs reprises de ce sujet. Le 17 novembre 2010, le Comité des Ministres a mis à jour la *Recommandation aux États membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité* »⁴². Membre du Conseil de l'Europe, la Suisse a participé à l'élaboration de ces directives. Nous allons citer, ci-après, les passages qui concernent les aspects critiques, signalés au chapitre précédent.

3.1.1 Sélection des juges

« Les décisions concernant la sélection et la carrière des juges devraient reposer sur des critères objectifs préétablis par la loi ou par les autorités compétentes. Ces décisions devraient se fonder sur le mérite, eu égard aux qualifications, aux compétences et à la capacité à statuer sur les affaires en appliquant le droit dans le respect de la dignité humaine. (44)

Toute forme de discrimination à l'encontre des juges ou candidats à une fonction judiciaire, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, le handicap, la naissance, l'orientation sexuelle ou toute autre situation, devrait être bannie. La condition selon laquelle un juge ou un candidat à une fonction judiciaire doit être un ressortissant de l'État concerné ne devrait pas être considérée comme discriminatoire. (45)

L'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. Pour garantir son indépendance, au moins la moitié des membres de l'autorité devraient être des juges choisis par leurs pairs. (46)

⁴² Cette recommandation met l'accent sur l'indépendance de chaque juge individuel et sur celle de la justice dans son ensemble. La notion d'«indépendance interne», qui vise à protéger les décisions judiciaires de toute influence interne indue, est l'un des éléments nouveaux importants de la recommandation. L'«efficacité» judiciaire est définie de manière claire et simple. D'autres mesures relatives à la sélection et à la formation des juges, à leurs responsabilités ainsi qu'à l'éthique judiciaire, cherchent à renforcer le rôle de chaque juge individuel et de la justice en général.

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ_Recommendations/CMRec\(2010\)12F_juges.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ_Recommendations/CMRec(2010)12F_juges.pdf)

Toutefois, lorsque les dispositions constitutionnelles ou législatives prévoient que le chef de l'État, le gouvernement ou le pouvoir législatif prennent des décisions concernant la sélection et la carrière des juges, une autorité indépendante et compétente, composée d'une part substantielle de membres issus du pouvoir judiciaire (sous réserve des règles applicables aux conseils de la justice énoncées au chapitre IV) devrait être habilitée à faire des propositions ou à émettre des avis que l'autorité pertinente de nomination suit dans la pratique. (47)

La composition des autorités indépendantes dont il est fait mention aux paragraphes 46 et 47 devrait garantir une représentation aussi variée que possible. Leurs procédures devraient être transparentes et l'accès aux motifs des décisions rendues devrait être possible pour les candidats qui en font la demande. Un candidat non retenu devrait avoir le droit d'introduire un recours contre la décision ou, tout au moins, la procédure y ayant conduit (48) ».

3.1.2 Inamovibilité du juge

« L'inamovibilité constitue un des éléments clés de l'indépendance des juges. En conséquence, les juges devraient être inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite, s'il en existe un. (49)

Le terme des fonctions des juges devrait être établi par la loi. Il ne devrait être mis fin à une nomination définitive qu'en cas de manquement grave d'ordre disciplinaire ou pénal établi par la loi, ou lorsque le juge ne peut plus accomplir ses fonctions judiciaires. Un départ anticipé à la retraite ne devrait être possible qu'à la demande du juge concerné ou pour des motifs d'ordre médical (50) ».

3.1.3 Procédures disciplinaires

« L'interprétation du droit, l'appréciation des faits ou l'évaluation des preuves, auxquelles procèdent les juges pour le jugement des affaires, ne devraient pas donner lieu à l'engagement de leur responsabilité civile ou disciplinaire, sauf en cas de malveillance et de négligence grossière.

Seul l'État, dans le cas où il a dû verser une indemnisation, peut rechercher la responsabilité civile d'un juge par une action exercée devant un tribunal. (67)

L'interprétation du droit, l'appréciation des faits ou l'évaluation des preuves, auxquelles procèdent les juges pour le jugement des affaires, ne devraient pas donner lieu à l'engagement de leur responsabilité pénale, sauf en cas de malveillance. (68)

Une procédure disciplinaire peut être exercée à l'encontre des juges qui ne s'acquittent pas de leurs obligations de manière efficace et adéquate. Cette procédure devrait être conduite par une autorité indépendante ou un tribunal avec toutes les garanties d'un procès équitable et accorder aux juges le droit d'exercer un recours contre la décision et la sanction. Les sanctions disciplinaires devraient être proportionnelles à la faute commise ». (69)

3.1.4 Formation

Les juges devraient bénéficier d'une formation initiale et continue théorique et pratique, entièrement prise en charge par l'État. Celle-ci devrait inclure les questions économiques, sociales et culturelles nécessaires à l'exercice des fonctions judiciaires. L'intensité et la durée de cette formation devraient être fixées en fonction de l'expérience professionnelle antérieure. (56)

Une autorité indépendante devrait veiller, en respectant pleinement l'autonomie pédagogique, à ce que les programmes de formations initiale et continue répondent aux exigences d'ouverture, de compétence et d'impartialité inhérentes aux fonctions judiciaires ». (57)

3.2 Le Conseil de l'Europe : l'Assemblée parlementaire

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est également penchée, à plusieurs reprises, sur le sujet de la justice et de son indépendance. Le 30 septembre 2009, notamment, elle a approuvé une résolution concernant les « *Allégations d'abus du système de justice pénale, motivés par des considérations politiques dans les États membres du Conseil de l'Europe* »⁴³. La résolution se réfère principalement à la situation spécifique de différents pays, mais elle contient également des réflexions d'intérêt général notamment au sujet de la désignation des juges et de la surveillance de la justice :

« les conseils de la magistrature doivent avoir une influence décisive en matière de recrutement et de promotion des juges et des procureurs, ainsi qu'en matière de mesures disciplinaires à leur encontre, sans préjudice de toute voie de recours judiciaire requise par certaines Constitutions (...) (3.3.1)

L'Assemblée invite l'Allemagne à envisager de créer un système d'autonomie de la justice, en tenant compte de la structure fédérale du système judiciaire allemand et en s'inspirant des conseils de la magistrature existant dans la plupart des États européens, afin de garantir l'indépendance de la justice à l'avenir ». (5.4.)

3.3 Le Conseil de l'Europe : la Commission de Venise⁴⁴

Cet organisme particulièrement prestigieux a naturellement aussi pris position sur de nombreux aspects de l'activité de la justice. Voici quelques passages concernant les thèmes qui nous occupent :

⁴³ <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/FRES1685.htm> .

Le rapporteur était Mme Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, qui deviendra peu après ministre de la Justice en Allemagne.

⁴⁴ L'action de la Commission européenne pour la démocratie par le droit – dite Commission de Venise – s'inscrit dans le cadre des trois principes de base du patrimoine constitutionnel européen: la démocratie, les droits de l'homme et la prééminence du droit, qui sont les fondements de l'activité du Conseil de l'Europe. Cet organisme est composé par des spécialistes du droit constitutionnel de niveau international.

3.3.1 Sélection des juges et surveillance

*« En résumé, de l'avis de la Commission de Venise, il est approprié, pour garantir l'indépendance de la magistrature, qu'un conseil de la magistrature indépendant joue un rôle déterminant dans les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges. Du fait de la richesse de la culture juridique en Europe, qui est précieuse et doit être préservée, il n'existe pas de modèle unique applicable à tous les pays. **Tout en respectant la diversité des systèmes juridiques, la Commission de Venise recommande aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de créer un conseil de la magistrature indépendant ou un organe similaire. La composition de ce conseil devrait, dans tous les cas, présenter un caractère pluraliste, les juges représentant une partie importante, sinon la majorité, de ses membres. À l'exception des membres de droit, ces juges devraient être élus ou désignés par leurs pairs***⁴⁵ ».

3.3.2 L'indépendance du juge à l'intérieur du système judiciaire

« Par indépendance judiciaire, on n'entend pas seulement l'indépendance du système judiciaire dans son ensemble vis-à-vis des autres Pouvoirs de l'État, mais aussi une indépendance "interne". Chaque juge, quelle que soit sa place dans l'appareil judiciaire, exerce le même pouvoir de juger. Par conséquent, lorsqu'il rend des décisions de justice, il doit aussi être indépendant des autres juges ainsi que du président du tribunal et de toute autre juridiction (qu'il s'agisse de la cour d'appel ou d'autres instances supérieures). La réflexion se porte d'ailleurs de plus en plus sur l'indépendance "interne" des juges. Un haut conseil de la magistrature est le mieux à même de garantir la protection de l'indépendance judiciaire, tant "interne" qu'"externe", comme s'accordent à le reconnaître les principaux documents internationaux consacrés à la question de l'indépendance judiciaire ».

*En résumé, la Commission de Venise recommande vivement que les juges ordinaires soient nommés à titre permanent jusqu'à leur retraite. Dans le cas de juges en exercice, les périodes d'essai posent problème du point de vue de l'indépendance.*⁴⁶

⁴⁵ En caractère gras dans le texte original.

⁴⁶ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, Partie I : L'indépendance des juges, 12/13 mars 2010.

4. Correctifs possibles

4.1 Election des magistrats de l'ordre judiciaire

L'élection des magistrats par le législatif ne saurait être remise en question, car elle est intimement liée à notre tradition démocratique et il n'est politiquement pas réaliste de penser qu'on puisse l'abandonner. Cette légitimité démocratique n'est toutefois pas reconnue aux juges vaudois des juridictions inférieures. Nous estimons que la nomination de ces magistrats, et leur confirmation chaque cinq ans, par le Tribunal cantonal constitue une atteinte à leur indépendance ou, du moins, à la perception d'indépendance que le justiciable peut en avoir. Nous l'avons vu au point précédent, le principe de l'indépendance de la justice ne se pose pas seulement par rapport aux éventuelles pressions externes, mais également par rapport à celles qui proviennent de l'intérieur de la justice, notamment des juridictions supérieures. Le cumul des compétences du Tribunal cantonal – comme autorité de jugement, de recours, de nomination, de surveillance, disciplinaire – nous paraît excessif. Nous sommes d'avis que les magistrats des juridictions inférieures – c'est-à-dire ceux avec lesquels le justiciable a le plus de contacts – doivent avoir, eux aussi, une légitimité démocratique propre. Ils ne doivent en aucune manière apparaître comme des « fonctionnaires » du Tribunal cantonal. Ils pourraient donc aussi être élus par le Grand Conseil, voire au niveau de leur juridiction⁴⁷, ou encore par un autre organisme indépendant. Cela permettrait d'envisager de véritables carrières au sein de la justice. Il nous semble, en effet, que le passage de la juridiction inférieure au Tribunal cantonal est actuellement difficile et rare. Nous sommes parfaitement conscient des problèmes pratiques qu'impliquerait une telle réforme compte tenu du nombre de magistrats qu'il faudrait élire. Mais un tel changement doit être pris en considération conjointement avec les autres réformes que nous suggérons pour la surveillance de la justice, pour la sélection des candidats et pour la durée des mandats.

4.2 La durée du mandat des magistrats

La succession plus ou moins rapprochée des réélections des juges constitue une pression certaine sur le magistrat et, si l'on considère le rôle déterminant joué par les partis politiques lors de ces décisions, elle contribue à détériorer la perception d'indépendance de la justice. Pour atténuer cet aspect négatif, il y a plusieurs solutions. Certains cantons ont ainsi prolongé la durée du mandat des magistrats de l'ordre judiciaire : le Tessin, par exemple, a porté la durée des mandats des fonctions judiciaires de quatre à dix ans⁴⁸. Mais le système qui est vraiment conforme aux standards internationaux est celui choisi par le canton de Fribourg : « *Les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus pour une durée indéterminée. Ils peuvent être révoqués par l'autorité d'élection dans les seuls cas prévus par la loi* »⁴⁹. Il faut signaler

⁴⁷ Au Tessin, par exemple, l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire est élu par le Grand Conseil, sauf les juges de paix (fonction à temps partiel) élus par le peuple dans le district électoral correspondant à leur juridiction (art. 2 al. 2 LOG).

⁴⁸ Art.81 Cst-TI.

⁴⁹ Art. 121 al. 2 Cst-FR.

que, même au niveau de la justice internationale, il y a un souci croissant de renforcer l'indépendance de la justice et de réduire le danger de pressions représenté par la réélection : les juges de la Cour européenne des droits de l'homme étaient auparavant élus pour une période de six ans, renouvelable jusqu'à l'âge de 70 ans. Avec l'adoption du Protocole XIV à la Convention européenne des droits de l'homme, les juges de Strasbourg sont, désormais, élus pour un mandat de neuf ans non renouvelable⁵⁰.

Nous pensons que la solution choisie par le Canton de Fribourg mérite d'être considérée sérieusement ; non seulement elle assure une meilleure indépendance de la justice, elle évite aussi l'énorme travail du renouvellement périodique des mandats, le plus souvent vécu comme une simple formalité administrative. Une telle solution présuppose naturellement un organisme à même d'assurer un bon monitoring de l'administration de la justice et d'intervenir rapidement en cas de *dérapages*. Dans une étude consacrée à la réélection des juges, les professeurs Pascal Mahon et Roxane Schaller concluent que « *Compte tenu des développements intervenus en matière de haute surveillance et des moyens nouveaux qui existent afin d'assurer le bon fonctionnement de la justice, notamment à travers les possibilités de révocation, disciplinaire ou pour justes motifs, des magistrats, le système de la réélection est aujourd'hui dépourvu de raison d'être. Dès lors, la voie tracée par la nouvelle Constitution du canton de Fribourg, d'une désignation pour une durée indéterminée, nous paraît une voie à suivre*⁵¹.

4.3 La surveillance de l'administration de la justice

Quand on parle de surveillance de l'administration de la justice, on entend la surveillance des comportements des magistrats et du fonctionnement des tribunaux. Pour ce qui est du contrôle des décisions des magistrats et des tribunaux, celui-là se fait par le biais des instances de recours.

Dans le système vaudois, le Tribunal cantonal représente le pouvoir judiciaire et à ce titre, il assume la surveillance sur l'ensemble de la magistrature. Comme nous l'avons mentionné, le Tribunal neutre joue aussi un certain rôle dans ce domaine, mais de manière subordonnée. Nous avons déjà exprimé nos hésitations quant à ce rôle centralisateur du Tribunal cantonal. Dans son avis de droit, le professeur Tanquerel se prononce également d'une façon critique sur ce cumul de compétences : « *Comme le double rôle d'autorité de recours et d'autorité de surveillance du Tribunal cantonal ne paraît pas non plus la solution la plus optimale, au vu du risque de confusion qu'il pourrait entraîner, on peut se demander si la création d'un Conseil supérieur de la magistrature, indépendant de l'exécutif et du législatif, donc de nature quasi judiciaire, qui serait chargé de la surveillance des tribunaux dans leur ensemble, y compris le pouvoir disciplinaire, ne devrait pas être sérieusement envisagé* »⁵².

⁵⁰ Entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.

⁵¹ Pascal Mahon / Roxane Schaller, Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ?, in : Justice – Justiz – Giustizia 2013/1. V. aussi Bernard Corboz, L'indépendance des juges et le système de réélection périodique, ibidem 2011/4.

⁵² Tanquerel 70 p. 22.

Quelques-uns de nos cantons se sont justement inspirés – pour la surveillance et le pouvoir disciplinaire à l'égard des tribunaux et des juges – de ce modèle du *Conseil supérieur de la magistrature*, en vigueur dans de nombreux pays et préconisé par le Conseil de l'Europe⁵³. Comme nous l'avons déjà rappelé, ce modèle a failli être adopté par la Confédération⁵⁴ ; acceptée à l'unanimité par la Commission des questions juridiques des États, la solution a cependant été refusée en plénum, suite à la farouche opposition des ténors des principaux partis, qui craignaient manifestement de perdre leur influence déterminante dans le choix des juges⁵⁵.

Pour définir le Conseil de la magistrature, nous empruntons la description qu'en fait le canton de Fribourg sur le site web du Conseil :

« Le Conseil de la magistrature est l'organe de surveillance du pouvoir judiciaire et du Ministère public. Il est indépendant des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Il exerce la surveillance administrative et disciplinaire. La surveillance administrative comprend l'examen des rapports annuels et l'inspection annuelle des autorités judiciaires et du Ministère public. La surveillance administrative des autorités judiciaires de première instance peut être déléguée, pour une durée limitée, au Tribunal cantonal. Le Conseil de la magistrature préavise, à l'intention du Grand Conseil, les candidatures aux postes du pouvoir judiciaire et du Ministère public. Il peut, à l'égard des autorités judiciaires et du Ministère public, émettre des directives, donner des instructions et prendre toute autre mesure nécessaire. Il veille en outre à la formation continue des membres des autorités judiciaires et du ministère public »⁵⁶.

Les cantons qui ont choisi le modèle du Conseil de la magistrature l'ont tous fait dans une période relativement récente : outre Fribourg, qui est le dernier en date, il y a également Neuchâtel⁵⁷, Genève, le Jura et le Tessin. La création d'un tel conseil est en discussion au Valais⁵⁸. Comme on peut le constater, nous sommes en présence d'une certaine dynamique qui va dans le sens de la création d'un tel organisme. Ce mouvement est favorisé par les travaux scientifiques, les directives concernant les standards internationaux en matière d'indépendance de la justice et aussi par un agacement croissant de la population face à l'importance excessive donnée à l'appartenance politique des candidats à une fonction judiciaire.

Il y a naturellement plusieurs façons de concevoir le conseil de la magistrature. Ses compétences et sa composition peuvent sensiblement changer d'un pays à l'autre, d'un canton à l'autre. En substance, toutefois, il s'agit de donner une sorte de *gouvernement*

⁵³ Dans l'interview publiée dans *Le Temps*, déjà citée à page 10 note 34, l'ancien président du TF, Claude Rouiller propose également le modèle du Conseil de la magistrature s'inspirant « *d'un système venu du Canada et introduit par exemple à Fribourg* ».

⁵⁴ V. Le projet de Loi fédérale sur le Conseil de la Magistrature tel qu'il avait été proposé par la Commission des questions juridiques du Conseil des Etats avec l'adhésion du Conseil fédéral : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2002/1146.pdf>

⁵⁵ V. Dick Marty, Qui a peur du Conseil de la magistrature ?, in : *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/2

⁵⁶ <http://www.fr.ch/cmaga/fr/pub/index.cfm>

⁵⁷ V. Maire-Pierre de Montmollin, NE : Justice en mutation : le Conseil de la Magistrature, in : *Justice – Justiz – Giustizia*, 2010/2. Contrairement aux autres cantons qui ont choisi le modèle du CSM, Neuchâtel n'a pas estimé nécessaire prévoir une assise constitutionnelle à cette institution.

⁵⁸ Le Département de la formation et de la sécurité vient de lancer une procédure de consultation en ce sens (http://www.vs.ch/Public/doc_detail.asp?DocumentID=32672).

au Troisième Pouvoir, d'avoir un organisme qui le représente et qui est responsable de son bon fonctionnement. Il est incontestable qu'une telle institution contribue à renforcer le principe de l'indépendance de la justice. Sa création n'est nullement contraire aux principes démocratiques de notre pays. D'autre part, le conseil de la magistrature ne remplace pas les autres mécanismes de contrôle actuellement en vigueur : nous songeons au Grand Conseil, bien entendu, qui exerce la haute surveillance, mais aussi à la Cour des comptes (là où elle existe) ou à l'inspection des finances.

5. Suggestions

5.1 Institution d'un Conseil supérieur de la Magistrature

Le fait d'instituer ou non un Conseil de la Magistrature (on peut se demander si l'adjectif supérieur est vraiment nécessaire) conditionne les choix possibles aussi bien en ce qui concerne la sélection et l'élection des juges, que les modalités de la surveillance de l'administration de la justice. Nous estimons que cette solution mérite d'être étudiée de manière sérieuse. Elle aurait l'avantage d'être conforme aux standards reconnus en matière d'indépendance de la justice et renforcerait le principe de la séparation des pouvoirs.

Ce conseil aurait pour tâche de participer à la sélection des magistrats de l'ordre judiciaire, d'exercer la surveillance des autorités judiciaires ainsi que le pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres et de représenter le pouvoir judiciaire.

Certains cantons (Fribourg et Jura) prévoient qu'un conseiller d'Etat et un membre du Grand Conseil fassent partie du Conseil de la Magistrature. C'est un choix qui n'est guère convaincant, car nous pensons qu'il y a un danger de confusion des rôles et nous estimons qu'une telle solution n'est pas conforme au principe de la séparation des pouvoirs.

5.1.1 La composition du Conseil (supérieur) de la Magistrature

Le nombre des membres devrait être d'au moins sept, mais pas plus de onze. La composition suivante pourrait être envisageable :

- le président du Tribunal cantonal
- le procureur général
- un juge du Tribunal cantonal élu par ses pairs
- un juge des juridictions de première instance, élu par ses pairs
- le bâtonnier
- un ou deux membres désignés par le Grand Conseil
- un ou deux membres désignés par le Conseil d'Etat

Il serait souhaitable que le monde universitaire soit représenté dans ce conseil et qu'on y trouve également un ancien magistrat. Rappelons que selon les directives du Conseil de l'Europe, les magistrats de l'ordre judiciaire devraient représenter une partie importante, sinon la majorité du Conseil de la Magistrature.

Nous estimons que la présidence du CSM doit être assumée par le président du Tribunal cantonal et ce dernier, devrait être proposé par ses pairs et élu par le Grand Conseil.

5.1.2 Les compétences du Conseil de la Magistrature

Les compétences du CSM pourraient être résumées de la façon suivante :

- Il représente le Troisième Pouvoir, il établit un rapport annuel sur l'état de la justice et sur l'activité des différentes juridictions. Nous estimons que le président du CSM devrait participer aux débats du Grand Conseil consacrés au rapport annuel et au budget de la justice. Une telle participation contribuerait à souligner l'existence et l'indépendance des trois pouvoirs⁵⁹.
- Il met au concours les postes de juge et de procureur, procède à l'examen des candidatures et établit, sur la base de critères objectifs fixés au préalable, les préavis à l'attention du Grand Conseil. Pour ce faire, il fait appel à la collaboration d'experts indépendants.
- Il pourrait nommer les magistrats des juridictions inférieures, si on renonçait en tout ou en partie à leur élection par le parlement. Nous estimons toutefois préférable – surtout si on choisit le système du mandat de durée indéfinie – que tous les magistrats de l'ordre judiciaire soient élus par le parlement, sur proposition du CSM, et bénéficient, de par là même, d'une claire légitimation démocratique.
- Il surveille la gestion des tribunaux et contrôle l'activité des magistrats.
- Il exerce le pouvoir disciplinaire sur l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire.
- Il décrète la révocation des magistrats qui ne remplissent plus les conditions pour exercer leur fonction. Cette décision pourrait toutefois être attribuée au Grand Conseil, étant donné que c'est ce dernier qui procède à l'élection ; en ce cas le CSM formulerait la proposition.
- Pour surveiller le fonctionnement de l'ensemble de l'appareil judiciaire, le CSM doit avoir à sa disposition une certaine structure. Il peut ainsi promouvoir la création d'organismes internes pour le contrôle des risques et la gestion des ressources. Dans des cas particulièrement complexes, il pourrait faire appel à des experts externes pour conduire des enquêtes administratives ou pour évaluer l'activité d'un office judiciaire particulier, notamment à la suite de plaintes répétées.
- Il se prononce sur la levée du secret de fonction.
- Il fonctionne selon le principe de la transparence : ses décisions sont publiées (sous réserve des normes sur la protection de la personnalité).

Contre les décisions du CSM, notamment en matière disciplinaire, il faudra prévoir une instance de recours. Ce rôle ne peut bien entendu pas être assumé par le Tribunal cantonal ou par une partie de celui-ci, car il est lui-même soumis à la surveillance et au pouvoir disciplinaire du CSM. Il faut donc prévoir une autorité indépendante de recours élue par le Grand conseil : ce pourrait ainsi être l'actuel Tribunal neutre, qui ne serait donc pas soumis à la surveillance du CSM⁶⁰.

⁵⁹ Le Tribunal fédéral défend les projets de budget et les comptes des tribunaux fédéraux devant l'Assemblée fédérale. L'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération en fait de même pour le parquet fédéral (art. 142 al. 3 et 162 al.2 et 5 LParl).

⁶⁰ Genève a institué une Cour d'appel du pouvoir judiciaire composée de trois juges et trois suppléants (art. 135 ss. LOJ-GE). Le Tessin connaît un système analogue avec une Commission des recours élue par le Grand Conseil (art. 85a LOG).

5.2 La sélection et l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire

Le Conseil de la Magistrature met au concours les postes de juges conjointement avec un collège d'experts ; il examine les candidatures et soumet les propositions motivées au Grand Conseil compétent pour l'élection. Parmi les experts, il convient aussi de faire appel à des représentants du monde universitaire et à des psychologues. Il faudra codifier les critères objectifs servant au choix des candidats.

La même procédure est prévue pour les juges de première instance (qui ne seraient donc plus nommés par le tribunal cantonal). Un système d'élection au niveau de leur juridiction territoriale pourrait être imaginé. Une autre possibilité pourrait consister à attribuer cette compétence à ce même Conseil de la Magistrature.

5.3 La durée du mandat

Les magistrats de l'ordre judiciaire sont élus pour une période indéterminée. Cette solution est également conforme aux standards reconnus en matière d'indépendance de la justice⁶¹. La loi devrait prévoir, en détail, les motifs de révocation, pour raison disciplinaire, pour incapacité ou pour le cas où les conditions d'éligibilité ne seraient plus remplies. La révocation serait prononcée par le Conseil de la Magistrature selon une procédure fixée dans la loi. Comme nous l'avons déjà indiqué, la révocation pourrait aussi être prononcée par le Grand Conseil sur proposition du CSM ; autre solution possible, le CSM prononce la révocation et le Grand Conseil décide en tant qu'instance de recours.

Etant donné la nature importante et délicate de la fonction judiciaire, le CSM doit avoir l'obligation de consulter régulièrement les magistrats. Nous sommes même d'avis qu'il faudrait organiser des évaluations périodiques (*assessment*).

Si le principe de l'élection, ou de la nomination, des magistrats à temps indéterminé ne devait pas être approuvé, nous recommanderions de prolonger le mandat à dix ans.

5.4 Le Ministère public

Le Ministère public est une autorité judiciaire. Les procureurs sont des magistrats de l'ordre judiciaire et donc soumis aux mêmes règles d'élection, de durée de mandat, de surveillance et de sanctions disciplinaires que les juges. Un réexamen de l'organisation du Ministère public s'imposerait, si l'on venait à réformer les autres domaines déjà cités. Aujourd'hui, seul le Procureur général est élu ; tous les autres procureurs sont nommés par le Conseil d'État, sur proposition du Procureur général, pour un mandat de cinq ans, renouvelable⁶². Sous cet aspect, le modèle vaudois se distingue assez clairement de la plupart des autres cantons. Dans la mesure où le procureur est un magistrat qui exerce une fonction judiciaire, il nous paraît nécessaire de lui reconnaître une légitimité plus affirmée et une indépendance plus grande par rapport à l'exécutif. À notre avis, les procureurs devraient être élus, en tous cas ceux qui exercent des responsabilités

⁶¹ Telle est aussi la suggestion de l'ancien président du TF, Claude Rouiller (interview déjà citée p. 10 note 32 et p. 18 note 50).

⁶² Art. 7 et 8 LMPu.

particulières : en plus du Procureur général, les procureurs généraux adjoints et les premiers procureurs d'arrondissement.

5.5 Le Grand Conseil

Le Grand Conseil continuerait à exercer la haute surveillance⁶³ sur le pouvoir judiciaire et donc aussi sur le Ministère public. Une réorganisation des commissions et de leur travail serait nécessaire si la réforme suggérée venait à être réalisée. Actuellement, ce ne sont pas moins de quatre commissions qui s'occupent des problèmes liés à l'administration de la justice. Une rationalisation paraît possible et serait même souhaitable.

5.6 Autres solutions envisageables : statu quo +

Si le principe de l'institution d'un Conseil de la Magistrature ne devait pas entrer en ligne de compte et que l'on décidait de ne réviser que les mécanismes actuels de la surveillance, nous estimons qu'il faudrait élargir la composition de l'Autorité de surveillance telle que nous la connaissons à ce jour (constituée de trois juges du Tribunal cantonal). Dans cette éventualité, nous suggérons de compléter cette Autorité d'un juge de première instance désigné par ses pairs et d'une personne externe désignée par le Conseil d'État (un professeur d'université ou un spécialiste en ressources humaines). Le Procureur général ou un de ses adjoints devraient également y faire part si on reconnaît le statut d'autorité judiciaire au Ministère public.

L'ouverture d'une enquête administrative et la suspension d'un juge du Tribunal cantonal sont actuellement de la compétence du Bureau du Grand Conseil, ce qui est difficilement conciliable avec le principe de la séparation des pouvoirs. Cette faculté devrait être attribuée à l'Autorité de surveillance élargie.

En rester au système de l'Autorité de surveillance serait une solution peu satisfaisante. On aurait un embryon de Conseil de la Magistrature, qui ne serait pas en mesure de résoudre des problèmes majeurs, comme par exemple la nomination des magistrats de première instance par l'autorité de recours, à moins qu'on décide que ces derniers soient élus par le parlement ou au niveau de leur juridictions (élection populaire).

La revendication exprimée par certains milieux, à savoir que le législatif joue un plus grand rôle dans le contrôle de la justice, ne nous paraît pas opportune ni défendable dans l'optique du droit constitutionnel qui consacre le principe de la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice. Sur ce point, nous nous référons à l'avis de droit du professeur Tanquerel.

La création d'un Conseil de la Magistrature, avec la participation de représentants de la société civile, contribuerait à un meilleur contrôle du fonctionnement de la justice et à une plus grande transparence. Cela répondrait ainsi aux souhaits légitimes exprimés par les membres du législatif et par les justiciables.

⁶³ Nous avons sciemment renoncé à définir la *haute surveillance* : cela a déjà été fait par le professeur Tanquerel dans son avis de droit déjà cité.

Abréviations

CD	Le protagoniste du drame de Payerne des 13 et 14 mai 2014
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CHSTC	Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal du Grand Conseil
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CSM	Conseil Supérieur de la Magistrature
Cst	Constitution
LGC	Loi sur le Grand Conseil du 8 mai 2007
LHSTC	Loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal du 8 mars 2011
LJ	Loi sur la justice du 31 mai 2010 (Fribourg)
LMPu	Loi sur le Ministère public du 19 mai 2003
LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010
LOG	Legge sull'organizzazione giudiziaria du 10 mai 2006 (Tessin)
LOJ-VS	Loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009 (Valais)
LOJ-GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 1 janvier 2011 (Genève)
LOJV	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (Vaud)
Lparl	Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement) du 25 novembre 2013
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010