
Nicolas Pellaton

Le droit disciplinaire
des magistrats du siège

Un essai dans une perspective
de droit suisse



COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Helbing Lichtenhahn

Nicolas Pellaton

Le droit disciplinaire des magistrats du siège

Un essai dans une perspective de droit suisse

Nicolas Pellaton

Docteur en droit, avocat

Le droit disciplinaire des magistrats du siège

Un essai dans une perspective de droit
suisse



COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Helbing Lichtenhahn

Thèse de doctorat
de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
soutenue le 18 janvier 2016



FACULTÉ DE DROIT



FONDS NATIONAL SUISSE
DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

Soutenu par le FNS

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite.

ISBN 978-3-7190-3869-4

© 2016 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.unine.ch

à Sopna

*« On demandera beaucoup à qui l'on
a beaucoup donné, et on exigera
davantage de celui à qui l'on a
beaucoup confié. »*

(LUC, 12:48)

Remerciements

La rédaction d'une thèse de doctorat n'est pas (qu')un plaisir solitaire.

Je remercie en premier lieu chaleureusement mon Directeur de thèse, le Prof. François Bohnet, pour son précieux accompagnement durant ce travail de recherche ainsi qu'à l'occasion d'autres publications. Je remercie également le Prof. Pascal Mahon, Vice-Recteur de l'Université de Neuchâtel, le Dr Jean Fonjallaz, Président de la I^{re} Cour de droit public du Tribunal fédéral, et le Prof. Yvan Jeanneret, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de faire partie du Jury de thèse.

Je témoigne par ailleurs ma gratitude au Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS), qui a soutenu cette recherche par l'octroi de subsides durant trois ans.

Mes remerciements s'adressent en outre à M. Pierre Müller, Vice-Président du Tribunal cantonal vaudois, pour la conversation stimulante et enrichissante qu'il m'a permis d'avoir à l'aube de la rédaction de ce travail.

Plusieurs personnes ont aussi contribué à l'achèvement de cet ouvrage. Je remercie en particulier Me Julien Dubois, pour la mise à disposition du modèle (à tout point de vue) de document informatique ; ma sœur(ette) Ariane, pour la relecture d'une partie du manuscrit ; Me Alexandra Yeterian et Mme Mariana Alijo, pour la traduction de dispositions légales italiennes et espagnoles ; Mme Catherine Voegeli, pour les vérifications formelles finales.

Je souhaiterais encore remercier mes anciens collègues de l'Université, que j'ai eu la chance et le plaisir de côtoyer durant tout ou partie de cette aventure. Je pense notamment à Xavier, Julien et Ludivine, Lino, Julien.

J'ai finalement une pensée particulière pour mes parents et mes grandes sœurs, qui m'ont toujours encouragé dans mes choix. Et une pensée toute particulière pour mon épouse Sopna, qui n'a cessé de me supporter (dans tous les sens du terme) durant ces longs mois. Sopna m'a donné, jour après jour, l'amour et la force nécessaires à l'accomplissement de ce travail. Cette thèse lui est évidemment dédiée.

Table des matières

Remerciements	IX
Table des abréviations	XXIX
Bibliographie	XLIII
Introduction	1
Première Partie : Le droit disciplinaire matériel	7
Chapitre 1 : La notion de magistrat du siège	9
I. Remarques préalables	9
II. Définition générale	10
III. Examen de catégories particulières	13
A. Les juges ordinaires	13
1. Généralités	13
2. Les juges à temps plein	13
3. Les juges à temps partiel	13
B. Les juges suppléants	14
C. Les juges assesseurs	15
D. Les jurés (aperçu)	17
E. Les greffiers-rédacteurs	17
F. Le personnel de greffe	19
IV. Le statut (parfois) spécifique des magistrats du parquet (excursus)	19
Chapitre 2 : La responsabilité des magistrats du siège	23
I. La corrélation entre pouvoirs et responsabilité	23
II. Aperçu des différentes formes de responsabilité des magistrats du siège	24
A. La responsabilité civile	25
B. La responsabilité pénale	27
C. La responsabilité disciplinaire	29
1. La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège	29
2. La distinction avec la (haute) surveillance de la justice	31
III. La responsabilité des magistrats du siège et l'indépendance de la justice	33
A. Remarque préalable	33
B. Le principe de l'indépendance de la justice (aperçu)	34

1.	Notions générales	34
2.	L'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle	36
3.	L'indépendance et l'impartialité.....	37
C.	La portée pour notre sujet	38
1.	La tension entre la responsabilité des magistrats du siège et l'indépendance de la justice.....	38
2.	Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège en tant que garant de l'indépendance de la justice	40
IV.	L'importance du droit disciplinaire des magistrats du siège.....	41
A.	Le fonctionnement de l'appareil judiciaire	41
B.	La légitimité du pouvoir judiciaire.....	43
C.	La démarche proposée	44
	Chapitre 3 : Le (concept de) droit disciplinaire des magistrats du siège	47
I.	La notion de droit disciplinaire des magistrats du siège	47
II.	L'origine et la nature du droit disciplinaire des magistrats du siège	49
A.	L'origine du droit disciplinaire des magistrats du siège	49
B.	La nature du droit disciplinaire des magistrats du siège.....	51
1.	L'empreinte historique du droit pénal.....	51
2.	Le rattachement au droit administratif.....	52
3.	Le caractère répressif du droit disciplinaire	53
III.	Conclusions intermédiaires et perspectives	56
A.	De la discipline au droit disciplinaire des magistrats du siège	56
1.	La mutation du pouvoir disciplinaire.....	56
2.	L'intérêt du corps fait place à l'intérêt général	58
B.	La place du droit disciplinaire des magistrats du siège dans l'ordre juridique	59
1.	Un droit administratif à caractère pénal.....	59
2.	L'application du droit pénal administratif (aperçu)	60
IV.	Les garanties conventionnelles et constitutionnelles applicables	62
A.	Remarques préalables	62
B.	Le Pacte ONU II et la Convention européenne des droits de l'homme	62
1.	Les garanties générales.....	62
2.	Les garanties spécifiques en matière pénale	63
3.	La question spécifique de l'applicabilité de l'art. 6 par. 1 CEDH aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège	65
a.	Généralités	65
b.	Le volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH	65
(i)	En général.....	65
(ii)	En Suisse.....	68
c.	Le volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH.....	70

(i) Généralités	70
(ii) La qualification en droit interne (premier critère).....	71
(iii) La nature de l'accusation (deuxième critère)	71
(iv) Les caractéristiques de la sanction encourue (troisième critère) ...	73
C. La Constitution fédérale	75
1. Les principes généraux et les garanties générales	75
2. Les principes et garanties spécifiques en procédure pénale	76
V. Conclusions intermédiaires et perspectives	77
A. La standardisation du droit disciplinaire des magistrats du siège par le droit supérieur.....	77
B. L'unification du droit disciplinaire des magistrats du siège	78
1. « Vers un droit commun disciplinaire ? » (aperçu)	78
2. Vers une unification du droit disciplinaire des magistrats du siège en Suisse ? (aperçu et renvois).....	79
Chapitre 4 : Les infractions disciplinaires	83
I. Présentation	83
II. La régulation du comportement des magistrats du siège	84
A. Généralités	84
B. L'approche (de droit) disciplinaire (rappel).....	84
C. L'approche déontologique.....	85
1. Les règles déontologiques relatives aux magistrats du siège.....	85
2. L'origine et le développement de la déontologie des magistrats du siège (aperçu).....	87
a. L'origine américaine	87
b. Le développement mondial	88
(i) Les textes nationaux	88
(ii) Les textes internationaux	89
D. Remarques intermédiaires	91
1. Le succès de la déontologie	91
2. Le rapport de complémentarité entre le droit disciplinaire et la déontologie des magistrats du siège.....	92
III. Le principe de la légalité des infractions disciplinaires	93
A. Examen sous l'angle du principe général de la légalité	93
1. Généralités	93
2. La théorie des rapports de droit spéciaux	95
a. La notion (aperçu)	95
b. Les conséquences sur la légalité des infractions disciplinaires	96
3. La théorie de « l'application différenciée »	97
a. La notion	97

b.	Le (faux) rapport avec la théorie des rapports de droit spéciaux	98
c.	Le rejet de la théorie de « l'application différenciée »	99
d.	La position du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)	101
B.	Examen sous l'angle du principe de la légalité des infractions	103
1.	Les bases légales	103
2.	Le contenu du principe	104
3.	L'admissibilité des normes de renvoi	106
a.	La notion de norme de renvoi	106
b.	Éléments d'appréciation	107
4.	La portée en droit disciplinaire des magistrats du siège	108
C.	Conclusions intermédiaires et perspectives	110
1.	L'application (à tout le moins) volontaire du principe de la légalité des infractions	110
2.	De la discipline au droit disciplinaire	112
3.	Le besoin d'un référentiel	113
IV.	Vers une réglementation disciplinaire des comportements des magistrats du siège	115
A.	La compétence et le degré normatifs (aperçu)	115
B.	La méthode	116
1.	La recherche de standards de conduite	116
2.	Le choix de la technique de réglementation	117
a.	Généralités	117
b.	Les devoirs professionnels	118
c.	Les infractions disciplinaires	119
3.	La corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires	120
a.	La notion de corrélation	120
b.	La mesure de la corrélation	121
C.	La question spécifique de l'utilisation des règles déontologiques	122
1.	Le renvoi aux règles déontologiques	122
2.	L'interprétation à l'aide des règles déontologiques	124
a.	L'aide à l'interprétation des règles disciplinaires	124
b.	Les limites de l'appui donné par la déontologie	125
3.	La déontologie « désécrite » (excursus)	126
V.	Vers un catalogue des infractions disciplinaires	127
A.	Une tâche appartenant au(x) législateur(s)	127
B.	Essai de typologie sommaire des (comportements pouvant être érigés en) infractions disciplinaires	143
1.	Présentation	143
2.	Le critère temporel : l'exercice des fonctions de magistrat du siège	143
a.	Présentation générale	143

b.	Les infractions disciplinaires commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège.....	143
c.	Les infractions disciplinaires commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège.....	144
3.	Le critère fonctionnel : le rapport avec les fonctions exercées par les magistrats du siège.....	145
a.	Présentation générale.....	145
b.	Les infractions disciplinaires se rapportant aux fonctions exercées par les magistrats du siège.....	146
c.	Les infractions disciplinaires ne se rapportant pas aux fonctions exercées par les magistrats du siège.....	148
4.	Le critère personnel : la qualité de magistrat du siège.....	149
a.	Présentation générale.....	149
b.	Les infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant « ès qualités ».....	149
c.	Les infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant en tant que « simples citoyens ».....	151
5.	Autres critères (aperçu).....	152
a.	Le critère empirique : le degré de gravité des infractions disciplinaires considérées.....	152
b.	Le critère de l'intention.....	152
6.	Représentation graphique.....	153
C.	Examen de questions spécifiques.....	154
1.	Le moment et le lieu de la commission des infractions disciplinaires.....	154
a.	Les infractions disciplinaires commises avant la nomination à la fonction de magistrat du siège.....	154
b.	Les infractions disciplinaires commises entre la nomination à la fonction de magistrat du siège et l'entrée en fonction.....	155
c.	Les infractions disciplinaires commises en dehors de la circonscription à laquelle sont rattachés les magistrats du siège.....	156
2.	L'incrimination disciplinaire d'infractions pénales.....	157
a.	Les comportements constitutifs d'une infraction pénale.....	157
b.	Les infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale ..	158
3.	Les infractions disciplinaires découlant des actes juridictionnels des magistrats du siège.....	160
a.	L'exclusion générale.....	160
b.	L'exception : le déni de justice particulièrement grave.....	163
(i)	Généralités.....	163
(ii)	La notion de déni de justice particulièrement grave.....	163
(iii)	Le constat du déni de justice particulièrement grave.....	167

Chapitre 5 : Les sanctions disciplinaires	171
I. La notion de sanction disciplinaire.....	171
A. La notion générale	171
B. Les sanctions disciplinaires « déguisées »	172
II. L'échelle des sanctions disciplinaires	174
A. Généralités	174
B. L'avertissement.....	175
1. La notion	175
2. La nature juridique	176
a. Le caractère disciplinaire	176
b. Le caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH ?	178
3. L'avertissement en tant que « sanction-menace ».....	179
C. Le blâme	180
1. La notion	180
2. La nature juridique	181
D. Les excuses publiques ?.....	182
E. L'amende.....	184
1. La notion	184
2. La nature juridique	185
F. La retenue de salaire	186
G. Le retrait des fonctions de représentation.....	187
H. Le retrait des fonctions juridictionnelles	189
1. La notion	189
2. La distinction avec la récusation.....	191
I. La suspension disciplinaire	191
1. La notion	191
2. La distinction avec la suspension à titre conservatoire	193
J. La rétrogradation (aperçu)	194
1. Quant à la fonction	194
a. Considérations générales.....	194
b. Le cas particulier de la mise au provisoire	195
2. Quant au traitement	196
3. Quant à la fonction et au traitement.....	197
K. La mutation.....	197
1. La notion	197
2. La distinction avec le déplacement administratif.....	198

a.	La distinction.....	198
b.	L'inopérance du consentement.....	200
c.	Examen d'un cas d'application.....	200
3.	La destination et la durée.....	202
L.	La révocation disciplinaire.....	202
1.	La notion et la portée.....	202
a.	Généralités.....	202
b.	Une exception au principe de l'inamovibilité.....	204
c.	Le cas spécifique du renvoi pour justes motifs.....	205
(i)	Considérations générales.....	205
(ii)	Les possibilités d'application en droit des magistrats du siège ...	206
2.	La nature juridique.....	208
3.	Les conditions d'application.....	209
a.	L'absence (théorique) de la condition de l'avertissement.....	209
b.	Le prononcé avec effet immédiat.....	210
4.	Les conséquences de la révocation disciplinaire (aperçu).....	212
M.	La non-réélection.....	212
1.	Le système (d'élection et) de réélection des magistrats du siège en Suisse (aperçu).....	212
2.	Le caractère disciplinaire potentiel.....	214
N.	La publication de la décision disciplinaire (renvoi).....	216
III.	Les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires.....	217
A.	Généralités.....	217
B.	Le principe de la légalité des sanctions disciplinaires.....	218
1.	La notion.....	218
2.	Le degré normatif (aperçu).....	219
3.	Le principe de la non-rétroactivité des sanctions ; l'exception de la <i>lex mitior</i>	220
a.	Le principe de la non-rétroactivité des sanctions.....	220
b.	L'exception de la <i>lex mitior</i>	220
C.	Le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires.....	221
1.	Remarque générale.....	221
2.	La notion.....	222
3.	Les motifs d'exemption de sanction disciplinaire.....	223
D.	Le principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires.....	225
1.	La notion.....	225
2.	L'application.....	227
a.	Considérations générales.....	227
b.	La nature et la gravité de l'infraction disciplinaire.....	228

c.	Les conséquences pour le bon fonctionnement de la justice	229
d.	Les circonstances personnelles (atténuantes ou aggravantes).....	229
(i)	Notions générales.....	229
(ii)	Le pouvoir d'examen de l'autorité disciplinaire.....	231
E.	Le principe de l'autorité de la chose jugée.....	232
1.	L'autorité de la chose jugée et le principe <i>ne bis in idem</i>	232
2.	La chose jugée au pénal sur le disciplinaire.....	232
a.	Considérations générales.....	232
b.	Éléments d'appréciation.....	233
c.	Le cas particulier de l'interdiction d'exercer une activité (art. 67 ss CP).....	235
(i)	Notions générales.....	235
(ii)	Les possibilités d'application concernant les magistrats du siège	238
(iii)	Les effets de l'interdiction d'exercer une activité.....	238
3.	La chose jugée au disciplinaire sur le pénal (aperçu).....	239
4.	La chose jugée au disciplinaire sur le disciplinaire.....	240
a.	La notion et la portée	240
b.	Les sanctions disciplinaires à caractère pénal	240
IV.	Les modalités de fixation (aperçu)	241
A.	Le cumul de plusieurs (types de) sanctions disciplinaires dans la même décision.....	241
1.	La possibilité du cumul doit être prévue par la loi.....	241
2.	Examen de quelques cas de figure.....	242
B.	La suspension de l'exécution des sanctions disciplinaires	243
	Seconde Partie : Le droit disciplinaire formel	245
	Chapitre 6 : Les autorités disciplinaires	247
I.	Remarques préalables	247
A.	L'objet et le plan du présent Chapitre	247
1.	L'objet du présent Chapitre	247
2.	Le plan du présent Chapitre.....	247
B.	Les autorités disciplinaires dans le contexte de la juridictionnalisation de la répression disciplinaire.....	248
II.	Les autorités disciplinaires <i>au sein des institutions étatiques</i>	250
A.	Les exigences structurelles.....	250
1.	Présentation générale.....	250
2.	Le droit à l'examen de sa cause par une autorité judiciaire	250
3.	Les caractéristiques d'une autorité judiciaire.....	252

a.	Considérations générales	252
b.	Une autorité dotée de la plénitude de juridiction	254
(i)	Généralités	254
(ii)	Le cas spécifique du Tribunal fédéral	255
(iii)	Les autorités inférieures au Tribunal fédéral dans les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux	256
(iv)	Les autorités inférieures au Tribunal fédéral dans les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux	256
(v)	Conclusions intermédiaires et perspectives	258
c.	Une autorité établie par la loi	261
d.	Une autorité indépendante et impartiale	262
(i)	Présentation et renvoi	262
(ii)	La relation entre la garantie de l'indépendance de la justice et la garantie d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale ..	262
(iii)	L'exigence d'indépendance en particulier	263
B.	Les possibilités de mise en œuvre	265
1.	Remarques préalables	265
2.	Les « autorités disciplinaires » internes au corps judiciaire	265
a.	Remarques préalables	265
b.	Le chef de cour ou de juridiction	266
(i)	Présentation	266
(ii)	Brève analyse	266
c.	La cour ou l'instance réunie en plenum	268
(i)	Présentation	268
(ii)	Brève analyse	269
d.	L'instance supérieure	270
(i)	Présentation	270
(ii)	Brève analyse	271
3.	Le pouvoir législatif en tant qu' « autorité disciplinaire »	272
a.	Présentation	272
b.	Analyse	274
(i)	Généralités	274
(ii)	La compétence du parlement se limite à une compétence décisionnelle	276
(iii)	Le parlement détient des compétences disciplinaires complètes ..	277

4. Les autorités disciplinaires indépendantes	278
a. Les autorités indépendantes appartenant au pouvoir judiciaire	278
(i) Généralités	278
(ii) L'autorité intervient en tant qu'instance unique	279
(iii) L'autorité intervient en première instance	279
b. Les autorités administratives indépendantes	282
(i) Une autorité (administrative) n'appartenant pas au pouvoir exécutif	282
(ii) Une autorité administrative indépendante	283
C. Examen de quelques solutions retenues actuellement en Suisse	285
1. Remarques préalables	285
2. Au niveau fédéral	286
a. La surveillance des juges fédéraux de première instance	286
(i) Présentation	286
(ii) Brève analyse	288
b. La surveillance des juges du Tribunal fédéral	289
(i) Présentation	289
(ii) Brève analyse	291
c. Excursus : le projet avorté de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature	292
3. Au niveau cantonal (aperçu)	294
a. Canton de Berne	294
(i) Présentation	294
(ii) Brève analyse	296
b. Canton de Fribourg	298
(i) Présentation	298
(ii) Brève analyse	300
c. Canton de Genève	301
(i) Présentation	301
(ii) Brève analyse	303
d. Canton du Jura	304
(i) Présentation	304
(ii) Brève analyse	306
e. Canton de Neuchâtel	307
(i) Présentation	307
(ii) Brève analyse	310
f. Canton du Tessin	311
(i) Présentation	311
(ii) Brève analyse	314

g.	Canton du Valais	316
(i)	Présentation.....	316
(ii)	Brève analyse.....	318
h.	Canton de Vaud	318
(i)	Présentation.....	318
(ii)	Brève analyse.....	321
i.	Canton de Zurich	326
(i)	Présentation.....	326
(ii)	Brève analyse.....	328
III.	Les autorités disciplinaires <i>en tant qu'institutions étatiques</i>	333
A.	Remarques préalables.....	333
1.	Présentation générale	333
2.	Des principes découlant de textes non contraignants	334
B.	Les autorités disciplinaires et les conseils de la justice.....	337
1.	Les conseils de la justice (aperçu).....	337
2.	La position des autorités disciplinaires par rapport aux conseils de la justice	341
C.	La composition de l'autorité disciplinaire	344
1.	Généralités	344
2.	Le nombre de membres.....	345
3.	Les catégories de membres	346
a.	Les magistrats du siège.....	346
(i)	Considérations générales.....	346
(ii)	La question spécifique du siège d'un chef de cour ou de juridiction.....	347
b.	Les « autres membres »	349
(i)	La notion	349
(ii)	Les (autres) membres appartenant au pouvoir législatif.....	349
(iii)	Les (autres) membres appartenant au pouvoir exécutif.....	350
(iv)	Les (autres) membres n'appartenant ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif	351
c.	Les membres de droit (membres <i>ex officio</i>).....	353
(i)	La notion	353
(ii)	Les magistrats du siège en tant que membres de droit	354
(iii)	Les « autres membres » en tant que membres de droit.....	354
4.	Le domicile des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu).....	356
5.	La proportion de magistrats du siège	357
a.	La problématique.....	357
b.	Les avis et recommandations.....	358

(i)	La composition mixte ou exclusive de l'autorité disciplinaire	358
(ii)	La proportion de magistrats du siège en cas de composition mixte de l'autorité disciplinaire.....	359
c.	Eléments d'appréciation.....	362
D.	La nomination des membres de l'autorité disciplinaire.....	365
1.	Généralités.....	365
2.	La nomination des magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire.....	366
a.	Présentation.....	366
b.	La désignation par une autorité appartenant au pouvoir législatif ?	367
c.	La désignation par une autorité appartenant au pouvoir exécutif ?	367
d.	La désignation par une autorité ou entité appartenant, ou rattachée, au pouvoir judiciaire	369
(i)	Généralités.....	369
(ii)	La désignation par une autorité appartenant au pouvoir judiciaire.....	369
(iii)	La désignation par une entité liée au pouvoir judiciaire	370
3.	La nomination des « autres membres » fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire.....	373
a.	Présentation.....	373
b.	La désignation des (autres) membres appartenant au pouvoir législatif	373
c.	La désignation des (autres) membres appartenant au pouvoir exécutif	374
d.	La désignation des (autres) membres n'appartenant ni au pouvoir législatif, ni au pouvoir exécutif.....	374
E.	Le taux d'activité et la durée du mandat des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu)	375
1.	Le taux d'activité des membres de l'autorité disciplinaire.....	375
2.	La durée du mandat des membres de l'autorité disciplinaire	375
F.	La surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu) ...	377
IV.	Quelques réflexions sur la possibilité d'une uniformisation des autorités disciplinaires en Suisse.....	378
A.	Une unification par le droit fédéral ? (rappel).....	378
B.	Une uniformisation par un ou plusieurs concordats intercantonaux ?	379
1.	Les enjeux	379
2.	Aperçu des solutions possibles	380
3.	Perspectives.....	382

Chapitre 7 : La procédure disciplinaire	383
I. Remarques préalables	383
A. Présentation générale	383
B. Le droit procédural applicable (aperçu)	385
II. La saisine de l'autorité disciplinaire	387
A. Les personnes ou entités pouvant saisir l'autorité disciplinaire	387
1. Les justiciables	387
a. En général	387
b. Le magistrat du siège lui-même	389
2. Les autorités administratives ou judiciaires	390
a. L'autorité disciplinaire	390
b. Les autres autorités	391
(i) Considérations générales	391
(ii) Les chefs de cour ou de juridiction ou (les chefs de cour ou de juridiction de) l'instance supérieure	391
(iii) Le ministère public	393
(iv) L'obligation de saisir (ou à tout le moins d'informer) l'autorité disciplinaire	394
B. Les modalités de la saisine	395
1. La forme de la saisine	395
a. Le destinataire	395
b. Le contenu et la forme de la saisine	396
2. Le moment de la saisine	397
3. La gratuité de la saisine	397
C. Les effets de la saisine	397
1. L'initiation de la procédure disciplinaire	397
2. La séparation des fonctions de poursuite et de jugement	398
D. Remarques intermédiaires	399
1. La nécessité d'un accès large des justiciables à l'autorité disciplinaire	399
2. La nécessité de la mise en place d'un dispositif de filtrage des plaintes des justiciables	399
3. La mise en œuvre de dispositifs de filtrage des plaintes des justiciables	401
III. La phase préliminaire	402
A. Généralités	402
B. L'(') (es) autorité(s) compétente(s) pour traiter les plaintes des justiciables	403
1. Remarques générales	403
2. Les solutions retenues (aperçu)	403
a. En Suisse	403
b. A l'étranger	405

3. Elements d'appréciation	406
C. Les garanties de procédure applicables (aperçu et renvoi)	407
D. Le statut du dénonciateur (renvoi)	408
E. La décision sur la suite à donner à la procédure.....	408
1. Les décisions pouvant être prononcées.....	408
2. Le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires	410
a. Considérations générales.....	410
b. La nécessité d'encadrer l'autorité compétente dans l'application du principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires.....	411
c. L'utilisation des solutions du droit pénal	412
IV. L'instruction principale.....	414
A. Généralités	414
B. L'autorité compétente (aspects procéduraux)	414
1. La séparation des fonctions d'instruction et de jugement	414
2. Les solutions possibles	416
C. L'établissement des faits.....	419
1. Considérations générales	419
a. L'établissement d'office des faits.....	419
b. Les différents moyens de preuve.....	419
2. Le droit d'être entendu	420
a. Considérations générales.....	420
b. Le droit à un procès équitable	421
c. Les différents droits découlant du droit d'être entendu (liste non exhaustive).....	422
(i) Le droit d'être informé de l'ouverture d'une procédure à son encontre et de l'objet de celle-ci.....	422
(ii) Le droit de consulter le dossier.....	422
(iii) Le droit de faire administrer des preuves.....	423
(iv) Le droit de participer à l'administration des preuves.....	423
(v) Le droit de se faire représenter ou assister.....	424
(vi) Le droit de demander l'assistance d'un traducteur ou d'un interprète	424
(vii) Le droit de s'expliquer	424
(viii) Le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination	426
(ix) La publicité des débats	427
(x) Le droit d'obtenir une décision motivée	430

3.	L'obligation de collaborer à l'établissement des faits	430
a.	L'obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits	430
b.	L'obligation des tiers de collaborer à l'établissement des faits	431
D.	Le statut du dénonciateur	432
V.	L'articulation avec d'éventuelles procédures concurrentes	433
A.	La procédure considérée est une procédure dirigée contre le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire (respectivement contre l'Etat répondant pour celui-ci)	433
1.	La procédure considérée est une procédure pénale	433
a.	L'indépendance des deux procédures	433
b.	Des voies utilisables parallèlement ou successivement	435
c.	La solution pratique de la suspension de la procédure disciplinaire	436
2.	La procédure considérée est une procédure disciplinaire	438
3.	La procédure considérée est une procédure civile en responsabilité	439
B.	La procédure considérée est une procédure de recours contre une décision rendue par le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire	440
1.	L'indépendance des deux procédures	440
a.	L'absence de contrôle disciplinaire du contenu matériel des actes juridictionnels des magistrats du siège (rappel)	440
b.	Des voies utilisables parallèlement ou successivement	440
2.	L'utilité de différer la procédure disciplinaire	441
VI.	Les mesures provisionnelles	442
A.	Considérations générales	442
B.	La suspension à titre conservatoire	444
VII.	La décision au fond	449
A.	Considérations générales	449
B.	La motivation de la décision	449
C.	La notification et la communication de la décision	450
D.	La publication de la décision	451
1.	Présentation générale	451
2.	Le principe et les modalités de la publication de la décision	452
a.	Le principe de la publication de la décision	452
b.	Les modalités de publication de la décision	453
3.	Le caractère éventuel de sanction disciplinaire	455
E.	L'inscription de la décision dans un registre des sanctions	456
F.	Les frais et dépens	456
VIII.	Les voies de droit	457
A.	Considérations générales	457
B.	Les décisions attaquables	459

1.	Les décisions d'ouverture d'enquête disciplinaire	459
2.	Les décisions de classement ou de renvoi	459
3.	Les décisions procédurales	460
4.	Les décisions sur mesures provisionnelles	460
5.	Les décisions au fond	461
C.	Les autorités compétentes et les voies de recours (aperçu et renvois)	462
1.	Le stade préalable au Tribunal fédéral	462
a.	Les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux	462
b.	Les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux	462
2.	Le Tribunal fédéral	463
D.	La qualité et l'intérêt pour recourir	464
1.	Le magistrat du siège	464
2.	Le dénonciateur	464
3.	Autres personnes ou entités	465
E.	Les motifs de recours	466
1.	Devant les instances préalables au Tribunal fédéral	466
a.	Les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux	466
b.	Les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux	466
2.	Devant le Tribunal fédéral	466
F.	L'effet suspensif	468
G.	La décision sur recours	469
H.	La révision	469
IX.	L'anéantissement de la procédure disciplinaire	470
A.	Présentation	470
B.	La portée de la fin des rapports de service	471
1.	Considérations générales	471
2.	Les solutions rencontrées	471
3.	Prise de position	472
C.	La prescription de l'action disciplinaire	474
1.	Considérations générales	474
2.	L'applicabilité de la prescription en droit disciplinaire (des magistrats du siège)	475
a.	L'approche classique	475
b.	L'approche moderne	477
c.	Prise de position	478
3.	Les modalités de la (prise en compte de la) prescription	479
a.	L'examen d'office	479
b.	Le(s) délai(s) de prescription	479

(i)	Considérations générales.....	479
(ii)	Eléments d’appréciation	481
c.	Le cours de la prescription.....	483
(i)	L’interruption du délai de prescription	483
(ii)	La suspension du délai de prescription	484
Conclusion		487

Table des abréviations

a[loi/autre réf.]	ancienne version de [loi/autre réf.] (une entrée spécifique est généralement prévue dans la présente table des abréviations si la loi/autre réf. en question a été remplacée par une loi/autre réf. distincte)
ABA	<i>American Bar Association</i> (USA)
aBDO/D	<i>Bundesdisziplinarordnung</i> du 26.01.1937 (RGeBl./D I p. 71) (abrogée le 01.01.2002 ; remplacée par la <i>Bundesdisziplinargesetz</i> [BDG/D]) (D)
ABl/ZH	<i>Amtsblatt</i> (ZH)
aff.	affaire(s)
AHJUCAF	Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français
AiMp	Autorité intercantonale pour les marchés publics
AJCL	<i>American Journal of Comparative Law</i> (USA)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics des 25.11.1994 et 15.03.2001
AJS	<i>American Judicature Society</i> (USA)
al.	alinéa(s)
aLCM/NE	Loi instituant un Conseil de la magistrature du 30.01.2007 (remplacée par la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires du 27.01.2010 [LMSA/NE]) (NE)
aLCSM/GE	Loi instituant un Conseil supérieur de la magistrature et une Cour d'appel de la magistrature du 25.09.1997 (aRS/GE E 2 20 ; remplacée par la Loi sur l'organisation judiciaire du 26.09.2010 [OJN/GE]) (GE)
aLOJ/FR	Loi d'organisation judiciaire du 22.11.1949 (remplacée par la Loi sur la justice du 31.05.2010 [LJ/FR]) (FR)

AMPJ	Association des magistrats du pouvoir judiciaire de la République et canton de Genève (GE)
anc.	ancien(ne)(s)
art.	article(s)
ASM	Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
aStF	(Loi fédérale sur le) statut des fonctionnaires du 30.06.1927 (aRS 172.221.10 ; remplacée par la Loi sur le personnel de la Confédération [LPers])
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
(à l')att.	(à l')attention
AUS	Australie
B	Belgique
BBG/D	<i>Bundesbeamten-gesetz</i> du 14.07.1953 (BGBl./D I p. 551) (D)
BDG/D	<i>Bundesdisziplinar-gesetz</i> du 09.07.2001 (BGBl./D I p. 1510) (D)
BE	canton de Berne
BezVG/ZH	<i>Bezirksverwaltungs-gesetz</i> du 10.03.1985 (RS/ZH 173.1) (ZH)
BGBl./D	<i>Bundesgesetzblatt</i> (D)
BGC/NE	Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil (NE)
BGC/VD	Bulletin du Grand Conseil (VD)
BIDDH	Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme
BOE/E	<i>Boletín Oficial del Estado</i> (E)
BO/VS	Bulletin Officiel du Canton du Valais (VS)
c.	contre
CA	Canada
CC	Code civil suisse du 10.12.1907 (RS 210)
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CCJE	Conseil consultatif de juges européens

CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
CDS	Conférence suisse des directeurs cantonaux de la santé
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 04.11.1951 (RS 0.101)
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CEPF	Conseil des écoles polytechniques fédérales
CERCRID	Centre de Recherches Critiques sur le Droit (F)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHSTC/VD	Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal (VD)
cit.	cité(e)(s)
CIJ	Commission internationale de juristes
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (désormais : Cour de justice de l'Union européenne [CJUE])
CJ/GE	Cour de Justice (GE)
C.jud./B	Code judiciaire belge du 10.10.1967 (réf. 1967-10-10/04) (B)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CM	Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
CMAG/FR	Conseil de la magistrature (FR)
COMCO	Commission de la concurrence
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21.12.1937 (RS 311.0)
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration (organe de l'Assemblée fédérale)
CPC	Code de procédure civile du 19.12.2008 (RS 272)
CPJA/FR	Code de procédure et de juridiction administrative du 23.05.1991 (RS/FR 150.1) (FR)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 05.10.2007 (RS 312)

CSD	Code suisse de déontologie du 10.06.2005 (adopté par la Fédération suisse des avocats [FSA])
CSM/F	Conseil supérieur de la magistrature (F)
CSM/GE	Conseil supérieur de la magistrature (GE)
CSM/I	<i>Consiglio superiore della magistratura</i> (I)
Cst.	Constitution (terme générique)
Cst./B	Constitution belge du 07.02.1831 (réf. 1994-02-17/30) (B)
Cst./BE	Constitution du canton de Berne du 06.06.1993 (RS/BE 101.1) (BE)
Cst./F	Constitution de la République française du 04.10.1958 (JORF/F n° 0238 du 05.10.1958, p. 9151) (F)
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (RS 101)
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg du 16.05.2004 (RS/FR 10.1) (FR)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14.10.2012 (RS/GE A 2 00) (GE)
Cst./JU	Constitution de la République et canton du Jura du 20.03.1977 (RS/JU 101) (JU)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24.09.2000 (RS/NE 101) (NE)
Cst./TI	<i>Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino</i> du 14.12.1997 (RS/TI 1.1.1.1) (TI)
Cst./VD	Constitution du canton de Vaud du 14.04.2003 (RS/VD 101.01) (VD)
Cst./VS	Constitution du Canton du Valais du 08.03.1907 (RS/VS 101.1) (VS)
Cst./ZH	<i>Verfassung des Kantons Zürich</i> du 27.02.2005 (RS/ZH 101) (ZH)
D	Allemagne
DDH	Direction des Droits de l'Homme (de la Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de Droit [DGI] du Conseil de l'Europe)
déc.	décision(s)
DGI	Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de Droit du Conseil de l'Europe

dir.	directeur (sous la direction de)
D.lgs.	<i>decreto legislativo</i> (I)
D.lgs.109/06/I	<i>Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché' modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150" (GU/I n° 67 du 21.03.2006)</i> (I)
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22.03.1974 (RS 313.0)
Dr	Docteur
DRiG	<i>Deutsches Richtergesetz</i> du 08.09.1961 (BGBl./D I p. 1665) (D)
DRiZ	<i>Deutsche Richterzeitung</i> (D)
E	Espagne
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
éd.	éditeur(s)
ég.	également
EJCL	<i>Electronic Journal of Comparative Law</i> (http://www.ejcl.org) (NL)
EJIL	<i>The European Journal of International Law</i>
ENCJ	<i>European Network of Councils for the Judiciary</i>
F	France
FF	Feuille fédérale
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FNA	<i>Fundstellennachweis</i> (D)
FR	canton de Fribourg
FSA	Fédération Suisse des Avocats
GB	Grande-Bretagne
GE	République et canton de Genève
GG/D	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> du 23.05.1949 (BGBl./D p. 1) (D)

GOG/BL	<i>Gesetz über die Organisation der Gerichte (Gerichtsorganisationsgesetz)</i> du 22.02.2001 (RS/BL 170) (BL)
GOG/GR	<i>Gerichtsorganisationsgesetz</i> du 31.08.2006 (RS/GR 173.000) (GR)
GOG/ZH	<i>Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess</i> du 10.05.2010 (RS/ZH 211.1) (ZH)
GU/I	<i>Gazzetta Ufficiale</i> (I)
HES	Haute école spécialisée
HES-SO	Haute école spécialisée de Suisse occidentale
HLR	<i>Hofstra Law Review</i> (USA)
I	Italie
IBA	<i>International Bar Association</i>
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
ISR	Israël
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JCUS	<i>Judicial Conference of the United States</i> (USA)
JdT	Journal des Tribunaux
JORF/F	Journal officiel de la République française (F)
JU	République et canton du Jura
KRG/ZH	<i>Kantonsratsgesetz</i> du 05.04.1981 (RS/ZH 171.1) (ZH)
LaCP/GE	Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27.08.2009 (RS/GE E 4 10) (GE)
LAWASIA	<i>Law Association for the Asia and the Pacific</i>
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 08.11.1934 (Loi sur les banques ; RS 952.0)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 06.10.1995 (Loi sur les cartels ; RS 251)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19.12.1986 (RS 241)

LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19.12.1958 (RS 741.01)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18.12.1987 (RS 291)
let.	lettre(s)
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22.06.2007 (Loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.1)
LHS/NE	Loi sur la haute surveillance de la gestion du Tribunal cantonal et l'exercice des autres compétences du Grand Conseil en matière judiciaire du 27.01.2004 (loi sur la haute surveillance ; RS/NE 151.110) (NE)
LHSTC/VD	Loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal du 08.03.2011 (RS/VD 173.35) (VD)
LJ/FR	Loi sur la justice du 31.05.2010 (RS/FR 130.1) (FR)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23.06.2000 (Loi sur les avocats ; RS 935.61)
LMJ	Loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu du 18.12.1998 (Loi sur les maisons de jeu ; RS 935.52)
LMPu/VD	Loi sur le Ministère public du 19.05.2009 (RS/VD 173.21) (VD)
LMSA/NE	Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires du 27.01.2010 (RS/NE 162.7) (NE)
LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19.03.2010 (RS 173.71)
LOCRP/VS	Loi sur l'organisation des Conseils et les rapports entre les pouvoirs du 28.03.1996 (RS/VS 171.1) (VS)
LOG/TI	<i>Legge sull'organizzazione giudiziaria</i> du 10.05.2006 (RS/TI 3.1.1.1) (TI)
LOJ/GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26.09.2010 (RS/GE E 2 05) (GE)
LOJ/JU	Loi d'organisation judiciaire du 23.02.2000 (RS/JU 181.1) (JU)
LOJM/BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11.06.2009 (RS/BE 161.1) (BE)
LOJ/VS	Loi sur l'organisation de la Justice du 11.02.2009 (RS/VS 173.1) (VS)

LOJV/VD	Loi d'organisation judiciaire du 12.12.1979 (RS/VD 173.01) (VD)
LOPJ/E	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i> (BOE/E n° 157 du 02.07.1985, réf. BOE-A-1985-12666) (E)
L.org.1994/F	Loi organique n° 94-100 du 05.02.1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature (JORF/F n° 32 du 08.02.1994, p. 2146) (F)
LPAC/GE	Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 04.12.1997 (RS/GE B 5 05) (GE)
LPA/GE	Loi sur la procédure administrative du 12.09.1985 (RS/GE E 5 10) (GE)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13.12.2002 (Loi sur le Parlement ; RS 171.10)
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24.03.2000 (RS 172.220.1)
LPers/BE	Loi sur le personnel du 16.09.2004 (RS/BE 153.01) (BE)
LPers/JU	Loi sur le personnel de l'Etat du 22.09.2010 (RS/JU 173.11) (JU)
LPers/VS	Loi sur le personnel de l'Etat du Valais du 19.11.2010 (RS/VS 172.2) (VS)
LPJA/NE	Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 27.06.1979 (RS/NE 152.130) (NE)
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23.06.2006 (Loi sur les professions médicales ; RS 811.11)
LPsy	Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 18.03.2011 (Loi sur les professions de la psychologie ; RS 935.81)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14.03.1958 (Loi sur la responsabilité ; RS 170.32)
LSP/VD	Loi sur la santé publique du 29.05.1985 (RS/VD 800.01) (VD)
LSt/NE	Loi sur le statut de la fonction publique du 28.06.1995 (RS/NE 152.510) (NE)

LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17.06.2005 (RS 173.32)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17.06.2005 (RS 173.110)
LTFB	Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20.03.2009 (RS 173.41)
MCF	Message du Conseil fédéral
MCF-DPA	Message du Conseil fédéral du 21.04.1971 concernant la loi fédérale sur le droit pénal administratif (FF 1971 I p. 1017 ss)
MCF-LLCA	Message du Conseil fédéral du 28.04.1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats ; FF 1999 p. 5331 ss)
MCF-LPsy	Message du Conseil fédéral du 30.09.2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie ; FF 2009 p. 6235 ss)
MCJC	<i>Model Code of Judicial Conduct</i> (USA)
MEDEL	Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés
MPI	<i>Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law</i> (D)
MSJI	<i>Minimum Standards of Judicial Independence</i>
n.	note(s) de bas de page
N	numéro(s)
NE	République et Canton de Neuchâtel
NL	Pays-Bas
NO	Norvège
not.	notamment
NZZ	<i>Neue Zürcher Zeitung</i> (ZH)
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OJN/NE	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27.01.2010 (RS/NE 161.1) (NE)
OJPM	Ordonnance concernant la justice pénale militaire du 24.10.1979 (RS 322.2)

OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations unies
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 03.07.2001 (RS 172.220.111.3)
Ord.1958/F	Ordonnance n° 58-1270 du 22.12.1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (JORF/F du 23.12.1958, p. 11551) (F)
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OS/ZH	<i>Offizielle Sammlung</i> (ZH)
P-[loi]	Projet de [loi]
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20.12.1968 (RS 172.021)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16.12.1966 (RS 0.103.2)
part.	partie(s)
P(FSA)-LAv	Projet de loi fédérale sur la profession d’avocat du 15.02.2012 établi par la Fédération Suisse des Avocats (FSA) et proposé à l’Office fédéral de la justice (OFJ)
PG/BL	<i>Gesetz über die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons</i> du 25.09.1997 (<i>Personalgesetz</i> ; RS/BL 150) (BL)
PG/ZH	<i>Personalgesetz</i> du 27.09.1998 (RS/ZH 177.10) (ZH)
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
P-LCM	Projet de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature (FF 2002 p. 1146 ss)
préc.	précédent(e)
Prof.	Professeur
publ.	publié(e)(s)
Qc	Québec
RAOJ/VD	Règlement d’administration de l’ordre judiciaire du 13.11.2007 (RS/VD 173.01.3) (VD)
RCM/FR	Règlement du Conseil de la magistrature du 18.08.2008 (RS/FR 130.21) (FR)

RCSM/JU	Règlement du Conseil de surveillance de la magistrature du 14.06.2007 (RS/JU 181.112) (JU)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
Rec.	Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
RECJ	Réseau européen des Conseils de la Justice
Recomm.	Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (CM)
réf.	référence(s)
rem.	remarque(s)
REMCSM/GE	Règlement relatif à l'élection de certains membres du conseil supérieur de la magistrature du 08.06.1998 (RS/GE E 2 20.03) (GE)
Rés.	Résolution(s)
rés.	résumé
resp.	respectivement
RFCSM/GE	Règlement de fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature du 11.04.2011 (RS/GE E 2 05.20) (GE)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence (FR)
RGBL/D	<i>Reichsgesetzblatt</i> (remplacée par la <i>Bundesgesetzblatt</i> [BGBL/D]) (D)
RIDC	Revue internationale de droit comparé (F)
RIDP	Revue internationale de droit pénal (F)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois (BE)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence (JU)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise (NE)
RJQ	Recueil de jurisprudence du Québec (Qc)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
ROCM/NE	Règlement organique du Conseil de la magistrature du 30.04.2009 (RS/NE 162.70) (NE)
ROr CS/BE	Règlement d'organisation de la Cour suprême du 12.04.2013 (RS/BE 162.11) (BE)
ROTC/VD	Règlement organique du Tribunal cantonal du 13.11.2007 (RS/VD 173.31.1) (VD)
ROTN/VD	Règlement organique du Tribunal neutre du 13.12.2005 (RS/VD 173.38.1) (VD)

ROTV/VS	Règlement d'organisation des tribunaux valaisans du 21.12.2010 (RS/VS 173.100) (VS)
RPersJ/BE	Règlement sur le personnel des autorités judiciaires et du Ministère public du 22.12.2010 (RS/BE 161.16) (BE)
RPS	Revue Pénale Suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/AR	<i>Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts</i> (AG)
RS/BE	Recueil systématique des lois bernoises (BE)
RS/BL	<i>Systematische Gesetzessammlung Basel-Landschaft</i> (BL)
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RS/FR	Recueil systématique de la législation fribourgeoise (FR)
RS/GE	Recueil systématique genevois (GE)
RS/GR	<i>Bündner Rechtsbuch</i> (GR)
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RS/JU	Recueil systématique de la législation de la République et canton du Jura (JU)
RS/NE	Recueil systématique de la législation neuchâteloise (NE)
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSTF	Règlement du Tribunal fédéral relatif à la surveillance du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets du 11.09.2006 (Règlement sur la surveillance par le Tribunal fédéral ; RS 173.110.132)
RS/TI	<i>Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino</i> (TI)
RSurv CS/BE	Règlement de surveillance de la Cour suprême du 12.11.2010 (RS/BE 162.12) (BE)
RS/VD	Recueil systématique de la législation vaudoise (VD)
RS/ZG	<i>Systematische Gesetzessammlung Kanton Zug</i> (ZG)
RS/ZH	<i>Zürcher Gesetzessammlung</i> (ZH)
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme (B)
s.	et suivant

sect.	section(s)
ss	et suivants
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch</i> (cf. ég. CP)
SWR	<i>Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter</i>
TA	tribunal administratif (terme générique)
TC	tribunal cantonal (terme générique)
TF	Tribunal fédéral
TI	canton du Tessin
trad.	traduction/traduit(e)(s)
UIM	Union internationale des magistrats
USA	Etats-Unis d'Amérique
USCFC	<i>United States Court of Federal Claims</i> (USA)
VD	canton de Vaud
vol.	volume(s)
VS	canton du Valais
VwVG	<i>Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren</i> du 20.12.1968 (RS 172.021 ; cf. ég. PA)
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>
ZV	<i>Zentralverband Öffentliches Personal Schweiz</i> (Employés du secteur public Suisse ; <i>Impiegati del settore pubblico Svizzera</i>)

Bibliographie

- ABRAVANEL PHILIPPE, La déontologie du juge, PJA 1995 p. 421 ss
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Model Code of Judicial Conduct, adopté le 10.08.2010 [cité : ABA MCJC]
- AMOOS PIGUET MIHAELA, L'élection partisane des juges : une entorse au principe de la séparation des pouvoirs ? – Alternatives et palliatifs, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2013/1 [cité : AMOOS PIGUET, Richterzeitung]
- AMOOS PIGUET MIHAELA, L'élection partisane des juges, dangers et palliatifs, Plaidoyer 2/2013 p. 32 ss [cité : AMOOS PIGUET, Plaidoyer]
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. II, L'exercice du pouvoir – Les limites du pouvoir, Neuchâtel 1967
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Un regard extérieur, RFJ 2005 I p. 49 ss [cité : AUBERT/MAHON, Regard]
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003 [cité : AUBERT/MAHON, Commentaire]
- AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, commentaire de l'art. 86 LTF, in : Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit Constitutionnel Suisse, vol. II, Les Droits Fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013
- BAUER ALAIN, La surveillance des autorités judiciaires dans le canton de Neuchâtel, RJN 2008 p. 15 ss
- BEIGNIER BERNARD, La discipline : finalités distinctes, natures divergentes, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 233 ss
- BELLANGER FRANÇOIS, Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique, in : Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), Les réformes de la fonction publique, Genève Zurich Bâle 2012, p. 217 ss

- BELLWALD PETER, Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten, thèse Berne 1985
- BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, PJA 2011 p. 169 ss
- BERAUD JEAN-MARC, La discipline dans l'entreprise, in : Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Paris 1989, p. 381 ss
- BETOULLE JEROME, Les pouvoirs disciplinaires des premiers présidents des cours d'appel, rapport présenté le 15.10.2005, in : Bulletin d'information n° 627 de la Cour de cassation, p. 8 ss
- BIERI PETER, Die Gerichte der Schweiz – eine Übersicht, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/2
- BIFULCO DANIELA, La déontologie des magistrats en Italie, in : Conseil supérieur de la justice (éd.), Vers une nouvelle déontologie, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 63 ss
- BINDER EUGEN H., Das Disziplinarrecht der richterlichen Beamten im Kanton Genf, thèse Zurich/Bülach 1952
- BLANDIN-CAROLO AMANDINE, Infraction pénale et droit disciplinaire, in : Niquège Sylvain (éd.), L'infraction pénale en droit public, Paris 2010, p. 186 ss
- BOHNET FRANÇOIS, Droit des professions judiciaires – Avocat - Notaire - Juge, 3^e éd., Bâle Neuchâtel 2014
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009
- BOINAY GABRIEL, Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande, RJJ 1998 p. 1 ss
- BONNIN BRIGITTE, La discipline des magistrats, thèse Toulouse 1981
- BOULARBAH HAKIM, Construction méthodologique de la déontologie positive, in : Conseil supérieur de la justice (éd.), Vers une nouvelle déontologie, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 111 ss
- BRAND PATRIC/WYSS KARL-MARC/ZYSSET PASCAL, Nulla Minder-poena sine lege, in : Jusletter 27.05.2013
- BREI GERALD, Kartellrechtsverfahren nach PubliGroupe – offene Fragen und praktische Probleme, RSJ 2014 p. 177 ss
- BÜHLER JACQUES, Du traitement des affaires dans un délai raisonnable, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2009/1

- BÜHLMANN MARC/KUNZ RUTH, Vertrauen in die Justiz : Unabhängigkeit und Legitimität von Justizsystemen im Vergleich, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/3
- CANIVET GUY, The responsibility of judges in France, in : Bell John/Dashwood Alan/Spencer John/Ward Angela (éd.), Cambridge yearbook of European legal studies, vol. 5 (2002-2003), Portland/Oxford 2004, p. 15 ss [cité : CANIVET, Responsibility]
- CANIVET GUY, La responsabilité des juges en France, Commentaire n° 103 (vol. 26), 2003, p. 637 ss [cité : CANIVET, Responsabilité]
- CANIVET GUY/JOLY-HURARD JULIE, La discipline des juges – Judiciaires, administratifs et des comptes, Paris 2007
- CAPPELLETTI MAURO, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989 [cité : CAPPELLETTI, Judicial Process]
- CAPPELLETTI MAURO, "Who Watches the Watchmen?" – A Comparative Study on Judicial Responsibility, in : Shetreet Shimon/Deschênes Jules (éd.), Judicial Independence : The Contemporary Debate, Dordrecht 1985, p. 550 ss [cité : CAPPELLETTI, Judicial Responsibility]
- CARNOT JOSEPH-FRANÇOIS-CLAUDE, De la discipline judiciaire considérée dans ses rapports avec les juges, les officiers du ministère public, les avocats, les notaires, les avoués, les huissiers et autres officiers ministériels, Paris 1825
- CARRE GUILLAUME L. J., Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines, tome 1, Paris 1825
- CAVALLINI DANIELA, Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006, Milan 2011
- CERUTTI DAVIDE/DEPRAZ ALEX, Responsabilité des autorités compétentes en cas de récidive – Une initiative populaire délétaire pour la confiance dans le système judiciaire, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/1
- CHABLAIS ALAIN, La nouvelle Charte éthique du Tribunal administratif fédéral, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/4
- CHAPPUIS BENOIT, Les conflits d'intérêts de l'avocat et leurs conséquences à la lumière des évolutions jurisprudentielle et législative récentes, in : Pichonnaz Pascal/Werro Franz (éd.), La pratique contractuelle 3 – Symposium en droit des contrats, Genève 2012, p. 69 ss [cité : CHAPPUIS, Conflits d'intérêts]
- CHAPPUIS BENOIT, Signification et fonction des règles déontologiques, in : Fellmann Walther/Huguenin Jacobs Claire/Poledna Thomas (éd.), Droit

- suisse des avocats, Berne 1998, p. 127 ss [cité : CHAPPUIS, Règles déontologiques]
- CHATELAIN JEAN-PIERRE, La prise à partie en procédure civile bernoise, Delémont 1946
- CHIAVARIO MARIO, Les principes du procès pénal et leur mise en œuvre dans les procédures disciplinaires, Rapport général du XVIIe Congrès international de droit pénal qui s'est tenu du 20.09.2003 au 25.09.2003 à Santiago (Chili), RIDP 2003 p. 663 ss
- CHIESA SPARTACO, Il Consiglio della magistratura del canton Ticino : ruolo e limiti d'intervento, in : Caimi Carlo Luigi/Cometta Flavio/Corti Guido (éd.), Il Ticino e il diritto – Raccolta di studi pubblicati in occasione delle Giornate dei giuristi svizzeri 1997, Lugano 1997, p. 267 ss
- CIRILLO GIANPIERO PAOLO, La responsabilità del giudice, Naples 1988
- CIVININI MARIA GIULIANA, Le statut du magistrat en Italie, RIDC 2007 p. 7 ss
- DE CLERCK STEFAAN, Le paysage judiciaire – Vers une nouvelle architecture pour la justice, note d'orientation du Ministre de la Justice belge, 2009
- COLLIARD ANNE, Le Conseil de la magistrature dans le canton de Fribourg : ses fondements, ses compétences et ses activités, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2009/2
- COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée le 17.11.2010 (remplace la Recommandation CM/Rec[94]12 du Comité des Ministres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges adoptée le 13.10.1994) [cité : Recommandation CM/Rec(2010)12]
- COMMISSION DE VENISE, Opinion n° 739/2013 du 03.10.2013, CDL-REDF(2013)048, Code of Judicial Ethics of the Republic of Tajikistan [cité : COMMISSION DE VENISE, Avis Tadjikistan 2013]
- COMMISSION DE VENISE, Avis n° 722/2013 du 19.06.2013, CDL-AD(2013)014, sur le projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges et sur les modifications de la Constitution proposées par l'Assemblée constitutionnelle d'Ukraine [cité : COMMISSION DE VENISE, Avis Ukraine 2013]
- COMMISSION DE VENISE, Rapport du 16.03.2010 sur l'indépendance du système judiciaire, Partie I : L'indépendance des juges, CDL-AD(2010)004 [cité : COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance]
- COMMISSION DE VENISE/DIRECTION DES DROITS DE L'HOMME (DDH) DE LA DIRECTION GENERALE DROITS DE L'HOMME ET ETAT DE DROIT (DGI) DU CONSEIL DE L'EUROPE, Avis conjoint n° CDL-AD(2014)032-f des

- 10.10.2014 et 11.10.2014 sur le projet de loi portant révision de la loi sur la responsabilité disciplinaire des juges ordinaires et la procédure disciplinaire applicable aux juges ordinaires en Géorgie [cité : COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Géorgie 2014]
- COMMISSION DE VENISE/DIRECTION DES DROITS DE L'HOMME (DDH) DE LA DIRECTION GENERALE DROITS DE L'HOMME ET ETAT DE DROIT (DGI) DU CONSEIL DE L'EUROPE, Avis conjoint n° CDL-AD(2010)029-f des 15.10.2010 et 16.10.2010 sur la loi modifiant certains textes législatifs de l'Ukraine relatifs à la prévention de l'abus de droit d'appel [cité : COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Ukraine 2010]
- COMMISSION FEDERALE DES BANQUES, Rapport d'avril 2003 sur les sanctions applicables à la surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des directions de fonds (« surveillance des établissements ») ainsi qu'à la surveillance des marchés en matière de délits d'initiés, manipulations de cours et autres infractions aux règles de comportement en vigueur sur le marché (« surveillance des marchés ») dans l'optique d'une refonte du dispositif de surveillance des marchés financiers en Suisse
- COMMISSION LEGISLATIVE (NE), Rapport du 21.08.2006 à l'appui d'un projet de décret portant révision de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (Surveillance sur les autorités judiciaires) et d'un projet de loi instituant un Conseil de la magistrature (LCM/NE), BGC/NE 2006 (04.105) p. 1613 ss
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 18 du 16.10.2015 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'État dans une démocratie moderne [cité : CCJE, Avis n° 18]
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 17 du 24.10.2014 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'évaluation du travail des juges, la qualité de la justice et le respect de l'indépendance judiciaire [cité : CCJE, Avis n° 17]
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 15 du 13.11.2012 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la spécialisation des juges [cité : CCJE, Avis n° 15]
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 10 du 23.11.2007 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le Conseil de la Justice au service de la société [cité : CCJE, Avis n° 10]
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 3 du 19.11.2002 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux

- juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité [cité : CCJE, Avis n° 3]
- CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPEENS (CCJE), Avis n° 1 du 23.11.2001 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les normes relatives à l'indépendance et l'immovibilité des juges [cité : CCJE, Avis n° 1]
- CONSEIL FEDERAL, Message du 10.10.2012 relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants » et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, FF 2012 p. 8151 ss [cité : MCF-Interdiction]
- CONSEIL FEDERAL, Message du 31.08.2011 concernant une modification de la loi sur le personnel de la Confédération, FF 2011 p. 6171 ss [cité : MCF-LPers]
- CONSEIL FEDERAL, Message du 30.09.2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 p. 6235 ss [cité : MCF-LPsy]
- CONSEIL FEDERAL, Message du 28.04.1999 concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999 p. 5331 ss [cité : MCF-LLCA]
- CONSEIL FEDERAL, Message du 21.04.1971 concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, FF 1971 I p. 1017 ss [cité : MCF-DPA]
- CONSIGLIO DELLA MAGISTRATURA (TI), Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011), publié sur le site Internet [www.ti.ch]
- CONSIGLIO DI STATO (TI), Messaggio n° 4797 du 07.10.1998 intitulé « *Adeguamento delle disposizioni concernenti il Consiglio della magistratura alla nuova Costituzione cantonale* » [cité : CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*]
- CONSIGLIO DI STATO (TI), Messaggio n° 3947 du 27.05.1992 intitulé « *Istituzione del Consiglio della magistratura (modifica della Legge organica giudiziaria civile e penale e del Codice di Procedura civile)* » [cité : CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Istituzione*]
- CORBOZ BERNARD, commentaire des art. 105 et 110 LTF, in : Corboz Bernard/Wurzbürger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014 [cité : CORBOZ, art. [...] LTF N [...]]

- CORBOZ BERNARD, L'indépendance des juges et le système de la réélection périodique, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/4 [cité : CORBOZ, Richterzeitung]
- CORNU GERARD (dir.), Vocabulaire juridique, 6^e éd., Paris 2004 [cité : CORNU G.]
- CORNU PIERRE, Exemption de peine et classement – absence d'intérêt à punir, réparation et atteinte subie par l'auteur du fait de son acte (art. 52-54 CP), RPS 2009 p. 393 ss [cité : CORNU P.]
- DAU KLAUS, Das Opportunitätsprinzip im Disziplinarrecht, thèse Köln 1963
- DELLIS GEORGES, Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, Paris 1997
- DELMAS-MARTY MIREILLE, Réflexions sur le pouvoir disciplinaire, RTDH 1995 p. 155 ss
- DELPEREE FRANCIS, Le droit disciplinaire : unité ou diversité, RTDH 1995 p. 341 ss [cité : DELPEREE, RTDH]
- DELPEREE FRANCIS, L'élaboration du droit disciplinaire dans la fonction publique, thèse Paris 1969 [cité : DELPEREE]
- DELPRAT CAROLE, Savoirs et déboires d'un juriste, Bernard de La Roche Flavin (1552-1627), in : Histoire, économie et société, 2000, p. 163 ss
- DENISART JEAN-BAPTISTE, Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, Volume 9, Paris 1740
- DESCOT NATHALIE, La « juridictionnalisation » des institutions disciplinaires non juridictionnelles, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 299 ss
- DEUMIER PASCALE, La sanction disciplinaire, un concept unifié ?, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 239 ss
- DEVAUD CORALIE, L'information en droit médical, thèse Lausanne, Zurich 2009
- DI FEDERICO GIUSEPPE, Judicial Accountability and Conduct : An Overview, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), Judicial independence in transition, Heidelberg 2012, p. 87 ss [cité : DI FEDERICO, Judicial Accountability]
- DI FEDERICO GIUSEPPE, L'evoluzione della disciplina giudiziaria nei paesi democratici, introduction à l'ouvrage de Cavallini Daniela, Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006, Milan 2011 [cité : DI FEDERICO, Evoluzione]
- DOUCET MICHEL/FLECK KLAUS E. W., Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, 6^e éd., Bâle 2002

- DRAGO ROLAND/FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, *Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique (France) 1997 (41) p. 135 ss
- DUBARLE LEON, *Code d'organisation judiciaire allemand* (27 janvier 1887), Paris 1885
- DUBEY CLAUDE-EMMANUEL, *Le Tribunal neutre dans l'organisation judiciaire vaudoise*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/4
- DUGUIT LEON, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, *La théorie générale de l'Etat – Les agents publics, le patrimoine de l'Etat, le droit et l'Etat*, 3^e éd., Paris 1927/1930 [cité : DUGUIT, *Traité*]
- DUGUIT LEON, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris 1903 [cité : DUGUIT]
- EICHENBERGER-WALTHER CORINA, *Die parlamentarische Oberaufsicht über das Bundesgericht*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- EICKER ANDREAS, *Sind die Strafvorschriften des Nebenstrafrechts oft zu unbestimmt und daher unanwendbar? – Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 6B_771/2011 vor dem Hintergrund aktueller Gesetzgebungslehre*, in : *Commentaires de jurisprudence numérique Weblaw, Push-Service des arrêts*, publié le 6 février 2013, consultable à l'adresse
[http://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?method=show_pdf&glossa_id=704] [consulté le 24.07.2015]
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012
- ENGSTAD NILS A./LAERDAL ASTRID/TÖNDER FRÖSETH & BÅRD (éd.), *The Independence of Judges*, La Haye 2014
- EPINEUSE HAROLD, *Pour une déontologie judiciaire comparée*, in : *Conseil supérieur de la justice* (éd.), *Vers une nouvelle déontologie*, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 21 ss
- FANTACCHIOTTI MARIO/FRESA MARIO/TENORE VITO/VITELLO SALVATORE, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali – Magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, onorari, Avvocati dello Stato*, Milan 2010
- FAVRE DOMINIQUE, *Les principes pénaux en droit disciplinaire*, in : *Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, p. 329 ss
- FELBER MARKUS, *Traditionelles Richterbild und Wirklichkeit am Bundesgericht*, RSJ 2007 p. 435 ss

- FELLMANN FABIAN, Bundesrichter will Wahl auf Lebenszeit, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/4
- FISCHER CLAUDIUS, Disziplinarrecht und Richteramt, thèse Erlangen-Nuremberg, Francfort-sur-le-Main 2012
- FLEINER THOMAS/IVANOV DANIELA, La mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29 Cst. dans le droit intercantonal, Avis de droit du 30.04.2007 à l'att. de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)
- FONJALLAZ JEAN, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif – une coexistence difficile, PJA 2011 p. 49 ss
- DE FONTBRESSIN PATRICK, Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge (obs. sur l'arrêt CourEDH du 24.02.1997, De Haes et Gijssels c. Belgique), RTDH 1998 p. 581 ss
- FOUCAULT MICHEL, Surveiller et punir, Paris 1975
- FRANQUIN ANDRE, Idées noires 13, in : Fluide Glacial n° 20 (janvier 1978), p. 16
- FRIEDMAN LAWRENCE M., The legal system : a social science perspective, New York 1975
- FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, La responsabilité des magistrats comme mise à distance, in : Gaboriau Simone/Pauliat Hélène (éd.), La responsabilité des magistrats – Actes du colloque organisé à Limoges le 18.11.2005, Limoges 2008, p. 229 ss
- GARDNER GEYH CHARLES, Informal Methods of Judicial Discipline, University of Pennsylvania Law Review, vol. 142, No. 1 (11/1993), p. 243 ss
- GAROUPA NINO/GINSBURG TOM, Guarding the Guardians : Judicial council and judicial independence, AJCL 2009 p. 201 ss
- GASS STEPHAN, Die Ethik der Richterinnen und Richter : Grundzüge einer Richterdeontologie, in : Heer Marianne (éd.), Der Richter und sein Bild : wie sehen wir uns – wie werden wir gesehen?, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter (SWR), vol. 10, Berne 2008, p. 143 ss [cité : GASS, Bild]
- GASS STEPHAN, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden ? – Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, PJA 2007 p. 593 ss [cité : GASS, PJA]
- GASS STEPHAN/KIENER REGINA/STADELMANN THOMAS/EPINEY-COLOMBO EMANUELA/MOSIMANN HANS-JAKOB/ZAPPELLI PIERRE (éd.), Justiz im Blickfeld, Ausgewählte Beiträge aus der Schweizer Richterzeitung – Justice

- en lumière, Contributions choisies de la Revue suisse des juges, Editions Weblaw 2013
- GAVIN CATHERINE, Evolution du statut des magistrats genevois telle que prévue par l'Assemblée constituante, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/2
- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, La sélection des juges fédéraux en Suisse, avec un aperçu cantonal de la situation dans le canton de Genève, in : Heckendorn Urscheler Lukas (éd.), Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé, Zurich 2014, p. 11 ss
- GORE MARIE, La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, EJCL 12/2007 (vol. 11.3)
- GRAY CYNTHIA, The line between legal error and judicial misconduct : balancing judicial independence and accountability, Hofstra Law Review 2004 (vol. 32) p. 1244 ss [cité : GRAY, HLR]
- GRAY CYNTHIA, A study of state judicial discipline sanctions, Chicago 2002, consultable à l'adresse [<http://www.ajs.org/ethics/pdfs/Sanctions.pdf>] [consulté le 09.05.2013] [cité : GRAY, AJS]
- GREEN BRUCE A./ZACHARIAS FRED C., Regulating Federal Prosecutor's Ethics, Vanderbilt Law Review 2002 (vol. 55), p. 381 ss
- GRISEL CLEMENCE, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse Fribourg, Zurich 2008
- GRODECKI STEPHANE, Réflexions sur l'indépendance de la justice à l'aune des évolutions institutionnelles genevoises, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/2
- GSCHWEND LUKAS, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2013/3
- GUARNIERI CARLO, La responsabilité des juges, in : Beaud Olivier/Blanquer Jean-Michel (éd.), La responsabilité des gouvernants, Paris 1999, p. 179 ss
- GUARNIERI CARLO/PEDERZOLI PATRIZIA, La puissance de juger – Pouvoir judiciaire et démocratie, Paris 1996
- GUGGISBERG BRIGITTE, Sechs Jahre sind nicht genug, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/4
- GUICHETEAU G., De la discipline dans la magistrature, thèse Rennes 1875
- GUILLAUME FLORENCE, La responsabilité de l'exécuteur testamentaire, in : Bohnet François (éd.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, p. 1 ss
- GUINCHARD SERGE, La responsabilité civile des juges, in : Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?, Actes du Colloque de l'Institut de

- Sciences pénales et de Criminologie d'Aix-en-Provence tenu les 05.05.2000 et 06.05.2000, Aix-en-Provence 2000, p. 115 ss
- HAESE DAVID K., The International Bar Association Project on Minimum Standards of Judicial Independence, in : Shetreet Shimon/Deschênes Jules (éd.), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht 1985, p. 382 ss
- HAMMERGREN LYNN, Judicial Independence and Judicial Accountability – The Shifting Balance in Reform Goals, in : U.S. Agency for International Development (éd.), *Guidance for promoting Judicial Independence and Impartiality*, Washington 2002, p. 149 ss
- HÄNER ISABELLE, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II p. 253 ss
- HANGARTNER YVO, Reform des Beamtendisziplinarrechts, ZBl 1970 p. 425 ss
- HÄNNI PETER/PFENNINGER HANSPETER, La fin des rapports de service en droit public, RDAF 1995 p. 407 ss
- HAURIOU MAURICE, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris 1916
- HAUSSENER PASCAL/GOTTESMAN SABINA, Überblick über das Verantwortlichkeit des Kantons Solothurn, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/4
- HAYOZ JOSEF, Le Conseil de la magistrature du canton de Fribourg : autorité indépendante de surveillance du pouvoir judiciaire, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- HEBDEN NICOLE, Verantwortlichkeit und Haftung von Richtern im Kanton Schaffhausen, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/4
- HEIDELMANN ULRIKE, *Das Disziplinarrecht der Vertragsärzte*, thèse Tübingen 2002
- HELLMAN ARTHUR D., When judges are accused : an initial look at the new federal judicial misconduct rules, *Notre Dame Journal of law, ethics & public policy*, 2008, p. 324 ss
- HENZELIN MARC, "Ne bis in idem", un principe à géométrie variable, RPS 2005 p. 345 ss
- HINTERBERGER WALTER, *Disziplinarfehler und Disziplinar massnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes – Unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen des Bundes und des Kantons St.Gallen*, thèse Saint-Gall 1986
- HIRSCH JULIE, La responsabilité civile des magistrats, en particulier dans le canton de Neuchâtel, RJN 2013 p. 15 ss
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact, EJIL 2014 (vol. 25) p. 579 ss

- HOUILLON PHILIPPE, Rapport n° 3499 du 06.12.2006 (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique n° 3391 relatif à la formation et à la responsabilité des magistrats
- HUG PETER, Ein Kodex gegen unanständige Richter, Plädoyer 2/2011 p. 11 ss
- HUNOLD FRIDOLIN, Staatshaftung für judikatives Unrecht – Eine rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung bezogen auf den Bund und die Kantone Zürich und Glarus, thèse Zurich 2013
- IFFLAND JACQUES, Les procédures d'"enforcement" de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in : Thévenoz Luc/Bovet Christian (éd.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genève 2011, p. 121 ss
- IMBERT-MAGAND DANIEL, L'influence conventionnelle sur le droit disciplinaire, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 275 ss
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA Minimum Standards of Judicial Independence, adoptés en 1982 [cité : IBA MSJI]
- JACQUES PHILIPPE, Les rapports entre la faute civile et la faute disciplinaire, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 175 ss
- JEAMMAUD ANTOINE, Disciplines et droit, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 17 ss
- JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, Le droit de répliquer en droit public et en procédure administrative en général, in : Bohnet François (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, p. 29 ss
- JEANNERET YVAN, L'arrêt Zolotoukhine contre Russie ou la fin du retrait administratif du permis de conduire, RDAF 2010 I p. 263 ss
- JELLINEK GEORG, L'Etat moderne et son droit, vol. 2, Théorie juridique de l'Etat, trad. française par Fardis Georges, Paris 1913
- JENNY ANDREAS, Zur Verantwortlichkeit der Richterinnen und Richter im Kanton Obwalden, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/4
- JOLY-HURARD JULIE, La déontologie du magistrat, 3^e éd., Paris 2014
- JORNOT OLIVIER, Surveillance de la Justice, Surveillance des Juges : L'Exemple Genevois, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- JOUSSE DANIEL, Traité de l'administration de la Justice, 2 vol., Paris 1771

- JUNOD CHRISTINE/PERUCCHI NATHALIE/DENTELLA GIAUQUE JESSICA, La jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature de la République et canton de Genève – 1992-2013, SJ 2014 II p. 57 ss
- KEEL MADELEINE, Die Leitungsstrukturen der Justiz im Bund und in ausgewählten Kantonen – Eine Studie im Spannungsfeld von Führung und verfassungsrechtlichen Prinzipien, thèse Saint-Gall 2014
- KELLER DIETER, Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich – Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinar massnahmenrecht, ZBl 1978 p. 185 ss
- KELLER HELEN/SCHÄDLER SIMON M., Freiheitsrechte im Strafvollzug – Plädoyer für die Abkehr vom Sonderstatus, RDS 2013 I p. 195 ss
- KERBAOL GWENOLA, La responsabilité des magistrats, Paris 2006 [cité : KERBAOL, Notes]
- KERBAOL GWENOLA, La responsabilité personnelle des magistrats de l'ordre judiciaire, thèse Montpellier 2003 [cité : KERBAOL]
- KIENER REGINA, Verantwortlichkeit von Richterinnen und Richtern, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/4 [cité : KIENER, Verantwortlichkeit]
- KIENER REGINA, Judicial independence in Switzerland, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), Judicial independence in transition, Heidelberg 2012, p. 403 ss [cité : KIENER, Judicial independence]
- KIENER REGINA, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, 07.11.2007, JAAC 2008.25 p. 316 ss [cité : KIENER, Amtsenthebung]
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit : verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Berne 2001 [cité : KIENER, Richterliche Unabhängigkeit]
- KIENER REGINA, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig ?, Plädoyer 2001 p. 36 ss [cité : KIENER, Wiederwahl]
- KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Anwälte und andere Richter – Zur Befangenheit von Richtern aufgrund anderer Erwerbstätigkeiten, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/2
- KILLIAS MARTIN, Précis de droit pénal général, 2^e éd., Berne 2001
- KING LEONARD, The IBA Standards on Judicial Independence : An Australian Perspective, in : Shetreet Shimon/Deschênes Jules (éd.), Judicial Independence : The Contemporary Debate, Dordrecht 1985, p. 403 ss
- KNAPP BLAISE, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle 1991
- KOPP ELISABETH, Rechtsstaatsprinzip vor Demokratieprinzip, in : NZZ du 11.06.2012, p. 15

- KRIEGK JEAN-FRANÇOIS, L'affaire d'Outreau : la crainte d'une rupture d'équilibre entre la justice et les pouvoirs publics, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2006/3
- KRIX BARBARA, Réflexions sur la déontologie des magistrats en Allemagne, in : Conseil supérieur de la justice (éd.), Vers une nouvelle déontologie, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 57 ss [cité : KRIX, Réflexions]
- KRIX BARBARA, Richterliche Ethik – weltweit ein Thema, DRiZ 2003 p. 149 ss [cité : KRIX, DRiZ]
- LABOULAYE EDOUARD, Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats, Paris 1845
- DE LA ROCHE-FLAVIN BERNARD, Treize Livres des parlements de France, Bordeaux 1617
- LAURIE FREDERIC, Le pouvoir disciplinaire, socle du droit disciplinaire de la fonction publique, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 129 ss
- LE BARS THIERRY, Rapport de synthèse sur les procédures disciplinaires, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 319 ss
- LEE STAN, Spider-Man, in : Amazing Fantasy #15 (Marvel Comics), New York 1962
- LEGAL ALFRED/BRETHER DE LA GRESSAYE JEAN, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées : son organisation et ses effets dans les associations, syndicats, sociétés, entreprises, professions – Etude de sociologie juridique, Paris 1938
- LE POGAM MICHEL, Le Conseil supérieur de la magistrature, Paris 2014
- LONDERS GHISLAIN, Introduction générale – La déontologie du magistrat, in : Conseil supérieur de la justice (éd.), Vers une nouvelle déontologie, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 1 ss
- MAHON PASCAL, Destitution des autorités et révocation des membres des autorités exécutives, législatives et judiciaires dans le canton de Neuchâtel – Avis de droit du 15.10.2013 établi à la demande du Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel, consultable à l'adresse [http://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2014/14605_com_Annexe.pdf] [consulté le 18.08.2015] [cité : MAHON, Destitution]
- MAHON PASCAL, Séparation des pouvoirs, indépendance de la justice, haute surveillance et surveillance de l'ordre judiciaire, Document de travail établi à la demande de la Commission d'enquête parlementaire concernant les

- relations entre le Conseil d'Etat et le Département de la justice, de la santé et de la sécurité d'une part, et les autorités judiciaires de l'autre part, BGC/NE 2003/2004 (04.001), p. 2297 ss [cité : MAHON, BGC/NE]
- MAHON PASCAL, Le principe de la séparation des pouvoirs, in : Aubert Jean-François/Müller Jörg P./Thürer Daniel (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 1011 ss [cité : MAHON, Séparation des pouvoirs]
- MAHON PASCAL/LIEVRE PAULINE, Vers un Conseil de la magistrature ? Bref survol de quelques "modèles" étrangers et suisses, RJN 2003 p. 13 ss
- MAHON PASCAL/ROSELLO HELOÏSE, Les réformes en cours du droit de la fonction publique : tendances et perspectives, in : Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève Zurich Bâle 2012, p. 9 ss
- MAHON PASCAL/SCHALLER ROXANE, Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ?, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2013/1
- MARKUS JEAN-PAUL, *Les juridictions ordinales*, Paris 2003
- MARTENS PAUL, La discipline des magistrats en Belgique et les droits de l'homme, RTDH 1995 p. 175 ss
- MARTI KATRIN, La commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/1 [cité : MARTI K.]
- MARTI URSULA/PETRY ROSWITHA, La jurisprudence en matière disciplinaire rendue par les juridictions administratives genevoises, RDAF 2007 I p. 227 ss [cité : MARTI U./PETRY]
- MARTY DICK, Haute surveillance et surveillance des autorités judiciaires dans le canton de Vaud – Situation actuelle et solutions possibles, Rapport du 14.11.2014 établi sur mandat du Conseil d'Etat du canton de Vaud [cité : MARTY, Rapport]
- MARTY DICK, Qui a peur du Conseil de la magistrature ?, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2/2009 [cité : MARTY, Richterzeitung]
- MATRAY CHRISTINE, Les travaux du Conseil supérieur de la justice, in : Conseil supérieur de la Justice (éd.), *Vers une nouvelle déontologie*, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 31 ss
- AUF DER MAUR JÜRIG, Das ist alles höchst problematisch, interview de l'ancien Juge fédéral Martin Schubarth, publiée in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/1
- MERKER MICHAEL, Abgrenzung der administrativen von der disziplinarischen Entlassung, ZV-Info 6/2006, p. 10 ss

- METZ MARKUS, Das Spannungsverhältnis zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht – Gedankensplitter eines "Beaufsichtigten", in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- MEYER LORENZ/TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Aufsicht des Bundesgerichts – Die Sicht der Aufsichtsbehörde, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- MICHALAUSKAS MAZVYDAS, Brèves réflexions sur l'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux relatif au statut des magistrats (en marge des décisions de la Cour européenne Pitkevich et Dziautas des 8 février 2001 et 1er juillet 2003), RTDH 2004 p. 645 ss
- MILLARD ERIC, Théories de l'institution et discipline, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Vers un droit commun disciplinaire ?, Saint-Etienne 2007, p. 29 ss
- MILLER GEOFFREY P., Bad Judges, Texas Law Review 2004 p. 431 ss
- MOCK HANSPETER, *Ne bis in idem* : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits – Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, RTDH 2009 p. 867 ss
- MONTANI VALERIE/BARDE CATHERINE, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire, RDAF 1996 p. 345 ss
- MONTESQUIEU (DE SECONDAT CHARLES LOUIS, dit MONTESQUIEU), De l'esprit des lois, Genève 1748
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2^e éd., Berne 2014
- MORIN ACHILLE, De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et des corporations d'officiers publics, 2 vol., 2^e éd., Paris 1847
- MORITZ JEAN, Le Conseil de surveillance de la magistrature dans le canton du Jura, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2009/2
- MOURGEON JACQUES, La répression administrative, thèse Paris 1967
- NEZARD HENRY, Les principes généraux du droit disciplinaire, thèse Paris 1903
- NOREAU PIERRE/BERNHEIM EMMANUELLE, La déontologie judiciaire appliquée, 3^e éd., Montréal 2013
- NOREAU PIERRE/ROBERGE CHANTAL, Emergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : éléments d'une théorie générale, Revue du Barreau canadien 2006 (vol. 84) p. 457 ss
- NGUYEN MINH SON, Sanctions et licenciements : conditions matérielles et exigences procédurales, in : Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.),

- Les réformes de la fonction publique, Genève Zurich Bâle 2012, p. 169 ss
[cité : NGUYEN, Sanctions]
- NGUYEN MINH SON, La fin des rapports de service, in : Helbling Peter/Poledna Tomas (éd.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne 1999, p. 419 ss
[cité : NGUYEN, Rapports de service]
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Amtspflichten der Richterinnen und Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte*, Avis de droit du 23.10.2007, JAAC 2008 p. 306 ss [cité : OFJ, JAAC 2008]
- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation – Guide pour l’élaboration de la législation fédérale*, 3^e éd., Berne 2007, réf. 402.010.f [cité : OFJ, Guide]
- OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Avis de droit du 14.08.2003, *Indépendance des juges – Responsabilité disciplinaire des juges fédéraux – Destitution – Nouvelles mesures légales – Procédure de conciliation – Mécanismes d’autorégulation et de résolution des conflits au Tribunal fédéral*, JAAC 68.49 [cité : OFJ, JAAC 68.49]
- OGG MARCEL, *Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen*, thèse Zurich 2002
- OHLENBURG ANNA, *Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten im deutschen, englischen und französischen Recht*, thèse Osnabrück 2000
- ORGANISATION POUR LA SECURITE ET LA COOPERATION EN EUROPE (OSCE) - BUREAU DES INSTITUTIONS DÉMOCRATIQUES ET DES DROITS DE L’HOMME (BIDDH)/MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW (MPI), Kyiv *Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia – Judicial Administration, Selection and Accountability*, adoptées les 23-25.06.2010 [cité : OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*]
- OSTERVALD SAMUEL, *Les lois, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel et Valangin*, Neuchâtel 1785
- OSWALD DENIS, *Le pouvoir juridictionnel des organisations sportives et ses limites*, in : Publication FSA vol. 18, Berne 2003, p. 39 ss
- PEDROTTI MATTEO, *L’etica del giudice*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2013/3
- PEILA LOUIS, *Conseil supérieur de la magistrature à Genève*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2009/2
- PELLATON NICOLAS, *Le principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire : l’exemple des magistrats judiciaires*, in : Pichonnaz Pascal

- (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, Genève 2013, p. 263 ss
- PLUEN OLIVIER, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse Paris 2013
- PÖDER STEFAN, *L'élection des juges*, RDAF 2004 I p. 102 ss
- POLEDNA THOMAS, *Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten : vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung*, ZBl 1995 p. 49 ss
- POLTIER ETIENNE, *Le pouvoir judiciaire « s'administre lui-même »*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3 [cité : POLTIER, Richterzeitung]
- POLTIER ETIENNE, *L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux*, PJA 2011 p. 1018 ss [cité : POLTIER, PJA]
- PRALUS-DUPUY JOËLLE, *Les principes du procès pénal et leur mise en œuvre dans les procédures disciplinaires*, Rapport français présenté au XVII^e Congrès international de droit pénal qui s'est tenu du 20.09.2003 au 25.09.2003 à Santiago (Chili), RIDP 2003 p. 889 ss
- RASELLI NICCOLÒ, *Kaltstellung durch Kollegen als faktische Abberufung*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/2 [cité : RASELLI, Kaltstellung]
- RASELLI NICCOLÒ, *Probleme der Aufsicht des Bundesgerichtes über die unteren eidgenössischen Gerichte (sog. Intraorgankontrolle)*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/2 [cité : RASELLI, Aufsicht]
- RASELLI NICCOLÒ, *Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit*, in : NZZ du 18.06.2012 [cité : RASELLI, NZZ]
- RASELLI NICCOLÒ, *Richterliche Unabhängigkeit – Sind Richter und Richterinnen Vertreter der politischen Parteien ? Können sich Gerichte der Kontrolle ihrer Leistungserbringung entziehen ?*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/3 [cité : RASELLI, Vertreter der politischen Parteien]
- RESEAU EUROPEEN DES CONSEILS DE LA JUSTICE (RECJ), *Résolution intitulée « Gouvernance autonome du pouvoir judiciaire : équilibre entre indépendance et responsabilité » adoptée à Budapest (Hongrie) les 21-23.05.2008* [cité : RECJ, Résolution de Budapest]
- RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur 5. und (unveränderten 6.) Auflage der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René A. Rhinow*, Bâle 1990
- RICOL JOSEPH, *Les tendances du droit disciplinaire – Droit disciplinaire et droit pénal*, thèse Toulouse 1908
- RIVIER MARIE-CLAIRE, *Le droit disciplinaire, un nouvel objet dans les disciplines juridiques ?*, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Saint-Etienne 2007, p. 329 ss

- ROBERT PHILIPPE/COTTINO AMEDEO (éd.), *Les mutations de la justice – Comparaisons européennes*, Paris 2001
- ROTH ROBERT, *Le principe de la légalité en droit pénal administratif*, in : Morand Charles-Albert (éd.), *La légalité : un principe à géométrie variable*, Genève 1992, p. 43 ss [cité : ROTH R., *Légalité*]
- ROTH ROBERT, *Le principe de l'opportunité de la poursuite*, RDS 1989 II 169 ss [cité : ROTH R., *Opportunité*]
- ROTH SIMON, *Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren*, in : Jusletter du 17.02.2014 [cité : ROTH S.]
- RUBI-CAVAGNA ELIETTE, *Faute disciplinaire et droit pénal*, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Saint-Etienne 2007, p. 215 ss
- RUSSEL PETER H., 2001, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in : O'Brien David M./Russel Peter H. (éd.), *Judicial Independence in the Age of Democracy – Critical perspectives from around the world*, Charlottesville 2001, p. 1 ss
- SÄGESESSER THOMAS, *Oberaufsicht der Bundesversammlung*, RSJ 2013 p. 125 ss [cité : SÄGESESSER, *Oberaufsicht*]
- SÄGESESSER THOMAS (éd.), *Die Bundesbehörden, Bundesversammlung, Bundesrat, Bundesgericht – Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 2000 [cité : SÄGESESSER, *Bundesbehörden*]
- SCHINDLER BENJAMIN, *Wer wacht über die Wächter des Rechtsstaates ?*, PJA 2003 p. 1017 ss
- SCHULTHESS STEFAN/WIEDERKEHR RENÉ, *Aufsicht und Legalitätsprinzip*, ZBl 2009 p. 181 ss
- SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, *Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz : systematische Darstellung ; Das Haftungsgesetz des Kantons Zürich*, 2^e éd., Zurich 1985
- SEIBERT-FOHR ANJA, *Judicial Independence in Germany*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg 2012, p. 447 ss [cité : SEIBERT-FOHR, *Germany*]
- SEIBERT-FOHR ANJA, *Judicial Independence – The Normativity of an Evolving Transnational Principle*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Band 233, Heidelberg New-York Dordrecht Londres 2012, p. 1279 ss [cité : SEIBERT-FOHR, *Normativity*]

- SEILER HANS JÖRG, commentaire de l'art. 56 PA, in : Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (éd.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zurich 2009
- SEITZ CLAUDIA, Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG c. Wettbewerbskommission (WEKO), Beschwerde gegen die Verfügung vom 05.02.2007 der Wettbewerbskommission, B-2050/2007 (rés. et rem.), PJA 2010 p. 650 ss
- SESSA DURO, Recent Legislative Developments in Croatia in Strengthening the Independance of the Judiciary, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/3
- SHETREET SHIMON, The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence : IBA Standards and Montreal Declaration, in : Shetreet Shimon/Deschênes Jules (éd.), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht 1985, p. 393 ss
- SOEHARNO JONATHAN, *The integrity of the judge*, Farnham 2009
- SPÜHLER KARL, Der Richter und die Politik : die Wahlart der Richter und ihre Unabhängigkeit gegenüber politischen Gewalten, RJB 130 (1994) p. 28 ss
- STADELMANN THOMAS, Die Ethik-Kommission der schweizerischen Richtervereinigung, *Revue de l'avocat* 2014 p. 410 ss [cité : STADELMANN, Ethik-Kommission]
- STADELMANN THOMAS, Überlegungen zur Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern – Kritische Anmerkungen anlässlich eines Gesetzgebungsprojektes im Kanton Luzern, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/3 [cité : STADELMANN, Wahl und Wiederwahl]
- STADELMANN THOMAS, Comment promouvoir d'une manière pratique l'indépendance des juges en tant que protecteurs des droits de l'Homme au niveau international ? – Rapport au sujet des travaux de la première commission d'étude de l'UIM à Yalta, octobre 2013, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2014/1 [cité : STADELMANN, Rapport]
- STREULI ADOLF, Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte, insbesondere in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, thèse Zurich 1922
- SUTTER PATRICK, Der Anwalt als Richter, die Richterin als Anwältin : Probleme mit der richterlichen Unabhängigkeit und den anwaltlichen Berufsregeln, PJA 2006 p. 30 ss
- TALLERI ALINE, Indépendance du Ministère public et erreurs judiciaires, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2010/2

- TANQUEREL THIERRY, Les tiers dans les procédures disciplinaires, in : Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), Les tiers dans la procédure administrative, Genève Zurich Bâle 2004, p. 97 ss
- TATE CHESTER N./TORBJÖRN VALLINDER, The Global Expansion of Judicial Power, New York 1997
- THOMAS JOHN (LORD JUSTICE), Rapport préliminaire du 23.03.2007 à l'attention du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) intitulé « Conseils de la magistrature - Etats sans conseil »
- TINKHAM THOMAS, Applying a Rational Approach to Judicial Independence and Accountability on Contemporary Issues, William Mitchell Law Review, vol. 37:3, p. 1633 ss
- TITZ ANDREA, Richterliche Berufsethik – Zeichen echter Unabhängigkeit oder überflüssige Nabelschau ?, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2011/4
- TRENKEL CHRISTIAN/ZUFFEREY FRANCIOLLI NATHALIE, La Commissione etica dell'Associazione svizzera dei magistrati si presenta alla Giornata dei giudici del 28 novembre 2014, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/1
- TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Aufsicht des Bundesgerichts, RSJ 2009 p. 233 ss
- TUFFERY-ANDRIEU JEANNE-MARIE, La discipline des juges : les Mercuriales de Daguesseau, Paris 2007
- TUONI VALENTINA, Il Consiglio della magistratura del Canton Ticino, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2009/2
- VALDES-BOULOUQUE MARTINE, Rapport du 19.03.2007 à l'intention du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) intitulé « La situation actuelle dans les Etats membres du Conseil de l'Europe disposant d'un Conseil Supérieur de la Magistrature ou d'un organe équivalent »
- VALLET PHILIPPE, L'élection et la surveillance des Autorités judiciaires et du Ministère Public dans la Nouvelle Constitution du Canton de Fribourg – Genèse de la solution adoptée, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2006/3 [cité : VALLET, Richterzeitung]
- VALLET PHILIPPE, Institutions judiciaires et Conseil de la magistrature, RFJ 2005 p. 289 ss [cité : VALLET, RFJ]
- VATTER ADRIAN/ACKERMANN MAYA, Richterwahlen in der Schweiz : Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, RDS 2014 I p. 517 ss
- VELU SYLVIANE, Mesures d'ordre intérieur et sanctions disciplinaires dans la magistrature judiciaire, in : Verougstraete Ivan/Storck Christian/Bresseleers Guido/Kirkpatrick John (éd.), Imperiat Lex, Liber Amicorum Pierre Marchal, Bruxelles 2003, p. 333 ss

- VERNIORY JEAN-MARC/WAELTI FABIEN, Le devoir de réserve des fonctionnaires – Spécialement sous l'angle du droit genevois, PJA 2008 p. 810 ss
- VOERMANS WIM/ALBERS PIM, Councils for the Judiciary in EU Countries, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 2003
- VOLLERY LUC, Le Conseil de la magistrature fribourgeois – Statut et voies de droit contre ses décisions, RFJ 2011 p. 107 ss
- WALDMANN BERNHARD, Das Disziplinarwesen, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (éd.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zurich 2010, p. 95 ss
- WEBER KLAUS, Aufsicht über die Justizbehörden, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/3
- WELSCH SYLVIE, Responsabilité du médecin, 2^e éd., Paris 2003
- WHEELER RUSSELL, Judicial Independence in the United States of America, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), Judicial independence in transition, Heidelberg 2012, p. 521 ss
- WILDHABER BOHNET STEPHANIE, Le devoir d'interpellation du tribunal en procédure civile suisse, in : Jusletter 23.09.2013
- WISARD NICOLAS, Les autorités administratives indépendantes cantonales, in : Bellanger François/Tanquerel Thierry (éd.), Les autorités administratives indépendantes, Genève 2011, p. 105 ss
- WÜTHRICH DANIELA, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen – Weshalb wird die Wahl eines Bundesrichters parteiabhängig vorgenommen ? Inwiefern spielen dabei die Parteisteuern eine Rolle ?, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/2
- XOUDIS JULIA, Droit de la concurrence (chronique de jurisprudence), JdT 2012 I p. 107 ss [cité : XOUDIS, JdT 2012]
- XOUDIS JULIA, Droit de la concurrence (chronique de jurisprudence), JdT 2011 I p. 143 ss [cité : XOUDIS, JdT 2011]
- ZAPPELLI PIERRE, Réaction aux projets constitutionnels genevois, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2012/2 [cité : ZAPPELLI, Réaction]
- ZAPPELLI PIERRE, Le Conseil Supérieur de la Magistrature : instrument pour l'indépendance des magistrats, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2/2009 [cité : ZAPPELLI, CSM]
- ZAPPELLI PIERRE, Le juge et le politique, en particulier la question de l'élection, in : Heer Marianne (éd.), Der Richter und sein Bild : wie sehen wir uns – wie werden wir gesehen ?, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung

- schweizerischer Richterinnen und Richter (SWR), vol. 10, Berne 2008, p. 83 ss [cité : ZAPPELLI, Image]
- ZEMANS FRANCES K., The Accountable Judge : Guardian of Judicial Independence, Southern California Law Review 1999, LXXII, p. 625 ss
- ZIMMERMANN ROBERT, Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH, RDAF 1994 p. 335 ss [cité : ZIMMERMANN, RDAF]
- ZIMMERMANN ROBERT, Le principe de la légalité et les rapports de droit spéciaux dans la jurisprudence du tribunal fédéral, in : Morand Charles-Albert (éd.), La légalité : un principe à géométrie variable, Genève 1992, p. 117 ss [cité : ZIMMERMANN, Légalité]

Introduction

1. — Le pouvoir judiciaire est, dans la plupart des ordres juridiques, en évolution permanente¹. L'extension du droit et sa complexification croissante rendent davantage nécessaire l'intervention des magistrats du siège, dont les pouvoirs se trouvent augmentés². Or la puissance de juger, que MONTESQUIEU décrivait comme étant « *si terrible parmi les hommes* »³, révèle une justice (humaine) par essence imparfaite, faillible.

2. — Il s'agit ainsi, notamment, de contrebalancer les pouvoirs importants dont disposent les magistrats du siège par un régime de responsabilité(s) adéquat. Un tel régime de responsabilité(s) doit toutefois s'accompagner de mécanismes permettant d'assurer aux magistrats du siège – lesquels interviennent en tant que « gardiens des institutions »⁴ – une protection appropriée, en contrepartie du poids qu'on leur fait (sup)porter. En particulier, il conviendra de veiller continuellement au respect du principe de l'indépendance de la justice.

3. — Notre étude s'inscrit dans ce cadre. Elle porte sur le régime spécifique de la responsabilité disciplinaire – distincte des responsabilités civile et pénale – des magistrats du siège en Suisse. L'intérêt d'une telle étude résulte d'un double constat : premièrement, le droit disciplinaire des magistrats du siège reste un sujet peu exploré, voire délaissé⁵, et présente un important défaut de conceptualisation ; deuxièmement, et quelque peu paradoxalement vu le défaut (d'intérêt et) de conceptualisation mis en évidence ci-avant, le droit disciplinaire des magistrats du siège se révèle être un sujet d'une grande actualité.

¹ Cf. CCJE, Avis n° 3, par. 11, citant l'ouvrage collectif édité par ROBERT/COTTINO. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 1.

² GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 16-18 ; DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 87 s. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 1.

³ Cf. MONTESQUIEU, Livre XI, Chap. VI.

⁴ GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 20 s.

⁵ P. ex. KELLER, p. 186, qui relève le manque d'intérêt pour le droit disciplinaire en général ; DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 92.

4. — Arrêtons-nous brièvement sur le premier constat précité, selon lequel le droit disciplinaire (des magistrats du siège) présente un important défaut de conceptualisation⁶. Ce constat ressortait déjà, notamment, de la doctrine française du début du XX^e siècle⁷ : en 1908, un auteur écrivait par exemple que « *le droit disciplinaire sort à peine de l'ombre grise où toutes choses sont vagues : les contours n'en sont point arrêtés, la structure juridique en reste imprécise encore* »⁸. La situation, depuis lors, n'a pas vraiment évolué ; le droit disciplinaire (des magistrats du siège) demeure ainsi un droit en (attente de) mutation.

5. — En Suisse, il n'existe pas de régime unifié – matériel ou formel – concernant le droit disciplinaire (des magistrats du siège). Les solutions rencontrées au sein des différents régimes cantonaux connaissant un régime de responsabilité disciplinaire des magistrats du siège – et à plus forte raison les solutions éparées relatives aux magistrats du siège fédéraux – sont parfois issues d'un processus peu abouti, partant, d'un intérêt global(ement) limité. On observe par ailleurs une importante diversité entre les différents systèmes de surveillance disciplinaire des magistrats du siège analysés (c'est le cas également à l'étranger). Des progrès peuvent donc être attendus dans ce domaine.

6. — Comme nous le montrerons, le droit disciplinaire des magistrats du siège constitue un mécanisme de contrôle nécessaire au (bon) fonctionnement de l'appareil judiciaire et permettant de renforcer la légitimité du pouvoir judiciaire. A ce titre, l'existence de règles matérielles et procédurales contribue à la sécurité juridique⁹ ; elle profite tant aux justiciables qu'aux magistrats du siège¹⁰. Le droit disciplinaire des magistrats du siège ne doit donc pas être réduit à sa composante « sanctionnatrice » ; cette matière doit permettre d'assurer une protection adéquate des magistrats du siège objets de la surveillance disciplinaire¹¹.

7. — Arrêtons-nous également brièvement sur le second constat précité, selon lequel le droit disciplinaire des magistrats du siège est un sujet d'une grande actualité¹². Il apparaît en effet que des réflexions ont actuellement lieu dans le

⁶ Cf. DELPÉRIE (F/B), p. 203.

⁷ P. ex. DUGUIT (F ; anc.), p. 462 ; NEZARD (F ; anc.), p. 1, 3 s.

⁸ RICOL (F ; anc.), p. 5.

⁹ Cf. DELPÉRIE (F/B), p. 204, 140 s. ; RICOL (F ; anc.), p. 22.

¹⁰ Cf. p. ex. LE POGAM (F), N 240.

¹¹ DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 116.

¹² DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 90. A l'inverse, on peut constater une certaine tendance en Suisse, dans les collectivités cantonales et communales, vers un abandon du droit

monde entier, qui ont trait notamment à la création ou à la modernisation des conseils de la justice – appelés également conseils (supérieurs) de la magistrature¹³. Si la déontologie judiciaire, dans ce contexte, tient le haut du pavé, le droit disciplinaire des magistrats du siège n'en est pas moins directement concerné.

8. — En Suisse, les cantons de Fribourg, de Genève, du Jura, de Neuchâtel et du Tessin ont institué, depuis plus ou moins longtemps et selon des modalités diverses, un conseil de la justice disposant de(s) compétences en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège. Certains de ces cantons ont par ailleurs profité des remaniements liés aux nouvelles organisations judiciaires cantonales – suite à l'unification au niveau fédéral des procédures civile et pénale¹⁴ – pour réviser leurs dispositions relatives auxdits conseils de la justice¹⁵. D'autres projets, plus ou moins avancés, sont en cours, notamment dans les cantons du Valais¹⁶ et de Vaud¹⁷. Ces quelques exemples¹⁸ montrent la présence et la place du droit disciplinaire des magistrats du siège dans notre paysage judiciaire (également).

disciplinaire des fonctionnaires (cf. MAHON/ROSELLO, p. 29). Ainsi, dans le canton du Jura, le droit disciplinaire a été supprimé de la Loi sur le personnel de l'Etat du 22.09.2010 (cf. GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE ET CANTON DU JURA, Message du 03.11.2009 relatif au Projet de loi sur le personnel de l'Etat, p. 2, 4) ; il en va de même dans le canton de Zoug depuis une décision parlementaire du 01.09.1994 entrée en vigueur le 01.01.1995 (cf. WEBER, N 5).

¹³ Cf. DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 94 s., 97.

¹⁴ Cf. Code de procédure civile du 19.12.2008 (CPC) ; Code de procédure pénale suisse du 05.10.2007 (CPP), tous deux entrés en vigueur le 01.01.2011.

¹⁵ Cf. p. ex. MORITZ, N 13.

¹⁶ Cf. *infra*, N 942.

¹⁷ Cf. *infra*, N 972.

¹⁸ Nous signalons en outre l'existence récente d'une initiative populaire fédérale intitulée « Responsabilité en cas de récidive de la part de délinquants sexuels ou violents » (FF 2014 p. 3177 ss ; cf. ég. KIENER, Verantwortlichkeit, N 1 ss et les réf.). Cette initiative, lancée le 08.04.2014, visait à faire introduire un nouvel article constitutionnel (art. 123e) prévoyant notamment (al. 3) que les personnes ayant approuvé la sortie temporaire ou définitive des délinquants considérés comme dangereux et susceptibles de récidiver au moment de leur condamnation – cf. al. 1 – sont, en cas de récidive entraînant la mort d'une personne, une lésion corporelle grave ou un viol, « *démises de leurs fonctions* », les rapports de travail existants « *pren[ant] fin* » (pour une analyse critique [du texte] de cette initiative, cf. CERUTTI/DÉPRAZ). Le projet de nouvel article constitutionnel, précité, qui concernait notamment les magistrats du siège, révélait manifestement une forme – insolite – de droit disciplinaire. Cette initiative populaire fédérale a échoué au stade de la récolte des signatures (FF 2015 7042).

9. — Quant à la démarche que nous nous proposons d'adopter, celle-ci présente deux caractéristiques principales. La première caractéristique est que, prenant le contre-pied de la plupart des courants doctrinaux actuels, nous étudierons le droit disciplinaire des magistrats du siège au sens strict, c'est-à-dire en s'abstrayant autant que possible des autres considérations liées au statut desdits magistrats du siège. C'est le lieu justement de relever que la doctrine moderne revendique généralement la prise en compte de(s) mécanismes de contrôle du pouvoir judiciaire dans une perspective plus large que l'étude du (seul) droit disciplinaire¹⁹. Un mouvement se réclame notamment d'une forme globale de responsabilité des magistrats du siège (respectivement du pouvoir judiciaire), laquelle peut être désignée sous le terme anglais « *judicial accountability* »²⁰, et qui comprend l'idée d'une limitation du pouvoir (du pouvoir) judiciaire par le biais de mécanismes divers – qui se veulent proactifs – de « reddition de comptes » (cf. transparence de l'activité judiciaire ; information et participation des citoyens au fonctionnement de la justice)²¹. Nous ne pouvons que souscrire à l'idée d'une approche globale, multiple et composite, du contrôle de l'activité judiciaire ; il n'en demeure pas moins nécessaire, selon nous, de disposer d'une connaissance aussi précise que possible des mécanismes – indispensables – du droit disciplinaire, étudiés dans une perspective propre, avant de pouvoir valablement apprécier dans son ensemble le statut des magistrats du siège d'un système juridique donné. Cela explique notre choix d'étudier, en s'y limitant volontairement, le droit disciplinaire des magistrats du siège en tant que « facette » du statut desdits magistrats du siège en Suisse. Il s'agira toutefois de garder à l'esprit que le droit disciplinaire des magistrats du siège s'inscrit dans

¹⁹ Cf. p. ex. SEIBERT-FOHR (D), *Normativity*, p. 1324 s.

²⁰ Pour une définition et une typologie de la notion de « *judicial accountability* », nous renvoyons en particulier à CAPPELLETTI (AUS/GB), *Judicial Responsibility*, p. 557 ss, qui distingue principalement entre quatre types d'*accountability* : (a) *political accountability* (du juge individuellement ou du pouvoir judiciaire en tant que groupe), ce qui comprend les notions de *political accountability* et *constitutional accountability*, (b) *societal or public accountability* (du juge individuellement ou du pouvoir judiciaire en tant que groupe), (c) *legal (vicarious) accountability of the state*, qui peut être exclusive ou concurrente à la responsabilité personnelle (*personal accountability*) du juge et (d) *legal (personal) accountability of the judge*, qui se subdivise entre *penal liability*, *civil liability* et *disciplinary liability*. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, qui définit le terme « *accountability* » comme étant, dans le contexte judiciaire, « l'obligation de rendre compte, à savoir justifier et expliquer les décisions et les actions » (par. 20), et distingue entre (a) « responsabilité judiciaire », (b) « responsabilité d'explication » et (c) « responsabilité donnant lieu à sanction (par. 24 ss).

²¹ Cf., parmi d'autres, CAPPELLETTI (AUS/GB), *Judicial Responsibility*, p. 557 ss ; SEIBERT-FOHR (D), *Normativity*, p. 1330 ; DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 106 ss ; FRISON-ROCHE (F), p. 238 ss ; HAMMERGREN (USA), p. 149 ss ; CAVALLINI (I), p. 16-20.

une réflexion plus large portée aujourd'hui sur la condition du pouvoir judiciaire dans chaque ordre juridique donné²².

10. — La seconde caractéristique de notre démarche est que nous n'affichons pas l'ambition de présenter un système disciplinaire « clef en main », mais plutôt celle de discuter des problématiques spécifiques qui se posent et de tenter de tracer des lignes directrices. Le régime disciplinaire applicable aux magistrats du siège dépendra forcément du régime politique – et de la tradition historico-politique dont ce dernier régime est issu – en vigueur dans chaque ordre juridique considéré, de sorte qu'il n'est pas possible d'opérer valablement une synthèse entre les différents systèmes²³, et encore moins de définir un système-modèle²⁴. Notre propos n'est donc pas de mener une étude descriptive et comparative complète de différents modèles de surveillance disciplinaire des magistrats du siège rencontrés en Suisse et/ou dans certains ordres juridiques étrangers pour en extraire une ou des proposition(s) législative(s) concrète(s). Nous tenterons bien plutôt de dégager, en nous inspirant ponctuellement des solutions spécifiques trouvées en Suisse ou à l'étranger et/ou préconisées dans les avis et recommandations émanant de différents organismes à vocation internationale, les contours généraux et abstraits d'une réglementation disciplinaire des magistrats du siège en Suisse. Il s'agira notamment de tenter de délimiter les garanties procédurales minimales applicables aux magistrats du siège, auxquelles les autorités disciplinaires ne peuvent se soustraire.

11. — Les réflexions proposées dans cette perspective s'inspireront souvent des solutions trouvées auprès d'auteurs de droit français, plus particulièrement d'auteurs de droit français anciens. L'Allemagne – autre source traditionnelle d'influence du droit suisse – connaît pour sa part, en ce qui concerne les magistrats du siège, un régime disciplinaire (qui reste) proche de celui des fonctionnaires²⁵. Si le droit disciplinaire des magistrats du siège en Allemagne trouve des racines anciennes, il faut en effet souligner que les magistrats du siège y étaient auparavant considérés traditionnellement comme des fonctionnaires (*Beamte*), et qu'ils n'ont véritablement acquis un statut

²² Cf. ég. DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 89.

²³ Cf. CHIAVARIO (I), p. 701 ; cf. ég. CAPPELLETTI (AUT/GB), *Judicial Process*, p. 99. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 8.

²⁴ Cf. ég. MORIN (F ; anc.), I, p. XVI, qui indiquait que la solution adoptée dépendra de l'importance donnée aux magistrats du siège dans l'ordre juridique considéré.

²⁵ Cf. not. l'art. 63 DRiG/D concernant les magistrats du siège du *Bundesdienst*, qui renvoie à la *Bundesdisziplinargesetz* (BDG/D) pour ce qui concerne la procédure disciplinaire – de la même manière que la *Bundesbeamtengesetz* (BBG/D), concernant les fonctionnaires « standard », renvoie régulièrement, pour cette même matière, à la *Bundesdisziplinargesetz* (BDG/D).

spécifique (« *Richterverhältnis* ») qu'à partir de l'entrée en vigueur de la *Deutsches Richtergesetz* en 1962²⁶. A titre de comparaison, les magistrats du siège (respectivement les professions judiciaires) sont considéré(e)s en France, depuis le XIX^e siècle au moins, comme un cas d'application par excellence du droit disciplinaire. Ces éléments justifient notre choix d'orienter une part importante de nos recherches vers le droit français (généralement ancien).

12. — Par ailleurs, certaines réflexions émises dans le cadre du présent travail s'inspireront des solutions trouvées dans d'autres régimes disciplinaires – et pourraient, à l'inverse, s'appliquer le cas échéant, *mutatis mutandis*, à d'autres fonctions ou professions surveillées. Nous pensons notamment à la surveillance disciplinaire des fonctionnaires, des avocats, des notaires, des médecins, ou encore à celle des exécuteurs testamentaires²⁷.

13. — Venons-en finalement au plan de notre travail. Notre exposé s'articulera en deux parties. La première partie sera consacrée à l'étude du droit disciplinaire matériel. Après avoir défini la notion de magistrat du siège (ci-après, Chap. 1), nous proposerons des considérations générales sur la notion de responsabilité des magistrats du siège (ci-après, Chap. 2), puis nous nous attacherons à décrire le (concept de) droit disciplinaire des magistrats du siège (ci-après, Chap. 3). Cela étant fait, nous examinerons les problématiques relatives aux infractions disciplinaires (ci-après, Chap. 4) et aux sanctions disciplinaires (ci-après, Chap. 5). La seconde partie sera dédiée à l'étude du droit disciplinaire formel. Cette partie comprend l'analyse des autorités disciplinaires (ci-après, Chap. 6) et la présentation de la procédure disciplinaire (ci-après, Chap. 7).

²⁶ Cf. pour le surplus FISCHER (D), p. 23-30.

²⁷ Cf. pour le surplus BELLWALD (fonctionnaires) ; BOHNET/MARTENET (avocats), N 1960 ss ; MOOSER (notaires), N 330 ss ; WELSCH (F) (médecins), *passim* ; GUILLAUME (exécuteurs testamentaires), p. 31 ss.

Première Partie :

Le droit disciplinaire matériel

Chapitre 1 : La notion de magistrat du siège

I. Remarques préalables

14. — La définition de la notion de magistrat du siège permet de déterminer positivement les personnes entrant dans le champ du droit disciplinaire des magistrats du siège. Il apparten(drai)t à chaque ordre juridique donné d'établir une telle définition (cf. p. ex. art. 74 al. 1 LOG/TI²⁸ ; art. 54 OJN/NE). Nous tenterons de présenter ci-dessous une synthèse des différentes notions et catégories généralement rencontrées.

15. — Nous commencerons par définir de manière générale la notion de magistrat du siège (ci-après, II.). Nous passerons ensuite en revue plusieurs catégories d'« acteurs de la justice », dans leur acception la plus courante (ci-après, III.). Sept catégories seront mises en évidence : les juges ordinaires (ci-après, III.A.), les juges suppléants (ci-après, III.B.), les juges assesseurs (ci-après, III.C.), les jurés (ci-après, III.D.), les greffiers-rédacteurs (ci-après, III.E.) et le personnel de greffe (ci-après, III.F.)²⁹.

16. — Comme nous le verrons, seules les trois premières des six catégories désignées ci-dessus (III.A. à III.C.) devraient en principe entrer dans le champ d'application personnel des magistrats du siège. Toutefois, une loi d'organisation judiciaire pourrait soumettre à la surveillance disciplinaire des magistrats du siège des personnes n'entrant théoriquement pas dans la notion de magistrat du siège³⁰. Par ailleurs, un acteur de la justice exerçant des fonctions juridictionnelles pourra(it) le cas échéant être considéré comme

²⁸ Concernant cette disposition, cf. TUONI, N 11.

²⁹ C'est le lieu de mentionner que nous ne traiterons pas de la surveillance disciplinaire des juges militaires. Nous mentionnons toutefois l'art. 7 al. 2 OJPM, qui prévoit, sans distinction entre les juges et les personnes revêtant d'autres fonctions militaires, que les membres de la justice militaire sont soumis au pouvoir disciplinaire de l'auditeur en chef.

³⁰ Cf. MORITZ, N 3, qui cite, concernant le canton du Jura, les juges suppléants du Tribunal cantonal et les assesseurs des autres tribunaux (juges laïcs du Tribunal correctionnel ; représentants des associations professionnelles au sein du Conseil de Prud'hommes ; représentants des locataires et des bailleurs au sein du Tribunal des baux à loyer et à ferme).

appartenant matériellement au corps des magistrats judiciaires, partant être soumis théoriquement au droit disciplinaire exercé sur ce corps – avec les garanties que cela comporte –, alors même que la loi d'organisation judiciaire en cause ne lui conférerait pas formellement un tel statut³¹.

II. Définition générale

17. — Par magistrats, on entend, au sens strict, les magistrats qui assument des fonctions juridictionnelles au sein d'autorités judiciaires (ci-après : les « magistrats judiciaires »^{32 ; 33})³⁴. Les magistrats judiciaires doivent donc être distingués des magistrats non judiciaires, qui assument des fonctions exécutives et/ou législatives et n'appartiennent en principe pas à une autorité judiciaire. Par exemple, les (hauts) fonctionnaires préposés à un office ou en charge d'un service particulier de l'Etat sont le cas échéant des magistrats non judiciaires ; les magistrats exerçant une activité juridictionnelle au sein des juridictions administratives sont quant à eux des magistrats judiciaires³⁵. Les magistrats

³¹ Cf. p. ex. ATF 139 III 98 ; 126 I 228, consid. 2, JdT 2003 I 101. Sur la notion de tribunal, cf. ég. HUNOLD, N 58 ss ; BIERI, N 3-9 et les réf.

³² Nous préférons la notion de « magistrats judiciaires » à celle de « magistrats de l'ordre judiciaire ». En effet, la notion d'ordre judiciaire fait référence à l'organisation juridictionnelle française, qui consacre la dualité entre (i) l'ordre judiciaire, lequel comprend les matières civile et pénale, et (ii) l'ordre administratif (cf. CANIVET/JOLY-HURARD [F], N 23). Cette référence est inadéquate dans la mesure où l'on entend ici viser les magistrats exerçant au sein des juridictions civiles, pénales et administratives (cf. ég. CANIVET/JOLY-HURARD [F], qui consacrent la première partie de leur ouvrage [p. 11 ss] à la « discipline des juges professionnels de l'ordre judiciaire », et la seconde [p. 77 ss] à la « discipline des juges administratifs et des comptes »). Au surplus, la notion d'ordre judiciaire pourrait prêter à confusion dans la mesure où elle pourrait être comprise comme faisant référence à un ordre professionnel. En Suisse, les ordres professionnels sont en principe constitués sous la forme d'associations de droit privé et ne font donc pas partie du cadre juridictionnel étatique (pour le surplus, cf. *infra*, Chap. 4, N 247-251).

³³ Nous préférons également la notion de « magistrats judiciaires » à celle de « magistrats du pouvoir judiciaire ». En effet, la notion de magistrats du pouvoir judiciaire peut prêter à confusion dans la mesure où elle pourrait inclure des magistrats fonctionnant au sein du pouvoir judiciaire mais n'assumant pas de fonctions juridictionnelles.

³⁴ Cf. ég. ABA MCJC, Application, I.B. : « [a] judge, within the meaning of this Code, is anyone who is authorized to perform judicial functions, including an officer such as a justice of the peace, magistrate, court commissioner, special master, referee, or member of the administrative law judiciary ».

³⁵ Cf. ég. CORNU G. (F), au regard du terme « magistrat ».

judiciaires sont des agents publics (agents de l'Etat)³⁶ ; leurs rapports avec l'Etat relèvent du droit public³⁷.

18. — Selon une distinction de tradition française, que nous reprenons dans ce travail, les magistrats judiciaires se partagent en deux catégories : les magistrats du siège et les magistrats du parquet. La première catégorie, que l'on désigne également par l'expression « magistrature assise », regroupe les juges chargés de rendre la justice. La seconde catégorie, que l'on nomme également par l'expression « magistrature debout », rassemble les procureurs chargés de requérir au nom de l'Etat ou de la loi³⁸. Les juges officient assis, tandis que les procureurs prononcent leur réquisitoire debout.

19. — Les magistrats du siège ne sont pas des fonctionnaires car, contrairement à ces derniers, ils ne sont pas soumis à l'autorité du pouvoir exécutif³⁹. Les magistrats du siège sont parfois soumis au pouvoir législatif (cf. commission judiciaire du parlement), ce qui soulève des questions en relation avec le principe de la séparation des pouvoirs.

20. — Les magistrats du parquet constituent une catégorie dont la définition et la classification s'avèrent délicates. Suivant les systèmes, le ministère public est rattaché fonctionnellement au pouvoir judiciaire, ou au contraire en est détaché⁴⁰. Dans les deux cas, les magistrats du parquet restent fréquemment soumis à l'autorité du pouvoir exécutif, voire du pouvoir législatif⁴¹. Nous

³⁶ Sur la notion d'agent public, cf. p. ex. TF 2C.2/1999 du 26.03.2004, consid. 3.1.

³⁷ P. ex. TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 1.2 ; TA/GE, A/551/2000-CE du 09.10.2001, consid. 5.

³⁸ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 182.

³⁹ Cf. p. ex. TA/GE, A/551/2000-CE du 09.10.2001, consid. 19. Cf. ég. art. 110 ch. 3 CP : « [p]ar fonctionnaires, on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire ». Cf. ég. LE POGAM (F), N 29, qui indique que les magistrats judiciaires, en France, disposent d'un statut de rang constitutionnel spécifique (et ne sont donc pas des fonctionnaires).

⁴⁰ Cf. p. ex. art. 125a ss Cst./VD ; art. 1 ss LMPu/VD ; au niveau fédéral, cf. art. 4 ss et 32 ss LOAP. DUBARLE (D ; anc.), p. 479, indiquait que les membres du ministère public sont des fonctionnaires et non des magistrats, par conséquent qu'ils ne sont pas soumis aux mêmes règles disciplinaires que les juges.

⁴¹ Cf. COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL DES ETATS, Rapport du 20.05.2010 relatif à l'initiative parlementaire intitulée « Rapports de travail et traitement du procureur général de la Confédération et de ses suppléants », FF 2010 p. 3737 ss, p. 3739 : le procureur général et ses suppléants doivent se voir reconnaître le statut de magistrat ; leur statut est « très similaire à celui des juges du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral ». Cf. ég. COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL, Rapport du 05.09.2007 intitulé

reviendrons brièvement sur le statut des magistrats du parquet à l'occasion d'un excursus⁴².

21. — La Cour européenne des droits de l'homme s'est notamment prononcée comme suit sur le statut et la fonction des magistrats du siège : « [t]he Court observes that the judiciary, while not being part of ordinary civil service, is nonetheless part of typical public service. A judge has specific responsibilities in the field of administration of justice which is a sphere in which States exercise sovereign powers. Consequently, the judge participates directly in the exercise of powers conferred by public law and performs duties designed to safeguard the general interests of the State »⁴³. De même, le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)⁴⁴ a indiqué : « il s'agit avant tout de souligner [...] qu'un juge dans l'exercice de ses fonctions n'est l'employé de personne ; il exerce une fonction de l'Etat. Il est par conséquent le serviteur de la loi et il n'est responsable que devant la loi »⁴⁵.

22. — C'est enfin l'occasion de mentionner, sans autres développements, que les membres des tribunaux arbitraux n'appartiennent pas au corps des magistrats judiciaires. Ceux-ci ne sont donc pas soumis au droit disciplinaire tel que mis en place par l'Etat⁴⁶.

« Examen du fonctionnement des autorités de poursuite pénale de la Confédération », FF 2007 p. 1787 ss ; CONSEIL FEDERAL, Avis du 28.11.2007 sur le rapport précité, FF 2007 p. 1889 ss. Sur la question du contrôle judiciaire sur les procureurs, cf. ég. TALLERI, N 26, qui évoque l'exemple de l'Italie.

⁴² Cf. *infra*, N 53-62.

⁴³ CourEDH, arrêt *Galina Pitkevich c. Fédération de Russie* du 08.02.2001, req. n° 47936/99.

⁴⁴ Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions liées à l'indépendance, à l'impartialité et à la compétence des juges. Pour une présentation dudit Conseil, cf. [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/CCJE/presentation/ccje_depliant_FR.pdf] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁵ CCJE, Avis n° 1, par. 64.

⁴⁶ Cf. MORIN (F ; anc.), I, p. 46, qui considère que les tribunaux arbitraux, contrairement aux tribunaux étatiques, n'ont qu'une « existence accidentelle ».

III. Examen de catégories particulières

A. Les juges ordinaires

1. Généralités

23. — Les juges ordinaires appartiennent au corps professionnel des magistrats judiciaires. Ils peuvent exercer leur activité juridictionnelle à temps plein (ci-après, 2.) ou à temps partiel (ci-après, 3.).

2. Les juges à temps plein

24. — Par juges à temps plein, on entend les magistrats du siège qui appartiennent au corps professionnel des magistrats judiciaires et qui exercent une activité juridictionnelle de manière exclusive.

25. — Suivant les ordres juridiques, les juges à temps plein sont nommés pour une période indéterminée ou pour la durée d'une période judiciaire.

3. Les juges à temps partiel

26. — Par juges à temps partiel, on entend les magistrats du siège qui, bien qu'appartenant au corps professionnel des magistrats judiciaires, n'exercent pas nécessairement leur activité juridictionnelle de manière exclusive.

27. — Suivant les ordres juridiques, les juges à temps partiel sont nommés pour une période indéterminée ou pour la durée d'une période judiciaire.

28. — L'exercice à temps partiel de la fonction de magistrat du siège offre la possibilité de l'exercice d'autres activités pour le solde de temps restant. Par exemple, se pose traditionnellement la question de l'admissibilité de l'exercice parallèle de la profession d'avocat et de la fonction de magistrat du siège⁴⁷. Le législateur peut notamment aménager un régime spécifique d'incompatibilités⁴⁸ ou d'autres restrictions⁴⁹, y compris sur le plan disciplinaire.

⁴⁷ CARNOT (F ; anc.), par. 1, sect. 1, ch. XXV s. ; pour des développements récents relatifs à la Suisse, cf. BOHNET/MARTENET, N 3368 ss ; SUTTER, p. 30 ss.

⁴⁸ Cf. p. ex. BOHNET/MARTENET, N 3371 ss.

⁴⁹ C'est probablement la *ratio legis* de l'art. 17 al. 3 LJ/FR, qui conditionne l'exercice de la fonction de juge à temps partiel à l'autorisation du Conseil de la magistrature fribourgeoise.

29. — Ainsi, le *Model Code of Judicial Conduct* établi par l'*American Bar Association* (ABA) (ci-après : l'*ABA Model Code of Judicial Conduct*), dont la version actuelle date de 2010 (ci-après : l'« *ABA Model Code of Judicial Conduct 2010* »)⁵⁰, liste, à titre d'exceptions, les règles auxquelles les magistrats du siège entrant dans la catégorie des *continuing part-time judges* (magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel de manière continue)⁵¹ n'ont pas l'obligation de se conformer vu leur statut⁵².

B. Les juges suppléants

30. — Par juges suppléants, on entend les magistrats du siège exerçant une activité juridictionnelle à titre professionnel mais qui n'appartiennent généralement pas au corps professionnel des magistrats judiciaires en raison du caractère temporaire et/ou subsidiaire de leurs activités. Selon les critères posés par l'*ABA Model Code of Judicial Conduct 2010*, les juges suppléants s'inscrivent alternativement dans la catégorie des *periodic part-time judge* (magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel de manière périodique)⁵³ ou dans celle des *pro tempore part-time judge* (magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel, pour un temps limité, de manière unique ou sporadique)⁵⁴.

31. — Les juges suppléants sont en principe nommés pour une période déterminée, inférieure le cas échéant à la durée de la période judiciaire des juges ordinaires.

32. — Même s'ils ne sont pas des magistrats « titulaires », les juges suppléants sont manifestement des magistrats du siège et devraient donc, le cas échéant, être soumis, en cette qualité, à une surveillance disciplinaire⁵⁵. L'art. 6 al. 1

⁵⁰ ABA MCJC, adopté le 07.08.1990, puis révisé plusieurs fois ; la dernière édition date du 10.08.2010. Cf. GRAY (USA), HLR, p. 1246 et n. 4.

⁵¹ ABA MCJC, Application : « *judge[s] who serv[e] repeatedly on a part-time basis by election or under a continuing appointment* ».

⁵² Cf. l'expression « *is not required to comply* » utilisée dans l'ABA MCJC, III. et *passim*.

⁵³ ABA MCJC, Application : « *judge[s] who serv[e] or expect[t] to serve repeatedly on a part-time basis, but under a separate appointment for each limited period of service or for each matter* ».

⁵⁴ ABA MCJC, Application : « *judge[s] who serv[e] or expect[e] to serve once or only sporadically on a part-time basis under a separate appointment for each period of service or for each case heard* ».

⁵⁵ Cf. CARNOT (F ; anc.), part. 1, sect. 1, ch. XXV (comp. toutefois CARNOT, part. 1, sect. 1, ch. LV). Cf. ég., parmi d'autres, Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 2.

LOJV/VD pose ainsi que « [s]ont magistrats judiciaires les personnes constituant les autorités judiciaires et leurs suppléants ». L'assermentation peut constituer un élément plaidant en faveur de la reconnaissance de la qualité de magistrats du siège aux juges suppléants⁵⁶.

33. — Le législateur peut aménager un régime spécifique d'incompatibilités ou d'autres restrictions⁵⁷, y compris sur le plan disciplinaire, en relation avec l'exercice parallèle d'activités non juridictionnelles par les juges suppléants⁵⁸. Toutefois, de telles restrictions doivent être proportionnées à l'intensité de l'intervention du magistrat du siège en tant que suppléant : les restrictions applicables à un juge suppléant nommé pour une période de six mois à temps complet pourraient être identiques à celles applicables aux juges ordinaires exerçant à temps partiel, tandis que l'exercice d'une suppléance ponctuelle (p. ex. suite à des récusations de magistrats ordinaires) exige à certains égards un traitement plus souple⁵⁹.

34. — L'ABA *Model Code of Judicial Conduct* 2010 liste également, à titre d'exceptions, les règles auxquelles les magistrats du siège entrant dans la catégorie des *periodic part-time judges* ou dans celle des *pro tempore part-time judges* n'ont pas l'obligation de se conformer vu leur statut⁶⁰.

C. Les juges assesseurs

35. — Par juges assesseurs, on entend (i) les juges exerçant une activité juridictionnelle à titre professionnel, qui appartiennent ou non au corps professionnel des magistrats judiciaires⁶¹ et qui forment, autour d'un juge assumant la fonction de président, les cours dont les lois d'organisation judiciaire prévoient qu'elles sont constituées de plusieurs magistrats du siège et (ii) les personnes exerçant une activité juridictionnelle à titre non professionnel, qui n'appartiennent en principe pas au corps professionnel des magistrats judiciaires et qui forment, autour d'un juge assumant la fonction de président, les cours dont les lois d'organisation judiciaire prévoient qu'elles sont constituées de plusieurs membres.

⁵⁶ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 120 et *passim*.

⁵⁷ C'est probablement la *ratio legis* de l'art. 17 al. 3 LJ/FR, qui conditionne l'exercice de la fonction de juge à temps partiel à l'autorisation du Conseil de la magistrature fribourgeoise.

⁵⁸ Cf. p. ex. BOHNET/MARTENET, N 3371 ss, 3373.

⁵⁹ Cf. pour le surplus BOHNET/MARTENET, N 3398 ss.

⁶⁰ Cf. l'expression « *is not required to comply* » utilisée dans l'ABA MCJC, IV. et *passim*.

⁶¹ Cf. *supra*, N 23-29 et 30-34, *passim*.

36. — Les juges visés par le cas (i) ci-dessus sont des juges ordinaires ou des juges suppléants. Ils ont donc la qualité de magistrats du siège. Nous renvoyons à ce titre aux développements effectués ci-dessus au regard des trois catégories précitées.

37. — Les personnes visées par le cas (ii) ci-dessus sont typiquement les membres des autorités paritaires auxquelles les lois d'organisation judiciaire peuvent attribuer certaines compétences en matière de conflits de droit du bail et de droit du travail (en particulier au stade de la conciliation⁶²). Ces personnes peuvent se voir attribuer à ce titre, par les lois d'organisation judiciaire qui leur sont applicables dans un ordre juridique donné, la qualité de magistrat du siège.

38. — La qualité de magistrat du siège des assesseurs appartenant à la catégorie (ii) ci-dessus doit ainsi être examinée dans chaque cas d'espèce, au regard des dispositions d'organisation judiciaire applicables⁶³. Nous relevons à cet égard que le critère de l'exercice professionnel ou non de la fonction de juge assesseur ne constitue pas un critère pertinent. Le Tribunal fédéral a par ailleurs retenu, dans une affaire genevoise, que la fonction représentative des assesseurs ne représente le cas échéant pas un obstacle à l'admission de leur qualité de magistrats du siège⁶⁴.

39. — Les assesseurs entrant dans la catégorie (ii) ci-dessus, s'ils ne sont pas considérés comme des magistrats du siège dans un ordre juridique déterminé, peuvent toutefois se voir appliquer tout ou partie des dispositions régissant les magistrats du siège au sein de cet ordre. Ainsi, l'art. 13e de la Loi jurassienne du 30 juin 1983 instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme⁶⁵ prévoit que les dispositions de la loi d'organisation judiciaire relatives à la responsabilité disciplinaire des magistrats judiciaires s'appliquent par analogie aux assesseurs ; il en va de même de l'art. 20 de la Loi jurassienne du 30 juin 1983 instituant le Conseil de prud'hommes⁶⁶. En ce sens, les assesseurs, en relation avec les fonctions juridictionnelles qu'ils exercent dans un ordre juridique déterminé, peuvent être totalement ou partiellement assimilés aux magistrats du siège dudit ordre.

40. — A notre sens, les assesseurs entrant dans la catégorie (ii) ci-dessus devraient également, au vu des fonctions juridictionnelles qu'ils assument, se voir reconnaître la qualité de magistrats du siège. Leur position et l'intensité de

⁶² Cf. art. 200 CPC.

⁶³ Pour un cas d'application, cf. ATF 130 I 106, consid. 2.

⁶⁴ ATF 130 I 106, consid. 2.2.

⁶⁵ RS/JU 182.35.

⁶⁶ RS/JU 182.34.

leur intervention ne paraissent pas pouvoir justifier un traitement différent de celui réservé aux juges suppléants.

41. — En tout état de cause, nous indiquons que le critère de l'exercice à titre professionnel ou non de la fonction de juge assesseur ne devrait pas constituer un argument permettant d'exclure les juges assesseurs non professionnels du champ personnel du droit disciplinaire des magistrats du siège⁶⁷.

D. Les jurés (aperçu)

42. — La fonction de juré a disparu en Suisse avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse (CPP) le 1^{er} janvier 2011. Nous formulons néanmoins les remarques qui suivent.

43. — Les jurés n'exercent pas une activité juridictionnelle à titre professionnel et n'appartiennent pas au corps professionnel des magistrats judiciaires. Ils n'ont pas la qualité de magistrats du siège.

44. — Suivant les ordres juridiques, les jurés, bien que n'ayant pas la qualité de magistrats du siège, pourraient, à l'instar des assesseurs⁶⁸, éventuellement être soumis en tout ou partie aux règles – notamment disciplinaires – régissant les magistrats du siège. Cette éventualité n'apparaît toutefois guère souhaitable, d'une part, en raison de l'intervention ponctuelle – en générale unique – des jurés, d'autre part, en raison de la présence d'un encadrement systématique d'un magistrat du siège (étant lui-même soumis en principe à une surveillance disciplinaire).

E. Les greffiers-rédacteurs

45. — Les greffiers-rédacteurs ont pour tâche principale de rédiger des (projets de) jugements. Leur activité peut être exercée sur la base d'un engagement de durée déterminée (p. ex. avocats-stagiaires effectuant quelques mois de stage auprès d'un greffe de tribunal dans le cadre de leur formation) ou indéterminée. Dans les deux cas, cette activité peut être effectuée à temps plein ou à temps partiel.

46. — Les greffiers-rédacteurs participent au prononcé des jugements, mais n'ont pas le pouvoir de prononcer ceux-ci formellement. Ils n'exercent donc pas à proprement parler d'activité juridictionnelle. En ce sens, ils doivent être

⁶⁷ Cf. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 2 ; comp. PRALUS-DUPUY (F), p. 890.

⁶⁸ Cf. *supra*, N 37 ss.

considérés comme des membres d'autorités judiciaires n'ayant pas la qualité de magistrats du siège⁶⁹. Ils sont généralement soumis aux réglementations générales sur le statut de la fonction publique (p. ex. art. 57, 59 OJN/NE ; art. 6 al. 1 et art. 7 LOJV/VD).

47. — Les dispositions d'organisation judiciaire applicables dans un ordre juridique donné peuvent conférer la qualité de magistrat du siège aux greffiers-rédacteurs. La réglementation cantonale neuchâteloise, qui prévoit notamment que les greffiers-rédacteurs sont entendus avec voix consultative lorsque leur projet de jugement donne lieu à discussion (art. 61 al. 3 OJN/NE)⁷⁰, pourrait éventuellement être interprétée dans ce sens. Le fait que les greffiers-rédacteurs sont assermentés dans le canton de Neuchâtel (cf. art. 60 OJN/NE) constitue un indice supplémentaire en ce sens.

48. — Bien que n'ayant en principe pas la qualité de magistrats du siège, les greffiers-rédacteurs, au vu des tâches juridictionnelles qui leur incombent, pourraient se voir appliquer, dans un ordre juridique déterminé, tout ou partie des dispositions régissant les magistrats du siège au sein de cet ordre.

49. — Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que les garanties d'indépendance et d'impartialité découlant de la Constitution fédérale (et le cas échéant de la Convention européenne des droits de l'homme)⁷¹ s'appliquent non seulement aux magistrats du siège, mais également aux greffiers ou secrétaires d'une autorité judiciaire lorsque ceux-ci participent *ès qualités* à la formation des décisions prises par une telle autorité⁷². Il en va ainsi du secrétaire d'une commission cantonale de recours en matière fiscale lorsque celui-ci est chargé d'assister la commission et ses rapporteurs pour l'instruction de la cause et de leur procurer un appui juridique et lorsqu'il peut par ailleurs fonctionner en sa qualité de secrétaire comme rapporteur avec voix consultative⁷³.

50. — Nous mentionnons encore, d'une manière générale, que la délégation des tâches juridictionnelles à des greffiers, qui va croissant, soulève de nombreuses questions et fait l'objet de réflexions et critiques en doctrine⁷⁴.

⁶⁹ P. ex. BINDER, p. 26.

⁷⁰ Cf. é.g. art. 28 du Règlement du Tribunal cantonal neuchâtelois du 20.12.2010 (RS/NE 162.104).

⁷¹ Sur ces notions, cf. *infra*, Chap. 2, N 98-108 ; Chap. 3, N 174-176 et 217-222.

⁷² TF 2C_1014/2013 et 2C_1015/2013 du 22.08.2014, consid. 8.4.1.

⁷³ TF 2C_1014/2013 et 2C_1015/2013 du 22.08.2014, consid. 8.4.4 ; cf. é.g. ATF 124 I 255, consid. 4a-4c, consid. 5c/aa.

⁷⁴ P. ex. FELBER, p. 435 ss.

F. Le personnel de greffe

51. — Le personnel de greffe comprend l'ensemble des personnes – en principe des agents publics – chargées d'assurer la gestion administrative d'une autorité judiciaire. Il s'agit notamment des greffiers « non rédacteurs », des secrétaires et des apprentis.

52. — Les personnes composant le personnel de greffe sont des membres d'autorités judiciaires qui n'exercent pas d'activité juridictionnelle. Ils n'ont pas la qualité de magistrats du siège⁷⁵. Ils sont généralement soumis aux réglementations générales sur le statut de la fonction publique – y compris le cas échéant le droit disciplinaire des fonctionnaires⁷⁶.

IV. Le statut (parfois) spécifique des magistrats du parquet (excursus)

53. — Les magistrats du parquet composent, aux côtés des magistrats du siège, les magistrats judiciaires⁷⁷. On constate que les magistrats du parquet sont souvent soumis à un statut spécifique, notamment en matière de surveillance disciplinaire. En effet, comme évoqué ci-dessus, ceux-ci sont généralement placés sous la direction et le contrôle d'un chef hiérarchique (procureur général⁷⁸)⁷⁹, lequel est souvent lui-même placé sous l'autorité (d'un membre) du pouvoir exécutif, voire sous l'autorité du pouvoir législatif⁸⁰. L'existence d'une hiérarchie interne au parquet, de même que, le cas échéant, l'existence d'un droit de regard du pouvoir exécutif ou législatif sur l'activité du parquet, distinguent encore largement, à travers le monde, les magistrats du parquet des magistrats du siège.

54. — En Suisse, les cantons ayant institué un conseil de la magistrature prévoient tous un régime de surveillance disciplinaire commun aux magistrats

⁷⁵ Cf. p. ex. Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 39/2004 du 17.03.2004, consid. B4.3.

⁷⁶ DUBARLE (D ; anc.), p. 485.

⁷⁷ Cf. p. ex. art. 409 al. 2 ch. 1 et 2 C.jud./B. A relever que dans le canton de Vaud, le Ministère public n'est apparemment pas considéré comme une autorité judiciaire (cf. MARTY, Rapport, p. 10).

⁷⁸ Cf. p. ex. art. 9 ss LOAP.

⁷⁹ Cf. déjà GUICHETEAU (F ; anc.), p. 182 : « *la discipline du ministère public n'est point entourée de l'appareil des formes judiciaires ; elle s'exerce administrativement, concentrée tout entière aux mains des chefs hiérarchiques* ».

⁸⁰ Cf. déjà GUICHETEAU (F ; anc.), p. 226 ; cf. ég. LE POGAM (F), N 29.

cantonaux du siège et du parquet⁸¹. Au niveau fédéral, le régime de surveillance applicable aux magistrats fédéraux du parquet, même s'il présente parfois des similitudes avec celui applicable aux magistrats fédéraux du siège (cf. p. ex. art. 40a al. 1 let. a et c LParl et art. 26 LOAP, compétence de l'Assemblée fédérale en matière de révocation des juges fédéraux, du procureur général et des procureurs généraux suppléants), reste largement distinct.

55. — Nous pensons en particulier au fait que l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, instituée par l'art. 23 LOAP et disposant d'un pouvoir de sanction – limité – en matière disciplinaire (art. 31 al. 2 LOAP)⁸², ne trouve pas son pendant en ce qui concerne les juges fédéraux. Nous pensons également au fait que les procureurs fédéraux, contrairement aux juges fédéraux, sont partiellement soumis au pouvoir hiérarchique interne des Procureurs fédéraux en chef et du Procureur général de la Confédération et de ses suppléants (cf. art. 13 LOAP, pouvoir du Procureur général de la Confédération et des Procureurs en chef d'édicter des directives et de donner des instructions aux procureurs qui leur sont subordonnés ; cf. é.g. art. 20 al. 2 LOAP, compétence de nomination des « autres procureurs » attribuée au Procureur général).

56. — Le Tribunal administratif fédéral s'est récemment prononcé sur la question du rapport hiérarchique au sein du Ministère public de la Confédération. Il a indiqué que « [l]e procureur général de la Confédération dirige le Ministère public [...] et se trouve, vis-à-vis du personnel qu'il a nommé, dans une relation permanente de collaboration et de direction hiérarchique [...] » et considéré à ce titre que « [c]'est [...] en raison de ce

⁸¹ MARTY, Richterzeitung, N 7. Pour plus de détails et pour un aperçu de droit comparé, cf. TALLERI, *passim*. Cf. é.g. la solution adoptée dans le canton de Vaud, qui prévoit l'application par analogie des règles de droit disciplinaire applicables aux magistrats du siège (art. 19 s. LMPu/VD) ; à noter que les « autres procureurs » suivent un régime particulier en tant qu'ils sont soumis au pouvoir disciplinaire du Conseil d'Etat (art. 20 al. 2 LMPu/VD) tandis que le procureur général est soumis à l'autorité du Tribunal neutre à l'instar des juges cantonaux (art. 20 al. 1 LMPu/VD, art. 31c al. 2 LOJV/VD ; sur le régime disciplinaire vaudois, cf. pour le surplus *infra*, Chap. 6, N 948-972).

⁸² Les sanctions disciplinaires prévues par l'art. 31 al. 2 LOAP sont l'avertissement, le blâme et la réduction de salaire (cf. é.g. art. 16 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 01.10.2010 concernant l'organisation et les tâches de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération [RS 173.712.24]). La révocation est de la compétence exclusive de l'Assemblée fédérale, conformément à l'art. 26 LOAP (cf. é.g. art. 19 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant l'organisation et les tâches de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, précitée : l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération adresse une proposition de révocation à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale). Cf. é.g. MARTY, Rapport, p. 10 s.

rapport permanent de collaboration que le procureur général peut, mieux que n'importe quelle autre autorité, constater d'éventuels dysfonctionnements dans l'activité de son personnel, apprécier l'opportunité de l'ouverture d'une procédure pénale, surveiller l'évolution ultérieure de la situation et prononcer d'éventuelles sanctions disciplinaires »⁸³.

57. — D'une manière générale, on relève que la différence de statut entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet provient principalement de la tradition judiciaire française. Sous l'Ancien Régime, les procureurs étaient délégués du pouvoir central et étaient désignés par l'expression « gens du Roy ». Ils étaient déclarés et considérés comme indépendants à l'égard de la magistrature assise⁸⁴ et ne devaient rendre compte qu'au Roi et à son gouvernement, dont ils relevaient directement⁸⁵. Par l'intermédiaire des procureurs, le Roi disposait de la faculté de surveiller et contrôler l'ensemble de l'activité de ses sujets, ce qui incluait la surveillance de l'activité des juges⁸⁶. A l'occasion de la réorganisation judiciaire de 1790, les officiers du ministère public furent déclarés « agens du pouvoir exécutif près les tribunaux »⁸⁷. En cette qualité, ils étaient chargés de faire observer dans les jugements à rendre les lois intéressant l'ordre général, de faire exécuter les jugements rendus et de veiller au maintien de la discipline dans chaque tribunal⁸⁸.

58. — Les motifs présidant à une différenciation du régime statutaire applicable aux magistrats du siège et du parquet ne sont plus d'actualité. Les magistrats du parquet ne peuvent notamment plus être considérés comme des « délégués du pouvoir exécutif auprès de l'autorité judiciaire » ; ils devraient pouvoir bénéficier d'une indépendance organique et personnelle comparable à celle conférée aux magistrats du siège⁸⁹. La différence de régime paraît ainsi,

⁸³ Cf. ATAF 2013/28 du 26.03.2013, consid. 4.4.

⁸⁴ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 125, 183.

⁸⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 129. Cf. ég. Réponse du Roi au Parlement de Grenoble, le 10.09.1777 (cité not. par CARRE [F ; anc.], p. 283 ; DENISART [F ; anc.], p. 290) : « [L]e parlement doit savoir qu'on ne peut mettre en mercuriale mes procureurs généraux sans une permission » (sur l'institution des mercuriales, cf. ég. *infra*, N 139 s.).

⁸⁶ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 128, qui se réfère à l'institution des mercuriales, prononcées par le Procureur général (sur l'institution des mercuriales, cf. ég. *infra*, N 139 s.). Voir encore, aujourd'hui, l'art. 409 al. 1 ch. 5 C.jud./B : « [L]es fonctions du ministère public près le tribunal disciplinaire sont exercées par le procureur du Roi près le tribunal de première instance au siège duquel le tribunal disciplinaire tient ses audiences ».

⁸⁷ Loi des 16 et 24.08.1790 sur l'organisation judiciaire, Titre VIII, art. 1^{er}.

⁸⁸ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 178.

⁸⁹ En faveur de l'intégration, en droit ou en fait, des procureurs à l'institution judiciaire : p. ex. MARTY, Richterzeitung, N 7.

aujourd'hui, résulter davantage d'un décalage évolutif que d'une réelle disparité statutaire⁹⁰.

59. — Il résulte de ce qui précède que les magistrats judiciaires devraient être régis par un statut commun, à tout le moins en matière de surveillance disciplinaire. Selon nous, les différences statutaires pouvant prévaloir, dans un ordre juridique donné, entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet ne sont généralement pas propres à justifier l'institution d'un régime disciplinaire distinct.

60. — Des adaptations et affinements sont (seraient) bien entendu nécessaires, sous les aspects matériel et formel, en cas de régime disciplinaire commun. A ce titre, il convient de relever que la réglementation des comportements, qui se rapporte au droit disciplinaire matériel, est depuis longtemps considérée comme étant largement commune aux magistrats du siège et du parquet⁹¹.

61. — Nous notons pour le surplus que la distinction structurelle et fonctionnelle du parquet et du siège, qui vise principalement à séparer les fonctions de poursuite et d'instruction et les fonctions de jugement afin d'éviter une concentration des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de répression pénales en main des mêmes magistrats judiciaires⁹², et qui est également considérée comme étant de nature à protéger l'impartialité des magistrats du siège⁹³, n'empêche en rien l'institution d'un tel statut commun.

62. — Cela étant, afin de ne pas compliquer inutilement la présentation d'une matière qui reste très éparse et dont les jalons théoriques manquent parfois cruellement, nous avons choisi de limiter notre étude à l'examen du régime disciplinaire des magistrats du siège. Une grande partie des développements proposés dans la présente étude pourra toutefois s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux magistrats du parquet.

⁹⁰ En ce sens déjà : RICOL (F ; anc.), p. 129 s., 135.

⁹¹ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 129. Pour une étude en droit américain, cf. GREEN/ZACHARIAS (USA), p. 381 ss.

⁹² Cf. toutefois la possibilité pour le ministère public de prononcer des ordonnances pénales conformément aux art. 352 ss CPP. Sur la question du statut attribué au ministère public en fonction du stade auquel se trouve la procédure pénale, cf. ATF 138 IV 142, consid. 2.2.

⁹³ En ce sens : GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 185 s.

Chapitre 2 : La responsabilité des magistrats du siège

I. La corrélation entre pouvoirs et responsabilité

63. — L'expression « [w]ith great power comes great responsibility »⁹⁴, rencontrée çà et là selon diverses formules analogues, énonce l'idée d'une corrélation naturelle entre l'étendue des pouvoirs attribués à une personne ou entité déterminée et l'étendue des responsabilités lui incombant. Elle trouve notamment sa source dans le Nouveau Testament, plus précisément dans l'Evangile selon Saint-Luc qui contient l'affirmation suivante : « [o]n demandera beaucoup à qui l'on a beaucoup donné, et on exigera davantage de celui à qui l'on a beaucoup confié »⁹⁵.

64. — La corrélation entre pouvoir et responsabilité apparaît de manière évidente lorsque l'on considère l'activité des magistrats du siège. La revendication populaire d'une responsabilité directe et personnelle des magistrats du siège, en tant que contrepartie du pouvoir – alors considéré comme divin – dont ils sont attributaires, remonte principalement au Moyen Age. En 1847, MORIN s'exprimait en ces termes : « [i]l ne faut pas que l'honneur du juge ait la moindre atteinte : le respect et l'obéissance qu'on lui doit sont fondés sur la confiance que commandent son intégrité, la délicatesse de ses sentiments, la pureté de ses mœurs et la sainteté de sa vie »⁹⁶. Les réflexions relatives à cette problématique ont évolué et se poursuivent aujourd'hui encore, de manière plus ou moins poussée, dans chaque ordre juridique⁹⁷.

⁹⁴ LEE, dernière case.

⁹⁵ LUC, 12:48.

⁹⁶ MORIN (F ; anc.), I, p. 15.

⁹⁷ Cf. CCJE, Avis n° 3, par. 51. Cf. ég. CAPPELLETTI (AUS/GB), *Judicial Responsibility*, p. 557 ss.

65. — Le pouvoir des magistrats du siège fait principalement référence à leur activité juridictionnelle. De manière générale, on constate que la justice est de plus en plus sollicitée⁹⁸ et que les magistrats du siège ont de plus en plus de pouvoir(s)⁹⁹. Les magistrats du siège doivent appliquer et interpréter un droit qui se complexifie à mesure du développement – parfois exponentiel – des normes juridiques. En Suisse, le renforcement (des règles) de l'état de droit découle en particulier du transfert d'une part importante du contentieux de droit public aux instances judiciaires¹⁰⁰.

66. — Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que les magistrats du siège bénéficient souvent d'une importante marge de manoeuvre dans la conduite de la procédure (cf. p. ex. art. 124 ss CPC)¹⁰¹. Ces éléments tendent à augmenter ou favoriser les risques d'erreurs et de manquements. Sous un autre angle, on remarque toutefois que la profession connaît une spécialisation croissante¹⁰², ce qui tend à restreindre les risques liés à l'étendue des pouvoirs conférés, mais peut remettre en question la fonction de juge jusque dans son essence.

67. — La responsabilité des magistrats du siège, qui découle du pouvoir dont ceux-ci sont nantis, se rapporte en premier lieu au produit de leur activité juridictionnelle. Prise dans un sens plus large, elle se rapporte également à leur comportement, que ce soit dans le cadre de l'exercice de leur activité juridictionnelle ou en dehors de cet exercice.

II. Aperçu des différentes formes de responsabilité des magistrats du siège

68. — Les formes de responsabilité des magistrats du siège varient d'un ordre juridique à l'autre. On trouve toutefois, traditionnellement, trois volets : civil (ci-après, A.), pénal (ci-après, B.) et disciplinaire (ci-après, C.)¹⁰³.

⁹⁸ CCJE, Avis n° 3, par. 11 ; cf. ég. GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 16-18.

⁹⁹ Cf. TATE/TORBJÖRN, *passim* ; CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 40. A noter que l'expansion du pouvoir des magistrats du siège se manifeste aussi bien dans les pays de *common law* que de *civil law* (cf. p. ex. SEIBERT-FOHR [D], Normativity, p. 1317 ; HAMMERGREN [USA], p. 152 ; BIFULCO [I], p. 68 et la n. 1, citant GUARNIERI [I/GB], p. 184).

¹⁰⁰ Cf. FONJALLAZ, p. 50 s.

¹⁰¹ Sur la question, cf. WILDHABER BOHNET.

¹⁰² Cf. p. ex. CJCE, Avis n° 15 ; cf. ég. le numéro de « Justice - Justiz - Giustizia » 2013/2 ayant pour thème principal la « spécialisation dans le système judiciaire ».

¹⁰³ P. ex. KIENER, Verantwortlichkeit, N 6, 23 ss ; SCHWARZENBACH-HANHART, p. 15 ss.

A. La responsabilité civile

69. — La responsabilité civile des magistrats du siège peut être définie comme étant l'obligation pour ceux-ci de réparer, directement ou indirectement, les dommages qu'ils ont causés à des tiers dans l'exercice de leurs fonctions. Elle couvre en particulier l'obligation des magistrats du siège de supporter les conséquences patrimoniales d'un jugement qui se révélerait contraire au droit, ou celles liées à l'absence du prononcé d'un tel jugement dans un délai approprié¹⁰⁴.

70. — Selon l'approche prévalant dans la tradition de droit civil, l'effet recherché par l'exercice d'une action en responsabilité est principalement réparateur, et non punitif¹⁰⁵ : il vise uniquement à replacer le lésé – généralement le justiciable destinataire de la décision – dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si l'événement dommageable ne s'était pas produit.

71. — Il est largement admis, en vertu du principe de l'indépendance de la justice, que les magistrats du siège ne peuvent pas être recherchés civilement, à raison d'un éventuel dommage, directement par les justiciables. Il est néanmoins possible que les dispositions légales d'un ordre juridique donné prévoient la possibilité pour l'Etat, qui endosserait par hypothèse une responsabilité primaire (objective ou pour faute) à raison des actes de ses agents, de se retourner ensuite contre ceux-ci dans le cadre d'une action dite récursoire¹⁰⁶.

72. — Ainsi, en Suisse, l'art. 3 al. 1 LRCE, notamment applicable aux membres des tribunaux fédéraux et à leurs suppléants en vertu de l'art. 1 al. 1 let. c LRCE, prévoit que la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute de celui-ci. L'art. 3 al. 3 LRCE précise expressément que le lésé n'a aucune action (directe) envers le fonctionnaire fautif. L'art. 7 LRCE prévoit néanmoins que « [I]orsque la Confédération répare le dommage, elle a contre le fonctionnaire qui l'a causé intentionnellement ou par une négligence grave une action récursoire même après la résiliation des rapports de service ».

73. — La question de la compatibilité d'une éventuelle action récursoire de l'Etat à l'encontre d'un magistrat du siège avec le principe de l'indépendance

¹⁰⁴ Nous renvoyons p. ex. à HIRSCH, p. 34 ss ; KIENER, Verantwortlichkeit, N 25 ss ; HUNOLD, N 408 ss et *passim*.

¹⁰⁵ P. ex. DEUMIER (F), p. 248. Cf. ég. HUNOLD, N 119 ss.

¹⁰⁶ Cf. p. ex. JOLY-HURARD (F), p. 61-72.

de la justice est débattue en doctrine¹⁰⁷. En effet, un risque d'ingérence existe lorsque le pouvoir exécutif ou éventuellement le pouvoir législatif est investi du pouvoir de décider d'intenter et de mener une telle action récursoire, qui est susceptible de se matérialiser en cas d'exercice de ce pouvoir¹⁰⁸. Cette question ne s'est toutefois jamais posée en pratique en Suisse¹⁰⁹.

74. — L'Assemblée générale des Nations Unies, dans les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985¹¹⁰ (ci-après : les « Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature »), a considéré à ce titre que « *sans préjudice de toute procédure disciplinaire ou de tout droit de faire appel ou droit à une indemnisation de l'Etat, conformément au droit national, les [magistrats du siège] ne peuvent faire personnellement l'objet d'une action civile en raison d'abus ou d'omissions dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires* » (art. 16).

75. — La Charte européenne sur le statut des juges, adoptée les 8 et 10 juillet 1998 sous l'égide du Conseil de l'Europe (ci-après : la « Charte européenne sur le statut des juges »)¹¹¹, se prononce expressément sur la question spécifique de l'action récursoire. Après avoir posé que « *[l]a réparation des dommages supportés de façon illégitime à la suite de la décision ou du comportement d'un [magistrat du siège] dans l'exercice de [ses] fonctions est assurée par l'Etat* » (art. 5.2 phr. 1), la Charte mentionne que « *le statut* [des magistrats du siège]

¹⁰⁷ Cf. p. ex. HIRSCH, p. 33, 48 et les réf.

¹⁰⁸ P. ex. KERBAOL (F), Notes, p. 23.

¹⁰⁹ HIRSCH, p. 48. Cf. ég. CANIVET (F), Responsabilité, p. 643, qui indique qu'aucune action de ce type n'a été exercée par l'Etat à l'encontre d'un magistrat du siège en France durant les trente dernières années ; ég. KRIEGK (F), N 18 s. ; GREBILLE (F), p. 87-90. Cf. ég. GREBILLE (F), p. 101, qui évoque la possibilité de considérer le cas échéant une action récursoire par l'Etat comme une sanction disciplinaire déguisée (sur la notion de sanction disciplinaire déguisée, cf. *infra*, Chap. 5, N 463-468).

¹¹⁰ Principes adoptés entre le 26.08.1985 et le 06.09.1985 à Milan et confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans ses Résolutions 40/32 du 29.11.1985 et 40/146 du 13.12.1985.

¹¹¹ La Charte européenne sur le statut des juges a été adoptée par les participants de pays européens et par les membres de deux associations internationales de magistrats du siège. Elle vise à « *rend[re] plus effective la promotion de l'indépendance des juges, nécessaire au renforcement de la prééminence du droit et de la protection des libertés individuelles au sein des Etats démocratiques* » en « *précis[ant] dans un instrument destiné à tous les Etats européens les dispositions de nature à assurer les meilleures garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité des juges* » (cf. Charte européenne sur le statut des juges, Préambule). Elle n'a pas de caractère proprement impératif ; les dispositions qu'elle contient sont présentées « *comme étant les mieux à même de garantir la réalisation des objectifs [...]* énoncés » (cf. Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad ch. 1.1.).

peut prévoir que l'Etat a la possibilité de demander, dans une limite déterminée, le remboursement au [magistrat du siège] par la voie d'une action juridictionnelle dans le cas d'une méconnaissance grossière et inexcusable par [celui]-ci des règles dans le cadre desquelles s'exerçait [son] activité » (art. 5.2 phr. 2)¹¹². La Charte ajoute toutefois la condition suivante : « [l]a saisine de la juridiction compétente doit faire l'objet d'un accord préalable de [l'instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif visée à l'art. 1.3] » (art. 5.2 phr. 3). Cette dernière cautèle permet de limiter voire d'exclure le risque, évoqué ci-dessus, d'une ingérence du pouvoir exécutif ou législatif dans le choix et la conduite d'une telle action récursoire.

76. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹¹³ a également déclaré, dans la Magna Carta des juges adoptée le 17 novembre 2010 (ci-après : la « Magna Carta des juges »)¹¹⁴, qu'« [i]l doit être remédié aux erreurs judiciaires dans le cadre d'un système de recours adéquat [et que t]out remède pour d'autres fautes de la justice relève exclusivement de la responsabilité de l'État » (ch. 21). Concernant la question de l'action récursoire, il a considéré que « [s]auf en cas de faute volontaire, il ne convient pas que dans l'exercice de ses fonctions, un [magistrat du siège] soit exposé à une responsabilité personnelle, même par le biais d'une action récursoire de l'État » (ch. 22). Par le choix du terme « faute volontaire », le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a voulu aller plus loin dans la protection des magistrats du siège que ne l'a fait le Conseil de l'Europe dans la Charte européenne sur le statut des juges¹¹⁵.

B. La responsabilité pénale

77. — La responsabilité pénale des magistrats du siège peut être définie de manière générale comme étant la reconnaissance de la violation par ceux-ci d'une norme érigée en infraction pénale et destinée à protéger l'ordre public¹¹⁶.

78. — La responsabilité pénale des magistrats du siège est un sujet débattu de longue date¹¹⁷. Les réflexions en la matière se concentrent principalement sur

¹¹² Comp. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 67.

¹¹³ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹¹⁴ La Magna Carta des juges contient des principes fondamentaux synthétisant et codifiant les principales conclusions contenues dans les avis adoptés jusqu'alors par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) (cf. CCJE, Magna Carta des juges, Préambule).

¹¹⁵ CCJE, Avis n° 3, par. 55-57.

¹¹⁶ Cf. pour le surplus KIENER, *Verantwortlichkeit*, N 36 ss.

¹¹⁷ Cf. p. ex. LABOULAYE (F), *passim*.

la question de l'admissibilité de poursuites pénales fondées sur des faits ayant trait à l'exercice de l'activité de magistrat du siège. En effet, la possibilité d'une responsabilité pénale n'est guère remise en cause lorsque l'on se trouve en présence d'infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège et ne se rapportant pas aux fonctions exercées¹¹⁸.

79. — La Magna Carta des juges¹¹⁹ prévoit ainsi que « [le magistrat du siège] doit être responsable pénalement dans les termes de droit commun pour les infractions commises en dehors de ses fonctions[, mais que l]a responsabilité pénale ne doit pas être engagée à l'encontre d'un [magistrat du siège] pour les faits liés à ses fonctions en cas de faute non intentionnelle de sa part ».

80. — Se pose dès lors la question, dans un ordre juridique donné, du principe et de la portée d'une éventuelle immunité pénale des magistrats du siège. L'immunité pénale est un mécanisme de protection – absolu ou relatif – permettant le cas échéant de faire échec – en tout ou partie – à l'application des règles de la responsabilité pénale.

81. — En Suisse, une autorisation des commissions compétentes de l'Assemblée fédérale est nécessaire pour ouvrir une poursuite pénale contre des magistrats élus par l'Assemblée fédérale (art. 14 al. 1 phr. 1 *i.i.* LRCF) – dont font partie les magistrats fédéraux du siège (cf. art. 135 ss LParl). L'immunité relative ainsi prévue ne se rapporte toutefois qu'aux infractions en rapport direct avec l'activité ou la situation officielle desdits magistrats (art. 14 al. 1 phr. 1 *i.f.* LRCF)¹²⁰.

82. — Pour ce qui concerne les magistrats du siège cantonaux, l'art. 7 al. 2 CPP prévoit notamment que les cantons peuvent (i) exclure ou limiter la responsabilité pénale des membres de leurs autorités judiciaires (let. a) et (ii) subordonner à l'autorisation d'une autorité non judiciaire l'ouverture d'une poursuite pénale contre des membres de leurs autorités judiciaires, pour des crimes ou des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (let. b)¹²¹.

83. — Dans le cadre des délibérations concernant la révision des dispositions légales fédérales relatives à l'immunité, les Chambres fédérales ont notamment

¹¹⁸ Cf. ég., *mutatis mutandis*, *infra*, Chap. 4, N 384-419.

¹¹⁹ Concernant la Magna Carta des juges, cf. *supra*, N 76.

¹²⁰ En ce sens ég. : p. ex. art. 95 Cst./GE, qui dispose que la poursuite pénale des membres de la magistrature judiciaire pour des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions est soumise à l'autorisation préalable du Grand Conseil.

¹²¹ Cf. p. ex. l'art. 10 al. 1 LaCP/GE, qui dispose notamment que « [p]our les crimes et les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, [...] les magistrats du pouvoir judiciaire ne peuvent être poursuivis pénalement qu'avec l'autorisation préalable du Grand Conseil [...] ». Pour des cas d'application, cf. *infra*, n. 186.

refusé de priver de l'immunité relative les juges du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral des brevets. Elles ont par contre décidé d'abroger l'intangibilité de l'immunité dont bénéficiaient les juges du Tribunal fédéral (art. 11 aLTF), les juges du Tribunal fédéral des brevets (art. 16 aLTFB), les juges du Tribunal administratif fédéral (art. 12 aLTAF) et les juges du Tribunal pénal fédéral (art. 50 aLOAP)^{122 ; 123}.

84. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹²⁴ a estimé, concernant la question de la responsabilité pénale des magistrats du siège, que « [les magistrats du siège] *qui, dans l'exercice de leurs fonctions, commettent ce qui, dans n'importe quelle circonstance, serait considéré comme un crime (par exemple, accepter des pots-de-vin)[...] ne peuvent prétendre se soustraire aux procédures pénales ordinaires [...]* ». Il a néanmoins précisé que « *si la pratique actuelle n'exclut pas entièrement la responsabilité pénale des [magistrats du siège] pour des manquements non intentionnels commis dans l'exercice de leurs fonctions, le [Conseil consultatif de juges européens (CCJE)] considère que l'introduction d'une telle responsabilité n'est ni généralement acceptable ni à encourager. Le[s] magistrats du siège] ne devrai[en]t pas avoir à travailler sous la menace d'une sanction financière, encore moins d'une peine de prison, menaces dont l'existence pourrait, même inconsciemment, influencer [leur] jugement* »¹²⁵.

C. La responsabilité disciplinaire

1. La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège

85. — La responsabilité disciplinaire est la forme de responsabilité des magistrats du siège présentant la portée pratique la plus importante. Elle peut être définie de manière générale comme étant la reconnaissance de la violation par un magistrat du siège d'une norme de comportement destinée à assurer le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire.

¹²² Cf. Note de synthèse relative à l'objet parlementaire n° 08.447 (Garantie de la confidentialité des délibérations des commissions et modification des règles légales relatives à l'immunité), consultable à l'adresse [http://staenderat.ch/e/suche/pages/legislaturueckblick.aspx?rb_id=20080447] [consulté le 16.10.2014], et les réf.

¹²³ Ces modifications, adoptées par l'Assemblée fédérale le 17.06.2011, sont entrées en vigueur le 05.12.2011 (RO 2011 p. 4627 ss).

¹²⁴ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹²⁵ CJCE, Avis n° 3, par. 52 s.

86. — La nécessité d'une régulation par l'Etat des comportements par le biais d'un droit disciplinaire est apparue en premier lieu dans le cadre judiciaire. Elle touchait non seulement les magistrats judiciaires, mais aussi l'ensemble des acteurs du monde judiciaire tels que les greffiers, les avocats et les avoués¹²⁶, les huissiers, les commissaires-priseurs et les notaires¹²⁷. Cela provient manifestement du fait que les acteurs du monde judiciaire font l'objet d'attentes particulières de la part du public. On considère en effet, traditionnellement, que ceux-ci – en particulier les magistrats judiciaires – doivent être « au-dessus de tout soupçon » et être « investis au plus haut degré de la confiance publique »¹²⁸.

87. — Même si elle peut parfois conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire¹²⁹, la responsabilité disciplinaire ne vise pas à l'allocation d'une réparation, sous forme patrimoniale, à une personne qui serait lésée du fait d'un certain comportement du magistrat du siège. Elle se distingue en ce sens de la responsabilité civile.

88. — La distinction entre la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale s'avère plus délicate. Généralement, on considère que la première découle d'une volonté de maintenir l'ordre intérieur et le bon fonctionnement du pouvoir judiciaire afin de préserver la confiance du public à l'égard de la justice, tandis que la seconde s'inscrit dans un cadre répressif et intéresse la société dans son entier. En réalité, comme nous le verrons, les deux domaines se recoupent partiellement quant à leurs buts et aux moyens mis en œuvre pour atteindre ces buts, de sorte qu'il est possible de considérer que le droit disciplinaire (des magistrats du siège) revêt certains aspects de droit pénal¹³⁰.

89. — A toutes fins utiles, nous relevons à ce dernier titre que l'immunité pénale¹³¹ des magistrats du siège ne doit le cas échéant pas pouvoir être invoquée par ces derniers en matière de responsabilité disciplinaire. Les règles relatives à la responsabilité disciplinaire des magistrats du siège constituent en effet une *lex specialis* par rapport à d'éventuelles règles pénales relatives à leur immunité.

¹²⁶ En France, un avoué était un juriste, officier ministériel, et un auxiliaire de justice chargé de la représentation des parties auprès des cours d'appel. La profession d'avoué a disparu depuis le 01.01.2012 (cf. loi du 25.01.2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel [JORF/F n° 0021 du 26.01.2011, p. 1544 ss]).

¹²⁷ Cf. MORIN (F ; anc.), I, *passim*.

¹²⁸ RICOL (F ; anc.), p. 19.

¹²⁹ Cf. *infra*, Chap. 5, en particulier N 507-515, 516-521, 535-544 et 545-555.

¹³⁰ Cf. *infra*, Chap. 3, N 151-158 et 165-166.

¹³¹ Cf. *supra*, N 80 ss.

90. — La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège devrait faire l'objet, dans chaque ordre juridique donné, d'une réglementation propre. Des renvois ponctuels – soigneusement choisis – aux dispositions sur les fonctionnaires, notamment en matière de procédure, restent bien évidemment possibles.

91. — Toutefois, la responsabilité disciplinaire des magistrats du siège se confond parfois dans la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires – éventuellement avec un régime plus ou moins détaillé d'exceptions¹³². Ainsi, les cantons suisses alémaniques, lorsqu'ils connaissent la responsabilité disciplinaire des agents publics, ne prévoient généralement pas de réglementation distincte concernant les magistrats du siège¹³³. L'instauration d'un régime de responsabilité disciplinaire propre aux magistrats du siège, dont la mise en œuvre est assurée par une autorité spécialisée, reste donc largement, en Suisse, l'apanage des cantons latins.

2. La distinction avec la (haute) surveillance de la justice

92. — La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège correspond à une forme de surveillance de l'activité individuelle desdits magistrats. La surveillance des magistrats du siège doit être distinguée de la surveillance portant sur la justice en tant qu'institution – même si la première peut être exercée dans le cadre de la seconde¹³⁴. En Suisse, la surveillance de la justice revêt des formes multiples ; une forme de surveillance de la justice est traditionnellement exercée par le pouvoir législatif (parlement), et est désignée par la notion de « haute surveillance (parlementaire) » sur la justice (ci-après : la « haute surveillance »)¹³⁵.

¹³² Cf. HANGARTNER, p. 425.

¹³³ Par exemple, le canton de Bâle-Campagne, hormis une disposition spécifique concernant la qualité de l'autorité disciplinaire (art. 60 al. 1 PG/BL), ne distingue pas la surveillance disciplinaire des magistrats du siège de celle des autres agents publics (cf. art. 1 al. 1 let. a et 2 al. 1 let. a PG/BL) ; sont ainsi applicables les art. 59 ss PG/BL, de même que les art. 57 ss du *Dekret zum Personalgesetz (Personaldekret)* du 08.06.2000 (RS/BL 150.1). Cf. ég. *infra*, Chap. 6, not. N 860-871 (BE), 973-990 (ZH) et N 779, 789 (GR). A noter pour le surplus que certains cantons, à l'exemple du canton d'Obwald (cf. JENNY), ne prévoient apparemment pas de responsabilité disciplinaire des magistrats du siège, même par renvoi.

¹³⁴ Cf. FONJALLAZ, p. 52 s. ; cf. ég. MARTY, Rapport, p. 21 s.

¹³⁵ Sur la notion de haute surveillance, cf. not. FONJALLAZ, p. 49 ss, 54 ss ; cf. ég. CONTROLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION (CPA ; organe parlementaire de contrôle de l'administration), Rapport du 11.03.2002 intitulé « La portée de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux – les avis de la doctrine juridique », FF 2002 p. 7141 ss.

93. — Nous reproduisons ci-après les propos du juge fédéral FONJALLAZ à propos de la notion de haute surveillance : « [l]a haute surveillance trouve son fondement dans le principe de l'Etat démocratique, suivant lequel les autorités de justice exercent leur pouvoir au nom du peuple. Celui-ci s'assure, par ses représentants, que la justice fonctionne conformément au mandat qu'il lui a confié par le biais de la constitution. Ce contrôle institutionnel exercé par le pouvoir législatif est une particularité helvétique. Il s'explique par la très large place faite en Suisse à l'élection – directe ou semi-directe – pour toute charge supérieure »¹³⁶.

94. — La haute surveillance du pouvoir législatif sur l(a gestion d)es autorités judiciaires ressort par exemple de l'art. 169 al. 1 Cst. féd., qui institue la haute surveillance de l'Assemblée fédérale sur les tribunaux fédéraux ; de l'art. 5 al. 1 LHS/NE, qui prévoit la haute surveillance du Grand Conseil du canton de Neuchâtel sur la gestion des autorités judiciaires neuchâteloises.

95. — Des organes parlementaires notamment ont distingué, dans leurs travaux, trois conceptions doctrinales – qualifiées de stricte, élargie et étendue – de la haute surveillance¹³⁷. L'on n'entend pas développer ici ces questions. Nous nous limiterons à indiquer que la haute surveillance correspond à un moyen de contrôle essentiellement politique, ponctuel ou régulier, sur la conduite générale de l'activité judiciaire¹³⁸, et qu'elle devrait à ce titre se rapporter uniquement à des questions structurelles touchant à l'administration du pouvoir judiciaire¹³⁹. La haute surveillance ne devrait donc pas porter sur le contenu de la

Cf. ég. STREULI, *passim*. Cf. pour le surplus, *mutatis mutandis*, ATF 141 I 172, consid. 4.3.4 et les réf. (haute surveillance parlementaire sur l'activité gouvernementale).

¹³⁶ FONJALLAZ, p. 49.

¹³⁷ Cf. COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL DES ETATS, Rapport du 28.06.2002 intitulé « Haute surveillance parlementaire sur les tribunaux fédéraux » (FF 2002 p. 7077) ; CONTROLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION (CPA ; organe parlementaire de contrôle de l'administration), Rapport du 11.03.2002 intitulé « La portée de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux – les avis de la doctrine juridique » (FF 2002 p. 7141). Cf. ég. sur ce point TANQUEREL, Avis de droit, N 41 ; CONSEIL D'ETAT (VD), septembre 2010, (i) Exposé des motifs et projet de loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal, (ii) Projets de lois modifiant la loi sur le Grand Conseil et modifiant la loi d'organisation judiciaire et (iii) Rapport au Grand Conseil sur la motion Anne Baehler Bech demandant une loi d'application de l'art. 135 Cst./VD.

¹³⁸ Cf. SÄGESSER, Bundesbehörden, N 589 ad art. 169 Cst. féd. Cf. ég. ATF 141 I 172, consid. 4.3.4 et 4.4.2.

¹³⁹ Cf. p. ex. SÄGESSER, Oberaufsicht, p. 125 ss. Sur la distinction entre l'activité judiciaire et l'administration de la justice, nous renvoyons pour le surplus à POLTIER, Richterzeitung, N 1-10, en particulier N 10 ; POLTIER, PJA, p. 1018-1021 et *passim*.

jurisprudence (cf. en ce sens l'art. 26 al. 4 LParl) ni sur le comportement individuel des magistrats du siège¹⁴⁰.

96. — Cela étant, il convient de relever que l'exercice d'une haute surveillance sur la justice peut influencer de manière plus ou moins marquée le régime de responsabilité disciplinaire des magistrats du siège, voire empiéter sur lui. Notamment, les compétences du pouvoir législatif en matière de révocation et de (non-)réélection des magistrats du siège ont une portée disciplinaire qu'il conviendra de circonscrire et d'évaluer¹⁴¹.

III. La responsabilité des magistrats du siège et l'indépendance de la justice

A. Remarque préalable

97. — Nous n'entendons pas présenter ici la notion d'indépendance de la justice de manière détaillée. Après avoir donné des indications générales sur cette notion (ci-après, B.)¹⁴², nous mettrons celles-ci en rapport avec la problématique spécifique de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège (ci-après, C.). Il sera fait référence par la suite, en tant que de besoin, à certains aspects spécifiques du principe de l'indépendance lors de l'examen de questions particulières touchant au droit disciplinaire des magistrats du siège.

¹⁴⁰ Cf. p. ex. FONJALLAZ, p. 54 s. ; KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, p. 297, qui distingue entre *Organaufsicht* et *Dienstaufsicht* selon que la surveillance porte sur les tribunaux ou les juges les composant.

¹⁴¹ Sur ces questions, cf. en particulier *infra*, Chap. 5, N 575-606 (révocation [disciplinaire]) ; 607-616 (non-réélection en tant que sanction disciplinaire) ; Chap. 6, N 786-802 (pouvoir législatif en tant qu' « autorité disciplinaire »).

¹⁴² Nous renvoyons pour le surplus, parmi d'autres, à AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1235 ss ; AUBERT/MAHON, *Commentaire*, ad art. 30 Cst. féd. ; KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit* ; KIENER, *Verantwortlichkeit*, N 18 ss ; GSCHWEND (considérations historiques) ; à l'ouvrage collectif édité par ENGSTAD/LAERDAL/TÖNDER/TÖNDER (NO) ; à l'ouvrage collectif édité par SEIBERT-FOHR (D). Cf. ég. CONTROLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION (CPA ; organe parlementaire de contrôle de l'administration), *Rapport du 11.03.2002 intitulé « La portée de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux – les avis de la doctrine juridique »*, FF 2002 p. 7141 ss, et les réf.

B. Le principe de l'indépendance de la justice (aperçu)

1. Notions générales

98. — Le principe de l'indépendance de la justice constitue l'un des fondements de l'Etat de droit. Il doit être mis en lien avec le principe de la séparation des pouvoirs¹⁴³, qui forme un droit constitutionnel dont peut se prévaloir tout citoyen, et qui régit la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, en ce sens qu'il interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe¹⁴⁴. Le principe de l'indépendance de la justice revêt par ailleurs une importance particulière à une époque où les « pouvoirs » politique(s) et médiatique(s) ont une place et une influence significatives et complexes dans le débat sur la justice¹⁴⁵. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a ainsi mis en évidence le besoin marqué de disposer de garanties (plus) fortes en termes d'indépendance des magistrats du siège¹⁴⁶.

99. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a par exemple indiqué que « [l]e pouvoir judiciaire est l'un des trois grands piliers égaux d'un Etat démocratique moderne. Il a un rôle et des fonctions essentiels face aux deux autres piliers. Il veille à ce que les autorités et l'administration rendent compte de leur action et, s'agissant du pouvoir législatif, il participe à la mise en œuvre véritable des lois qui entrent régulièrement en vigueur et, dans une mesure plus ou moins grande, vérifie qu'elles sont conformes à la Constitution ou à tout autre ordre juridique supérieur [...]. Pour remplir son rôle, le pouvoir judiciaire doit être indépendant de ces pouvoirs, si bien qu'il ne doit pas être lié par des relations préjudiciables ou soumis à leur influence »¹⁴⁷. Ledit Conseil a en outre précisé que « [l]'indépendance des [magistrats du siège] est une condition préalable à l'Etat de droit et une garantie fondamentale d'un procès équitable [...]. [Elle] n'est pas une prérogative ou un privilège octroyé [aux magistrats du siège] dans leur propre intérêt, mais elle leur est garantie

¹⁴³ Cf. p. ex. MAHON, BGC/NE, p. 2297 ss ; MAHON, Séparation des pouvoirs, et les réf. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 11 : « *Le principe de la séparation des pouvoirs est en soi une garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire* ».

¹⁴⁴ P. ex. ATF 136 I 241, consid. 2.5.1 et les réf. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 6 ss ; GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 20 s., qui remarquent qu'il devient de plus en plus difficile de délimiter la législation, la juridiction et l'administration (« structure multifonctionnelle »), ce qui relativise la théorie de la séparation des pouvoirs.

¹⁴⁵ Sur cette question, cf. not. ZEMANS, p. 636 ss.

¹⁴⁶ CCJE, Avis n° 3, par. 15.

¹⁴⁷ CCJE, Avis n° 1, par. 11.

dans l'intérêt de la prééminence du droit et de ceux qui recherchent et demandent justice »¹⁴⁸.

100. — En Suisse, l'indépendance de la justice trouve son assise notamment à l'art. 191c Cst. féd. Aux termes de cette disposition, les autorités judiciaires, tant fédérales que cantonales, dans l'exercice de leurs fonctions, sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi (cf. ég. art. 30 al. 1 Cst. féd. ; art. 14 par. 1 Pacte ONU II). Cette garantie constitutionnelle est concrétisée dans les différentes réglementations, cantonales et/ou fédérales, relatives aux autorités judiciaires (constitutions cantonales, lois d'organisation judiciaire, etc.). Par exemple, l'art. 2 al. 1 LTF consacre le principe de l'indépendance du Tribunal fédéral : il prévoit que « [d]ans l'exercice de ses attributions judiciaires, le Tribunal fédéral est indépendant et n'est soumis qu'à la loi » (cf. ég. l'art. 26 al. 4 LParl).

101. — C'est le lieu de mentionner que la jurisprudence et la doctrine emploient abondamment la notion d'« apparence d'indépendance »¹⁴⁹. Ce concept, qui renvoie à la perception de la justice par le justiciable¹⁵⁰, est généralement énoncé par référence à l'aphorisme « [n]ot only must Justice be done; it must also be seen to be done »¹⁵¹. On constate que le critère de l'apparence, dans l'examen de la structure et du fonctionnement de l'appareil judiciaire, a pris une importance croissante durant les dernières décennies, à tel point que l'on pourrait se demander si l'aphorisme précité ne devrait pas parfois également être renversé : « [n]ot only must Justice be seen to be done; it must also be done ».

¹⁴⁸ CCJE, Avis n° 1, par. 10. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 10.

¹⁴⁹ Cf. p. ex. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 106.

¹⁵⁰ Cf. ég. *infra*, N 107 s., 124 et 156 concernant la notion de « préservation de la confiance du public dans la justice ».

¹⁵¹ Cet aphorisme, attribué au Lord Chief Justice GORDON HEWART, tire en réalité son origine d'un extrait du fameux jugement rendu en 1924 par le prénommé dans l'affaire « *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy* » : « [t]he answer to [the question whether the deputy clerk was so related to the case in its civil aspect as to be unfit to act as clerk to the justices in the criminal matter] depends not upon what actually was done but upon what might appear to be done » (House of Lords [GB], arrêt *R. vs Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233).

2. L'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle

102. — L'indépendance de la justice a deux composantes : l'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle. La première se rapporte à l'institution judiciaire, la seconde aux magistrats judiciaires qui la composent¹⁵². La délimitation entre l'indépendance institutionnelle et l'indépendance individuelle trouve par exemple son expression à l'art. 117 Cst./GE, lequel prévoit sous l'intitulé « indépendance », d'une part, que « [l']autonomie du pouvoir judiciaire est garantie » (al. 1), d'autre part, que « [les magistrats judiciaires] sont indépendants » (al. 2).

103. — Le principe de l'indépendance s'oppose ainsi à toute idée de hiérarchie pouvant être exercée tant sur le pouvoir judiciaire que sur les magistrats judiciaires qui le composent. Le Juge fédéral FONJALLAZ a notamment relevé, en rapport avec l'indépendance institutionnelle, que « [...] la haute surveillance [du parlement sur la justice] ne saurait être en soi l'expression d'une éventuelle supériorité hiérarchique du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire, mais bien un instrument de mise en oeuvre des règles constitutionnelles relatives à la justice dans l'intérêt des citoyennes et citoyens [...]. Parmi ces règles figure le principe d'indépendance de la justice »¹⁵³.

104. — En vertu de l'indépendance individuelle, il est exclu, en dehors du cadre strict des voies de recours¹⁵⁴, que les magistrats du siège soient dirigés, critiqués, repris ou influencés de quelque manière que ce soit dans l'exercice de leurs tâches juridictionnelles¹⁵⁵. En cela, les magistrats du siège se distinguent des fonctionnaires qui, notamment lorsqu'ils disposent d'un pouvoir décisionnel – non juridictionnel – en matière administrative, peuvent recevoir de la part d'un supérieur des « instructions relatives à la manière de trancher une affaire »¹⁵⁶.

105. — La Commission européenne pour la démocratie par le droit, également appelée Commission de Venise (ci-après : la « Commission de Venise »)¹⁵⁷,

¹⁵² Cf. p. ex. RUSSEL (USA), p. 10.

¹⁵³ FONJALLAZ, p. 50.

¹⁵⁴ Cf. toutefois *infra*, Chap. 4, N 440-459 concernant les infractions disciplinaires découlant des actes juridictionnels des magistrats du siège.

¹⁵⁵ Cf. p. ex. TANQUEREL, Avis de droit, N 40, 43-45 et les réf. ; POLTIER, PJA, p. 1024 s. et *passim*.

¹⁵⁶ P. ex. ATF 136 I 323, consid. 4.4.

¹⁵⁷ La Commission de Venise, créée en 1990, est un organe consultatif du Conseil de l'Europe dont le but est de procurer des conseils juridiques à ses Etats membres sur des questions de droit constitutionnel, en particulier « d'aider ceux qui souhaitent mettre leurs structures juridiques et institutionnelles en conformité avec les normes et l'expérience internationales ».

dans un rapport publié en 2010, a par ailleurs souligné que « *dans les textes internationaux, la question de l'indépendance interne au sein du système judiciaire a bénéficié d'une moindre attention que celle de l'indépendance externe. Elle semble pourtant tout aussi importante* »¹⁵⁸. La Commission de Venise a précisé à ce titre que « *[d]ans plusieurs Constitutions, il est indiqué que "les juges ne sont soumis qu'à la loi". Ce principe protège d'abord les juges contre toute influence extérieure induite. Cependant, il peut aussi s'appliquer à l'intérieur du système judiciaire. Une organisation hiérarchique de la magistrature dans laquelle les juges seraient subordonnés aux présidents de tribunaux ou à des instances supérieures dans l'exercice de leur activité juridictionnelle porterait manifestement atteinte à ce principe* »¹⁵⁹. A ce titre, nous pouvons déjà mentionner qu'en Italie, l'art. 2 al. 1 let. e D.lgs.109/06/I érige justement en infraction disciplinaire l'ingérence (injustifiée) d'un magistrat judiciaire dans l'activité des autres magistrats (« *l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato* »)¹⁶⁰.

3. L'indépendance et l'impartialité

106. — Le principe de l'impartialité, qui découle notamment de l'art. 30 al. 1 Cst. féd., a deux composantes : objective et subjective. L'impartialité objective tend notamment à empêcher la participation du même magistrat du siège à des titres divers dans une même cause et à garantir l'indépendance du magistrat du siège à l'égard de chacun des plaideurs. A ce titre, on considère que l'exigence d'impartialité de la justice vis-à-vis du justiciable doit être réalisée déjà en apparence. L'impartialité subjective, qui touche au for intérieur du magistrat du siège, assure à chacun que sa cause sera jugée sans acception de personne ; elle est présumée¹⁶¹.

107. — On considère généralement que l'« apparence d'impartialité » de la justice vis-à-vis du justiciable, qui correspond à l'impartialité objective, est au

en matière de démocratie, de droits de l'homme et de prééminence du droit » (cf. [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation] [consulté le 04.12.2013]). Sur le rôle et l'impact de la Commission de Venise, cf. not. HOFFMANN-RIEM.

¹⁵⁸ COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 68. En ce sens ég. : GUARNIERI/PEDERZOLI (I/GB), p. 47.

¹⁵⁹ COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 68.

¹⁶⁰ Cf. ég. art. 417 ch. 4 LOPJ/E : « *[s]on faltas muy graves [...] [la] intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado* ».

¹⁶¹ P. ex. ATF 136 III 605, consid. 3.2.1. Cf. ég. TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.1.

moins aussi importante que l'impartialité subjective des magistrats du siège. Cette « apparence d'impartialité » est directement mise en lien avec la recherche (la finalité) de la confiance des justiciables dans l'appareil judiciaire¹⁶². Selon le Tribunal fédéral, « *il s'agit [en effet] de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des [magistrats du siège], certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure* »¹⁶³.

108. — Les notions d'indépendance – dans ses composantes institutionnelle et individuelle – et d'impartialité sont donc étroitement liées¹⁶⁴. L'indépendance est la garant(i)e de l'impartialité¹⁶⁵, celle-ci découlant donc de celle-là¹⁶⁶. Elle est également une condition de l'impartialité, laquelle est « *essentielle pour la crédibilité des systèmes judiciaires ainsi que pour la confiance que ceux-ci doivent inspirer dans toute société démocratique* »¹⁶⁷. Les circonstances peuvent ainsi appeler un examen conjoint des critères d'indépendance et d'impartialité¹⁶⁸.

C. La portée pour notre sujet

1. La tension entre la responsabilité des magistrats du siège et l'indépendance de la justice

109. — Les magistrats du siège remplissent une mission de service public et ne peuvent refuser de statuer sur les conflits dont ils sont saisis. Ils s'exposent à un regard du public également sur leurs activités privées, extrajudiciaires, et peuvent encourir une responsabilité pour des faits commis en dehors de

¹⁶² P. ex. TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.1. Sur cette question, cf. ég. *infra*, N 124, 338 ss.

¹⁶³ TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.1 et les réf.

¹⁶⁴ CCJE, Avis n° 3, par. 16 ; CourEDH, arrêt *Dubus SA c. France* du 11.06.2009, req. n° 5242/04, par. 54 et les réf. ; CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 107. Cf. ég. Cour Suprême (CA), arrêt *Andrée Ruffo c. Conseil de la magistrature*, 1995 CanLII 49 (C.S.C.), par. 38 ss.

¹⁶⁵ CCJE, Avis n° 1, par. 11.

¹⁶⁶ P. ex. GASS, Bild, p. 150.

¹⁶⁷ CCJE, Avis n° 3, par. 16.

¹⁶⁸ P. ex. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 107.

l'exercice de leur fonction. La question de la responsabilité des magistrats du siège se confronte toutefois nécessairement avec le principe de l'indépendance de la justice, qui déploie des effets sur la quasi-totalité des aspects de la fonction de magistrat du siège¹⁶⁹. Il apparaît ainsi une tension¹⁷⁰ entre, d'une part, la responsabilité que l'on fait porter aux magistrats du siège dans un système donné et, d'autre part, l'indépendance dont ceux-ci jouissent¹⁷¹.

110. — En raison des exigences liées à la fonction qu'ils exercent au sein de l'Etat, les magistrats du siège ne peuvent généralement pas, sans autre, être soumis au même régime de responsabilité – civile, pénale et disciplinaire – que celui réservé aux autres agents publics. Cette problématique peut être illustrée par l'extrait suivant, tiré d'une prise de position du Tribunal cantonal neuchâtelois publiée à l'occasion des discussions relatives, notamment, à l'institution d'un conseil de la magistrature : « [l]a surveillance d'un magistrat judiciaire est fort éloignée de celle qui peut s'exercer dans un service administratif, caractérisé par l'existence d'un chef de service qui peut adresser des directives à ses subordonnés, en contrôler l'application et adresser des remontrances aux collaborateurs qui les appliqueraient mal ou pas du tout. Par essence, la surveillance d'un magistrat [judiciaire] empiète sur l'indépendance pleine et entière qui devrait être la sienne, en sorte qu'elle ne peut s'exercer qu'avec mesure »¹⁷². Des aménagements doivent être faits afin d'assurer le respect de leur indépendance¹⁷³.

111. — La question du respect du principe de l'indépendance sous-tendra ainsi l'ensemble des questions étudiées dans le cadre de la présente étude. Il s'agira d'examiner, à chaque stade de l'exposé, si les solutions en présence, ou celles proposées, sont conformes au principe de l'indépendance de la justice¹⁷⁴.

¹⁶⁹ CCJE, Avis n° 1, par. 11. Cf. ég. CCJE, Magna Carta des juges, principe 4 ; CCJE, Avis n° 3, par. 51 ; OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 2 et *passim*.

¹⁷⁰ Cf. HAMMERGREN (USA), p. 149 : « *accountability should not be understood as the diametric opposite of independence; the interaction of the two concepts is more complex* ». Cf. ég., parmi beaucoup d'autres, GAROUPA/GINSBURG (USA), *passim*. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 20.

¹⁷¹ CCJE, Avis n° 10, par. 62. Cf. ég. HOUILLON (F), p. 24.

¹⁷² TC/NE, prise de position du 08.12.2003 sur le Rapport de la commission d'enquête parlementaire (i) concernant les relations entre le Conseil d'Etat et le Département de la justice, de la santé et de la sécurité d'une part, et les autorités judiciaires d'autre part, et (ii) à l'appui d'un projet de décret portant révision de la Constitution cantonale et de six projets de lois, BGC/NE 2003/2004 p. 2187 ss, p. 2346.

¹⁷³ CCJE, Avis n° 10, par. 62.

¹⁷⁴ Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 12 ss, 41 ss.

2. Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège en tant que garant de l'indépendance de la justice

112. — Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège – lorsqu'il est prévu – a une portée différente selon les ordres juridiques. D'une manière générale, il peut être défini comme étant une forme de garantie en vertu de laquelle lesdits magistrats du siège ne peuvent être déplacés, rétrogradés, révoqués et/ou suspendus de leurs fonctions, sauf dans les cas et suivant les formes expressément prévus par la loi¹⁷⁵.

113. — Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège vise à assurer l'indépendance de la justice. Il constitue un des éléments clés de cette indépendance¹⁷⁶, dont l'Etat est le garant¹⁷⁷. GUICHETEAU posait déjà de manière très claire que « [l]e véritable sens, le but unique de l'inamovibilité, est de soustraire les [magistrats du siège] à l'influence du pouvoir exécutif, et par suite d'assurer leur indépendance, de garantir leur impartialité »¹⁷⁸. La protection recherchée se rapporte également à l'influence du pouvoir législatif sur les magistrats du siège, voire à une influence qui serait exercée sur lesdits magistrats au sein même du pouvoir judiciaire.

114. — L'idée d'une nomination des magistrats judiciaires pour une durée indéterminée tend à s'imposer dans les sociétés démocratiques. L'inamovibilité des magistrats judiciaires est notamment recommandée par l'IBA¹⁷⁹ et par la Commission de Venise¹⁸⁰ ; elle est prévue par exemple en France¹⁸¹ et en Espagne¹⁸². En Suisse, le canton de Fribourg est, pour l'heure, le seul canton ayant instauré une forme d'inamovibilité des magistrats du siège : les magistrats fribourgeois du siège sont désignés – en l'occurrence par le biais d'élections – pour une durée indéterminée (cf. art. 6 al. 1 LJ/FR)¹⁸³. Le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège devrait, le cas échéant, être érigé au rang de principe constitutionnel.

¹⁷⁵ Nous renvoyons pour le surplus à PLUEN (F), N 2 ss.

¹⁷⁶ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 49.

¹⁷⁷ CCJE, Avis n° 1, par. 60.

¹⁷⁸ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 238. Cf. ég. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 50 ; CCJE, Avis n° 1, par. 60.

¹⁷⁹ IBA MSJI, Rule 22.

¹⁸⁰ COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 43.

¹⁸¹ Art. 4 al. 1 Ord.1958/F.

¹⁸² Art. 378 al. 1 LOPJ/E.

¹⁸³ Pour des discussions sur la durée du mandat, cf. not. GUGGISBERG ; FELLMANN ; CORBOZ, Richterzeitung, *passim*.

115. — Comme nous le verrons, le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, garant de l'indépendance de la justice, ne doit toutefois pas permettre en tant que tel d'écarter les conséquences d'éventuels manquements de la part desdits magistrats. Des garde-fous sont donc nécessaires. La révocation – disciplinaire ou non disciplinaire – des magistrats du siège offre à ce titre un contrepoids au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège¹⁸⁴. Le canton de Fribourg, qui comme indiqué ci-dessus connaît le principe de l'élection pour une durée indéterminée, réserve ainsi les cas de révocation (art. 6 al. 3 LJ/FR, qui renvoie aux art. 107 ss LJ/FR).

IV. L'importance du droit disciplinaire des magistrats du siège

A. Le fonctionnement de l'appareil judiciaire

116. — D'une part, on constate que l'Etat porte et/ou limite, dans une large mesure, le fardeau de la responsabilité des magistrats du siège. Il répond à titre primaire des dommages causés illicitement par ces derniers, et n'exercera pratiquement jamais son action récursoire – lorsqu'elle est prévue dans l'ordre juridique considéré – à leur encontre¹⁸⁵. Il ne lèvera par ailleurs leur immunité pénale – celle-ci étant en principe relative – que de manière très restrictive¹⁸⁶.

117. — D'autre part, on perçoit une certaine tendance vers une responsabilisation accrue des magistrats du siège¹⁸⁷. En effet, si l'Etat choisit et accepte d'assumer en première ligne les conséquences civiles des actes des magistrats du siège ou de protéger ces derniers des conséquences pénales de leurs actes, il n'est toutefois pas question de laisser lesdits magistrats du siège s'effacer devant les institutions auxquelles ils appartiennent.

118. — Ainsi, une revendication apparaît, de manière plus ou moins marquée selon les systèmes judiciaires, en faveur d'un renforcement de(s) règles

¹⁸⁴ P. ex. COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 33 ss, 39 ss. Cf. ég. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 218 s. ; MAHON/SCHALLER, N 59 ss.

¹⁸⁵ Cf. p. ex. HIRSCH, p. 48.

¹⁸⁶ Pour des cas d'application, cf. p. ex. TF 1C_129/2013 du 28.05.2013 (levée de l'immunité d'un ancien juge à la Cour des comptes du canton de Genève et autorisation de poursuivre pénalement ledit juge) ; 1D_5/2014 du 10.12.2014 (refus du Grand Conseil genevois d'autoriser la levée de l'immunité et la poursuite pénale d'un ancien Procureur général).

¹⁸⁷ CANIVET (F), Responsibility, p. 16 s.

applicables à) la responsabilité des magistrats du siège¹⁸⁸. Cette dynamique peut s'exercer principalement par le biais de la responsabilité disciplinaire. En effet, les responsabilités civile et pénale conservent une portée pratique limitée ; contrairement à la responsabilité disciplinaire, elles ne visent pas directement le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire.

119. — La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège tient donc un rôle particulièrement important dans le contexte du contrôle de l'activité de la justice¹⁸⁹. GUICHETEAU n'hésitait d'ailleurs pas à affirmer, en 1875 déjà, que « [a]utant les magistrats [du siège] sont nécessaires à la société, autant la discipline est indispensable à la magistrature [judiciaire], et nous ne croyons pas exagérer en affirmant que la justice sera toujours d'autant mieux administrée, et par suite l'état social plus florissant, que l'organisation disciplinaire sera plus parfaite et les préceptes qu'elle contient plus scrupuleusement observés »¹⁹⁰.

120. — L'évolution récente du droit des magistrats judiciaires confirme au besoin l'importance actuelle du droit disciplinaire. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁹¹ a notamment souligné la nécessité de mettre en place un système (de responsabilité) disciplinaire. Dans un premier avis, il a relevé que « [m]ême dans les systèmes juridiques où la pratique est satisfaisante en raison de la force des traditions et d'une auto-discipline informelle [...], on prend de plus en plus conscience qu'il serait nécessaire de mettre en place des garde-fous objectifs et formels »¹⁹². Dans un avis ultérieur, il a relevé qu'« une distinction essentielle existe entre les pays de common law, où les [magistrats du siège] professionnels sont moins nombreux et nommés parmi les rangs de professionnels expérimentés, et les pays de droit civil où les magistrats [du siège] sont plus nombreux et entrent généralement plus jeunes dans la carrière », puis indiqué que « [t]ous les systèmes juridiques doivent être dotés d'une forme de système disciplinaire, quoiqu'il ressorte clairement [...] que

¹⁸⁸ P. ex. GORE (F), N 2.

¹⁸⁹ En ce sens : KERBAOL (F), Notes, p. 12. Cf. ég. CCJE, Avis n° 3, par. 51 : « [e]n pratique, la possibilité d'une responsabilité disciplinaire des juges constitue l'aspect le plus important ».

¹⁹⁰ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 253. Cf. ég. D'AGUESSEAU HENRI-FRANÇOIS (F ; anc.), dix-huitième Mercuriale, prononcée à Pâques 1715, reproduite in TUFFERY-ANDRIEU (F), p. 173 ss, 174 : « [é]trange condition de la Justice sur la terre ! Divine dans sa source, elle devient en quelque manière humaine parmi les hommes, et elle porte, malgré elle, l'impression de leur inconstance et la marque de leur instabilité. Il n'appartient qu'à la Discipline de la ramener à la noblesse de son principe, et de l'affranchir des faiblesses de l'humanité. Par elle, la justice des hommes devient une justice uniforme, immuable et éternelle ».

¹⁹¹ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹⁹² CCJE, Avis n° 1, par. 45.

cette nécessité est ressentie beaucoup plus fortement dans certains [Etats] que dans d'autres »¹⁹³.

121. — La garantie d'un fonctionnement adéquat de l'appareil judiciaire devrait toutefois être recherchée davantage dans les mécanismes – matériels et formels – de contrôle de l'activité des magistrats du siège que dans l'étendue de la responsabilité pouvant au final être imputée à ces derniers. L'exigence d'une haute transparence desdits mécanismes de contrôle paraît, à ce titre, au moins aussi importante que la valeur de la responsabilité qui peut en résulter.

B. La légitimité du pouvoir judiciaire

122. — La responsabilité des magistrats du siège est susceptible de porter atteinte à l'indépendance de la justice, mais elle permet également de renforcer la légitimité des magistrats du siège¹⁹⁴. En effet, l'adhésion aux décisions de justice se trouve renforcée si les justiciables ont l'assurance que les décisions ne sont pas entachées d'erreurs ou entourées – plus ou moins largement – de manquements de la part des magistrats du siège les ayant prononcées, ou s'ils ont à tout le moins l'assurance que de telles erreurs pourraient le cas échéant être entreprises par un recours et/ou que de tels manquements pourraient le cas échéant être sanctionnés par un cas de responsabilité¹⁹⁵.

123. — D'une manière générale, on peut ainsi retenir que la légitimité de l'institution judiciaire dans un ordre juridique donné dépend notamment de la qualité du régime de responsabilité des magistrats du siège mis en place, tant au niveau des principes régissant ce régime (valeur absolue et conférée) qu'au niveau des conditions de leur mise en œuvre (valeur effective). A cet égard, la responsabilité disciplinaire des magistrats du siège, en tant qu'elle représente

¹⁹³ CJCE, Avis n° 3, par. 58. Cf. ég. p. ex. RESEAU EUROPEEN DES CONSEILS DE LA JUSTICE (RECJ), *Sofia Declaration on judicial independence and accountability* du 07.06.2013, par. (ii) : « [t]he judiciary must be accountable, comply with ethical guidelines and be subject to an impartial disciplinary system ».

¹⁹⁴ Cf. CCJE, Avis n° 18, par. 34. Comp., concernant la responsabilité disciplinaire, KIENER, *Verantwortlichkeit*, N 45, dont les propos manquent à notre avis cruellement de nuance : « *Die disziplinarische Verantwortlichkeit bedeutet eine erhebliche Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit. In demokratischen Rechtsstaaten herrscht weltweit Einigkeit darüber, dass für Fehler in der Verfahrensleitung und Rechtsprechung der primäre Rechtsschutz zur Verfügung steht. Krasse Fehlleistungen vorbehalten, dürfen solche Fehler nicht disziplinarisch sanktioniert werden* ».

¹⁹⁵ P. ex. CCJE, Avis n° 3, par. 51 ; KERBAOL (F), Notes, p. 12. Cf. ég. CAVALLINI (I), p. 16 ss ; HOULLON (F), p. 24.

une forme de responsabilité visant directement le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire, tient un rôle central.

124. — La responsabilité disciplinaire des magistrats du siège s'inscrit ainsi dans une optique de recherche de la confiance du public dans la justice¹⁹⁶. Nous soulignons toutefois que cette confiance des citoyens dans l'appareil judiciaire, dont BÜHLMANN et KUNZ ont notamment mis en évidence qu'elle est proportionnelle au degré d'indépendance de la justice¹⁹⁷, constitue uniquement l'(un des) effet(s) recherché(s) par l'instauration et l'application correctes d'un système de responsabilité disciplinaire. Il convient par ailleurs de relever que le critère de la confiance du public ne devrait pas être surestimé ; en particulier, il ne devrait pas constituer le moteur de cette démarche : en voulant rechercher la confiance du public, tant lors de l'établissement des règles relatives à la surveillance du pouvoir judiciaire que lors de la mise en œuvre de celle-ci, on risque en fin de compte de perdre cette confiance¹⁹⁸.

125. — Au surplus, nous indiquons que la responsabilité disciplinaire des magistrats du siège vise non seulement la préservation de l'image externe du pouvoir judiciaire, mais aussi sa cohésion interne. Par exemple, une infraction au principe de collégialité commise par un magistrat du siège n'aura probablement aucune répercussion à l'extérieur de l'appareil judiciaire¹⁹⁹.

C. La démarche proposée

126. — Il convient de tenir compte de l'existence de certaines limites à l'étude du droit disciplinaire des magistrats du siège. En effet, cette matière doit être mise en lien avec un nombre important de problématiques qui excèdent son champ mais se confrontent parfois, ou entrent en collision, avec elle.

127. — On pense par exemple au mode de nomination des magistrats du siège²⁰⁰ ; à la périodicité du mandat des magistrats du siège et aux problématiques liées à cette périodicité ; à la portée de la haute surveillance du pouvoir législatif sur la justice.

128. — Il convient par ailleurs de relever la forte politisation de la plupart des problématiques entourant le droit disciplinaire des magistrats du siège, ce qui

¹⁹⁶ CCJE, Avis n° 3, par. 8 s. Cf. ég. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 73 (en lien avec l'éthique des juges) ; NOREAU/ROBERGE (CA ; déontologie), p. 486 ss.

¹⁹⁷ BÜHLMANN/KUNZ, N 11, 19. Cf. ég. LONDERS (B), p. 18 ; DE FONTBRESSIN (B), p. 585.

¹⁹⁸ PELLATON, p. 171 s. Cf. ég. LE POGAM (F), N 241.

¹⁹⁹ Cf. LONDERS (B), p. 2.

²⁰⁰ Sur cette question, cf. p. ex. GONIN/BIGLER, *passim* ; GRODECKI, N 11 ss et les réf. ; cf. ég. WÜTHRICH.

suggère au surplus que tant la définition que l'emploi des instruments légaux existants doivent parfois, en droit disciplinaire des magistrats du siège, rester sujets à réserve.

129. — Tenant compte des limites et difficultés décrites ci-dessus, nous nous proposons de tenter d'apporter un éclairage spécifique sur le droit disciplinaire des magistrats du siège. Il s'agira ainsi de faire abstraction d'un certain nombre de problématiques connexes à l'étude de cette matière. Cette démarche nous permettra de tenter de poursuivre une réflexion qui reste aujourd'hui largement inaboutie. L'on reste toutefois bien conscient, à l'inverse, du caractère réducteur d'une telle méthode.

Chapitre 3 : Le (concept de) droit disciplinaire des magistrats du siège

I. La notion de droit disciplinaire des magistrats du siège

130. — La discipline caractérise une activité de normalisation : considérée dans un sens large, elle consiste dans la recherche de la conformité de la conduite des personnes appartenant à un groupement déterminé à des modèles, que ces modèles soient formulés ou non²⁰¹. La discipline est donc un phénomène inhérent à tout groupement existant pour une certaine durée²⁰².

131. — Un tel groupement peut être désigné en un corps ou constitué en un ordre ou une association (p. ex. le corps des magistrats judiciaires ; l'ordre des avocats d'une circonscription donnée ; une association de magistrats spécialisés dans une certaine discipline, provenant d'une zone géographique déterminée, d'une certaine tradition judiciaire ou linguistique, etc.).

132. — Le phénomène disciplinaire présente une dimension sociologique et soulève des questions philosophiques qui dépassent le cadre de notre travail. Notre étude porte sur le droit disciplinaire et non sur la discipline.

133. — Le droit disciplinaire correspond, selon une approche positiviste, à une expression du phénomène disciplinaire dans le corps des règles étatiques²⁰³. L'intervention de l'Etat vise, à ce titre, la protection d'un intérêt public²⁰⁴. Cette intervention consiste principalement dans la définition et l'application d'un ensemble de règles en vue de contrôler le comportement des personnes appartenant à un corps déterminé (p. ex. les agents de police). Elle peut

²⁰¹ JEAMMAUD (F), p. 19 s. A noter que la discipline, dans son sens premier (XIV^e siècle), est un « [f]ouet fait de cordeles ou de petites chaînes utilisées pour se flageller, se mortifier » (Le Nouveau Petit Robert, éd. 1993, sous « discipline »).

²⁰² CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 20, citant LÉGAL/BRETHE DE LA GRESSAYE ; NEZARD (F ; anc.), p. 7. Dire que la discipline des magistrats judiciaires est consubstantielle à l'institution judiciaire (cf. p. ex. BONNIN [F], p. 1) relève ainsi, en un sens, de la tautologie.

²⁰³ Cf. DELPEREE (B/F), p. 203 : « [l]e droit disciplinaire de la fonction publique est un droit d'Etat ».

²⁰⁴ Cf. p. ex. TF 1P.652/2003, consid. 6.1 (médecins).

également consister dans la sanction (consécration) légale de réglementations autonomes dont se dotent certains groupements organisés et/ou dans le contrôle juridictionnel de certaines activités provenant de tels groupements (p. ex. le code disciplinaire d'une association sportive ou le code déontologique d'un ordre professionnel, et les décisions en découlant)²⁰⁵.

134. — Le droit disciplinaire est donc un moyen étatique formalisé de contrôle de l'activité des personnes appartenant à un groupe déterminé. Il ne se réduit pas à l'organisation et à l'exercice d'une répression²⁰⁶, même si la plupart des définitions proposées tendent à se concentrer sur ce seul aspect²⁰⁷.

135. — Au vu de ce qui précède, le droit disciplinaire peut être défini comme étant l'ensemble des règles juridiques²⁰⁸ qui visent à réglementer le comportement des personnes appartenant à un groupement déterminé afin d'assurer, dans la perspective des objectifs que ledit groupement s'est fixés ou qui lui ont été assignés, l'ordre et le bon fonctionnement à l'intérieur de celui-ci²⁰⁹.

136. — Appliqué aux magistrats du siège, le droit disciplinaire s'entend ainsi comme étant l'ensemble des règles de droit positif, matérielles et procédurales, qui visent à réglementer le comportement desdits magistrats afin d'assurer la bonne marche de l'appareil judiciaire²¹⁰.

²⁰⁵ Sur la tension existant entre l'autonomie réglementaire des associations (professionnelles, sportives, etc.), qui disposent d'un certain pouvoir de réglementation « privé », et l'autorité étatique, laquelle ne dispose parfois plus d'un pouvoir souverain complet en matière disciplinaire, cf. p. ex. CHIAVARIO (I), p. 668. Pour un exemple de contrôle d'une sanction prononcée dans un cadre associatif, cf. p. ex. ATF 138 III 322 (football/FIFA).

²⁰⁶ JEAMMAUD (F), p. 20. Cf. ég. DEUMIER (F), p. 257 : « *la sanction ne permet pas en elle-même d'établir des distinctions, sans se référer au juge qui la prononce, à la règle qu'elle sanctionne, au groupe qu'elle soumet* ».

²⁰⁷ Cf. p. ex. CourEDH, arrêt *Weber c. Suisse* du 22.05.1990, req. n° 11034/84, par. 33 (« [I]es sanctions disciplinaires ont en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers ») ; ATF 108 Ia 230, consid. 2b et 5b ; MONTANI/BARDE, p. 345 ; MOOR/POLTIER, p. 142.

²⁰⁸ Cf. DELPEREE (B/F), p. 204 : règles de droit disciplinaire.

²⁰⁹ Cf. ég. BELLWALD, p. 19 ss ; FAVRE, p. 331 et les réf. ; TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 6.1.

²¹⁰ Cf. RICOL (F ; anc.), p. 19 ss. Cf. ég. MILLARD (F), p. 34. Il convient au surplus de relever que d'autres moyens de contrôle, informels, peuvent être exercés sur les magistrats judiciaires (cf. p. ex. FRIEDMAN [USA], *passim*) ; ce n'est toutefois pas l'objet de notre étude.

II. L'origine et la nature du droit disciplinaire des magistrats du siège

A. L'origine du droit disciplinaire des magistrats du siège

137. — La notion de discipline judiciaire se rapporte, sous sa forme la plus archaïque, à un acte « paternel »²¹¹ exercé généralement de manière informelle et dans un cadre interne, comme l'est typiquement celui de la famille. Sous une forme plus conceptualisée²¹², la discipline des corps judiciaires tire probablement son origine du droit canon. En effet, la discipline ecclésiastique, bien que présentant d'importantes différences avec la discipline judiciaire, a précédé cette dernière et lui a selon toute vraisemblance servi de modèle, tant d'un point de vue matériel que procédural²¹³.

138. — En France, un droit disciplinaire des magistrats – qui définit notamment les devoirs de ceux-ci – commence à prendre forme au Moyen Âge, sous l'impulsion de Charlemagne et de Philippe le Bel²¹⁴. À partir du XVI^e siècle, l'État régleme[n]te progressivement les processus de contrôle de l'activité des magistrats du siège.

139. — Sous l'Ancien Régime, l'influence de la discipline ecclésiastique sur la discipline judiciaire se manifeste de manière notable dans l'institution des mercuriales. Les mercuriales étaient « *des assemblées [des différentes chambres du Parlement] qui se tenaient dans les cours et sièges présidiaux à certaines époques déterminées, et qui avaient pour but le maintien de la discipline* »²¹⁵. On y dénonçait les abus commis dans l'administration de la justice, y compris

²¹¹ MORIN (F ; anc.), I, p. 39 et *passim*.

²¹² Nous rejoignons ainsi DELPEREE (B), RTDH, p. 348 s., qui indique que l'intervention « paternelle et familiale », qu'il qualifie d'intervention pré-disciplinaire dans la mesure où elle constitue plutôt un préalable à la discipline, « *ne peut pas être confondue avec la répression disciplinaire, moins encore avec la répression judiciaire* ». Cf. ég. *infra*, N 159-162.

²¹³ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 88 ss, citant DE LA ROCHE-FLAVIN (F ; anc. ; pour une étude sur ce dernier auteur, cf. p. ex. la contribution de DELPRAT [F]) ; POLEDNA, *passim* ; WALDMANN, p. 95 s. ; MERKER, p. 13 ; HINTERBERGER, p. 31. Cf. ég. FOUCAULT (F), p. 211 s.

²¹⁴ BONNIN, p. 12 ss ; cf. ég. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 91 ss. Cf. ég. OSTERVALD (NE ; anc.), Discours préliminaire, Art. IV.

²¹⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 112.

par des remontrances personnelles²¹⁶. GUICHETEAU indique que ces assemblées, qui « *durent commencer à être réunies dans le courant du XV^e siècle* »²¹⁷, auraient « *été créés à l'imitation de ce qui se pratiquait dans l'Eglise pour assurer l'observation de la discipline ecclésiastique* »²¹⁸.

140. — Dès la fin du XVII^e siècle, les mercuriales perdent leur signification première d'assemblée pour devenir une forme d'exercice oratoire à caractère moral(isateur) par lequel leurs auteurs (notamment les *gens du roy*) s'emploient à décrire avec éloquence les vertus nécessaires aux magistrats judiciaires²¹⁹. Les mercuriales, qui atteignent un apogée stylistique, marquent ainsi une dégénérescence du droit disciplinaire en France²²⁰.

141. — S'ensuivra une lente – et nécessaire – évolution du droit disciplinaire vers un cadre juridictionnel autonome. D'une discipline exercée par le Ministre de la Justice, on observe, durant le Consulat, l'apparition de juridictions diversifiées, le pouvoir de discipline étant partiellement attribué au Ministre de la Justice et aux présidents de cours. Sous la III^e République, la Cour de cassation est instituée en Conseil supérieur de la magistrature, marquant ainsi le début de la juridictionnalisation de la répression disciplinaire. Le Conseil supérieur de la magistrature connaîtra différentes transformations, pour acquérir, sous la IV^e République, son autonomie par rapport à la Cour de cassation²²¹.

142. — Le modèle français connaît un rayonnement important. Il marque profondément la conception de la surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires dans les cantons suisses – tous latins – ayant instauré un conseil de

²¹⁶ Cf. la définition donnée par JOUSSE (F ; anc.), II, p. 255, reproduite par GUICHETEAU (F ; anc.), p. 113 : « [o]n appelle *mercuriales* des assemblées qui doivent se tenir en certains temps de l'année dans les cours et sièges présidiaux dans lesquelles les présidents [de cours] et *gens du Roi* [appelés aujourd'hui procureurs] exhortent les juges à rendre la justice avec exactitude, et font quelquefois des remontrances à ceux qui ont manqué à leurs devoirs. Elles ont été établies sur ce qu'on a reconnu que l'éclat et la dignité de la justice dépendait principalement des bonnes mœurs et de la réputation de ses ministres. Aussi, pour les obliger à se tenir dans leur devoir, on a cru qu'il était nécessaire de les exhorter à honorer leur charge par la pratique des vertus qui leur sont les plus convenables, et de réprimer ceux qui, par leur conduite, se rendent indignes d'exercer un tel emploi. C'est donc pour rendre les juges exacts à remplir leurs devoirs que les *mercuriales* ont été instituées ». Cf. ég. TUFFERY-ANDRIEU (F), p. 13 ss ; CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 18, 54 ss.

²¹⁷ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 112.

²¹⁸ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 113, citant DE LA ROCHE-FLAVIN (F ; anc.).

²¹⁹ TUFFERY-ANDRIEU (F), p. 14 ss.

²²⁰ Cf. BONNIN (F), p. 20 s.

²²¹ BONNIN (F), p. 12 ss ; CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 19 ; LE POGAM (F), N 13.

la magistrature. Cela explique largement les nombreuses références au droit français que comporte notre étude.

B. La nature du droit disciplinaire des magistrats du siège

1. L’empreinte historique du droit pénal

143. — Le droit disciplinaire fait l’objet d’études et se cristallise, en France notamment²²², durant le XIX^e siècle. La doctrine s’intéresse alors particulièrement à la surveillance disciplinaire des acteurs du monde judiciaire, car ceux-ci font l’objet d’attentes particulières de la part du public²²³.

144. — A cette époque, le droit pénal exerce une importante influence sur le droit disciplinaire. En effet, la doctrine – en particulier celle relevant de la tradition juridique française – préconise généralement une application large des règles – matérielles et formelles – du droit pénal en droit disciplinaire²²⁴. Ainsi, GUICHETEAU, notamment, déclarait sans ambages que le droit disciplinaire (des magistrats judiciaires) ne représentait alors, en France, qu’une branche du droit pénal²²⁵.

145. — L’influence du droit pénal sur le droit disciplinaire se renforce au tournant du XX^e siècle, sous l’impulsion des théoriciens de l’Etat. Il est désormais acquis que le droit disciplinaire consiste dans l’exercice par l’Etat de son pouvoir « irrésistible » de contrainte ou de domination²²⁶. L’Etat intervient ainsi directement dans la répression disciplinaire ; il y impose sa force par l’action de son bras, plutôt qu’en en prêtant le secours²²⁷.

²²² Cf. *supra*, N 11 concernant l’Allemagne.

²²³ En ce sens, à cette époque déjà : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 78 ; RICOL (F ; anc.), p. 19. Cf. ég. PRALUS-DUPUY (F), p. 890.

²²⁴ P. ex. CARNOT (F ; anc.), *passim* ; DUBARLE (D ; anc.), p. 466. Cf. ég., concernant la situation en Suisse, MERKER, p. 13 et les réf. ; HINTERBERGER, p. 48 s. et les réf.

²²⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 156 s.

²²⁶ DUGUIT (F ; anc.), p. 462 ss. En ce sens ég. : RICOL (F ; anc.), p. 34 ss, 47 ss. Comp. JELLINEK (D ; anc.), p. 61, 66 ; BELLWALD, p. 19. Un fondement de droit privé est donc clairement à exclure (cf. NEZARD [F ; anc.], p. 32 ss, 56 ; RICOL [F ; anc.], p. 32 ss).

²²⁷ Cf. RICOL (F ; anc.), p. 49 ss, 161. Il n’est bien évidemment de loin pas à exclure, concernant le droit disciplinaire des magistrats du siège, que l’on se situe, eu égard au modèle considéré ou à certaines de ses normes (pour un exemple, cf. *infra*, Chap. 7, N 1469-1479 concernant la sortie volontaire du groupe afin d’échapper à des sanctions disciplinaires), à un « degré intermédiaire » d’étatisation et de juridictionnalisation de (l’exercice de) la répression disciplinaire (cf. JELLINEK [F ; anc.], p. 71, discipline dont l’Etat laisserait volontairement

146. — La reconnaissance du pouvoir de l'Etat s'accompagne toutefois de la revendication d'une (meilleure) juridictionnalisation de la répression disciplinaire. DUGUIT a montré à ce titre que la répression disciplinaire est une répression pénale au point de vue de son fondement, car elle s'explique par une même conception de l'Etat, et que la différence prévalant entre la répression pénale et la répression disciplinaire tient uniquement dans le fait que la répression disciplinaire est une répression pénale qui, d'un point de vue formel, n'a pas (encore) été juridictionnalisée²²⁸. A la suite de DUGUIT, RICOL a également relevé les « *aspirations toujours plus grandes vers la complète juridictionnalisation de la répression disciplinaire* », et indiqué qu'« *à mesure que les fonctionnaires se détachent [...] de l'organisation purement hiérarchique, la décision disciplinaire tend davantage vers la forme juridictionnelle, qui est celle du droit pénal* »²²⁹.

147. — Le rapprochement du droit disciplinaire avec le droit pénal ouvre de nouvelles perspectives, mais fait également naître de nouvelles exigences, qu'il conviendra le cas échéant de prendre en compte.

2. Le rattachement au droit administratif

148. — Durant le XX^e siècle, le droit disciplinaire s'est progressivement affranchi du modèle pénal pour venir intégrer le modèle administratif²³⁰. Le droit administratif, alors en plein essor, a conduit à une modification rapide et profonde de la perception du rapport entre l'Etat et ses agents. Le droit disciplinaire, qui restait finalement relativement peu étudié en doctrine à cette époque, s'est inscrit dans son sillage²³¹.

l'exercice au groupe lui-même). Notre propos n'est toutefois pas de décrire de tels systèmes « intermédiaires ».

²²⁸ DUGUIT (F ; anc.), p. 464 ss, 472 : « [I]a répression disciplinaire tend à acquérir les mêmes garanties [qui entourent les décisions juridictionnelles], et quand l'évolution sera complète, il n'y aura plus de différence entre [la répression disciplinaire et la répression pénale] ». La répression disciplinaire sera ainsi devenue une répression pénale, tant au fond qu'à la forme. Cf. ég. *infra*, N 328.

²²⁹ RICOL (F ; anc.), p. 110 ss, 110.

²³⁰ FAVRE, p. 329. Comp. RICOL (F ; anc.), p. 163, qui, bien que relevant les similitudes avec le droit pénal, considère le droit disciplinaire comme un « *droit pénal administratif de formation récente et encore incomplète, [...] que l'évolution créatrice emporte vers une plus grande perfection* » ; cf. ég. art. 58 al. 1 phr. 1 Ord.1958/F : « [I]a décision rendue est notifiée au magistrat intéressé en la forme administrative ».

²³¹ Cf. FAVRE, p. 339 ; CHATELAIN, p. 99 ; DUGUIT (F ; anc.), p. 469, 471 ; RUBI-CAVAGNA (F), p. 217.

149. — Ainsi, le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 22 octobre 1937²³², confirmé par un arrêt de principe du 6 novembre 1947²³³, a retenu que le droit disciplinaire – respectivement la sanction disciplinaire – est un moyen de contrainte de nature administrative et non pénale.

150. — Le Tribunal fédéral considère depuis lors, dans une jurisprudence restée constante, que « *le droit disciplinaire ne se rattache pas au droit pénal, mais au droit administratif, car la mesure disciplinaire [sic] n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine*²³⁴, mais de maintenir l'ordre à l'intérieur du groupe de personnes auquel il s'applique et [...] d'assurer l'exercice correct de la profession [visée] et de préserver la confiance du public à l'égard des personnes qui l'exercent »²³⁵. Nous proposerons ci-après (cf. 3.) une analyse critique de la position adoptée par le Tribunal fédéral.

3. Le caractère répressif du droit disciplinaire

151. — Le procédé auquel l'on recourt généralement pour justifier le rattachement du droit disciplinaire au droit administratif consiste à distinguer le droit disciplinaire du droit pénal en tentant d'opposer les buts respectifs de ces deux droits²³⁶. Ce procédé, auquel le Tribunal fédéral recourt lui aussi comme on l'a vu²³⁷, peine à convaincre.

²³² ATF 63 I 243, consid. 3 (médecins).

²³³ ATF 73 I 289, consid. 3 (avocats). Cf. ensuite ATF 97 I 831, consid. 1 et 2a ; 109 Ia 217, consid. 4a.

²³⁴ La terminologie employée par le Tribunal fédéral varie. Celui-ci a tendance à utiliser, sans être véritablement explicite sur le choix de cette notion, le terme de manquement plutôt que celui d'infraction. Il semble par ailleurs préférer les notions de mesure ou de sanction – souvent employées indistinctement – à celle de peine (cf. p. ex. ATF 97 I 831 [infractions et peines/sanctions disciplinaires] ; 98 Ib 301 [mesures disciplinaires] ; 109 Ia 217 [peine, sanction] ; TF 2A.448/2003 du 03.08.2004 [peine, sanction, mesure] ; cf. sur cette question ROTH R., *Opportunité*, p. 265). Nous utiliserons, dans la suite de notre travail, les termes « infractions » et « sanctions » disciplinaires.

²³⁵ TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.4 (avocat), citant ATF 108 Ia 230, consid. 2b et 5b. Cf. ég. TF 2P.133/2003 du 28.07.2003, consid. 4.2.1 (médecin) ; ATF 101 Ia 298, consid. 5b, JdT 1997 I 594 ; 98 Ib 301, consid. 2b. Le Tribunal fédéral cite BOINAY, p. 10 (à noter que cet auteur ne prend pas vraiment position, mais se contente de relever la controverse et d'indiquer la position adoptée par le Tribunal fédéral). Cf. ég. RJN 1984 p. 266, peu pertinent à notre sens.

²³⁶ Cf. p. ex. BELLWALD, p. 22 ss.

²³⁷ Cf. *supra*, N 150.

152. — D'une part, le droit pénal n'a pas pour but unique, ni même prioritaire, d'infliger des peines. Le rôle de correction (punition et amendement) régit aussi bien le droit pénal que le droit disciplinaire²³⁸ ; ce rôle ne peut par ailleurs pas être pris comme étant plus important en droit pénal qu'en droit disciplinaire²³⁹.

153. — D'autre part, il convient de relever que le but de maintien de l'ordre au sein d'un cercle déterminé de personnes, dont on voudrait faire le trait distinctif du droit disciplinaire, est également le moteur de toute intervention de l'Etat en matière pénale. On ne peut par ailleurs pas tirer un argument du fait que le droit disciplinaire s'applique à un corps particulier, car le droit pénal lui aussi s'applique parfois à des catégories spécifiques (cf. infractions spéciales)²⁴⁰.

154. — On peut ainsi retenir que le droit disciplinaire et le droit pénal visent tous deux le maintien de l'ordre au sein de la société, au besoin par le prononcé de sanctions²⁴¹. En ce sens, le droit disciplinaire et le droit pénal peuvent être qualifiés de droits disciplinants.

155. — On relève à ce titre que la fonction préventive attribuée au droit disciplinaire rejoint largement celle prévalant en matière pénale²⁴². En effet, la fonction de prévention générale du droit disciplinaire, à l'instar du droit pénal, consiste dans la possibilité donnée aux personnes assujetties d'accorder leur comportement à des normes prédéfinies. La fonction de prévention générale du droit disciplinaire, à l'instar du droit pénal, se rapporte à la sanction : la (menace de la) sanction vise notamment à empêcher une récidive de la part de l'auteur

²³⁸ P. ex. ATF 74 I 84, consid. 2, p. 90 s.

²³⁹ DELPEREE (B/F), N 57 (fonctionnaires).

²⁴⁰ WALDMANN, p. 107 et les réf. ; cf. ég. DELPEREE (B/F), p. 42, 49. Cf. ég. dans ce sens, récemment, l'ATF 140 II 384, consid. 3.2.2 *if.*, JdT 2015 I 3 (maisons de jeu) : « [l]e [Tribunal administratif fédéral] a souligné que seul un petit nombre [d'exploitants de maisons de jeu] sont exposés à la sanction [prévues à l'art. 51 LMJ] ; cet élément n'apparaît pas déterminant dans le présent contexte parce [qu']il existe de nombreuses dispositions pénales qui ne visent qu'un cercle déterminé de destinataires, parfois aussi très restreint (infractions spéciales) ». Comp. BINDER, p. 32 ss ; KELLER, p. 188 ; CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 93. Cf. pour le surplus *infra*, N 1476.

²⁴¹ DELPÉRÉE (B/F), N 58. Cf. ég. BINDER, p. 34 (fonctionnaires).

²⁴² Comp. p. ex. TAF B-4830/2011 du 26.06.2013, consid. 4.3 (maisons de jeu), qui oppose l'effet préventif du droit disciplinaire à l'effet répressif du droit pénal ; cet arrêt a toutefois été partiellement annulé et réformé par l'ATF 140 II 384, JdT 2015 I 3, précité (cf. not. les consid. 3.2.1 et 3.2.2, qui admettent le caractère préventif et répressif de la sanction en cause – laquelle revêt par ailleurs un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH).

de l'infraction et permet d'exercer un effet dissuasif sur les autres membres du groupe régis par les mêmes règles²⁴³.

156. — Finalement, nous indiquons que la fonction de préservation de la confiance du public ne constitue pas non plus un critère de distinction avec le droit pénal²⁴⁴. Nous rappelons²⁴⁵ que la fonction de « préservation de la confiance du public dans la justice », en tant que manifestation d'un but idéal (et non idéal) que l'on s'efforce d'atteindre, constitue uniquement l'(un des) effet(s) recherché(s) par l'instauration et l'application correcte d'un système de responsabilité disciplinaire.

157. — Au vu de ce qui précède, il est possible de considérer que le droit disciplinaire présente les mêmes caractéristiques répressives et structurantes, mais aussi préventives, que le droit pénal²⁴⁶.

158. — On peut ainsi reconnaître au droit disciplinaire une certaine nature pénale. Devrait-on dès lors retenir que le droit disciplinaire doit être rattaché au droit pénal²⁴⁷ plutôt qu'au droit administratif ? Cette question peut être laissée

²⁴³ P. ex. ATF 74 I 84, consid. 2 ; CJ GE, ATA/142/2011 du 08.03.2011, consid. 21c : la sanction « doit être de nature à éviter une récidive et à amener le fautif à adopter à l'avenir un comportement conforme à ses devoirs professionnels ». Cf. ég. DI FEDERICO (I), *Evoluzione, passim*, qui évoque la fonction proactive du droit disciplinaire.

²⁴⁴ Comp. p. ex. KELLER, p. 187 s. ; BELLWALD, p. 22 ss.

²⁴⁵ Cf. *supra*, N 124.

²⁴⁶ DELPEREE (B/F), N 58-61, 64 : « [l]es sanctions disciplinaire et pénale ne diffèrent ni par leur but, ni par leur objet et caractéristiques essentielles ». Selon DELPEREE (B/F), p. 117, seul l'inventaire des peines permettrait finalement de distinguer le droit disciplinaire du droit pénal, ces deux matières possédant leur propre arsenal de sanctions. Cf. ég. FAVRE, p. 335 ; RICOL (F ; anc.), p. 47 ss ; DEUMIER (F), p. 248 s. *Contra* : p. ex. HANGARTNER, p. 427, 433 ; HEIDELMANN (D), p. 65 ss ; FISCHER (D), p. 45 ss.

²⁴⁷ Il convient par ailleurs de noter qu'il serait possible de soutenir, dans une perspective inverse, que le droit pénal est lui-même tourné vers le modèle disciplinaire (cf. déjà NEZARD [F ; anc.], p. 101 s.) à tel point qu'il pourrait être considéré comme un droit disciplinaire particulier (cf. DELPEREE [B/F], p. 42 : « [n]e faut-il pas renverser la formule traditionnelle selon laquelle "le droit disciplinaire est le droit pénal d'une société particulière" et affirmer, dans une formule d'inspiration toute différente, que "le droit pénal est le droit disciplinaire de la société étatique" ? »), qui lui est subsidiaire (DELPREE [B], RTDH, p. 345).

ouverte²⁴⁸. Nous pouvons nous contenter, pour notre travail²⁴⁹, d'admettre que le droit disciplinaire (des magistrats du siège) présente un caractère répressif²⁵⁰. En ce sens, le droit disciplinaire (des magistrats du siège) pourrait être considéré comme formant, avec le droit pénal, un droit répressif commun²⁵¹.

III. Conclusions intermédiaires et perspectives

A. De la discipline au droit disciplinaire des magistrats du siège

1. La mutation du pouvoir disciplinaire

159. — L'expression du phénomène disciplinaire dans le corps des règles étatiques, évoquée ci-dessus²⁵², ne doit pas être comprise comme étant une simple traduction de la discipline dans le droit positif. En effet, le droit positif (le droit disciplinaire) absorbe, ou supprime, un pouvoir disciplinaire qui préexistait dans le groupe. Il résulte de cette opération un pouvoir

²⁴⁸ En ce sens : p. ex. BINDER, p. 32 ss, qui montre que la portée de la question de la nature juridique du droit disciplinaire doit être relativisée. MOOR/POLTIER, p. 134, préconisent quant à eux, plutôt que de faire des analogies avec le droit pénal, d'appliquer le principe de la proportionnalité, ce qui rendrait inutile le débat sur la qualification (droit pénal ou droit administratif) des mesures administratives et permettrait, le cas échéant, de mieux tenir compte de la double finalité, pénale et administrative, de ces mesures.

²⁴⁹ Nous relevons pour le surplus, concernant la question de la détermination de la nature juridique du droit disciplinaire, qu'aucune solution susceptible d'être acceptée de façon générale ne nous paraît pouvoir être trouvée, dans la mesure où une telle solution dépend(ra)it largement de la tradition juridique ou de la branche dans laquelle l'observateur s'inscrit (publiciste, administrativiste, pénaliste, civiliste, etc.) ainsi que de la pesée entre les différentes disciplines des sciences humaines auxquelles on se réfère (droit, sociologie, sociologie politique, etc.).

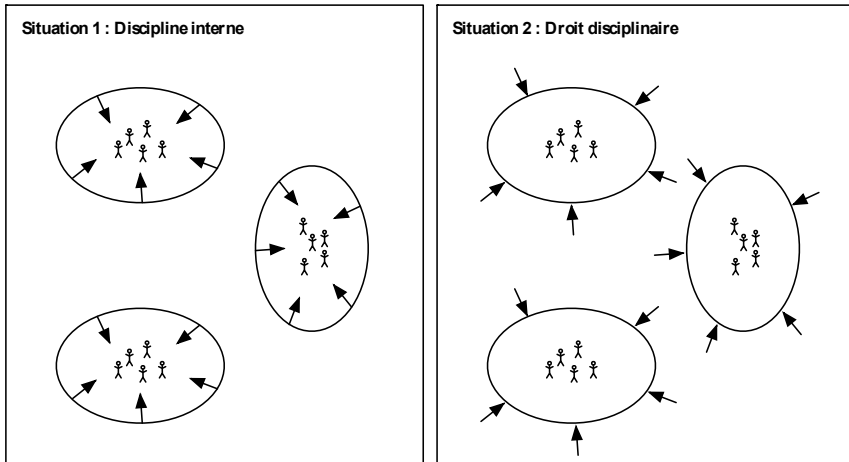
²⁵⁰ Cf. OGG, p. 4, 9, 40 ss, 219 ; FAVRE, p. 339. Cf. ég. art. 1 al. 3 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH) (cf. *infra*, N 978) : « *Massnahmen, die [e]inen Strafzweck verfolgen* ».

²⁵¹ DELPEREE (B), RTDH, p. 344 s., 347 : « [c]ertes le droit disciplinaire n'est pas le droit pénal. Il n'empêche qu'il fait partie, avec lui, d'une même catégorie, qui est celle du droit répressif » ; RUBI-CAVAGNA (F), p. 224, qui utilise l'expression « droit commun répressif ». Cf. ég. DELLIS (F), *passim*, qui propose de dépasser la distinction entre droit pénal et droit administratif et de retenir la notion de « contrainte étatique ».

²⁵² N 133.

métamorphosé : celui-ci ne se rapporte plus à une discipline exercée à l'intérieur du groupe²⁵³, mais à une discipline de l'Etat sur les groupes eux-mêmes²⁵⁴.

160. — On peut représenter la situation de la manière suivante :



161. — Cette dernière construction ouvre un vaste champ de réflexion, car elle conduit à s'interroger sur les conditions et la valeur mêmes de l'intervention de l'Etat en matière disciplinaire. On constate en effet que l'élaboration du droit disciplinaire, de manière quelque peu paradoxale, tend à effacer la discipline considérée dans son sens originel. Il conviendra de tenir compte de cet élément en particulier dans l'examen de la question de la définition des autorités disciplinaires²⁵⁵ et dans celui de la question de l'étendue des droits subjectifs des magistrats du siège²⁵⁶.

162. — Il faut par ailleurs souligner que le pouvoir disciplinaire correspond, traditionnellement, à un pouvoir hiérarchique²⁵⁷. Or ce rapport hiérarchique n'a pas lieu d'être – à tout le moins – en droit disciplinaire des magistrats du siège. En effet, il découle du principe de l'indépendance de la justice que l'autorité

²⁵³ Cette conception de la discipline ressort not. de la théorie de l'institution élaborée en France par HAURIOU (F) et reprise et développée not. par MOURGEON (F) (sur cette théorie, cf. p. ex. MILLARD [F], p. 36, 40).

²⁵⁴ MILLARD (F), p. 36, 40.

²⁵⁵ Cf. *infra*, Chap. 6.

²⁵⁶ Cf. *infra*, N 172-226.

²⁵⁷ LAURIE (F), p. 141 ss.

chargée de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège, bien que disposant du pouvoir de sanctionner leur (in)conduite²⁵⁸, ne doit pas être placée dans une position de supériorité hiérarchique par rapport à ceux-ci²⁵⁹.

2. L'intérêt du corps fait place à l'intérêt général

163. — Selon l'approche proposée ci-dessus, la discipline, exercée par le corps des magistrats du siège agissant pour lui-même, fait place au droit disciplinaire, exercé par l'Etat agissant au nom de la société. Le groupe des magistrats du siège n'apparaît dès lors plus fermé sur lui-même ; des intérêts collectifs (publics) sont concernés, dont la sauvegarde est assurée par l'intervention de l'Etat²⁶⁰. Le droit disciplinaire des magistrats du siège dépasse ainsi la recherche d'une cohésion interne du groupe desdits magistrats et la protection de la réputation ou la préservation de la dignité de ces derniers²⁶¹.

164. — GUICHETEAU, en 1875, exprimait déjà cette idée : « [a]utant les magistrats sont nécessaires à la société, autant la discipline est indispensable à la magistrature, et nous ne croyons pas exagérer en affirmant que la justice sera toujours d'autant mieux administrée, et par suite l'état social plus florissant, que l'organisation disciplinaire sera plus parfaite et les préceptes qu'elle contient plus scrupuleusement observés. Ainsi, cette institution qui semble au premier abord ne concerner qu'un seul corps constitué, intéresse, en réalité, la société tout entière [...] »²⁶². On remarque que GUICHETEAU²⁶³, en tant qu'il reconnaissait l'existence d'un intérêt public à l'organisation de la

²⁵⁸ Cf. ég. *supra*, N 145 concernant la notion de pouvoir de domination.

²⁵⁹ On rejoint en ce sens l'avis exprimé par DUGUIT (F ; anc.) qui, en 1930 déjà, considérait que le pouvoir disciplinaire, qui dérive du pouvoir de surveillance, doit être distingué du pouvoir hiérarchique (DUGUIT [F ; anc.], *Traité*, p. 249, cité par MILLARD [F], p. 36). Ce qui constitue par ailleurs un élément nous conduisant à désapprouver l'utilisation du terme « supérieur » dans les expressions « conseil supérieur de la magistrature » ou « conseil supérieur de la justice ».

²⁶⁰ CHIAVARIO (I), p. 666.

²⁶¹ Comp. p. ex. TF 1P.652/2003, consid. 6.1 (médecins), qui confère toujours une place centrale à la notion de dignité du corps.

²⁶² GUICHETEAU (F ; anc.), p. 253 (cf. ég. citation partielle *supra*, N 119). Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 161.

²⁶³ Comp. toutefois GUICHETEAU (F ; anc.), p. 159, qui définit l'action disciplinaire comme une « sorte de châtiment domestique ayant pour but de maintenir intacts l'honneur et la considération d'un corps à l'action publique instituée pour sauvegarder la société et punir un coupable ».

discipline²⁶⁴ des magistrats judiciaires, était déjà²⁶⁵ passé du plan de la discipline à celui du droit disciplinaire²⁶⁶.

B. La place du droit disciplinaire des magistrats du siège dans l'ordre juridique

1. Un droit administratif à caractère pénal

165. — Suivant l'approche décrite ci-dessus, le droit disciplinaire des magistrats du siège peut être considéré comme présentant un caractère répressif, tout en restant formellement rattaché au droit administratif. Comme nous le verrons, cette solution, qui peut être acceptée à tout le moins à titre de pis-aller, commande toutefois certains aménagements, tant au niveau matériel que procédural.

166. — Il conviendra par exemple d'examiner si le caractère de certaines sanctions disciplinaires impose éventuellement d'appliquer, dans les procédures concernées, les garanties matérielles et procédurales du droit pénal²⁶⁷. Nous aurons dès lors l'occasion de revenir, directement ou indirectement, sur la question de la nature juridique du droit disciplinaire des magistrats du siège.

²⁶⁴ Cf. ég. DUGUIT (F ; anc.), p. 470.

²⁶⁵ Comp. LONDERS (B), p. 1, qui, en 2005, émettait le constat d'un glissement de la protection de la cohésion du corps vers « *un exercice de la fonction socialement justifié* » depuis les dix dernières années.

²⁶⁶ Comp. KERBAOL (F), p. 379 ss, 393, 453 s., qui insiste – de manière erronée selon nous – sur le caractère et la finalité internes au corps de la discipline des magistrats judiciaires ; WALDMANN, p. 97, qui indique que le droit disciplinaire vise davantage le maintien de l'ordre au sein du groupe que le maintien d'un ordre social et la protection des intérêts de la communauté ; LAURIE (F), p. 148, qui indique en substance que le droit disciplinaire n'est pas le droit pénal, que la répression disciplinaire conserve un caractère interne et que les intérêts en présence ne sont pas ceux de la société tout entière. Cf. ég. MCF-DPA, FF 1971 I p. 1017 ss, p. 1023 s., qui indique que les infractions au droit (pénal) administratif sont également condamnables du point de vue de la morale individuelle et sociale.

²⁶⁷ Cf. ég. RUBI-CAVAGNA (F), p. 230, qui relève que l'interprétation des principes du droit pénal en droit disciplinaire n'est pas homogène, ce qui conduit à la présence de garanties amoindries.

2. L'application du droit pénal administratif (aperçu)

167. — Le droit pénal administratif peut être défini comme étant l'ensemble des règles régissant l'instruction et la répression, par des autorités administratives – juridictionnelles ou non –, d'infractions pénales définies généralement dans des lois ou ordonnances administratives²⁶⁸.

168. — Il nous paraît indiqué d'apporter un éclairage sur la question de l'appartenance du droit disciplinaire des magistrats du siège au droit pénal administratif. En effet, comme on l'a vu, le droit disciplinaire des magistrats du siège se manifeste généralement dans un cadre organique administratif²⁶⁹. Or, si l'on admettait que le droit disciplinaire des magistrats du siège forme un droit de nature pénale, alors ce droit pourrait entrer dans le champ du droit pénal administratif²⁷⁰. Selon cette optique, l'instruction et la répression disciplinaires incomberaient le cas échéant (formellement) à des autorités administratives – juridictionnelles ou non – qui, matériellement, applique(raie)nt des règles – matérielles et procédurales – de droit pénal. L'admission d'une appartenance du droit disciplinaire des magistrats du siège au droit pénal administratif ne serait toutefois pas sans poser de (nouveaux) problèmes.

169. — Au niveau fédéral, la surveillance disciplinaire des magistrats du siège ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Des règles sur le droit pénal administratif existent, qui ne sont pas forcément adaptées à cette matière. La loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA) s'applique lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions (art. 1 DPA). Conformément à l'art. 2 DPA, les dispositions générales du Code pénal suisse (CP) seraient applicables le cas échéant aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, à moins que la loi fédérale sur le droit pénal administratif, ou une loi administrative spéciale qui primerait sur la loi fédérale sur le droit pénal administratif, n'en dispose autrement. Le Titre troisième de la loi précitée (art. 19-103 DPA) règle la « procédure pénale administrative ».

²⁶⁸ Cf. MCF-DPA, FF 1971 I p. 1017 ss, p. 1028.

²⁶⁹ Cf. MOOR/POLTIER, p. 156.

²⁷⁰ Cf. déjà RICOL (F ; anc.), p. 162, qui, loin d'exclure toute distinction entre le droit disciplinaire et le droit pénal, dégageait néanmoins une tendance : « *le droit disciplinaire, tout en ne se confondant pas avec le droit pénal, présente cependant les mêmes caractères. Considérons donc le droit disciplinaire pour ce qu'il est : pour un droit pénal administratif de formation récente et encore incomplète, et que l'évolution créatrice emporte vers une plus grande perfection* ». Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 12.

170. — Au niveau cantonal, la surveillance disciplinaire des magistrats du siège est parfois réglementée de manière spécifique. Le cas échéant, les règles matérielles et procédurales applicables ne sont pas considérées comme du droit pénal administratif, mais comme du droit administratif ; elles renvoient généralement aux dispositions cantonales sur la procédure administrative²⁷¹, voire à la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA) à titre de droit supplétif. Si l'on devait considérer que les dispositions cantonales sur le droit disciplinaire appartiennent (ou devraient appartenir) au droit pénal administratif²⁷², alors ces dispositions devraient renvoyer, à titre de droit supplétif, aux dispositions générales de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) et/ou à la partie générale du Code pénal²⁷³, et, le cas échéant, aux dispositions du Code de procédure pénale (CPP)²⁷⁴.

171. — Comme indiqué ci-dessus²⁷⁵, le fait de reconnaître un caractère répressif au droit disciplinaire des magistrats du siège ne signifie pas encore que celui-ci doit être considéré comme appartenant au droit pénal ; par extension, cela ne signifie également pas que les règles matérielles et formelles du droit pénal administratif doivent lui être appliquées. Nous avons choisi de laisser ouverte la question de la nature juridique du droit disciplinaire des magistrats judiciaires ; cela comprend également la question d'un rattachement éventuel de cette matière au droit pénal administratif. Il nous paraît davantage utile, en l'état actuel, de nous concentrer sur les conditions minimales du droit disciplinaire des magistrats du siège. Nous relevons pour le surplus (i) que le droit disciplinaire des magistrats du siège ne s'exprime pas forcément dans un cadre organique administratif et (ii) que les règles spéciales aménagées en matière disciplinaire seraient le cas échéant considérées comme prenant le pas sur les règles générales du droit pénal administratif, de sorte que la portée de la question de l'application du droit pénal administratif au droit disciplinaire des magistrats du siège devrait en tout état de cause être relativisée.

²⁷¹ P. ex. art. 104 al. 3 LJ/FR et art. 23 RCM/FR ; art. 19 al. 7 LOJ/GE ; art. 69b al. 6 LOJ/JU ; art. 74 LMSA/NE ; art. 88 LOG/TI.

²⁷² Si l'on allait jusqu'à retenir que le droit disciplinaire des magistrats du siège appartient au droit pénal – ce que nous ne soutenons pas (cf. *supra*, N 158) –, cela impliquerait que les cantons n'auraient pour ainsi dire pas de compétence de légiférer en la matière (cf. art. 335 CP *a contrario*).

²⁷³ Cf. MCF-DPA, FF 1971 I p. 1017 ss, p. 1028.

²⁷⁴ Comp. art. 82 DPA.

²⁷⁵ N 158.

IV. Les garanties conventionnelles et constitutionnelles applicables

A. Remarques préalables

172. — Les garanties conventionnelles applicables aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège découlent de plusieurs textes conventionnels. Nous limiterons notre examen, à ce titre, aux (principales) garanties résultant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II) et de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) (ci-après, B.). Les deux textes précités produisent des effets directs en Suisse²⁷⁶ et/ou font partie de l'ordre public international²⁷⁷.

173. — Les garanties constitutionnelles applicables en cette matière résultent de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ci-après : la « Constitution fédérale ») et des 26 constitutions cantonales. Nous limiterons notre examen, à cet égard, aux (principales) garanties découlant de la Constitution fédérale (ci-après, C.). Ces garanties s'appliquent à l'ensemble des magistrats du siège exerçant leurs fonctions en Suisse, que ceux-ci appartiennent à la magistrature judiciaire fédérale ou cantonale.

B. Le Pacte ONU II et la Convention européenne des droits de l'homme

1. Les garanties générales

174. — L'art. 14 par. 1 Pacte ONU II et l'art. 6 par. 1 CEDH²⁷⁸ garantissent le droit à un procès équitable, ce qui comprend le droit à ce que sa cause soit

²⁷⁶ C'est le cas de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : cf. ATF 101 Ia 67, consid. 2c.

²⁷⁷ Cf. ATF 123 II 511, consid. 6a : « [l]es standards minimaux de protection des droits individuels résultant de la CEDH ou du Pacte ONU II font partie de l'ordre public international ». Cf. ég. art. 5 al. 4 Cst. féd.

²⁷⁸ Afin de ne pas alourdir le texte de notre exposé, nous nous référerons ci-après uniquement à l'art. 6 par. 1 CEDH. Les développements proposés s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II.

entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal établi par la loi, indépendant et impartial.

175. — Les dispositions précitées ne s'appliquent toutefois que lorsque l'on se trouve en présence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil (volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH) ou d'une accusation en matière pénale (volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH). La question de l'applicabilité de l'art. 6 par. 1 CEDH – sous l'angle de son volet civil et/ou de son volet pénal – aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège sera traitée dans un titre séparé (ci-après, 3.).

176. — L'art. 2 par. 3 let. a Pacte ONU II et l'art. 13 CEDH garantissent en outre le droit à un recours effectif devant une instance nationale²⁷⁹.

2. Les garanties spécifiques en matière pénale

177. — Le Pacte ONU II et la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles offrent des garanties supplémentaires en matière pénale (c'est-à-dire supplémentaires à celles applicables lorsque l'on se trouve en présence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil). Ces garanties supplémentaires, que nous énumérerons ci-dessous, ne s'appliquent toutefois que lorsque l'on se trouve en présence d'une accusation en matière pénale au sens (de l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II et) de l'art. 6 par. 1 CEDH (volet pénal desdites dispositions)²⁸⁰. La question de l'applicabilité du volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège sera traitée dans un titre séparé (ci-après, 3.c.).

178. — L'art. 14 par. 2 Pacte ONU II et l'art. 6 par. 2 CEDH consacrent le principe de la présomption d'innocence²⁸¹.

179. — L'art. 14 par. 3 Pacte ONU II et l'art. 6 par. 3 CEDH garantissent le droit à une défense effective, ce qui comprend notamment le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée à son encontre²⁸².

²⁷⁹ Cf. ég. *infra*, Chap. 6, N 717-758 concernant les exigences structurelles relatives aux autorités disciplinaires ; Chap. 7, N 1414-1464 concernant les voies de droit.

²⁸⁰ Afin de ne pas alourdir le texte de notre exposé, nous nous référerons ci-après uniquement à l'art. 6 par. 1 CEDH. Les développements proposés s'appliquent, *mutatis mutandis*, à l'art. 14 par. 1 Pacte ONU II.

²⁸¹ Cf. ég. *infra*, N 1281. Cf. ég. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 228 s.

²⁸² L'art. 6 par. 3 CEDH est libellé comme suit : « [t]out accusé a droit notamment à : (a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; (b) disposer du temps et des

180. — L'art. 15 Pacte ONU II et l'art. 7 par. 1 CEDH posent le principe de la légalité des infractions et des sanctions, ce qui comprend l'interdiction d'une application rétroactive de la loi²⁸³.

181. — L'art. 7 Pacte ONU II et l'art. 3 CEDH prévoient l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁸⁴.

182. — L'art. 14 par. 7 Pacte ONU II et l'art. 4 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH²⁸⁵ (ci-après : le « Protocole n° 7 CEDH ») confèrent le droit à ne pas être poursuivi ou puni deux fois en raison de la même infraction (principe « *ne bis in idem* »)²⁸⁶.

183. — L'art. 14 par. 5 Pacte ONU II et l'art. 2 Protocole n° 7 CEDH fondent le droit de faire examiner toute déclaration de culpabilité ou condamnation par une juridiction supérieure (exigence d'un double degré de juridiction en matière pénale)²⁸⁷.

184. — Le droit de ne pas s'auto-incriminer (principe « *nemo tenetur se ipsum accusare* ») découle de l'art. 14 par. 3 let. g Pacte ONU II²⁸⁸. Il peut également

facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; (c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; (d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; (e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1278-1311 concernant les garanties et droits procéduraux applicables en droit disciplinaire des magistrats du siège.

²⁸³ Cf. ég. *infra*, Chap. 4, N 270-335 concernant le principe de la légalité des infractions disciplinaires ; Chap. 5, N 621-629 concernant le principe de la légalité des sanctions disciplinaires.

²⁸⁴ Cf. ég. *infra*, Chap. 5, N 469-617 concernant l'échelle des sanctions disciplinaires ; 618-693 concernant les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires.

²⁸⁵ RS 0.101.07 ; approuvé par l'Assemblée fédérale le 20.03.1987, instrument de ratification déposé par la Suisse le 24.02.1988, entré en vigueur en Suisse le 01.11.1988.

²⁸⁶ Cf. ég. *infra*, Chap. 5, N 666-693 concernant l'applicabilité du principe « *ne bis in idem* » en droit disciplinaire (des magistrats du siège).

²⁸⁷ Cf. ég. *infra*, Chap. 6, N 717-758 concernant les exigences structurelles relatives aux autorités disciplinaires ; Chap. 7, N 1414-1464 concernant les voies de droit.

²⁸⁸ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1299-1302 concernant le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

être déduit de l'art. 6 par. 1 CEDH (droit à un procès équitable), voire de l'art. 6 par. 2 CEDH (principe de la présomption d'innocence)²⁸⁹.

3. La question spécifique de l'applicabilité de l'art. 6 par. 1 CEDH aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège

a. Généralités

185. — La question de l'applicabilité de l'art. 6 par. 1 CEDH à la fonction publique – ce qui inclut les magistrats du siège – fait l'objet de nombreux débats. Nous examinerons successivement cette question sous l'angle du volet civil (ci-après, b.) et sous l'angle du volet pénal (ci-après, c.) de l'art. 6 par. 1 CEDH.

186. — Si l'on parvient à la conclusion que l'art. 6 CEDH est applicable sous l'angle du volet pénal, il n'y a alors pas lieu de rechercher si la procédure en cause porte sur une « contestation sur des droits de caractère civil »²⁹⁰. En effet, comme mentionné ci-dessus²⁹¹, les garanties prévues sous l'angle du volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH (recouvrent et) sont plus étendues que celles prévues sous l'angle du volet civil de ladite disposition.

b. Le volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH

(i) En général

187. — La notion de « contestation sur des droits et obligations de caractère civil », telle que prévue à l'art. 6 par. 1 CEDH, revêt une portée autonome²⁹². Le Tribunal fédéral a relevé à ce titre que « l'art. 6 par. 1 CEDH ne vise pas seulement les contestations de droit privé au sens étroit - à savoir les litiges

²⁸⁹ CourEDH, arrêt *Funke c. France* du 25.02.1993, req. n° 10588/83, par. 44 s. ; CourEDH, arrêt *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, req. n° 11663/04, par. 52. Cf. ég. ATF 140 II 384, consid. 3, JdT 2015 I 3 ; 131 IV 36, consid. 3.1, JdT 2005 I 529.

²⁹⁰ CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.06.1984, série A no 80, par. 74 ; cf. ég., parmi beaucoup d'autres, CourEDH, arrêt *Matyjek c. Pologne* du 24.04.2007, req. n° 38184/03, par. 42, 59.

²⁹¹ Cf. *supra*, N 177.

²⁹² CourEDH, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23.06.1981, série A, vol. 43, p. 20, par. 44.

entre les particuliers ou entre les particuliers et l'Etat agissant au même titre qu'une personne privée -, mais aussi les actes administratifs adoptés par une autorité dans l'exercice de la puissance publique, pour autant qu'ils produisent un effet déterminant sur des droits de caractère civil. De ce point de vue [...], sont décisifs le contenu du droit matériel et les effets que lui confère la législation nationale. Il convient dès lors de s'interroger préalablement sur l'existence d'un droit subjectif, fondé sur la législation interne [...] »²⁹³.

188. — La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* du 19 avril 2007, a admis l'existence d'une présomption selon laquelle l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique, sous l'angle de son volet civil, aux agents publics²⁹⁴. Revenant partiellement sur les critères établis précédemment dans l'arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999²⁹⁵, la Cour a défini deux conditions devant être remplies pour qu'un Etat puisse invoquer le statut d'agent public d'un administré afin de soustraire celui-ci à la protection offerte par l'art. 6 par. 1 CEDH : (1) l'Etat concerné doit avoir expressément exclu dans son droit interne l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie d'agents en question, et (2) cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat²⁹⁶.

189. — La Cour a précisé, concernant la condition (2) ci-dessus, que « [l]e simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant. Pour que l'exclusion soit justifiée, il ne suffit pas que l'Etat démontre que le fonctionnaire en question participe à l'exercice de la puissance publique ou qu'il existe – pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt *Pellegrin* – un "lien spécial de confiance et de loyauté" entre l'intéressé et l'Etat employeur. Il faut aussi que

²⁹³ ATF 130 I 312, consid. 3.1.2.

²⁹⁴ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, par. 55 ss.

²⁹⁵ CourEDH, arrêt *Pellegrin c. France* du 08.12.1999, req. n° 28541/95. La Cour européenne des droits de l'homme, à l'époque, refusait d'admettre sa compétence *ratione materiae* au motif que le contentieux disciplinaire ne rentrait pas dans la notion de droits et obligations de caractère « civil » au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Elle se fondait sur un critère fonctionnel ayant trait à la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent : « sont [...] soustraits au champ d'application de [l'art. 6 par. 1 CEDH] les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » (arrêt précité, par. 66). L'Etat était considéré comme ayant un intérêt légitime à retenir l'existence d'un lien spécial de confiance et de loyauté concernant de tels fonctionnaires.

²⁹⁶ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, par. 55 ss.

l'Etat montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial susmentionné »²⁹⁷.

190. — La Cour a reconnu l'intérêt que peuvent avoir les Etats membres à limiter, pour certaines catégories d'agents publics, l'accès à un tribunal. Sont ici visés les « *secteurs de la fonction publique impliquant l'exercice de prérogatives discrétionnaires inhérentes à la souveraineté de l'Etat où les intérêts de l'individu doivent céder* ». La Cour a toutefois considéré qu'il appartient en premier chef aux Etats contractants, et non à la Cour, d'identifier les secteurs concernés²⁹⁸.

191. — La notion de « lien spécial de confiance et de loyauté avec l'Etat », auquel la Cour européenne des droits de l'homme se réfère²⁹⁹, s'apprécie différemment suivant la catégorie d'agent public visée. A ce titre, MICHALAUSKAS a mis en évidence que « *[l]es magistrats [du siège], à la différence des policiers et des militaires, ne sont pas, dans l'exercice de leurs fonctions, subordonnés aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques. Au contraire, l'indépendance des magistrats [du siège] est un principe fondamental reconnu dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe* »³⁰⁰.

192. — Il convient de relever que les critères dégagés par l'arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande* suscitent de nouvelles difficultés d'interprétation et, partant, créent (continuent de créer) une insécurité juridique³⁰¹. Une solution pourrait être de retenir, comme le propose MICHALAUSKAS – en lieu et place du critère fonctionnel adopté précédemment dans l'arrêt *Pellegrin* c. *France*³⁰² –, le critère de la nature politique de la fonction en cause³⁰³. Selon cette approche, l'art. 6 par. 1 CEDH devrait être applicable aux contentieux concernant des

²⁹⁷ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, par. 55 ss, 62. Sur la notion de rapport de droit spécial, cf. *infra*, Chap. 4, N 276-285 (cf. ég. 286-302).

²⁹⁸ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, par. 61. Pour un cas d'application (apparemment), cf. CourEDH, arrêt *Özpinar* c. *Turquie* du 19.10.2010, req. n° 20999/04, par. 24, 30 ; comp. CourEDH, arrêt *Olujić* c. *Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 31 ss, 44.

²⁹⁹ CourEDH, arrêt *Pellegrin* c. *France* du 08.12.1999, req. n° 28541/95, par. 65.

³⁰⁰ MICHALAUSKAS (F), p. 649 s.

³⁰¹ Cf., en ce sens, CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, opinion dissidente des juges Costa, Wildhaber, Türmen, Borrego Borrego et Jočienė.

³⁰² A noter que l'article de MICHALAUSKAS est antérieur à l'arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande*.

³⁰³ MICHALAUSKAS (F), p. 652. Sur la question du caractère politique (prépondérant) des décisions rendues en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège, cf. *infra*, N 195 ss.

employés publics politiquement neutres, même si ceux-ci sont investis de prérogatives de puissance publique et exercent directement la souveraineté de l'Etat. Les magistrats judiciaires seraient compris dans cette catégorie. Cette solution constituerait par ailleurs un argument supplémentaire plaidant en faveur de la dépolitisation de la nomination des magistrats du siège en Suisse³⁰⁴.

(ii) *En Suisse*

193. — Le Tribunal fédéral s'est rangé à l'arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* dans un arrêt du 27 octobre 2010 relatif aux fonctionnaires³⁰⁵. A notre connaissance, il n'a toutefois pas confirmé cette jurisprudence en ce qui concerne les magistrats du siège³⁰⁶. Dans un arrêt du 13 décembre 2007, postérieur à l'arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* mais ne prenant pas en compte cette jurisprudence de la Cour, le Tribunal fédéral a indiqué – de manière manifestement erronée – que l'art. 6 par. 1 CEDH « *n'est pas applicable à une procédure de type disciplinaire dirigée contre un magistrat [du siège], soit une personne investie de la puissance publique* »³⁰⁷.

194. — Il apparaît clair selon nous que l'art. 6 par. 1 CEDH devrait s'appliquer en Suisse, sous son volet civil (à tout le moins), en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège³⁰⁸. En effet, aucune disposition de droit interne suisse n'exclut l'accès des magistrats du siège à un tribunal (cf. condition (1) posée par l'arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande*)³⁰⁹.

195. — L'art. 29a phr. 1 Cst. féd. prévoit que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire ». Cette norme étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration, en établissant une garantie générale de l'accès au juge³¹⁰.

³⁰⁴ Sur cette dernière question, cf. SPÜHLER, p. 37.

³⁰⁵ TF 1C_267/2008 du 27.10.2008, consid. 2.3 (fonctionnaires), confirmé not. par TF 8C_453/2009 du 07.04.2010, consid. 2.2 ; 8C_864/2010 du 18.08.2011, consid. 5.2.

³⁰⁶ Cf. *supra*, N 17 et 19 concernant la distinction entre les notions de magistrat du siège et de fonctionnaire.

³⁰⁷ TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 3.3.

³⁰⁸ L'arrêt TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 2b/aa, par lequel le Tribunal fédéral avait nié l'application de l'art. 6 par. 1 CEDH à une procédure ayant conduit à la révocation d'un magistrat du siège au motif que le conflit avait pour origine la participation d'un agent à l'exercice de la puissance publique, apparaît ainsi dépassé.

³⁰⁹ Cf. *supra*, N 188.

³¹⁰ ATF 136 I 323, consid. 4.2.

196. — L'art. 29a phr. 2 Cst. féd. contient toutefois une réserve permettant à la Confédération et aux cantons d'exclure l'accès au juge « dans des cas exceptionnels ». L'art. 86 al. 3 LTF concrétise et circonscrit partiellement la réserve de l'art. 29a phr. 2 Cst. féd. en ce sens qu'il prévoit que les cantons – la Confédération n'est donc pas visée par cette disposition – peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant³¹¹.

197. — Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, « [l]es cas exceptionnels visés par l'art. 29a [phr. 2 Cst. féd.] concernent les décisions difficilement "justiciables", par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques, qui ne se prêtent pas au contrôle du juge »³¹². A notre connaissance, (ni le législateur fédéral, ni) les législateurs cantonaux n'ont (pas) fait usage de la réserve prévue à l'art. 29a phr. 2 Cst. féd. en matière de surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires.

198. — Au surplus, une éventuelle exclusion de l'accès des magistrats du siège à un tribunal devrait être fondée sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat (cf. condition (2) posée par l'arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande*³¹³), ce que la Suisse devrait encore démontrer le cas échéant afin de renverser la présomption posée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Vilho Eskelinen* et al. c. *Finlande*³¹⁴.

199. — Dans un arrêt du 6 février 2009, le Tribunal fédéral a admis le caractère politique (prépondérant) d'une décision d'une autorité politique (le Parlement du canton de Zurich) relative à l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale contre un magistrat du siège³¹⁵. La question de l'admissibilité du principe de la compétence d'un parlement pour décider d'un tel objet³¹⁶ dépasse le sujet de notre exposé, et ne sera dès lors pas discutée. Nous nous limiterons à relever que le fait que la décision relative à l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale à l'encontre d'un magistrat du siège ait été en l'espèce largement fondée sur des motifs politiques (« *staatspolitischen Gründen* ») prête le flanc à la critique ; que cet élément ne devrait, à tout le moins, pas obligatoirement conduire à

³¹¹ Cf. ég. ATF 141 I 172, consid. 4.4.1 et les réf.

³¹² ATF 137 I 128, consid. 4.2 et les réf. Cf. pour le surplus FLEINER/IVANOV, p. 31-40.

³¹³ Cf. *supra*, N 188.

³¹⁴ Cf. *supra*, N 188 ss.

³¹⁵ ATF 135 I 113, consid. 1, JdT 2009 IV 104.

³¹⁶ Dans l'ATF 135 I 113, consid. 1, JdT 2009 IV 104, précité, le Tribunal fédéral a considéré que le traitement de la procédure d'autorisation par le Parlement (en tant qu'autorité non judiciaire) n'était pas critiquable sous l'angle du droit conventionnel.

admettre la présence d'une situation exceptionnelle au sens de l'art. 29a phr. 2 Cst. féd.

200. — A notre sens, une disposition relative aux magistrats du siège édictée en vertu de la réserve prévue à l'art. 29a phr. 2 Cst. féd. ne serait, en tout état de cause, probablement pas compatible avec le principe de l'indépendance de la justice. Nous considérons en effet que ce principe commande(ra)it justement d'exclure soigneusement toute considération politique dans l'exécution de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège – ces derniers devant pouvoir bénéficier sans restriction de la garantie d'une procédure judiciaire³¹⁷.

c. Le volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH

(i) Généralités

201. — La notion d'« accusation en matière pénale » au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH revêt également³¹⁸ une portée autonome³¹⁹. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Engel et al. c. Pays-Bas*, a dégagé des critères permettant de définir si l'on se trouve en présence d'une « accusation en matière pénale »³²⁰. Ces critères, présentés ci-après, sont au nombre de trois : (1) la qualification en droit interne (ci-après, (ii)), (2) la nature de l'accusation (ci-après, (iii)), et (3) la sévérité de la sanction encourue (ci-après, (iv))³²¹.

202. — L'examen des critères s'opère dans l'ordre de leur énumération. La réalisation de l'un des trois critères suffit à admettre que le contentieux visé porte sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH³²².

203. — Les critères (2) et (3) ci-dessus, qui sont alternatifs et non cumulatifs, peuvent toutefois être appréciés conjointement. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme admet « l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée [du critère de la nature de l'accusation et du critère de la

³¹⁷ En ce sens ég. : VOLLERY, N 3, 31, à propos du Conseil de la magistrature fribourgeois. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, N 118.

³¹⁸ Cf. *supra*, N 187 concernant la notion de « contestation sur des droits et obligations de caractère civil » au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

³¹⁹ P. ex. CourEDH, arrêt *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, req. n° 73053/01, par. 30, 38.

³²⁰ CourEDH, arrêt *Engel c. Pays-Bas* du 08.06.1976, Req. n° 5100/71. Cf. ég. ATF 135 I 313, consid. 2.2.1.

³²¹ Cf. ég. OFJ, JAAC 68.49, ch. 1.1 ; ATF 138 I 367, consid. 5.2.

³²² La jurisprudence reste très casuelle ; cela entraîne une insécurité juridique. Pour des développements, cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2227 ss.

nature de la sanction] *ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale* »³²³.

(ii) *La qualification en droit interne (premier critère)*

204. — Le premier critère consiste à examiner si les dispositions régissant l'infraction en cause relèvent, en droit interne, du droit pénal, du droit disciplinaire (droit administratif), ou des deux³²⁴. Si le droit interne qualifie une infraction de pénale plutôt que de disciplinaire, le raisonnement peut être arrêté à ce stade³²⁵. Les garanties pénales découlant de l'art. 6 CEDH s'appliquent.

205. — Si, au contraire, l'on considère que les dispositions régissant l'infraction en cause appartiennent au droit disciplinaire (droit administratif) – comme c'est le cas notamment en Suisse –, il convient alors de se pencher sur le deuxième critère. Dans ce cas, le premier critère constitue un simple point de départ, et l'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative.

(iii) *La nature de l'accusation (deuxième critère)*

206. — Le deuxième critère est le critère le plus important³²⁶. Il consiste à examiner si, au vu de la nature de l'accusation, c'est-à-dire en considération des sujets du droit disciplinaire, de l'infraction disciplinaire, des buts poursuivis par la sanction et de l'autorité compétente, le contentieux disciplinaire ressortit à la matière pénale.

207. — Le critère de la nature de l'accusation revêt une portée autonome. Il s'agit en effet d'éviter que les Etats membres, lorsqu'ils sanctionnent des manquements commis par leurs agents, tentent de contourner les garanties (en particulier pénales) de la Convention européenne des droits de l'homme par

³²³ CourEDH, arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 09.10.2003, req. n° 39665/98 et 40086/98, par. 86 et les réf. Cf. ég. p. ex. CourEDH, arrêt *Menarini Diagnostics s.R.L. c. Italie* du 27.09.2011, req. n° 43509/08, par. 38 ; CourEDH, arrêt *Dubus SA c. France* du 11.06.2009, req. n° 5242/04, par. 36 ; arrêt *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, req. n° 73053/01, par. 31.

³²⁴ CourEDH, arrêt *Weber c. Suisse* du 22.05.1990, req. n° 11034/84, par. 31.

³²⁵ Cf. CourEDH, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 08.06.1976, req. n° 5100/71, par. 81 s.

³²⁶ CourEDH, arrêt *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, req. n° 73053/01, par. 30, 38.

l'utilisation d'une voie disciplinaire qui, par hypothèse, ne prévoirait pas ou exclurait ces garanties³²⁷.

208. — Le procès disciplinaire pourra ainsi, nonobstant une éventuelle qualification interne contraire, être considéré comme portant sur une accusation en matière pénale au sens de la Convention³²⁸. Le caractère autonome de la notion de « matière pénale » au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH opère donc à sens unique : toute matière qualifiée de pénale en droit interne est une matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH ; toute matière non désignée comme telle en droit interne doit encore être examinée à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue en la matière.

209. — La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré, dans une affaire ayant trait au droit fiscal, qu'une majoration d'impôt infligée à un contribuable ayant contrevenu aux règles du droit fiscal « *ne ten[d] pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais vis[e] pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés* ». Elle en a dès lors conclu que les majorations infligées en l'espèce étaient « *fondées sur une norme poursuivant un but à la fois préventif et répressif* », et a observé que « *[c]ette considération suffit à elle seule à conférer à [la sanction] infligée un caractère pénal* »³²⁹.

210. — Comme exposé plus haut, le droit disciplinaire doit selon nous être considéré comme poursuivant un but à la fois préventif et répressif³³⁰. La solution qu'il conviendrait de retenir en droit disciplinaire devrait donc, selon nous, correspondre à celle retenue par la Cour de Strasbourg dans l'affaire évoquée ci-dessus. Dans cette optique, l'art. 6 CEDH serait applicable en Suisse aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège également sous l'angle de son volet pénal ; le raisonnement pourrait alors s'arrêter à l'examen du deuxième critère.

211. — Si l'on tenait – comme nous le proposons à titre général – le deuxième critère pour réalisé, l'art. 6 CEDH s'appliquerait, sous son volet pénal, sans égard à l'intensité de la sanction litigieuse encourue par, ou prononcée à

³²⁷ P. ex. MICHALAUSKAS (F), p. 648 s. ; IMBERT-MAGAND (F), p. 279 s. ; MOOR/POLTIER, p. 645 s. et les réf.

³²⁸ CourEDH, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 08.06.1976, req. n° 5100/71, par. 81 s. Pour un cas d'application récent, cf. CourEDH, arrêt *Menarini Diagnostics s.R.L. c. Italie* du 27.09.2011, req. n° 43509/08, par. 38-42. Comp. NGUYEN, *Sanctions*, p. 204, qui considère apparemment que l'art. 6 par. 1 CEDH, sous son volet pénal, n'est pas applicable en droit de la fonction publique.

³²⁹ CourEDH, arrêt *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, req. n° 73053/01, par. 30, 38.

³³⁰ Cf. *supra*, N 151-158.

l'encontre du, magistrat du siège concerné³³¹. Dans l'hypothèse inverse où la nature pénale de la procédure disciplinaire ouverte à l'encontre d'un magistrat du siège ne devrait pas être admise, il conviendrait alors d'examiner si la sanction disciplinaire encourue, au vu de sa nature et de son intensité, revêt l'aspect d'une peine au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (troisième critère ; ci-après, (iv)).

(iv) *Les caractéristiques de la sanction encourue (troisième critère)*

212. — Le troisième critère consiste à évaluer si la sanction disciplinaire encourue revêt, de par sa nature, son but, son degré de sévérité et/ou ses modalités d'exécution, l'aspect d'une peine au sens de l'art. 7 par. 1 CEDH³³². La notion de « peine » contenue à l'art. 7 par. 1 CEDH, à l'instar des notions de « contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale » figurant à l'art. 6 par. 1 CEDH, a une portée autonome ; elle ne peut dès lors être réduite aux seules infractions contenues dans les lois pénales de l'Etat membre considéré³³³. L'examen de ce critère s'effectuera dans chaque cas d'espèce. Si le caractère pénal³³⁴ de la sanction est retenu, le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire doit bénéficier, en sus des garanties générales, de l'ensemble des garanties du procès pénal prévues par la Convention européenne des droits de l'homme³³⁵.

213. — L'application du troisième critère pourra présenter certaines difficultés. En effet, il apparaît que les infractions disciplinaires ne sont en règle générale pas directement et individuellement couplées avec des sanctions disciplinaires

³³¹ CourEDH, arrêt *Jussila c. Finlande* du 23.11.2006, req. n° 73053/01, par. 30, 38.

³³² CourEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 09.02.1995, req. n° 17440/90, par. 28 ; CourEDH, arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 08.06.1976, req. n° 5100/71, par. 59. Pour un examen plus détaillé de la nature juridique des différentes sanctions disciplinaires, cf. *infra*, Chap. 5, N 469-617.

³³³ CourEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 09.02.1995, req. n° 17440/90, par. 27. Cf. déjà, en France, l'arrêt du Conseil constitutionnel 87-237 DC du 30.12.1987, par lequel ledit Conseil a considéré que l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition ».

³³⁴ Le Tribunal fédéral emploie la notion de « sanctions disciplinaires à caractère pénal (prépondérant) » (p. ex. ATF 102 Ia 28).

³³⁵ P. ex. ATF 121 I 379, JdT 1997 I 679 ; 117 Ia 187, consid. 4a, JdT 1993 IV 93 ; ZIMMERMANN, RDAF, p. 338 ss.

définies en genre et quotité³³⁶. L'autorité disciplinaire dispose ainsi généralement, dans chaque cas d'espèce, de l'éventail complet des sanctions disciplinaires existantes³³⁷. Cela a pour conséquence que les garanties du procès pénal devraient théoriquement s'appliquer dès l'instant où l'une au moins des sanctions à disposition de l'autorité disciplinaire présente un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

214. — Même si cela revient à procéder à une appréciation anticipée de la situation (cf. art. 6 par. 2 CEDH), il conviendrait selon nous de baser l'examen sur la sanction disciplinaire maximale envisageable (susceptible d'être infligée) dans le cas d'espèce. La Cour européenne des droits de l'homme retient à ce titre, de jurisprudence constante, que l'admission de « *la coloration pénale* [au sens de l'art. 6 CEDH] *d'une [procédure] est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée [...] et non à la gravité de la sanction finalement infligée* »³³⁸.

215. — On peut se référer sur ce point, *mutatis mutandis*, à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de (levée de) détention avant jugement (cf. art. 220 ss CPP, détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté). Le Tribunal fédéral a considéré que « [d]ans son appréciation, le juge chargé du contrôle de la légalité de la détention [avant jugement] peut sans doute prendre en compte le critère de la peine dont serait menacé l'inculpé en cas de verdict de culpabilité, mais [qu']il doit user à cet égard d'une réserve particulière »³³⁹. Il a précisé que le juge doit notamment « *prendre en compte la gravité des infractions faisant l'objet de l'instruction* » afin d'évaluer, avec toute la prudence requise³⁴⁰, la « *durée de la peine [...] à laquelle il faut s'attendre concrètement en cas de condamnation* »³⁴¹.

216. — Se pose en outre la question du moment à partir duquel l'on doit considérer que l'on se trouve en présence d'une accusation en matière pénale

³³⁶ Sur la question de la corrélation entre les infractions disciplinaires et les sanctions disciplinaires, cf. *infra*, Chap. 4, N 355-359 ; cf. ég. *infra*, N 622 s.

³³⁷ Pour un examen des différentes sanctions, cf. *infra*, Chap. 5, N 469-617.

³³⁸ CourEDH, arrêt *Dubus SA c. France* du 11.06.2009, req. n° 5242/04, par. 37. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10.02.2009, req. n° 14939, par. 56 ; CourEDH, arrêt *Landolt c. Suisse* du 31.08.2006, req. n° 17263/02. Cf. pour le surplus WALDMANN, p. 116.

³³⁹ ATF 124 I 327, consid. 3b.

³⁴⁰ Cf. TF 1B_277/2008 du 13.11.2008, consid. 2.5. Cf. ég. TF 1B_58/2009 du 19.03.2009, consid. 4.2 ; 1B_314/2008 du 07.01.2009, consid. 4.3 : « [a]insi, sans préjuger de la sanction qui sera fixée par le juge du fond, on peut admettre que ce comportement [...] ».

³⁴¹ ATF 133 I 168, consid. 4.1 et les réf. Cf. ég. ATF 139 IV 270, consid. 3.1.

au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH³⁴². En effet, les garanties du procès pénal devront être accordées dès l'instant où la cause – qui, par hypothèse, serait considérée comme relevant à la base du volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH – prend une tournure pénale, par exemple au vu des résultats des premiers actes d'enquête³⁴³. Le cas échéant, l'accusé doit en particulier être informé dans le plus court délai de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui (art. 14 par. 3 let. a Pacte ONU II ; art. 6 par. 3 let. a CEDH)³⁴⁴. En outre, le droit de ne pas s'auto-incriminer (art. 14 par. 3 let. g Pacte II ONU ; art. 6 par. 1 et/ou 2 CEDH) interdit l'application d'une disposition prévoyant l'obligation pour les parties de collaborer à l'établissement des faits (cf. p. ex. art. 13 PA, parfois applicable par renvoi en matière disciplinaire). Nous reviendrons sur ces questions dans la suite de notre travail³⁴⁵.

C. La Constitution fédérale

1. Les principes généraux et les garanties générales

217. — Les art. 5 al. 1, 10, 29, 29a et 30 Cst. féd. contiennent des principes généraux et des garanties « générales », qui s'appliquent donc quel que soit le type de procédure applicable et la nature de l'autorité compétente.

218. — L'art. 5 al. 1 Cst. féd. pose le principe de la légalité, qui régit toute activité de l'Etat³⁴⁶.

219. — L'art. 10 Cst. féd., qui consacre le droit à la vie et à la liberté personnelle, comprend notamment le droit à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement (al. 2) et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (al. 3)³⁴⁷.

³⁴² WALDMANN p. 121.

³⁴³ Sur la question du moment de la prise en compte des garanties pénales de l'art. 6 par. 3 CEDH, cf. CourEDH, arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24.11.1993, req. n° 13972/88, par. 36 : les garanties de l'art. 6 CEDH peuvent jouer un rôle (déjà même) avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès. Cf. ég. RUBI-CAVAGNA (F), p. 228 s.

³⁴⁴ Sur ces questions, cf. Chap. 7, N 1237-1239 et 1283-1285.

³⁴⁵ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1263-1323.

³⁴⁶ Cf. ég. *infra*, Chap. 4, N 270-335 concernant le principe de la légalité des infractions disciplinaires.

³⁴⁷ Cf. ég. *infra*, Chap. 5, N 469-617 concernant l'échelle des sanctions disciplinaires ; 618-693 concernant les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires.

220. — L'art. 29 Cst. féd. définit les garanties générales applicables aux procédures se déroulant devant des autorités étatiques, que celles-ci soient judiciaires ou administratives. Ces garanties sont : le droit à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1) ; le droit d'être entendu (al. 2) ; le droit à l'assistance judiciaire (al. 3)³⁴⁸.

221. — L'art. 29a Cst. féd. garantit, de manière générale, le droit de toute personne à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire³⁴⁹.

222. — L'art. 30 Cst. féd. fixe les garanties régissant les procédures menées par une autorité judiciaire. Ces garanties sont notamment : le droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (al. 1) ; le principe de la publicité des débats et du jugement (al. 3)³⁵⁰.

2. Les principes et garanties spécifiques en procédure pénale

223. — Le principe de la légalité des infractions et des sanctions doit être recherché dans la Partie générale du Code pénal (cf. art. 1 CP : une peine ou une mesure ne peut être prononcée qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi). Néanmoins, il se rattache au principe de la légalité prévu à l'art. 5 al. 1 Cst. féd., qui concerne l'ensemble des activités de l'Etat.

224. — En outre, le principe *ne bis in idem*, bien que ne ressortant pas expressément dans la Constitution fédérale, est considéré par le Tribunal fédéral comme « découlant implicitement » de celle-ci (cf. art. 4 aCst. féd.)³⁵¹ ; il figure également à l'art. 11 CPP.

225. — L'art. 32 Cst. féd. détermine les garanties procédurales applicables en matière pénale. Cette disposition consacre le principe de la présomption d'innocence (al. 1) ; le droit d'être informé des accusations portées à son encontre et le droit à une défense effective (al. 2) ; le droit de faire examiner par une juridiction supérieure un jugement rendu à son encontre (al. 3).

226. — Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, qui est consacré à l'art. 14 par. 3 Pacte ONU II et peut être déduit de l'art. 6 par. 1 CEDH, est considéré par le Tribunal fédéral comme étant un principe général de procédure

³⁴⁸ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1278-1311 concernant les garanties et droits procéduraux applicables en droit disciplinaire des magistrats du siège.

³⁴⁹ Cf. ég. *infra*, Chap. 6, N 717-758 concernant les exigences structurelles relatives aux autorités disciplinaires.

³⁵⁰ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1278-1311 concernant les garanties et droits procéduraux applicables en droit disciplinaire des magistrats du siège.

³⁵¹ ATF 137 I 363, consid. 2.1 ; 125 II 402, consid. 1b et les réf.

pénale tiré de l'art. 4 aCst. féd.³⁵². Le Tribunal fédéral a admis que ce principe résulte aujourd'hui directement de l'art. 31 al. 2 Cst. féd., mais a laissé ouverte la question de savoir s'il découle également de l'art. 32 al. 1 ou de l'art. 32 al. 2 Cst. féd.³⁵³.

V. Conclusions intermédiaires et perspectives

A. La standardisation du droit disciplinaire des magistrats du siège par le droit supérieur

227. — Les garanties générales découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte ONU II ainsi que de la Constitution fédérale encadrent le droit disciplinaire des magistrats du siège.

228. — Par ailleurs, le rattachement du droit disciplinaire des magistrats du siège au droit administratif ne conduit pas forcément à une exclusion des garanties du droit pénal. En effet, les garanties précitées trouvent à s'appliquer – à tout le moins celles découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte ONU II – dès lors que l'on retient, au vu de la nature de l'accusation ou des caractéristiques de la sanction encourue, que le procès disciplinaire porte (portait) en réalité sur une accusation en matière pénale au sens de la Convention et du Pacte ONU II.

229. — Le droit supérieur produit par conséquent un important effet de gommage en matière disciplinaire. La Cour européenne des droits de l'homme, qui n'a pourtant pas vocation à mettre en œuvre le droit disciplinaire matériel, influence, voire modèle celui-ci par le biais du contrôle opéré sous l'angle des droits conventionnels³⁵⁴. On assiste ainsi à une certaine (re)composition du droit disciplinaire, issue de la jurisprudence de la Cour, à partir des droits de l'homme³⁵⁵.

230. — L'harmonisation du droit disciplinaire des magistrats du siège par le biais de l'application des garanties conventionnelles et constitutionnelles permet en un sens de se dispenser de se prononcer sur la question de la qualification de la nature juridique du droit disciplinaire. Cette solution n'est toutefois, selon nous, pas pleinement satisfaisante ; une (re)direction pourrait être envisagée. En effet,

³⁵² ATF 131 IV 36, consid. 3.1, JdT 2005 I 529.

³⁵³ ATF 130 I 126, consid. 2.1.

³⁵⁴ Cf. p. ex. CourEDH, arrêt *Özpinar c. Turquie* du 19.10.2010, req. n° 20999/04.

³⁵⁵ PRALUS-DUPUY (F), p. 898, se référant à DELMAS-MARTY (B), p. 155 et s.

compte tenu du caractère répressif qu'il conviendrait de reconnaître au droit disciplinaire des magistrats du siège, il serait possible de réglementer cette matière en conséquence et, partant, d'assurer une pleine application des garanties du droit pénal déjà sur la base du premier critère ci-dessus (qualification en droit interne)³⁵⁶. En tout état de cause, on pourrait par ailleurs prévoir, nonobstant un cadre réglementaire restant le cas échéant de nature purement administrative, l'application « volontaire » de tout ou partie des principes généraux régissant le droit pénal en matière disciplinaire par le biais de bases légales expresses³⁵⁷.

B. L'unification du droit disciplinaire des magistrats du siège

1. « Vers un droit commun disciplinaire ? » (aperçu)

231. — La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de surveillance disciplinaire d'une profession ou d'une fonction donnée peut s'appliquer, *mutatis mutandis*, à d'autres professions ou fonctions soumises à une surveillance disciplinaire. Par ailleurs, comme on l'a vu³⁵⁸, la Cour européenne des droits de l'homme, au niveau supranational, modèle le droit disciplinaire de manière significative par le biais du contrôle jurisprudentiel qu'elle opère sous l'angle des garanties conventionnelles. On assiste ainsi à une certaine uniformisation du droit disciplinaire, en particulier sous l'angle procédural³⁵⁹, par l'effet de l'intervention des tribunaux (supérieurs) mettant en œuvre les textes conventionnels et constitutionnels.

232. — Se pose dès lors la question de la possibilité d'une unification du droit disciplinaire. Les réflexions relatives à la reconnaissance et à la conceptualisation d'un droit commun disciplinaire ont ainsi notamment été (re)mises au goût du jour en France lors d'un Colloque intitulé « Vers un droit commun disciplinaire » organisé en 2005 par le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) de l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne. Les travaux de ce colloque ont donné lieu à une publication d'importance en

³⁵⁶ En ce sens ég. : DELPEREE (B), RTDH, p. 347 s.

³⁵⁷ TF 1C_638/2012 du 14.01.2014, consid. 9.2 *if* et les réf. ; cf. ég. TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 6.1 ; 2P.270/2000 du 13.01.2001, consid. 3c/bb ; en ce sens ég. : WALDMANN, p. 121.

³⁵⁸ Cf. *supra*, N 229.

³⁵⁹ Cf. ég. LE BARS (F), p. 326, qui considère que l'on ne se dirige pas vers un droit commun disciplinaire procédural, mais vers un droit commun procédural (tout court).

2007³⁶⁰. On constate néanmoins, à la lecture des contributions dudit recueil, que les auteurs n'ont apparemment pas pu parvenir à une conclusion claire et indiscutable sur la nécessité et le caractère réalisable de la modélisation d'un droit commun disciplinaire.

233. — Il n'apparaît en tout état de cause pas contestable que nonobstant la *convergence en loi* de certains principes et garanties applicables en matière disciplinaire, les règles disciplinaires doivent pouvoir varier suffisamment d'un domaine d'application à l'autre afin de permettre une application adaptée³⁶¹. Les spécificités³⁶² liées à la fonction de magistrat du siège devraient ainsi, en tout état de cause, être prises en compte (réservées) dans la définition d'un droit disciplinaire unifié³⁶³.

2. Vers une unification du droit disciplinaire des magistrats du siège en Suisse ? (aperçu et renvois)

234. — Les considérations proposées ci-dessus nous conduisent à nous interroger sur la possibilité et l'opportunité d'une unification du droit disciplinaire des magistrats du siège en Suisse. Une telle unification pourrait concerner le droit disciplinaire matériel (concept de droit disciplinaire, infractions disciplinaires et sanctions disciplinaires), mais également le droit disciplinaire formel (autorités disciplinaires et procédure disciplinaire) des magistrats du siège, ce tant au niveau fédéral que cantonal.

235. — On pourrait ainsi imaginer une loi fédérale sur la surveillance disciplinaire des magistrats du siège qui comprendrait un système unifié d'infractions et de sanctions (droit disciplinaire matériel). Une telle loi fédérale s'appliquerait en premier lieu aux magistrats cantonaux du siège. En effet, rien ne justifie selon nous de laisser la prérogative de la (non-)réglementation des infractions disciplinaires et des sanctions disciplinaires aux cantons. Elle ne porterait toutefois pas atteinte à la compétence des cantons de nommer ou élire les magistrats cantonaux du siège. Une telle loi fédérale devrait le cas échéant également s'appliquer aux magistrats fédéraux du siège, ceux-ci ne nécessitant

³⁶⁰ Vers un droit commun disciplinaire ?, in : Ancel Pascal/Moret-Bailly Joël (éd.), Saint-Etienne 2007 (F).

³⁶¹ En ce sens : LE BARS (F), p. 325 s.

³⁶² Cf. not. *supra*, Chap. 2, N 97-115, *passim*.

³⁶³ En ce sens déjà : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 85 ss, qui relevait la diversité des régimes disciplinaires au sein déjà de la magistrature. Comp. KERBAOL (F), p. 382 ss.

pas à notre sens un régime de surveillance distinct de celui réservé aux magistrats cantonaux du siège.

236. — Quant aux autorités disciplinaires et à la procédure disciplinaire (droit disciplinaire formel), celles-ci connaissent déjà une certaine uniformisation par le droit supérieur³⁶⁴. Il serait toutefois possible d'aller plus loin dans cette démarche, en particulier par l'instauration d'une procédure disciplinaire unifiée au niveau fédéral³⁶⁵ et/ou par l'institution d'autorités intercantionales chargées, en vertu de concordats intercantonaux³⁶⁶, de l'exercice de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège. Dans cette perspective, l'organisation judiciaire serait en tout état de cause réglée au niveau fédéral concernant les magistrats du siège fédéraux ; elle resterait probablement – largement – du ressort des cantons concernant les magistrats du siège cantonaux³⁶⁷.

237. — On peut tracer un parallèle avec la situation qui a prévalu à l'époque de l'adoption de la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (ci-après : la « LLCA »). En effet, la LLCA a notamment pour objet l'unification du droit disciplinaire matériel et, partiellement, celle du droit disciplinaire formel (cf. art. 1, 12 ss, 34 LLCA). La LLCA énumère de manière exhaustive – il n'y a dès lors plus de place pour des dispositions de droit cantonal en la matière – les règles professionnelles³⁶⁸ auxquelles sont soumis les avocats ainsi que les sanctions attachées à la violation de ces règles³⁶⁹. Le Conseil fédéral, dans son Message, avait précisé que « [p]ar souci de transparence, il se justifie de ne plus laisser coexister 26 réglementations cantonales différentes – plus dans la forme que dans le fond [sic] d'ailleurs –, mais de les remplacer par une réglementation claire qui se limite à l'essentiel [en définissant au niveau fédéral les règles professionnelles relatives à la profession d'avocat] »³⁷⁰.

³⁶⁴ Cf. *supra*, N 227-230 ; cf. ég. *infra*, Chap. 6, N 717-758, *passim*.

³⁶⁵ Ce qui n'empêcherait pas des renvois à d'autres lois procédurales, telle la Loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative (PA). A noter que si l'unification des procédures administratives (cantonales) est un sujet discuté de longue date, not. en doctrine, aucun projet d'unification n'est toutefois prévu à l'heure actuelle (cf. p. ex. MOOR/POLTIER, p. 247 ss).

³⁶⁶ Cf. art. 48 Cst. féd. ; art. 191b Cst. féd., qui prévoit que les cantons peuvent instituer des autorités judiciaires communes. Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 6, N 1137-1154.

³⁶⁷ La procédure administrative – y compris l'organisation judiciaire – est largement unifiée au niveau fédéral (cf. art. 1 à 4 PA), mais reste, au niveau cantonal, de la compétence des cantons. Comp. art. 122 al. 1 et 123 al. 1 Cst. féd., qui consacrent l'unification au niveau fédéral des procédures civile et pénale ; art. 122 al. 2 et 123 al. 2 Cst. féd., qui prévoient que l'organisation judiciaire en matière de droit civil et de droit pénal reste du ressort des cantons.

³⁶⁸ Sur cette notion, cf. *infra*, Chap. 4, N 347-350.

³⁶⁹ MCF-LLCA, p. 5355, 5368. Cf. ég. TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 3.

³⁷⁰ MCF-LLCA, p. 5368.

238. — Nous reviendrons ponctuellement sur la question de l'unification du droit disciplinaire des magistrats du siège dans le cadre des différents chapitres formant la suite de notre travail.

Chapitre 4 : Les infractions disciplinaires

I. Présentation

239. — Le présent Chapitre sera consacré à l'étude des infractions disciplinaires. Nous commencerons par proposer des considérations générales relatives à la régulation du comportement des magistrats du siège (ci-après, II.). En particulier, nous nous pencherons sur les rapports entre le droit disciplinaire et la déontologie des magistrats du siège. Ces éléments permettront notamment de mieux saisir les enjeux en présence lorsque l'on examinera ensuite la mesure dans laquelle les règles déontologiques peuvent être utilisées dans la détermination des comportements passibles de sanctions disciplinaires (cf. ci-après, IV.C.).

240. — Nous examinerons ensuite les conditions et la mesure de l'application du principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire des magistrats du siège (ci-après, III.). Un tel examen apparaît nécessaire étant donné que le degré de précision des normes de comportement pouvant servir de base au prononcé de sanctions disciplinaires est défini (i) par le principe général de la légalité (ci-après, III.A.), qui régit et conditionne toute activité de l'Etat et dès lors toute procédure disciplinaire, et/ou (ii) par le principe de la légalité des infractions (ci-après, III.B.), applicable aux causes rentrant dans le volet pénal de l'art. 6 CEDH³⁷¹.

241. — Nous mettrons en évidence la nécessité de définir un référentiel en matière de comportement des magistrats du siège (ci-après, III.C.) ; nous nous interrogerons alors sur la mise en place d'une réglementation disciplinaire des comportements des magistrats du siège (ci-après, IV.), notamment sur les questions méthodologiques et sur les modalités techniques entourant cette démarche. Dans ce cadre, nous traiterons la question spécifique – évoquée ci-dessus – de l'utilisation des règles déontologiques (ci-après, IV.C.).

³⁷¹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 201-216 concernant l'applicabilité du volet pénal de l'art. 6 CEDH aux contentieux disciplinaires relatifs aux magistrats du siège.

242. — Enfin, nous proposerons un certain nombre de réflexions en vue de l'établissement d'un catalogue des infractions disciplinaires (ci-après, V.). Nous tenterons notamment de définir une typologie des infractions disciplinaires (ci-après, V.B.), et examinerons quelques situations particulières (ci-après, V.C.).

II. La régulation du comportement des magistrats du siège

A. Généralités

243. — Le droit disciplinaire constitue, comme défini ci-dessus³⁷², un moyen de régulation du comportement des magistrats du siège. La déontologie constitue un autre moyen de régulation, qui poursuit des fonctions distinctes et doit par conséquent être soigneusement distingué du premier³⁷³.

244. — L'examen successif de la régulation du comportement des magistrats du siège sous l'angle du droit disciplinaire – à titre de rappel – (ci-après, B.) et de la déontologie (ci-après, C.) permettra de distinguer les deux approches. Nous mettrons toutefois en évidence la complémentarité de celles-ci (ci-après, D.2.).

B. L'approche (de droit) disciplinaire (rappel)

245. — Le droit disciplinaire des magistrats du siège, comme on l'a vu³⁷⁴, comprend des normes édictées par l'Etat aux fins de réglementer, dans un but d'intérêt public, la fonction de magistrat du siège.

³⁷² Chap. 3, N 130-136.

³⁷³ Cf. p. ex. CCJE, Avis n° 3, par. 4, 49. Cf. ég. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 66 ss, 72 ss ; UIM, Rapport général, Valle de Bravo, Mexique, 2004, conclusion ; TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 3 ; 2A.191/2003 du 22.01.2004, consid. 5.2 ; GASS, Bild, p. 146, 152 ; DELPEREE (B), RTDH, p. 347 s. Ces notions ont été abondamment confondues, ou non clairement distinguées, dans la jurisprudence et en doctrine, et le restent encore souvent (cf. p. ex. Cour d'appel du Québec, arrêt du 09.12.2005 dans l'affaire *Andrée Ruffo c. Ministre de la Justice*, 2005 QCCA 1197 [CanLII], [2006] RJQ 26, par. 44 ss ; LAURIE [F], p. 134 ; FAVRE, p. 336 ; KERBAOL [F], p. 392 et *passim* ; MARKUS [F], p. 9, 31 et *passim* ; PEDROTTI, N 14 ; HOUILLON [F], p. 21).

³⁷⁴ Cf. Chap. 3, not. N 130-136 et 159-162.

246. — Les règles de droit disciplinaire constituent du droit public ; elles ont un caractère contraignant (*Durchsetzbarkeit*)³⁷⁵.

C. L'approche déontologique

1. Les règles déontologiques relatives aux magistrats du siège

247. — La déontologie des magistrats du siège fait référence à des règles éthiques de conduite professionnelle (ci-après : les « règles déontologiques ») émanant de groupements ou associations professionnels – dont le champ d'activité peut être régional, national voire international – de magistrats du siège (ci-après : les « associations professionnelles »)³⁷⁶. Les règles déontologiques, qui correspondent à des « principes fondamentaux » ou « valeurs fondamentales » relatifs à la conduite des magistrats du siège³⁷⁷, peuvent être consignées dans des codes ou – préférablement – dans des principes³⁷⁸.

248. — Contrairement aux règles de droit disciplinaire, les règles déontologiques ne se rapportent pas, ou à tout le moins pas directement, à une forme de responsabilité des magistrats du siège. Obéissant à des standards très élevés,

³⁷⁵ TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 3 (avocats). Cf. ég. DELPEREE (B/F), p. 203 : le droit disciplinaire est un droit d'Etat.

³⁷⁶ CCJE, Avis n° 3, par. 41-43, 48 s. ; CCJE, Magna Carta des juges, principe 18 ; Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 72 s. ; MCF-LLCA, p. 5357. Cf. ég. JOLY-HURARD (F), p. 9 ss ; KRIX (D), Réflexions, p. 58 s.

³⁷⁷ Pour un exemple récent, cf. COMMISSION DE VENISE, Avis Tadjikistan 2013, en particulier art. 1.1 : « [t]he Code of Judicial Ethics, as an act of the judicial community, shall establish rules of conduct which shall be binding on all judges in the performance of their professional activities relating to the dispensation of justice and in their extrajudicial activities, which rules shall be based on the high moral and ethical requirements and provisions of the legislation of the Republic of Tajikistan and on international standards in the field of justice and judicial conduct ».

³⁷⁸ Nous nous référons, concernant la question de la manière dont il convient de définir les valeurs déontologiques, à la position du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) : « la codification de la déontologie pose certaines difficultés, notamment un code de déontologie peut susciter l'illusion qu'il contient la totalité des règles et que tout ce qui n'est pas interdit est permis, il tend à trop simplifier les situations, il fige enfin la déontologie à une période donnée alors qu'il s'agit d'une matière évolutive. Le CCJE suggère qu'il est souhaitable de préparer et d'évoquer une "déclaration de principes de conduite professionnelle", plutôt qu'un code » (CCJE, Avis n° 3, par. 46). Sur cette question, cf. ég. LONDERS (B), p. 18 s. Comp. *infra*, N 352 : la consignation des règles de comportement dans un code correspond à l'approche de droit disciplinaire, au vu du fait que celle-ci devrait tendre à l'exhaustivité.

elles « expriment une capacité de la profession de réfléchir sa fonction dans des valeurs en adéquation avec les attentes du public et en contrepartie des pouvoirs attribués »³⁷⁹. Les règles déontologiques « devraient être conçu[e]s comme un instrument d'autocontrôle du corps, généré par lui-même, qui permet au pouvoir judiciaire d'acquérir une légitimité par l'exercice de fonctions dans le cadre de standards éthiques généralement admis »³⁸⁰. En d'autres termes, elles constituent une sorte d'idéal qu'une profession cherche à atteindre ou, plus prosaïquement, des « normes d'excellence » qui guident les juges sur la façon de se comporter³⁸¹.

249. — Les règles déontologiques sont parfois définies en tant que « devoirs ou obligations de fonction » ; elles n'en restent pas moins des règles associatives, qui correspondent à une forme de discipline interne aux associations professionnelles dont elles émanent, et non à un droit disciplinaire³⁸².

250. — Par ailleurs, comme on l'a vu³⁸³, les associations professionnelles peuvent disposer d'un pouvoir de sanction sur les magistrats du siège en tant que membres³⁸⁴. Ce pouvoir trouve ses limites dans le cadre de l'autonomie privée qui est conférée (laissée) à ces associations professionnelles par l'Etat³⁸⁵. Le cas échéant, un tel pouvoir de sanction est de nature associative, donc privée³⁸⁶ ; il correspond également à une forme de discipline interne, et non à un droit disciplinaire³⁸⁷.

251. — A noter au surplus que – nonobstant le principe selon lequel les magistrats du siège devraient conduire la réflexion visant à l'adoption de règles

³⁷⁹ CCJE, Avis n° 3, par. 4, 45. Cf. ég. CCJE, Magna Carta des juges, principe 18 ; CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 12, 14 ; KRIX (D), Réflexions, p. 58 s.

³⁸⁰ CCJE, Avis n° 3, par. 49.

³⁸¹ CCJE, Avis n° 3, par. 41-43, 48 ; Rec(2010)12, par. 72 s. Cf. pour le surplus JOLY-HURARD (F), p. 17-21 et *passim* ; DI FEDERICO (I), Judicial Accountability, p. 102 ss. Cf. ég. Cour suprême (CA), arrêt *Andrée Ruffo c. Conseil de la magistrature*, 1995 CanLII 49 (C.S.C.), par. 103 ss, 110, étant précisé que la Cour suprême n'opère pourtant pas à proprement parler de distinction entre règles déontologiques et disciplinaires dans le reste de l'arrêt.

³⁸² Sur la distinction entre discipline (interne) et droit disciplinaire, cf. *supra*, Chap. 3, N 159-164.

³⁸³ Cf. *supra*, N 133 (et n. 205).

³⁸⁴ Cf. p. ex. art. 31 CSD (avocats) : « [l]e pouvoir disciplinaire relève de la compétence des ordres cantonaux [des avocats] ».

³⁸⁵ Cf. p. ex. OSWALD (organisations sportives), p. 43.

³⁸⁶ La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relève clairement le caractère privé de ces sanctions en utilisant la notion de sanctions associatives (« *Vereinsstrafe* ») : cf. ATF 138 III 322, consid. 4.3.3 et 4.3.4.

³⁸⁷ Sur la distinction entre discipline (interne) et droit disciplinaire, cf. *supra*, Chap. 3, N 159-164.

déontologiques et définir les principes auxquels ils se proposent d'adhérer – l'Etat, parfois, intervient dans l'élaboration des règles déontologiques ou/et sanctionne officiellement les règles élaborées. Ainsi, en France, l'art. 20-2 de la loi organique du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature³⁸⁸ prévoit que le Conseil supérieur de la magistrature, qui assure notamment la surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires, « *élabore et rend public un Recueil des obligations déontologiques des magistrats [judiciaires]* ». De telles règles déontologiques, du fait de l'intervention de l'Etat qui les crée ou les consacre, acquièrent inévitablement un caractère disciplinaire³⁸⁹. Ce procédé, en tant qu'il conduit à une dénaturation partielle des règles déontologiques, devrait selon nous être évité³⁹⁰.

2. L'origine et le développement de la déontologie des magistrats du siège (aperçu)

a. L'origine américaine

252. — L'idée de la création d'un code de conduite applicable au pouvoir judiciaire a vraisemblablement émergé aux Etats-Unis au début du XX^e siècle. Le premier code réunissant des règles déontologiques applicables aux magistrats du siège, dénommé *Canons of Judicial Ethics*, a été adopté par l'*American Bar Association* en 1924³⁹¹.

253. — En 1990, la même association a adopté l'*ABA Model Code of Judicial Conduct*, qui contient des standards de conduite réunis en quatre *Canons*, lesquels sont déclinés et détaillés en différentes *Rules*. L'*ABA Model Code of Judicial Conduct* a, depuis, été révisé à cinq reprises ; la dernière version de celui-ci, l'*ABA Model Code of Judicial Conduct* 2010, date du 10 août 2010³⁹².

254. — Le préambule de l'*ABA Model Code of Judicial Conduct* 2010 prévoit que « [t]he Code is intended [...] to provide guidance and assist judges in

³⁸⁸ Loi n° 94-100, modifiée par la loi n° 2007-287 du 05.03.2007.

³⁸⁹ Cf. ég. *supra*, Chap. 3, N 159-162 ; Comp. p. ex. MARKUS (F), p. 21 et *passim*, qui distingue entre « un code de déontologie entré dans le droit positif et un code qui attend d'y entrer », sans toutefois tirer une telle conséquence de cette distinction.

³⁹⁰ Cf. ég. *infra*, N 310-317, 360-365 et 369-370 concernant la question de l'admissibilité du renvoi des normes disciplinaires aux règles déontologiques.

³⁹¹ DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 93.

³⁹² Cf. DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 93.

*maintaining the highest standards of judicial and personal conduct [...] »*³⁹³. La portée l'ABA *Model Code of Judicial Conduct* dépasse toutefois l'aspect déontologique de la régulation du comportement des magistrats du siège. En effet, celui-ci se veut destiné à servir de base à la surveillance et à la répression disciplinaire par le biais des autorités disciplinaires compétentes : « [t]he Code is intended [...] to provide a basis for regulating their conduct through disciplinary agencies »³⁹⁴.

255. — Les travaux réalisés aux Etats-Unis en matière de réglementation du comportement des magistrats du siège ont sensiblement influencé les réflexions sur la déontologie des magistrats judiciaires en Europe. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)³⁹⁵, dans son avis du 19 novembre 2002, a ainsi indiqué qu'« [e]n ce qui concerne les juges, depuis peu l'on peut observer le développement des codes éthiques, inspirés des Etats-Unis [...] »³⁹⁶.

b. Le développement mondial

(i) Les textes nationaux

256. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), dans son avis du 19 novembre 2002, a observé que « [l]e plus ancien [code de déontologie en Europe] est le "code éthique" italien adopté le 7 mai 1994 par l'Association des magistrats italiens [...] » et que « [d']autres pays, tels que l'Estonie, la Lituanie, l'Ukraine, la [Moldavie], la Slovénie, la République tchèque et la Slovaquie ont un "code d'éthique judiciaire" ou des "principes de conduite" adoptés par des assemblées représentatives de [magistrats du siège] [...] »³⁹⁷.

257. — La liste des pays connaissant des règles déontologiques applicables aux magistrats du siège est longue, et ne cesse d'augmenter. A titre d'exemple³⁹⁸, nous citerons : (i) en Italie, le *codice etico* adopté par l'*Associazione nazionale*

³⁹³ ABA MCJC 2010, préambule, par. 3.

³⁹⁴ ABA MCJC 2010, préambule, par. 3 ; cf. ég. *Scope*, par. 2 et 6 et *Rules* 2.14, 2.15, 2.16. Cf. ég. DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 93 s.

³⁹⁵ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

³⁹⁶ CCJE, Avis n° 3, par. 41. Cf. ég. DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 93.

³⁹⁷ CCJE, Avis n° 3, par. 42 s. Pour un site Internet réunissant différents codes déontologiques rédigés ou traduits en anglais, cf. p. ex. [www.courtethics.org] [consulté le 26.08.2015].

³⁹⁸ Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur aux nombreux sites Internet dédiés à cette matière (cf. p. ex. [http://www.deontologie-judiciaire.umontreal.ca/index.html] [consulté le 24.07.2015]). Cf. ég. la liste des codes et instruments nationaux cités dans la note explicative aux Principes de Bangalore (sur ces principes, cf. *infra*, N 259 s.).

*magistrati*³⁹⁹ ; (ii) en France, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats publié en 2010 par le Conseil supérieur de la magistrature⁴⁰⁰ ; (iii) au Canada, les Principes de déontologie judiciaire adoptés par le Conseil canadien de la magistrature⁴⁰¹.

258. — En Suisse, les magistrats du siège de deux tribunaux se sont dotés il y a quelques années de règles déontologiques : (i) les juges du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne ont adopté un *Verhaltenskodex* en 2004⁴⁰² ; (ii) les juges du Tribunal administratif fédéral se sont munis d'une Charte éthique en 2010⁴⁰³. Par ailleurs, l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) a récemment créé une commission d'éthique, laquelle a débuté ses travaux le 1^{er} septembre 2014. Cette commission vise notamment à « *promouvoir la discussion concernant l'éthique professionnelle des juges et [à] susciter un débat transparent sur les principes éthiques relatifs à la charge judiciaire* »⁴⁰⁴.

(ii) Les textes internationaux

259. — On constate également l'apparition de modélisations déontologiques au niveau international. Les Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire, adoptés par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice

³⁹⁹ Version révisée le 13.11.2010 ; consultable à l'adresse [<http://www.associazionemagistrati.it/codice-etico>] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁰⁰ Consultable à l'adresse [http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_FR.pdf] [consulté le 24.07.2015]. Cf. ég. *supra*, N 251 ; *infra*, N 365. Cf. pour le surplus JOLY-HURARD (F), p. 183 ss.

⁴⁰¹ Adoptés en 1998 ; consultables à l'adresse [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_fr.pdf] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁰² Pour des développements, cf. HUG, p. 11 ss ; RASELLI, Vertreter der politischen Parteien, ch. II.5.4. Cf. ég., dans le canton de Zoug, l'art. 2 al. 1 let. k de la *Geschäftsordnung des Kantonsgerichts* du 06.09.2012 (RS/ZG 161.111), qui dispose que le plenum du Tribunal cantonal zougais a not. pour tâche : « *Erllass eines Verhaltenskodex für die Mitglieder und Ersatzmitglieder sowie Wahl und Abberufung von zwei Kodexverantwortlichen* ».

⁴⁰³ Pour une présentation de ce document, cf. CHABLAIS.

⁴⁰⁴ ASSOCIATION SUISSE DES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE (ASM), Règlement de la commission d'éthique adopté par le Comité de l'association le 19.02.2014, consultable à l'adresse [http://www.svr-asm.ch/jcm/images/pdf/ethik_regl_fr.pdf] [consulté le 24.07.2015]. Nous renvoyons pour le surplus, concernant la Commission d'éthique de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM), à STADELMANN, Ethik-Kommission ; TRENKEL/ZUFFEREY FRANCIOLLI.

à La Haye les 25 et 26 novembre 2002⁴⁰⁵ et repris par le Conseil économique et social des Nations Unies dans sa résolution du 27 juillet 2006⁴⁰⁶, constituent un pas essentiel dans le développement de la déontologie judiciaire. Ces principes, à vocation universelle, identifient six « valeurs fondamentales » de la justice : (i) indépendance, (ii) impartialité, (iii) intégrité, (iv) probité, (v) égalité, (vi) compétence et diligence⁴⁰⁷.

260. — Le projet de principes, établi à Bangalore (Inde) en 2001⁴⁰⁸, avait été fortement critiqué sur la scène internationale, en particulier en raison du fait que le projet s'appuyait à l'époque sur les travaux de représentants provenant uniquement de pays issus de la tradition de *common law* et que les principes déontologiques qu'il contenait étaient empreints d'une conception disciplinaire de la réglementation des comportements⁴⁰⁹. Dans leur version finale, lesdits Principes – à l'adoption desquels ont également participé des représentants des systèmes de droit civil – ne contiennent plus aucune référence directe à la responsabilité disciplinaire des magistrats judiciaires⁴¹⁰. Il est uniquement exprimé dans le Préambule, de manière par ailleurs assez peu explicite, que « [l]es Principes [...] ont pour but d'établir des normes de déontologie pour les [magistrats du siège]. Ils ont été conçus pour orienter les [magistrats du siège] et fournir à l'appareil judiciaire un cadre permettant de réglementer la déontologie judiciaire. Ils ont également pour but d'aider les membres du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ainsi que les avocats et le public en général à mieux comprendre et soutenir l'appareil judiciaire. Ces principes présupposent que les [magistrats du siège] sont responsables de leur conduite envers les institutions compétentes établies pour faire respecter les normes judiciaires, institutions elles-mêmes indépendantes et impartiales, et ont été établis pour compléter les règles légales et déontologiques existantes auxquelles les [magistrats du siège] sont soumis, et non pour s'y substituer ».

261. — Nous pouvons encore citer, parmi les textes déontologiques à vocation internationale : (i) les *IBA Minimum Standards of Judicial Independence*

⁴⁰⁵ Les Principes de Bangalore, de même que plusieurs documents dont un commentaire, sont consultables sur le site Internet du Groupe pour l'intégrité judiciaire (*Judicial Integrity Group*, JIG) : [<http://judicialintegritygroup.org>] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁰⁶ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES (ECOSOC), Résolution 2006/23 du 27.07.2006, E/RES/2006/23 : *Strengthening Basic Principles of Judicial Conduct*, consultable sur le site [<http://www.unhcr.org>] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁰⁷ Cf. pour le surplus DI FEDERICO (I), *Judicial Accountability*, p. 96.

⁴⁰⁸ CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES (ECOSOC), E/CN.4/2003/65 (31.01.2003), annexe, consultable sur le site [<http://www.unhchr.ch>] [consulté le 24.07.2015].

⁴⁰⁹ Cf. p. ex. EPINEUSE (F), p. 24 s.

⁴¹⁰ Sur la question, cf. KRIX (D), *DRiZ*, p. 149.

adoptés à Delhi en 1982 par l'*International Bar Association* (IBA)⁴¹¹ ; (ii) le *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA [Law Association for Asia and the Pacific] Region* du 19 août 1995 ; (iii) la Charte européenne sur le statut des juges édictée les 8-10 juillet 1998 sous l'égide du Conseil de l'Europe⁴¹² ; (iv) le Statut Universel du Juge adopté le 17 novembre 1999 par l'Union Internationale des Magistrats ; (v) le Code d'éthique judiciaire adopté le 9 mars 2005 par la Cour pénale internationale ; (vi) la Résolution sur l'éthique judiciaire adoptée le 23 juin 2008 par la Cour plénière de la Cour européenne des droits de l'homme ; (vii) le rapport intitulé « Déontologie des juges – Principes, Valeurs et Qualités » adopté le 4 juin 2010 par le Réseau européen des Conseils de justice ; (viii) le *Código iberoamericano de ética judicial* adopté en juin 2006 par la *Cumbre Judicial Iberoamericana*, puis révisé le 2 avril 2014.

262. — Il convient par ailleurs de mentionner les travaux de la Commission de Venise⁴¹³.

D. Remarques intermédiaires

1. Le succès de la déontologie

263. — La déontologie des magistrats judiciaires connaît, depuis quelques années, un développement sans précédent. Un nombre considérable de textes déontologiques, révisés ou nouvellement adoptés, voit le jour chaque année. Ces textes, notamment grâce à Internet, peuvent connaître un rayonnement au niveau mondial. Les activités des différentes associations de magistrats judiciaires permettent par ailleurs d'importants échanges, qui sont de nature à favoriser le développement de cette matière sur le plan international.

264. — D'une manière générale, on peut constater que la déontologie s'est progressivement détachée du droit disciplinaire pour former un domaine d'étude à part entière⁴¹⁴. Sous certains aspects, la déontologie paraît même avoir

⁴¹¹ Concernant l'adoption et le contenu des *IBA Minimum Standards of Judicial Independence*, nous renvoyons à HAESE (AUS), p. 382 ss ; SHETREET (ISR), p. 393 ss ; KING (AUS), p. 403 ss.

⁴¹² Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

⁴¹³ Cf. p. ex., récemment, COMMISSION DE VENISE, Avis Tadjikistan 2013 ; COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Géorgie 2014. Sur la Commission de Venise en général, cf. *supra*, n. 157.

⁴¹⁴ EPINEUSE (B), *passim*.

embrassé, si ce n'est supplanté, le droit disciplinaire. Certains partisans actuels de la déontologie judiciaire se réclament même d'une conception « moderne » de la réglementation du comportement des magistrats qui exclurait pratiquement tout intérêt et toute compétence au droit disciplinaire, allant jusqu'à qualifier celui-ci de « résiduaire » ou de marginal⁴¹⁵.

265. — Il convient, selon nous, de porter un regard attentif sur l'évolution actuelle de la régulation du comportement des magistrats du siège. En effet, il s'agit de bien comprendre que le droit disciplinaire remplit une fonction distincte de la déontologie, et qu'il ne devrait donc pas être écarté à son profit.

2. Le rapport de complémentarité entre le droit disciplinaire et la déontologie des magistrats du siège

266. — Le droit disciplinaire et la déontologie des magistrats du siège constituent deux approches régulatrices nécessaires au bon fonctionnement de l'appareil judiciaire, qu'il serait erroné de vouloir placer dans un rapport de concurrence. En réalité, ces deux approches, bien que poursuivant des buts distincts, se situent dans un rapport de complémentarité.

267. — Si la réflexion déontologique apparaît indispensable au bon fonctionnement de la justice – et doit bien entendu être encouragée –, il ne serait toutefois manifestement pas acceptable, dans un Etat de droit, d'abandonner la tâche de la réglementation du comportement des magistrats du siège – et de la répression qui en découle – aux seuls soins de ces derniers – agissant par le (seul) biais de la déontologie⁴¹⁶.

268. — Les travaux du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)⁴¹⁷ ont notamment permis de mettre en évidence la nécessité, dans toute société démocratique régie par l'état de droit, de se doter d'une forme de droit disciplinaire des magistrats du siège⁴¹⁸. Cette matière – avec bien entendu les

⁴¹⁵ P. ex. LONDERS (B), p. 3 s. ; MATRAY, p. 32 s.

⁴¹⁶ En ce sens apparemment : SEIBERT-FOHR [D], Germany, p. 450 s. Cf. ég. DELPEREE (B), RTDH, p. 347 s. : « [L]es règles de déontologie sont une chose. Les règles de droit en sont une autre ».

⁴¹⁷ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

⁴¹⁸ CCJE, Avis n° 3, par. 58. Cf. ég. HUG, p. 13 ; DELPEREE (B/F), p. 143, qui indique qu'il faut « éviter l'écueil de la facilité que représente la mise en valeur d'une déontologie de la fonction publique ».

garanties et limites qu'elle (doit) comporte(r) – constitue en effet le bras armé⁴¹⁹ de la réglementation du comportement des magistrats du siège.

269. — Dans un cadre juridictionnalisé, l'approche (de droit) disciplinaire de la réglementation du comportement des magistrats du siège est la prérogative de l'Etat, en tant que titulaire de l'exercice de la puissance publique. Il apparaît ainsi que le droit disciplinaire représente le seul système permettant véritablement de sanctionner les écarts de conduite des magistrats du siège⁴²⁰. Si certaines réglementations déontologiques prévoient un système de sanctions (associatives) en cas de comportements contraires aux valeurs ou règles (associatives) posées⁴²¹, seul l'Etat conserve en définitive un pouvoir de contrainte, irrésistible – dans la limite du respect des droits fondamentaux –, sur les magistrats du siège⁴²². Si l'on considère le caractère répressif qu'il conviendrait de reconnaître au droit disciplinaire⁴²³, cette prérogative de l'Etat correspond même au monopole du droit d'incriminer et de punir.

III. Le principe de la légalité des infractions disciplinaires

A. Examen sous l'angle du principe général de la légalité

1. Généralités

270. — L'art. 5 al. 1 Cst. féd.⁴²⁴ pose le principe général de la légalité en droit suisse⁴²⁵. Aux termes de cette disposition, le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat ; les autorités ne peuvent dès lors agir que dans le cadre fixé par la loi⁴²⁶.

⁴¹⁹ L'expression est également utilisée par LONDERS (B), p. 2.

⁴²⁰ Pour une illustration des limites d'un système non disciplinaire, cf. p. ex. MATRAY (B), p. 52-55, à propos de la Commission d'avis du Conseil supérieur de la Justice belge.

⁴²¹ Cf. p. ex. « Code disciplinaire » de la FIFA, éd. 2011, art. 10 ss, 46 ss.

⁴²² Cf. p. ex. Espagne, *Ley Orgánica 4/2013 du 28.06.2013* (entraîne la réforme du *Consejo General del Poder Judicial* ; modifie partiellement la *Ley Orgánica, del Poder Judicial*), Préambule, ch. VI : « [e]s verdad que la potestad disciplinaria es, por su propia naturaleza, un instrumento de gobierno ; pero no por ello deja de ser una manifestación del ius puniendi del Estado, cuyo ejercicio debe estar revestido de ciertas garantías fundamentales ».

⁴²³ Cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

⁴²⁴ Cf. ég. art. 9 et 164 al. 1 Cst. féd.

⁴²⁵ Cf. ég. *supra*, N 218.

⁴²⁶ Cf. p. ex. ATF 140 I 381, consid. 4.4.

271. — Hormis en droit pénal et en droit fiscal où il revêt une signification particulière, le principe de la légalité n'est pas un droit constitutionnel individuel. Il s'agit d'un principe constitutionnel qui ne peut pas être invoqué en tant que tel, mais seulement en relation avec la violation, notamment, du principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité, de l'interdiction de l'arbitraire ou la violation d'un droit fondamental spécial⁴²⁷.

272. — L'examen sous l'angle de l'art. 5 al. 1 Cst. féd. constitue un standard minimum, pratiqué indépendamment de la nature attribuée à la procédure en cause en droit interne et de la qualification – d'accusation en matière pénale ou non – de la sanction infligée ou envisagée⁴²⁸.

273. — Se pose la question du degré de précision, sous l'angle de cette disposition⁴²⁹, des règles de comportement applicables aux magistrats du siège.

274. — Le Tribunal fédéral retient d'une manière générale que « [l]'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manoeuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux [...]. La jurisprudence admet en outre que, dans une certaine mesure, l'imprécision des normes peut être compensée par des garanties de procédure [...] »⁴³⁰.

275. — La jurisprudence et la doctrine considèrent généralement que le principe général de la légalité ne trouve à s'appliquer que de manière restreinte en droit disciplinaire. Deux arguments, l'un théorique, l'autre pratique, sont habituellement proposés à l'appui de cette position. D'une part, le rapport de droit spécial liant les magistrats du siège à l'Etat justifierait un abaissement des exigences concernant les bases légales permettant de porter atteinte aux droits fondamentaux desdits magistrats du siège (cf. ci-après, 2.). D'autre part, l'impossibilité de définir l'ensemble des comportements répréhensibles des magistrats du siège impliquerait que l'on doive se résoudre à n'énoncer que des règles générales de comportement (cf. ci-après, 3.). Comme nous le verrons ci-

⁴²⁷ ATF 140 I 381, consid. 4.4 ; 134 I 322, consid. 2.1.

⁴²⁸ Cf. ég. FAVRE, p. 334 ; KIENER, Verantwortlichkeit, N 17. Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 201-216.

⁴²⁹ Cf. ég. *infra*, N 303-322. pour un examen sous l'angle de l'art. 7 par. 1 CEDH (principe de la légalité des infractions).

⁴³⁰ ATF 140 I 381, consid. 4.4.

dessous, ces deux arguments, pris individuellement ou collectivement, ne convainquent pas.

2. La théorie des rapports de droit spéciaux

a. La notion (aperçu)

276. — Certaines personnes sont considérées comme étant dans un rapport de droit spécial (rapport de sujétion spécial(e) ; rapport de puissance publique spécial) avec l'Etat⁴³¹. Parmi celles-ci figurent les fonctionnaires (auxquels on assimile les magistrats du siège⁴³²), les étudiants, les militaires et les détenus.

277. — S'il est acquis que les personnes placées sous un tel statut jouissent de la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale⁴³³ et – en général – par la Convention européenne des droits de l'homme⁴³⁴, des différences apparaissent au niveau des conditions auxquelles ces droits peuvent leur être restreints. En particulier, la théorie fondée sur l'existence de rapports de droit spéciaux avec l'Etat peut déployer une certaine portée au niveau de l'exigence de précision de la base légale permettant de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes se trouvant sous ces rapports⁴³⁵.

278. — A ce titre, nous rappelons la teneur de l'art. 36 Cst. féd., qui prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (al. 1), être justifiée par un intérêt public (al. 2) et être proportionnée au but visé (al. 3) ; que l'essence des droits fondamentaux (noyau dur) est inviolable (al. 4)⁴³⁶.

279. — Le Tribunal fédéral a abandonné, dans les années 1970, sa jurisprudence selon laquelle les actes limitant les droits des personnes liées à l'Etat par un

⁴³¹ Cf. p. ex. ATF 123 I 296, consid. 3 ; 106 Ia 277, consid. 3d.

⁴³² Pour le surplus, cf. *supra*, Chap. 1, N 17-22.

⁴³³ ATF 121 I 326, consid. 2a, JdT 1997 I 273 et les réf.

⁴³⁴ CourEDH, arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26.09.1995, req. n° 17851/91, par. 43 (fonctionnaires) ; CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* du 19.04.2007, req. n° 63235/00, par. 55 ss, en particulier 57, 62. Sur la portée de ce dernier arrêt, cf. *supra*, N 188 ss, 193 ss.

⁴³⁵ Pour des développements, cf. VERNIORY/WAELTI, p. 815 s.

⁴³⁶ Les art. 8 par. 2, 9 par. 2, 10 par. 2, 11 par. 2 CEDH disposent que les restrictions aux droits conventionnels doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaires dans une société démocratique (ce qui inclut la proportionnalité ; pour des exemples, cf. IMBERT-MAGAND [F], p. 291 ss et les réf.). Ces exigences correspondent à celles posées en Suisse par l'art. 36 Cst. féd.

rapport de droit spécial n'étaient pas soumis à l'exigence d'une base légale⁴³⁷. Suivant la doctrine majoritaire, il retient désormais que « [l]es atteintes [...] portées à une liberté constitutionnelle doivent être réglées, pour l'essentiel, de manière claire et non équivoque dans une loi [...] »⁴³⁸.

280. — Le Tribunal fédéral considère toutefois qu'on ne saurait, en présence d'un rapport de droit spécial, exiger une base légale trop précise. Ainsi, des prescriptions de comportement portant atteinte à une liberté fondamentale peuvent selon lui « découle[r] d'une obligation plus générale contenue dans [une] loi [...] ». Selon notre Haute Cour, il suffirait à ce titre « que la loi indique de manière générale, par des concepts juridiques indéterminés, les valeurs qui doivent être respectées et qui pourront être concrétisées par [des dispositions d'application] ou par décision individuelle »⁴³⁹.

281. — Cela étant, le Tribunal fédéral souligne – à juste titre – que « le respect des principes d'intérêt public et de proportionnalité sera contrôlé d'autant plus rigoureusement que l'atteinte aux intérêts [de la personne se trouvant dans un rapport de droit spécial] est grave et la base légale imprécise »⁴⁴⁰.

b. Les conséquences sur la légalité des infractions disciplinaires

282. — Le statut des personnes placées dans un rapport de droit spécial a connu une importante évolution au cours des dernières décennies. La théorie des rapports de droit spéciaux est remise en cause par la doctrine actuelle, dont une partie importante plaide en faveur de l'abandon du concept de rapport de sujétion spécial⁴⁴¹.

283. — Il n'y a pas lieu de nous prononcer spécifiquement sur cette question. Nous nous contenterons d'indiquer à ce titre que l'on ne saurait, selon nous, refuser aux juges des garanties que ceux-ci doivent pourtant accorder quotidiennement aux parties, ou à l'application desquelles ils doivent veiller, dans les procès dont ils ont la charge⁴⁴².

⁴³⁷ ATF 106 Ia 277, consid. 3d et les réf.

⁴³⁸ ATF 123 I 296, consid. 3 et les réf.

⁴³⁹ ATF 123 I 296, consid. 3. Sur la question de la densité normative (*Normstufe*), cf. *infra*, N 336-337 ; sur la question de la répartition des tâches entre le législateur et le juge, cf. *infra*, N 329-335 et 373-383.

⁴⁴⁰ ATF 123 I 296, consid. 3 et les réf.

⁴⁴¹ KELLER/SCHÄDLER, p. 195 ss. Comp. OFJ, JAAC 68.49, ch. 1.1, qui se fonde sur le fait que les juges fédéraux se trouvent dans un *Sonderstatusverhältnis*.

⁴⁴² Cf. ég. DELPÉRÉE (B), RTDH, *passim*.

284. — Quoi qu'il en soit, nous considérons que la théorie des rapports de droit spéciaux ne sert – en droit disciplinaire des magistrats du siège – probablement (plus) qu'à tenter de justifier le fait que les bases légales permettant de porter atteinte aux droits fondamentaux des magistrats du siège ne remplissent généralement pas les exigences requises en termes de précision⁴⁴³. Or, comme nous le verrons ci-dessous⁴⁴⁴, une telle indétermination ne saurait en aucun cas être admise sous le couvert d'une prétendue impossibilité de définir les manquements susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires.

285. — Au vu de ce qui précède, il convient selon nous de retenir que l'existence d'un rapport de droit spécial, pour autant qu'elle soit admissible, ne permet pas de justifier une application restreinte du principe de la légalité en droit disciplinaire des magistrats du siège.

3. La théorie de « l'application différenciée »

a. La notion

286. — On trouve, dans la jurisprudence⁴⁴⁵ et dans la doctrine⁴⁴⁶, une théorie selon laquelle le principe de la légalité trouverait une application différenciée en droit disciplinaire (ci-après : la « théorie de l'application différenciée »). Selon cette théorie, le principe de la légalité ne régirait que de manière restreinte la définition des manquements susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires, alors qu'il régirait strictement la définition desdites sanctions disciplinaires. Des clauses générales pourraient ainsi satisfaire à l'exigence de légalité concernant les infractions disciplinaires.

287. — La théorie de l'application différenciée est fondée sur la prémisse selon laquelle il serait impossible de décrire toutes les possibilités de manquements aux devoirs ou aux règles d'une fonction ou profession donnée. Elle vise ainsi à justifier la renonciation à l'exigence d'une définition claire et exhaustive desdits manquements dans le texte légal. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que « *la multiplicité et la variété des rapports quotidiens entre l'agent et*

⁴⁴³ Pour une illustration, cf. ATF 123 I 296, consid. 3. Cf. ég. OFJ, JAAC 68.49, ch. 1.1.

⁴⁴⁴ Cf. *infra*, N 293-299.

⁴⁴⁵ P. ex. TF 2C_268/2010 du 18.06.2010, consid. 5.1, citant MARTI U./PETRY, p. 235 ; 2A.191/2003 du 22.01.2004, consid. 7.5, citant FAVRE, p. 331 s.

⁴⁴⁶ Cf., entre beaucoup d'autres, GUICHETEAU (F ; anc.), p. 80 s. ; DEUMIER (F), p. 250 ; MARTENS (B), p. 176 ; MOOR/POLTIER, p. 143 (relations durables) ; MARTI U./PETRY, p. 232 s. et les réf.

l'autorité dont il dépend excluent que les comportements à limiter ou à interdire puissent être prévus dans une nomenclature exhaustive »⁴⁴⁷.

288. — Le Conseil fédéral, dans son Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse, s'est également prononcé sur cette question, en relation avec l'art. 91 P-CP⁴⁴⁸ : « [i]l est certes hors de question que le législateur puisse d'avance énumérer exhaustivement toutes les circonstances de la vie qui peuvent donner lieu à une sanction disciplinaire. Aussi n'est-il pas possible d'établir une espèce de catalogue de toutes les "infractions" à la discipline. Le projet dispose que seule la violation fautive d'une obligation contrevient à la discipline [art. 91 al. 1 P-CP] »⁴⁴⁹.

289. — Il convient au surplus de relever que la théorie de l'application différenciée s'applique également aux personnes ne se trouvant pas dans un rapport de droit spécial.

b. Le (faux) rapport avec la théorie des rapports de droit spéciaux

290. — Le Tribunal fédéral a tenté de justifier l'application restreinte du principe de la légalité des infractions en combinant (i) l'argument selon lequel il serait impossible de décrire tous les manquements possibles aux règles professionnelles avec (ii) l'argument selon lequel il serait possible d'admettre, en vertu du rapport de droit spécial existant entre les magistrats du siège et l'Etat⁴⁵⁰, un degré d'exigence moindre au niveau de la base légale permettant de porter atteinte aux droits fondamentaux desdits magistrats.

291. — Le Tribunal fédéral a en effet considéré, dans un arrêt rendu en matière de droit disciplinaire de la fonction publique, que « [...] les fonctionnaires sont soumis à un rapport de puissance publique spécial, auquel ils ont librement

⁴⁴⁷ ATF 123 I 296, consid. 3 (fonctionnaires). Cf. ég. ATF 108 Ia 316, consid. 2b/aa, JdT 1984 I 183 ; 140 I 277, consid. 4.4 (surveillance disciplinaire des autorités de poursuite) : « [i]l n'y a [...] pas de typicité de l'infraction disciplinaire, en raison du caractère très général des devoirs de fonction des agents publics cantonaux chargés de l'exécution forcée » ; CJ GE, ATA/142/2011 du 08.03.2011, consid. 21c ; TC/GE, SJ 2005 I 193, consid. 3a ; CCJE, Avis n° 3, par. 48 (déontologie).

⁴⁴⁸ Cette disposition, adoptée par les Chambres fédérales et désormais en vigueur (art. 91 CP), fixe un cadre fédéral en matière de droit disciplinaire applicable aux détenus et aux personnes exécutant une mesure.

⁴⁴⁹ FF 1998 I p. 1787 ss, p. 1933. Comp. Recomm. CM/Rec(2006)2 du 11.01.2006 sur les règles pénitentiaires européennes, par. 57.2 let. a : « [l]e droit interne doit déterminer les actes ou omissions des détenus constituant une infraction disciplinaire ».

⁴⁵⁰ Cf. *supra*, N 276-285.

adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques que dans une mesure limitée. Notamment, il n'est pas nécessaire que la base légale qui doit fonder les restrictions à ces libertés soit particulièrement précise. En effet, la multiplicité et la variété des rapports quotidiens entre l'agent et l'autorité dont il dépend excluent que les comportements à limiter ou à interdire puissent être prévus dans une nomenclature exhaustive. Il suffit dès lors que la loi indique de manière générale, par des concepts juridiques indéterminés, les valeurs qui doivent être respectées [...] »⁴⁵¹.

292. — A notre sens, les deux problématiques précitées ne peuvent pas être confondues dans un même raisonnement – sans quoi celui-ci devient manifestement circulaire. La théorie des rapports de droit spéciaux concerne une possibilité théorique de restreindre les exigences en matière de légalité des atteintes portées aux droits fondamentaux ; la théorie de la légalité différenciée se rapporte, quant à elle, à des motifs d'ordre « pratique » censés justifier la non-conformité de telles atteintes⁴⁵². Comme nous le verrons ci-dessous⁴⁵³, lesdits motifs « pratiques » sont par ailleurs dépourvus de toute validité objective.

c. Le rejet de la théorie de « l'application différenciée »

293. — La théorie de l'application différenciée doit selon nous être rejetée. Il est en effet matériellement possible de définir les motifs justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire et pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires⁴⁵⁴.

294. — La démarche consistant à définir les éléments constitutifs des infractions disciplinaires n'est, à ce titre, pas différente de celle prévalant en droit pénal spécial. La diversité des faits pouvant constituer une infraction est, dans ces deux domaines, parfaitement comparable.

295. — Nous tentons d'illustrer notre propos par un exemple trivial. L'art. 177 CP, qui érige en infraction les atteintes à l'honneur, dispose que « [c]elui qui, de toute autre manière [que par la diffamation ou la calomnie⁴⁵⁵], aura, par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait, attaqué autrui dans son honneur sera, sur plainte, puni [...] ». Le propos n'est donc pas, en ce cas,

⁴⁵¹ ATF 123 I 296, consid. 3 (fonctionnaires).

⁴⁵² Cf. *supra*, N 286-289.

⁴⁵³ Cf. N 293-299.

⁴⁵⁴ Cf. ég. DELPÉRÉE (B/F), p. 133 ss ; RICOL (F ; anc.), p. 58, 69 ss ; FISCHER (D), p. 61 s.

⁴⁵⁵ Cf. art. 173-176 CP.

de vouloir lister concrètement et exhaustivement l'ensemble des insultes pouvant, selon les circonstances du cas, être considérées comme une injure au sens de l'art. 177 CP, mais bien de circonscrire abstraitement, sous une dénomination commune, les faits proscrits, afin de les ériger en infraction.

296. — Dans le même sens, nous pouvons encore citer l'exemple de l'interdiction de se faire promettre ou d'accepter un cadeau ou un autre avantage en sa qualité de magistrat du siège⁴⁵⁶. Il serait manifestement contraire au principe de la légalité (des infractions disciplinaires) de considérer que cette interdiction a une portée générale et vaut donc même en l'absence d'une disposition légale spécifique⁴⁵⁷. Afin de se conformer aux exigences de précision de l'énoncé de fait légal, il suffirait par exemple de définir une règle présentant un contenu similaire à celui donné par le législateur (i) à l'art. 322^{quater} CP (corruption passive), qui prévoit que « [c]elui qui, en tant que membre d'une autorité judiciaire [...], aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu, en sa faveur ou en celle d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni [...] » et (ii) à l'art. 322^{sexies} CP (acceptation d'un avantage), aux termes duquel « [c]elui qui, en tant que membre d'une autorité judiciaire [...], aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu pour accomplir les devoirs de sa charge sera puni [...] »⁴⁵⁸. Une telle démarche n'apparaît de loin pas hors de portée.

297. — La diversité des faits pouvant constituer une infraction ne devrait donc pas constituer un obstacle à la détermination légale d'un catalogue d'infractions⁴⁵⁹. A la suite de DELPEREE, nous pensons dès lors que « l'absence d'énumération légale des manquements professionnels [...] constitue une lacune accidentelle et non une caractéristique essentielle du droit

⁴⁵⁶ Pour un cas d'application, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2001.1 [CM 11/2001] du 26.11.2001, consid. 4, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 5 ss.

⁴⁵⁷ *Contra* : BELLWALD, p. 70.

⁴⁵⁸ Cf. pour le surplus *infra*, N 429-439 concernant l'incrimination disciplinaire d'infractions pénales.

⁴⁵⁹ Comp., en matière de droit de police, ATF 140 I 381, consid. 4.4 : « [e]n matière de droit de police, l'exigence de précision de la règle se heurte généralement à des difficultés particulières en raison de la spécificité du domaine à réglementer. En effet, la mission de la police et les notions de sécurité et d'ordre publics ne peuvent pas véritablement être décrites de façon abstraite. Il est donc difficile d'édicter des normes précises, tant du point de vue des conditions d'application que du point de vue des mesures de police envisageables ».

disciplinaire »⁴⁶⁰. Il serait par ailleurs erroné de vouloir trouver ici un critère de distinction entre le droit disciplinaire et le droit pénal⁴⁶¹.

298. — Il apparaît ainsi regrettable que l’aveu d’impuissance du législateur, légitimé par la jurisprudence et la doctrine, ait donné lieu à une règle. Selon nous, une telle construction, de par les conséquences qu’elle est susceptible de produire, met sérieusement en péril la sécurité du droit.

299. — Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la difficulté (pratique) de définir les infractions disciplinaires⁴⁶² ne justifie pas (l’admission théorique d’)une application restreinte du principe de la légalité en droit disciplinaire des magistrats du siège. La définition légale des motifs justifiant l’ouverture d’une procédure disciplinaire, pouvant donner lieu au prononcé de sanctions disciplinaires à l’encontre de ces derniers, est réalisable. Elle apparaît même comme une nécessité, si l’on considère le caractère répressif que nous proposons de reconnaître au droit disciplinaire⁴⁶³.

d. La position du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)

300. — Il est en outre intéressant de constater que le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)⁴⁶⁴ s’est prononcé sur la question de la définition des infractions disciplinaires. Celui-ci a relevé, dans son Avis du 19 novembre 2002, « *que dans toutes [les] tentatives [de définir de manière détaillée les conduites pouvant justifier l’ouverture d’une procédure disciplinaire débouchant sur une forme quelconque de sanction], il est recouru à des formules générales aux contours mal définis qui suscitent des interrogations quant à l’opinion et au degré* »⁴⁶⁵. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a déclaré à ce titre qu’il « *admet pleinement que des raisons précises doivent être invoquées à l’appui de toute action disciplinaire, lorsqu’une telle action est proposée ou intentée, le cas échéant* »⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ DELPÉRIE (B/F), p. 71.

⁴⁶¹ Comp. p. ex. HEIDELMANN (D), p. 68 s. ; KERBAOL (F), p. 382.

⁴⁶² Cf. pour le surplus FISCHER [D], p. 61 s., 234, qui considère (au sujet de l’établissement d’un catalogue de devoirs [*Pflichtenkatalog*]) que la tâche serait par ailleurs plus aisée en ce qui concerne les magistrats du siège que par rapport aux fonctionnaires dès lors que les premiers forment un cercle (plus) homogène (que les seconds).

⁴⁶³ Cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

⁴⁶⁴ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

⁴⁶⁵ CCJE, Avis n° 3, par. 63.

⁴⁶⁶ CCJE, Avis n° 3, par. 64.

301. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a par ailleurs considéré qu'il « [...] revient à chaque Etat de spécifier dans ses lois quelle conduite peut donner lieu à une action disciplinaire »⁴⁶⁷. En effet, il a indiqué qu'il « ne juge pas nécessaire (en vertu du principe *nulla poena sine lege* ou de tout autre fondement), ni même possible, de tenter de spécifier, au niveau européen, dans des termes précis ou détaillés, la nature de toutes les inconduites qui pourraient justifier une procédure disciplinaire et des sanctions »⁴⁶⁸. Revenant ainsi partiellement sur la position adoptée dans un précédent avis, le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a exposé qu'il « [...] ne conçoit pas la nécessité, ni même la possibilité au niveau européen, de tenter de définir toutes ces raisons possibles à l'avance d'une manière autre que la formulation générale actuellement adoptée par la plupart des pays européens. Aussi, à cet égard, le [Conseil consultatif de juges européens (CCJE)] a-t-il conclu que l'objectif déclaré [dans] son Avis [du 23 novembre 2001]⁴⁶⁹ ne peut être poursuivi au niveau européen »⁴⁷⁰.

302. — Les développements du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) peuvent être repris, *mutatis mutandis*, dans l'examen de la situation des magistrats du siège en Suisse. Il ressort de l'Avis précité que la reconnaissance de l'impossibilité d'une définition des infractions ne se rapporte qu'à la tentative, envisagée par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) dans son Avis du 23 novembre 2001⁴⁷¹, d'une définition des infractions disciplinaires au niveau européen. On remarque que le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) ne préconise pas – tout en ne l'excluant pas – le recours à des formulations générales dans les législations nationales. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) relève toutefois avec dureté les difficultés d'interprétation découlant des « *formules générales aux contours mal définis* », et invite les Etats membres – ce qui aurait pu être fait de manière plus explicite – à définir les « *raisons précises* [devant le cas échéant] être invoquées à l'appui de toute action disciplinaire » à l'encontre d'un magistrat du siège⁴⁷².

⁴⁶⁷ CCJE, Avis n° 3, par. 63.

⁴⁶⁸ CCJE, Avis n° 3, par. 63.

⁴⁶⁹ CCJE, Avis n° 1.

⁴⁷⁰ CCJE, Avis n° 3, par. 64.

⁴⁷¹ CCJE, Avis n° 3, par. 60 (c).

⁴⁷² En ce sens ég. : INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE, *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* (cf. *infra*, N 997), ch. 5.3 : « [a]ll of the grounds for the discipline, suspension and removal of judges shall be entrenched constitutionally or fixed by law and shall be clearly defined ». Comp. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 25 i.i. : « [d]isciplinary proceedings against judges shall deal with alleged instances of professional misconduct that are gross and

B. Examen sous l'angle du principe de la légalité des infractions

1. Les bases légales

303. — Le principe de la légalité des infractions, qui ressortit au contentieux pénal, est consacré par l'art. 7 par. 1 phr. 1 CEDH. Cette disposition prévoit que nul ne peut être condamné pour un fait qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international (« *nullum crimen sine lege* »).

304. — En droit interne suisse, le principe de la légalité des infractions n'est pas prévu expressément par la Constitution fédérale⁴⁷³. Ce principe est toutefois considéré de longue date comme un principe de rang constitutionnel. Autrefois dégagé de l'art. 4 aCst. féd., il résulte désormais (i) de l'art. 5 al. 1 Cst. féd., qui dispose que le droit est la base et la limite régissant toute activité de l'Etat (principe général de la légalité)⁴⁷⁴, (ii) de l'art. 9 Cst. féd., qui consacre la protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi, et (iii) de l'art. 164 al. 1 let. c Cst. féd., aux termes duquel les dispositions importantes relatives aux droits et aux obligations des personnes doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale⁴⁷⁵. Le principe de la légalité des infractions découle par ailleurs directement (iv) de l'art. 1 CP, qui dispose qu'une sanction pénale ne peut être prononcée qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi⁴⁷⁶.

inexcusable and that also bring the judiciary into disrepute » ; il ressort du Rapport de la réunion tenue à Kiev en juin 2010 (p. 13) que les experts ont retenu le fait qu'il ne serait pas approprié, dans un certain nombre de cultures juridiques, de définir et énumérer les motifs de la discipline dans le détail, car cela pourrait limiter indûment le champ d'application et exclure des cas de figure imprévus qui mériteraient toutefois une suite disciplinaire ; le groupe en a donc conclu que les recommandations devraient se limiter à définir l'infraction disciplinaire de manière générale (cf. violation grave, inexcusable, et discrédit porté au pouvoir judiciaire).

⁴⁷³ Dans d'autres pays, le principe de la légalité des infractions est ancré au niveau constitutionnel (cf. p. ex., en Allemagne, l'art. 103 al. 2 GG/D).

⁴⁷⁴ Cf. *supra*, N 270-275 ; cf. ég. *supra*, Chap. 3, N 217-222.

⁴⁷⁵ ATF 138 I 367, consid. 5.4 ; 129 IV 276, consid. 1.1.1, JdT 2005 IV 43 ; 138 IV 13, consid. 4.1, JdT 2012 IV 263.

⁴⁷⁶ A noter que l'art. 1 CP ne s'applique donc pas *per se* aux infractions de droit pénal cantonal (cf. ATF 129 IV 276, consid. 1.1.1, JdT 2005 IV 43).

2. Le contenu du principe

305. — Le Tribunal fédéral a notamment repris la jurisprudence « Scoppola » rendue par la Cour européenne des droits de l'homme en relation avec l'art. 7 par. 1 phr. 1 CEDH⁴⁷⁷. Il a ainsi posé que « *la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. On ne saurait interpréter l'art. 7 par. 1 CEDH comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. Savoir jusqu'à quel point la sanction doit être prévisible dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité d'une loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé* »⁴⁷⁸.

306. — Le Tribunal fédéral, se fondant par ailleurs sur sa jurisprudence rendue en application des art. 5, 9 et 164 al. 1 Cst. féd.⁴⁷⁹, a par ailleurs rappelé que « *la loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen d'y conformer son comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude, lequel ne peut être fixé abstraitement, mais doit au contraire tenir compte des circonstances* », et poursuivi en indiquant que « *[I]e juge peut, sans violer ce principe, donner du texte légal une interprétation même extensive, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause. Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe [nullum crimen,] nulla poena sine lege interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables* »⁴⁸⁰.

307. — La difficulté est par conséquent de savoir, quant à la déterminabilité des infractions disciplinaires, où situer le curseur entre description légale et

⁴⁷⁷ CourEDH, arrêt *Scoppola c. Italie* du 17.09.2009, req. n° 10249/03.

⁴⁷⁸ ATF 138 I 367, consid. 5.3. Cf. ég. ATF 138 IV 13, consid. 4.1, JdT 2012 IV 263.

⁴⁷⁹ Cf. *supra*, N 304.

⁴⁸⁰ ATF 138 I 367, consid. 5.4.

interprétation judiciaire. En d'autres termes, il s'agit de définir quelle « marge d'indétermination légale » est admissible non seulement au regard du principe général de la légalité⁴⁸¹, mais aussi au regard de la garantie de la légalité des infractions.

308. — A titre d'exemple, nous pouvons mentionner ici que dans un arrêt rendu en matière de droit des cartels (affaire « Swisscom (Suisse) SA »), le Tribunal administratif fédéral avait retenu que, au vu de son contenu indéterminé, la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, prise isolément, ne remplit pas l'exigence minimale de la base légale au sens de l'art. 7 par. 1 CEDH⁴⁸². Aux termes de l'art. 7 al. 1 LCart, précité, « [l]es pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux ». Le Tribunal fédéral a laissé ouverte cette question dans un arrêt rendu ultérieurement dans une autre affaire (affaire « PubliGroupe »)⁴⁸³ ; il a toutefois relevé à cette occasion que même en droit pénal ordinaire, il existe des dispositions à contenu imprécis nécessitant une interprétation⁴⁸⁴.

309. — Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 19 al. 2 de la Loi du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures sur le droit pénal cantonal⁴⁸⁵, qui prévoit que sera puni celui qui viole grossièrement les mœurs et les convenances en public (*wer « [...] öffentlich Sitte und Anstand grob verletzt »*), est suffisamment précis, au regard des critères dégagés par la jurisprudence, pour constituer une base permettant de sanctionner pénalement la pratique de la randonnée naturiste sur le domaine public⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Cf. *supra*, N 270-275 pour un examen sous l'angle de l'art. 5 al. 1 Cst. féd. (principe général de la légalité).

⁴⁸² TAF B-2050/2007 du 24.02.2010 (« Swisscom »), consid. 4.5.1, DPC 2010/2 p. 242 ss (rés. : XOUDIS, JdT 2011, p. 149 ; rés. et rem. : SEITZ, p. 650 ss).

⁴⁸³ ATF 139 I 72 (« PubliGroupe »), consid. 8.2.2, JdT 2013 I 202. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. p. ex. BREI.

⁴⁸⁴ ATF 139 I 72, consid. 8.2.2 i.i., JdT 2013 I 202 : « [o]b diese Norm für sich allein als hinreichend bestimmt zu beurteilen ist [...], kann hier letztlich offen bleiben, wobei immerhin darauf zu verweisen ist, dass es auch im ordentlichen Strafrecht Bestimmungen mit mehreren auslegungsbedürftigen Begriffen gibt wie etwa den Betrug gemäss Art. 146 StGB oder die Misswirtschaft nach Art. 165 StGB [...] ».

⁴⁸⁵ Gesetz über das kantonale Strafrecht du 25.04.1982 (RS/AR 311).

⁴⁸⁶ ATF 138 IV 13, consid. 4, JdT 2012 IV 263.

3. L'admissibilité des normes de renvoi

a. La notion de norme de renvoi

310. — Les normes de renvoi peuvent renvoyer (a) à un ensemble déterminé de normes (renvoi direct) ou (b) « à un "standard", au sens de clause générale (par exemple "[r]ègles techniques ou scientifiques") ou à des ensembles déterminés de normes qui ne sont toutefois mentionnées qu'à titre d'exemple (en tant qu'expression d'un standard) » (renvoi indirect)⁴⁸⁷. Dans le cas (a) ci-dessus, la référence à la violation de normes de comportement peut concerner des dispositions (i) appartenant à la même loi (renvoi direct interne ; *Binnenverweis*) ou (ii) contenues dans une autre loi (renvoi direct externe ; *Aussenverweis*) de degré égal ou éventuellement inférieur⁴⁸⁸.

311. — Dans un arrêt récent rendu en matière de marchés publics, publié au Recueil officiel⁴⁸⁹, le Tribunal fédéral a assis une jurisprudence jusqu'ici non publiée⁴⁹⁰ selon laquelle « [l]e principe de la légalité [des infractions] n'interdit [...] pas les normes de renvoi, qui sanctionnent la violation de prescriptions légales, insérées dans la loi elle-même, dans ses dispositions d'application ou encore dans d'autres actes législatifs, fédéraux ou cantonaux. La disposition pénale doit être lue comme si la règle de concrétisation faisait partie intégrante de son texte. Le comportement incriminé n'est donc pas indéterminé »⁴⁹¹.

312. — Le Tribunal fédéral a retenu, à l'occasion de cet arrêt, que la disposition visée en l'espèce était « une "Blankettnorm" de droit pénal » et que « de telles normes sont fréquentes parmi les dispositions pénales des lois spéciales et en principe admissibles sous l'angle constitutionnel »⁴⁹².

⁴⁸⁷ OFJ, Guide, N 895.

⁴⁸⁸ Cf. ég. *infra*, N 344-354 et 360-365.

⁴⁸⁹ ATF 138 I 367, consid. 5.4.

⁴⁹⁰ TF 6B_15/2012 du 13.04.2012, consid. 4.1 et les réf.

⁴⁹¹ ATF 138 I 367, consid. 5.4. Cf. ég., implicitement, ATF 137 II 199, consid. 5.2-5.6, JdT 2011 I 157.

⁴⁹² ATF 138 I 367, consid. 5.5. Concernant la notion de « dispositions pénales cadres » (« *Blankettstrafnormen* »), cf. ég. ATF 125 IV 35, JdT 2001 IV 60 (ad art. 26 al. 1 aLB) ; 122 IV 33, JdT 1998 IV 27 (ad art. 23 LCD).

b. Éléments d'appréciation

313. — Les éléments présentés ci-dessus concernant l'utilisation de normes de renvoi nous conduisent à formuler plusieurs remarques.

314. — Les normes de renvoi prévues sous la forme de renvois directs (cas (a) défini ci-dessus⁴⁹³) ne permettent pas toujours de déterminer de manière suffisamment précise les comportements érigés en infractions. Dans le cas d'un renvoi direct interne (cas (a)(i) défini ci-dessus⁴⁹⁴) comme dans le cas d'un renvoi direct externe (cas (a)(ii) défini ci-dessus⁴⁹⁵), le renvoi peut être plus ou moins diffus, notamment lorsque le renvoi – bien que direct – se rapporte à un ensemble de normes ne constituant pas une liste individualisée de comportements attendus ou prohibés. Cette imprécision est susceptible de porter atteinte au principe de la légalité des infractions⁴⁹⁶.

315. — Par ailleurs, l'utilisation de normes de renvoi prévues sous la forme de renvois indirects (cas (b) défini ci-dessus⁴⁹⁷), parfois appelées « *Blankettnormen* » ou « normes de blanc-seing »⁴⁹⁸, est propre à conférer une marge d'interprétation supplémentaire aux tribunaux. A ce titre, on relève que DOUCET/FLECK, dans leur célèbre dictionnaire, traduisent le terme de « *Blankettnorm* » de la manière suivante : « [norme] *de délégation*, [ou norme] *contenant des indications ou incriminations vagues et élastiques* »⁴⁹⁹. On peut donc considérer que le procédé consistant à utiliser des renvois indirects peut permettre de réduire ou d'étirer la densité normative au point de rendre celle-ci inconsistante. Une telle construction, en tant qu'elle rend difficilement déterminables les critères de référence en termes de comportements, est particulièrement susceptible d'entrer en contradiction avec le principe de la légalité des infractions⁵⁰⁰.

316. — En outre, on remarque que la complexité de l'analyse prudentielle effectuée en relation avec certaines dispositions – notamment le recours aux méthodes d'interprétation historique, grammaticale, systématique et

⁴⁹³ Cf. *supra*, N 310.

⁴⁹⁴ Cf. *supra*, N 310.

⁴⁹⁵ Cf. *supra*, N 310.

⁴⁹⁶ Cf. EICKER, N 17-19. Au surplus, nous indiquons que se pose la question de l'admissibilité du renvoi dynamique, c'est-à-dire du renvoi à un ensemble de normes « *quelles que soient les modifications qu'elles puissent subir* » (OFJ, Guide, N 895).

⁴⁹⁷ Cf. *supra*, N 310.

⁴⁹⁸ ATF 138 I 367, consid. 5.5.

⁴⁹⁹ DOUCET/FLECK, p. 137, au regard du terme « *Blankett* ».

⁵⁰⁰ Cf. BRAND/WYSS/ZYSSET, N 44, qui indiquent que « [s]olche Konkretisierungen durch den Richter im Einzelfall sind namentlich in der nationalsozialistischen Ära vorgekommen ».

téléologique⁵⁰¹ – dénote parfois à elle seule l’insuffisance de l’énoncé de fait légal⁵⁰².

317. — Finalement, nous pouvons déjà relever que même si des comportements prescrits⁵⁰³, auxquels la norme de renvoi se rapporte, peuvent être déterminés avec précision, la punissabilité « automatique » de toute violation de ceux-ci ne va pas de soi : le fait de parer le cas échéant des atours du droit pénal – par le mécanisme du renvoi – des comportements ne relevant par hypothèse pas du droit pénal n’est pas une démarche anodine⁵⁰⁴. La conformité d’une telle démarche avec le principe de la légalité des infractions est sujette à réserve.

4. La portée en droit disciplinaire des magistrats du siège

318. — La position adoptée par le Tribunal administratif fédéral dans la procédure « Swisscom (Suisse) SA », selon laquelle la clause générale de l’art. 7 al. 1 LCart, prise isolément, ne constitue pas une base légale suffisante permettant d’infliger une sanction au sens de l’art. 49a LCart⁵⁰⁵, donne une indication intéressante, qui est selon nous exploitable en droit disciplinaire des magistrats du siège. En effet, de telles clauses générales constituent souvent les seules normes – juridiques – de comportement existantes en matière disciplinaire. Il convient toutefois de relever que le Tribunal fédéral a pour l’heure laissé ouverte la question précitée (cf. arrêt « PubliGroupe »)⁵⁰⁶.

319. — La précision du Tribunal fédéral mentionnée dans l’arrêt « PubliGroupe », selon laquelle il existe en droit pénal ordinaire des dispositions à contenu imprécis nécessitant une interprétation⁵⁰⁷, montre à l’inverse une certaine tendance du Tribunal fédéral allant dans le sens de l’admission, en matière pénale, de l’utilisation de normes générales dont le contenu matériel doit être concrétisé à l’aide d’autres dispositions. Il convient néanmoins de tenir compte du fait que le Tribunal fédéral sanctionne parfois assez sévèrement le manque de précision d’une disposition de renvoi, pourtant

⁵⁰¹ Cf. p. ex. ATF 125 IV 35, consid. 2-7, JdT 2001 IV 60.

⁵⁰² En ce sens : TF 6B_771/2011 du 11.12.12, consid. 2.4.

⁵⁰³ Cf. *infra*, N 346 et 344-354.

⁵⁰⁴ Sur ces éléments, cf. ATF 122 IV 33, consid. 2b, JdT 1998 IV 27.

⁵⁰⁵ TAF B-2050/2007 du 24.02.2010, consid. 4.5.1, DPC 2010/2 p. 242 ss, 267.

⁵⁰⁶ ATF 139 I 72, consid. 8.2.2 *i.i.*, JdT 2013 I 202.

⁵⁰⁷ ATF 139 I 72, consid. 8.2.2 *i.i.*, JdT 2013 I 202.

à l'intérieur de la même loi (renvoi direct interne ; cas (a)(i) défini ci-dessus⁵⁰⁸)⁵⁰⁹.

320. — A ce titre, nous indiquons que des formulations générales telles que (i) la « *violation des devoirs de fonction* » ou la « *conduite compromettant la dignité de la magistrature* [judiciaire] » (cf. art. 62 LMSA/NE ; cf. ég. art. 103 al. 1 LJ/FR), (ii) le fait pour un magistrat du siège de porter atteinte à la dignité de sa charge ou d'en enfreindre les devoirs (art. 32 al. 1 LOJV/VD), (iii) « *tout manquement par un magistrat [du siège] aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité* » (art. 43 al. 1 Ord.1958/F)⁵¹⁰, (iv) « *tout comportement, acte ou manifestation* [, de la part d'un magistrat du siège,] *de nature à altérer effectivement la confiance en son impartialité et son indépendance* » (Charte européenne sur le statut des juges⁵¹¹, ch. 4.3), ou encore (v) « *la violation* [par un magistrat du siège] *des principes éthiques et moraux du comportement humain* »⁵¹² ne satisfont pas à l'exigence minimale de la base légale au sens de l'art. 7 par. 1 phr. 1 CEDH⁵¹³.

321. — En outre, la discussion relative à l'admissibilité des « *Blankettnormen* » (renvoi indirect ; cas (b) défini ci-dessus⁵¹⁴) soulève la question de la nature des

⁵⁰⁸ Cf. *supra*, N 310.

⁵⁰⁹ TF 6B_771/2011 du 11.12.2012 (produits thérapeutiques) ; pour un commentaire de l'arrêt précité, cf. EICKER, N 12 ss, en particulier N 19 s. L'auteur soulève à juste titre que le Tribunal fédéral, de manière regrettable, n'a pas distingué entre *Verweisungstechnik* et *Blankettechnik*. Le procédé utilisé dans l'arrêt commenté correspond au premier procédé. En tant que le renvoi est interne, celui-ci n'est généralement pas considéré comme problématique par la doctrine.

⁵¹⁰ Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 73 : « *tous faits par lesquels les fonctionnaires s'écartent des devoirs de leur état, et compromettent la dignité de leur caractère, l'honneur et la délicatesse de leur profession* ».

⁵¹¹ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

⁵¹² Cf. COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Ukraine 2010, N 45.

⁵¹³ Comp. Cour suprême (CA), arrêt *Andrée Ruffo c. Conseil de la magistrature*, 1995 CanLII 49 (C.S.C.), par. 103 ss, 105, qui rappelle la position adoptée par la jurisprudence, selon laquelle une norme juridique sera jugée suffisamment précise si elle comporte une substance pouvant donner lieu à un « débat judiciaire », c'est-à-dire si elle constitue un fondement adéquat « *pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques* » et « *introduit des lignes de démarcation et délimite suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis* », et qui admet ainsi la règle prévoyant que « *[d]ans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité* » présente un degré de précision suffisant.

⁵¹⁴ Cf. *supra*, N 310.

dispositions qui serviront le cas échéant à concrétiser de telles normes⁵¹⁵. Il nous paraît important de souligner, à cet effet, que les deux arrêts – publiés au Recueil officiel – cités par le Tribunal fédéral⁵¹⁶ au regard de la question de l'admissibilité de la technique consistant à utiliser des « *Blankettnormen* »⁵¹⁷ ont été rendus en matière de surveillance disciplinaire des avocats. Plus précisément, ces deux arrêts ont posé le principe selon lequel les règles déontologiques des ordres cantonaux des avocats⁵¹⁸ peuvent servir à interpréter les dispositions légales établissant les règles professionnelles des avocats. Ce dernier élément mérite d'être mis en relief, car il apparaît que l'on sort ici du cadre du renvoi à d'autres actes législatifs, les règles déontologiques étant, comme on l'a vu⁵¹⁹, des règles de nature associative (privées). On constate donc que l'on touche aux limites admissibles – voire qu'on les dépasse – en ce qui concerne le principe de la légalité des infractions.

322. — La question des rapports entre, d'une part, les dispositions légales visant à réglementer le comportement (des avocats) et, d'autre part, les règles déontologiques, sera étudiée de manière plus approfondie dans le cadre des développements consacrés aux techniques de réglementation des infractions disciplinaires⁵²⁰.

C. Conclusions intermédiaires et perspectives

1. L'application (à tout le moins) volontaire du principe de la légalité des infractions

323. — Le principe de la légalité des infractions disciplinaires a été expressément consacré en Italie lors de la réforme des dispositions sur la surveillance des magistrats judiciaires en 2006⁵²¹. L'art. 1 al. 1 let. f de la Legge 25 luglio 2005,

⁵¹⁵ ATF 138 I 367, consid. 5.5.

⁵¹⁶ ATF 106 Ia 100, consid. 7a ; 98 Ia 356, consid. 3a (cités au consid. 5.5 i.f. de l'ATF 138 I 367).

⁵¹⁷ EICKER, N 20, utilise l'expression « *Blankettechnik* ».

⁵¹⁸ A noter qu'un Code suisse de déontologie (CSD) élaboré par la Fédération suisse des avocats (FSA), applicable sur l'ensemble du territoire de la Confédération, est entré en vigueur le 01.07.2005.

⁵¹⁹ Cf. *supra*, N 247-251.

⁵²⁰ Cf. *infra*, N 360-365 et 366-370.

⁵²¹ Cf. le *Decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109*, qui réglemente la matière sur délégation de la Loi n° 150/2005, Legge 25 luglio 2005, n. 150 "*Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il*

n. 150⁵²², prévoit que « [i]l Governo e' delegato ad adottare [...] uno o più decreti legislativi diretti a [...] individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché' modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio »⁵²³. Sur la base de la délégation prévue dans la loi précitée, a été adopté le *Decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati* (ci-après : le « *Decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109* » ; D.lgs.109/06/I), dont les art. 2 à 4 D.lgs.109/06/I définissent les infractions disciplinaires pouvant être imputées aux magistrats du siège⁵²⁴.

324. — Il en va de même en Espagne. En effet, la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (ci-après : « *Ley Orgánica, del Poder Judicial* » ; LOPJ/E) prévoit expressément le principe de la légalité des infractions disciplinaires à l'art. 414 LOPJ/E : « [l]os jueces [...] están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley »⁵²⁵. Les art. 417-419 LOPJ/E définissent ensuite les infractions disciplinaires applicables aux magistrats du siège⁵²⁶.

325. — La jurisprudence et la doctrine suisses admettent, de façon plus ou moins large, la possibilité d'appliquer *par analogie* les principes généraux du droit pénal en matière disciplinaire. Ce qui relativise par ailleurs la portée de la question de la nature juridique du droit disciplinaire, traitée plus haut⁵²⁷. Toutefois, on constate qu'une telle application analogique est, en vertu de la nature particulière attribuée au droit disciplinaire, généralement exclue en ce qui concerne le principe de la légalité des infractions disciplinaires.

326. — Le principe de la légalité des infractions pourrait toutefois être appliqué – à tout le moins – à titre « volontaire ». En effet, une définition et un classement des infractions disciplinaires pourraient, en tout état de cause, être entrepris

decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché' per l'emanazione di un testo unico", GU n. 175 du 29.07.2005, Supplemento Ordinario n. 134.

⁵²² Cf. n. préc.

⁵²³ Sur la question, cf. p. ex. CIVININI (I), p. 21.

⁵²⁴ Cf. *infra*, N 375.

⁵²⁵ Cf. ég. *infra*, N 376.

⁵²⁶ Cf. ég. *infra*, N 376.

⁵²⁷ Cf. *supra*, Chap. 3, N 143-158 et 165-171.

indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure le principe de la légalité (des infractions disciplinaires) s'applique⁵²⁸.

2. De la discipline au droit disciplinaire

327. — Selon nous, le refus généralement affiché de reconnaître l'exigence d'une base légale en matière de réglementation des comportements ne se rapporte en réalité pas au concept de droit disciplinaire. En effet, ce refus traduit bien plutôt une forme de survivance de la conception ancienne d'une discipline des magistrats judiciaires qui serait exercée de manière interne au corps. Dans un tel cadre disciplinaire interne, la règle disciplinaire n'a pas à être précisée et formulée comme une règle de droit positif (étatique), car elle est considérée comme implicite, inhérente au corps dont elle émane⁵²⁹.

328. — DUGUIT a montré, il y a plus d'un siècle, que la définition légale et limitative des faits pouvant constituer une « faute de service » de la part d'un agent de l'Etat était l'une des principales conditions nécessaires au passage – qui n'est aujourd'hui pas encore réalisé – d'une discipline interne, hiérarchique, à une forme de discipline juridictionnalisée – qui n'est autre que le droit disciplinaire moderne⁵³⁰. Pour DUGUIT, la réflexion relative à la question de l'évolution de la répression disciplinaire est par ailleurs indissociable de celle relative au rapport entre le droit disciplinaire et le droit pénal. En effet, selon cet auteur, le passage à une discipline juridictionnalisée devrait entraîner la confusion de la répression disciplinaire avec la répression pénale dès lors que ces deux formes de répression sont consubstantielles : « [c]’est [au niveau de l'énumération des faits pouvant entraîner une répression disciplinaire] que l'évolution est la moins avancée. Dans toutes les législations modernes subsiste encore cette différence entre la répression pénale et la répression disciplinaire : l'une ne peut intervenir que pour un fait prévu et défini comme infraction par la loi, l'autre peut intervenir pour un fait, dont il est loisible à l'agent compétent de décider s'il constitue une faute susceptible d'entraîner une répression. Mais l'évolution peut être complète. Il peut arriver, il arrivera un moment où pour la répression d'une faute de service il y aura une véritable juridiction, devant laquelle se déroulera un débat contradictoire, un moment où il y aura une

⁵²⁸ DELPEREE (B/F), p. 146 s. En ce sens ég. : CCJE, Avis n° 3, par. 65, 77. Comp. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 175-185.

⁵²⁹ Cf. MILLARD (F), p. 34, citant MOURGEON (F), p. 131, à propos de la théorie de l'institution développée par ce dernier ; cela provient du fait que la répression est secondaire dans l'analyse institutionnelle de la discipline. Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 60 s.

⁵³⁰ DUGUIT (F ; anc.), p. 471.

définition légale et limitative des faits pouvant constituer une faute de service, où enfin il y aura une énumération légale et limitative des peines pouvant être prononcées pour réprimer cette faute. Alors aucune différence ne subsistera plus entre la répression pénale et la répression disciplinaire. L'une et l'autre seront complètement juridictionnalisées, et, comme il n'y a entre elles deux aucune différence de fond, elles se confondront absolument au point de vue matériel et au point de vue formel »⁵³¹.

3. Le besoin d'un référentiel

329. — La sécurité juridique dépend de la qualité de la loi et de la prévisibilité du droit. Il ressort notamment de nombreux textes internationaux que les magistrats du siège doivent pouvoir prévoir les conséquences, sur le plan disciplinaire, de leurs agissements⁵³². Il en va de leur indépendance⁵³³.

330. — Les autorités chargées de la conduite des procédures disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège, de même que le public confronté à l'activité judiciaire, ont par ailleurs un intérêt certain à disposer d'un référentiel afin d'évaluer la conformité des comportements desdits magistrats⁵³⁴.

331. — Nous indiquons à ce titre que si la jurisprudence des instances supérieures cantonales et du Tribunal fédéral en matière de discipline des magistrats judiciaires, largement accessible aux sujets du droit disciplinaire et

⁵³¹ DUGUIT (F ; anc.), *ibidem*. Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 102, qui annonçait qu'une évolution était à venir.

⁵³² Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1 ; CCJE, Magna Carta des juges, principe 19 ; CCJE, Avis n° 3, par. 63-65, 71 ; Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Préambule et Rés. 1 ; IBA MSJI, *Rule* 29a. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Özpınar c. Turquie* du 19.10.2010, req. n° 20999/04, par. 76. Cf. ég. DELPÉRÉE (B/F), p. 140 s., 204 ; RICOL (F ; anc.), p. 22 ; FISCHER (D), p. 61 s. ; MARTY, Rapport, p. 26.

⁵³³ En ce sens : DI FEDERICO (I), *Evoluzione*, p. XXVIII s. ; FISCHER (D), p. 234 s. et *passim*. Cf. ég. DELPERÉE (B/F), p. 144. Cf. ég. COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Ukraine 2010, N 45.

⁵³⁴ Comp. FAVRE, p. 332 s.

au public⁵³⁵, offre un certain cadre, celle-ci ne dispense toutefois pas d'ériger en infractions les faits pouvant constituer des manquements disciplinaires⁵³⁶.

332. — Il s'agit en outre de ne pas conférer à l'autorité disciplinaire un pouvoir trop étendu, voire discrétionnaire, dans l'appréciation des faits pouvant donner lieu à une sanction disciplinaire⁵³⁷. En ce sens, la répartition de la détermination des normes de comportement entre le législateur et les autorités compétentes en matière disciplinaire doit être adéquatement (ré)équilibrée⁵³⁸.

333. — Au surplus, comme déjà évoqué, le droit disciplinaire, outre son caractère répressif, assure une fonction préventive ou « disciplinante » pour les sujets auxquels il s'applique⁵³⁹, dont il convient également de tenir compte. La détermination des infractions disciplinaires renforcerait également, dans cette perspective, l'efficacité de la répression disciplinaire⁵⁴⁰.

⁵³⁵ Cf. ég., en France, le Recueil des décisions et avis disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature, consultable à l'adresse [<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/discipline-des-magistrats>] [consulté le 24.07.2015], qui contient la jurisprudence disciplinaire de 1959 à 2005 classée chronologiquement, selon un index alphabétique et selon une table analytique (étant précisé qu'à compter de 2006, les décisions du Conseil supérieur de la magistrature sont publiées à l'occasion des rapports d'activité annuels dudit Conseil [cf. <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels-d-activite>] [consulté le 14.08.2015]) ; au Québec, NOREAU/BERNHEIM (ouvrage consultable à l'adresse [https://www.conseildelamagistrature.qc.ca/fr/medias/fichiers/publication/A6124_Deontologie_WEB_EP1_28.pdf] [consulté le 14.08.2015]), qui proposent une analyse thématique de plusieurs centaines de décisions du Conseil de la magistrature du Québec rendues depuis 1980.

⁵³⁶ En ce sens : CCJE, Avis n° 10, par. 58 : « *les décisions disciplinaires ne couvrent pas l'ensemble du champ d'application de la déontologie ; elles ne constituent pas non plus le guide de bonnes pratiques dont les juges ont besoin* ». Comp. CourEDH, arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26.09.1995, req. n° 17851/91, par. 48 (fonctionnaires) : « [e]n l'occurrence, la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour administrative fédérale ont clairement défini la notion d'obligation de loyauté politique imposée à tous les fonctionnaires par les dispositions législatives pertinentes au niveau de la fédération et des Länder, y compris l'article [...] de la loi sur la fonction publique de Basse-Saxe [...]. A l'époque des faits – c'est-à-dire pendant la procédure disciplinaire au plus tard – Mme Vogt devait avoir connaissance de cette jurisprudence et était donc à même de prévoir les risques qu'elle encourait de par ses activités politiques [...] » ; cf. ég. LE POGAM (F), N 16 ss, 72 ; NEZARD (F ; anc.), p. 27 s.

⁵³⁷ Cf. p. ex. DUGUIT (F ; anc.), p. 467. Dans le même sens : RUBI-CAVAGNA (F), p. 223 s. Comp. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 175-185.

⁵³⁸ Cf. ég. PELLATON, p. 276.

⁵³⁹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

⁵⁴⁰ DELPEREE (B/F), p. 144. En ce sens ég. : GORE (F), N 23 ; HOUILLON (F), p. 21.

334. — Au vu de ce qui précède, la « *définition légale et limitative des faits pouvant constituer une [infraction disciplinaire et] des peines pouvant être prononcées pour réprimer cette [infraction]* », que certains auteurs appelaient déjà de leurs vœux au début du siècle précédent⁵⁴¹, apparaît de plus en plus pressante.

335. — Nous avons montré, par les développements ci-dessus, la nécessité, pour les magistrats du siège mais aussi pour les autorités disciplinaires et pour le public, de pouvoir disposer d'un référentiel. Il convient désormais de discuter de manière approfondie le modèle normatif⁵⁴² à employer en vue de l'élaboration de règles de comportement disciplinaires.

IV. Vers une réglementation disciplinaire des comportements des magistrats du siège

A. La compétence et le degré normatifs (aperçu)

336. — La Charte européenne sur le statut des juges⁵⁴³ prévoit que « [d]ans chaque Etat européen, les principes fondamentaux du statut des juges [doivent être] énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé et ses règles dans des normes du niveau au moins législatif »⁵⁴⁴.

337. — A suivre la Charte européenne sur le statut des juges, les principes fondamentaux régissant le statut des magistrats suisses du siège devraient ainsi être inscrits au niveau constitutionnel, et les infractions disciplinaires décrites au niveau légal. Il découle par ailleurs du principe de la légalité des infractions (art. 7 par. 1 phr. 1 CEDH)⁵⁴⁵, mais aussi du principe général de la légalité (cf. en particulier art. 5 al. 1 et art. 164 al. 1 let. c Cst. féd.)⁵⁴⁶, que les comportements susceptibles d'être sanctionnés disciplinairement par une autorité disciplinaire devraient découler d'une loi au sens formel⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ DUGUIT (F ; anc.), p. 471 s. En ce sens ég. : RICOL (F ; anc.), p. 54 ss.

⁵⁴² Cf. ég. JEAMMAUD (F), p. 19.

⁵⁴³ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

⁵⁴⁴ Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.2.

⁵⁴⁵ Cf. *supra*, N 303-322.

⁵⁴⁶ Cf. *supra*, N 270-302.

⁵⁴⁷ En ce sens (uniquement sur la base du caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH) : WALDMANN, p. 113 s.

B. La méthode

1. La recherche de standards de conduite

338. — Il s'agit de définir un critère de référence permettant d'apprécier la conformité d'un comportement déterminé à un certain standard de conduite. Appelée à se prononcer sur la conformité de la destitution d'une juge, la Cour d'appel du Québec a défini, dans un arrêt *Andrée Ruffo c. Ministre de la Justice* du 9 décembre 2005, que « [l']a confiance que porte le public envers son système de justice, qu'il incombe à chaque juge de préserver, est au cœur de [l']enquête et doit dicter l'ultime conclusion de [l']autorité disciplinaire. Il s'agit donc de vérifier [...] si la conduite qui est reprochée [au magistrat du siège] "porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le [magistrat du siège] incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge" »⁵⁴⁸.

339. — A notre sens, la méthode consistant, pour l'autorité chargée de la mise en œuvre du droit disciplinaire des magistrats du siège, à confronter chaque comportement individuel qui lui est soumis aux principes de l'indépendance, de l'impartialité et de l'intégrité de la magistrature judiciaire, afin de déterminer si ce comportement porte atteinte en définitive à la confiance du public en la Justice, n'est toutefois pas satisfaisante.

340. — En effet, cette méthode correspond davantage à une approche déontologique qu'à une approche disciplinaire de la réglementation du comportement des magistrats du siège⁵⁴⁹. Le principe de la légalité (des infractions disciplinaires) implique selon nous des exigences plus strictes en termes de détermination des comportements.

341. — En outre, il convient de relever que la condition de l'atteinte finale à la confiance du public en la justice, outre un fondement théorique partiellement discutable⁵⁵⁰, présente des risques non négligeables d'instrumentalisation. En effet, l'utilisation d'une telle notion, peu juridique et très indéterminée, revient à attribuer à l'autorité disciplinaire – le législateur se déroband ici à son obligation – le pouvoir de définir de cas en cas ce qu'elle considère comme étant – ou ce qu'elle suppose être – la conception d'une catégorie (le public) qui ne

⁵⁴⁸ Cour d'appel du Québec, arrêt *Andrée Ruffo c. Ministre de la Justice* du 09.12.2005, 2005 QCCA 1197 (CanLII), [2006] RJQ 26, par. 18. Cf. ég. GASS, Bild, p. 145, qui propose une approche similaire.

⁵⁴⁹ Cf. *supra*, N 247-251.

⁵⁵⁰ Cf. *supra*, N 124.

s'est pas, comme telle, exprimée directement (elle n'a d'ailleurs pas à le faire) sur la question de la qualification du comportement en cause.

342. — On ne devrait donc pas pouvoir se satisfaire, en matière disciplinaire, de telles assertions dans la définition de standards de conduite. Nous indiquons encore une fois que les comportements susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire devraient bien plutôt être définis et « typicisés » en amont, c'est-à-dire au niveau légal. Ainsi, les magistrats du siège chercheraient à se conformer à des règles claires de comportement, objectivées au possible, et non à des principes dont l'interprétation ne peut être que subjective, voire aléatoire.

343. — Bien entendu, les principes d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité, de même que la finalité de la confiance du public dans l'institution judiciaire, guideraient le législateur dans ses réflexions devant conduire à l'adoption de règles de comportement disciplinaires.

2. Le choix de la technique de réglementation

a. Généralités

344. — D'une manière générale, on constate que les règles de comportement relatives aux personnes exerçant une profession soumise à une surveillance disciplinaire sont souvent réunies sous le terme de « règles professionnelles ». Il en va ainsi, notamment, de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (cf. art. 12 s. LLCA) ; de la Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (cf. art. 40 LPMéd) ; de la Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (cf. art. 27 LPsy).

345. — Quant aux règles de comportement relatives aux personnes soumises à une surveillance disciplinaire en vertu du rapport de droit qui les lie à l'Etat, celles-ci sont réunies sous des appellations diverses. L'art. 91 al. 3 CP emploie le terme d' « infractions disciplinaires » en matière d'exécution des peines et des mesures. Le Règlement disciplinaire concernant les étudiants de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne du 15 décembre 2008 fait appel à la notion de « fautes disciplinaires » (art. 2 de ladite loi)⁵⁵¹. L'art. 2 du Règlement disciplinaire de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich du 2 novembre 2004⁵⁵² utilise le terme de « manquements disciplinaires ». Les art. 25 LPers et 97 ss OPers, celui de « manquements aux obligations professionnelles ».

⁵⁵¹ RS 414.138.2.

⁵⁵² RS 414.138.1.

346. — Plusieurs solutions se présentent. Il est possible (i) de prescrire des obligations ou devoirs professionnels dont la violation (fautive) entraîne le prononcé de sanctions (ci-après, b.), (ii) de poser des interdictions assorties de sanctions en cas de non-respect, ou encore (iii) d'édicter des infractions disciplinaires assorties de sanctions (ci-après, c.). Les cas (i) et (iii) méritent un examen particulier ; le cas (ii), qui représente un cas intermédiaire, sera discuté dans le cadre de l'examen des cas (i) et (iii).

b. Les devoirs professionnels

347. — La technique de réglementation consistant à définir des devoirs professionnels (cas (i) défini ci-dessus⁵⁵³) vise à établir, par le biais de règles de conduite dont le contenu est généralement formulé de manière large, un comportement-modèle (comportement idéal attendu) de la part des personnes visées par une telle réglementation.

348. — A notre sens, cette démarche procède davantage, conceptuellement, d'une approche déontologique (stricte) que d'une approche disciplinaire de la réglementation des comportements⁵⁵⁴. Elle permet notamment de (se) livrer (à) une réflexion sur la condition et l'exercice de la profession ou de la fonction considérée⁵⁵⁵.

349. — Une telle solution ne devrait selon nous pas être retenue en droit disciplinaire – à tout le moins, dirons-nous, concernant les magistrats du siège⁵⁵⁶. En effet, celle-ci ne nous paraît pas entièrement conforme aux exigences applicables en matière de légalité des infractions disciplinaires.

350. — Il paraît toutefois opportun de préciser que la solution consistant à définir des devoirs professionnels (ou « règles professionnelles »), rencontrée dans les lois relatives à la surveillance de plusieurs professions réglementées, même si elle ne nous paraît pas être la plus appropriée d'un point de vue général⁵⁵⁷, n'enlève en principe pas à la réglementation en cause son caractère disciplinaire⁵⁵⁸. Il ressort notamment du Message relatif à la Loi fédérale sur la

⁵⁵³ N 346.

⁵⁵⁴ Cf. ég. DELPEREE (B/F), p. 134.

⁵⁵⁵ Cf. p. ex. DE CLERK (B), p. 19.

⁵⁵⁶ Comp. FISCHER (D), p. 234 s. et *passim*.

⁵⁵⁷ FISCHER (D), p. 61 ss préconise pourtant une telle technique de réglementation. Cf. ég. NÉZARD (F ; anc.), p. 152 ss.

⁵⁵⁸ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1, qui prévoit que seul un manquement par un magistrat du siège « à l'un des devoirs expressément définis par le

libre circulation des avocats (LLCA) et du Message relatif à la Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy) que les « règles professionnelles » prévues par les lois précitées doivent être distinguées des règles déontologiques – ou « us et coutumes » – (*Standesregeln*), lesquelles sont reconnues comme émanant des associations professionnelles⁵⁵⁹. L'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral confirme cette approche : l'on fait bien correspondre aux « règles professionnelles » précitées, par hypothèse violées, des sanctions ou peines disciplinaires⁵⁶⁰. La notion de règles professionnelles revêt donc bien, dans ces situations, une fonction disciplinaire.

c. Les infractions disciplinaires

351. — A notre sens, la technique de réglementation consistant à cataloguer directement des infractions – formulées de la même manière qu'en droit pénal spécial –, lesquelles seraient assorties de sanctions (cas (iii) défini ci-dessus⁵⁶¹), constitue la technique la plus appropriée⁵⁶². En effet, celle-ci nous paraît la plus à même de satisfaire aux exigences applicables en matière de légalité des infractions disciplinaires. La notion d'infractions disciplinaires doit par ailleurs être préférée à celles de « fautes » ou de « manquements » disciplinaires, celles-ci étant moins précises⁵⁶³. La prise en compte de circonstances propres à exclure l'illicéité ou la culpabilité de l'auteur se fera de la même manière qu'en droit pénal général (cf. art. 14-21 CP)⁵⁶⁴.

statut » peut donner lieu à une sanction disciplinaire (cf. ég. Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad. ch. 5.1).

⁵⁵⁹ MCF-LLCA, p. 5367 s. ; MCF-LPsy, p. 6277 s. Cf. ég. ATF 138 II 162, consid. 2.5.2 ; 140 III 6, consid. 3.1 (avocats).

⁵⁶⁰ TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.2.

⁵⁶¹ N 346.

⁵⁶² En ce sens : RICOL (F ; anc.), p. 58, 69 ss ; DELPEREE (B/F), p. 133 ss, 197. Comp. p. ex. KERBAOL (F), Notes, p. 45, qui propose de rechercher des obligations dont la violation est susceptible de constituer une faute.

⁵⁶³ DELPEREE (B/F), p. 78 ; cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 73 et *passim*. Comp. p. ex. MORITZ, N 4 s. ; KERBAOL (F), Notes, p. 23-26.

⁵⁶⁴ Cf. TF 1P.652/2003, consid. 6.1 (médecins) : « [d]ans la mesure où le prononcé d'une sanction disciplinaire suppose une faute [...], il n'est à tout le moins pas arbitraire de prendre en considération les faits justificatifs excluant la punissabilité et les causes d'exclusion ou d'atténuation de la peine, tels que l'état de nécessité ou l'erreur de droit » (avec des réf. à FAVRE, HINTERBERGER et BELLWALD et à la jurisprudence relative à l'application analogique des dispositions du droit pénal aux mesures administratives).

352. — Les règles de comportement ainsi définies devraient être consignées dans un code : on devrait tendre, dans l'approche de droit disciplinaire, à l'exhaustivité. Le principe d'une « légalité négative », selon lequel « *tout comportement qui se situe[rait] en dehors soit de ce qui est prescrit [...], soit de ce qui [...] est expressément autorisé, est présumé fautif* »⁵⁶⁵, n'est en aucun cas admissible.

353. — Le choix de la méthode consistant à définir des infractions disciplinaires assorties de sanctions disciplinaires ne devrait pas être compris comme une atteinte à l'indépendance des magistrats du siège, bien au contraire. Partant de la prémisse selon laquelle la surveillance disciplinaire des magistrats du siège est nécessaire à la bonne marche de la justice, il apparaît en effet que l'on ne peut tolérer toute liberté d'incriminer et de punir et qu'il faut assurer un minimum de prévisibilité du régime disciplinaire, notamment au niveau des comportements pouvant entraîner une sanction. La protection de l'indépendance des magistrats du siège passe donc, selon nous, notamment par une définition claire des infractions disciplinaires⁵⁶⁶.

354. — Il s'agira toutefois d'éviter une instrumentalisation, par les acteurs politiques, du débat sur l'adoption de telles règles⁵⁶⁷. A notre sens, le risque d'une atteinte à l'indépendance de la justice, respectivement des magistrats du siège, ne se rapporte pas, à proprement parler, à la démarche de réglementation issue de la volonté « étatique » d'instaurer un contrôle disciplinaire sur les magistrats du siège ; il se situe bien davantage au niveau des tentatives d'ingérence du politique – parfois largement empreintes de démagogie – dans l'activité judiciaire.

3. La corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires

a. La notion de corrélation

355. — Retenant le cas (iii) défini ci-dessus⁵⁶⁸, il convient encore de se demander si l'on doit prévoir une corrélation stricte entre infractions et sanctions disciplinaires, restreignant ainsi le pouvoir d'appréciation des autorités

⁵⁶⁵ Proposé par BERAUD (F), p. 383.

⁵⁶⁶ En ce sens : BEIGNIER (F), p. 233, qui montre que pour une profession, réclamer une discipline revient en réalité à demander plus de liberté en échange de cette responsabilité.

⁵⁶⁷ Cf. KRIX (D), *Réflexions*, p. 60, en matière de déontologie.

⁵⁶⁸ N 346.

chargées de la mise en œuvre du droit disciplinaire, ou si l'on doit au contraire laisser à ces dernières un pouvoir étendu.

356. — La solution consistant à établir, dans le texte légal, une certaine corrélation entre les infractions et les sanctions présente l'avantage d'offrir une meilleure prévisibilité au niveau des garanties qui devront être attribuées à la personne visée par la procédure disciplinaire, car elle permet de fixer dès le début de la procédure le cadre individuel des sanctions envisageables. Cette solution contribue en outre à limiter le risque d'une éventuelle attitude corporatiste⁵⁶⁹ de l'autorité disciplinaire dans l'exécution de sa surveillance.

357. — Nous nous prononçons dès lors en faveur de la mise en place d'une cautèle consistant dans l'établissement d'une corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires. Il est toutefois clair que le débat devrait être soigneusement dirigé au stade de l'adoption des textes législatifs, afin que le système mis en place soit suffisamment cohérent et affiné pour permettre à l'autorité disciplinaire d'apprécier les sanctions en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce⁵⁷⁰.

b. La mesure de la corrélation

358. — La question de la mesure de la corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires doit encore être discutée. Deux possibilités techniques s'offrent à ce titre au législateur : (i) réunir dans chaque disposition l'infraction et la (les) sanction(s) qui lui correspond(ent) ; c'est la solution retenue notamment dans la Partie spéciale du Code pénal (cf. art. 111 ss CP) ; ou alors (ii) prévoir une norme sanctionnatrice de portée générale, qui serait donc séparée des différentes sources d'incrimination⁵⁷¹.

359. — Cette question relève davantage d'un choix de « politique législative » que d'une nécessité théorique et/ou technique ; elle n'est donc pas déterminante. Dans le cas (i) comme dans le cas (ii) mentionné ci-dessus, il est possible de faire correspondre un ou plusieurs types de sanctions pour chaque infraction ou catégorie d'infractions disciplinaire(s) en question⁵⁷². Ainsi, en Italie, l'art. 12

⁵⁶⁹ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 91.

⁵⁷⁰ Cf., en Italie, le *Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109*, qui prévoit à l'art. 12 des types de sanctions minimales en fonction de la catégorie d'infraction retenue (cf. art. 2 à 4 D.lgs.109/06/I).

⁵⁷¹ ROTH R., *Légalité*, p. 44.

⁵⁷² En ce sens : RICOL (F ; anc.), p. 137. Comp. DELPEREE (B/F), p. 198, qui préconise de ne pas établir de corrélation entre la liste des infractions et celle des sanctions afin de ne pas restreindre le pouvoir d'appréciation de l'autorité disciplinaire.

D.lgs.109/06/I définit minutieusement les types de sanctions minimales correspondant à certaines des infractions listées aux art. 2 et 3 D.lgs.109/06/I. Il serait en outre possible de prévoir des quotités plancher et/ou plafond pour certaines infractions.

C. La question spécifique de l'utilisation des règles déontologiques

1. Le renvoi aux règles déontologiques

360. — Le législateur peut, théoriquement, incorporer des règles déontologiques par le biais d'un renvoi du droit disciplinaire (droit positif) à celles-ci⁵⁷³. L'emploi d'un tel procédé en droit disciplinaire des magistrats du siège devrait toutefois être rejeté. En effet, le renvoi à des normes de nature associative (non étatiques), s'il peut être admis en présence de matières revêtant un caractère technique⁵⁷⁴, se heurte, en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège, au principe de la légalité (des infractions disciplinaires)⁵⁷⁵.

361. — Comme mentionné ci-dessus⁵⁷⁶, le législateur, de même que les tribunaux par voie prétorienne (cf. art. 1 al. 2 CC), ne devraient pas être admis à incorporer les règles déontologiques par un renvoi des normes disciplinaires à celles-ci⁵⁷⁷. Il ressort notamment des travaux du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)⁵⁷⁸ que « *bien qu'il y ait tant chevauchement qu'effet*

⁵⁷³ Pour un exemple, cf. art. 32 de la loi ukrainienne sur l'examen des questions relatives à la révocation des juges, qui mentionne, à titre de comportement justifiant une révocation (rupture de serment), la violation des « *principes moraux et éthiques du code de déontologie judiciaire* » (cité in CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 72). Hypothèse mentionnée ég. in : TA/VD, GE.2001.0125 du 15.05.2007, consid. 4 et 6. Sur la question, cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 280 ss.

⁵⁷⁴ Cf. p. ex., sur le plan civil, ATF 123 I 112, consid. 7c, concernant le renvoi aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) pour la question de la détermination du moment de la mort.

⁵⁷⁵ Cf., *mutatis mutandis*, ATF 125 IV 35, consid. 8, JdT 2001 IV 60, concernant l'art. 26 al. 1 aLB. Sur la question de la base légale, cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 281 s. et les réf.

⁵⁷⁶ Cf. *supra*, N 251.

⁵⁷⁷ CHAPPUIS (avocats), Règles déontologiques, p. 138, à propos de « *l'incorporation en procédure civile de normes privées* [en l'occurrence les règles sur les réserves d'usage] et leur protection par l'autorité publique ». En ce sens ég. : JACQUES (F), p. 204 s.

⁵⁷⁸ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

réci-proque, la déontologie devrait [...] rester indépendante du système de discipline des juges, en ce sens que la méconnaissance d'un de ces principes ne devrait pas pouvoir être en elle-même une cause de mise en jeu de la responsabilité disciplinaire »⁵⁷⁹.

362. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a par ailleurs précisé qu'« *il n'est pas juste d'associer les manquements aux normes [déontologiques] aux inconduites pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires. Les normes [déontologiques] [...] constituent les meilleures [pratiques], que tous les juges devraient [tendre à] développer et auxquelles ils devraient aspirer. Mettre ces normes en parallèle avec des inconduites justifiant une procédure disciplinaire découragerait leur développement futur et reviendrait à se méprendre sur leur finalité. Pour justifier une procédure disciplinaire, l'inconduite doit être grave et patente, de sorte qu'elle ne puisse être énoncée simplement comme la non-observation des normes [déontologiques] [...]* »⁵⁸⁰.

363. — La Commission de Venise⁵⁸¹ s'est également prononcée dans ce sens : « *[i]n a number of opinions, the Venice Commission has criticised the general penalisation of breaches of codes of ethics as too general and vague and insisted that much more precise provisions are needed where disciplinary liability is to be imposed* »⁵⁸².

364. — Les règles disciplinaires devraient donc – idéalement – (pouvoir) être appliquées et interprétées sans avoir recours aux règles et principes déontologiques⁵⁸³. Ces règles et principes ne devraient pas, en tant que tels, constituer une base légale par le biais d'un renvoi contenu dans les règles de droit disciplinaire⁵⁸⁴.

365. — Nous relevons au surplus, pour des motifs identiques à ceux exposés ci-dessus, qu'une délégation à des organismes privés (associations de magistrats)

⁵⁷⁹ CCJE, Avis n° 3, par. 48 ; cf. ég. par. 60 *i.i.*

⁵⁸⁰ CCJE, Avis n° 3, par. 60. Comp. ABA MCJC, préambule, par. 3 : « *[t]he Code is intended [...] to provide guidance and assist judges in maintaining the highest standards of judicial and personal conduct, and to provide a basis for regulating their conduct through disciplinary agencies* ».

⁵⁸¹ Concernant la Commission de Venise, cf. *supra*, n. 157.

⁵⁸² COMMISSION DE VENISE/CONSEIL DE L'EUROPE-DGI-DHH, Avis conjoint Géorgie 2014, par. 28 et les réf.

⁵⁸³ ATF 130 II 270, consid. 3.1.3. Cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 296 et les réf.

⁵⁸⁴ Cf. ATF 130 II 270, consid. 3.1 ; TF, SJ 1987 529, consid. 4b, toutefois peu clair sur cette question. *Contra* apparemment : JACQUES (F), p. 184.

de la compétence – étatique – d’adopter des règles disciplinaires⁵⁸⁵, de même qu’une éventuelle approbation (sanction) par l’Etat des règles émises par de tels organismes⁵⁸⁶, ne devraient pas être admises en droit disciplinaire des magistrats du siège.

2. L’interprétation à l’aide des règles déontologiques

a. L’aide à l’interprétation des règles disciplinaires

366. — Si la discipline et la déontologie se rapportent à des domaines distincts, celles-ci se situent toutefois, comme on l’a vu, dans un étroit rapport d’influence⁵⁸⁷. On peut reconnaître aux règles déontologiques une certaine portée juridique dans la mesure où elles peuvent servir à interpréter et à préciser les règles disciplinaires⁵⁸⁸. En particulier, ces règles peuvent avoir un rôle déterminant dans la qualification des comportements sous l’angle disciplinaire⁵⁸⁹. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a ainsi reconnu que l’identification des manquements aux règles déontologiques peut être « d’une grande pertinence » dans l’examen de l’inconduite pouvant justifier une sanction disciplinaire⁵⁹⁰.

367. — Selon la conception retenue en Suisse par le Tribunal fédéral et la doctrine, la jurisprudence disciplinaire peut en particulier s’appuyer sur les règles déontologiques, à titre d’« aides à l’interprétation » ou de « sources d’inspiration »⁵⁹¹. Pour ce faire, les règles déontologiques doivent provenir

⁵⁸⁵ Sur ce procédé, cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 284 s.

⁵⁸⁶ Comp. art. 20-2 de la loi organique n° 94-100 du 05.02.1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature modifiée par la loi n° 2007-287 du 05.03.2007 : « [le Conseil supérieur de la magistrature] *élabore et rend public un Recueil des obligations déontologiques des magistrats* ». Sur ce procédé particulier, cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 286 ss.

⁵⁸⁷ Cf. *supra*, N 266-269.

⁵⁸⁸ MCF-LLCA, p. 5355, 5368 (avocats); TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 5.1 (médecins).

⁵⁸⁹ Cf. CHAPPUIS (avocats), Règles déontologiques, p. 127 s. et *passim*.

⁵⁹⁰ CCJE, Avis n° 3, par. 61.

⁵⁹¹ Cf. BOHNET/MARTENET, N 293 ss et les réf. Cf. ég. CAVALLINI (I), p. 14 ss; CCJE, Avis n° 3, par. 61, qui indique que « *par exemple, les normes professionnelles [comprendre : les règles déontologiques] sont décrites comme étant revêtues d’une “certaine autorité” dans les procédures disciplinaires en Lituanie et comme “une aide pour les juges ayant à se prononcer sur des sanctions disciplinaires, car elles apportent un éclairage sur les dispositions de la loi sur les juges” en Estonie* ».

d'une « *association suffisamment représentative pour que ses usages puissent être considérés comme objectifs et pertinents par rapport à la disposition légale* »⁵⁹².

368. — En ce sens, les règles déontologiques déploient une certaine portée juridique⁵⁹³. Il ne faut toutefois pas voir dans ce phénomène la manifestation d'une efficacité juridique *per se*⁵⁹⁴. Les règles déontologiques n'ont qu'une fonction – subsidiaire et indirecte – d'aide à l'interprétation ; seules les règles disciplinaires peuvent (et doivent) avoir une pleine existence juridique⁵⁹⁵.

b. Les limites de l'appui donné par la déontologie

369. — Il est par ailleurs nécessaire de relever que l'interprétation des règles disciplinaires à l'aide des règles déontologiques, quand bien même elle permettrait à terme d'incorporer indirectement celles-ci au droit disciplinaire du fait des précédents ainsi créés (art. 1 al. 3 CC), ne devrait en tous les cas pas suffire à satisfaire l'exigence de précision de la base légale lorsque l'on se trouve en présence de normes générales empêchant une détermination claire et exhaustive des comportements pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires⁵⁹⁶. En effet, le procédé consistant à créer des normes disciplinaires générales dont le contenu et la portée devraient être déterminés par le recours systématique – et en ligne directe – à l'interprétation fondée sur les textes déontologiques, en tant qu'il conduit à une double incertitude, n'est selon nous pas conforme à l'exigence de prévisibilité du droit.

370. — Il ne faut en outre pas négliger le danger que représenterait l'interprétation systématique des règles disciplinaires par les règles déontologiques – et *a fortiori* le renvoi des premières aux secondes – pour le développement de la déontologie des magistrats judiciaires. A ce titre, se pose par ailleurs la question de savoir quelles sont les conséquences d'une modification des règles ou principes déontologiques sur la mise en œuvre, par

⁵⁹² TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 5.1 *i.f.* (se référant à DEVAUD, p. 102).

⁵⁹³ En ce sens : TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 3, citant MCF-LLCA, p. 5355, 5368.

⁵⁹⁴ *Contra* : BIFULCO (I), p. 66-68.

⁵⁹⁵ TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 5.1 (médecins). En ce sens, cf. le préambule du Code d'éthique des magistrats italiens dans sa version antérieure au 13.11.2010 (*Codice Etico dei Magistrati Ordinari*, approuvé le 07.05.1994 par le *Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati*) : « [s]i tratta, peraltro, di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla *regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari* ».

⁵⁹⁶ Cf. TA/VD, GE.2001.0125 du 15.05.2007, consid. 4 et 6. Comp. FAVRE, p. 333.

les instances judiciaires, des règles de droit disciplinaire. Au vu de l'indépendance théorique des deux systèmes, la modification des règles ou principes déontologiques ne devrait pas directement remettre en cause le bien-fondé de la jurisprudence disciplinaire s'inspirant de ces règles. Il conviendra toutefois d'examiner, vu le rapport naturel d'influence existant entre les systèmes, si une adaptation des règles disciplinaires – éventuellement jurisprudentielles – se justifie⁵⁹⁷.

3. La déontologie « désécrite » (excursus)

371. — Il est intéressant de relever qu'un mouvement est récemment apparu, notamment en Allemagne, qui prône une déontologie des magistrats judiciaires se détachant de la formulation écrite de standards comportementaux et se limitant à « poser des questions »⁵⁹⁸. Cette méthode permettrait notamment d'éviter que les règles déontologiques (écrites) puissent « se retourner contre les magistrats » en étant utilisées contre eux dans un cadre disciplinaire⁵⁹⁹.

372. — A notre sens, la crainte affichée qu'il soit porté atteinte à l'indépendance des magistrats par une utilisation interprétative des règles déontologiques en droit disciplinaire, bien que compréhensible, n'est pas entièrement justifiée : les membres d'une profession ne devraient pas craindre de voir leurs comportements mesurés également sur la base de principes qu'ils ont eux-mêmes posés comme étant essentiels à l'exercice de leur activité⁶⁰⁰. Cela implique évidemment une compréhension et une utilisation correctes des règles et principes déontologiques dégagés, ce à quoi il appartient aux associations professionnelles de veiller.

⁵⁹⁷ Sur cette question, cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 299. Cf. ég. ATF 123 I 112, consid. 7c/dd-ee concernant l'admissibilité et les conséquences d'un renvoi dynamique aux directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) pour la question de la détermination du moment de la mort.

⁵⁹⁸ KRIX (D), *Réflexions*, p. 60-62 ; cf. ég. EPINEUSE (F), p. 28 s.

⁵⁹⁹ KRIX (D), *Réflexions*, p. 58 s. ; TITZ (D), N 11. Cf. ég. CCJE, Avis n° 3, par. 60 *if*.

⁶⁰⁰ En ce sens : TITZ (D), N 12.

V. Vers un catalogue des infractions disciplinaires

A. Une tâche appartenant au(x) législateur(s)

373. — L'élaboration d'un catalogue des infractions disciplinaires des magistrats du siège incombe au(x) législateur(s). Nous considérons en effet que l'accomplissement de la tâche précitée doit résulter d'un processus de réflexion démocratique, les questions en présence touchant aux fondements même de l'Etat⁶⁰¹. Reprenant à notre compte les mots de GUICHETEAU, nous estimons qu'« [i]l serait au moins téméraire de notre part d'entreprendre[, dans le cadre du présent travail,] une tâche devant laquelle le législateur a [, en Suisse du moins, jusqu'ici] reculé »⁶⁰².

374. — Des sources d'inspiration pourraient être trouvées dans les textes disciplinaires applicables aux magistrats judiciaires, voire à d'autres cercles de personnes soumises à une surveillance disciplinaire. A ce titre, nous nous référerons en particulier aux règles de droit disciplinaire prévues en Italie et en Espagne.

375. — En Italie, le *Decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109*, après avoir défini de manière générale les devoirs des magistrats du siège (art. 1 al. 1 et 2 D.lgs.109/06/I), décrit de manière détaillée les comportements érigés en infractions disciplinaires (art. 2 à 4 D.lgs.109/06/I ; cf. ci-dessous). L'art. 1 al. 3 D.lgs.109/06/I prévoit expressément que la violation des devoirs des magistrats définis à l'art. 1 al. 1 et 2 D.lgs.109/06/I ne peut constituer une infraction disciplinaire que si l'une des hypothèses définies aux art. 2 à 4 D.lgs.109/06/I est réalisée (« [l]e violazioni dei doveri di cui ai commi 1 e 2 costituiscono illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste agli articoli 2, 3 e 4 »). L'art. 2 D.lgs.109/06/I, intitulé « [i]lleciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni », définit pas moins de vingt-huit infractions disciplinaires à l'alinéa 1 ; l'art. 3 D.lgs.109/06/I, intitulé « [i]lleciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni », spécifie quant à lui dix infractions, dont la dernière (art. 3 al. 1 let. l) est formulée de manière ouverte, ce qui indique que l'énumération de l'art. 3 est non exhaustive ; l'art. 4 D.lgs.109/06/I, intitulé « [i]lleciti disciplinari conseguenti a reato », décrit quatre infractions supplémentaires.

⁶⁰¹ Cf. ég., *mutatis mutandis*, EPINEUSE (F), p. 21 ss, qui indique à juste titre qu'un certain risque existe que les Etats s'inspirent des solutions (en l'occurrence en matière déontologique) consacrées dans d'autres Etats sans mener de véritable réflexion basée sur leurs valeurs propres. Il convient d'être attentif à ce risque également en droit disciplinaire.

⁶⁰² GUICHETEAU (F ; anc.), p. 150, à propos de la classification des faits étrangers à l'exercice de la fonction de magistrat du siège.

Nous reproduisons ci-dessous, accompagnés d'une traduction libre, l'art. 2 al. 1, l'art. 3 et l'art. 4 D.lgs.109/06/I :

Art. 2. Illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni

1. Costituiscono illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni:

- a) fatto salvo quanto previsto dalle lettere b) e c), i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti;*
- b) l'omissione della comunicazione, al Consiglio superiore della magistratura, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, come modificati dall'articolo 29 del presente decreto;*
- c) la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge;*
- d) i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori;*
- e) l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato;*
- f) l'omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze;*
- g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile;*
- h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;*
- i) il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria;*
- l) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali*

Art. 2. Infractions disciplinaires dans l'exercice des fonctions

1. Constituent des infractions disciplinaires dans l'exercice des fonctions :

- a) nonobstant ce qui est prévu par les lettres b) et c), les comportements qui en violant les devoirs apportent des dommages injustes ou des avantages indus à une des parties ;*
- b) l'omission de la communication au Consiglio superiore della magistratura de la survenance d'une des situations d'incompatibilité visées aux art. 18 et 19 de l'ordonnance judiciaire, visée au décret royal du 30 juin 1941, n. 12, et modifications successives, comme modifiée par l'art. 29 du présent décret ;*
- c) l'inobservation consciente des obligations d'abstention dans les cas prévus par la loi ;*
- d) les comportements habituellement ou gravement incorrects vis-à-vis des parties, de leurs défenseurs, des témoins ou de quiconque entretenant des rapports avec le magistrat dans le cadre de l'office judiciaire, ou encore dans les relations des autres magistrats ou collaborateurs ;*
- e) l'interférence injustifiée dans les activités judiciaires d'autres magistrats ;*
- f) l'omission de communiquer au chef du bureau, de la part du magistrat destinataire, des interférences survenues ;*
- g) la grave violation de lois déterminées par ignorance ou négligence inexcusable ;*
- h) la trahison des faits déterminés par des négligences inexcusables ;*
- i) la poursuite de fins étrangères à ses devoirs et à la fonction judiciaire ;*
- l) l'émission de mesures dépourvues de motivations, en ce sens que cette motivation consiste dans la seule affirmation de la subsistance de préceptes*

<i>tale sussistenza risulti, quando la motivazione e' richiesta dalla legge;</i> <i>m) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;</i> <i>n) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti;</i> <i>o) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;</i> <i>p) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne e' derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità;</i> <i>q) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto;</i> <i>r) il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio;</i> <i>s) per il dirigente dell'ufficio o il presidente di una sezione o il presidente di un collegio, l'omettere di assegnarsi affari e di redigere i relativi provvedimenti;</i> <i>t) l'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente;</i> <i>u) la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonche' la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando e' idonea a ledere indebitamente diritti altrui;</i> <i>v) pubbliche dichiarazioni o interviste che, sotto qualsiasi profilo, riguardino i</i>	<i>de lois sans indication des éléments de faits desquels cette subsistance résulte, quand la motivation est demandée par la loi ;</i> <i>m) l'adoption de mesures adoptées dans les cas non consentis par la loi pour négligence grave et inexcusable qui ont lésé des droits personnels ou de manière considérable des droits patrimoniaux ;</i> <i>n) l'inobservation répétée ou grave des normes réglementaires ou des dispositions sur le service judiciaire adoptées par les organes compétents ;</i> <i>o) la confiance induite à d'autres d'activités entrant dans ses propres devoirs ;</i> <i>p) l'inobservation de l'obligation de résider dans la commune dans laquelle le bureau a son siège en l'absence de l'autorisation prévue de la législation en vigueur s'il en dérive un préjudice concret à l'accomplissement des devoirs de diligence et de travail ;</i> <i>q) le retard répété, grave et injustifié dans l'accomplissement des actes relatifs à l'exercice des fonctions ; est présumé non grave, sauf si démontré différemment, le retard qui n'excède pas le triple des termes prévus par la loi pour l'accomplissement de l'acte ;</i> <i>r) la soustraction par habitude et de manière injustifiée à l'activité de service ;</i> <i>s) pour le dirigeant du bureau ou le président d'une section ou le président d'un collège, l'omission de s'assigner des affaires et de rédiger les mesures y relatives ;</i> <i>t) l'inobservation de l'obligation de se rendre atteignable pour l'exigence de l'office quand cela est imposé par la loi ou par des dispositions légitimes de l'organe compétent ;</i> <i>u) la divulgation, aussi découlant de négligence, d'actes de procédure couverts par le secret ou ceux pour qui il est prévu l'interdiction de publication, ainsi que la violation du devoir de réserve sur les affaires en cours de traitement, ou sur les</i>

<i>soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria;</i> <i>z) il tenere rapporti in relazione all'attività del proprio ufficio con gli organi di informazione al di fuori delle modalità previste dal decreto legislativo emanato in attuazione della delega di cui agli articoli 1, comma 1, lettera d) e 2, comma 4, della legge 25 luglio 2005, n. 150;</i> <i>aa) il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati;</i> <i>bb) il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura;</i> <i>cc) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una precostituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;</i> <i>dd) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio;</i> <i>ee) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio ovvero da parte del magistrato cui compete il potere di sorveglianza, della comunicazione al Consiglio superiore della magistratura della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità previste dagli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come da ultimo modificati dall'articolo 29 del presente decreto, ovvero delle situazioni che possono dare luogo all'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 2 e 3 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946,</i>	<i>affaires définies quand elles sont aptes à nuire indûment aux droits d'autrui ;</i> <i>v) des déclarations publiques ou entretiens qui, sous quelconques profils, concernent des sujets impliqués à n'importe quel titre, affaires en cours de traitement c'est-à-dire traitées et non définies comme mesures non sujettes à recours ordinaire ;</i> <i>z) les rapports tenus en relation avec l'activité de l'office propre avec les organes d'informations en dehors des modalités prévues par le décret législatif adopté en vertu de la délégation aux art. 1 al. 1 let. d) et 2 al. 4 de la loi du 25 juillet 2005 n. 150 ;</i> <i>aa) solliciter la publicité de nouvelles relatives à la propre activité de l'office c'est-à-dire constituer et utiliser les canaux informatifs personnalisés réservés aux personnes privilégiées ;</i> <i>bb) la médiatisation et les interviews en violation des critères d'équilibre et de mesure ;</i> <i>cc) l'adoption intentionnelle de mesures atteintes d'incompatibilités entre la partie dispositive et la motivation telle que manifestant une contradiction préconstituée et sans équivoque sur le plan logique, au niveau du contenu ou dans l'argumentaire ;</i> <i>dd) l'omission, de la part du directeur du bureau ou du président d'une section ou d'un collège, de la communication aux organes compétents de faits qui lui sont notifiés et qui peuvent constituer des mesures disciplinaires accomplies par des magistrats du bureau, de la section ou du collège ;</i> <i>ee) l'omission, de la part du directeur du bureau ou de la part du magistrat qui est responsable de la surveillance, de la communication au Consiglio superiore della magistratura d'une des situations d'incompatibilités prévues par les art. 18 et 19 de l'ordonnance judiciaire, du décret royal du 30 janvier 1941, n. 12, modifié en dernier lieu par l'art. 29 de ce décret, ou à des situations qui peuvent donner lieu à</i>

<i>n. 511, come modificati dagli articoli 26, comma 1 e 27 del presente decreto;</i> <i>ff) l'adozione di provvedimenti al di fuori di ogni previsione processuale ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza ovvero di atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali;</i> <i>gg) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.</i>	<i>l'adoption des mesures visées aux art. 2 et 3 du décret-loi royal du 31 mai 1946, n. 511, tel que modifié par les art. 26 par. 1 et 27 du présent décret ;</i> <i>ff) l'adoption de mesures au-delà de toutes les attentes de procédures ou sur la base d'une erreur grossière ou négligence grave et inexcusable ou d'actes et règlements qui constituent l'exercice d'un pouvoir réservé par la loi aux organes législatifs ou administratifs ou à d'autres organes constitutionnels ;</i> <i>gg) la délivrance d'une mesure restreignant la liberté personnelle en dehors des cas autorisés par la loi, en raison de négligence grave et inexcusable.</i>
Art. 3. Illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni <i>1. Costituiscono illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni:</i> <i>a) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per se' o per altri;</i> <i>b) il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone;</i> <i>c) l'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura;</i> <i>d) lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria di cui all'articolo 16, comma 1, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, o di attività tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'articolo 1;</i>	Art. 3 Infractions disciplinaires en dehors de l'exercice des fonctions <i>1. Constituent des infractions disciplinaires en dehors de l'exercice des fonctions :</i> <i>a) L'usage de son titre de magistrat pour obtenir des avantages injustes pour soi-même ou pour les autres ;</i> <i>b) fréquenter des personnes qui sont poursuivies pénalement ou en prévention dans des cas traités par le magistrat ou des personnes qui ont été déclarées délinquants habituels, professionnels ou par tendance ou ont été condamnées pour des crimes intentionnels à un emprisonnement de plus de trois ans ou ont été soumises à une mesure préventive, à moins qu'elles aient été réhabilitées, ou entretiennent des rapports conscients d'affaires avec de telles personnes ;</i> <i>c) l'engagement de charges extrajudiciaires sans l'autorisation nécessaire du Consiglio superiore della magistratura ;</i> <i>d) mener des activités incompatibles avec la fonction judiciaire de l'art. 16 par. 1 du décret royal du 30 janvier 1941, n. 12, et des modifications successives, ou toute activité qui pourrait causer un préjudice</i>

e) l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonche' ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti; f) la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio e' espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo; g) la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie; h) l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato; i) l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, e' idoneo a turbare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste; l) ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza.	concret pour l'exercice des fonctions disciplinaires régies par l'article 1 ; e) obtenir, directement ou indirectement, des prêts ou des subventions aux entités que le magistrat connaît pour être parties ou suspects dans les procédures pénales ou civiles pendantes devant le bureau judiciaire de l'appartenance ou à un autre bureau qui se trouve dans le district de la Cour d'appel dans laquelle sont exercées des fonctions judiciaires, ou par les défenseurs de ces personnes, ainsi que obtenir, directement ou indirectement, des prêts ou des subventions, dans des conditions de grande faveur, de parties lésées ou témoins ou de personnes impliquées dans lesdites procédures ; f) la manifestation publique d'approbation ou de désapprobation en rapport à une procédure en cours lorsque, pour la position du magistrat ou pour les modalités avec lesquelles le jugement est exprimé, il est susceptible d'affecter la liberté de décision dans de telles procédures ; g) la participation à des associations secrètes ou d'où les liens sont incompatibles objectivement avec l'exercice des fonctions judiciaires ; h) l'inscription ou la participation à des partis politiques, c'est-à-dire l'implication dans les activités de centres politiques ou opérationnels dans le secteur financier qui peuvent conditionner l'exercice des fonctions ou de toute autre façon compromettre l'image du magistrat ; i) l'usage instrumental de la qualité qui, pour la position du magistrat ou pour les modalités de réalisation, est apte à troubler l'exercice de fonctions prévues constitutionnellement ; l) tout autre comportement de nature à compromettre l'indépendance et l'impartialité du magistrat, aussi sous l'angle de l'apparence.

Art. 4 Illeciti disciplinari conseguenti a reato 1. <i>Costituiscono illeciti disciplinari conseguenti al reato:</i> a) <i>i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto doloso o preterintenzionale, quando la legge stabilisce la pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria;</i> b) <i>i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto colposo, alla pena della reclusione, sempre che presentino, per modalita' e conseguenze, carattere di particolare gravita';</i> c) <i>i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, alla pena dell'arresto, sempre che presentino, per le modalita' di esecuzione, carattere di particolare gravita';</i> d) <i>qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato e' estinto per qualsiasi causa ol'azione penale non puo' essere iniziata o proseguita.</i>	Art. 4 Infractions disciplinaires découlant d'un crime 1. <i>Constituent des infractions disciplinaires découlant d'un crime :</i> a) <i>les faits pour lesquels est intervenue une condamnation irrévocable ou a été prononcée une sentence au sens de l'art. 444 al. 2 du code de procédure pénale, pour délit avec dol ou involontaire, quand la loi établit la détention seule ou jointe à une peine pécuniaire ;</i> b) <i>les faits pour lesquels est intervenue une condamnation irrévocable ou a été prononcée une sentence au sens de l'art. 444 al. 2 du code de procédure pénale, pour délit coupable, à la réclusion, présentant, de par ses modalités et ses conséquences, un caractère particulièrement grave ;</i> c) <i>les faits pour lesquels est intervenue une condamnation irrévocable ou a été prononcée une sentence au sens de l'art. 444 al. 2 du code de procédure pénale, à l'emprisonnement, présentant, de par ses modalités et ses conséquences, un caractère particulièrement grave ;</i> d) <i>n'importe quel crime apte à nuire à l'image du magistrat, même si le crime est prescrit pour n'importe quelle cause ou que l'action pénale ne peut pas être initiée ou continuée.</i>

376. — En Espagne, la *Ley Orgánica, del Poder Judicial* contient également une description précise des comportements des magistrats du siège constituant des infractions (fautes) disciplinaires (art. 417 ss LOPJ/E). Les infractions disciplinaires (fautes) sont classées selon leur degré de gravité : infractions (fautes) très graves (art. 417 LOPJ/E), graves (art. 418 LOPJ/E) ou légères (art. 419 LOPJ/E). L'art. 414 LOPJ/E prévoit expressément que les magistrats du siège ne peuvent être sanctionnés disciplinairement que dans les cas (et selon les garanties) prévus par la loi (« [l]os Jueces [...] están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta ley »). Nous reproduisons ci-dessous, accompagnés d'une traduction libre, les art. 417, 418 et 419 LOPJ/E :

Art. 417

Son faltas muy graves:

1. *El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta ley, cuando así se apreciar en sentencia firme.*
2. *La afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.*
3. *La provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el juez [...] desempeña el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional.*
4. *La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado.*
5. *Las acciones y omisiones que hayan dado lugar en sentencia firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al artículo 411 de esta ley.*
6. *El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo de juez [...], establecidas en el artículo 389 de esta ley, salvo las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418.14 de la misma.*
7. *Provocar el propio nombramiento para juzgados y tribunales cuando concurra en el nombrado alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición previstas en los artículos 391 a 393 de esta ley, o mantenerse en el desempeño del cargo en dichos órganos sin poner en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso previsto en el artículo 394.*
8. *La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.*

Art. 417

Sont considérées comme fautes très graves :

1. *L'irrespect de manière consciente du devoir de fidélité à la Constitution établi à l'art. 5.1 de la présente loi, lorsqu'il sera ainsi déclaré par jugement ferme.*
2. *L'adhésion à des partis politiques ou à des syndicats, ou l'acceptation d'un poste à l'intérieur de ceux-ci.*
3. *La provocation d'affrontements importants à plusieurs reprises avec les autorités de la circonscription dans laquelle le juge [...] fait partie, pour des raisons extérieures à l'exercice de la fonction juridictionnelle.*
4. *L'intrusion, par le biais d'ordres ou de pressions de quelque nature, dans l'exercice du pouvoir juridictionnel des autres juges ou magistrats.*
5. *Les actions et omissions qui auraient entraîné en jugement ferme et définitif une déclaration de responsabilité civile survenue dans l'exercice de sa fonction par dol ou faute grave conformément à l'art. 411 de la présente loi.*
6. *L'exercice d'activités incompatibles avec la fonction de juge [...], établies à l'art. 389 de la présente loi, à l'exception de celles qui peuvent être considérées comme fautes graves conformément aux dispositions de l'art. 418.14 de la présente loi.*
7. *Provoquer la nomination propre au sein des tribunaux, lorsque la personne nommée est affectée par une des causes d'incompatibilité ou de prohibition décrites dans les art. 391 à 393 de la présente loi, ou bien poursuivre l'exercice d'une fonction auprès desdits tribunaux sans prévenir le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire des circonstances qui auraient provoqué la mutation forcée prévue à l'art. 394.*

9. <i>La desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales.</i> 10. <i>El abandono de servicio o la ausencia injustificada y continuada, por siete días naturales o más, de la sede del órgano judicial en que el juez [...] se halle destinado.</i> 11. <i>Faltar a la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.</i> 12. <i>La revelación por el juez [...] de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona.</i> 13. <i>El abuso de la condición de juez para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales.</i> 14. <i>La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales.</i> 15. <i>La absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder la denuncia de quien fue parte en el procedimiento.</i> 16. <i>La comisión de una falta grave cuando el juez [...] hubiere sido anteriormente sancionado por otras dos graves, que hayan adquirido firmeza, sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el artículo 427 de esta ley.</i>	8. <i>Le non-respect du devoir d'abstention, lorsque l'une des causes prévues légalement se produit.</i> 9. <i>La négligence ou le retard non justifié et à répétition dans le traitement ou le prononcé des décisions ou bien dans l'exercice de toute compétence judiciaire.</i> 10. <i>L'abandon du service ou l'absence à répétition non justifiée auprès du siège de l'organe judiciaire auquel le juge [...] a été assigné, pendant 7 jours ou plus.</i> 11. <i>L'entorse à la vérité en cas de demande d'octroi d'un permis, autorisation, déclaration de compatibilité, pension ou aide financière.</i> 12. <i>Le dévoilement par le juge [...] des faits ou des données dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction, lorsque ceux-ci peuvent provoquer une nuisance dans le déroulement de la procédure ou à une quelconque personne.</i> 13. <i>L'abus de pouvoir afin d'obtenir un traitement préférentiel et non justifié des autorités, fonctionnaires ou professionnels.</i> 14. <i>L'ignorance inexcusable dans le respect des obligations judiciaires.</i> 15. <i>L'absence absolue et manifeste de motivation dans les décisions judiciaires, qui exigent une telle motivation, lorsqu'il s'agit d'une décision de justice définitive. Si la décision non motivée n'est pas susceptible de recours, la dénonciation d'une des parties sera requise pour poursuivre la procédure.</i> 16. <i>La commission d'une faute grave lorsque le juge [...] aurait déjà été sanctionné fermement pour deux fautes graves au préalable, si celles-ci n'ont pas été annulées ni leurs annotations respectives supprimées, conformément aux dispositions de l'art. 427 de la présente loi.</i>

Art. 418

Son faltas graves:

1. *La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.*
2. *Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado.*
3. *Dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de juez, o sirviéndose de esta condición.*
4. *Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción.*
5. *El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.*
6. *La utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. En este caso, el Consejo General del Poder Judicial solo procederá previo testimonio deducido o comunicación remitida por el tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de la misma en vía de recurso.*
7. *Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden.*

Art. 418

Sont considérées comme fautes graves :

1. *Le manque de respect vis-à-vis des supérieurs hiérarchiques, soit verbalement en leur présence, soit par écrit à leur attention ou par diffusion publique.*
2. *S'intéresser à l'exercice de l'activité judiciaire exercée par un autre juge ou magistrat, formulant tout type de recommandation.*
3. *Adresser aux pouvoirs, autorités, fonctionnaires publics ou organismes officiels des félicitations ou censures par rapport à leurs actes, se prévalant de sa condition [de juge].*
4. *Corriger l'application ou l'interprétation de la loi réalisée par les inférieurs hiérarchiques dans l'ordre juridictionnel, sauf lorsque cela est fait dans l'exercice des compétences juridictionnelles.*
5. *Tout excès, abus d'autorité ou manque grave de considération vis-à-vis des citoyens, institutions, secrétaires, médecins légistes ou du reste du personnel au service l'Administration de Justicia, des membres du Ministerio Fiscal, avocats et procureurs, diplômés en travail social et fonctionnaires de la Policía Judicial.*
6. *L'utilisation dans les décisions judiciaires d'expressions inutiles ou non fondées, extravagantes, manifestement offensives ou irrespectueuses d'un point de vue du raisonnement juridique. En l'occurrence, le Consejo General del Poder Judicial interviendra uniquement moyennant témoin ou communication préalable du tribunal supérieur, par rapport au juge qui a prononcé la décision et qui l'aurait connue en voie de recours.*
7. *Cesser de promouvoir l'exigence de responsabilité disciplinaire nécessaire parmi les secrétaires et le personnel auxiliaire subordonné, lorsqu'ils sont au courant ou devraient l'être, du manque grave du respect à leurs devoirs.*

8. Revelar el juez [...] y fuera de los cauces de información judicial establecidos, hechos o datos de los que conozcan en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo 417 de esta ley. 9. El abandono del servicio o la ausencia injustificada y continuada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede del órgano judicial en que el juez [...] se halle destinado. 10. El incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave. 11. El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez [...] en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave. 12. El incumplimiento o desatención reiterada a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizan el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno, o la obstaculización de sus funciones inspectoras. 13. El incumplimiento de la obligación de elaborar alarde o relación de asuntos pendientes en el supuesto establecido en el apartado 3 artículo 317 de esta ley. 14. El ejercicio de cualquier actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5 de esta ley, sin obtener cuando esté prevista la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados. 15. La abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.3 de esta ley.	8. Dévoiler en dehors des canaux d'information judiciaire légalement établis, des faits ou des données dont le juge [...] a connaissance par le biais de l'exercice de ses fonctions, lorsque ceci ne représente pas une faute très grave dans le sens de l'art. 417 al. 12 de la présente loi. 9. L'abandon du service ou l'absence à répétition non justifiée auprès de l'organe judiciaire auquel le juge [...] a été assigné, pendant plus de 3 jours et moins de 7 jours. 10. Le non-respect injustifié des horaires d'audience publique ainsi que l'absence non justifiée aux actes de procédure en audience publique qui auraient été signalés, lorsque ceci ne représente pas une faute très grave. 11. Le retard non justifié dans l'ouverture d'une procédure ou dans le traitement d'un dossier dont le juge [...] est chargé dans le cadre de sa fonction, si ceci ne représente pas une faute très grave. 12. Le non-respect ou la négligence réitérés face aux requêtes formulées dans le cadre de l'exercice légitime de leurs compétences par le Consejo General del Poder Judicial, le Presidente del Tribunal Supremo, l'Audiencia Nacional, ainsi que par les Tribunales Superiores de Justicia ou les Salas de Gobierno, ou l'entrave à leurs fonctions d'inspection. 13. Le non-respect de l'obligation d'élaborer une liste détaillée de procédures ou dossiers en cours conformément aux dispositions de l'art. 317 al. 3 de la présente loi. 14. L'exercice de toute activité considérée comme compatible par l'art. 389.5 de la présente loi, sans obtenir, lorsqu'il est nécessaire, une autorisation à tel effet ou l'ayant obtenue par un manque de vérité dans les faits invoqués. 15. L'abstention non justifiée lorsque celle-ci est ainsi déclarée par la Sala de Gobierno, conformément aux dispositions de l'art. 221.3 de la présente loi.

<i>16. Adoptar decisiones que, con manifiesto abuso procesal, generen ficticios incrementos del volumen de trabajo en relación con los sistemas de medición fijados por el Consejo General del Poder Judicial.</i> <i>17. Obstaculizar las labores de inspección.</i> <i>18. La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por resolución firme por otras dos leves sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el artículo 427.</i>	<i>16. Adopter des décisions qui, présentant un abus de procédure manifeste, vont générer des augmentations fictives dans la charge de travail par rapport aux systèmes de mesure établis par le Consejo General del Poder Judicial.</i> <i>17. L'entrave au travail d'inspection.</i> <i>18. La commission d'une faute à caractère mineur lorsque le juge aurait déjà été sanctionné fermement pour deux fautes mineures au préalable, si celles-ci n'ont pas été annulées ni leurs annotations respectives, conformément aux dispositions de l'art. 427 de la présente loi.</i>
Art. 419 <i>Son faltas leves:</i> <i>1. La falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave.</i> <i>2. La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial.</i> <i>3. El incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución en cualquier clase de asunto que conozca el juez [...].</i> <i>4. La ausencia injustificada y continuada por más de un día natural y menos de cuatro de la sede del órgano judicial en que el juez [...] se halle destinado.</i> <i>5. La desatención a los requerimientos que en el ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Salas de Gobierno.</i>	Art. 419 <i>Sont considérées comme fautes mineures :</i> <i>1. Le non-respect de la hiérarchie lorsque, au vu des circonstances, le comportement ne peut pas être qualifié de faute grave.</i> <i>2. Toute négligence ou tout manque de considération vis-à-vis des égaux ou des inférieurs hiérarchiques, des citoyens, des membres du Ministerio Fiscal, des médecins légistes, avocats et procureurs, des secrétaires ou de tout personnel fournissant des services auprès de la Oficina judicial, ou avec les fonctionnaires de la Policía Judicial.</i> <i>3. Le non-respect injustifié des délais légalement établis pour prononcer une décision dans toute procédure dont le juge [...] a la charge.</i> <i>4. L'absence à répétition non justifiée pendant plus d'un jour et moins de 4 jours au siège de l'organe judiciaire auquel le juge [...] a été assigné.</i> <i>5. La négligence face aux requêtes formulées dans le cadre de l'exercice légitime de leurs compétences par le Consejo General del Poder Judicial, le Presidente del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, ainsi que par les Tribunales Superiores de Justicia ou les Salas de Gobierno.</i>

377. — Nous pouvons encore citer la *Rule 3* let. h des *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings* adoptées le 11 mars 2008 par la *Judicial Conference of the United States of America*⁶⁰³, qui définit les inconduites des magistrats du siège par une liste exemplative⁶⁰⁴. Cette liste, que nous reproduisons ci-dessous accompagnée d'une traduction libre, est assortie d'exceptions liées aux caractéristiques de l'activité jurisprudentielle et au principe d'indépendance de la justice :

(h) Misconduct. Cognizable misconduct : <i>(1) is conduct prejudicial to the effective and expeditious administration of the business of the courts. Misconduct includes, but is not limited to :</i> <i>(A) using the judge's office to obtain special treatment for friends or relatives ;</i> <i>(B) accepting bribes, gifts, or other personal favors related to the judicial office ;</i> <i>(C) having improper discussions with parties or counsel for one side in a case ;</i>	(h) Inconduite. L'inconduite dont l'autorité peut être saisie : <i>(1) est un comportement préjudiciable à la gestion efficace et prompte des activités des tribunaux. L'inconduite comprend notamment le fait de :</i> <i>(A) se servir de la fonction de juge pour obtenir que des amis ou relations bénéficient d'un traitement particulier ;</i> <i>(B) accepter des pots-de-vin, des cadeaux ou d'autres faveurs personnelles dans l'exercice de la fonction judiciaire ;</i>

⁶⁰³ A noter l'existence d'un projet de modification daté du 23.07.2014 (version « suivi des modifications ») consultable à l'adresse [<http://www.uscourts.gov/file/jcdrulesamendmentsredlinedpdf>] [consulté le 07.08.2015]. Ce projet prévoit, en ce qui concerne la *Rule 3* let. h, une précision au ch. (1)(D) ainsi que l'adjonction de deux lettres supplémentaires (ch. [1][G] et [1][H] ; l'actuel ch. [1][G] devenant ainsi le ch. [1][I]). Cf. en particulier le projet de ch. (1)(H), qui intègre à titre d'inconduite le fait, pour un magistrat du siège touché par une procédure de plainte au sens des *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*, de refuser, sans cause valable, de collaborer à l'enquête (« *refusing, without good cause shown, to cooperate in the investigation of a complaint under these rules* ») (comp. ég. *infra*, Chap. 7, N 1299-1302 [protection contre l'auto-incrimination] et 1312-1314 [obligation de collaborer à l'établissement des faits]).

⁶⁰⁴ Cf. ég. MILLER (USA), p. 432-456, qui propose de réunir les manquements disciplinaires en douze catégories : (1) *corrupt influence on judicial action* ; (2) *questionable fiduciary appointments* ; (3) *abuse of office for personal gain* ; (4) *incompetence and neglect of duties* ; (5) *overstepping of authority* ; (6) *interpersonal abuse* ; (7) *bias, prejudice and insensitivity* ; (8) *personal misconduct reflecting adversely on fitness for office* ; (9) *conflict of interest* ; (10) *inappropriate behavior in a judicial capacity* ; (11) *lack of candor* ; (12) *electioneering and purchase of office*. L'auteur propose par ailleurs de très nombreuses références jurisprudentielles. Comp. CSM/F, Rapport annuel 1997-1998, p. 20-23, où sept rubriques sont proposées : (1) liberté d'expression et obligation de réserve ; (2) vie privée ; (3) dérives financières ; (4) indépendance et insuffisances professionnelles ; (5) partialité ; (6) abus des fonctions ; (7) difficultés relationnelles.

(D) <i>treating litigants or attorneys in a demonstrably egregious and hostile manner ;</i> (E) <i>engaging in partisan political activity or making inappropriately partisan statements ;</i> (F) <i>soliciting funds for organizations ; or</i> (G) <i>violating other specific, mandatory standards of judicial conduct, such as those pertaining to restrictions on outside income and requirements for financial disclosure.</i> (2) <i>is conduct occurring outside the performance of official duties if the conduct might have a prejudicial effect on the administration of the business of the courts, including a substantial and widespread lowering of public confidence in the courts among reasonable people.</i> (3) <i>does not include :</i> (A) <i>an allegation that is directly related to the merits of a decision or procedural ruling. An allegation that calls into question the correctness of a judge's ruling, including a failure to recuse, without more, is merits-related. If the decision or ruling is alleged to be the result of an improper motive, e.g., a bribe, ex parte contact, racial or ethnic bias, or improper conduct in rendering a decision or ruling, such as personally derogatory remarks irrelevant to the issues, the complaint is not cognizable to the extent that it attacks the merits.</i> (B) <i>an allegation about delay in rendering a decision or ruling, unless the allegation concerns an improper motive in delaying a particular decision or habitual delay in a significant number of unrelated cases.</i>	(C) <i>avoir des discussions inappropriées avec les parties ou le conseil d'une des parties à une cause ;</i> (D) <i>traiter les parties ou les avocats d'une manière manifestement abusive et hostile ;</i> (E) <i>s'engager dans des activités politiques partisans ou faire des déclarations inopportunément partisans ;</i> (F) <i>solliciter des fonds pour des organisations, ou</i> (G) <i>violer d'autres normes spécifiques et obligatoires de conduite judiciaire, telles que celles se rapportant aux restrictions quant aux revenus provenant de sources externes et aux exigences en matière de divulgation d'informations financières.</i> (2) <i>est un comportement se manifestant hors de l'exercice des fonctions officielles si le comportement est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la gestion des activités des tribunaux, y compris en affaiblissant de manière significative et générale la confiance du public raisonnable envers les tribunaux.</i> (3) <i>n'inclut pas :</i> (A) <i>une allégation directement liée au contenu matériel d'une décision ou d'une ordonnance de procédure. Une allégation qui remet en cause le bien-fondé de la décision d'un juge, y compris une omission de se récuser, est considérée, sans autre, comme liée au contenu matériel de l'affaire. S'il est allégué que la décision ou le jugement résulte d'un motif irrégulier, p. ex. un pot-de-vin, un contact ex-parte, une discrimination raciale ou ethnique, ou une conduite inappropriée dans le prononcé d'une décision ou d'un jugement, tel que des remarques personnellement désobligeantes sans rapport avec les questions traitées, la plainte n'est pas recevable en ce qu'elle vise le contenu matériel [de la décision ou le jugement sur le fond].</i> (B) <i>une allégation concernant un retard dans le prononcé d'une décision ou d'un jugement, à moins que cette allégation ne</i>

	<i>se rapporte au fait que le motif pour différer le prononcé d'une décision est inacceptable dans un cas particulier ou à la présence habituelle d'un retard dans un nombre significatif d'affaires non liées [à l'affaire en question].</i>

378. — En Suisse, nous remarquons en particulier que les cantons du Jura et de Zurich, bien qu'employant des formulations restant très ouvertes et non exhaustives, prévoient une certaine description des infractions disciplinaires des magistrats du siège. L'art. 65 al. 2 LOJ/JU précise en effet la notion de « violation grave des devoirs de [la] charge [de magistrat du siège] » telle qu'elle est prévue à l'art. 65 al. 1 LOJ/JU :

Art. 65

¹ Les juges et les procureurs sont passibles de sanctions disciplinaires lorsqu'ils se rendent coupables de violation grave des devoirs de leur charge.

² Est notamment réputé violation grave des devoirs de la charge :

- a. l'omission répétée, intentionnellement ou par négligence grave, d'accomplir un acte que la loi ordonne ;
- b. l'abus manifeste ou répété du pouvoir de la charge, commis intentionnellement ou par négligence grave ;
- c. la partialité manifeste et dûment avérée dans la conduite de procédures ;
- d. l'atteinte grave à la dignité de la charge.

379. — L'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 (ZH)⁶⁰⁵ définit également la notion de « fautes disciplinaires » (« *Disziplinarfehler* ») :

§2. *Als Disziplinarfehler gilt jede rechtswidrige und schuldhafte Verletzung der Dienstpflichten, insbesondere[:]*

- a. jedes Verhalten, das geeignet ist, den ordnungsgemässen Gang, das Ansehen oder die Vertrauenswürdigkeit der staatlichen Tätigkeit zu beeinträchtigen ;*
- b. jedes Verhalten im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit, das geeignet ist, die Würde von Menschen zu verletzen ;*
- c. die Störung der vorgeschriebenen Verfahrensordnung ;*
- d. die Verletzung des für amtliche Handlungen gebotenen Anstandes*⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Cf. *infra*, N 978.

⁶⁰⁶ Cf. ég. la règle générale de l'art. 74 al. 1 Cst./ZH, qui prévoit que l'organisation judiciaire et la procédure garantissent la fiabilité et la célérité de la justice.

380. — Des exemples supplémentaires peuvent être trouvés dans les règles applicables à d'autres professions faisant l'objet d'une surveillance disciplinaire. Par exemple, dans le canton de Fribourg, l'art. 81 du Règlement des détenus des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998⁶⁰⁷ catalogue de manière détaillée – mais non exhaustive – les infractions disciplinaires pouvant être commises par les détenus desdits établissements pénitentiaires.

381. — Sur le plan fédéral, nous citerons l'art. 2 du Règlement disciplinaire concernant les étudiants de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne du 15 décembre 2008⁶⁰⁸, qui, tout en utilisant une formulation relativement ouverte dans plusieurs des cas énumérés, prévoit néanmoins un catalogue exhaustif des (catégories de) manquements disciplinaires.

382. — Au surplus, la jurisprudence publiée (ou résumée) de certaines autorités disciplinaires offre une base de réflexion non négligeable⁶⁰⁹. Ainsi, en Suisse, la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature de la République et canton de Genève⁶¹⁰, du *Consiglio della magistratura* du canton du Tessin⁶¹¹, ou encore, en France, celle du Conseil supérieur de la magistrature⁶¹².

383. — Après ce tour d'horizon de quelques réglementations disciplinaires applicables aux magistrats du siège, il convient désormais de tenter de définir des critères permettant de distinguer les différents types d'infractions disciplinaires, respectivement de comportements pouvant être érigés en infractions disciplinaires.

⁶⁰⁷ RS/FR 341.1.12.

⁶⁰⁸ RS 414.138.2. Cf. ég. art. 2 du Règlement disciplinaire de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich du 02.11.2004 (cf. *supra*, n. 552 concernant le règlement précité).

⁶⁰⁹ Cf. toutefois *supra*, N 331 s.

⁶¹⁰ Cf. JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 59-67.

⁶¹¹ Cf. CONSIGLIO DELLA MAGISTRATURA (TI), *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, publié sur le site Internet [www.ti.ch].

⁶¹² Cf. le Recueil des décisions et avis disciplinaires consultable à l'adresse [http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/node/607?m=arborescence_des_decisions_disciplinaires_du_CSM] [consulté le 24.07.2015].

B. Essai de typologie sommaire des (comportements pouvant être érigés en) infractions disciplinaires

1. Présentation

384. — Nous définirons ci-dessous plusieurs critères permettant de distinguer les différents types d'infractions disciplinaires, respectivement les différents types de comportements pouvant être érigés en infractions disciplinaires. Nous distinguerons principalement trois critères : (i) temporel (ci-après, 2.), (ii) fonctionnel (ci-après, 3.) et (iii) personnel (ci-après, 4.). Nous signalerons encore deux autres critères : (iv) empirique (ci-après, 5.a.) et (v) du caractère intentionnel (ci-après, 5.b.). Une représentation graphique permettra finalement d'illustrer l'articulation des critères temporel, fonctionnel et personnel, précités (ci-après, 6.).

2. Le critère temporel : l'exercice des fonctions de magistrat du siège

a. Présentation générale

385. — Un premier critère permet de distinguer entre les infractions disciplinaires commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège et celles commises en dehors de l'exercice des fonctions. Ce critère sert de point de départ à l'analyse.

b. Les infractions disciplinaires commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège

386. — Par « infractions disciplinaires commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège », on entend les infractions commises durant les périodes d'activité consacrées à la fonction de magistrat du siège.

387. — Les infractions contenues dans la liste – détaillée et exhaustive – de l'art. 2 al. 1 D.lgs.109/06/I, reproduit ci-dessus⁶¹³, constituent pour la plupart des infractions étant nécessairement commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège (cf. l'intitulé de l'art. 2 D.lgs.109/06/I : « [i]lleciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni »). Toutefois, il apparaît que certaines

⁶¹³ Cf. *supra*, N 375.

de ces infractions peuvent, suivant les cas, être commises dans ou en dehors de l'exercice des fonctions (cf. let. p, t, u, v, aa, bb). Par exemple, la divulgation d'informations couvertes par le secret de l'instruction (cf. art. 2 al. 1 let. u D.lgs.109/06/I) ou les déclarations publiques sur des affaires en cours (art. 2 al. 1 let. v D.lgs.109/06/I)⁶¹⁴ ne sont pas liées aux périodes d'exercice des fonctions de magistrat du siège.

388. — Quant à l'art. 3 dudit décret, celui-ci, bien qu'ayant pour objet les infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions (« *[i]lleciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni* »), rassemble des infractions pouvant également, pour la plupart, être commises durant l'exercice des fonctions. Par exemple, la participation à des sociétés secrètes (cf. art. 3 let. g D.lgs.109/06/I) peut également concerner les périodes d'exercice des fonctions de magistrat du siège.

389. — Ces exemples montrent que le critère temporel n'est en principe pas déterminant.

c. Les infractions disciplinaires commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège

390. — Par « infractions disciplinaires commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège », on entend les infractions commises hors des périodes d'activité consacrées à la fonction de magistrat du siège. De telles incriminations sont fondées sur la prémisse selon laquelle les magistrats du siège, bien que bénéficiant des libertés fondamentales assurées à tout citoyen (protection de la sphère privée et familiale, liberté d'association, etc.), peuvent néanmoins voir certains aspects de leur vie privée portés à la connaissance du public, ce qui pourrait dans certains cas nuire à l'institution judiciaire⁶¹⁵.

391. — Comme indiqué ci-dessus⁶¹⁶, il s'avère qu'une partie des infractions figurant dans la liste – non exhaustive – prévue à l'art. 2 al. 1 D.lgs.109/06/I, qui a pour objet les infractions commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège, sont en règle générale commises, ou du moins peuvent

⁶¹⁴ Sur la violation du « devoir de réserve », cf. ég. CSM/GE, déc. CSM/13/2011 et CSM/10/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 63. Sur la violation du « devoir de discrétion », cf. p. ex. CSM/GE, déc. CSM/473/2004 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 60 s. ; cf. ég. TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 3c/cc.

⁶¹⁵ Cf. p. ex. BAUER, p. 37 ; RICOL (F ; anc.), p. 79 ss. Pour un cas d'application, cf. p. ex. CSM/F, déc. S079 du 20.07.1994.

⁶¹⁶ Cf. *supra*, N 387.

également être commises, en dehors de l'exercice desdites fonctions (cf. let. p, t, u, v, aa, bb). De même, une partie des infractions définies par l'art. 3 D.lgs.109/06/I, qui a pour objet les infractions commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège, peuvent également être commises durant l'exercice des fonctions.

392. — Ces exemples montrent également que le critère temporel n'est en principe pas déterminant.

393. — Au surplus, nous relevons que les magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel sont, d'un point de vue statistique, davantage susceptibles de commettre des infractions de ce type.

3. Le critère fonctionnel : le rapport avec les fonctions exercées par les magistrats du siège

a. Présentation générale

394. — Le critère du rapport fonctionnel entre les infractions disciplinaires et l'activité juridictionnelle des magistrats du siège (critère fonctionnel) constitue un second critère permettant d'affiner le critère temporel présenté ci-dessus⁶¹⁷.

395. — En effet, il apparaît que certaines infractions disciplinaires peuvent être commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège, mais ne pas être en rapport avec celles-ci (p. ex. magistrat du siège consultant des sites Internet à caractère pornographique). A l'inverse, des infractions disciplinaires peuvent être commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège, mais être en rapport avec celles-ci (p. ex. magistrat du siège acceptant un avantage indu en sa qualité officielle⁶¹⁸ ; magistrat du siège ayant des contacts avec une partie ou des tiers impliqués dans une procédure en cours dont il a la charge⁶¹⁹).

⁶¹⁷ Cf. N 385-393.

⁶¹⁸ Pour un cas d'application, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2001.1 [CM 11/2001] du 26.11.2001, consid. 4, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 5 ss.

⁶¹⁹ Pour un cas d'application, cf. CSM/GE, déc. CSM/242/1997 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 60.

b. Les infractions disciplinaires se rapportant aux fonctions exercées par les magistrats du siège

396. — Par « infractions disciplinaires se rapportant à la fonction de magistrat du siège », on entend les infractions découlant de comportements ayant un lien – direct ou indirect – avec les fonctions judiciaires exercées par les magistrats du siège.

397. — Le lien avec les fonctions exercées par les magistrats du siège provient du fait que les comportements en cause, eu égard à leur nature, sont considérés comme étant incompatibles avec l'exercice de la fonction de magistrat du siège. Par exemple, la participation à des sociétés secrètes peut être érigée en infraction disciplinaire lorsque les buts desdites sociétés et les activités en découlant sont objectivement incompatibles avec l'exercice de fonctions judiciaires (cf. art. 3 let. g D.lgs.109/06/I).

398. — Peut par exemple être considéré comme une infraction disciplinaire se rapportant aux fonctions exercées le fait pour un magistrat du siège (i) d'entretenir un conflit avec un collègue magistrat, ce conflit envenimant le climat de travail de la juridiction à laquelle ils appartiennent⁶²⁰ ; (ii) d'avoir un comportement contraire au « devoir de diligence » envers les parties ou d'autres acteurs d'une procédure⁶²¹ ; (iii) de se trouver dans une situation d'endettement qualifié⁶²² ; (iv) de perdre un document important versé au dossier d'une procédure⁶²³.

399. — Il convient toutefois de se garder de vouloir trouver un lien avec les fonctions exercées par le seul fait que les comportements en cause sont considérés, par leur qualification disciplinaire, comme étant incompatibles avec l'exercice de la fonction de magistrat du siège. En effet, un tel raisonnement circulaire reviendrait à considérer que l'ensemble des comportements érigés en infractions disciplinaires ont un rapport avec l'exercice de la fonction de magistrat du siège, ce qui n'est pas forcément le cas.

400. — Les infractions disciplinaires découlant de l'activité *juridictionnelle* des magistrats du siège se rapportent nécessairement aux fonctions (judiciaires)

⁶²⁰ Pour un cas d'application, cf. CSM/GE, déc. CSM/71/1993 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 59.

⁶²¹ Pour des exemples, cf. CSM/GE, déc. CSM/475/2005, CSM/518/2007, CSM/521/2007 et CSM/595/2010 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 61 s.

⁶²² Pour un cas d'application, cf. CSM/GE, déc. CSM/458/2004 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 60.

⁶²³ CSM/GE, déc. CSM/34/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 65 s.

exercées par ceux-ci. La question spécifique de la caractérisation de telles infractions sera traitée dans un titre séparé⁶²⁴.

401. — L'exercice à temps partiel de la fonction de magistrat du siège⁶²⁵ soulève des questions spécifiques. Par exemple, la question de l'admissibilité de l'exercice parallèle de fonctions ou activités professionnelles autres que la fonction de magistrat du siège (p. ex. la pratique du barreau⁶²⁶ ; l'activité d'arbitre ; l'exercice à titre lucratif de mandats d'administrateur ou de secrétaire) se pose de manière différente en présence d'une activité de magistrat du siège à plein temps ou à temps partiel⁶²⁷. A ce titre, nous rappelons⁶²⁸ que l'ABA *Model Code of Judicial Conduct* 2010 prévoit une application différenciée des règles contenues dans ledit code en fonction des catégories auxquelles les magistrats du siège appartiennent : (i) magistrats du siège exerçant leur fonction à plein temps (« *full-time judges* »), (ii) magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel de manière continue (« *continuing part-time judges* »), (iii) magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel de manière périodique (« *periodic part-time judges* ») et (iv) magistrats du siège exerçant leur fonction à temps partiel, pour un temps limité, de manière unique ou sporadique (« *pro tempore part-time judges* »)⁶²⁹.

402. — C'est le lieu par ailleurs de mentionner que certaines infractions disciplinaires ne se rapportent qu'aux fonctions spécifiques attribuées aux chefs de cours et/ou aux présidents de tribunaux. Ces infractions disciplinaires concernent en principe les activités touchant à la marche administrative de l'autorité judiciaire, et non les activités juridictionnelles proprement dites des magistrats du siège. On pense par exemple (i) à la mauvaise gestion dans la répartition des dossiers au sein d'une cour ou d'un tribunal (cf. art. 2 al. 1 let. s D.lgs.109/06/I), (ii) à l'omission, de la part d'un chef de cour ou d'un président de tribunal, de porter à la connaissance de l'autorité disciplinaire des faits commis par un magistrat du siège appartenant à sa juridiction et susceptibles de constituer une infraction disciplinaire (cf. art. 2 al. 1 let. dd D.lgs.109/06/I ; cf. ég. art. 2 al. 1 let. ee D.lgs.109/06/I), (iii) à l'absence de prise de mesures internes, dans une cour ou un tribunal, afin de lutter contre des retards dans le

⁶²⁴ Cf. *infra*, N 440-459.

⁶²⁵ Cf. ég. *supra*, Chap. 1, N 26-29.

⁶²⁶ Sur la question, cf. KIENER/MEDICI.

⁶²⁷ Cf. BOHNET/MARTENET, N 3368 ss (avocat et juge) ; cf. ég., *mutatis mutandis*, BOHNET/MARTENET, N 3414 ss (avocat et arbitrage), N 3509 ss (avocat administrateur).

⁶²⁸ Cf. *supra*, N 29.

⁶²⁹ Cf. ABA MCJC, *Application*.

traitement des dossiers, ou encore (iv) à la mauvaise gestion du budget de la cour ou du tribunal par le chef de cour ou le président de tribunal⁶³⁰.

c. Les infractions disciplinaires ne se rapportant pas aux fonctions exercées par les magistrats du siège

403. — Par « infractions disciplinaires ne se rapportant pas à la fonction de magistrat du siège », on entend les infractions découlant d'activités n'ayant pas de lien avec les fonctions judiciaires exercées par les magistrats du siège. Les comportements en cause sont érigés en infractions disciplinaires en raison de leur qualification pénale⁶³¹ ou d'autres facteurs déterminés. Comme indiqué ci-dessus, leur incrimination disciplinaire, qui dénote une incompatibilité avec l'exercice de la fonction de magistrat du siège, ne signifie pas forcément qu'un rapport existe entre le comportement à la base de l'infraction disciplinaire et les fonctions exercées par le magistrat du siège.

404. — L'art. 4 al. 1 let. a à c D.lgs.109/06/I définit ainsi les types d'infractions pénales qui, ayant entraîné des condamnations pénales déterminées, sont considérés, sans égard au contenu matériel de l'infraction en cause, comme étant – automatiquement – constitutifs d'une infraction disciplinaire⁶³². Suivant la nature des infractions pénales auxquelles elles se rapportent, ces infractions disciplinaires pourront dès lors ne pas avoir de rapport avec les fonctions exercées par les magistrats du siège. Par exemple, l'auteur de propos racistes⁶³³ ou antisémites doit être traité indépendamment de son statut, et l'infraction disciplinaire correspondante n'a donc le cas échéant aucun rapport avec la fonction de magistrat du siège.

⁶³⁰ Cf. p. ex. CSM/F, Rapport annuel 2008, p. 44 ss.

⁶³¹ Cf. *infra*, N 429-439 concernant l'incrimination disciplinaire d'infractions pénales.

⁶³² Sur la question de l'incrimination disciplinaire d'infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale, cf. *infra*, N 433-439.

⁶³³ Pour un cas d'application, cf. *Court of Appeals of the State of New York in the Matter of Mulroy*, 94 N.Y.2d 652 [06.04.2000], 656 : magistrat du siège qualifiant la victime d'un meurtre dont il avait à connaître de « *just some old nigger bitch* ». Cf. ég. CSM/GE, déc. CSM/255/1997 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 60.

4. Le critère personnel : la qualité de magistrat du siège

a. Présentation générale

405. — Le critère personnel distingue les infractions disciplinaires commises en qualité de magistrat du siège de celles commises en tant que « simple citoyen ». Ce troisième critère, qui fait appel à un aspect volitif, permet de caractériser plus précisément encore les deux critères précédents (critères temporel et fonctionnel)⁶³⁴.

406. — En effet, des infractions disciplinaires peuvent par exemple être commises durant l'exercice des fonctions de magistrat du siège, être en rapport avec celles-ci, mais être le fait d'un magistrat du siège ne se prévalant pas de son statut ou de sa fonction (p. ex. magistrat du siège qui, durant une audience ennuyeuse, rédige et publie anonymement sur Internet un projet de tract anarchiste pour un groupement politique auquel il appartient⁶³⁵). Des infractions disciplinaires peuvent également être commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège, ne pas être en rapport avec celles-ci, mais être le fait d'un magistrat du siège se prévalant de son statut ou de sa fonction (p. ex. afin d'obtenir la préférence sur d'autres candidats à la location d'un appartement ; en vue d'éviter une contravention pour dépassement de la durée de stationnement autorisée⁶³⁶).

b. Les infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant « ès qualités »

407. — Par « infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant ès qualités », on entend les infractions commises avec une volonté d'apparaître en qualité de magistrat du siège. La volonté d'apparaître en qualité de magistrat du siège peut être exprimée de manière expresse (p. ex. magistrat du siège signant ès qualités une lettre de lecteur publiée dans la presse et dans laquelle il prend une position politique⁶³⁷ ; magistrat du siège intervenant à titre privé dans un conflit familial tout en se prévalant de sa qualité de

⁶³⁴ Cf. *supra*, resp. N 385-393 et 394-404.

⁶³⁵ Cf. ég., *mutatis mutandis*, ATF 136 I 322, trad. JdT 2011 I 43, rés. SJ 2011 I 120, concernant la liberté d'expression des fonctionnaires.

⁶³⁶ Concernant ce dernier exemple, cf. CSM/GE, déc. CSM/231/1996 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 59.

⁶³⁷ Cf. CSM/GE, déc. CSM/13/2011 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 63.

magistrat⁶³⁸)⁶³⁹ ou ressortir implicitement d'un comportement ou d'un ensemble de circonstances (p. ex. magistrat du siège donnant ostensiblement rendez-vous à un potentiel partenaire d'affaires devant le palais de justice). Elle peut être appréciée de manière interne (volonté présente dans le for intérieur du magistrat du siège) ou externe (volonté telle qu'elle apparaît extérieurement aux personnes en contact avec le magistrat du siège).

408. — Certains éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de récusation des magistrats judiciaires⁶⁴⁰ peuvent être repris, *mutatis mutandis*, dans l'examen du critère personnel. Il découle d'une telle approche que la volonté d'apparaître en qualité de magistrat du siège ne doit pas uniquement être retenue lorsqu'une volonté effective du magistrat du siège est établie, car la preuve d'une disposition interne de sa part ne peut guère être apportée ; il suffit que les circonstances donnent *l'apparence* de cette volonté.

409. — Toutefois, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles des personnes ayant été en relation avec le magistrat du siège ne sont pas décisives. Une volonté du magistrat du siège de se prévaloir – implicitement ou explicitement – de son statut afin de bénéficier d'un avantage (cf. p. ex. art. 3 al. 1 let. a D.lgs.109/06/I) ne peut être retenue qu'en présence de faits qui, objectivement et raisonnablement, ont pu être interprétés comme tels par une personne réagissant normalement⁶⁴¹. Le simple fait, pour l'interlocuteur d'un magistrat du siège, de connaître la fonction exercée par celui-ci n'est donc pas suffisant⁶⁴².

410. — La question de la prise en compte et de la punissabilité des manquements commis (i) avant la nomination à la fonction de magistrat du siège et (ii) entre le moment de la nomination en tant que magistrat du siège et celui de l'entrée en fonction sera discutée plus loin⁶⁴³.

411. — Il convient au surplus de relever que le fait pour un magistrat du siège de s'être prévalu de son statut à dessein pourra, selon les cas, constituer un facteur

⁶³⁸ Cf. CSM/GE, déc. CSM/27/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 63.

⁶³⁹ Pour un exemple d'abus d'autorité, cf. p. ex. CSM/GE, déc. CSM/408/2002 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 60.

⁶⁴⁰ Cf. p. ex. ATF 125 I 119, consid. 3a.

⁶⁴¹ Cf., *mutatis mutandis*, ATF 111 Ia 259, consid. 3a.

⁶⁴² Cf. ég. TF 1C_466/2012 du 15.02.2013, consid. 2.2, rendu dans une procédure disciplinaire à l'encontre d'un député genevois.

⁶⁴³ Cf. *infra*, resp. N 420-424 et 425-426.

aggravant dans la qualification de la gravité de l'infraction disciplinaire, et partant se répercuter sur la fixation d'une éventuelle sanction disciplinaire⁶⁴⁴.

c. Les infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant en tant que « simples citoyens »

412. — Par « infractions disciplinaires commises par des magistrats du siège agissant en tant que simples citoyens », on entend les infractions commises sans volonté d'apparaître en qualité de magistrat du siège. Sont ainsi visées les infractions disciplinaires résultant d'un comportement du magistrat du siège ne laissant transparaître aucune volonté d'apparaître *ès* qualités. L'infraction disciplinaire qui pourrait découler de la fabrication de fausse monnaie par un magistrat du siège⁶⁴⁵ – sauf si, par exemple, le magistrat du siège en cause utilise à cette fin des appareils séquestrés dans une procédure pénale auxquels il a accès⁶⁴⁶ – rentrerait par exemple dans ce cadre.

413. — Par contre, la mise en circulation de fausse monnaie⁶⁴⁷ pourrait aussi bien être le fait d'un magistrat du siège agissant en tant que simple citoyen que celui d'un magistrat agissant *ès* qualités (p. ex. en profitant de la confiance obtenue par son statut pour écouler plus facilement la fausse monnaie). De même, l'infraction disciplinaire qui proviendrait de la commission d'un abus de confiance⁶⁴⁸ pourrait aussi bien être le fait d'un magistrat du siège agissant comme un simple citoyen que d'un magistrat du siège agissant *ès* qualités (p. ex. en profitant de la relation de confiance particulière établie grâce à l'indication de sa fonction ; cf. art. 138 ch. 2 CP). Dans ces deux dernières situations, un examen sous l'angle de l'apparence, selon la méthode proposée ci-dessus⁶⁴⁹, apparaît donc nécessaire afin de déterminer s'il faut ou non retenir une volonté du magistrat du siège en cause d'agir *ès* qualités.

⁶⁴⁴ Cf. *infra*, N 414-416 concernant le critère empirique de la gravité des infractions disciplinaires considérées ; Chap. 5, N 645-665 concernant le principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires, en particulier N 653-655 concernant la prise en compte de la gravité de l'infraction disciplinaire.

⁶⁴⁵ Infraction réprimée pénalement par l'art. 240 CP.

⁶⁴⁶ Cf. ég. TF 2P.270/2000 du 26.01.2001 : magistrat du siège qui, en sa qualité de Président du Tribunal cantonal tessinois, profite d'une procédure de confiscation relevant de sa compétence pour tenter d'obtenir un avantage pécuniaire illicite.

⁶⁴⁷ Infraction réprimée pénalement par l'art. 242 CP.

⁶⁴⁸ Infraction réprimée pénalement par l'art. 138 CP.

⁶⁴⁹ Cf. *supra*, N 407-409.

5. Autres critères (aperçu)

a. Le critère empirique : le degré de gravité des infractions disciplinaires considérées

414. — Un critère peut être trouvé dans le degré de gravité des (faits à la base des) infractions disciplinaires considérées. Une gradation correspondante pourrait par ailleurs être trouvée au niveau de l'ordonnancement des infractions disciplinaires définies par la loi.

415. — Ainsi, en Espagne, les art. 416 ss LOPJ/E distinguent les infractions disciplinaires légères, graves ou très graves. Une telle classification est quelque peu artificielle, mais peut offrir certains avantages. En effet, elle constitue un moyen d'établir une corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires⁶⁵⁰, permettant ainsi le cas échéant de guider/cadrer l'examen de l'autorité disciplinaire dans la fixation de la sanction (cf. art. 420 LOPJ/E).

416. — Une telle classification pourrait en outre permettre de moduler la prescription de l'action disciplinaire⁶⁵¹. Ainsi, l'art. 416 al. 2 LOPJ/E prévoit que l'action pénale se prescrit (i) après deux ans en présence d'une infraction disciplinaire très grave ; (ii) après un an si l'infraction disciplinaire est grave et (iii) selon les règles prévues dans le Code pénal espagnol en cas d'infraction disciplinaire légère (« [I]as faltas muy graves prescribirán a los dos años, las graves al año y las leves en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas »).

b. Le critère de l'intention

417. — Un autre critère consiste à distinguer les infractions disciplinaires intentionnelles de celles commises par négligence. La distinction précitée revêt selon nous le même sens qu'en droit pénal (cf. art. 12 s. CP)⁶⁵². Ainsi, seul le magistrat du siège ayant agi intentionnellement – par commission ou omission – devrait, sauf disposition expresse contraire, être passible d'une sanction disciplinaire.

⁶⁵⁰ Sur cette question, cf. *supra*, N 355-359.

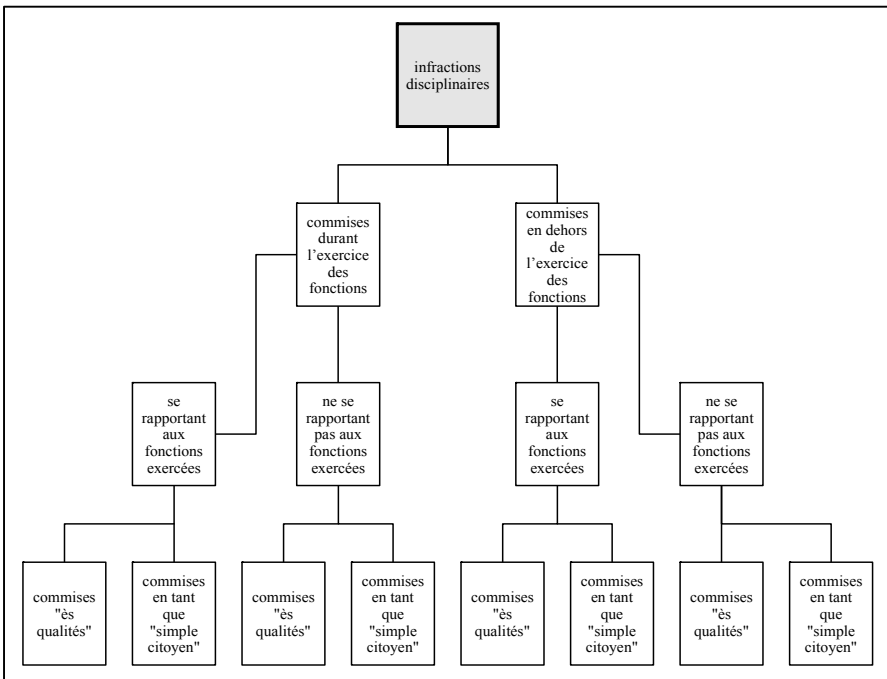
⁶⁵¹ Sur la question de la prescription de l'action disciplinaire, cf. au surplus *infra*, Chap. 7, N 1480-1514.

⁶⁵² En ce sens ég. : TC/VD, GE.2001.0125 du 15.05.2007, consid. 8. Sur la notion d'intention, cf. p. ex. KILLIAS, N 305 ss.

418. — Il appartient au législateur⁶⁵³ de déterminer si la négligence des magistrats du siège peut également être réprimée disciplinairement⁶⁵⁴, et le cas échéant de définir précisément et exhaustivement quels actes de négligence sont érigés en infractions disciplinaires⁶⁵⁵.

6. Représentation graphique

419. — Les trois premiers critères présentés ci-dessus (critères temporel, fonctionnel et personnel)⁶⁵⁶ peuvent être représentés selon le graphique suivant :



⁶⁵³ Cf. ég. les rem. *supra*, N 329-335 et 373-383. Comp. CJ/GE, ATA/142/2011 du 08.03.2011, consid. 21c, qui indique que contrairement au droit pénal, la négligence n'a pas à être prévue pour être punissable (cf. ég. TF 1P.652/2003, consid. 6.1 [médecins]). En ce sens ég. : MONTANI/BARDE, p. 349, et FAVRE, p. 337, qui posent l'exigence d'une faute intentionnelle ou par négligence, et qui indiquent que pour entraîner la punissabilité de l'auteur, la négligence n'aurait, contrairement au droit pénal, pas à être expressément prévue.

⁶⁵⁴ A titre d'exemple, nous indiquons que l'art. 103 al. 1 LJ/FR prévoit à la fois l'intention et la négligence, tandis que l'art. 62 LMSA/NE exclut la négligence.

⁶⁵⁵ Cf. CANIVET (F), Responsabilité, p. 646, qui estime « souhaitable d'améliorer la prise en compte disciplinaire des négligences professionnelles ».

⁶⁵⁶ Cf. *supra*, resp. N 385-393, 394-404 et 405-413.

C. Examen de questions spécifiques

1. Le moment et le lieu de la commission des infractions disciplinaires

a. Les infractions disciplinaires commises avant la nomination à la fonction de magistrat du siège

420. — Il convient d'examiner si des faits commis par un magistrat du siège avant sa nomination, mais qui seraient par hypothèse découverts après sa nomination (respectivement après son entrée en fonction)⁶⁵⁷, peuvent constituer une infraction disciplinaire⁶⁵⁸.

421. — Si l'on se réfère à la classification proposée ci-dessus⁶⁵⁹, il apparaît que les infractions disciplinaires en question seraient nécessairement commises (i) hors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège, celles-ci n'ayant pas encore débuté (cf. critère temporel), et (ii) en tant que simple citoyen, la personne en cause n'ayant pas encore été nommée en qualité de magistrat du siège (cf. critère personnel).

422. — Le problème réside dans le fait que la personne visée, à l'époque des faits en cause, n'était pas soumise aux règles de droit disciplinaire⁶⁶⁰ applicables au corps des magistrats du siège. Elle n'avait dès lors pas à déterminer son comportement en fonction de telles règles.

423. — A notre sens, seules sont par conséquent envisageables, au sens de la classification proposée ci-dessus⁶⁶¹, les infractions disciplinaires ne se rapportant pas à la fonction de magistrat du siège (cf. critère fonctionnel). En particulier, l'existence d'une condamnation pénale qui n'aurait pas été portée à la connaissance de l'autorité de nomination – par exemple car celle-ci a été

⁶⁵⁷ Nous réservons la question de la prescription de l'action disciplinaire. Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 7, N 1480-1514.

⁶⁵⁸ Admettant cette possibilité : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 156 s. ; MORIN (F ; anc.), II, p. 170 ss ; RICOL (F ; anc.), *passim*.

⁶⁵⁹ Cf. *supra*, N 384-419.

⁶⁶⁰ Nous partons de l'hypothèse que de telles règles existent, ce qui exclut la question de la non-rétroactivité des lois (cf. pour le surplus *supra*, N 303-322 concernant la légalité des infractions disciplinaires).

⁶⁶¹ Cf. *supra*, N 384-419.

prononcée à l'étranger⁶⁶² – peut le cas échéant constituer une infraction disciplinaire⁶⁶³ susceptible de conduire au prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre du magistrat du siège⁶⁶⁴.

424. — A l'inverse, un magistrat du siège ne devrait pas pouvoir se voir reprocher un comportement se rapportant à la fonction de magistrat du siège alors que ce comportement se rapporte à une période antérieure à sa nomination. Par exemple, le fait pour un magistrat du siège d'avoir, avant sa nomination, émis des déclarations politiques dans les médias⁶⁶⁵ qui seraient par hypothèse jugées incompatibles avec la fonction de magistrat du siège ne devrait pas pouvoir être qualifié disciplinairement.

b. Les infractions disciplinaires commises entre la nomination à la fonction de magistrat du siège et l'entrée en fonction

425. — La qualité de magistrat du siège est acquise en principe à compter de la nomination à cette fonction⁶⁶⁶. Il devrait donc être possible de retenir que

⁶⁶² Le casier judiciaire suisse est censé recenser les condamnations prononcées à l'étranger à l'encontre des personnes de nationalité suisse (cf. art. 366 al. 1 et al. 2 let. c CP) ; certains faits pourraient toutefois ne pas parvenir à la connaissance des autorités – au sens de l'art. 365 al. 1 CP – chargées de la gestion du casier judiciaire.

⁶⁶³ Sur la question de l'incrimination disciplinaire d'infractions pénales, cf. *infra*, N 429-439.

⁶⁶⁴ S'est par exemple présenté le cas d'un juge d'instruction du Tribunal pénal fédéral dont la condamnation, en France, pour des faux en écritures (possession et utilisation de faux documents officiels), a été révélée trois mois après son entrée en fonction. La juge en question, une fois les faits mis au jour, a toutefois démissionné avec effet immédiat, et aucune procédure disciplinaire n'a manifestement été menée. Cf. communiqué du 10.03.2010 consultable à l'adresse [<http://www.bstger.ch/fr/media/comunicati-stampa/2010.html>] [consulté le 24.07.2014].

⁶⁶⁵ De telles déclarations ne seraient pas forcément notoires. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour être notoire, un renseignement n'a pas besoin d'être constamment présent à l'esprit ; il suffit qu'il puisse être contrôlé par des publications accessibles à chacun. Les informations contenues dans les registres publics constituent typiquement des faits notoires (TF, RSDIE 2000 p. 575). A noter que l'accessibilité de certaines informations sur Internet ne suffit pas forcément pour considérer qu'il s'agit de faits notoires (cf. ATF 135 III 88, consid. 4.1, qui admet le caractère notoire du taux de conversion des devises consultable not. sur Internet ; comp. p. ex. CJUE, arrêt *Ineos Healthcare Ltd c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur* du 09.02.2011, T-222/09, Rec. 2011 p. II-00183, par. 31, qui nie, compte tenu de leur degré de technicité, le caractère notoire de la description des produits pharmaceutiques et de leurs indications thérapeutiques disponible sur Internet).

⁶⁶⁶ Cette question devra toutefois être examinée au regard de la législation applicable dans chaque cas d'espèce.

certaines comportements adoptés entre le moment de la nomination d'un magistrat du siège et celui de son entrée en fonction puissent constituer une infraction disciplinaire.

426. — Dans ce cas de figure, les infractions disciplinaires seraient, si l'on se réfère à la classification proposée ci-dessus⁶⁶⁷, nécessairement commises hors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège, puisque celles-ci n'ont pas encore débuté (cf. critère temporel). Toutefois, contrairement à la situation s'attachant à l'examen d'infractions disciplinaires commises avant la nomination des magistrats du siège⁶⁶⁸, lesdites infractions pourraient (i) se rapporter à la fonction de magistrat du siège (cf. critère fonctionnel) et (ii) être commises par des magistrats du siège agissant *ès qualités* (cf. critère personnel).

c. Les infractions disciplinaires commises en dehors de la circonscription à laquelle sont rattachés les magistrats du siège

427. — Le principe de la territorialité ne devrait selon nous pas trouver application en droit disciplinaire⁶⁶⁹. Les manquements commis en dehors de la circonscription à laquelle sont rattachés les magistrats du siège (canton, Confédération) sont ainsi également susceptibles de fonder une infraction disciplinaire dans la circonscription à laquelle sont rattachés lesdits magistrats du siège. De tels manquements, considérés pour eux-mêmes, sont évalués en fonction de la loi applicable dans la circonscription à laquelle sont rattachés les magistrats du siège.

428. — A ce titre, on peut se référer, *mutatis mutandis*, à l'art. 16 al. 1 LRCF, qui prévoit que lorsqu'un fonctionnaire commet une infraction contre ses devoirs de fonction, la loi suisse lui est également applicable lorsque l'acte a été commis à l'étranger. Il convient de réserver l'hypothèse spécifique, discutée ci-après⁶⁷⁰, des infractions disciplinaires fondées (i) sur des infractions à des normes de droit pénal spécial étranger et/ou (ii) sur des condamnations pénales prononcées à l'étranger.

⁶⁶⁷ Cf. *supra*, N 384-419.

⁶⁶⁸ Cf. *supra*, N 420-424.

⁶⁶⁹ En ce sens : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 83, 161.

⁶⁷⁰ Cf. *infra*, resp. N 432 et 438.

2. L'incrimination disciplinaire d'infractions pénales

a. Les comportements constitutifs d'une infraction pénale

429. — Un premier procédé consisterait à ériger en infractions disciplinaires, notamment par le biais de normes de renvoi⁶⁷¹, tout ou partie des comportements constitutifs d'une infraction pénale⁶⁷². Dans cette optique, l'infraction pénale elle-même, et non les faits à la base de cette infraction, fonde l'infraction disciplinaire. Il appartiendrait dès lors à l'autorité disciplinaire, afin de déterminer si les faits considérés constituent une infraction disciplinaire, de se prononcer à titre incident sur la réalisation de l'infraction pénale.

430. — L'art. 4 let. d D.lgs.109/06/I prévoit ainsi que des infractions pénales n'ayant pas pu être poursuivies pénalement peuvent constituer une infraction disciplinaire si les faits en cause portent atteinte à l'image du magistrat du siège (et probablement par là même à l'institution judiciaire) : « *Costituiscono illeciti disciplinari conseguenti al reato qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato e' estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita* »⁶⁷³. Nous pouvons également citer l'art. 81 let. I du Règlement des détenus des Etablissements de Bellechasse⁶⁷⁴, qui érige en infraction disciplinaire « tout acte tombant sous le coup de la loi pénale ».

431. — Lorsque l'action pénale est encore possible, il pourrait exister un risque de décisions contradictoires entre la procédure disciplinaire et la procédure pénale. Bien que non liée par les conclusions du juge pénal, l'autorité disciplinaire choisira généralement, dans l'hypothèse où une procédure pénale est conduite en parallèle, de suspendre la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur la procédure pénale⁶⁷⁵.

432. — A notre sens, le principe de la sécurité du droit commanderait de ne pas incriminer disciplinairement les infractions à des normes de droit pénal spécial étranger. Ces faits pourront néanmoins tomber sous le coup d'autres infractions

⁶⁷¹ Sur la question de l'admissibilité des normes de renvoi, cf. *supra*, N 310-317.

⁶⁷² En ce sens : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 150 s.

⁶⁷³ Cette disposition confère selon nous une trop grande marge d'interprétation à l'autorité disciplinaire. En effet, elle fait appel à la notion indéterminée et imprécise de l'image du magistrat du siège, respectivement du tribunal ou du corps judiciaire auquel celui-ci appartient. Sur ces questions, nous renvoyons aux considérations émises en regard de la question de la légalité des infractions disciplinaires (cf. *supra*, N 270-335).

⁶⁷⁴ Cf. *supra*, N 380.

⁶⁷⁵ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1324-1340.

disciplinaires (étant rappelé que le principe de la territorialité ne s'applique pas selon nous en droit disciplinaire⁶⁷⁶).

b. Les infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale

433. — Un second procédé consisterait à ériger en infractions disciplinaires tout ou partie des infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale. Dans cette optique, la condamnation pénale elle-même, et non les faits à la base de cette condamnation, fonde l'infraction disciplinaire.

434. — Afin d'illustrer notre propos, nous proposons d'examiner un cas ayant donné lieu, en France, à une décision du Conseil supérieur de la magistrature (statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet). Un avocat au barreau a été nommé substitut du procureur de la République en 1975. En 1980, ledit magistrat du parquet a été condamné à quinze mois d'emprisonnement et Fr. 10'000.- d'amende pour un délit d'escroquerie commis de 1971 à 1974, soit à une époque où il n'était pas magistrat du parquet. Saisie de l'affaire, la commission de discipline du parquet a, dans un arrêt du 29 octobre 1982, estimé que « *si les faits qui ont entraîné la condamnation [...] sont antérieurs à la nomination de M. X en qualité de magistrat, cette circonstance ne prive pas l'autorité disciplinaire compétente du droit d'apprécier la compatibilité de ces faits avec l'exercice de fonctions judiciaires* ». Ladite commission a considéré que « *si ces faits n'ont pas été commis dans l'exercice de ses fonctions de magistrat du parquet, ils n'en constituent pas moins des fautes disciplinaires d'une exceptionnelle gravité* », et a ainsi retenu que « *[ces faits] sont contraires à l'honneur et à la dignité au sens de l'article 43 de l'ordonnance [...] du 22 décembre 1958 et sont incompatibles par leur nature avec l'exercice de fonctions judiciaires* »⁶⁷⁷. Dans cette espèce, les circonstances prises en compte par l'autorité disciplinaire se rapportaient probablement davantage à l'infraction disciplinaire provenant de la condamnation pénale elle-même qu'aux faits à la base de cette condamnation pénale. La commission de discipline du parquet, qui a souligné que « *l'autorité de chose jugée qui s'attache [au jugement pénal] interdit à M. X de contester devant la commission de discipline du parquet les faits qui ont été retenus contre lui* », n'a d'ailleurs donné aucune indication dans sa décision sur les faits à la base de la condamnation pour escroquerie. Au surplus, et dans cette même perspective, nous relevons qu'aucune problématique ne paraît se poser du fait que les faits en cause avaient été

⁶⁷⁶ Cf. *supra*, N 427.

⁶⁷⁷ CSM/F, déc. P010 du 29.10.1982 (magistrats du parquet). GREBILLE (F), p. 48, se réfère à cette décision, sans formuler de commentaires.

commis antérieurement à la nomination en qualité de magistrat du parquet, puisque le jugement pénal basé sur ces faits était en l'espèce intervenu après cette nomination.

435. — Pour être admissible, la prise en compte d'une condamnation pénale implique selon nous que celle-ci soit définitive, c'est-à-dire que la décision dont elle émane ne soit plus susceptible d'un recours ordinaire. Les art. 4 al. 1 let. a à c D.lgs.109/06/I prévoient ainsi notamment que constituent des infractions disciplinaires les infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale définitive.

436. — Se pose la question de la mesure de la correspondance entre les condamnations pénales et les infractions disciplinaires. Le législateur peut choisir (i) d'ériger toute condamnation pénale en infraction disciplinaire ou (ii) de délimiter le cadre de l'incrimination disciplinaire en définissant un seuil de gravité minimal concernant la qualification de l'infraction pénale en cause (crime, délit ou contravention) et/ou la sanction pénale en résultant (nature et quotité de la sanction). Dans les cas (i) et (ii) précités, l'autorité disciplinaire disposera néanmoins d'un large pouvoir d'appréciation, en particulier dans le cadre de l'examen sous l'angle du principe de l'opportunité de la poursuite disciplinaire puis, le cas échéant, du principe de la proportionnalité de la sanction disciplinaire⁶⁷⁸.

437. — La solution (ii) précitée emporte notre préférence dans la mesure où elle apparaît davantage conforme au principe de la légalité des infractions disciplinaires. Le législateur italien est par exemple allé en ce sens. En effet, les condamnations visées par les art. 4 al. 1 let. a à c D.lgs.109/06/I sont définies en fonction de la gravité de l'infraction pénale en cause et de la condamnation qui en est résultée : « *delitto doloso o preterintenzionale, quando la legge stabilisce la pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria* » (let. a) ; « *delitto colposo, alla pena della reclusione, sempre che presentino, per modalita' e conseguenze, carattere di particolare gravita'* » (let. b) ; « *pena dell'arresto, sempre che presentino, per le modalita' di esecuzione, carattere di particolare gravita'* » (let. c).

438. — A notre sens, et selon la même approche que celle exposée plus haut concernant les infractions à des normes de droit pénal étranger⁶⁷⁹, le principe de la sécurité du droit commanderait de ne pas ériger en infractions disciplinaires le fait pour un magistrat du siège d'avoir fait l'objet d'une condamnation pénale à l'étranger. De telles circonstances pourront néanmoins tomber sous le coup

⁶⁷⁸ Sur ces notions, cf. *infra*, resp. Chap. 7, N 1246-1262 et Chap. 5, N 645-665.

⁶⁷⁹ Cf. N 432.

d'autres infractions disciplinaires (étant rappelé que le principe de la territorialité ne s'applique pas selon nous en droit disciplinaire).

439. — Se pose également la question de la prescription de l'action disciplinaire⁶⁸⁰. En effet, pour que la règle consistant à ériger en infraction disciplinaire tout ou partie des infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale puisse avoir une portée effective, la prescription de l'action disciplinaire ne devrait pas pouvoir être acquise avant que les infractions pénales en question puissent donner lieu à une condamnation pénale définitive. Pour pallier cette difficulté, le législateur pourrait prévoir un point de départ (*dies a quo*) alternatif du délai de prescription, en ce sens que le délai de prescription commencerait (alternativement) à courir dès le jour où la personne visée a été condamnée pénalement (cf. p. ex., *mutatis mutandis*, art. 192 LSP/VD : « [l]a poursuite disciplinaire se prescrit par cinq ans dès le jour où la personne visée [...] a été condamnée ou a exercé son activité répréhensible »). Cette situation, qui résulte du principe pénal fondamental de la présomption d'innocence, peut conduire à de (très) longs délais de prescription de l'action disciplinaire⁶⁸¹ ; le principe de l'opportunité (des poursuites disciplinaires et des sanctions disciplinaires)⁶⁸² pourrait toutefois permettre, le cas échéant, de tempérer la rigueur d'une telle règle⁶⁸³.

3. Les infractions disciplinaires découlant des actes juridictionnels des magistrats du siège

a. L'exclusion générale

440. — Les actes juridictionnels des magistrats du siège ne peuvent en principe pas donner lieu à des sanctions disciplinaires. Cette règle générale, incontestable dans un Etat démocratique, découle du principe de l'indépendance de la justice, qui comprend l'interdiction du contrôle des actes juridictionnels en dehors de l'exercice des voies de recours prévues par la loi⁶⁸⁴. Elle ressort

⁶⁸⁰ Sur cette question, cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1480-1514.

⁶⁸¹ Cf. p. ex. TA/VD, GE.2002.0026 du 25.08.2004, consid. 4 (santé publique) : condamnation pour délit sexuel dix ans après les faits, qui fait partir le délai de prescription de l'action disciplinaire d'une durée de 5 ans prévu à l'art. 192 al. 1 *i.i.* LSP/VD.

⁶⁸² Sur ces notions, cf. *infra*, resp. Chap. 7, N 1246-1262 et Chap. 5, N 630-644.

⁶⁸³ Pour un exemple, cf. TA/VD, GE.2002.0026 du 25.08.2004, consid. 4 (santé publique).

⁶⁸⁴ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, p. 305. Cf. ég., p. ex., CSM/GE, déc. CSM/516/2011, CSM/29/2012 et CSM/6/2013 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 66 s. : les

notamment de la Recommandation CM/Rec(2010)12 sur les juges intitulée « indépendance, efficacité et responsabilités » adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 novembre 2010 (ci-après : la « Recommandation CM/Rec(2010)12 »)⁶⁸⁵ : « [l']interprétation du droit, l'appréciation des faits ou l'évaluation des preuves, auxquelles procèdent les [magistrats du siège] pour le jugement des affaires, ne devraient pas donner lieu à l'engagement de leur responsabilité civile ou disciplinaire [...] »⁶⁸⁶. En France, CARNOT formulait cette règle de façon explicite et péremptoire en 1825 : « jamais un magistrat ne peut encourir des peines de discipline à raison du jugement qu'il a rendu »⁶⁸⁷.

441. — En Italie, la règle de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège ressort expressément de l'art. 2 al. 2 i.f. D.lgs.109/06/I, qui pose, à titre d'exception aux infractions cataloguées à l'art. 2 al. 1, que « [...] l'attività di interpretazione di norme di diritto [...] in generale non dà mai luogo a responsabilità disciplinare ». Aux Etats-Unis, la Rule 3(h)(3)(A) des *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*⁶⁸⁸ exclut également expressément de considérer comme une infraction disciplinaire tout comportement qui se rapporterait directement au contenu d'une décision judiciaire : « [cognizable misconduct does not include] an allegation that is directly related to the merits of a decision or procedural ruling ».

442. — En Suisse, l'interdiction d'une répression disciplinaire fondée sur le contenu des actes juridictionnels des magistrats du siège n'est généralement pas formulée de manière expresse. Celle-ci découle du principe général de l'indépendance de la justice, qui comprend notamment l'indépendance des magistrats du siège dans leur activité juridictionnelle. Dans le canton de Neuchâtel, l'art. 47 al. 2 LMSA/NE prévoit que « [d]ans l'exercice de sa tâche, [le Conseil de la magistrature] respecte le principe de l'indépendance de la

griefs de nature appellatoire, ou qui manifestent un simple mécontentement du justiciable sans mettre en évidence d'éventuels manquements disciplinaires du magistrat du siège visé, ne relèvent pas de la discipline ; l'autorité disciplinaire ne doit pas faire office d'autorité de recours contre les décisions des juridictions dont elle est chargée de la surveillance disciplinaire.

⁶⁸⁵ La Recomm. CM/Rec(2010)12 a pour objet de « [r]ecommande[r] aux gouvernements des Etats membres de prendre les mesures permettant d'appliquer dans leur législation, leurs politiques et leurs pratiques [d]es dispositions [...] » visant à « promouvoir l'indépendance et l'efficacité des juges, garantir et rendre plus effective leur responsabilité, et renforcer leur rôle en particulier et celui de la justice en général » (cf. Recomm. CM/Rec(2010)12, Préambule).

⁶⁸⁶ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 66 (cf. ég. par. 69, 72).

⁶⁸⁷ Cf. en particulier CARNOT (F ; anc.), part. 1, sect. 1, ch. XXII.

⁶⁸⁸ Cette disposition est reproduite *supra*, N 377.

justice ». Dans le canton de Fribourg, l'art. 91 LJ/FR, qui a pour objet les attributions du Conseil de la magistrature, prévoit à l'alinéa 3 que « [l']*indépendance des autorités judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles est garantie* » (cf. ég. art. 5 LJ/FR). Dans le canton de Berne, le principe général d'indépendance des tribunaux, garanti à l'art. 97 al. 1 Cst./BE, est concrétisé par l'art. 4 LOJM/BE, qui indique expressément que « [l]es *autorités judiciaires et le Ministère public sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles et dans la poursuite pénale, et ne sont soumis qu'au droit* ». Dans le canton de Vaud, l'art. 10 LOJV/VD, après avoir posé que l'ordre judiciaire est placé sous la haute surveillance du Grand Conseil (al. 1), indique que « [l']*indépendance des jugements est garantie* » (al. 2). Dans le canton du Jura, l'indépendance des juges est également posée en tant que réserve à la haute surveillance des autorités judiciaires par le Parlement (art. 63 LOJ/JU) ; elle est également prévue en tant que devoir général du juge (art. 11 al. 1 LOJ/JU). Dans le canton de Genève, l'art. 2 LOJ/GE prévoit d'une manière générale que « [d]ans *l'exercice de leurs attributions judiciaires, les juridictions et les magistrats qui les composent sont indépendants* » (al. 1) et qu'« [i]ls *ne sont soumis qu'à la loi* » (al. 2). L'art. 73 al. 2 Cst./TI va dans le même sens : « [I] *tribunali e]ssi decidono in modo indipendente e sono vincolati dalla legge* [...] ».

443. — La protection des actes juridictionnels des magistrats du siège s'étend par ailleurs au contrôle de ces actes par les instances judiciaires supérieures⁶⁸⁹. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné⁶⁹⁰, le rapport de hiérarchie existant entre les différentes instances judiciaires n'implique pas la subordination des magistrats du siège à la jurisprudence des instances supérieures⁶⁹¹. Cet aspect de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège découle également du principe de l'indépendance de la justice, qui comprend l'indépendance des magistrats au sein de l'appareil judiciaire lui-même⁶⁹². Cette règle est notamment concrétisée à l'art. 2 al. 1 let. e D.lgs.109/06/I qui, dans une perspective inversée, érige en infraction disciplinaire l'ingérence injustifiée des magistrats du siège dans l'activité judiciaire des autres magistrats (« [c] *ostituiscono illeciti disciplinari*

⁶⁸⁹ P. ex. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 69.

⁶⁹⁰ Cf. *supra*, Chap. 2, N 102-105, en particulier N 105.

⁶⁹¹ Cf. ég. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 25 *i.f.* : la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège inclut les différences d'interprétation juridique entre les tribunaux.

⁶⁹² Cf. *supra*, N 105.

nell'esercizio delle funzioni [...] l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato »)⁶⁹³.

b. L'exception : le déni de justice particulièrement grave

(i) Généralités

444. — Le principe de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège n'est pas absolu. Il apparaît en effet que le principe de l'indépendance de la justice, auquel appartient le principe précité, ne vise pas – et ne devrait pas conduire à – l'impunité des magistrats du siège⁶⁹⁴. Le législateur dispose dès lors de la faculté d'ériger certaines infractions disciplinaires en tant qu'exceptions au principe de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège. Comme nous le verrons ci-dessous, de telles exceptions doivent être soigneusement délimitées.

445. — C'est par ailleurs le lieu d'indiquer que le principe de collégialité, applicable aux autorités judiciaires fonctionnant et statuant en formations composées d'une pluralité de magistrats du siège, ne constitue pas un obstacle à la recherche de manquements individuels des magistrats du siège⁶⁹⁵.

(ii) La notion de déni de justice particulièrement grave

446. — D'une manière générale, nous pouvons retenir que les infractions disciplinaires visées, qui interviennent à titre d'exceptions au principe de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège, rentrent dans le cadre de la notion de déni de justice (formel ou matériel)⁶⁹⁶. La particularité de ces infractions disciplinaires réside toutefois dans le fait que celles-ci correspondent toutes à une forme de déni de justice particulièrement grave, ce

⁶⁹³ Une règle similaire à l'art. 2 al. 1 let. e D.lgs.109/06/I est prévue, en Espagne, à l'art. 417 ch. 4 LOPJ/E : « [s]on faltas muy graves [la] intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado ».

⁶⁹⁴ P. ex. JCUS, *Commentary on Rule 3*, p. 6 s.

⁶⁹⁵ En ce sens : KERBAOL (F), Notes, p. 16 s. Comp. GUINCHARD (F), p. 116, qui voit dans la collégialité un obstacle à la mise en cause individuelle des magistrats du siège dans un cadre disciplinaire, mais réserve les cas tirés de publications d'opinions dissidentes dans les jugements.

⁶⁹⁶ Sur cette notion, cf. p. ex. AUBERT, II, N 1797 ss.

qui inclut la gravité née de la répétition d'un tel déni⁶⁹⁷. Il appartient le cas échéant à chaque législateur de définir de tels comportements et de les ériger en infractions disciplinaires.

447. — En Italie, l'art. 2 al. 2 D.lgs.109/06/I réserve ainsi certaines des infractions prévues à l'art. 2 al. 1 D.lgs.109/06/I (dix au total : let. g, h, i, l, m, n, o, p, cc et ff)⁶⁹⁸. Parmi celles-ci, nous pouvons citer (i) la violation grave de la loi résultant d'une ignorance ou négligence inexcusable (art. 2 al. 1 let. g D.lgs.109/06/I) et (ii) la présentation inexacte des faits causée par une faute inexcusable (art. 2 al. 1 let. h D.lgs.109/06/I).

448. — En France, l'art. 43 Ord.1958/F, après avoir défini que « [t]out manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire » (al. 1), précise que « [c]onstitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive » (al. 2). L'art. 43 al. 2 Ord.1958/F a été inséré lors d'une révision intervenue en 2010⁶⁹⁹. Il codifie la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature qui, bien que retenant que « [l'autorité disciplinaire] ne peut porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent du seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige », admet que le principe fondamental garantissant l'indépendance des magistrats du siège « trouve sa limite lorsqu'il résulte de l'autorité même de la chose définitivement jugée qu'un [magistrat du siège] a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle »⁷⁰⁰.

449. — Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2003 en matière de responsabilité civile, la Cour de justice des Communautés européennes s'est également prononcée sur la question de la responsabilité – civile en l'espèce – des Etats membres pour les jugements de leurs juridictions suprêmes. Dans cet arrêt, la Cour de justice a admis pour la première fois – de manière restrictive – la possibilité d'une telle responsabilité : « [l]a responsabilité de l'Etat du fait

⁶⁹⁷ En ce sens : GRAY, HLR (USA), p. 1277 ; CANIVET (F), Responsabilité, p. 646, citant CSM/F, déc. S044 du 08.02.1981 ; CARNOT (F ; anc.), part. 1, sect. 1, ch. LXI.

⁶⁹⁸ Cette disposition est reproduite *supra*, N 375.

⁶⁹⁹ Art. 21 de la Loi organique n° 2010-830 du 22.07.2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution (JORF/F n° 0168 du 23.07.2010, p. 13562).

⁷⁰⁰ CSM/F, déc. S095 du 06.11.1996 ; S044 du 08.02.1981.

d'une violation du droit communautaire par une [décision de la juridiction nationale statuant en dernier ressort] ne saurait être engagée que dans le cas exceptionnel où le [magistrat du siège] a méconnu de manière manifeste le droit applicable »⁷⁰¹.

450. — Nous pouvons citer au surplus la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 17 novembre 2010, qui réserve les « cas de malveillance ou de négligence grossière » dans l'interprétation du droit, dans l'appréciation des faits ou dans l'évaluation des preuves⁷⁰².

451. — En Suisse, la jurisprudence a notamment défini la notion d'illicéité en tant que condition de la responsabilité civile de l'Etat pour les actes des agents publics : « [I]llicéité doit être envisagée de manière restrictive, lorsqu'elle est invoquée en relation avec la décision d'un magistrat ou d'un fonctionnaire. Pour qu'une décision puisse être qualifiée d'illicite, il faut une violation grave du droit, réalisée par exemple lorsque le magistrat ou l'autorité abuse de son pouvoir d'appréciation ou l'excède, lorsqu'il viole un texte clair, méconnaît un principe général du droit, n'instruit pas un dossier correctement ou agit par malveillance. Est ainsi en cause la violation d'un devoir essentiel à l'exercice de sa fonction [...]. L'illicéité du comportement d'un fonctionnaire ou d'un juge dans l'exercice du pouvoir décisionnel, respectivement juridictionnel, suppose en définitive un manquement caractérisé (une faute particulière), qui n'est pas réalisé du seul fait déjà qu'une décision se révèle après coup dénuée de fondement, inexacte, contraire au droit ou même arbitraire »⁷⁰³. A notre sens, les considérants ci-dessus peuvent être repris, *mutatis mutandis*, en vue de circonscrire les manquements découlant de l'activité juridictionnelle des magistrats du siège qui sont susceptibles de constituer une infraction disciplinaire.

452. — Le fait pour un magistrat du siège de maintenir une pratique jurisprudentielle – notamment en matière de compétence locale ou matérielle – en dépit de décisions contraires provenant d'une autorité supérieure pourrait par

⁷⁰¹ CJCE, arrêt *Köbler c. République d'Autriche* du 30.09.2003, aff. C-224/01, par. 53.

⁷⁰² Recommandation CM/Rec(2010)12, par. 66 (comp. par. 68, qui réserve les cas de malveillance, mais ne prévoit pas la négligence grossière en ce qui concerne la responsabilité pénale des magistrats du siège).

⁷⁰³ TAF A-4859/2010 du 13.03.2012, consid. 4.4 et les réf. (responsabilité de la Confédération en raison des actes de l'Office fédéral de la justice). Cf. ég. ATF 120 Ib 248 ; 112 Ib 446, consid. 3b ; 112 II 231, consid. 4 concernant les magistrats du siège. Cf. pour le surplus BOHNET, N 175 ; HUNOLD, N 317 ss, 408 ss et *passim*.

exemple être considéré comme un cas de déni de justice particulièrement grave et/ou répété justifiant une (pour)suite disciplinaire⁷⁰⁴.

453. — Par ailleurs, l'omission de se récuser dans un cas particulièrement évident pourrait être un comportement érigé en infraction disciplinaire. Le *Consiglio della magistratura* tessinois, reprenant une jurisprudence du *Consiglio superiore della magistratura* italien, a considéré à ce titre que l'absence de récusation ne constitue pas une infraction disciplinaire si les arguments avancés par le magistrat du siège en cause afin de justifier son abstention n'apparaissent pas d'emblée insoutenables⁷⁰⁵.

454. — Quant à l'insuffisance professionnelle, qui se manifeste en particulier dans le contenu et dans la cadence du prononcé des jugements, celle-ci ne peut en principe pas constituer *en tant que telle* une infraction disciplinaire. Elle n'est en effet que la manifestation d'une succession de dénis de justice qui, pris individuellement, ne constitueraient généralement pas des infractions disciplinaires⁷⁰⁶. Ces manquements peuvent toutefois, sous réserve de la prescription de l'action disciplinaire, être considérés globalement afin d'apprécier l'éventualité d'une sanction disciplinaire sur la base de l'une ou l'autre des infractions disciplinaires figurant dans le catalogue prévu à cet effet⁷⁰⁷. Par exemple, ces manquements pourraient entrer dans le champ de dispositions érigeant en infractions disciplinaires les retards répétés et

⁷⁰⁴ Conseil d'Etat (F), arrêt *Bidalou* du 05.05.1982.

⁷⁰⁵ *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2005.21 du 06.06.2005, consid. 8 (citant CSM/I, arrêt n° 52/2003 des 16.05.2003 et 13.06.2003 rendu dans la procédure n° 74/2002 R.G.), publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 10 ss.

⁷⁰⁶ En ce sens : DELPEREE (B/F), p. 73 ss, qui exclut la possibilité de sanctionner disciplinairement en raison d'une insuffisance professionnelle générale, dans la mesure où une telle carence ne se rapporte pas à un ou plusieurs fait(s) précis érigé(s) en infraction. A noter que l'insuffisance professionnelle, au même titre que l'« l'indiscipline répétée », constitue un motif « classique » – dont l'usage s'avère souvent périlleux en pratique – de licenciement administratif en droit de la fonction publique (cf. p. ex. TF 2P.149/2006 du 09.10.2006, consid. 6.5 ; 2P.207/1996 du 13.08.1996, consid. 3c). Or une telle procédure de licenciement devrait probablement être exclue en droit des magistrats judiciaires (cf. *infra*, Chap. 5, N 584-592).

⁷⁰⁷ ATF 74 I 84, consid. 2, p. 89 s. Cf. ég. TA/GE in SJ 2011 I 253, consid. 7 ; CSM/GE, déc. CSM/13/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 65 (magistrat du siège auquel étaient not. reprochées des erreurs de droit répétées) ; LAURIE (F), p. 146 s. ; DE CLERCK (B), p. 17 ; BELLWALD, p. 161 s. ; DELPEREE (B/F), p. 73 ss. Comp. TF 8C_666/2010 du 05.04.2011, consid. 5.5.2, qui indique sans nuance que les manquements caractérisant une insuffisance au niveau des prestations ou de l'aptitude à remplir les exigences du poste ne sont pas de nature à entraîner une sanction disciplinaire.

injustifiés dans le traitement des dossiers⁷⁰⁸, ou encore l'invalidation à une fréquence manifestement inhabituelle, par une autorité supérieure, des décisions d'un magistrat du siège. Au vu de ce qui précède, on constate que la difficulté résidera en définitive dans la définition d'indicateurs permettant l'évaluation comparative de la qualité du travail des magistrats du siège⁷⁰⁹.

(iii) *Le constat du déni de justice particulièrement grave*

455. — Le droit français pose la condition supplémentaire du constat par une décision judiciaire définitive, dans le cadre des voies de recours, de la violation des règles de procédure (art. 43 al. 2 *i.f.* Ord.1958/F). L'exigence d'un tel constat judiciaire préalable découle d'une décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} mars 2007, par laquelle ledit Conseil avait déclaré contraire à la Constitution une disposition portant modification de l'art. 43 Ord.1958/F⁷¹⁰. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a considéré que *« l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration [des droits de l'homme et du citoyen] de 1789, n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité ; que, toutefois, ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »*⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Pour des exemples de violation du devoir de célérité dans le traitement des procédures, cf. les déc. du CSM/GE cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 64-66. Sur le droit à être jugé dans un délai raisonnable, cf. p. ex. TF 1C_116/2011 du 14.09.2011, consid. 5.2 et 5.3 ; Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.6 (*« [I] 'Etat a le devoir d'assurer aux juges les moyens nécessaires au bon accomplissement de leur mission et notamment au traitement des affaires dans un délai raisonnable »*) ; BÜHLER, *passim*, pour la notion de délai raisonnable et une présentation des outils de mesure du « temps judiciaire » existants.

⁷⁰⁹ Sur la question de l'évaluation du travail et des capacités professionnelles des magistrats judiciaires, nous renvoyons en particulier à CCJE, Avis n° 17. Cf. ég. ATF 137 I 1, consid. 2.5.2 et 2.5.3, JdT 2011 I p. 123 et les réf. ; OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 27 ss.

⁷¹⁰ Art. 14 de la Loi organique n° 2007-287 du 05.03.2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

⁷¹¹ Conseil constitutionnel (F), déc. n° 2007-551 DC du 01.03.2007, consid. 7. Sur cet arrêt, cf. not. PLUEN (F), N 312 et *passim*.

456. — Une telle exigence ne nous paraît pas justifiée⁷¹². En effet, s'il est clair que les règles de droit disciplinaire ne doivent en aucun cas être utilisées pour tenter de remettre en cause le contenu matériel des actes juridictionnels des magistrats du siège (ou l'absence de contenu en cas de refus de statuer), ce contenu matériel (ou son absence en cas de refus de statuer) doit par contre pouvoir être pris en compte dans l'examen de la commission d'infractions disciplinaires. Ainsi, la méconnaissance crasse des dispositions légales, ou la volonté délibérée de ne pas les appliquer, doit selon nous pouvoir ouvrir la voie à une poursuite disciplinaire du magistrat du siège en cause sans qu'il ne soit besoin de faire préalablement constater par une autorité de recours que la décision visée est entachée d'un déni de justice grave⁷¹³.

457. — Nous soulignons par ailleurs que la restriction évoquée ci-dessus conduit à traiter les magistrats du siège différemment suivant (i) le degré de l'instance au sein de laquelle ils interviennent et (ii) la nature du litige qu'ils ont à trancher. En d'autres termes, la qualification disciplinaire d'un même manquement dépend en ce cas des voies de recours disponibles, de l'étendue des griefs ouverts à l'encontre de la décision rendue⁷¹⁴ et du pouvoir d'examen de l'autorité de recours⁷¹⁵. De telles différences sont dès lors susceptibles de conduire à des inégalités de traitement qui ne reposent sur aucun motif raisonnable.

458. — En outre, la solution consistant à laisser aux justiciables le soin de décider d'intenter et le cas échéant de mener – pour autant qu'une autorité supérieure existe et que le moyen soit recevable⁷¹⁶ – une procédure judiciaire

⁷¹² Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 2, resp. N 69-76 et 77-84 sur les rapports entre la voie disciplinaire et les voies civile et pénale. Cf. é.g. *infra*, Chap. 7, N 1324-1359.

⁷¹³ Les travaux préparatoires allaient pourtant dans ce sens : cf. HOUILLON (F), p. 25-28.

⁷¹⁴ Nous notons à ce titre que le vice particulièrement grave pouvant par hypothèse entacher une procédure et/ou une décision n'affectera pas forcément une telle procédure et/ou décision dans son résultat. Par exemple, le fait qu'un magistrat du siège n'ait délibérément pas pris en compte une expertise dans son raisonnement pourrait ne pas avoir d'incidence sur l'issue matérielle de la procédure en question (en ce sens : KERBAOL [F], Notes, p. 20 s., qui utilise la notion de « faute dans les motifs », celle-ci pouvant être indépendante du dispositif de la décision considérée).

⁷¹⁵ Sur la question de l'articulation entre (i) une procédure de recours contre un acte juridictionnel auquel un magistrat du siège a pris part et (ii) une procédure disciplinaire à l'encontre de ce magistrat du siège qui se rapporte à son comportement dans le cadre dudit acte juridictionnel, cf. *infra*, Chap. 7, N 1349-1359.

⁷¹⁶ Nous notons au surplus que le justiciable n'aura pas forcément d'intérêt à faire constater l'existence d'un déni de justice. En effet, comme vu ci-dessus (n. 714), la procédure, même viciée, pourrait aboutir à une décision qui ne lui est pas défavorable. Cette question devra être

afin de faire constater un déni de justice revient à abandonner de manière insoutenable auxdits justiciables la charge de la mise au jour des éléments matériels des infractions disciplinaires. A ce titre, nous relevons que l'inaction du justiciable n'aurait pas seulement pour effet d'immuniser le magistrat du siège d'une poursuite disciplinaire : elle entraînerait également son infaillibilité au titre des faits découlant du contenu de la décision rendue. On cherche en vain à comprendre un tel désintérêt et une telle déresponsabilisation de la part de l'Etat.

459. — Au vu de ces éléments, et contrairement à la solution, discutée ci-dessus, retenue en droit français, nous plaçons en faveur d'une distinction claire entre l'exercice des voies juridictionnelles de recours et l'exercice de l'action disciplinaire⁷¹⁷. L'autorité disciplinaire doit pouvoir examiner de manière indépendante la présence d'un déni de justice, et le cas échéant la gravité de celui-ci, afin de déterminer si le comportement d'un magistrat du siège est constitutif d'une infraction disciplinaire. On rejoint ainsi le principe général, qui sera présenté ci-dessous, selon lequel l'autorité disciplinaire n'est en principe pas liée, dans son examen du comportement en cause, par les constatations et les conclusions d'autres autorités⁷¹⁸.

appréciée en fonction de la procédure de recours (au sens large) applicable à la décision à laquelle le magistrat du siège visé a pris part.

⁷¹⁷ Cf., *mutatis mutandis*, TANQUEREL, Avis de droit, N 52. En ce sens ég. : KERBAOL (F), Notes, p. 18 s. Comp. RJN 2007 p. 134, consid. 1a (erroné à notre sens) : en présence d'un retard ou d'un refus de statuer ponctuel d'un magistrat judiciaire – par opposition à un retard ou une apathie généralisés mettant en cause ses qualités professionnelles ou personnelles – la voie de la procédure disciplinaire cède le pas à celle du recours en cassation. A notre sens, la solution favorisant la voie du recours contre la décision à laquelle le magistrat a pris part se rapporte à une certaine conception – ancienne – de la discipline dans laquelle l'instance juridictionnelle supérieure disposait à la fois (i) du pouvoir de contrôle juridictionnel des décisions et (ii) d'une forme de pouvoir disciplinaire sur les magistrats du siège, celui-ci s'exerçant dans le cadre du jugement par le biais notamment d'injonctions à l'encontre des magistrats du siège inférieurs (cf. GUICHETEAU [F ; anc.], p. 192 s.).

⁷¹⁸ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1324-1359.

Chapitre 5 : Les sanctions disciplinaires

I. La notion de sanction disciplinaire

A. La notion générale

460. — Par sanction disciplinaire⁷¹⁹, on entend toute mesure répressive prise par une autorité – quel que soit le titre auquel celle-ci intervient – à l'encontre d'un magistrat du siège, du fait d'un comportement déterminé de ce dernier, en vue d'assurer la bonne marche de l'appareil judiciaire⁷²⁰.

461. — La sanction disciplinaire est une décision et non une mesure d'organisation interne (acte interne). En effet, il s'agit d'une mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce et portant sur des droits ou obligations conférés ou imposés par la loi au magistrat du siège⁷²¹.

⁷¹⁹ La terminologie utilisée en matière de répression disciplinaire n'est pas uniforme (ROTH R., *Légalité*, p. 135 s. et 144 s.). La jurisprudence et la doctrine emploient – parfois indistinctement – les termes « mesure disciplinaire », « sanction disciplinaire » et « peine disciplinaire » (MONTANI/BARDE, p. 346 s. et les réf.). A notre sens, le terme « sanction disciplinaire » constitue le terme le plus approprié dans la mesure où, contrairement aux autres termes précités, celui-ci est à la fois conforme au caractère répressif du droit disciplinaire (cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158) et compatible avec le rattachement de cette matière au droit administratif (cf. *supra*, Chap. 3, N 148-150 et 165-166).

⁷²⁰ Cf. p. ex. LAURIE (F), p. 147.

⁷²¹ Cf. ATF 136 I 323, consid. 4.4 (fonction publique) : « [d]eux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne [à l'administration]. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges [...], est un acte interne [...] ».

462. — Le droit disciplinaire est régi par le principe de la légalité des sanctions disciplinaires (*nulla poena sine lege*)⁷²². Il découle de ce principe que l'autorité disciplinaire ne peut, sauf à violer le droit, prononcer une sanction disciplinaire qui n'est pas prévue dans la loi⁷²³.

B. Les sanctions disciplinaires « déguisées »

463. — Il apparaît que certaines mesures doivent être considérées comme des décisions présentant un caractère (de sanction) disciplinaire, alors même qu'elles auraient été prises en dehors de toute procédure (disciplinaire) et/ou qu'elles n'auraient jamais été désignées par leur auteur comme présentant un tel caractère. Dès lors qu'elles se fondent sur, ou contiennent, des griefs liés au comportement des magistrats du siège – directement ou indirectement, formellement ou informellement –, de telles mesures doivent être considérées comme des sanctions disciplinaires « déguisées ».

464. — Nous indiquons d'une manière générale que les sanctions disciplinaires déguisées portent atteinte à l'indépendance de la justice du seul fait qu'elles ne sont pas désignées formellement comme des sanctions. La validité des sanctions disciplinaires déguisées doit être examinée à la lumière des garanties conventionnelles et constitutionnelles applicables⁷²⁴.

465. — D'un point de vue matériel, la question se rapporte tant au principe de la légalité des infractions disciplinaires qu'à celui de la légalité des sanctions disciplinaires. Le fait de démontrer le caractère disciplinaire de la mesure en cause reviendra, lorsque la sanction disciplinaire ne figure pas dans la liste prévue à cet effet, à exclure tout prononcé de sanction. Par ailleurs, lorsque la mesure se rapporte à un comportement non spécifié à titre d'infraction disciplinaire, celle-ci devra être considérée comme contraire au principe de la légalité des infractions disciplinaires. Une difficulté pratique évidente résidera toutefois au niveau de la preuve – par le magistrat du siège concerné – de la présence d'une sanction infligée à raison d'un comportement déterminé du magistrat du siège.

466. — D'un point de vue formel, la question se rapporte tant au statut de l'autorité ayant adopté une mesure déterminée qu'à la validité de la procédure appliquée par celle-ci. En particulier, la garantie de l'accès au juge prévue à

⁷²² P. ex. MONTANI/BARDE, p. 348 ; GRISEL, p. 512 ; KNAPP, N 3153.

⁷²³ Nous renvoyons pour le surplus aux développements consacrés aux principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires (cf. *infra*, N 618-693).

⁷²⁴ Cf. *supra*, Chap. 3, N 172-226.

l'art. 29a Cst. féd. confère le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire⁷²⁵ – à tout le moins au stade du recours – jouissant d'un plein pouvoir d'examen⁷²⁶. Ce droit ne sera par exemple pas respecté lorsque la mesure en cause, présentant par hypothèse les caractéristiques d'une décision, a été prise par un supérieur hiérarchique (p. ex. cas du blâme) ou par une autorité administrative interne ou externe au pouvoir judiciaire (p. ex. cas du déplacement d'office présentant un caractère disciplinaire) et qu'elle ne peut ensuite faire l'objet d'un recours⁷²⁷ auprès d'une autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir d'examen⁷²⁸. Concernant la procédure⁷²⁹, on peut notamment citer, parmi les garanties dont le respect sera généralement compromis dans de tels cas, le droit à être informé de l'ouverture d'une procédure à son encontre et de la nature précise des faits reprochés⁷³⁰.

467. — Se pose encore la question du « seuil de matérialité »⁷³¹ de la sanction : à partir de quel moment doit-on considérer que la mesure prise à l'encontre d'un magistrat du siège constitue une sanction disciplinaire ? La question devra être examinée dans chaque cas d'espèce, à la lumière des critères exposés ci-dessus⁷³².

468. — Nous définirons ci-après (II.) différents types de sanctions disciplinaires pouvant être prononcées à l'encontre des magistrats du siège. Nous indiquerons dans ce cadre, au regard de la présentation de certaines infractions spécifiques, la possibilité que de telles sanctions soient infligées de manière déguisée.

⁷²⁵ Pour un exemple, cf. ATF 136 I 323 (fonctionnaires).

⁷²⁶ Cf. *infra*, Chap. 6, N 719-723 et 724-746. Sur la question, cf. p. ex. VELU (B), p. 333 ss.

⁷²⁷ L'art. 418 al. 4 C.jud./B prévoit au contraire la possibilité d'un recours : « [l]e magistrat qui conteste une mesure disciplinaire déguisée en mesure d'ordre prise à son égard par un chef de corps peut introduire un recours contre cette mesure auprès du tribunal disciplinaire dans les trente jours suivant la notification de la décision du chef de corps ».

⁷²⁸ Comp. l'art. 413 al. 5 C.jud./B : « [l]e tribunal disciplinaire peut également être saisi des recours introduits par les magistrats concernés contre les sanctions disciplinaires déguisées dont ils s'estiment victimes ». Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 6, N 719-723 et 724-746 ; Chap. 7, N 1428-1434.

⁷²⁹ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 172-226 ; *infra*, Chap. 7, N 1278-1311.

⁷³⁰ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1283-1285.

⁷³¹ L'expression est empruntée à CHAPPUIS (avocats), *Conflits d'intérêts*, p. 84.

⁷³² Cf. *supra*, N 460.

II. L'échelle des sanctions disciplinaires

A. Généralités

469. — On peut distinguer plusieurs catégories de sanctions disciplinaires, notamment : (i) les sanctions disciplinaires à caractère « moral » (p. ex. l'avertissement ; le blâme) ; (ii) les sanctions disciplinaires privant – directement ou indirectement – le magistrat du siège de prérogatives liées à sa fonction (p. ex. l'amende ; la retenue de traitement ; le déplacement ; la rétrogradation) ; (iii) les sanctions disciplinaires privant le magistrat du siège, en tout ou partie, de sa fonction en elle-même (p. ex. la suspension ; la révocation)⁷³³.

470. — L'établissement d'une liste – exhaustive⁷³⁴ – des sanctions disciplinaires, à l'instar de l'élaboration d'un catalogue des infractions disciplinaires⁷³⁵, incombe selon nous au(x) législateur(s)⁷³⁶. Nous passerons toutefois en revue ci-après les types de sanctions généralement rencontrés en droit disciplinaire des magistrats du siège.

471. — Les sanctions disciplinaires seront présentées peu ou prou suivant une échelle allant de la sanction la plus légère à la sanction la plus lourde. Le principe d'une gradation ou hiérarchie des sanctions disciplinaires est un trait commun à la plupart des systèmes de droit disciplinaire⁷³⁷ ; il permet de guider (et encadrer) l'autorité disciplinaire dans le choix de la sanction disciplinaire⁷³⁸.

472. — Il conviendra par ailleurs de déterminer dans quelle mesure telle ou telle sanction disciplinaire devrait être considérée, au vu de sa gravité, comme une sanction de caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Comme nous l'avons vu, l'admission d'un tel caractère entraîne l'exigence (supplémentaire) de l'application des garanties du procès pénal⁷³⁹.

⁷³³ Cf. p. ex. RICOL (F ; anc.), p. 88 ss ; cf. ég. NEZARD (F ; anc.), p. 210 ss.

⁷³⁴ Cf. *supra*, N 462 et *infra*, N 621-623.

⁷³⁵ Cf. *supra*, Chap. 4, N 373-383.

⁷³⁶ Cf. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1 ; CCJE, Avis n° 3, par. 77.vi. En ce sens ég. : CCJE, Avis n° 3, par. 73 s., au sujet de l'établissement d'une liste des sanctions au niveau européen.

⁷³⁷ BELLWALD, p. 143.

⁷³⁸ Cf. *infra*, N 621-629 (principe de légalité des sanctions disciplinaires) et 645-665 (principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires).

⁷³⁹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 212-216.

473. — A ce dernier titre, nous pouvons déjà citer une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de surveillance disciplinaire des avocats. Dans cette espèce, le Tribunal fédéral avait considéré – de manière apparemment contradictoire – que les sanctions disciplinaires les moins graves auraient un caractère pénal (« [...] *so sind Ermahnung, Verweis und Busse für leichtere oder solche Fälle bestimmt, die an sich die Vertrauenswürdigkeit des Anwalts nicht beeinträchtigen können. Sie haben Strafcharakter* »), tandis que les sanctions les plus graves auraient à la fois des caractéristiques administratives et pénales (« [d]ie *befristete Einstellung in der Berufsausübung ist gedacht für schwere Vorfälle, welche die Vertrauenswürdigkeit eines Anwalts erschüttern; sie hat Merkmale sowohl der Strafe wie der administrativen Massnahme* »)⁷⁴⁰.

B. L'avertissement

1. La notion

474. — L'avertissement constitue, sur l'échelle des sanctions disciplinaires, la mesure la plus légère⁷⁴¹. Il peut être défini comme étant la mesure par laquelle l'autorité disciplinaire, au vu notamment de la faible gravité de l'infraction disciplinaire retenue et/ou de l'absence d'antécédent récent, se limite à mettre en garde ou prévenir le magistrat du siège du fait qu'un nouveau manquement conduirait probablement celui-ci à se voir infliger une sanction disciplinaire plus importante.

475. — L'avertissement doit être distingué de l'admonestation ou du rappel à l'ordre. Ces deux dernières mesures correspondent à une forme d'exhortation « paternelle » émanant généralement d'un collègue magistrat du siège (typiquement : un président de cour ou de tribunal)⁷⁴² ; elles ne constituent pas à proprement parler des sanctions disciplinaires⁷⁴³.

476. — Dans le canton de Fribourg, le rappel à l'ordre figure parmi les trois sanctions disciplinaires applicables aux magistrats du siège (art. 103 al. 1 let. a

⁷⁴⁰ ATF 106 Ia 100, consid. 13c (non trad. in JdT 1982 I 579). Sur cet arrêt, cf. FAVRE, p. 335, non critique ; MOOR/POLTIER, p. 144 s., qui indiquent que la distinction n'est pas erronée ; WALDMANN, p. 96 ss, lequel est – à juste titre selon nous – plus critique à cet égard.

⁷⁴¹ P. ex. TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 8.2.

⁷⁴² CORNU G. (F), p. 32 au regard du terme « admonestation » (sens 2). Cf. ég. MORIN (F ; anc.), p. 358.

⁷⁴³ Cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2154.

LJ/FR), avant le blâme (art. 103 al. 1 let. b LJ/FR) et la révocation (art. 103 al. 1 let. c LJ/FR). Cette mesure correspond toutefois, probablement, à un avertissement au sens de la définition proposée dans le présent titre.

477. — Le risque existe que l’admonestation ou le rappel à l’ordre, dont les effets sont similaires à un avertissement voire à un blâme⁷⁴⁴, soient volontairement prises en lieu et place d’une sanction disciplinaire afin notamment d’éviter une procédure disciplinaire. En ce cas, la mesure en cause devra être considérée comme une sanction disciplinaire déguisée. Elle est susceptible d’être annulée en cas de contestation de la part du magistrat du siège objet de la mesure⁷⁴⁵.

478. — Il est intéressant au surplus de relever que l’art. 30 al. 1 let. a LPers/VS définit une modalité spéciale concernant le prononcé l’avertissement : celui-ci est donné oralement, en contraste avec le blâme, dont l’art. 30 al. 1 let. b de la loi précitée précise qu’il est donné par écrit. A notre sens, l’avertissement devrait dans tous les cas être donné par écrit.

2. La nature juridique

a. Le caractère disciplinaire

479. — Il convient de distinguer (i) l’avertissement prononcé en tant que sanction disciplinaire et (ii) l’avertissement (écrit) qui constitue une condition préalable au prononcé d’un renvoi (non disciplinaire) fondé sur de justes motifs⁷⁴⁶. L’avertissement correspondant au cas (ii) ci-dessus n’est en principe pas considéré comme une décision (et encore moins comme une sanction) : il constitue une exigence, découlant du principe de la proportionnalité, conditionnant la validité d’un renvoi pour justes motifs⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Cf. *infra*, N 492-500.

⁷⁴⁵ Cf. *supra*, N 463-468. Cf. ég., *mutatis mutandis*, BOHNET/MARTENET (avocats), N 2154, qui indiquent que l’avocat ayant fait l’objet d’une admonestation ou d’un rappel à l’ordre prononcé par une autorité judiciaire ou administrative devant laquelle il exerce en tant que mandataire professionnel aurait la faculté de saisir l’autorité disciplinaire afin d’obtenir une détermination de la part de celle-ci sur la justification d’une telle mesure.

⁷⁴⁶ Cf. p. ex. TAF A-692/2014 du 17.06.2014 (fonctionnaires), consid. 3. Au surplus, cf. *infra*, N 598-599. concernant la question de l’avertissement en relation avec la révocation disciplinaire.

⁷⁴⁷ P. ex. TAF A-692/2014 du 17.06.2014 (fonctionnaires), consid. 3. Cf. ég. NGUYEN, *Sanctions*, p. 183 s.

480. — L'avertissement (dans le sens du cas (i) ci-dessus) correspond historiquement à une sanction prononcée par une *personne* sous l'autorité de laquelle est placé le magistrat du siège (chef de juridiction ; p. ex. un président de cour ou de tribunal)⁷⁴⁸. GUICHETEAU considérait ainsi que l'avertissement ne constitue pas une sanction disciplinaire, mais « *une mesure préventive de toute peine, un acte secret et paternel du magistrat supérieur envers un [magistrat du siège] qui suit une fausse direction* ». GUICHETEAU ajoutait : « [I]es faits qui ont provoqué l'avertissement se renouvellent-ils ? [...] Alors il y a lieu à l'application des peines de discipline que l'avertissement aura précédées »⁷⁴⁹.

481. — La question de savoir si l'avertissement peut de manière générale revêtir le caractère d'une sanction disciplinaire trouve des réponses différentes suivant les législations étudiées. En France, par exemple, l'avertissement est considéré comme une sanction de caractère non disciplinaire (cf. art. 44 al. 1 Ord.1958/F, qui prévoit que l'avertissement peut être donné « *en dehors de toute action disciplinaire* »)⁷⁵⁰. En Belgique, l'avertissement (« rappel à l'ordre ») revêt un caractère disciplinaire, mais figure parmi les sanctions disciplinaires dites « mineures » (art. 405 al. 1 C.jud./B), ce qui aura une incidence sur l'autorité compétente pour prononcer une telle sanction⁷⁵¹. On peut au surplus relever que certaines collectivités ont, récemment, délibérément renoncé à prévoir une telle mesure dans leur arsenal de sanctions disciplinaires applicables aux fonctionnaires⁷⁵².

482. — En Suisse, le Tribunal fédéral admet le caractère disciplinaire de l'avertissement, en se fondant notamment sur le fait que la personne faisant l'objet d'une telle sanction peut ressentir celle-ci comme une mesure aussi

⁷⁴⁸ Cf. PLUEN (F), N 676 et *passim*, qui ne remet pas en question la subsistance de ce phénomène dans une perspective disciplinaire moderne. Cf. p. ex. art. 44 al. 1 Ord.1958/F : inspecteur général des services judiciaires, premiers présidents, procureurs généraux, directeurs ou chefs de service à l'administration centrale.

⁷⁴⁹ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 185, citant une circulaire ministérielle du 12.04.1821.

⁷⁵⁰ Cf. p. ex. CSM/F, déc. S146 du 07.02.2006 qui confirme CSM/F, déc. du 21.11.1990, req. 77235, et déc. du 17.02.1989, req. 101148 ; cf. ég. CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 253 ss ; GREBILLE (F), p. 130 ss et les réf. ; KERBAOL (F), p. 394 ss et les réf.

⁷⁵¹ Cf. ég. *infra*, Chap. 6, N 759-824, *passim*.

⁷⁵² Cf., dans le canton de Genève, l'art. 16 al. 1 LPAC/GE, modifié par la Loi 9904 du 23.03.2007, entré en vigueur le 31.05.2007. Comp. art. 25 al. 2 let. b LPers, qui abandonne le blâme, car l'on a considéré que cette sanction disciplinaire a le même effet qu'un avertissement (MCF-LPers, p. 6187).

sévère qu'un blâme⁷⁵³. La doctrine considère également généralement que l'avertissement est une sanction revêtant un caractère disciplinaire⁷⁵⁴.

b. Le caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH ?

483. — Se pose encore la question de savoir si l'avertissement revêt, ou peut revêtir suivant les cas, le caractère d'une sanction pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

484. — Le Tribunal fédéral, qui comme on l'a vu admet le caractère disciplinaire de l'avertissement, nie le caractère pénal – au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH – de cette sanction⁷⁵⁵. Afin de justifier cette position, le Tribunal fédéral se réfère en particulier à une jurisprudence non publiée selon laquelle un blâme ne mettrait en jeu aucun droit de caractère civil et ne revêtirait pas un degré de gravité suffisant pour être assimilé à une sanction de nature pénale. Le Tribunal fédéral transpose – sans autre précision – cette jurisprudence à l'avertissement, en s'appuyant sur le fait que le blâme constitue, dans l'échelle des sanctions, une sanction plus grave que l'avertissement⁷⁵⁶.

485. — Le raisonnement *a maiore ad minus* auquel procède le Tribunal fédéral est critiquable. En effet, comme nous le montrerons plus loin, le refus de reconnaître au blâme le caractère d'une sanction pénale n'est pas incontestable⁷⁵⁷. Par ailleurs, la comparaison entre le degré de sévérité des deux types de sanctions disciplinaires précités n'est pas déterminante : le prononcé d'un avertissement remplit un rôle qui, bien que similaire au blâme, est indépendant de celui-ci⁷⁵⁸.

486. — Au vu de ce qui précède, il n'est selon nous pas à exclure que l'avertissement puisse, suivant les cas, être considéré comme une sanction à caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁷⁵⁹.

⁷⁵³ ATF 103 Ia 426, consid. 1b.

⁷⁵⁴ P. ex. TANQUEREL, p. 104 ; BOHNET/MARTENET (avocats), N 2152 s. Cf. ég. MCF-LPsy, p. 6279. Cf. ég. MCF-LLCA, p. 5373, qui relève que certains cantons, avant l'entrée en vigueur de la LLCA (qui prévoit expressément l'avertissement en tant que sanction disciplinaire à l'art. 17 al. 1 let. a LLCA), ne considéraient pas l'avertissement comme une sanction disciplinaire en droit disciplinaire des avocats.

⁷⁵⁵ TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 4. Comp. ATF 106 Ia 100, consid. 13c.

⁷⁵⁶ TF, SJ 2002 I 332, consid. 2 et 3, cité par TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 4.2.

⁷⁵⁷ Cf. *infra*, N 497-500.

⁷⁵⁸ Cf. ATF 102 Ia 28, consid. 1b.

⁷⁵⁹ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 212-216.

3. L'avertissement en tant que « sanction-menace »

487. — L'avertissement se manifestera parfois sous la forme d'une (sanction comprenant une) « sanction-menace ». En effet, dans certains cas, l'avertissement ne contient pas uniquement une menace abstraite (menace d'ordre général) d'une sanction disciplinaire en cas de nouvelle infraction disciplinaire, mais fait directement référence – sans la prononcer formellement – à la sanction disciplinaire concrète (en genre et/ou quotité) qui serait – ou pourrait être – le cas échéant prononcée (sanction envisagée).

488. — Par exemple, le canton du Jura ne prévoit pas la sanction disciplinaire consistant dans un avertissement donné au magistrat du siège de manière abstraite ; il prévoit la sanction disciplinaire consistant dans « *la menace de destitution, infligée sous forme d'avertissement* » (art. 67 let. a LOJ/JU)⁷⁶⁰. De même, les cantons de Vaud et Fribourg n'érigent pas l'avertissement au rang des sanctions disciplinaires, mais précisent en particulier que le blâme prononcé à l'encontre d'un magistrat du siège peut être accompagné d'une menace de révocation (cf. art. 32 al. 2 LOJV/VD ; art. 103 al. 2 LJ/FR)⁷⁶¹.

489. — On peut se demander, indépendamment de la question relative à la nature intrinsèque de la sanction⁷⁶², si l'avertissement pourrait revêtir un caractère pénal « par projection » lorsque la sanction-menace pesant sur le magistrat du siège présente(r) elle-même un tel caractère.

490. — Lorsqu'il prend la forme d'une « sanction-menace », l'avertissement pourrait selon nous être rapproché conceptuellement de l'instrument pénal du sursis. En effet, bien que restant différente d'une condamnation pénale qui serait prononcée mais dont l'exécution serait suspendue, la « sanction-menace » préfigure la conséquence d'un nouveau manquement du magistrat du siège. En ce sens, la « sanction-menace », à l'instar d'une condamnation pénale assortie du sursis, projette son destinataire dans l'avenir, et vise à exercer sur lui un effet dissuasif sur une certaine période (prévention de la récidive).

491. — En cas de « récidive » du magistrat du siège, l'autorité disciplinaire pourra, au moment de la fixation de la sanction disciplinaire, tenir compte du

⁷⁶⁰ A ce titre, nous relevons que selon BELLWALD (p. 144, 156), la menace de révocation disciplinaire (« *die Androhung der disziplinarischen Entlassung* ») – dont selon lui toute sanction disciplinaire peut être assortie – n'est en elle-même pas une sanction disciplinaire. Ainsi, le prononcé d'une menace de révocation nonobstant le défaut d'une telle sanction prévue dans l'échelle des sanctions disciplinaires ne violerait pas le principe de la légalité des sanctions. A notre sens, cette approche est clairement à rejeter ; la sanction-menace assortissant une sanction constitue elle-même une sanction disciplinaire.

⁷⁶¹ Sur la question du cumul des sanctions disciplinaires, cf. *infra*, N 694-700.

⁷⁶² Cf. *supra*, N 479-486.

temps s'étant écoulé depuis le prononcé de la « sanction-menace ». Cet élément peut conduire l'autorité disciplinaire à renoncer à appliquer la sanction envisagée – mais non formellement prononcée – à l'époque, ou à prononcer une sanction disciplinaire inférieure en genre et/ou quotité.

C. Le blâme

1. La notion

492. — Le blâme peut être défini comme une réprobation officielle de la conduite d'un magistrat du siège⁷⁶³. Cette sanction disciplinaire constitue une première réaction (*Vorstufe*), destinée à sanctionner les cas de peu de gravité⁷⁶⁴. Elle n'en demeure pas moins une sanction devant être qualifiée de sévère par ses effets⁷⁶⁵.

493. — D'autres termes peuvent être trouvés dans la doctrine et dans les réglementations applicables en matière disciplinaire : (i) la réprimande, qui représente une forme de blâme d'ordre purement moral (cf. p. ex. art. 33 al. 1 let. a LOJ/VS ; art. 405 al. 1 aC.jud./B, en vigueur jusqu'au 31.08.2014⁷⁶⁶ ; art. 45 ch. 1 aOrd.1958/F, en vigueur jusqu'au 23.07.2010⁷⁶⁷)⁷⁶⁸ ; (ii) l'objurgation et (iii) la censure, qui peuvent être considérées, sous réserve de nuances en termes d'intensité de la mesure, comme une forme de blâme. Ces termes correspondent à une conception ancienne du droit disciplinaire ; leur emploi devrait en principe être évité⁷⁶⁹.

494. — Le blâme peut comprendre une injonction visant à obtenir du magistrat du siège, à l'avenir, un comportement conforme. Cette sanction disciplinaire correspond à la « censure avec réprimande » connue notamment en droit disciplinaire judiciaire français au XIX^e siècle, qui consistait à « *repren[dre] le*

⁷⁶³ CORNU G. (F), sous le terme « blâme » ; RICOL (F ; anc.), p. 89 ; GUICHETEAU (F ; anc.), p. 232 (censure).

⁷⁶⁴ P. ex. BELLWALD, p. 146.

⁷⁶⁵ Cour d'appel du Québec, arrêt *Andrée Ruffo c. Ministre de la Justice* du 09.12.2005, 2005 QCCA 1197 (CanLII), [2006] RJQ 26, par. 19 s.

⁷⁶⁶ La version actuelle de l'art. 405 al. 1 C.jud./B, entrée en vigueur le 01.09.2014 suite à l'adoption de la Loi du 15.07.2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à la discipline, prévoit désormais le terme de « blâme » en lieu et place du terme « réprimande ».

⁷⁶⁷ L'art. 22 de la loi organique n° 2010-830 du 22.07.2010, qui révisé l'art. 45 Ord.1958/F, a institué le blâme en lieu et place de la réprimande. Cf. sur ce point LE POGAM (F), N 61.

⁷⁶⁸ CORNU G. (F), sous le terme « réprimande ».

⁷⁶⁹ Cf. *supra*, n. 766 et 767.

*magistrat [du siège] inculpé, avec injonction d'être plus exact ou plus circonspect à l'avenir »)*⁷⁷⁰.

495. — Il est à relever que la Loi fédérale sur le personnel de la Confédération, dans sa version révisée entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013, a supprimé le blâme de l'échelle des sanctions disciplinaires (art. 25 al. 2 let. b LPers *a contrario* ; cf. ég. art. 99 al. 2 let. b aOPers). Le Conseil fédéral, dans son Message du 31 août 2011, a indiqué que cette sanction disciplinaire devait être « biffée » car elle a selon lui « *le même effet qu'un avertissement* »⁷⁷¹. Ce choix est selon nous regrettable. En effet, le blâme, en tant qu'il présente un degré de gravité supérieur à l'avertissement dans l'échelle des sanctions disciplinaires, permet à l'autorité disciplinaire d'affiner et de moduler les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des magistrats du siège.

496. — Le blâme, comme toute sanction disciplinaire, devrait être expressément et formellement prononcé – au terme d'une procédure régulièrement menée⁷⁷². A ce titre, les remarques émises plus haut concernant l'avertissement peuvent être reprises *mutatis mutandis*. Lorsque le blâme est le fait d'un chef de juridiction agissant de manière informelle, il devrait généralement être considéré comme une sanction disciplinaire déguisée. En cas de contestation du magistrat destinataire, la mesure pourrait ainsi être annulée⁷⁷³.

2. La nature juridique

497. — Dans un arrêt du 3 mars 1976 relatif à la surveillance disciplinaire des avocats, publié au Recueil officiel, le Tribunal fédéral a défini le blâme comme étant une sanction disciplinaire à caractère pénal prépondérant⁷⁷⁴. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que « [der Verweis hat] *Strafcharakter, denn mit ihnen soll der Disziplinverstoß gesühnt und der Fehlbare spezialpräventiv von der Wiederholung ähnlicher Handlungen abgehalten werden* »⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 232.

⁷⁷¹ MCF-LPers, p. 6187.

⁷⁷² P. ex. BELLWALD, p. 145.

⁷⁷³ Comp. l'art. 6 phr. 2 BDG/D, qui prévoit que des remarques désapprobatoires (« *Missbilligende Äußerungen* ») qui ne seraient pas expressément désignées comme un blâme ne constituent pas des mesures disciplinaires. A notre sens, une telle disposition n'a pas de portée dans la mesure où la présence d'une sanction disciplinaire déguisée ne peut, par définition, pas être exclue de par la loi. Cf. ég. *supra*, n. 745.

⁷⁷⁴ ATF 102 Ia 28.

⁷⁷⁵ ATF 102 Ia 28, consid. 1b.

498. — A l'occasion d'un arrêt non publié rendu le 24 octobre 2001 en matière de droit des fonctionnaires, le Tribunal fédéral, après avoir exclu dans le cas d'espèce l'existence d'une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH sur la base des critères de la qualification de l'infraction en droit interne et de la nature de l'accusation (premier et deuxième critères « Engel »)⁷⁷⁶, a considéré, en regard du critère de la sévérité de la sanction encourue (troisième critère « Engel »)⁷⁷⁷, que « [c]ompte tenu de son faible degré de gravité, la sanction infligée au recourant ne saurait [...] être qualifiée de pénale. Le blâme en cause n'entraîne pas de conséquences importantes pour le recourant »⁷⁷⁸.

499. — Cette dernière jurisprudence, à laquelle le Tribunal fédéral continue de se référer concernant le blâme mais également concernant l'avertissement⁷⁷⁹, nous paraît erronée. Le Tribunal fédéral, bien que se référant à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a selon nous pas procédé dans cette espèce à un examen suffisant du troisième critère dégagé par celle-ci.

500. — A notre sens, le blâme devrait généralement constituer une sanction à caractère pénal⁷⁸⁰. En effet, cette sanction remplit un rôle évident de correction – punition et amendement –, dont la portée n'est selon nous pas différente d'une sanction pénale « pure »⁷⁸¹. Nous relevons à ce titre que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire disciplinaire en matière de surveillance des marchés financiers, a considéré que le blâme prononcé par la Commission française des banques à l'encontre d'une société d'investissement, à l'instar d'une radiation ou d'une sanction pécuniaire d'un certain montant, était de nature à porter atteinte au crédit de la société sanctionnée, entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables, et qu'elle devait, au vu de cette « coloration pénale », être considérée comme une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁷⁸².

D. Les excuses publiques ?

501. — Les excuses publiques peuvent être définies dans le présent contexte comme étant une déclaration, émise à titre personnel mais formulée dans un

⁷⁷⁶ Sur ces critères, cf. *supra*, Chap. 3, N 201-216.

⁷⁷⁷ Sur ce critère, cf. *supra*, Chap. 3, N 212-216.

⁷⁷⁸ TF, SJ 2002 I 332, consid. 3a/bb.

⁷⁷⁹ TF 2C_1083/2012 du 21.02.2013, consid. 4.2.

⁷⁸⁰ En ce sens : BELLWALD, p. 143.

⁷⁸¹ Cf. ég. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

⁷⁸² CourEDH, arrêt *Dubus SA c. France* du 11.06.2009, req. n° 5242/04, par. 37 s.

cadre officiel, par laquelle un magistrat du siège indique reconnaître un manquement déterminé qu'il aurait commis et – officiellement – regretter celui-ci.

502. — Nous indiquons à ce titre que des excuses présentées publiquement par un magistrat du siège sur la base d'un ordre (et non d'une invitation ou suggestion) donné par son chef de cour ou de tribunal constitueraient, sous cet angle, une forme de sanction disciplinaire déguisée.

503. — On pourrait éventuellement considérer la possibilité d'insérer ce genre de mesures, plus connues des pays de tradition juridique anglo-saxonne⁷⁸³, dans l'échelle des sanctions disciplinaires. Il s'agirait le cas échéant probablement davantage d'un choix législatif – s'inscrivant dans une tradition juridique ou inspiré d'un modèle juridique étranger – que de la reconnaissance d'une construction théorique.

504. — Nous nous limiterons à souligner qu'une telle forme de sanction, si elle tend à se manifester dans certains domaines et/ou dans certains ordres juridiques, ne paraît pas correspondre à la conception helvétique moderne de la sanction disciplinaire (concernant les magistrats judiciaires). Le prononcé d'excuses publiques aurait en effet, pour le magistrat du siège en cause, un caractère profondément infamant et afflictif⁷⁸⁴, ce qui n'est manifestement pas souhaitable.

505. — Une telle mesure présenterait par ailleurs des risques de dérives évidents. En particulier, son adoption reviendrait à exposer les magistrats du siège de manière non nécessaire – voire déplacée selon nous – à l'opinion publique. On peut dès lors considérer qu'une telle sanction disciplinaire serait susceptible de porter atteinte à leur indépendance.

506. — Au surplus, nous relèverons que la formulation d'excuses publiques en cours de procédure, opérée spontanément par un magistrat du siège en dehors de toute exécution d'une décision disciplinaire en ce sens, ne constitue pas une sanction disciplinaire. De telles excuses, présentées de manière ciblée par le magistrat du siège concerné (par exemple, lors d'une audience, à la personne envers laquelle il aurait eu un comportement inapproprié) ou diffuse (par exemple par le biais d'un communiqué personnel ou lors d'une conférence de presse), pourraient toutefois être prises en compte le cas échéant au moment de la fixation de la sanction disciplinaire (cf. genre et quotité de la sanction)⁷⁸⁵.

⁷⁸³ DI FEDERICO (I), *Evoluzione*, p. XII.

⁷⁸⁴ Ce qui suffirait, en tout état de cause, à établir le caractère pénal – au sens de l'art. 6 CEDH – de la procédure en question (cf. au surplus *supra*, Chap. 3, N 212-216).

⁷⁸⁵ Cf. *infra*, N 645-665 (principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires).

E. L'amende

1. La notion

507. — L'amende peut être définie comme étant une forme de sanction pécuniaire⁷⁸⁶ infligée à un magistrat du siège en raison de la commission d'une infraction disciplinaire⁷⁸⁷. L'amende se distingue de la retenue de salaire en ce sens que les modalités du recouvrement de l'amende ne sont pas définies dans la décision de sanction elle-même. L'amende n'est pas destinée à réparer financièrement un éventuel dommage causé à un tiers⁷⁸⁸. Selon le Tribunal fédéral, l'amende disciplinaire, à l'instar du blâme, est en général prévue pour des cas de peu de gravité, soit « *ceux qui n'altèrent pas la confiance qu'on peut et doit pouvoir attendre d'un [magistrat du siège]* »⁷⁸⁹.

508. — Le(s) montant(s) (minimum et) maximum de l'amende doi(ven)t être prévu(s) dans la loi. La limite supérieure se situe par exemple à Fr. 1'000.- dans le canton du Valais (art. 33 al. 1 let. b LOJ/VS) ; à Fr. 5'000.- dans les cantons du Jura, de Neuchâtel et de Vaud (art. 67 let. b LOJ/JU ; art. 63 al. 1 let. c LMSA/NE ; art. 32 al. 1 ch. 2 LOJV/VD) ; à Fr. 10'000.- dans le canton du Tessin (art. 80 al. 1 let. b LOG/TI) ; à Fr. 40'000.- dans le canton de Genève (art. 20 al. 1 let. c LOJ/GE)⁷⁹⁰.

509. — Le montant maximum de l'amende doit (i) rester dans un rapport raisonnable avec le traitement des magistrats du siège, et (ii) permettre à l'autorité disciplinaire de fixer, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, une sanction disciplinaire apte à poursuivre le but de correction visé⁷⁹¹. Un plafond de l'amende à Fr. 20'000.- nous paraît adéquat. Ce montant correspond au plafond prévu notamment par la LLCA (art. 17 al. 1 let. c LLCA, repris ad art. 34 let. c P[FSA]-LAv), la LPMéd (art. 43 al. 1 let. c LPMéd) et la LPsy (art. 30 al. 1 let. c LPsy). A titre de comparaison, le droit allemand prévoit un plafond équivalent au montant d'un salaire mensuel (art. 7 BDG/D)⁷⁹².

⁷⁸⁶ Cf. Recomm. R(94)12, Principe VI.1 : sanction pécuniaire.

⁷⁸⁷ Cf. TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 5 (médecins) ; BELLWALD, p. 146 s.

⁷⁸⁸ Cf. *supra*, N 69 s. (responsabilité civile) ; 87 (responsabilité disciplinaire).

⁷⁸⁹ Cf. TF, SJ 1993 221, consid. 4b ; ATF 108 Ia 232, consid. 2b, SJ 1983 222 (avocats).

⁷⁹⁰ Le canton de Fribourg ne prévoit pas cette forme de sanction disciplinaire (art. 103 LJ/FR *a contrario*).

⁷⁹¹ Cf. ég. *infra*, N 645-665 (principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires). En ce sens ég. : MCF-LPsy, p. 6279.

⁷⁹² Cf. FISCHER (D), p. 152.

510. — Il convient de relever que l'amende est parfois écartée de l'échelle des sanctions disciplinaires par le législateur – également dans d'autres domaines d'application du droit disciplinaire – en particulier en raison de l'incertitude qui entoure la question de sa qualification juridique⁷⁹³.

2. La nature juridique

511. — L'amende disciplinaire est une sanction polymorphe : elle touche aux droits et obligations de caractère civil du magistrat du siège visé, et présente des caractéristiques propres à la répression pénale.

512. — Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'amende prononcée par une autorité disciplinaire ne revêt en général pas un caractère pénal ; une telle qualification pourrait toutefois être retenue notamment à partir d'un certain montant⁷⁹⁴. En droit disciplinaire des avocats, le Tribunal fédéral, se fondant sur une casuistique de la Cour européenne des droits de l'homme, a par exemple retenu que le prononcé d'une amende de Fr. 5'000.- ne relève pas d'une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH et ne constitue dès lors pas une peine au sens de l'art. 7 CEDH⁷⁹⁵.

513. — La solution consistant à évaluer, dans chaque cas d'espèce, le montant de l'amende afin de déterminer si la cause présente (ou présentait)⁷⁹⁶ un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH crée une insécurité juridique. Elle peut être tenue pour insatisfaisante pour ce seul motif.

514. — Il convient selon nous de tenir compte du fait que le prononcé d'une amende disciplinaire s'inscrit dans un cadre répressif⁷⁹⁷. En effet, outre une fonction préventive générale, l'amende disciplinaire poursuit manifestement un but de correction (punition et amendement)⁷⁹⁸. L'amende pourrait donc être

⁷⁹³ Cf. HANGARTNER, p. 432, qui indique que la décriminalisation du droit disciplinaire a pour conséquence que l'on ne peut plus infliger d'amendes.

⁷⁹⁴ TF 1C_638/2012 du 14.01.2014, consid. 9.2.

⁷⁹⁵ ATF 128 I 346.

⁷⁹⁶ Nous rappelons que dès lors qu'elle porterait sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, toute procédure disciplinaire dirigée contre un magistrat du siège et pouvant potentiellement aboutir à sa révocation devrait être menée dans le respect des garanties du procès pénal (cf. *supra*, N 201-216).

⁷⁹⁷ En ce sens : BELLWALD, p. 143, 147.

⁷⁹⁸ CourEDH, arrêt *Bendenoun c. France* du 24.02.1994, Série A, n° 284, par. 47.

considérée de manière générale comme portant sur une accusation pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁷⁹⁹.

515. — Pour le surplus, nous indiquons que les dispositions applicables en droit pénal général en matière de fixation de la peine (art. 47 s. CP) devraient être, à défaut de disposition spéciales, applicables – à tout le moins – par analogie à la fixation de l'amende⁸⁰⁰.

F. La retenue de salaire

516. — La retenue de salaire – également appelée parfois retenue de traitement, diminution de traitement ou privation de traitement⁸⁰¹ – peut être définie comme étant une sanction pécuniaire consistant dans la diminution des prestations financières consenties par l'Etat au magistrat du siège. La retenue de salaire peut concerner tout ou partie du salaire, et déployer ses effets de manière unique ou sur les traitements accordés durant une période déterminée ; en ce sens, elle se distingue de l'amende.

517. — La nature juridique de la retenue de salaire devrait selon nous s'apprécier de manière similaire à l'amende. En effet, la retenue de salaire, à l'instar de l'amende, doit être considérée comme présentant une fonction correctrice et visant un but préventif et répressif. Nous renvoyons dès lors, *mutatis mutandis*, aux développements proposés ci-dessus concernant l'amende⁸⁰².

518. — Le montant maximal de la retenue de salaire doit être défini dans la loi. Ce montant est défini en fonction du montant et de la durée de la retenue de salaire. Les deux critères précités sont interdépendants ; il en résulte que la loi doit limiter la valeur cumulée des retenues de salaire en définissant, directement ou indirectement (i) le montant maximal de la retenue périodique de salaire et (ii) la période maximale de prélèvement⁸⁰³.

⁷⁹⁹ Sur la question, cf. pour le surplus les développements proposés par BOHNET/MARTENET (avocats), N 2228 s.

⁸⁰⁰ En ce sens probablement : BOHNET/MARTENET (avocats), N 2157.

⁸⁰¹ Cf. p. ex. art. 33 al. 1 let. d LOJ/VS (diminution de traitement) ; art. 405 al. 2 C.jud./B (retenue de traitement).

⁸⁰² Cf. N 507-515.

⁸⁰³ *Contra* : BELLWALD, p. 148, qui considère que la retenue de salaire peut être prononcée pour une durée indéterminée. On peut en outre rapprocher la notion de durée de la sanction avec la possibilité de l'admission par l'autorité d'exécution d'un étalement de la perception de l'amende (cf. ég., *mutatis mutandis*, art. 35 al. 1 CP).

519. — La retenue de l'intégralité du salaire devrait rester une mesure exceptionnelle. Une telle retenue ne devrait en aucun cas excéder une durée d'un voire deux mois⁸⁰⁴. Une retenue partielle de salaire d'une durée maximale de six, voire huit mois devrait suffire dans la plupart des cas à remplir le but recherché par l'autorité. A notre sens, les montants retenus, cumulés, ne devraient en toute hypothèse pas dépasser l'équivalent d'un voire deux salaires.

520. — A titre d'exemples, nous pouvons citer : (i) l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération, qui prévoit la réduction du salaire à hauteur de 10 % au maximum pendant une période d'une année au plus (art. 99 al. 3 let. a OPers), ce qui équivaut à un peu plus d'un salaire ; (ii) la Loi d'organisation judiciaire du canton du Valais, qui prévoit une retenue de salaire jusqu'à concurrence de la moitié du traitement et limitée à trois mois, ce qui correspond à une retenue totale maximale d'un salaire et demi (art. 33 al. 1 let. d LOJ/VS) ; (iii) en Allemagne, la *Bundesdisziplinarordnung*, qui prévoit que la retenue de salaire peut s'élever à 20 % du traitement mensuel durant au maximum trois ans (art. 8 al. 1 phr. 1 BDG/D)⁸⁰⁵, ce qui correspond au total à 7,2 mois de salaire.

521. — Nous relevons encore que la différence entre le montant maximal de la retenue de salaire et le montant maximal de l'amende peut, à l'intérieur d'un même régime disciplinaire, être importante. Si l'on reprend l'exemple de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération, qui prévoit une réduction de salaire de 10 % au maximum pendant une année au plus (art. 99 al. 3 let. a OPers), et que l'on compare ce montant au montant maximal de l'amende qui s'élève à Fr. 3'000.- (art. 99 al. 3 let. b OPers), on constate en effet que la retenue de salaire maximale sera, dans ce cas, plus élevée que le montant maximal de l'amende à partir d'un salaire mensuel de Fr. 2'501.-.

G. Le retrait des fonctions de représentation

522. — Le retrait des fonctions de représentation peut être défini comme étant une forme de suspension disciplinaire par laquelle un magistrat du siège se verrait retirer certaines fonctions spécifiques telles que la fonction de chef de cour ou celle de président de tribunal. Une telle sanction pourrait en particulier se justifier lorsqu'il apparaît, au vu des infractions commises par le magistrat du siège en cause, que celui-ci ne remplit plus certaines exigences en termes de qualités personnelles (probité, exemplarité, etc.) pour pouvoir représenter tout

⁸⁰⁴ Comp. *infra*, N 523 ss concernant le retrait des fonctions de représentation et N 531 concernant le retrait des fonctions juridictionnelles.

⁸⁰⁵ Cf. FISCHER (D), p. 153 s.

ou partie du corps des magistrats du siège à l'extérieur de l'institution judiciaire. Le retrait des fonctions de représentation prononcé à titre de sanction disciplinaire ne doit pas être confondu avec un retrait des fonctions de représentation qui pourrait être prononcé en tant que mesure provisoire⁸⁰⁶.

523. — Le retrait des fonctions de représentation devrait intervenir uniquement pour une durée déterminée. Selon nous, la durée du retrait des fonctions de représentation pourrait être portée à deux, trois, voire quatre ans, ou le cas échéant jusqu'à la fin de la législature judiciaire en cours.

524. — Un retrait prononcé pour une période indéterminée, en tant qu'il conduirait le magistrat du siège visé à devoir entreprendre par la suite des démarches afin d'être rétabli le cas échéant dans ses prérogatives, devrait en tout état de cause être soigneusement encadré. En plus d'être expressément prévue par la loi (principe de la légalité des sanctions), cette dernière forme de sanction ne devrait, à notre sens, intervenir qu'en rapport avec des infractions disciplinaires déterminées (p. ex. infractions liées à une violation de l'obligation de réserve)⁸⁰⁷.

525. — Au vu de ce qui précède, on remarque que la période maximale de retrait des fonctions de représentation pourrait être plus longue que (celle proposée ci-dessus en matière de retenue périodique de salaire et que) celle proposée ci-dessous en matière de retrait des fonctions juridictionnelles⁸⁰⁸. Cela s'explique par le fait qu'un retrait des fonctions de représentation, contrairement aux deux autres sanctions précitées, ne porte pas une atteinte significative à la fonction et au statut de magistrat du siège. En outre, l'attribution des fonctions de représentation s'opérant généralement selon un système de tournus, aucun droit n'existe en principe à être investi de telles fonctions.

526. — Nous renvoyons pour le surplus aux développements relatifs au retrait des fonctions juridictionnelles⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1368-1377 concernant la suspension à titre conservatoire (non disciplinaire).

⁸⁰⁷ Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359 concernant la question de la corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires.

⁸⁰⁸ Cf. resp. *supra*, N 519 ; *infra*, N 531.

⁸⁰⁹ Cf. *infra*, N 527-534.

H. Le retrait des fonctions juridictionnelles

1. La notion

527. — Le retrait des fonctions juridictionnelles⁸¹⁰ peut être défini comme une forme partielle de suspension disciplinaire⁸¹¹. En effet, un tel retrait revient à priver *de facto* le magistrat du siège de l'attribut essentiel de sa fonction. Le retrait des fonctions juridictionnelles prononcé à titre de sanction disciplinaire ne doit pas être confondu avec le retrait des fonctions juridictionnelles prononcé en tant que mesure provisoire⁸¹².

528. — Destiné en premier lieu à protéger le public, le retrait des fonctions juridictionnelles n'en revêt pas moins, selon les cas, un caractère répressif⁸¹³. Le retrait des fonctions juridictionnelles peut concerner tout ou partie desdites fonctions. Le retrait partiel peut viser (i) un ou plusieurs dossiers nominatifs (dessaisissement)⁸¹⁴, voire (ii) une certaine catégorie de dossiers en cours ou à venir⁸¹⁵ ; il pourrait également se traduire par (iii) une interdiction de siéger en tant que juge unique.

529. — Concernant le cas (ii) ci-dessus, on pense par exemple au cas d'un magistrat du siège qui serait affecté par sa propre procédure de divorce au point de perdre la distance nécessaire – et partant son impartialité – dans les affaires matrimoniales, ou encore au cas d'un magistrat du siège qui devrait être tenu éloigné des dossiers dans lesquels il serait susceptible d'être en contact avec des mineurs. Ce dernier exemple peut également s'appliquer au cas (iii) ci-dessus.

⁸¹⁰ Par fonctions juridictionnelles, on entend l'activité consistant à conduire des procédures judiciaires, ce qui comprend l'activité consistant à rendre des jugements (activité jurisprudentielle au sens strict). Cf. pour le surplus *supra*, N 17 ; Chap. 4, N 440-459.

⁸¹¹ Cf. p. ex. art. 405 al. 1 C.jud./B, qui prévoit le retrait de mandat, cette dernière notion étant définie à l'art. 58bis dudit Code.

⁸¹² Cf. *infra*, Chap. 7, N 1368-1377 concernant la suspension à titre conservatoire (non disciplinaire).

⁸¹³ Comp. ATF 102 Ia 28, consid. 1b (avocats), qui qualifie d'accessoire la fonction répressive d'une mesure consistant dans le retrait de l'autorisation de pratiquer.

⁸¹⁴ Hypothèse mentionnée par GREBILLE (F), p. 136 s.

⁸¹⁵ Cf. Recomm. CM R(94)12, Principe VI.1. A ce titre, il est possible de tracer un parallèle avec l'interdiction d'exercer une profession. En effet, il existe « *la possibilité d'interdire, dans l'exercice d'une profession, certaines activités seulement – celles que l'auteur risque d'utiliser pour commettre des abus* » (CONSEIL FEDERAL, Rapport explicatif concernant une modification de la Constitution, du Code pénal, du Code pénal militaire et du droit pénal des mineurs [interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique], janvier 2011, p. 6).

530. — Le cas (iii) ci-dessus a été retenu en France lors de la révision de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22.12.1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (Ord.1958/F) intervenue en 2010. En effet, l'art. 45 ch. 3bis Ord.1958/F prévoit désormais la sanction disciplinaire consistant dans l'interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pendant une durée maximum de cinq ans⁸¹⁶. Dans son Rapport du 6 décembre 2006, la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a expliqué l'ajout de cette nouvelle sanction disciplinaire par le fait que « [l]e rapport de la Commission d'enquête sur l'affaire d'Outreau⁸¹⁷ a démontré la part jouée par l'exercice des fonctions de juge unique dans les dysfonctionnements de la justice, tant au stade de l'instruction qu'au niveau de l'application des peines ». La Commission précitée a par ailleurs affirmé qu'« [à] la solitude fonctionnelle du juge s'ajoute souvent son inexpérience »⁸¹⁸.

531. — Le retrait des fonctions juridictionnelles devrait uniquement intervenir pour une durée déterminée. La durée du retrait des fonctions juridictionnelles ne devrait selon nous pas excéder quelques semaines, voire quelques mois (p. ex. trois mois). En effet, un tel retrait, contrairement au retrait des fonctions de représentation ou à la retenue de salaire, touche à l'essence même de la fonction de magistrat du siège ; il porte par ailleurs une atteinte significative à cette fonction. Au surplus, les remarques émises ci-dessus concernant le retrait des fonctions de représentation sont applicables *a fortiori*.

532. — Nous relevons encore que le retrait des fonctions juridictionnelles pourrait être assorti d'une réduction de salaire. Une telle réduction se justifierait le cas échéant par l'allègement des tâches confiées au magistrat du siège en cause. Une réduction qui dépasserait la mesure de l'allègement des tâches devrait à notre sens être considérée comme une retenue de salaire⁸¹⁹ formant une sanction disciplinaire distincte.

⁸¹⁶ Cf. art. 45 ch. 3bis Ord.1958/F. Sur l'adoption de cette disposition, cf. HOUILLON (F), p. 23, qui indique que la sanction est « une peine intermédiaire entre le retrait et l'exclusion temporaire de fonctions ». Cf. ég. JOLY-HURARD (F), p. 159.

⁸¹⁷ Sur l'affaire dite d'Outreau, cf. p. ex. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_d%27Outreau] [consulté le 24.07.2015].

⁸¹⁸ HOUILLON (F), p. 68 ss, 70.

⁸¹⁹ Cf. *supra*, N 516-521.

2. La distinction avec la récusation

533. — Le retrait des fonctions juridictionnelles doit être distingué de la récusation. Les parties à une procédure judiciaire doivent utiliser le mécanisme de la récusation si elles entendent faire écarter un magistrat du siège saisi de cette procédure au motif que celui-ci ne serait pas impartial. Les parties disposeraient toutefois également, dans une telle hypothèse, de la possibilité de dénoncer en parallèle le magistrat du siège à l'autorité disciplinaire. En effet, le refus du magistrat du siège de se récuser d'office pourrait éventuellement constituer en lui-même une infraction disciplinaire⁸²⁰.

534. — La voie disciplinaire ne devrait – théoriquement – pas être empruntée dans le but de faire écarter un magistrat du siège d'un dossier déterminé, et ne devrait en principe pas entraîner une telle éviction. Nous soulignons toutefois que certaines sanctions, telles que le retrait partiel des fonctions juridictionnelles – lequel peut, comme nous l'avons vu, concerner une ou plusieurs affaires déterminées⁸²¹ –, ou encore la suspension disciplinaire, peuvent conduire directement ou indirectement à la mise hors de cause du magistrat. A notre sens, lorsqu'elle est confrontée à un cas lié à un défaut allégué de récusation, l'autorité disciplinaire devrait autant que possible éviter de prononcer une sanction disciplinaire ayant pour effet d'écarter le magistrat du siège de l'affaire en question.

I. La suspension disciplinaire

1. La notion

535. — La suspension disciplinaire, parfois appelée mise à pied (disciplinaire), est une sanction disciplinaire qui englobe en particulier les deux sanctions précédentes (retrait des fonctions de représentation et retrait des fonctions juridictionnelles) – auxquelles on renvoie pour le surplus⁸²². En effet, la suspension disciplinaire s'entend comme étant le fait de relever temporairement un magistrat du siège de l'ensemble de ses fonctions, ce qui inclut les fonctions de représentation, les fonctions juridictionnelles ainsi que d'autres fonctions

⁸²⁰ Cf. *supra*, N 453.

⁸²¹ Cf. *supra*, N 528-530.

⁸²² Cf. *supra*, N 522-526 et 527-534.

telles que les fonctions de gestion administrative, ce dans un but de protection de l'intérêt public⁸²³.

536. — La suspension disciplinaire intervient en réponse à une infraction disciplinaire de gravité moyenne. La situation découlant de l'infraction disciplinaire ne doit pas être à tel point incompatible avec la fonction exercée que la titularité même du statut de magistrat n'apparaît plus supportable. En effet, une telle situation justifierait en principe une révocation⁸²⁴.

537. — La privation de la fonction de magistrat du siège par le biais d'une suspension disciplinaire est, par définition, temporaire⁸²⁵. Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus⁸²⁶, cette sanction disciplinaire devrait par ailleurs être prononcée uniquement pour une durée déterminée. En effet, si elle était prononcée pour une durée indéterminée, la suspension disciplinaire s'apparenterait à une révocation disciplinaire⁸²⁷. A titre d'exemples de suspension disciplinaire, nous pouvons citer : (i) l'art. 405 al. 3 C.jud./B, qui prévoit que la suspension disciplinaire est prononcée pour une période d'un mois au moins et d'un an au plus ; (ii) l'art. 33 al. 1 let. e LOJ/VS, qui prévoit une durée maximale de suspension de six mois.

538. — Le législateur peut prévoir que la suspension disciplinaire s'accompagnera d'une privation de traitement. En ce cas, la privation pourra être totale ou partielle. A titre d'exemples, nous mentionnons : (i) l'art. 80 al. 1 let. c LOG/TI, qui prévoit que la suspension s'accompagne d'une privation de traitement ; (ii) l'art. 68 LMSA/NE, qui indique que la suspension (provisoire) peut être prononcée avec ou sans privation de traitement ; (iii) l'art. 33 al. 1 let. e LOJ/VS, qui prévoit également la possibilité d'une diminution ou d'une suspension de traitement (le terme « suspension de traitement » devant probablement être compris dans le sens d'une suppression totale du traitement dès lors que la mesure visée n'est pas une mesure provisionnelle) ; (iv) l'art. 405

⁸²³ Il serait donc également possible de considérer que la suspension disciplinaire peut être prononcée sous une forme partielle, en ce sens qu'elle serait limitée aux fonctions de représentation et/ou aux fonctions juridictionnelles. Cette possibilité devrait le cas échéant être expressément prévue par la loi.

⁸²⁴ *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 5, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss.

⁸²⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 233 s., qui indique à juste titre que « [l']expression seule de suspension [...] semble impliquer une limite ».

⁸²⁶ Cf., *mutatis mutandis*, N 523. — à 525. — (retrait des fonctions de représentation), 531. — (retrait des fonctions juridictionnelles).

⁸²⁷ MORIN (F ; anc.), I, p. 36 ; CARNOT (F ; anc.), part. 1, sect. 1, ch. LXII.

al. 3 ch. 2 C.jud./B, qui dispose que la suspension disciplinaire entraîne, pour sa durée, une perte de 20 % du traitement brut consenti au magistrat.

539. — Les périodes de suspension peuvent en outre entraîner le gel de l'avancement dans l'échelle de traitement. Cette possibilité est notamment prévue à l'art. 405 al. 3 C.jud./B.

2. La distinction avec la suspension à titre conservatoire

540. — La suspension disciplinaire doit être distinguée de la suspension en tant que mesure provisionnelle. Si ces mesures visent toutes deux la protection d'intérêts publics, elles sont de nature et poursuivent des buts différents⁸²⁸. La suspension disciplinaire est prononcée à titre de sanction disciplinaire au terme d'une procédure disciplinaire⁸²⁹ ; la suspension en tant que mesure provisionnelle est ordonnée durant la procédure disciplinaire et est destinée à régler la situation juridique jusqu'au prononcé par l'autorité disciplinaire d'une décision fixant le sort disciplinaire du magistrat du siège en cause (ci-après : la « suspension à titre conservatoire »)⁸³⁰.

⁸²⁸ Sur la distinction, cf. p. ex. TAF A-4647/2013 du 26.11.2013 (fonctionnaires), consid. 3.1.

⁸²⁹ Le législateur pourrait en outre prévoir la possibilité d'une suspension provisoire en tant que mesure non disciplinaire. Une telle mesure – prise en principe à titre non conservatoire – vise(r)ait à donner au magistrat du siège la possibilité de rétablir une situation conforme au droit. Elle pourrait par exemple permettre au magistrat du siège de constituer (à nouveau) son domicile dans le canton dans lequel celui-ci exerce ses fonctions (pour des exemples, cf. JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 68 ; comp. art. 5 LMSA/NE, qui prévoit que « [l]es membres de la magistrature de l'ordre judiciaire doivent avoir leur domicile civil dans le canton pendant toute la durée de leurs fonctions, sous peine de destitution » [al. 1] et que « [e]n cas de contestation sur le domicile d'un membre de la magistrature de l'ordre judiciaire, le Conseil de la magistrature instruit le dossier et prononce, le cas échéant, la destitution » [al. 2]), ou encore d'entreprendre une cure de désintoxication (cf. ég. l'art. 68 LMSA/NE, qui dispose que « [l]e Conseil [de la magistrature] peut prononcer la suspension provisoire, avec ou sans privation de traitement, d'un membre de la magistrature judiciaire qui se trouve dans une situation manifestement incompatible avec la fonction dont il est revêtu, notamment en raison d'une procédure d'institution d'une curatelle de portée générale »).

⁸³⁰ C'est manifestement cette dernière hypothèse qui était visée par le Tribunal fédéral dans son rapport du 06.10.2010 intitulé « Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et institutions équivalentes » présenté à Rio de Janeiro lors du 2^{ème} congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle tenu du 16 au 18.01.2011. Dans ce rapport, le Tribunal fédéral, bien que reconnaissant que cette mesure ne résulte d'aucune disposition légale expresse, a indiqué qu'un retrait des fonctions juridictionnelles avait été décidé, à l'occasion d'une affaire déterminée, par le Tribunal fédéral réuni en Cour

541. — Contrairement à la suspension disciplinaire, la suspension à titre conservatoire peut être prononcée – elle le sera généralement – pour une durée indéterminée⁸³¹. Cette mesure devrait toutefois pouvoir être réexaminée, notamment à la demande du magistrat du siège en cause.

542. — Certaines mesures provisionnelles ne sont pas (uniquement) prononcées dans un but conservatoire, mais (également) dans un but sanctionnateur. De telles mesures peuvent être désignées comme des mesures provisionnelles à caractère (indirectement) sanctionnateur.

543. — Ainsi, l'art. 33 al. 3 LOJ/VS, qui prévoit qu'«[e]n ordonnant l'ouverture d'une enquête disciplinaire, l'autorité compétente peut ordonner la suspension provisoire avec ou sans suspension de traitement», révèle probablement la présence – partielle – d'une sanction disciplinaire. En effet, la suspension de traitement ne devrait en principe pas pouvoir être prononcée en tant que mesure provisionnelle⁸³².

544. — Dans le même sens, nous citons l'art. 69a al. 1 LOJ/JU, qui prévoit que «[s]'il apparaît d'emblée qu'une destitution est inévitable, le Conseil de surveillance [de la magistrature] peut suspendre l'intéressé provisoirement. Cette mesure peut être accompagnée de la suppression totale ou partielle du traitement. Durant la suspension, l'intéressé reste affilié aux assurances et à l'institution de prévoyance. Si la suspension se révèle injustifiée, l'intéressé est réintégré dans ses droits. Il recouvre notamment le traitement dont il a été privé. Ses prétentions en dommages et intérêts sont réservées ».

J. La rétrogradation (aperçu)

1. Quant à la fonction

a. Considérations générales

545. — La rétrogradation touche à la fonction lorsque le magistrat du siège visé se voit affecté à une instance de niveau inférieur à celle dans laquelle il exerçait

pléniaire (ch. 2.6). Le cas visé concerne l'affaire du Juge fédéral Martin Schubarth (sur cette affaire, cf. le Rapport des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 06.10.2003 intitulé « Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral », FF 2004 p. 5305 ss). Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1368-1377.

⁸³¹ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1368-1377.

⁸³² Cf. *infra*, N 1377.

auparavant ses fonctions⁸³³. Cette forme de rétrogradation porte une atteinte significative au statut du magistrat du siège et a un caractère infamant ; il n'est dès lors pas à exclure qu'elle puisse être considérée comme une sanction à caractère répressif.

546. — Il convient toutefois de relever la faible portée pratique d'une telle sanction concernant les magistrats du siège en Suisse. En effet, le système judiciaire suisse ne contient pas à proprement parler de réglementations cantonales ou fédérales prévoyant des plans de carrière des magistrats du siège. On peut toutefois noter l'art. 33 al. 1 let. e LOJ/VS, qui institue la sanction consistant dans le « *transfert du magistrat judiciaire dans une fonction inférieure* ».

547. — La rétrogradation pourrait éventuellement concerner la fonction de président de cour ou de tribunal – fonction qui, en Suisse, est généralement attribuée selon un système de tournus. Cette hypothèse rejoint largement les développements proposés ci-dessus en relation avec le retrait des fonctions de représentation ; nous y renvoyons pour le surplus⁸³⁴.

b. Le cas particulier de la mise au provisoire

548. — La mise au provisoire consiste dans le fait de supprimer le caractère définitif (durée indéterminée) de la nomination d'un agent public⁸³⁵. Cette sanction ne figure généralement plus dans l'échelle des sanctions disciplinaires applicables aux agents publics en Suisse.

549. — En général, les législations préoyaient qu'une telle mesure, à l'instar de la révocation et de la suspension disciplinaires, ne pouvait être prononcée que si l'agent public s'était rendu coupable d'infractions graves ou continues aux devoirs de service (cf. p. ex. art. 31 al. 1 de l'ancienne Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927⁸³⁶ ; art. 31 al. 4 de l'ancienne Loi sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et canton du Jura du 26 octobre 1978⁸³⁷).

⁸³³ Cf. CJ/GE, ATA/142/2011 du 08.03.2011 (fonctionnaires).

⁸³⁴ Cf. N 522-526.

⁸³⁵ Cf. p. ex. art. 33 al. 1 let. c LOJ/VS.

⁸³⁶ Abrogée par la Loi sur le personnel de la Confédération du 24.03.2000 entrée en vigueur les 01.01.2001 et 01.01.2002.

⁸³⁷ Abrogée par la Loi sur le personnel de l'Etat du 22.09.2010 (LPers/JU) entrée en vigueur le 01.01.2011.

550. — La Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral, dans une décision du 23 janvier 1996, avait considéré qu'une mise au provisoire prononcée sans limite dans le temps, eu égard à son caractère incisif, est en principe contraire au principe de la proportionnalité. Ladite commission avait ainsi retenu qu'il convient au moins (i) de déterminer le moment à partir duquel une reconsidération de la situation de l'agent peut intervenir ou (ii) de communiquer à l'intéressé la durée probable de la mesure⁸³⁸.

551. — La sanction disciplinaire consistant dans la mise au provisoire – pour autant qu'elle soit applicable étant donné que les magistrats du siège ne sont généralement pas nommés de façon provisoire – ne devrait probablement pas figurer parmi les sanctions à disposition de l'autorité disciplinaire car elle entraîne un risque – difficile à encadrer – d'atteinte à l'indépendance des magistrats du siège. Nous renvoyons pour le surplus aux développements proposés ci-dessus concernant le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège⁸³⁹.

2. Quant au traitement

552. — La rétrogradation touche au traitement du magistrat du siège dans la mesure où elle a pour effet (i) de placer le magistrat du siège en cause dans une classe de salaire inférieure à celle dans laquelle il se trouvait auparavant et/ou (ii) de diminuer le nombre d'années de service qui lui est attribué, ou encore éventuellement (iii) de geler le tableau d'avancement (classe de salaire et/ou années de service) dudit magistrat du siège⁸⁴⁰. Dans tous les cas, cette sanction disciplinaire devrait être prononcée pour une durée déterminée⁸⁴¹.

553. — A titre d'exemple, nous pouvons citer l'art. 67 let. c LOJ/JU, qui prévoit la sanction disciplinaire consistant dans le transfert d'un magistrat judiciaire dans une classe de traitement inférieure (cas (i) ci-dessus); l'art. 67 LMSA/NE⁸⁴², aux termes duquel un magistrat judiciaire peut se voir refuser

⁸³⁸ JAAC 61.27, consid. 6, citant HINTERBERGER, p. 314, et BELLWALD, p. 155.

⁸³⁹ Cf. Chap. 2, N 112-115.

⁸⁴⁰ Ce dernier cas de figure pourrait être considéré comme une forme de suspension disciplinaire partielle.

⁸⁴¹ Comp. BELLWALD, p. 153.

⁸⁴² A noter que cette disposition est classée dans la section de la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires (LMSA/NE) consacrée aux autres compétences du Conseil de la magistrature, et ne constitue dès lors pas – formellement – une sanction disciplinaire au sens de la loi précitée.

l'augmentation annuelle du traitement prévue aux art. 16 et 18 LMSA/NE lorsque l'insuffisance de ses prestations⁸⁴³ le justifie (cas (iii) ci-dessus).

554. — La rétrogradation, en tant qu'elle touche au traitement des magistrats du siège, représente une sanction pécuniaire. Nous renvoyons dès lors aux développements concernant l'amende disciplinaire, en particulier quant à la question du caractère pénal, au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, de cette forme de sanction.

3. Quant à la fonction et au traitement

555. — La rétrogradation peut concerner à la fois la fonction attribuée au magistrat du siège et le traitement qui lui est versé⁸⁴⁴. La combinaison de ces deux formes de sanctions disciplinaires permet d'assurer une certaine cohérence lorsque le traitement nouvellement fixé correspond à celui de la fonction réattribuée. Ainsi, l'art. 33 al. 1 let. f LOJ/VS prévoit le transfert dans une fonction inférieure avec traitement correspondant.

K. La mutation

1. La notion

556. — La mutation peut être définie comme étant une mesure, prise à titre de sanction disciplinaire, ayant pour effet de modifier le rattachement local ou

⁸⁴³ La compétence conférée par l'art. 67 LMSA/NE au Conseil de la magistrature de refuser l'augmentation annuelle du traitement à un magistrat de l'ordre judiciaire dont les prestations seraient estimées insuffisantes, nonobstant la classification de la disposition en question sous la sect. du Chap. 3 de la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires (LMSA/NE) consacré aux « autres compétences » du Conseil de la magistrature (art. 66 à 69 LMSA/NE), relève à notre de la surveillance disciplinaire. En effet, cette mesure, qui peut concerner une différence de traitement annuel de l'ordre de Fr. 800.- à Fr. 2'700.- en fonction des années d'activité au sein de la magistrature neuchâteloise (cf. art. 16 et 18 LMSA/NE), en tant qu'elle vise à réprimer un certain comportement du magistrat judiciaire en cause, s'apparente à une forme de suspension disciplinaire au sens de l'art. 63 al. 1 let. d LMSA/NE.

⁸⁴⁴ Cf. p. ex. TF 8C_351/2011 du 02.05.2012, consid. 7.1 (fonctionnaires).

fonctionnel d'un magistrat du siège⁸⁴⁵. La mutation constitue une exception au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège⁸⁴⁶.

557. — En Suisse, les réglementations disciplinaires actuelles relatives aux magistrats du siège ne prévoient pas, à notre connaissance, la mutation à titre de sanction disciplinaire. L'absence de cette sanction disciplinaire pourrait notamment s'expliquer par la multiplicité des réglementations cantonales et fédérales en la matière, et par leur cloisonnement⁸⁴⁷. En effet, les cantons forment des circonscriptions géographiquement restreintes et composées d'un petit nombre d'entités judiciaires ; il ne serait par ailleurs pas envisageable de prononcer la mutation d'un magistrat du siège vers un autre canton, chaque canton disposant de compétences propres en matière judiciaire (cf. art. 191b al. 1 Cst. féd.)⁸⁴⁸.

558. — La mutation pourrait être combinée avec une rétrogradation (concernant la fonction et/ou le traitement). Dans cette hypothèse, les considérations émises plus haut en regard de cette dernière sanction seraient applicables pour le surplus⁸⁴⁹.

2. La distinction avec le déplacement administratif

a. La distinction

559. — La mutation ne doit pas être confondue avec le déplacement de poste (déplacement administratif ; ci-après : le « déplacement administratif »), qui peut être défini comme étant une mesure de gestion administrative consistant dans une réorganisation de la répartition du personnel attaché à un service de l'Etat (cf. restructuration).

560. — Un déplacement administratif s'inscrivant dans le cadre d'une réforme globale de l'organisation du système judiciaire doit être tenu pour admissible. En effet, le déplacement correspond en ce cas à une mutation fondée sur des

⁸⁴⁵ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 3.4, qui évoque la nouvelle nomination ou la nouvelle affectation prononcée à titre de sanction disciplinaire.

⁸⁴⁶ Cf. ég. *supra*, Chap. 2, N 112-115 concernant le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège.

⁸⁴⁷ Cf. *infra*, Chap. 6, N 1137-1154.

⁸⁴⁸ Il convient de réserver la possibilité d'une autorité judiciaire intercantonale (cf. art. 191b al. 2 Cst. féd.). Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 6, N 1139-1154.

⁸⁴⁹ Cf. N 545-555.

motifs d'ordre administratif et non sur des motifs disciplinaires⁸⁵⁰. Il est possible de conditionner un tel déplacement au consentement de l'intéressé⁸⁵¹.

561. — Toute autre mutation doit être prononcée par une autorité disciplinaire au terme d'une procédure respectant les exigences prévalant en matière disciplinaire⁸⁵². Ainsi, le prononcé d'une mesure *individuelle* de « réorganisation administrative » devrait être exclu concernant les magistrats du siège.

562. — Le risque existe qu'une mesure de déplacement administratif, même lorsqu'elle est prise à titre collectif, constitue en réalité une sanction disciplinaire (déguisée)⁸⁵³. Il conviendra d'examiner si la mesure en cause, même ordonnée dans un cadre général de réorganisation totale ou partielle des autorités judiciaires⁸⁵⁴, visait ou non en l'espèce, même accessoirement, à sanctionner personnellement un ou plusieurs magistrats du siège en raison d'un comportement jugé inadéquat. Aucun motif justifiant un déplacement disciplinaire ne doit entrer en ligne de compte⁸⁵⁵.

563. — On perçoit aisément les difficultés pratiques que pose le critère – proposé faute de mieux – de la volonté de l'autorité de réprimer un comportement déterminé du magistrat du siège. L'examen devra nécessairement être effectué en fonction des circonstances propres à chaque cas ; on ne saurait notamment aller jusqu'à proposer une présomption en faveur de la mutation disciplinaire.

⁸⁵⁰ Recom. CM/Rec(2010)12, par. 52 ; cf. ég. BELLWALD (fonction publique), p. 152. Pour un exemple, cf. TAF A-2878/2013 du 21.11.2013, consid. 4 (fonctionnaires).

⁸⁵¹ Cf. p. ex. art. 4 al. 2 Ord.1958/F : « *le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement* ». Cette disposition concerne manifestement le déplacement administratif, en contraste avec le déplacement d'office, qui figure parmi les sanctions disciplinaires définies à l'art. 45 Ord.1958/F. Cf. ég. FISCHER (D), p. 154 ss.

⁸⁵² Cf. p. ex. IBA MSJI, *Rule* 12.

⁸⁵³ Pour une casuistique, cf. ATF 136 I 323 (fonctionnaires) et les réf.

⁸⁵⁴ La mutation pourra en effet, suivant les cas, être considérée comme un acte allant au-delà de l'organisation des services auxquels le fonctionnaire en cause est rattaché, et qui est susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire en tant que titulaire de droits et d'obligations à l'égard de l'Etat. En pareille hypothèse, le fonctionnaire bénéficie de la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst. féd. (ATF 136 I 323, consid. 4).

⁸⁵⁵ JAAC 35.22, *passim*. En ce sens ég. : DUBARLE (D), p. 478, qui indique qu'en principe, le déplacement est une peine qui ne doit être prononcée que par la voie disciplinaire.

b. L'inopérance du consentement

564. — Par essence, la mutation, comme d'ailleurs toutes les autres sanctions disciplinaires, devrait être prononcée sans égard au consentement de l'intéressé. Le fait qu'une disposition légale subordonne l'admissibilité du déplacement au consentement du magistrat du siège visé ne saurait en soi conférer à la mesure en cause le caractère d'un déplacement administratif. Tout au plus cet élément peut-il être considéré, d'un point de vue abstrait, comme un indice en ce sens⁸⁵⁶.

565. — Seul le critère – décrit ci-dessus⁸⁵⁷ – de la volonté de l'autorité de réprimer, dans un cas d'espèce, un comportement déterminé permet de déterminer la nature de la mesure de déplacement prononcée. Lorsqu'il est donné dans un cas concret, un éventuel consentement du magistrat du siège visé ne change pas la nature disciplinaire de la procédure concernée et, le cas échéant, la nature disciplinaire de la mesure prononcée⁸⁵⁸. En ce sens, le consentement est, tant abstraitement que concrètement, inopérant⁸⁵⁹.

566. — Ainsi, une mutation qui serait proposée – ou suggérée – par une autorité en contrepartie – directe ou indirecte – de l'absence de poursuites disciplinaires, voire du retrait de celles-ci⁸⁶⁰, même si elle était acceptée par le magistrat du siège visé, n'en demeurerait pas moins, matériellement, une sanction disciplinaire. Point n'est besoin d'indiquer, par ailleurs, que cette méthode ne correspond pas aux standards requis en matière procédurale⁸⁶¹.

567. — Au surplus, et dans la même perspective, nous indiquons qu'un magistrat du siège ne devrait pas pouvoir valablement renoncer à recourir, sur le plan disciplinaire, contre une éventuelle mesure de déplacement prononcée à son encontre. Cette remarque s'applique à la renonciation donnée avant, aussi bien qu'à celle donnée après, le prononcé de la mesure.

c. Examen d'un cas d'application

568. — Dans un arrêt du 29 décembre 2005 rendu dans une affaire touchant à la fonction publique communale, le Tribunal administratif du canton de Vaud⁸⁶²

⁸⁵⁶ Cf. p. ex. art. 4 al. 2 Ord.1958/F, qui vise le déplacement administratif (*supra*, n. 851).

⁸⁵⁷ Cf. N 562 s.

⁸⁵⁸ En ce sens : Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 52.

⁸⁵⁹ Comp. FISCHER (D), p. 154 ss.

⁸⁶⁰ Hypothèse mentionnée par BETOULLE (F), p. 8 s.

⁸⁶¹ Cf. toutefois, en procédure pénale, les art. 358 ss CPP (procédure simplifiée), qui permettent à la personne accusée d'une infraction, à certaines conditions, de négocier sa condamnation.

⁸⁶² TC/VD, GE.2005.0111 du 29.12.2005 (confirmé par TF 2P.39/2006 du 03.07.2006).

s'est penché sur la question du caractère disciplinaire d'une mesure de déplacement.

569. — Se référant à une ancienne jurisprudence publiée dans la revue consacrée à la jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)⁸⁶³, le Tribunal administratif vaudois a indiqué que l'autorité ne doit pas utiliser la mesure consistant dans un déplacement non disciplinaire dans le but d'éviter les contraintes d'une procédure disciplinaire ; que la mesure prononcée équivaldrait le cas échéant à une sanction disciplinaire déguisée.

570. — Le Tribunal administratif vaudois a retenu qu'en l'espèce, ce danger devait toutefois être écarté, puisqu'une enquête administrative avait été menée, au cours de laquelle le fonctionnaire avait pu faire valoir son droit d'être entendu ; qu'en outre, le déplacement n'était pas fondé sur des motifs de nature disciplinaire, puisqu'il reposait sur l'inadéquation du fonctionnaire au poste occupé jusqu'alors.

571. — Il convient de relever que l'arrêt est peu clair sur la question de la délimitation entre le caractère disciplinaire ou non de la mesure de déplacement. Selon nous, le fait qu'une enquête administrative ait été menée, quand bien même certaines des garanties ayant été conférées dans ce cadre (cf. notamment le droit d'être entendu) seraient comparables à celles prévalant en matière disciplinaire, n'est pas propre à écarter la possibilité de la présence d'une sanction disciplinaire déguisée. Au surplus, des carences peuvent apparaître en ce qui concerne la nature des autorités appelées à statuer sur de telles contestations⁸⁶⁴ et l'étendue des garanties procédurales qui devront être accordées⁸⁶⁵.

572. — Par ailleurs, si l'on considère que le Tribunal administratif vaudois s'est en l'espèce attaché sur une demi-page à examiner la question – qui ressortit aux faits – du manque de compétence de l'administré⁸⁶⁶, le fait que l'enquête ait démontré un besoin de restructuration du service n'était probablement pas non plus propre, dans le cas d'espèce, à exclure la présence d'une sanction disciplinaire déguisée. En effet, il découle des considérants de l'arrêt publié dans la JAAC, précité, auquel le Tribunal administratif s'est pourtant référé, que pour que le déplacement puisse être considéré comme une mesure non disciplinaire, « *aucun motif justifiant un déplacement disciplinaire n[e] doit] entre[r] en ligne de compte* »⁸⁶⁷. Ce qui était loin d'être évident dans l'affaire

⁸⁶³ JAAC 35.22, p. 69.

⁸⁶⁴ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 6.

⁸⁶⁵ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7.

⁸⁶⁶ TC/VD, GE.2005.0111 du 29.12.2005, consid. 1c.

⁸⁶⁷ JAAC 35.22, *passim*.

en cause vu les reproches émis en relation avec les compétences professionnelles, voire le comportement, du fonctionnaire.

3. La destination et la durée

573. — La mutation pourra être opérée à l'intérieur de la même instance (changement de cour)⁸⁶⁸ ou vers une autre instance (changement de tribunal). La seconde hypothèse peut absorber la première : un changement de tribunal (géographique) peut comprendre également un changement de cour (compétences fonctionnelles, p. ex. domaine juridique).

574. — La mutation est en général prononcée pour une durée indéterminée. Il serait toutefois possible de prévoir une sanction disciplinaire consistant dans une mutation temporaire. Une telle forme de mutation ne devrait toutefois pas être prise dans un but conservatoire, mais bien dans un but disciplinaire⁸⁶⁹.

L. La révocation disciplinaire

1. La notion et la portée

a. Généralités

575. — La révocation, parfois également appelée « destitution », réunit de manière générale les mesures pouvant être prises par une autorité afin de mettre fin de manière anticipée aux rapports de service d'un agent public⁸⁷⁰. On peut distinguer dans ce cadre, suivant que la mesure est prise ou non en raison de la commission d'une infraction disciplinaire, entre (i) la révocation disciplinaire et (ii) la révocation non disciplinaire⁸⁷¹. La révocation non disciplinaire ne constitue pas une catégorie formelle à proprement parler, mais rassemble à titre

⁸⁶⁸ Cf. MATRAY (B), p. 45 – bien qu'évoquant l'hypothèse d'une mesure prise par un chef de juridiction en dehors de toute procédure disciplinaire.

⁸⁶⁹ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1360-1377 concernant les mesures provisionnelles.

⁸⁷⁰ Cf. p. ex. TF 2P.163/2005 du 31.08.2005, consid. 6.1. Cf. pour le surplus MAHON, Destitution, N 31 et *passim*. Cf. ég. NGUYEN, Sanctions, p. 172 s.

⁸⁷¹ Cf. MAHON, Destitution, *passim*. Cf. ég. COMMISSION DE VENISE, Avis Ukraine 2013, N 22, qui se prononce – à juste titre – en faveur d'une claire distinction entre la révocation disciplinaire et la révocation non disciplinaire des magistrats du siège.

subsidaire des mesures de formes diverses n'ayant – matériellement – pas de caractère disciplinaire.

576. — Appliquée aux magistrats du siège, la révocation disciplinaire (*die disziplinarische Entlassung*)⁸⁷² peut être définie comme étant le fait pour un magistrat du siège de se voir démettre de sa fonction en raison de la commission d'une infraction disciplinaire.

577. — La révocation disciplinaire constitue l'*ultima ratio* dans l'échelle des sanctions disciplinaires. Cette mesure, qui forme la sanction disciplinaire la plus lourde, a un caractère d'exception ; elle ne devrait être envisagée qu'en cas d'infraction disciplinaire particulièrement grave, ou en présence d'une pluralité d'infractions disciplinaires dont la gravité résulte de leur répétition⁸⁷³.

578. — L'infraction disciplinaire commise par le magistrat du siège doit traduire une méconnaissance totale de ses obligations fondamentales et porter gravement atteinte au prestige de la fonction et partant à l'intégrité de la justice ; le manquement qui lui est imputé doit apparaître à tel point incompatible avec la fonction exercée que la titularité même du statut de magistrat du siège n'apparaît plus supportable⁸⁷⁴. Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence, a ainsi indiqué que la révocation disciplinaire « *ne s'impose que dans des cas particulièrement graves qui portent atteinte au fonctionnement ou à l'image de l'employeur public* »⁸⁷⁵.

579. — Les cas de révocation peuvent s'avérer délicats lorsque l'autorité indique prononcer la mesure à titre non disciplinaire alors que la situation en cause laisse apparaître un comportement du magistrat du siège susceptible de constituer une ou plusieurs infractions disciplinaires⁸⁷⁶.

580. — A titre d'exemples, on peut citer : le fait qu'une condition d'éligibilité n'est plus remplie (cf. p. ex. art. 107 al. 1 let. c LJ/FR ; art. 21 al. 1 let. a LOJ/GE) ; la domiciliation du magistrat du siège dans un autre canton (cf. p. ex.

⁸⁷² On rencontre parfois également les termes « déchéance » ou « destitution » (disciplinaire).

⁸⁷³ TF 8C_47/2013 du 28.10.2013, consid. 5.4 ; 8C_480/2012 du 28.06.2013, consid. 6.3 ; 8C_203/2010 du 01.03.2011, consid. 3.5 ; NGUYEN, Rapports de service, p. 421, 438 ; BELLWALD, p. 156. Cf. ég. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 50.

⁸⁷⁴ FISCHER (D), p. 153 et les réf. ; GORE (F), N 30, se référant à la solution retenue en droit grec concernant les magistrats judiciaires. Cf. ég. NGUYEN, Rapports de service, p. 438. Pour une casuistique détaillée en droit américain, cf. GRAY (USA), AJS, p. 8 ss.

⁸⁷⁵ TF 8C_866/2010 du 12.03.2012 (fonctionnaires), consid. 4.2.2.

⁸⁷⁶ Cf. ég. NGUYEN, Rapports de service, p. 438.

art. 107 al. 1 let. a LJ/FR ; art. 5 LMSA/NE⁸⁷⁷)⁸⁷⁸ ; le constat d'une incompatibilité à raison de la personne ou de la fonction (cf. p. ex. art. 6, 9 et 21 al. 1 let. b LOJ/GE)⁸⁷⁹ ; le constat de l'incapacité durable du magistrat du siège d'assumer ses fonctions, notamment en raison de son état de santé (cf. p. ex. art. 107 al. 1 let. b LJ/FR ; art. 21 al. 1 let. c LOJ/GE)⁸⁸⁰.

581. — Afin d'illustrer notre propos, et pour reprendre le dernier exemple cité ci-avant, nous mettons en évidence que l'incapacité d'exercer les fonctions de magistrat du siège peut découler d'une maladie (p. ex. une dépression ou une toxicodépendance) ayant entraîné la commission d'infractions disciplinaires (p. ex. absences injustifiées ; dénis de justice particulièrement graves⁸⁸¹)⁸⁸².

b. Une exception au principe de l'inamovibilité

582. — Comme évoqué ci-dessus⁸⁸³, le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège, qui découle du principe de l'indépendance de la justice, doit être assorti d'exceptions appropriées afin notamment que des manquements déterminés de la part desdits magistrats du siège puissent le cas échéant être sanctionnés. La révocation disciplinaire constitue le cas échéant, dans ce cadre, une exception au principe de l'inamovibilité des magistrats du siège⁸⁸⁴.

583. — Le canton de Fribourg, qui comme on l'a vu⁸⁸⁵ connaît le principe de l'élection des magistrats du siège pour une durée indéterminée, réserve ainsi notamment⁸⁸⁶ les cas de révocation disciplinaire (art. 6 al. 3 LJ/FR, qui renvoie aux art. 107 ss LJ/FR).

⁸⁷⁷ L'art. 5 LMSA/NE est partiellement reproduit *supra*, n. 829.

⁸⁷⁸ A noter que la domiciliation dans le canton peut être prévue comme condition d'éligibilité, (cf. p. ex. art. 5 al. 1 let. c LOJ/GE).

⁸⁷⁹ Pour un exemple d'incompatibilité passagère, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2008.1 du 23.12.2008, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 15 ss : prestation par un magistrat du siège de conseils juridiques et d'assistance à un tiers.

⁸⁸⁰ Pour un autre exemple d'énumération des causes de perte de la qualité de magistrat du siège, cf. art. 378 s. LOPJ/E.

⁸⁸¹ Sur cette dernière notion, cf. *supra*, Chap. 4, N 446-454.

⁸⁸² Pour un exemple : CSM/GE, déc. CSM/7/2011 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 67 s.

⁸⁸³ Cf. N 115.

⁸⁸⁴ P. ex. COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 33 ss, 39 ss. Cf. ég. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 218 s. ; MAHON/SCHALLER, N 59 ss.

⁸⁸⁵ Cf. N 114.

⁸⁸⁶ Les cas de révocation visés sont disciplinaires et non disciplinaires.

c. Le cas spécifique du renvoi pour justes motifs

(i) *Considérations générales*

584. — La révocation disciplinaire doit être distinguée du renvoi (licenciement ; résiliation des rapports de service) pour justes motifs. Selon la jurisprudence et la doctrine, ces deux mesures remplissent des fonctions distinctes : la révocation disciplinaire est la conséquence de la commission d'une infraction disciplinaire, tandis que le renvoi pour justes motifs intervient lorsque, d'après les règles de la bonne foi, le rapport de service ne peut pas être poursuivi ou que son maintien serait préjudiciable à la bonne marche ou à la bonne réputation de l'administration⁸⁸⁷.

585. — On constate, d'une manière générale, une tendance allant dans le sens de l'abandon de la révocation disciplinaire au profit du renvoi pour justes motifs. Le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de mentionner que la voie de la révocation disciplinaire est rarement empruntée⁸⁸⁸. La révocation disciplinaire a par exemple été abandonnée en droit de la fonction publique fédérale (cf. art. 25 LPers ; 99 OPers *a contrario*). La difficulté à distinguer clairement les deux types de mesures aurait même conduit le législateur vaudois, en 1988, à éliminer du statut cantonal de la fonction publique toutes les règles de droit disciplinaire applicables aux fonctionnaires⁸⁸⁹.

586. — La révocation disciplinaire et le renvoi pour justes motifs coexistent parfois dans les réglementations sur le statut des agents publics⁸⁹⁰. Dans ce cas, la compétence de prononcer une révocation disciplinaire et celle de prononcer une révocation pour justes motifs sont généralement réunies dans les mains d'une même autorité. Se pose alors la question (de l'admissibilité du principe) du choix entre les deux voies lorsque le manquement reproché à un agent public

⁸⁸⁷ Cf. TF 8C_631/2011 du 19.09.2012, consid. 7.1 ; 2P.163/2005 du 31.08.2005 ; TA/VD, GE 1996.0031 du 17.03.1997, consid. 3a ; TC/VD, GE.2009.0219 du 19.03.2010 ; JAAC 1997 n° 28. Sur la distinction entre révocation disciplinaire et révocation administrative, cf. ég., parmi d'autres, NGUYEN, *Rapports de service*, p. 439 et les réf. ; BELLWALD, p. 158 ss ; RHINOW/KRÄHENMANN, N 150.B.II ; MERKER, p. 10 ss ; POLEDNA, p. 49 ss ; HÄNNI/PFENNINGER, p. 423 s. ; cf. ég. FISCHER (D), p. 156 ss.

⁸⁸⁸ TF 8C_866/2010 du 12.03.2012 (fonctionnaires), consid. 4.2.2.

⁸⁸⁹ Pour un exposé, cf. TA/VD du 17.03.1997, consid. 3b.

⁸⁹⁰ Cf. p. ex. ATF 140 I 277 (surveillance disciplinaire des autorités de poursuite), consid. 4.5 et les réf. ; TF 8C_631/2011 du 19.09.2012, consid. 7.2.

peut donner lieu aussi bien à une révocation disciplinaire qu'à un renvoi pour justes motifs⁸⁹¹.

587. — L'enjeu de la distinction tient notamment dans l'éventuel effet suspensif dont serait assorti un éventuel recours. En effet, la situation est parfois différente à cet égard suivant que l'autorité décide d'emprunter la voie de la révocation disciplinaire ou celle du renvoi pour justes motifs. Par exemple, le législateur pourrait prévoir qu'un recours contre une décision de révocation disciplinaire emporterait impérativement effet suspensif, tandis qu'il conférerait à l'autorité la possibilité de retirer l'effet suspensif dont serait assorti un éventuel recours contre une décision de renvoi pour justes motifs, ce qui exclurait pratiquement, dans ce dernier cas, toute possibilité de réintégration⁸⁹².

588. — L'enjeu tient également selon nous dans l'exigence de base légale relative à la définition des comportements pouvant entraîner une révocation disciplinaire ou un renvoi pour justes motifs. On pourrait par exemple considérer que les normes posant les conditions d'accès à la fonction et d'exercice de la fonction constituent des bases légales suffisantes pour justifier un renvoi pour justes motifs⁸⁹³. Ces normes pourraient par contre s'avérer insuffisantes, au vu du principe de la légalité des infractions disciplinaires⁸⁹⁴, pour fonder une révocation disciplinaire.

(ii) Les possibilités d'application en droit des magistrats du siège

589. — Certaines législations prévoient la possibilité de prononcer – alternativement – un renvoi pour justes motifs ou une révocation disciplinaire à l'encontre des magistrats du siège. Par exemple, dans le canton de Vaud, le renvoi immédiat pour justes motifs (art. 32a LOJV/VD ; cf. ég. art. 42 al. 1

⁸⁹¹ Cf. p. ex. TA/VD du 17.03.1997, consid. 3b, qui indique que la révocation pour justes motifs intervient souvent en raison d'un manquement pouvant également constituer une infraction disciplinaire ; TF 8C_866/2010 du 12.03.2012, consid. 4.2.2 et 8C_203/2010 du 01.03.2011, consid. 3.5 (fonctionnaires), dans lesquels le Tribunal fédéral s'est prononcé contre l'exclusion de la possibilité de prononcer un licenciement administratif en présence d'une infraction disciplinaire susceptible d'entraîner une révocation disciplinaire ; cf. ég. en ce sens TF 8C_631/2011 du 19.09.2012, consid. 7.2.

⁸⁹² Sur ces questions, cf. BELLANGER, p. 230 ss ; NGUYEN, *Sanctions*, p. 196 ss. Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1457-1459 concernant l'effet suspensif du recours contre une décision disciplinaire.

⁸⁹³ MOOR/POLTIER, p. 136, considèrent par exemple que les normes posant les conditions d'accès à la fonction et les conditions d'exercice de la fonction constituent des bases légales suffisantes pour déclencher une procédure de renvoi pour justes motifs.

⁸⁹⁴ Cf. *supra*, Chap. 4, N 270-335.

let. b LOJV/VD) figure aux côtés de la « destitution » (cf. art. 32 al. 1 ch. 3 LOJV/VD ; cf. ég. art. 42 al. 1 let. b LOJV/VD). De même, dans le canton du Valais, le renvoi pour justes motifs (art. 34 al. 2 LOJ/VS) existe parallèlement au « renvoi sans délai » (art. 33 al. 1 let. g LOJ/VS).

590. — La question se pose de savoir si la coexistence des deux voies précitées est admissible. La jurisprudence a laissé cette question ouverte⁸⁹⁵. A notre sens, la sécurité du droit exigerait que l'on définisse une seule voie permettant de mettre fin aux rapports de fonction des magistrats du siège.

591. — En tout état de cause, la voie du renvoi des magistrats du siège pour justes motifs ne devrait pas pouvoir être utilisée dans le but de contourner les règles du droit disciplinaire. En particulier, le choix de la voie du renvoi pour justes motifs ne devrait pas permettre à l'autorité d'éluder le principe de la légalité des infractions disciplinaires ; le cas échéant, l'on se trouvera en présence d'une sanction disciplinaire déguisée. Ainsi, un renvoi pour justes motifs fondé sur une « insuffisance professionnelle » du magistrat du siège devrait être considéré avec circonspection lorsque la mesure prise par l'autorité dénote une intention d'infliger une sanction du fait d'un comportement déterminé du magistrat du siège⁸⁹⁶. En effet, dans un tel cas, la possibilité existe que les manquements en cause, à supposer qu'ils puissent être sanctionnés disciplinairement, ne soient pas suffisamment graves – même en tenant compte le cas échéant du facteur aggravant de la récidive – pour justifier une révocation disciplinaire⁸⁹⁷. L'on se trouvera donc souvent confronté à des cas limites⁸⁹⁸.

592. — Par ailleurs, il nous paraît que la compétence de prononcer le renvoi des magistrats du siège pour justes motifs et celle de prononcer la révocation

⁸⁹⁵ Question laissée ouverte in ATF 104 Ia 161, consid. 3a ; TA/VD, GE.1997.0005 du 29.07.1997, consid. 4b ; GE.1996.0031 du 17.03.1997, consid. 3d.

⁸⁹⁶ Cf. pour le surplus *supra*, N 463-468 concernant les sanctions disciplinaires déguisées.

⁸⁹⁷ Cf. TA/VD, GE.1995.0087 du 19.05.1998 pour un exemple de conversion d'une procédure disciplinaire en une procédure de renvoi pour justes motifs. Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé, dans le sens inverse, que la conversion par une autorité communale d'un renvoi pour justes motifs en déplacement de fonction relève de l'opportunité et échappe dans une large mesure au pouvoir d'examen du tribunal administratif (arrêts cités in TF 2P.163/2005 du 31.08.2005 [médecins], consid. 6.1). Cf. ég. TF 8C_866/2010 du 12.03.2012, consid. 4.2.2 : « la révocation revêt l'aspect d'une peine et a un caractère plus ou moins infamant, ce qui n'est pas le cas d'un licenciement administratif ».

⁸⁹⁸ Il a par exemple été jugé qu'un retrait du droit de fonctionner comme responsable d'un service d'ambulances, dans la mesure où ce retrait est donné suite à une condamnation pénale, constitue une sanction disciplinaire et non un retrait de l'autorisation qui serait dû au fait que les conditions d'octroi ne seraient plus remplies (TA/VD, GE.2004.0060 du 09.09.2004, consid. 1).

disciplinaire des magistrats du siège devraient en tout état de cause être conférées à la même autorité. Une telle solution permettrait à tout le moins de limiter les possibilités de décisions et jurisprudences contradictoires. L'autorité compétente devrait logiquement être l'autorité compétente en matière disciplinaire.

2. La nature juridique

593. — La révocation disciplinaire des magistrats du siège forme à tout le moins, en Suisse, une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁸⁹⁹. La question se pose de savoir si l'art. 6 par. 1 CEDH trouve également à s'appliquer sous l'angle de son volet pénal. En effet, dès lors qu'elle porterait sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, toute procédure disciplinaire dirigée contre un magistrat du siège et pouvant potentiellement aboutir à sa révocation devrait être menée dans le respect des garanties du procès pénal⁹⁰⁰.

594. — Dans un arrêt *W.R. c. Autriche* du 21 décembre 1999, la Cour européenne des droits de l'homme avait laissée ouverte la question de savoir si une interdiction d'exercer une profession libérale pendant une période pouvant aller jusqu'à une année constitue une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁹⁰¹.

595. — Dans son arrêt *Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a nié, au regard du (troisième) critère – subsidiaire – de la sévérité de la sanction⁹⁰², l'application du volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH au contentieux disciplinaire concernant la révocation d'un magistrat du siège ukrainien⁹⁰³. La Cour a notamment relevé que la révocation disciplinaire du magistrat du siège en cause n'empêchait en l'espèce pas formellement celui-ci de pratiquer le droit en une autre qualité⁹⁰⁴. La Cour a par ailleurs rappelé sa jurisprudence en vertu de laquelle la mise à la retraite anticipée de membres des forces armées ne pouvait pas être considérée comme une sanction pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁹⁰⁵. La Cour a toutefois retenu que la révocation du

⁸⁹⁹ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 87-91 ; cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 187-200.

⁹⁰⁰ Cf. *supra*, Chap. 3, N 201-216.

⁹⁰¹ CourEDH, arrêt *W.R. c. Autriche* du 21.12.1999, req. no 26602/95, par. 27 ss.

⁹⁰² *Supra*, Chap. 3, N 212-216.

⁹⁰³ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 93-95.

⁹⁰⁴ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 93.

⁹⁰⁵ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 94 et les réf.

magistrat du siège en cause constituait une ingérence injustifiée dans l'exercice par celui-ci de son droit au respect de sa vie privée au sens de l'art. 8 CEDH et a dès lors admis en l'espèce le recours pour ce motif⁹⁰⁶.

596. — Le Tribunal fédéral a quant à lui retenu, dans un arrêt du 1^{er} mars 2011 rendu en droit de la fonction publique⁹⁰⁷, que la révocation disciplinaire « *a un caractère plus ou moins infamant* » et « *revêt l'aspect d'une peine* ». Le Tribunal fédéral se réfère depuis à cet arrêt de manière constante⁹⁰⁸. Il conviendrait selon nous de retenir, à la lumière de cette jurisprudence, que la révocation disciplinaire revêt, en Suisse, un caractère pénal. Selon cette approche, l'application du volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH serait donnée déjà sous l'angle du (deuxième) critère de la nature de l'accusation⁹⁰⁹. Dans un tel cas, le (deuxième) critère de la nature de l'accusation prend le pas sur le (troisième) critère – subsidiaire – de la sévérité de la sanction encourue⁹¹⁰.

597. — Au vu de ce qui précède, l'arrêt rendu le 26 janvier 2001 par le Tribunal fédéral, par lequel ce dernier a nié l'application de l'art. 6 par. 1 CEDH, tant sous l'angle du volet civil que du volet pénal, à une procédure ayant conduit à la révocation d'un magistrat du siège⁹¹¹, apparaît dépassé, à tout le moins concernant le volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH.

3. Les conditions d'application

a. L'absence (théorique) de la condition de l'avertissement

598. — Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative aux fonctionnaires⁹¹², a retenu que « [e]xceptionnellement [...], le fonctionnaire défaillant peut être

⁹⁰⁶ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 160-187. Pour un autre cas d'application, cf. CourEDH, arrêt *Özpınar c. Turquie* du 19.10.2010, req. n° 20999/04, ch. 43 ss.

⁹⁰⁷ TF 8C_203/2010 du 01.03.2011, consid. 3.5.

⁹⁰⁸ TF 8C_47/2013 du 28.10.2013, consid. 5.4 ; 8C_942/2010 du 03.10.2011, consid. 2.3 ; 8C_866/2010 du 12.03.2012, consid. 4.2.2 ; 8C_631/2011 du 19.09.2012, consid. 7.1 ; 8C_897/2012 du 02.04.2013, consid. 3.4.

⁹⁰⁹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 206-211.

⁹¹⁰ Cf. *supra*, N 211.

⁹¹¹ TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 2b/bb.

⁹¹² Sur l'application de la jurisprudence relative aux fonctionnaires, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 5 et les réf., publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss.

révoqué [disciplinairement] sans avertissement préalable, lorsque l'infraction est si grave que le maintien en service du coupable n'est plus compatible avec les intérêts de l'administration. Tel est le cas lorsque le défaillant ne présente plus les garanties d'honneur et de moralité suffisantes qui sont exigées d'un fonctionnaire (ainsi à la suite d'une condamnation pour délit grave [...]). Tel en est de même quand les intérêts administratifs se trouvent si sérieusement compromis par l'infraction qu'il est nécessaire de recourir immédiatement à la sanction la plus sévère, afin de prévenir autant que possible la répétition d'un acte semblable ; dans de telles circonstances, la faute commise est très grave, car le coupable ne pouvait se méprendre sur les conséquences de son acte et celui-ci révèle chez l'auteur une mentalité si déficiente qu'elle est incompatible avec la qualité de fonctionnaire »⁹¹³.

599. — A notre sens, l'existence du prononcé préalable d'un avertissement ne constitue en principe pas, en tant que telle, une condition à la révocation disciplinaire⁹¹⁴. Toutefois, le législateur pourrait prévoir que la révocation disciplinaire d'un magistrat du siège doit, en principe, être précédée d'un avertissement prononcé à titre de sanction disciplinaire (ou du prononcé antérieur d'autres sanctions disciplinaires de degré inférieur à la révocation disciplinaire)⁹¹⁵. Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessus concernant la question de l'avertissement prononcé en tant que sanction disciplinaire et contenant une sanction-menace⁹¹⁶.

b. Le prononcé avec effet immédiat

600. — Dans un arrêt concernant un fonctionnaire genevois, le Tribunal fédéral a indiqué que « [le] caractère immédiat de la révocation [disciplinaire] [...] est inhérent à ce type de mesure et il n'apparaît en tout cas pas [...] critiquable sous l'angle de l'arbitraire »⁹¹⁷. Le caractère immédiat de la révocation disciplinaire ne doit en aucun cas affecter la conduite de la procédure

⁹¹³ ATF 74 I 84, consid. 2, p. 91. Cf. ég. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 5, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss. Sur l'avertissement avec menace de révocation, cf. *supra*, N 487-491, en particulier N 488.

⁹¹⁴ Cette condition se rapporte davantage au renvoi pour justes motifs, qui doit en principe être précédé d'un avertissement (cf. p. ex. TAF A-692/2014 du 17.06.2014 [fonctionnaires], consid. 3 ; ATF 81 I 239, consid. 4 ; JAAC 61.27, consid. 4c).

⁹¹⁵ Cf. p. ex. art. 107 al. 2 LJ/FR : la révocation – disciplinaire et non disciplinaire – est précédée d'un avertissement écrit « si les circonstances le permettent ».

⁹¹⁶ Cf. *supra*, N 487-491, en particulier N 488.

⁹¹⁷ TF 8C_47/2013 du 28.10.2013, consid. 5.4 *i.f.*

disciplinaire. Ainsi, dans l'espèce précitée, la révocation disciplinaire, prononcée avec effet immédiat, était intervenue sur la base d'un rapport d'enquête sur lequel le fonctionnaire en cause avait eu l'occasion de se déterminer.

601. — Certaines réglementations prévoient en outre que la révocation d'un magistrat du siège intervient « de plein droit » lors de la survenance d'une cause définie dans la loi. Ainsi, selon l'art. 69 al. 1 LMSA/NE, un magistrat judiciaire qui tomberait en faillite ou contre lequel un acte de défaut de biens serait délivré serait « suspendu de plein droit » ; selon l'art. 69 al. 2 LMSA/NE, ledit magistrat serait ensuite « déchu de plein droit de ses fonctions » si, dans les trois mois à compter de la date de la suspension, la faillite n'était pas révoquée ou l'acte de défaut de biens n'était pas racheté ou annulé. Aux termes de l'art. 69 al. 4 LMSA/NE, le Conseil de la magistrature, informé par l'office des poursuites de telles situations (cf. art. 69 al. 3 LMSA/NE), devrait « constater » la suspension ou la déchéance et fixer dans chaque cas la mesure dans laquelle le traitement continue à être versé entre la date de la suspension et celle – inéluctable – de la déchéance. Une telle construction apparaît problématique dans la mesure où elle peut conduire à une révocation d'un magistrat du siège fondée sur des motifs disciplinaires en dehors du respect de toute procédure disciplinaire.

602. — Si les circonstances le justifient, une suspension prononcée à titre conservatoire permettra généralement d'obtenir rapidement, en vue de la préservation d'intérêts publics, l'éloignement du magistrat du siège du cercle judiciaire dans l'attente d'une décision au fond⁹¹⁸. Pour le surplus, nous renvoyons également aux développements ci-dessous⁹¹⁹ concernant la question de l'effet suspensif dont peut être assorti un éventuel recours contre une décision de sanction disciplinaire.

⁹¹⁸ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1457-1459 concernant l'effet suspensif dont peut être assorti le recours contre une décision de sanction disciplinaire.

⁹¹⁹ Pour un exemple, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 6.3, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss. Dans cette espèce, le *Consiglio della magistratura* tessinois a prononcé la révocation d'un magistrat du siège à l'issue d'une procédure disciplinaire. Il a rejeté, dans sa décision de révocation, la demande de suspension de la procédure disciplinaire formée par le magistrat du siège en cause.

4. Les conséquences de la révocation disciplinaire (aperçu)

603. — La révocation disciplinaire est une sanction d'une gravité exceptionnelle : elle entraîne la perte – en principe définitive – du statut de magistrat du siège (cf. p. ex. art. 405 al. 8 C.jud./B)⁹²⁰.

604. — Le législateur peut le cas échéant définir expressément que cette perte est définitive. Ainsi, dans le canton du Tessin, l'art. 80 al. 3 LOG/TI dispose que la révocation disciplinaire entraîne l'inéligibilité du magistrat du siège à une fonction judiciaire ; cette inéligibilité ne vaudra bien entendu – à défaut d'une portée plus large conférée par un éventuel concordat intercantonal⁹²¹ – que sur le territoire cantonal. L'art. 405 al. 9 C.jud./B prévoit également que la révocation emporte l'interdiction d'exercer à nouveau des fonctions au sein de l'ordre judiciaire belge.

605. — Nous relevons encore que le Tribunal fédéral avait jugé que l'inéligibilité découlant de l'art. 81 al. 2 aLOG/TI (possibilité donnée au *Consiglio della magistratura* de déclarer le magistrat du siège inéligible), en considération de l'art. 51 aCP qui prévoyait l'interdiction d'exercer une charge ou une fonction pour une durée de deux à dix ans, n'était pas contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 par. 1 Cst. féd.)⁹²².

606. — Au surplus, des dispositions spécifiques peuvent être prévues notamment concernant les effets de la révocation disciplinaire en matière de prévoyance professionnelle, en particulier concernant le droit à la retraite (cf. p. ex. art. 80 al. 3 LOG/TI).

M. La non-réélection

1. Le système (d'élection et) de réélection des magistrats du siège en Suisse (aperçu)

607. — En Suisse, les magistrats du siège, tant fédéraux que cantonaux, sont traditionnellement désignés selon un système d'élections⁹²³. Ce mode de

⁹²⁰ P. ex. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 235 ss, qui propose également un aperçu historique de la révocation disciplinaire dans la magistrature judiciaire française du XV^e au XIX^e siècle.

⁹²¹ Cf. *supra*, N 236.

⁹²² TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 5.

⁹²³ TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.2. Cf. pour le surplus BOHNET, N 137 s. concernant les différentes solutions retenues par les cantons (suffrage direct ou indirect ; distinction opérée parfois entre les juges de première instance ou d'instance supérieure).

désignation, qui est généralement fortement politisé, fait l'objet de nombreuses discussions, tant en doctrine que parmi les acteurs politiques⁹²⁴. Il n'est, à ce jour, pas remis en cause par le Tribunal fédéral⁹²⁵.

608. — Les élections sont, dans la quasi-totalité des cas, périodiques. Le canton de Fribourg fait figure d'exception : les magistrats du siège y sont élus pour une durée indéterminée (art. 121 al. 2 phr. 1 Cst./FR ; art. 6 al. 1 LJ/FR)⁹²⁶.

609. — Le système d'élections périodiques entraîne naturellement la problématique de la réélection et de la non-réélection des magistrats du siège. Cette question fait également l'objet de nombreuses réflexions⁹²⁷. Au niveau européen, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n'a pas remis en cause la possibilité d'une reconduction de la nomination des magistrats du siège. Il a indiqué que la décision relative à la reconduction, à l'instar de celle relative à la nomination, devrait « *reposer sur des critères objectifs préétablis par la loi ou par les autorités compétentes* » ; en particulier, elle devrait « *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* »⁹²⁸.

610. — Le Tribunal fédéral, dans son Rapport du 6 octobre 2010 intitulé « Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et institutions équivalentes » présenté au Congrès de Rio en 2011, a considéré à ce titre que l'indépendance des juges du Tribunal fédéral est suffisamment garantie dans la mesure où l'autorité de nomination « *ne recourt quasiment pas aux moyens de la non-réélection [...]* »⁹²⁹. Selon nous, ce dernier constat, s'il

Cf. ég. GAVIN, N 2, qui indique que c'est à la demande de l'Association des magistrats du pouvoir judiciaire de la République et canton de Genève (AMPJ) que le système d'élection populaire a été maintenu à Genève ; ZAPPELLI, Réaction, N 1, qui précise, au sujet du même canton, que les élections sont la plupart du temps tacites.

⁹²⁴ P. ex. GONIN/BIGLER, *passim* ; GRODECKI, N 11 ss ; CORBOZ, Richterzeitung, *passim* ; KOPP, p. 15 ; AMOOS PIGUET, Richterzeitung, *passim* ; AMOOS PIGUET, Plaidoyer, *passim* ; VATTER/ACKERMANN, *passim* ; RASELLI, NZZ ; STADELMANN, Wahl und Wiederwahl, N 2-5 (Lucerne) ; MARTY, Rapport, p. 12 s.

⁹²⁵ Cf. p. ex. TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.2.

⁹²⁶ MAHON/SCHALLER, N 18 s. ; VALLET, Richterzeitung, N 29 et *passim* ; STADELMANN, Wahl und Wiederwahl, N 7 ; cf. ég. MARTY, Rapport, p. 20 s.

⁹²⁷ P. ex. MAHON/SCHALLER, *passim* et les réf. ; GRODECKI, N 11 ss ; KIENER, Wiederwahl, p. 36 ss ; STADELMANN, Wahl und Wiederwahl, N 6-10 (Lucerne).

⁹²⁸ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 51 (reconduction de la nomination).

⁹²⁹ Ch. 2.6. Cf. ég. FF 2002 p. 1128 ss, p. 1135 : « [e]n règle générale, les juges [fédéraux] peuvent escompter être réélus sans problème. Cela est important du point de vue de

se veut rassurant, ne permet toutefois pas de retenir que le respect du principe de la garantie de l'indépendance est assuré en toutes circonstances⁹³⁰.

611. — La nomination des magistrats judiciaires pour une période indéterminée, couplée à un mécanisme de révocation – disciplinaire et non disciplinaire – adéquat, nous semblerait être la solution la plus à même de garantir, abstraitement et concrètement, la sécurité du droit et l'indépendance de la justice⁹³¹. Dans le titre suivant, nous examinerons la question spécifique du rapport entre la non-réélection et la révocation disciplinaire des magistrats du siège.

2. Le caractère disciplinaire potentiel

612. — Lorsque le système juridique visé ne prévoit pas la nomination des magistrats du siège pour une durée indéterminée, il conviendrait de chercher un moyen de contrôler le processus parlementaire de (non-)réélection⁹³². Il s'agira par ailleurs d'examiner attentivement les circonstances et les motifs présidant à toute décision de non-réélection d'un magistrat du siège afin d'évaluer si cette décision revêt le caractère d'une sanction disciplinaire – le cas échéant déguisée⁹³³. En particulier, la non-réélection, dès lors qu'elle entraîne la perte du statut de magistrat du siège, peut s'apparenter à une révocation disciplinaire⁹³⁴ lorsqu'elle se fonde sur un comportement ou un ensemble de comportements déterminé(s) du magistrat du siège.

613. — Le système de réélection présente ainsi l'inconvénient de conférer à l'entité éléctrice le pouvoir de décider en fin de compte d'une éventuelle non-reconduction d'un magistrat du siège sur la base d'un comportement relevant par hypothèse du droit disciplinaire mais qui (i) n'a pas fait l'objet d'une procédure disciplinaire, ou (ii) n'a donné lieu, au terme d'une procédure disciplinaire, à aucune sanction disciplinaire ou à tout le moins à aucune sanction disciplinaire correspondant à une révocation disciplinaire⁹³⁵, ou

l'indépendance des tribunaux [sic]. Il peut néanmoins y avoir des cas patents dans lesquels l'intérêt public requiert la non-réélection [...] ».

⁹³⁰ Cf. ég. MAHON/SCHALLER, N 33 ss.

⁹³¹ En ce sens : MAHON/SCHALLER, N 64 et *passim* ; MARTY, Rapport, p. 20 s., 26 ; cf. ég. TINKHAM (USA), p. 1643 et *passim*.

⁹³² Cf. KIENER, *Wiederwahl*, p. 42 s.

⁹³³ En ce sens ég. : MAHON/SCHALLER, N 32, 66, 71.

⁹³⁴ Cf. *supra*, N 603.

⁹³⁵ Cf. ég. CORBOZ, *Richterzeitung*, N 8 ss ; KIENER, *Judicial independence*, p. 418 s.

justement (iii) a par hypothèse déjà donné lieu à une sanction disciplinaire (définitive et exécutoire) (autre qu'une révocation)⁹³⁶.

614. — L'articulation entre une procédure de réélection et une éventuelle procédure formelle de révocation (disciplinaire mais aussi non disciplinaire), terminée ou en cours, n'est généralement pas réglée ni même envisagée par le législateur⁹³⁷. Dans tous les cas, la non-réélection ne devrait pas avoir pour effet d'éluider l'application des dispositions relatives à la révocation disciplinaire des magistrats du siège lorsque le comportement en cause relève du droit disciplinaire. En outre, nous indiquons qu'un même comportement, relevant par hypothèse du droit disciplinaire, ne devrait pas connaître un traitement différent selon que celui-ci survient au début ou à l'approche de la fin d'une législature judiciaire⁹³⁸.

615. — Afin d'illustrer ce qui précède, nous pouvons citer l'art. 78 al. 2 LMSA/NE, qui octroie au Conseil de la magistrature du canton de Neuchâtel la faculté de « *contester la réélection d'un magistrat [judiciaire]* » dans son rapport adressé au Grand Conseil avant la fin de la période de fonction des autorités judiciaires en vue des réélections judiciaires. Une telle démarche peut être comprise en ce sens que le Conseil de la magistrature est nanti du pouvoir

⁹³⁶ Une non-réélection, lorsqu'elle intervient postérieurement au prononcé d'une sanction disciplinaire définitive – autre qu'une révocation disciplinaire – à l'encontre d'un magistrat du siège (hypothèse envisagée in JAAC 1997 [80], p. 757), pourrait être considérée comme une (seconde) sanction disciplinaire – le cas échéant déguisée – si elle est fondée sur des motifs disciplinaires. En ce cas, la question de l'admissibilité d'une telle mesure pourrait être examinée au regard du principe *ne bis in idem* (cf. *supra*, Chap. 5, N 666-693).

⁹³⁷ Cf. toutefois l'art. 29 al. 1 LMSA/NE, qui prévoit que le magistrat judiciaire qui, au moment de sa non-réélection, fait l'objet d'une procédure disciplinaire pour des faits dont la nature ou la gravité est telle qu'une destitution était concrètement envisageable, n'a pas droit aux indemnités prévues à l'art. 28 LMSA/NE en cas de non-réélection. Cf. ég. art. 22 LOJ/GE, qui prévoit que le président du Conseil supérieur de la magistrature est tenu d'informer les représentants des partis politiques siégeant au Grand Conseil de l'existence d'une procédure disciplinaire en cours, de même que des sanctions rendues à l'encontre d'un magistrat judiciaire appelé à changer de fonction au cours de sa carrière ou à être réélu à l'occasion de l'élection générale (sur cette dernière question, cf. ZAPPELLI, Image, p. 95 ; JORNOT, N 23 ; à noter que la détermination de la portée admissible de l'utilisation d'une telle information n'est pas chose aisée).

⁹³⁸ Cf. ég. FONJALLAZ, p. 56 ; MAHON/SCHALLER, N 61. Dans le même ordre d'idées, nous notons que l'indépendance et l'impartialité d'un magistrat du siège seraient également entachées si celui-ci devait par exemple différer le prononcé ou modifier la teneur de certaines décisions dès lors que celles-ci seraient susceptibles d'avoir une incidence sur une réélection à venir (cf. AMOOS PIGUET, Plaidoyer, p. 33 s. ; VALLET, RFJ, p. 296 ; CORBOZ, Richterzeitung, N 12).

de proposer une non-réélection. Or cette mesure, aussi informelle soit-elle, entre manifestement en conflit avec la compétence attribuée au Conseil de la magistrature en vertu de l'art. 63 al. 1 let. e LMSA/NE de prononcer une destitution. En effet, la non-réélection produit un effet identique à la révocation disciplinaire et peut être également fondée sur des motifs disciplinaires ; il paraît à ce titre peu souhaitable qu'une autorité disciplinaire, lorsque les circonstances temporelles le permettent, dispose de la possibilité de contourner une procédure de révocation disciplinaire – dont elle aurait à connaître – en choisissant de proposer au parlement la non-réélection du magistrat judiciaire en cause.

616. — Finalement, nous indiquons que le magistrat du siège touché par une décision de non-réélection devrait avoir la possibilité de contester la validité d'une telle décision lorsque les motifs de celle-ci sont manifestement de nature disciplinaire et que le comportement en cause (i) n'a pourtant pas fait l'objet procédure disciplinaire, (ii) n'a donné lieu, au terme d'une procédure disciplinaire, à aucune sanction disciplinaire ou à tout le moins à aucune sanction disciplinaire correspondant à une révocation disciplinaire⁹³⁹, ou justement (iii) a déjà donné lieu à une sanction disciplinaire (définitive et exécutoire) (autre qu'une révocation). Des voies de recours sont envisageables ; toutefois, leur ouverture théorique et réelle est parfois incertaine⁹⁴⁰.

N. La publication de la décision disciplinaire (renvoi)

617. — Nous renvoyons aux développements effectués ci-dessous⁹⁴¹ en ce qui concerne la publication de la décision disciplinaire rendue à l'encontre d'un magistrat du siège, en particulier concernant la possibilité que celle-ci doive être considérée comme ayant le caractère d'une sanction disciplinaire (le cas échéant déguisée).

⁹³⁹ Cf. ég. CORBOZ, *Richterzeitung*, N 8 ss.

⁹⁴⁰ Afin d'illustrer cette problématique, nous citons p. ex. le cas d'un recours contre une décision de non-réélection prise par le parlement et qui présenterait un caractère disciplinaire. Cf. pour le surplus *infra*, N 1427 (recours contre une sanction disciplinaire déguisée) ; N 1430 (recours contre une décision de l'Assemblée fédérale emportant la révocation d'un magistrat fédéral du siège).

⁹⁴¹ Chap. 7, N 1402-1404.

III. Les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires

A. Généralités

618. — Les sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des magistrats du siège sont susceptibles d'entrer en collision avec des droits fondamentaux garantis par des dispositions conventionnelles et/ou constitutionnelles. Parmi ces dispositions, nous pouvons citer : l'interdiction des peines inhumaines ou dégradantes (art. 3 CEDH⁹⁴² ; art. 7 Cst. féd.), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH ; art. 13 Cst. féd.), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 CEDH ; art. 15 s. Cst. féd.), la liberté d'expression (art. 10 CEDH ; art. 16 Cst. féd.), la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH ; art. 22 s. Cst. féd.), l'égalité de traitement (art. 14 par. 2, art. 26 Pacte ONU II ; art. 8 Cst. féd.).

619. — Ces droits fondamentaux ne sont toutefois pas absolus. Il conviendra d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si les restrictions éventuellement portées à ces droits reposent sur une base légale⁹⁴³, sont faites dans l'intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité (cf. art. 36 Cst. féd.)⁹⁴⁴. Les conditions précitées se retrouvent partiellement dans les principes applicables en matière de fixation des sanctions disciplinaires.

620. — Nous présenterons ci-dessous quatre principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires : (i) la légalité des sanctions disciplinaires (ci-après, B.), (ii) l'opportunité des sanctions disciplinaires (ci-après, C.), (iii) la proportionnalité des sanctions disciplinaires (ci-après, D.) et (iv) l'autorité de la chose jugée (ci-après, E.).

⁹⁴² Cf. IMBERT-MAGAND (F), p. 288 s. et les réf.

⁹⁴³ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 4, N 270-335 concernant le principe de la légalité des infractions disciplinaires. Cf. ég. BRAND/WYSS/ZYSSET, N 34-42.

⁹⁴⁴ Cf. p. ex. ATF 130 I 65, consid. 3.1.

B. Le principe de la légalité des sanctions disciplinaires

1. La notion

621. — Comme déjà évoqué en début de chapitre⁹⁴⁵, le droit disciplinaire est régi par le principe de la légalité des sanctions (*nulla poena sine lege*)⁹⁴⁶. Il découle de ce principe que l'autorité disciplinaire ne peut, sauf à violer le droit, prononcer une sanction disciplinaire qui n'est pas prévue dans la loi. Le catalogue des sanctions disciplinaires a donc un caractère impératif et exhaustif⁹⁴⁷.

622. — Comme également indiqué plus haut, il est possible de faire correspondre un ou plusieurs types de sanctions disciplinaires à des infractions disciplinaires déterminées⁹⁴⁸. Dans un tel cas, l'autorité disciplinaire ne pourra en principe⁹⁴⁹ pas s'écarter valablement de la corrélation établie par le texte légal entre des infractions disciplinaires et des sanctions disciplinaires déterminées⁹⁵⁰. De même, si une quotité minimale et/ou maximale est définie dans la loi en regard

⁹⁴⁵ Cf. *supra*, N 470.

⁹⁴⁶ P. ex. MORIN (F ; anc.), II, p. 372 ; RICOL (F ; anc.), p. 59, 88, 94 s. ; DEPLEREE (B/F), p. 202 et *passim*. Le principe de la légalité des sanctions s'entend parfois également sous le terme « principe de l'exclusivité » : cf. p. ex. BELLWALD, p. 143.

⁹⁴⁷ Cf. p. ex. ATF 140 I 277, consid. 4.4 (surveillance disciplinaire des autorités de poursuite) ; CCJE, Magna Carta des juges, principe 19.

⁹⁴⁸ Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359. Sur l'aspect « sanctions », cf. déjà RICOL (F ; anc.), p. 106 s., qui évoquait un projet de loi disciplinaire élaboré en Italie au début du siècle dernier par le gouvernement Zanardelli (1901-1903), dans lequel des peines disciplinaires correspondaient à chaque infraction disciplinaire. Nous décrivons ci-après quelques éléments de ce système : censure en cas de négligence, d'absence injustifiée, d'acceptation de cadeaux, de conduite irrégulière ; suspension en cas notamment d'absence prolongée, d'insubordination, de récidive dans les infractions entraînant la censure ; révocation en cas de graves abus d'autorité ou de confiance, de grave violation du secret de fonction, de malversations et en cas de récidive dans les faits entraînant des peines moindres. Cf. ég. GRAY (USA), AJS, p. 26, qui indique que certains Etats américains prévoient une révocation automatique des magistrats judiciaires en cas de condamnation pour certains crimes.

⁹⁴⁹ Cf. toutefois *infra*, N 657-665 (circonstances pouvant justifier une atténuation de la sanction disciplinaire).

⁹⁵⁰ MORIN (F ; anc.), II, p. 372.

d'une sanction disciplinaire déterminée (p. ex. durée de la suspension ; montant de l'amende), l'autorité disciplinaire devra en principe⁹⁵¹ la respecter⁹⁵².

623. — Cette « *légalité concomitante de l'incrimination et de la sanction* »⁹⁵³ est propre à renforcer la sécurité du droit, car elle encadre le pouvoir d'appréciation de l'autorité disciplinaire sous l'angle du principe de la légalité, en amont du principe de la proportionnalité⁹⁵⁴. Une telle construction doit toutefois être définie avec soin, afin de ne pas entraver plus que de besoin l'autorité disciplinaire par des mécanismes trop rigides de fixation de la sanction.

2. Le degré normatif (aperçu)

624. — La Charte européenne sur le statut des juges⁹⁵⁵ prévoit que « [d]ans chaque Etat européen, les principes fondamentaux du statut des juges sont énoncés dans les normes internes du niveau le plus élevé et ses règles dans des normes du niveau au moins législatif »⁹⁵⁶.

625. — Il résulte de ce qui précède que les principes fondamentaux régissant le statut des juges devraient, en Suisse, être inscrits au niveau constitutionnel. Par ailleurs, le principe de la légalité des sanctions disciplinaires, de même que le principe général de la légalité (cf. en particulier art. 5 al. 1 et art. 164 al. 1 let. c Cst. féd.)⁹⁵⁷ commandent que les sanctions disciplinaires soient définies dans une loi au sens formel – à plus forte raison si l'on considère que la procédure disciplinaire peut dans certains cas revêtir un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁹⁵⁸.

⁹⁵¹ Cf. toutefois *infra*, N 657-665 (circonstances pouvant justifier une atténuation de la sanction disciplinaire).

⁹⁵² P. ex. RICOL (F ; anc.), p. 88, 94 s. A noter que ce dernier élément correspond à la notion d'excès (positif ou négatif) du pouvoir d'appréciation (sur cette notion, cf. *infra*, n. 987 ; comp. n. 988).

⁹⁵³ RICOL (F ; anc.), p. 137.

⁹⁵⁴ Sur ce dernier principe, cf. *infra*, N 645-665.

⁹⁵⁵ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

⁹⁵⁶ Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.2.

⁹⁵⁷ Cf. (*mutatis mutandis*) *supra*, Chap. 4, N 270-275.

⁹⁵⁸ En ce sens (uniquement sur la base du caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH) : WALDMANN, p. 113 s. Comp. ATF 106 Ia 282 ; 108 Ib 166. Sur la question, cf. ég., parmi d'autres, BRAND/WYSS/ZYSSET, N 34-42.

3. Le principe de la non-rétroactivité des sanctions ; l'exception de la *lex mitior*

a. Le principe de la non-rétroactivité des sanctions

626. — Le principe de la non-rétroactivité des sanctions s'applique en droit disciplinaire⁹⁵⁹, cela peu importe si la cause étudiée porte ou non sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

627. — Au surplus, l'art. 7 par. 1 phr. 2 CEDH prévoit, en matière pénale, qu' « *il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». A l'instar de la non-rétroactivité des infractions (cf. art. 7 par. 1 phr. 1 CEDH), la Convention européenne des droits de l'homme consacre ainsi le (sous-)principe de la non-rétroactivité des sanctions⁹⁶⁰.

b. L'exception de la *lex mitior*

628. — Selon le principe dit de la *lex mitior*, une loi entrée en vigueur après la commission d'une infraction peut s'appliquer si la sanction qu'elle prévoit est moins forte que celle découlant de la loi applicable au moment de la commission de ladite infraction (cf. art. 7 par. 1 phr. 2 CEDH)⁹⁶¹. Cette exception au principe de la non-rétroactivité des lois se justifie par le fait que le comportement considéré, en raison d'une conception juridique modifiée, n'apparaît plus ou apparaît moins punissable⁹⁶².

629. — Le Tribunal fédéral reconnaît l'application du principe de la *lex mitior* en droit disciplinaire, ce en dehors de toute considération relative à la nature juridique du droit disciplinaire. Il considère en effet que le principe de la *lex mitior* prévu à l'art. 2 al. 2 CP s'applique par analogie⁹⁶³ en matière de sanctions

⁹⁵⁹ Cf. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 5 ; 2C_500/2012 du 22.11.2012, consid. 3.1 ; 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 3.1 ; 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.4 ; 2A.191/2003 du 22.01.2004, consid. 3.

⁹⁶⁰ Cf. déjà, sur ce principe, GUICHETEAU (F ; anc.), p. 83 s.

⁹⁶¹ P. ex. TF 6B_196/2012 du 24.01.2013, consid. 1.1.

⁹⁶² ATF 89 IV 113 consid. 1a. Cf. ég. TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.4 ; 2C_34/2011 du 30.07.2011, consid. 6.1.

⁹⁶³ Cf. ég. l'art. 67 al. 1 LPMéd, qui prévoit expressément l'application du principe de la non-rétroactivité des mesures disciplinaires en droit disciplinaire des professions médicales universitaires.

disciplinaires⁹⁶⁴. En tout état de cause, ce principe trouverait également à s'appliquer lorsque la cause porte sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH⁹⁶⁵.

C. Le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires

1. Remarque générale

630. — D'une manière générale, l'opportunité des sanctions disciplinaires peut être considérée comme un cas d'application du principe de la proportionnalité (des sanctions disciplinaires). En effet, pris dans un sens large, le principe de la proportionnalité (des sanctions disciplinaires) se rapporte à la détermination du genre et de la quotité de la sanction disciplinaire, mais également au principe même d'infliger ou non, dans un cas d'espèce, une sanction.

631. — La jurisprudence et la doctrine en matière de droit disciplinaire traitent généralement séparément les notions d'opportunité et de proportionnalité des sanctions disciplinaires⁹⁶⁶. Qu'on le veuille ou non, cette différenciation tire manifestement son origine du droit pénal, qui distingue entre l'opportunité de réprimer une infraction pénale (en amont de la fixation au sens strict) et la quotité de la peine le cas échéant prononcée (fixation au sens strict).

632. — Pour des motifs d'opportunité (!), nous choisissons de reprendre cette distinction issue du droit pénal, et proposons dès lors de réserver également un titre spécifique à l'examen du principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires.

⁹⁶⁴ TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 5 ; 2C_500/2012 du 22.11.2012, consid. 3.1 ; 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 3.1 ; 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.4 ; 2A.191/2003 du 22.01.2004, consid. 3. Cf. ég. TAF A-427/2013 du 21.11.2013, consid. 5 ; TC/VD, GE.2010.0207 du 28.03.2011, consid. 2b ; GE.2010.0011 du 28.10.2010, consid. 5a, application en matière de prescription de la poursuite administrative ; TA/GE, arrêt ATA/790/2010 du 16.11.2010, consid. 6.

⁹⁶⁵ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 201-216.

⁹⁶⁶ Cf. p. ex. TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 8.1 ; MONTANI/BARDE, p. 348, qui considèrent que le principe de la proportionnalité constitue une limite au principe de l'opportunité.

2. La notion

633. — Le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires se rapporte à la possibilité, pour l'autorité disciplinaire, de renoncer à infliger une sanction disciplinaire. Ce principe intervient au stade du prononcé de la décision, soit au terme de la procédure disciplinaire. Il doit donc être distingué du principe de l'opportunité des *poursuites* disciplinaires, qui correspond à la possibilité, pour l'autorité compétente, de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire ou à poursuivre l'instruction d'une telle procédure⁹⁶⁷.

634. — A ce titre, il n'est par ailleurs pas inutile de préciser que le principe de l'opportunité des poursuites, qui provient du droit pénal et peut trouver application en droit disciplinaire⁹⁶⁸, n'est pas, en tant que tel, remis en cause par l'application du principe de la légalité des infractions disciplinaires. En effet, le principe de l'opportunité des poursuites est parfaitement étranger à la question de la détermination de la norme décrivant le comportement incriminé : expression du principe général de la proportionnalité, il intervient, le cas échéant, au stade – ultérieur – de l'application cette norme à un cas particulier⁹⁶⁹.

635. — On constate que le droit disciplinaire présente, à ce titre également, une importante similarité avec le droit pénal. On peut ainsi se référer, *mutatis mutandis*, à la construction prévalant en droit pénal, qui distingue entre la possibilité (i) pour l'autorité de poursuite pénale, de renoncer à poursuivre, (ii) pour l'autorité de poursuite pénale, de renoncer à renvoyer devant un tribunal ou (iii) pour l'autorité de jugement, de renoncer à infliger une peine.

636. — Le cas (iii) ci-dessus ressortit au principe de l'opportunité des sanctions (pénales), qui nous occupe présentement. Les cas (i) et (ii) ci-dessus sont des expressions du principe de l'opportunité des *poursuites* (pénales)⁹⁷⁰ ; nous reviendrons sur ces deux dernières hypothèses dans la suite de notre exposé⁹⁷¹.

637. — Les art. 52 CP (absence d'intérêt à punir), 53 CP (réparation du dommage ou compensation du tort causé) et 54 CP (atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte) permettent au juge de renoncer à infliger une peine (cas (iii) ci-dessus), ce qui implique nécessairement un prononcé dans le sens de la culpabilité du prévenu (un classement ou un non-lieu est exclu au stade du

⁹⁶⁷ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1246-1262.

⁹⁶⁸ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1257-1262.

⁹⁶⁹ En ce sens : DELPEREE (B/F), p. 143. Cf. ég. KILLIAS (droit pénal), N 818-831.

⁹⁷⁰ A relever que les trois hypothèses sont généralement traitées indistinctement sous la notion d'« opportunité des poursuites ». Cf. p. ex. CORNU P., *passim*, et les réf.

⁹⁷¹ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1241-1245.

jugement pénal)⁹⁷². A notre sens, ces dispositions, telles qu'elles se manifestent en droit pénal suisse, pourraient être reprises, *mutatis mutandis*, en droit disciplinaire des magistrats du siège.

638. — La notion d'opportunité des sanctions disciplinaires étant circonscrite, il convient désormais de définir les conditions auxquelles l'autorité disciplinaire peut, respectivement doit, décider de renoncer à prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège qui par hypothèse aurait été reconnu coupable de la commission d'une infraction disciplinaire.

3. Les motifs d'exemption de sanction disciplinaire

639. — De même qu'il conviendrait de ne pas laisser à l'autorité disciplinaire un pouvoir trop large dans l'appréciation des infractions disciplinaires, il convien(drai)t selon nous de circonscrire adéquatement la possibilité pour celle-ci de renoncer à prononcer une sanction disciplinaire. En d'autres termes, les hypothèses dans lesquelles l'autorité disciplinaire pourrait être admise à renoncer à sanctionner devraient être définies limitativement dans la loi⁹⁷³.

640. — Il serait possible de reprendre en droit disciplinaire (des magistrats du siège), *mutatis mutandis*, les motifs d'exemption de peine définis aux art. 52 à 54 CP, précités. Selon cette approche, le pouvoir d'appréciation de l'autorité disciplinaire s'exercerait au stade de l'examen des conditions d'application des (dispositions correspondant aux) art. 52, 53 ou 54 CP. Dès lors que les conditions d'application de l'une de ces dispositions seraient réalisées, l'exemption de sanction disciplinaire par opportunité, telle que prévue (dans les dispositions correspondant aux) art. 52 à 54 CP, devrait être obligatoire⁹⁷⁴.

641. — Ainsi, l'autorité disciplinaire, constatant la commission d'une infraction disciplinaire, devrait renoncer à sanctionner le magistrat du siège (i) s'il apparaît que sa culpabilité et les conséquences de son acte sont peu importantes, révélant une absence d'intérêt à punir (cf. art. 52 CP) ; (ii) si le magistrat du

⁹⁷² ATF 135 IV 27, consid. 2, JdT 2011 IV 63. Cette jurisprudence a été confirmée sous l'empire du Code de procédure pénale : cf. ATF 139 IV 220, consid. 3.

⁹⁷³ Comp. ABA MCJC, *Scope*, par. 6 : « [a]lthough the black letter of the Rules is binding and enforceable, it is not contemplated that every transgression will result in the imposition of discipline. Whether discipline should be imposed should be determined through a reasonable and reasoned application of the Rules, and should depend upon factors such as the seriousness of the transgression, the facts and circumstances that existed at the time of the transgression, the extent of any pattern of improper activity, whether there have been previous violations, and the effect of the improper activity upon the judicial system or others ».

⁹⁷⁴ Cf., *mutatis mutandis*, CORNU P., p. 395 s.

siège en cause a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, à condition [...] que l'intérêt public comme l'intérêt du lésé à poursuivre le magistrat du siège soient peu importants (cf. art. 53 CP) ; (iii) si le magistrat du siège a été directement atteint par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée (cf. art. 54 CP, qui correspond à l'art. 66bis aCP)⁹⁷⁵.

642. — De simples « motifs de politique administrative » ne devraient pas permettre de justifier une renonciation à infliger une sanction disciplinaire⁹⁷⁶. En effet, de tels motifs sont propres à faire naître un important risque d'arbitraire et à conduire aux travers corporatistes que l'on cherche justement à éviter. Si ces motifs pourraient (très) éventuellement se justifier dans un cadre disciplinaire hiérarchisé, ceux-ci n'ont selon nous pas leur place en droit disciplinaire des magistrats du siège⁹⁷⁷.

643. — Le motif tiré de l'absence d'intérêt à punir (cf. art. 52 CP) pourrait être précisé en tenant compte des caractéristiques propres au droit disciplinaire des magistrats du siège. Le défaut d'intérêt public⁹⁷⁸ suffisant à sanctionner disciplinairement le magistrat du siège en cause pourrait notamment, le cas échéant, être invoqué afin de porter un correctif à la longueur excessive des délais prévus dans certaines règles en matière de prescription, voire à l'absence de telles règles⁹⁷⁹.

644. — Le motif tiré de l'atteinte subie par l'auteur (cf. art. 54 CP) pourrait comprendre l'hypothèse dans laquelle une poursuite pénale menée en parallèle (même si celle-ci n'a pas [encore] abouti à un jugement) a eu suffisamment d'impact sur le magistrat du siège en cause pour que l'on puisse considérer qu'il n'est pas (ou plus) opportun de le sanctionner disciplinairement. En ce sens, ce motif pourrait le cas échéant permettre de tenir compte de l'existence de (poursuites ou) sanctions ou condamnations antérieures nonobstant l'absence éventuelle d'application du principe *ne bis in idem*⁹⁸⁰. Au surplus, nous mentionnons que la chronique et le commentaire dans la presse d'un procès

⁹⁷⁵ Pour des développements concernant les art. 52-54 CP, cf. CORNU P., p. 396-413.

⁹⁷⁶ Comp. MARTI U./PETRY, p. 235.

⁹⁷⁷ Cf. pour le surplus *supra*, N 103 ss.

⁹⁷⁸ Sur la notion d'intérêt public à la poursuite pénale, en lien not. avec la notion de prévention générale et spéciale, cf. ATF 135 IV 12, consid. 3.4 et 3.5 (examen sous l'angle spécifique, toutefois, de l'art. 53 let. b CP). Cf. ég. CORNU P., p. 400.

⁹⁷⁹ Cf. TA/VD, GE.2002.0026 du 25.08.2004, consid. 5 : poursuite disciplinaire dix ans après les faits ayant entraîné une condamnation pénale. Sur la prescription, cf. *infra*, Chap. 7, N 1480-1514.

⁹⁸⁰ Sur l'applicabilité du principe *ne bis in idem*, cf. *infra*, N 666-693.

pénal à l'encontre d'un magistrat du siège – quelle que soit finalement l'issue de ce procès – pourraient amener l'autorité disciplinaire à considérer qu'une sanction disciplinaire à l'encontre dudit magistrat du siège n'est pas ou plus opportune⁹⁸¹.

D. Le principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires

1. La notion

645. — Le droit disciplinaire offre à l'autorité – sous réserve d'une corrélation plus ou moins rigide entre les infractions disciplinaires et les sanctions disciplinaires⁹⁸² – de nombreuses possibilités de modulation des sanctions disciplinaires en fonction des différents types de sanctions à disposition⁹⁸³. Le principe de la proportionnalité – considéré au sens strict⁹⁸⁴ – a pour rôle de limiter l'important pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité disciplinaire en matière de fixation des sanctions disciplinaires⁹⁸⁵.

646. — Le principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires trouve sa limite dans la faculté donnée au législateur de faire correspondre des sanctions disciplinaires minimales et maximales, en genre et quotité, en fonction de catégories d'infractions disciplinaires prédéfinies⁹⁸⁶. En ce sens, le principe de la légalité des sanctions disciplinaires peut être rapproché de la notion d'excès du pouvoir d'appréciation⁹⁸⁷, tandis que le principe de la proportionnalité des

⁹⁸¹ Cf. TA/VD, GE.2002.0026 du 25.08.2004, consid. 5c.

⁹⁸² Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359 ; cf. ég. *supra*, N 622 s.

⁹⁸³ RICOL (F ; anc.), p. 102.

⁹⁸⁴ Cf. *supra*, N 630-632.

⁹⁸⁵ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 69 ; Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1 ; CCJE, Avis n° 3, par. 77.vi ; Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 2. Cf. ég. DELPEREE (B), RTDH, p. 341 : « *la justice disciplinaire est une "justice de la proportionnalité"* ». Cf. ég. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 7.1.

⁹⁸⁶ Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359 ; cf. ég. *supra*, N 622 s. Cf. toutefois *infra*, N 657-665 (circonstances pouvant justifier une atténuation de la sanction disciplinaire).

⁹⁸⁷ P. ex. TF 8C_601/2012 du 26.02.2013, consid. 4.2 non publié in ATF 139 V 164 : « [c]ommet un excès positif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en adopte une troisième. Il y a également excès du pouvoir d'appréciation dans le cas où l'excès de pouvoir est négatif, soit lorsque l'autorité considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation ».

sanctions disciplinaires se rapporte à la notion d'abus du pouvoir d'appréciation⁹⁸⁸.

647. — Le Tribunal fédéral retient, dans un considérant-type, que « [c]onformément au principe de proportionnalité [...], le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. A cet égard, l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraînées sur le bon fonctionnement de la profession en cause, et de facteurs subjectifs, tels que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressé »⁹⁸⁹.

648. — Le Tribunal fédéral a également indiqué que « [le] choix [de l'autorité] ne dépend pas seulement des circonstances subjectives de la violation incriminée ou de la prévention générale, mais aussi de l'intérêt objectif à la restauration, vis-à-vis du public, du rapport de confiance qui a été compromis par la violation du devoir de fonction »⁹⁹⁰. Dans une espèce plus ancienne, qui constitue l'un des arrêts de référence en matière disciplinaire, le Tribunal fédéral avait par ailleurs retenu que la sanction disciplinaire « doit être proportionnée à l'infraction ou à la faute de service commise et tenir compte de la gravité objective de celle-ci ; elle a également une fonction préventive [générale] en ce sens qu'elle doit prévenir des récidives et exercer un effet dissuasif sur les autres membres [de la profession ou fonction soumise à une surveillance disciplinaire] »⁹⁹¹.

649. — Au vu de ce qui précède, on constate que le principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires correspond aux règles et principes prévalant en droit pénal en matière de fixation de la peine (cf. en particulier

⁹⁸⁸ P. ex. TF 8C_601/2012 du 26.02.2013, consid. 4.2 non publié in ATF 139 V 164 : « [i]l y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité ».

⁹⁸⁹ TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 7.2 et les réf. Cf. ég. SJ 2011 I 253, consid. 7 ; RDAF 2006 I 368, consid. 7a.

⁹⁹⁰ TF 8C_480/2012 du 28.06.2013, consid. 6.4 et les réf.

⁹⁹¹ ATF 108 Ib 166.

art. 47 à 51 CP⁹⁹²). On retrouve en particulier la notion d'individualisation de la peine, issue du droit pénal⁹⁹³.

2. L'application

a. Considérations générales

650. — On peut mettre en évidence trois composantes devant être prises en compte successivement par l'autorité disciplinaire, sous l'angle du principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires, dans le cadre de la fixation de la sanction disciplinaire. L'autorité disciplinaire devra (1) déterminer la nature et évaluer la gravité de l'infraction disciplinaire considérée (ci-après, b.) ; (2) apprécier les conséquences de l'infraction disciplinaire considérée pour le bon fonctionnement de la justice (ci-après, c.) ; (3) examiner les circonstances personnelles entourant l'infraction disciplinaire et son auteur (circonstances atténuantes ou aggravantes), en particulier rechercher les mobiles et établir les éventuels antécédents du magistrat du siège en cause (ci-après, d.)⁹⁹⁴.

651. — Le Tribunal fédéral a toutefois considéré, dans un arrêt rendu en matière de droit disciplinaire des magistrats du siège, que les facteurs réunis sous la composante (3) ci-dessus⁹⁹⁵ n'ont pas la même portée en droit disciplinaire qu'en droit pénal. Selon le Tribunal fédéral en effet, il n'est pas possible d'examiner en détail tous les aspects de la personnalité de l'auteur en droit disciplinaire comme c'est le cas en droit pénal. La différence proviendrait notamment du fait que les buts poursuivis en droit disciplinaire (cf. préservation du bon fonctionnement du service public et de l'image dudit service auprès du public) seraient différents de ceux poursuivis en droit pénal⁹⁹⁶.

652. — La position du Tribunal fédéral repose sur un argument dont nous avons, dans le Chapitre consacré au concept de droit disciplinaire (des magistrats du

⁹⁹² Cf. ég. l'art. 4a al. 1 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH) (cf. *infra*, N 978), qui renvoie, en matière de fixation de l'amende – en tant que sanction disciplinaire –, à l'art. 106 al. 3 CP. Aux termes de cette dernière disposition, « [l]e juge fixe l'amende [...] en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise ».

⁹⁹³ RICOL (F ; anc.), p. 97, 103. Cf. ég. n. préc.

⁹⁹⁴ Cf. ég. art. 13 al. 1 BDG/D.

⁹⁹⁵ P. ex. KILLIAS (droit pénal), N 1209 ss.

⁹⁹⁶ TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 3c/bb.

siège), remis en cause le bien-fondé⁹⁹⁷. A notre sens, l'autorité, au moment de la fixation de la sanction disciplinaire, ne devrait pas pouvoir se dispenser de procéder à un examen sous l'angle de la composante (3) ci-dessus⁹⁹⁸. Nous examinerons dès lors, ci-dessous, chacune des trois composantes précitées.

b. La nature et la gravité de l'infraction disciplinaire

653. — L'autorité disciplinaire doit en premier lieu se pencher sur la nature et la gravité de l'infraction disciplinaire qu'elle a tenue pour réalisée dans le cas d'espèce (composante (1)⁹⁹⁹ ; cf. art. 47 al. 2 *i.i.* CP). Le Tribunal fédéral indique à ce titre que « [l]e choix de la sanction adéquate [...] dépend avant tout de l'importance objective de la règle violée »¹⁰⁰⁰.

654. — Dans son appréciation de la gravité de l'infraction disciplinaire, l'autorité disciplinaire pourra notamment prendre en compte une éventuelle condamnation, ou au contraire un éventuel acquittement, prononcé au pénal¹⁰⁰¹.

655. — Il convient de relever que des infractions disciplinaires peu graves mais cumulées ou répétées¹⁰⁰² peuvent justifier le prononcé d'une sanction disciplinaire correspondant généralement à une infraction grave. Cette méthode a notamment été utilisée par le Tribunal administratif genevois dans une espèce concernant un fonctionnaire : « [s]i les peines légères répriment des manquements bénins, les peines lourdes ne peuvent être prononcées que si le fonctionnaire s'est rendu coupable d'une infraction unique mais spécialement

⁹⁹⁷ Cf. *supra*, N 150 et Chap. 3, N 151-158.

⁹⁹⁸ Cf. N 650.

⁹⁹⁹ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰⁰⁰ TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 8.1.

¹⁰⁰¹ Cf. p. ex. TF 8C_480/2012 du 28.06.2013, consid. 6.5. Pour le surplus, cf. *infra*, N 670-687 concernant la problématique de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire ; *infra*, Chap. 7, N 1324-1340 concernant l'articulation de la procédure disciplinaire avec une éventuelle procédure pénale concurrente.

¹⁰⁰² Cf. ATF 74 I 84, consid. 2, p. 89 s. : « une infraction continue suffit pour l'application de l'une ou de l'autre de ces peines [...]. Par infraction continue (ou plus exactement : continuée ; en allemand : « fortgesetzter »), il faut entendre une série d'infractions successives qui, prises isolément, ne seraient pas graves, mais qui, en se répétant, portent une atteinte sérieuse aux mêmes intérêts [publics] et révèlent de la part de l'auteur un même penchant à transgresser ses devoirs, de sorte que l'ensemble de ces infractions comporte une certaine unité et présente dès lors une certaine analogie avec le délit successif ou continué du droit pénal [...] ».

grave ou s'il a commis un ensemble de transgressions qui, prises isolément, ne seraient pas graves, mais dont la gravité résulte de leur répétition »¹⁰⁰³.

c. Les conséquences pour le bon fonctionnement de la justice

656. — Après avoir considéré la nature et la gravité de l'infraction disciplinaire retenue (composante (1)¹⁰⁰⁴), l'autorité disciplinaire doit apprécier les conséquences de cette infraction disciplinaire sur le bon fonctionnement de la justice (composante (2)¹⁰⁰⁵). En ce sens, l'autorité disciplinaire conduit son examen en considération d'intérêts publics tels que ceux résultant des buts du droit disciplinaire¹⁰⁰⁶, dont fait partie l'intérêt à la conservation ou à la restauration de la confiance du public en la justice¹⁰⁰⁷.

d. Les circonstances personnelles (atténuantes ou aggravantes)

(i) *Notions générales*

657. — Après avoir considéré la nature et la gravité de l'infraction disciplinaire retenue (composante (1)¹⁰⁰⁸), puis les conséquences de cette infraction disciplinaire sur le bon fonctionnement de la justice (composante (2)¹⁰⁰⁹), l'autorité disciplinaire devrait encore apprécier les circonstances personnelles entourant l'infraction disciplinaire et son auteur (composante (3)¹⁰¹⁰).

658. — On peut se référer, dans ce cadre, aux règles prévalant en droit pénal : l'art. 47 CP pose les principes applicables à la fixation de la sanction ; l'art. 48 CP définit les circonstances pouvant justifier une atténuation de la peine. Ces dispositions pourraient selon nous être appliquées par analogie – et pourraient le cas échéant être reprises, *mutatis mutandis* – en droit disciplinaire des magistrats du siège¹⁰¹¹.

¹⁰⁰³ TA/GE, arrêt 618/2010 du 07.09.2010, consid. 7, RDAF 2010 I 527, SJ 2011 I 253.

¹⁰⁰⁴ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰⁰⁵ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰⁰⁶ P. ex. TC/VD, GE.2010.0207 du 28.03.2011, consid. 2c/aa.

¹⁰⁰⁷ Cf. MOOR/POLTIER, p. 144 s. Sur la question, cf. ég. *supra*, N 107 s.

¹⁰⁰⁸ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰⁰⁹ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰¹⁰ Cf. *supra*, N 650.

¹⁰¹¹ En ce sens : BOHNET/MARTENET (avocats), N 2157 (amende), N 2164 et 2171 (interdiction de pratiquer). Cf. ég. MORIN (F ; anc.), p. 373 s.

659. — L'art. 47 CP commande notamment au juge de prendre en considération les antécédents (cf. en particulier la récidive¹⁰¹², qui évidemment est un facteur aggravant)¹⁰¹³ et la situation personnelle de l'auteur de l'infraction ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (cf. al. 1 phr. 2), de même que les motivations et les buts de l'auteur, ainsi que la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (cf. al. 2 *if.*).

660. — L'art. 48 CP prévoit, parmi les circonstances atténuantes, le mobile honorable (let. a ch. 1), la détresse profonde (let. a ch. 2) et la menace grave (let. a ch. 3). Le fait pour l'auteur d'avoir agi sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait (let. a ch. 4) ne nous paraît pas applicable en droit disciplinaire des magistrats du siège, compte tenu du principe de l'indépendance de la justice¹⁰¹⁴ ; pour le surplus, nous indiquons qu'une telle situation constituerait probablement le cas échéant, en elle-même, une infraction disciplinaire.

661. — D'autres circonstances peuvent être prises en compte : l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime (art. 48 let. b CP) ; il a agi en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable ou agi dans un état de profond désarroi (let. c) ; il a manifesté par ses actes un repentir sincère (let. d).

662. — La réparation du dommage, propre à souligner un repentir sincère (art. 48 let. d CP, précité), peut être prise en compte au stade de la fixation de la sanction si elle n'a pas déjà été retenue à titre de motif d'exemption de peine au sens de l'art. 53 CP¹⁰¹⁵. De même, l'intérêt à punir, dont on retient qu'il peut avoir sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction, peut être pris en compte lors de la fixation de la sanction (cf. art. 48 let. e CP) s'il n'a pas

¹⁰¹² Pour un exemple de mécanisme légal de prise en compte de la récidive, cf. art. 16 al. 1 et 2 BDG/D.

¹⁰¹³ P. ex. TA/GE, arrêt 618/2010 du 07.09.2010, RDAF 2010 I 527, SJ 2011 I 253. Sur la notion d'antécédent, cf. p. ex. l'art. 46 al. 5 LPMéd : « [l'] *autorité de surveillance peut tenir compte de faits prescrits pour évaluer les risques auxquels la santé publique est exposée en raison du comportement d'une personne qui fait l'objet d'une procédure disciplinaire* ».

¹⁰¹⁴ Cf. *supra*, Chap. 2, N 97-115.

¹⁰¹⁵ Cf. *supra*, N 641.

déjà été retenu, au stade de l'examen de l'opportunité de la sanction, en tant que motif d'exemption de peine (cf. intérêt public à sanctionner¹⁰¹⁶)¹⁰¹⁷.

(ii) *Le pouvoir d'examen de l'autorité disciplinaire*

663. — Il convient de préciser que contrairement aux motifs d'exemption de peine qui, une fois constatés par l'autorité, imposent à celle-ci de renoncer à prononcer une sanction (examen sous l'angle de l'opportunité de la sanction), les circonstances atténuantes – ou aggravantes – ne lient pas l'autorité selon un mécanisme automatique et obligatoire. Leur prise en compte est laissée à l'appréciation de l'autorité, qui effectue son examen sous l'angle de la proportionnalité – au sens strict – de la sanction¹⁰¹⁸.

664. — Conformément à l'art. 48a al. 1 CP, « [l]e juge qui atténue la peine [sur la base de l'art. 48 CP] *n'est pas lié par le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction* ». Une atténuation – ou une aggravation – n'entre en considération que s'il est possible d'intervenir sur la quotité de la sanction. Ainsi, en droit disciplinaire, l'amende pourrait être réduite et la suspension disciplinaire raccourcie ; le blâme et la révocation disciplinaire seraient par contre par essence incompressibles.

665. — L'art. 48a al. 2 CP prévoit toutefois que « [le juge] *peut prononcer une peine d'un genre différent de celui qui est prévu pour l'infraction mais il reste lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine* ». Ainsi, il serait possible de prononcer une sanction disciplinaire d'un genre différent : sanction disciplinaire d'échelon supérieur en présence d'une circonstance aggravante ; sanction disciplinaire d'échelon inférieur en présence d'une circonstance atténuante.

¹⁰¹⁶ L'intérêt public au prononcé de la sanction n'est pas prévu par le Code pénal à titre de motif d'exemption de peine. Cf. toutefois *supra*, N 643 : cette question est discutée en droit pénal (cf. ég., ad art. 52 CP, CORNU P., p. 400 et les réf.) ; nous proposons de retenir ce motif supplémentaire en droit disciplinaire.

¹⁰¹⁷ Cf. ég. CORNU P., p. 413-414 sur la possibilité d'une atténuation de la peine au sens des art. 42 s. CP lorsque les conditions d'une exemption de peine au sens des art. 52 à 54 CP ne sont que partiellement réalisées.

¹⁰¹⁸ Cf. déjà GUICHETEAU (F ; anc.), p. 241 s.

E. Le principe de l'autorité de la chose jugée

1. L'autorité de la chose jugée et le principe *ne bis in idem*

666. — Le principe de l'autorité de la chose jugée est étroitement lié, en matière de répression (pénale), au principe *ne bis in idem*. Dans un arrêt du 3 janvier 2010, le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de rappeler que « [l]a jurisprudence qualifie le principe *ne bis in idem* de corollaire [...] ou d'aspect négatif [...] de l'autorité de la chose jugée »¹⁰¹⁹.

667. — Le principe pénal *ne bis in idem* pose l'interdiction d'une double incrimination à raison des mêmes faits délictueux. Ce principe est consacré en droit international (art. 14 par. 7 Pacte ONU II ; art. 4 par. 1 du Protocole n° 7 CEDH¹⁰²⁰) et en droit interne suisse (art. 11 CPP)¹⁰²¹.

668. — Le Tribunal fédéral a précisé dans son arrêt du 3 janvier 2010, précité, que « [l]'importance et la généralisation du "droit à ne pas être jugé ou puni deux fois" (titre de l'art. 4 ch. 1 du [Protocole n° 7 CEDH]) ou de l' "interdiction de la double poursuite" (titre de l'art. 11 CPP) sont telles qu'il convient d'inclure le principe *ne bis in idem* dans la notion de l'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP [...] »¹⁰²².

669. — L'interdiction du cumul des sanctions prononcées à raison des mêmes faits peut par ailleurs être considérée comme un principe général (du droit), qui découle du principe de la légalité¹⁰²³.

2. La chose jugée au pénal sur le disciplinaire

a. Considérations générales

670. — La jurisprudence et la doctrine suisse considèrent généralement, lorsque l'on se trouve en présence d'une sanction pénale préalable basée sur les mêmes

¹⁰¹⁹ TF 4A_386/2010 du 03.01.2010, consid. 9.3.1 (arbitrage international/dopage) et les réf.

¹⁰²⁰ Cf. *supra*, N 182.

¹⁰²¹ P. ex. ATF 137 I 363, consid. 2.1 ; 120 IV 10 et les réf.

¹⁰²² TF 4A_386/2010 du 03.01.2010, consid. 9.3.1 (arbitrage international/dopage) et les réf. Le Tribunal fédéral a par ailleurs laissée ouverte la question de savoir si ce principe relève de l'ordre public procédural ou de l'ordre public matériel. Sur la question de la portée du principe *ne bis in idem*, cf. p. ex. HENZELIN.

¹⁰²³ LAURIE (F), p. 135 et les réf.

faits que ceux considérés disciplinairement, que le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas. Cette position tiendrait au fait que le droit pénal et le droit disciplinaire rempliraient des fonctions différentes¹⁰²⁴.

671. — La différence entre les fonctions du droit pénal et du droit disciplinaire permettrait même d'exclure, selon certains, l'applicabilité du principe *ne bis in idem* lorsque la sanction disciplinaire (envisagée) revêt un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁰²⁵.

672. — A titre de comparaison, le droit allemand consacre expressément l'application partielle du principe *ne bis in idem*. En effet, l'art. 14 al. 1 ch. 1 BDG/D, applicable par analogie aux magistrats du siège en vertu de l'art. 63 al. 1 DRiG/D¹⁰²⁶, prévoit que si un agent public a fait l'objet d'une sanction pénale définitive à raison des mêmes faits ou que l'action pénale est prescrite, les sanctions disciplinaires des art. 6 BDG/D (blâme), 7 BDG/D (amende) et 11 BDG/D (réduction de la pension) ne peuvent plus être prononcées à son encontre. Conformément à l'art. 14 al. 1 ch. 2 BDG/D, la retenue de salaire (diminution du traitement) fait figure d'exception à ce principe, étant précisé que cette sanction « *[kann] nur ausgesprochen werden, wenn dies zusätzlich erforderlich ist, um den Beamten zur Pflichterfüllung anzuhalten* ».

b. Eléments d'appréciation

673. — La position jurisprudentielle et doctrinale prévalant en Suisse, exposée ci-dessus¹⁰²⁷, repose sur un argument dont nous avons remis en cause le bien-fondé. En effet, l'étude des fonctions et buts respectifs du droit pénal et du droit disciplinaire devrait selon nous conduire à admettre que ces matières présentent toutes deux un (même) caractère répressif¹⁰²⁸. Au sens de ce qui précède, nous considérons que le principe *ne bis in idem* pourrait trouver à s'appliquer –

¹⁰²⁴ Cf. p. ex. ATF 99 IV 13 et 120 V 481 pour des exemples de sanctions disciplinaires prononcées subséquentement à une sanction pénale. Pour le cas inverse, cf. ATF 101 Ia 172. Cf. ég., en droit français, GUICHETEAU (F ; anc.), p. 82 ; NEZARD (F ; anc.), p. 97 ; MORIN (F ; anc.), II, p. 200 s., 374 ; LAURIE (F), p. 135 ss ; JOLY-HURARD (F), p. 154 ; en droit allemand, p. ex. HEIDELMANN (D ; médecins), p. 67. Sur la question des buts respectifs du droit pénal et du droit disciplinaire, cf. *supra*, Chap. 3, N 130-136 et 151-158.

¹⁰²⁵ P. ex. WALDMANN, p. 115 et les réf. Cf. ég. MOOR/POLTIER, p. 144. Plus contrasté : HANGARTNER, p. 433.

¹⁰²⁶ FISCHER (D), p. 173.

¹⁰²⁷ Cf. *supra*, N 670 s.

¹⁰²⁸ Cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

comme c'est le cas en Allemagne¹⁰²⁹ – lorsque les faits considérés disciplinairement ont déjà donné lieu à une sanction pénale¹⁰³⁰.

674. — Afin de conserver la possibilité de sanctionner disciplinairement certains comportements nonobstant une sanction pénale préalable, le législateur pourrait ériger en infractions disciplinaires les condamnations pénales résultant de ces comportements. Selon cette optique, l'infraction disciplinaire découlerait de la condamnation pénale elle-même – dont la gravité objective et subjective pourrait être évaluée par l'autorité disciplinaire sur la base des considérants du jugement pénal – et non des faits à la base de cette condamnation¹⁰³¹. Le principe *ne bis in idem* ne serait alors pas en cause.

675. — En tout état de cause, la reconnaissance du caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH de la sanction disciplinaire (envisagée) devrait selon nous avoir pour effet d'exclure toute nouvelle incrimination et sanction à raison de faits préalablement sanctionnés au pénal¹⁰³². Nous relevons à cet effet que la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de principe *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009, a clairement précisé sa jurisprudence en la matière : un cumul entre sanctions pénale et administrative est exclu si la sanction administrative (envisagée) revêt un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH et que les faits matériels auxquels elle se rapporte – indépendamment de leur qualification juridique – sont identiques¹⁰³³.

676. — Le Tribunal fédéral a repris la jurisprudence *Zolotoukhine*¹⁰³⁴, toutefois en en faisant sa propre lecture. En effet, dans un arrêt du 26 septembre 2011 rendu en matière de retrait administratif du permis de conduire, le Tribunal fédéral a décidé, nonobstant le contenu clair de l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, de ne pas s'écarter de sa jurisprudence rendue précédemment en la matière : selon lui, la double procédure de sanctions – pénale et administrative – prévue

¹⁰²⁹ Cf. *supra*, N 672.

¹⁰³⁰ Comp. DELPEREE (B/F), p. 117 et *passim*, qui propose toutefois de tenir compte du fait que les infractions et les sanctions disciplinaires et pénales diffèrent généralement de par leur objet, ce qui pourrait justifier l'admissibilité d'une double sanction.

¹⁰³¹ C'est la seconde possibilité envisagée *supra*, Chap. 4, N 429-439.

¹⁰³² En ce sens ég. : HANGARTNER, p. 433.

¹⁰³³ CourEDH, arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10.02.2009, req. n° 14939, par. 52 ss, 70 ss (sur cet arrêt, cf. JEANNERET ; MOCK). Cette jurisprudence a not. été confirmée par CourEDH, arrêt *Ruotsalainen c. Finlande* du 16.06.2009, req. n° 13079/03, par. 48 ss ; arrêt *Tomasovic c. Croatie* du 18.10.2011, req. n° 53785/09, par. 26 ; arrêt *Kapetanios et autres c. Grèce* du 30.04.2015, req. n° 3453/12, 42941/12 et 9028/13, par. 62 ss.

¹⁰³⁴ TF 6B_1029/2010 du 18.04.2011, consid. 1.1 : premier arrêt dans lequel le Tribunal fédéral se réfère à la jurisprudence *Zolotoukhine*.

en droit suisse pour les infractions en matière de circulation routière¹⁰³⁵ ne viole pas le principe *ne bis in idem*¹⁰³⁶. Ce raisonnement sera(it) probablement appliqué, *mutatis mutandis*, par le Tribunal fédéral en présence d'une infraction disciplinaire ayant préalablement donné lieu à une sanction pénale¹⁰³⁷.

677. — Quoi qu'il en soit, l'application du principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires¹⁰³⁸ et/ou du principe de la proportionnalité des sanctions disciplinaires permet d'obtenir le même résultat que le principe *ne bis in idem*¹⁰³⁹. L'autorité disciplinaire, constatant que le magistrat du siège en cause a fait l'objet d'une condamnation pénale pour les mêmes faits que ceux dont elle a à connaître, doit en effet tenir compte du fait que les buts de la sanction disciplinaire peuvent avoir déjà été atteints de par cette première condamnation¹⁰⁴⁰. Les conséquences d'une non-application du principe *ne bis in idem* doivent, en ce sens, être relativisées.

c. Le cas particulier de l'interdiction d'exercer une activité (art. 67 ss CP)

(i) Notions générales

678. — La Loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique, entrée en vigueur le 1^{er} janvier

¹⁰³⁵ Concernant la répression des infractions en matière de circulation routière, le droit suisse connaît le système de la double procédure pénale et administrative : le juge pénal se prononce sur les sanctions pénales (amende, peine pécuniaire, travail d'intérêt général ou peine privative de liberté) prévues par les dispositions pénales de la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR ; cf. art. 90 ss LCR) et par le Code pénal (cf. art. 34 ss, 106 et 107 CP), tandis que les autorités administratives compétentes décident de mesures administratives (avertissement ou retrait de permis) prévues en particulier par les art. 16 ss LCR (ATF 139 II 95, consid. 3.2).

¹⁰³⁶ ATF 137 I 363.

¹⁰³⁷ Nous n'avons pas connaissance de l'existence d'une jurisprudence traitant (de) cette question.

¹⁰³⁸ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1246-1262 concernant le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires.

¹⁰³⁹ Sur cette question, cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2196, 3413, 3639.

¹⁰⁴⁰ BOHNET/MARTENET (avocats), N 2196, 2199. Cf. ég. FISCHER (D), p. 173 s. A toutes fins utiles, il convient de préciser que le fait que l'autorité disciplinaire prenne en compte la première sanction lors de la fixation de la sanction disciplinaire n'a en soi pas d'incidence sur la question – intervenant en amont – de la violation du principe *ne bis in idem* (cf. CourEDH, arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10.02.2009, req. n° 14939, par. 83 *if.*).

2015¹⁰⁴¹, prévoit une modification en profondeur du Code pénal, du Code pénal militaire et du droit pénal des mineurs afin de mieux protéger les mineurs et les personnes vulnérables face aux délinquants qui ont déjà été punis notamment pour des infractions d'ordre sexuel. Les art. 67 à 67d CP [2015], regroupés sous le titre « [i]nterdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique », permettent désormais au juge pénal d'interdire aux personnes condamnées pour de tels actes non seulement d'exercer une profession, mais aussi d'exercer une activité non professionnelle, de prendre contact avec une certaine catégorie de personnes ou bien de s'en approcher¹⁰⁴².

679. — Les art. 67, 67a, 67c et 67e aCP, dans leur version entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, réglaient l'interdiction d'exercer une activité. Cette interdiction figurait parmi les peines accessoires (art. 51 ss aCP [1942]) jusqu'au 31 décembre 2006 (art. 51 aCP [1942] ; interdiction d'exercer une charge ou une fonction)¹⁰⁴³ ; elle avait été maintenue sous la forme d'une « autre mesure » (cf. art. 66 ss aCP [2007]) lors de la modification de la Partie générale du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (art. 67 aCP [2007] ; interdiction d'exercer une profession).

680. — Le législateur avait abandonné, lors de la révision du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, la peine accessoire consistant dans l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction¹⁰⁴⁴. Le Conseil fédéral avait indiqué à ce titre, dans son Message, que « [l]'abrogation de l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction (art. 51 [a]CP [1942]) se justifie du fait que les magistrats et les fonctionnaires sont assujettis à une surveillance disciplinaire et qu'ils peuvent faire l'objet d'une procédure disciplinaire (avec [révocation disciplinaire] à la clé, en tant que sanction la plus grave) lorsque l'infraction [pénale] constitue simultanément une [infraction] disciplinaire. Tel devrait avoir été le cas dans la plupart des affaires qui, jusqu'ici, ont abouti au prononcé d'une incapacité d'exercer une charge ou une fonction. Cette sanction ne peut donc encore jouer qu'un rôle de nature préventive ; c'est-à-

¹⁰⁴¹ FF 2012 p. 8215 ss ; RO 2014 p. 2055 ss.

¹⁰⁴² Cf. MCF-Interdiction, p. 8192 ss.

¹⁰⁴³ TF 6P.141/2001 du 10.01.2002, consid. 11b.

¹⁰⁴⁴ Cf. art. 51 al. 1 et 2 aCP [1942] : « [l]e juge déclarera incapable de revêtir une charge ou une fonction officielle, pour une durée de deux à dix ans, le magistrat ou le fonctionnaire qui, coupable d'un crime ou d'un délit, se sera rendu indigne de confiance » (al. 1) ; « [l]e juge pourra déclarer le condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement incapable de revêtir une charge ou une fonction officielle, pour une durée de deux à dix ans, si l'infraction commise dénote qu'il est indigne de confiance » (al. 2).

*dire empêcher la réélection de la personne concernée. En pratique, elle n'est d'ailleurs que très rarement prononcée (quatre à sept cas par an) »*¹⁰⁴⁵.

681. — A teneur de l'art. 67 al. 1 CP [2015], si l'auteur a commis un crime ou un délit dans l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle organisée et qu'il a été condamné pour cette infraction à une peine privative de liberté de plus de six mois ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende, le juge peut – (uniquement) en association avec cette peine principale¹⁰⁴⁶ – lui interdire totalement ou partiellement l'exercice de cette activité ou d'activités comparables pour une durée de six mois à cinq ans, s'il y a lieu de craindre qu'il commette un nouveau crime ou délit dans l'exercice de cette activité. On relève à ce titre que la condition du rapport direct entre l'infraction commise et l'activité professionnelle qu'il s'agit d'interdire¹⁰⁴⁷, dont l'abandon avait apparemment été envisagé¹⁰⁴⁸, a finalement été conservée dans le texte en vigueur¹⁰⁴⁹.

682. — A teneur de l'art. 67 al. 2 CP [2015] (qui correspond à l'art. 67 al. 2 phr. 1 aCP [2007]), l'interdiction d'exercer une profession défend à l'auteur d'exercer cette activité de manière indépendante, en tant qu'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale ou au titre de mandataire ou de représentant d'un tiers. A teneur de l'art. 67 al. 3 CP [2015] (qui correspond à l'art. 67 al. 2 phr. 2 aCP [2007]), si le danger existe que l'auteur abuse de son

¹⁰⁴⁵ MCF-CP 1998, p. 1907.

¹⁰⁴⁶ Cf. TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 5b, rendu en application de l'art. 51a CP [1942].

¹⁰⁴⁷ MCF du 21.09.1998 concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du Code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1998 p. 1787 ss, p. 1911 : « [u]n rapport direct entre l'infraction et l'activité professionnelle [...] est toujours nécessaire [...]. L'infraction est notamment commise "dans l'exercice" d'une telle activité lorsque le délinquant viole les obligations qui y sont liées. Comme en vertu du droit en vigueur, il suffit que l'auteur abuse de son activité professionnelle principale ou accessoire pour poursuivre des objectifs contraires à ses tâches professionnelles ; tel sera notamment le cas s'il profite d'occasions particulières, offertes par son activité professionnelle, pour commettre des infractions [...]. Le champ d'application de cette disposition n'englobe toutefois pas les personnes qui n'abusent que du prestige conféré par une profession ou une position professionnelle déterminée, pour commettre des infractions en dehors de leur activité professionnelle. Une telle extension de l'interdiction d'exercer une profession serait excessive. Les autres sanctions prévues dans le code pénal sont applicables à ces cas ».

¹⁰⁴⁸ Pour des développements, cf. CONSEIL FEDERAL, Rapport explicatif du mois de janvier 2011 concernant une modification de la Constitution, du Code pénal, du Code pénal militaire et du droit pénal des mineurs (interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique), p. 15 s.

¹⁰⁴⁹ MCF-Interdiction, p. 8202.

activité professionnelle pour commettre des infractions alors qu'il agit selon les directives et sous le contrôle d'un supérieur, l'exercice de cette activité lui est entièrement interdit.

(ii) *Les possibilités d'application concernant les magistrats du siège*

683. — L'interdiction d'exercer une activité, telle que prévue par les art. 67 ss CP [2015], peut théoriquement s'appliquer – à nouveau – à la fonction de magistrat du siège¹⁰⁵⁰. En effet, l'interdiction d'exercer une activité ne rentre pas nécessairement en conflit avec l'immunité pénale dont bénéficient les magistrats du siège, celle-ci n'étant que relative¹⁰⁵¹. Il conviendra toutefois, en pratique, de faire preuve de retenue dans l'application d'une telle mesure¹⁰⁵².

684. — L'interdiction d'exercer une activité est susceptible de rentrer en conflit avec une suspension disciplinaire ou un retrait des fonctions juridictionnelles, voire encore avec une révocation disciplinaire¹⁰⁵³ prononcée – antérieurement ou postérieurement – à l'encontre du magistrat du siège. Il convient à ce titre de tenir compte du fait que l'interdiction d'exercer une activité constitue une mesure pénale¹⁰⁵⁴. Dès lors, si l'on considère que les sanctions disciplinaires précitées peuvent revêtir un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁰⁵⁵, se pose la question de l'applicabilité du principe *ne bis in idem*. Nous renvoyons sur ce point aux développements présentés ci-dessus¹⁰⁵⁶.

(iii) *Les effets de l'interdiction d'exercer une activité*

685. — Le prononcé pénal d'une interdiction d'exercer une activité n'est pas « *self-executing* ». En effet, l'art. 294 al. 1 CP [2015], qui appartient au Titre 15 de la Partie spéciale du Code pénal, consacré aux infractions contre l'autorité publique, dispose que « [q]uiconque exerce une activité au mépris de l'interdiction prononcée contre lui en vertu de l'art. 67 du présent code [...] est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine

¹⁰⁵⁰ OFJ, JAAC 68.49, ch. 2.5.

¹⁰⁵¹ Cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2213. Concernant l'immunité pénale, cf. *supra*, N 80 ss.

¹⁰⁵² Cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2214.

¹⁰⁵³ Cf. *supra*, resp. N 535-544, 527-534 et 575-606.

¹⁰⁵⁴ Cf. ég. DEUMIER (F), p. 228, qui considère que la sanction (mesure) pénale consistant à interdire l'exercice d'une activité constitue en réalité une sanction disciplinaire.

¹⁰⁵⁵ Cf. *supra*, Chap. 3, N 201-216.

¹⁰⁵⁶ Cf. *supra*, N 666-669, 670-672 et 673-677.

pécuniaire ». Une nouvelle intervention de l'autorité est dès lors nécessaire le cas échéant ; une telle intervention ne permettra par ailleurs pas, elle non plus, d'écarter directement la personne concernée de l'activité en cause.

686. — L'interdiction d'exercer une activité se distingue ainsi sensiblement d'une sanction disciplinaire. La sanction disciplinaire consistant dans une suspension, un retrait des fonctions juridictionnelles ou une révocation, une fois entrée en force, prend, quant à elle, effet de plein droit¹⁰⁵⁷. Pour le surplus, nous relevons que le but visé par l'interdiction d'exercer une activité est avant tout de protéger le public contre de nouveaux abus ; la sanction disciplinaire poursuit une fonction plus large, ce qui comprend notamment l'amendement de la personne sanctionnée¹⁰⁵⁸.

687. — Ainsi, on peut considérer que le prononcé d'une sanction disciplinaire postérieurement à une interdiction d'exercer une activité au sens des art. 67 ss CP [2015], s'il n'est pas contraire au principe *ne bis in idem*, pourrait s'avérer utile, voire nécessaire, lorsque la protection de l'intérêt public ou d'autres motifs commandent d'écarter directement et immédiatement un magistrat du siège de sa fonction.

3. La chose jugée au disciplinaire sur le pénal (aperçu)

688. — La jurisprudence et la doctrine suisse considèrent également que le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas, en droit pénal, lorsque l'on se trouve en présence d'une sanction disciplinaire préalable basée sur les mêmes faits que ceux considérés pénalement. Cette position tiendrait également au fait que le droit pénal et le droit disciplinaire rempliraient des fonctions différentes¹⁰⁵⁹. Pour le surplus, nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements présentés ci-dessus concernant la question de la chose jugée au pénal sur le disciplinaire¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ A noter qu'il en allait de même de l'art. 51 aCP [1942] concernant l'incapacité d'exercer une charge ou une fonction.

¹⁰⁵⁸ ATF 130 IV 1, consid. 2.2 (jurisprudence rendue en application de l'art. 54 aCP [1942]).

¹⁰⁵⁹ Cf. p. ex. ATF 99 IV 13 et 120 V 481 pour des exemples de sanctions disciplinaires prononcées subséquemment à une sanction pénale. Pour le cas inverse, cf. ATF 101 Ia 172. Cf. ég. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 82 ; NEZARD (F ; anc.), p. 97 ; MORIN (F ; anc.), II, p. 200 s., 374 ; LAURIE (F), p. 135 ss ; HEIDELMANN (D ; médecins), p. 67. Sur la question des buts respectifs du droit pénal et du droit disciplinaire, cf. *supra*, Chap. 3, N 130-136 et 151-158.

¹⁰⁶⁰ Cf. *supra*, N 670-672 et 673-677.

4. La chose jugée au disciplinaire sur le disciplinaire

a. La notion et la portée

689. — Le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique lorsqu'une autorité disciplinaire est confrontée à des faits ayant déjà donné lieu à une décision disciplinaire¹⁰⁶¹.

690. — Cette question peut paraître quelque peu théorique en ce qui concerne le droit disciplinaire des magistrats du siège. En effet, le risque est faible qu'une autorité disciplinaire se prononce deux fois sur les mêmes faits dans la mesure où seule est en principe compétente l'autorité de la circonscription à laquelle est rattaché le magistrat du siège en cause¹⁰⁶². Le cas apparaît différemment en matière de surveillance des avocats, car ceux-ci peuvent être sanctionnés par les autorités disciplinaires d'autres cantons que le canton dans lequel ils sont inscrits professionnellement¹⁰⁶³.

691. — Il n'est toutefois pas à exclure que deux autorités d'une même circonscription se saisissent d'une affaire disciplinaire. Par exemple, un magistrat du siège pourrait contester la faculté pour une autorité disciplinaire de prononcer un blâme à son encontre dès lors qu'il aurait déjà été repris par le chef de la juridiction à laquelle il est rattaché.

b. Les sanctions disciplinaires à caractère pénal

692. — La question de la chose jugée au disciplinaire sur le disciplinaire s'apprécie généralement indépendamment de celle de l'applicabilité du principe *ne bis in idem*, qui découle du droit pénal. Elle pourrait toutefois être examinée sous l'angle de ce principe lorsque les deux sanctions disciplinaires visées, fondées sur les mêmes faits, ont un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁰⁶⁴.

693. — Nous pouvons citer l'hypothèse dans laquelle un magistrat du siège se verrait infliger un blâme à raison d'une ou plusieurs infractions disciplinaires, puis se verrait infliger ultérieurement une amende à titre de sanction disciplinaire à raison de ces mêmes faits. Le Tribunal fédéral a(vait) ainsi jugé,

¹⁰⁶¹ RICOL (F ; anc.), p. 98 ; JOLY-HURARD (F), p. 161 s.

¹⁰⁶² Cf. ég. *supra*, N 427.

¹⁰⁶³ BOHNET/MARTENET, N 2041-2043.

¹⁰⁶⁴ Cf. WALDMANN, p. 114 s.

dans un arrêt du 3 mars 1976, que les sanctions disciplinaires à caractère pénal prépondérant, telles que le blâme et l'amende¹⁰⁶⁵, sont régies par le principe *ne bis in idem*¹⁰⁶⁶.

IV. Les modalités de fixation (aperçu)

A. Le cumul de plusieurs (types de) sanctions disciplinaires dans la même décision

1. La possibilité du cumul doit être prévue par la loi

694. — Il apparaît possible de cumuler, dans une même décision, plusieurs types de sanctions disciplinaires figurant dans l'échelle des sanctions disciplinaires. Cette possibilité doit toutefois être prévue dans la loi, conformément au principe de la légalité¹⁰⁶⁷. Deux solutions s'offrent au législateur : (i) poser le principe du cumul des sanctions disciplinaires dans une clause générale, ou (ii) énumérer spécifiquement et exhaustivement¹⁰⁶⁸ les différentes possibilités de cumul de sanctions disciplinaires.

695. — Nous donnons la préférence à la solution (ii) ci-dessus, car celle-ci est davantage propre à assurer la sécurité du droit. C'est d'ailleurs la solution retenue le cas échéant par la plupart des réglementations disciplinaires concernant les magistrats du siège mais aussi concernant d'autres professions. Ainsi, en droit disciplinaire des magistrats du siège, l'art. 32 al. 2 phr. 1 LOJV/VD pose que les sanctions disciplinaires définies à l'art. 32 al. 1 LOJV/VD ne peuvent en principe pas être cumulées, tandis que l'art. 32 al. 2

¹⁰⁶⁵ Cf. toutefois *supra*, resp. N 497-500 et 511-515 concernant la nature juridique – telle que retenue actuellement par la jurisprudence – du blâme et de l'amende.

¹⁰⁶⁶ ATF 102 Ia 28. Cf. toutefois ATF 108 Ia 230, consid. 2, SJ 1983 p. 222, qui relativise cette jurisprudence, indiquant que l'examen doit plutôt se faire sous l'angle du principe de la proportionnalité.

¹⁰⁶⁷ FAVRE, p. 334 ; BELLWALD, p. 144, qui précise que cette méthode devrait rester exceptionnelle.

¹⁰⁶⁸ Cf. TF 2C_34/2011 du 30.07.2011, consid. 6.1, où le Tribunal fédéral a laissée ouverte la question de savoir si le fait de prévoir que l'amende peut être prononcée en plus de l'interdiction de pratiquer à titre indépendant (art. 43 al. 3 LPMéd) revient à exclure, *a contrario*, le cumul de l'amende et d'une autre sanction disciplinaire telle que le blâme (interprétation en ce sens, à juste titre selon nous : TA/GE, arrêt ATA/790/2010 du 16.11.2010).

phr. 2 LOJV/VD prévoit les cas de cumul expressément autorisés (le blâme et l'amende peuvent être accompagnés d'un avertissement ou d'une menace de révocation)¹⁰⁶⁹ ; l'art. 103 al. 2 LJ/FR prévoit également une possibilité de cumul de sanctions disciplinaires (le blâme peut être assorti d'une menace de révocation [disciplinaire])¹⁰⁷⁰.

696. — Cela étant, l'insertion d'une clause générale (solution (i) ci-dessus) pourrait suffire. Ainsi, l'art. 33 al. 2 phr. 2 LOJ/VS prévoit que « [p]lusieurs [sanctions] disciplinaires peuvent être cumulées ». A notre sens, l'autorité qui, sur la base d'une telle clause, cumulerait dans une même décision des sanctions naturellement incompatibles¹⁰⁷¹ violerait également le principe de la légalité.

2. Examen de quelques cas de figure

697. — Nous proposons d'examiner quelques possibilités de combinaisons de sanctions disciplinaires dans une même décision.

698. — L'avertissement ne devrait pas pouvoir être cumulé avec une autre sanction disciplinaire¹⁰⁷². La solution contraire revient en effet à dénaturer l'avertissement, dont la fonction est justement d'offrir une première réponse disciplinaire et de prévenir une nouvelle infraction, laquelle serait le cas échéant sanctionnée par une mesure plus incisive.

699. — Le blâme ne devrait pas pouvoir être assorti d'une autre sanction disciplinaire que l'amende. En particulier, la menace de révocation ne devrait pas être formulée par le biais d'un « complément au blâme », mais par la

¹⁰⁶⁹ Même technique en France à l'art. 46 Ord. 1958/F : « [s]i un magistrat est poursuivi en même temps pour plusieurs faits, il ne peut être prononcé contre lui que l'une des sanctions prévues à l'article précédent » (al. 1) ; « [u]ne faute disciplinaire ne peut donner lieu qu'à une seule de ces peines. Toutefois, les sanctions prévues aux [ch. 3, 3bis, 4, 4bis et 5] de l'article 45 [resp. : retrait de certaines fonctions ; interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pendant une durée maximum de cinq ans ; abaissement d'échelon ; exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an, avec privation totale ou partielle du traitement ; rétrogradation] peuvent être assorties du déplacement d'office. La mise à la retraite d'office [art. 45 ch. 6] emporte interdiction de se prévaloir de l'honorariat des fonctions prévu [à l'art. 77 al. 1] » (al. 2).

¹⁰⁷⁰ Cf. ég. TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 8.2, qui admet le cumul de l'amende et de l'avertissement ou du blâme.

¹⁰⁷¹ Cf. *infra*, N 697-700.

¹⁰⁷² Comp. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2159 *i.f.*, qui considèrent que le cumul d'une amende et d'un avertissement n'est pas interdit par la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA).

sanction monotypique de l'avertissement-menace (comp. art. 32 al. 2 phr. 2 LOJV/VD, précité¹⁰⁷³).

700. — L'amende peut être assortie d'une suspension disciplinaire (cf. ég. art. 17 al. 2 LLCA [avocats], amende et interdiction de pratiquer) ; elle pourrait éventuellement accompagner une révocation disciplinaire.

B. La suspension de l'exécution des sanctions disciplinaires

701. — La doctrine évoque la possibilité, pour l'autorité disciplinaire, de surseoir à l'exécution de certaines sanctions disciplinaires. Parmi d'autres¹⁰⁷⁴, FAVRE considère ainsi qu'il pourrait être utile d'envisager d'assortir le prononcé de sanctions disciplinaires d'un sursis. La suspension disciplinaire, si elle était assortie du sursis, pourrait notamment s'avérer plus efficace que le blâme¹⁰⁷⁵. Par contre, l'avertissement ou le blâme ne peuvent manifestement pas être prononcés avec sursis.

702. — Un mécanisme de sursis à l'exécution de la sanction disciplinaire pourrait ainsi être mis en place dans la loi, en s'inspirant du modèle du droit pénal (cf. art. 42 ss CP)¹⁰⁷⁶. Les conditions à l'octroi et à la révocation du sursis, de même que les infractions et les sanctions disciplinaires auxquelles il se rapporte, devraient être soigneusement définies.

703. — Il convient toutefois de relever que le droit disciplinaire offre généralement une échelle de sanctions plus étendue que le droit pénal. L'autorité disciplinaire est donc amenée — sous réserve d'une corrélation stricte entre des infractions disciplinaires et des sanctions disciplinaires¹⁰⁷⁷ —, davantage que l'autorité pénale, à moduler les sanctions qu'elle prononce en fonction de leur type. De plus, l'avertissement, qui peut être prononcé sous la forme d'une sanction-menace¹⁰⁷⁸, permet d'obtenir un effet comparable à celui d'une sanction disciplinaire prononcée avec sursis.

¹⁰⁷³ Cf. N 695.

¹⁰⁷⁴ P. ex. LE POGAM (F), N 207 ; DE CLERK (B), p. 18 ; DELMAS-MARTY (B), p. 156. *Contra* : NEZARD (F ; anc.), p. 389 ss.

¹⁰⁷⁵ FAVRE, p. 340.

¹⁰⁷⁶ En ce sens ég. : LE POGAM (F), N 207. Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 98 s. : « *je ne vois nulle raison d'écarter le sursis, devant l'assimilation des peines disciplinaires aux peines du droit pénal* ».

¹⁰⁷⁷ Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359 ; cf. ég. *supra*, N 622 s.

¹⁰⁷⁸ Cf. *supra*, N 487-491.

Seconde Partie :

Le droit disciplinaire formel

Chapitre 6 : Les autorités disciplinaires

I. Remarques préalables

A. L'objet et le plan du présent Chapitre

1. L'objet du présent Chapitre

704. — Les autorités de surveillance des magistrats du siège peuvent revêtir des formes diverses et disposer de pouvoirs sensiblement différents. Elles sont par ailleurs susceptibles de s'inscrire dans le cadre plus large d'une autorité appelée « conseil de la justice » – parfois dénommée conseil (supérieur) de la magistrature – qui est investie d'autres compétences telles que la nomination et la carrière des magistrats du siège, la gestion du budget, la levée du secret de fonction¹⁰⁷⁹.

705. — Le présent chapitre vise à discuter les possibilités de mise en œuvre des autorités de surveillance des magistrats du siège en Suisse, sous l'angle du droit disciplinaire uniquement. Le statut et le champ de pouvoir des autorités disciplinaires devront toutefois être analysés parfois en fonction du cadre – juridictionnel ou non juridictionnel – dans lequel ces autorités s'inscrivent.

2. Le plan du présent Chapitre

706. — Dans un premier temps, nous étudierons les autorités disciplinaires en considérant leur position au sein des institutions étatiques ; cette approche sera centrée sur le droit existant (ci-après, II.). Dans ce cadre, nous présenterons de manière ciblée les exigences structurelles – conventionnelles et constitutionnelles – relatives aux autorités disciplinaires (ci-après, II.A.). Puis nous examinerons, sur cette base, les possibilités générales de mise en œuvre des autorités disciplinaires, ce qui reviendra à proposer une ébauche de

¹⁰⁷⁹ Cf. p. ex., en France, le Conseil supérieur de la magistrature.

typologie des autorités disciplinaires (ci-après, II.B.). Nous passerons ensuite en revue quelques solutions retenues actuellement en Suisse, tant au niveau fédéral que cantonal (ci-après, II.C.).

707. — Dans un second temps, nous nous pencherons sur la condition des autorités disciplinaires en tant qu'institutions étatiques (ci-après, III.). Notre analyse se fondera largement sur le droit désirable, en particulier sur les avis et recommandations non contraignants émanant de différents organismes à vocation internationale (cf. ci-après, III.A.2.). Nous nous interrogerons sur la relation entre les autorités disciplinaires et ce que l'on désigne comme étant les « conseils de la justice » (ci-après, III.B.) et traiterons des questions liées à la composition de l'autorité disciplinaire (ci-après, III.C.) et à la nomination des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, III.D.). Nous évoquerons également certaines questions temporelles liées au mandat des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, III.E.), ainsi que la question de la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, III.F.).

708. — Finalement, nous présenterons quelques réflexions sur les possibilités d'unification totale ou partielle des autorités disciplinaires suisses (ci-après, IV.).

709. — Il nous paraît toutefois utile de poursuivre et préciser, au préalable, la réflexion générale entamée en début du présent travail¹⁰⁸⁰ concernant l'évolution actuelle de la juridictionnalisation de la répression disciplinaire (ci-après, I.B.). En effet, ces éléments de réflexion permettront de mieux cerner les enjeux liés à la définition du statut et des compétences des autorités disciplinaires.

B. Les autorités disciplinaires dans le contexte de la juridictionnalisation de la répression disciplinaire

710. — Nous avons indiqué ci-dessus¹⁰⁸¹ que la juridictionnalisation de la répression disciplinaire s'entend de manière générale comme étant le passage d'une discipline informelle, qui reste interne au corps¹⁰⁸², à un droit disciplinaire formalisé, qui est exprimé dans le corps des règles étatiques et qui est exercé par l'Etat.

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra*, Chap. 3, N 143-147 ; Chap. 4, N 327-328.

¹⁰⁸¹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 159-162 ; Chap. 4, N 327-328.

¹⁰⁸² PLUEN (F), N 669 ss. Cf. ég. MORIN (F ; anc.), p. 358, qui utilise l'expression « discipline intérieure ».

711. — Le phénomène de juridictionnalisation trouve son expression la plus manifeste dans la transformation de la nature et des pouvoirs de l'entité habilitée à exercer le pouvoir disciplinaire. Le Doyen DUGUIT, en 1903, remarquait à juste titre que « [...] *la juridictionnalisation de la répression disciplinaire paraît s'accomplir surtout en ce qui concerne l'autorité compétente pour l'appliquer et les formes en lesquelles elle doit intervenir* [...] »¹⁰⁸³.

712. — Dans cette optique, DUGUIT indiquait déjà que le chef de service – qui correspond au chef de cour ou de juridiction si l'on concentre l'analyse aux magistrats du siège – devrait rester tout à fait étranger à la décision disciplinaire, qui s'impose également à lui ; que la décision devrait être prise par le corps organisé en juridiction¹⁰⁸⁴.

713. — RICOL, en 1908, a distingué trois stades dans l'évolution de l'organisation du droit disciplinaire : au premier stade, la discipline est exercée par un supérieur hiérarchique en tant que chef administratif ; au deuxième stade, le supérieur hiérarchique conserve la compétence disciplinaire mais doit solliciter l'avis préalable et consultatif d'un conseil de discipline avant de rendre sa décision ; dans un troisième stade, la totalité de la compétence décisionnelle est attribuée au conseil de discipline lui-même ; ce conseil s'est transformé en juridiction¹⁰⁸⁵.

714. — RICOL a néanmoins constaté que la juridictionnalisation de la répression disciplinaire se présentait de manière diverse en fonction des professions étudiées ; mais surtout, il a précisé qu'en réalité, l'on assistait fréquemment, au sein d'une profession donnée, à une *coexistence* entre les stades précités¹⁰⁸⁶. Par exemple, la compétence de prononcer les peines les plus fortes (ou éventuellement un rôle consultatif à ce titre) pouvait par hypothèse être attribuée à un conseil de discipline, tandis que les peines les plus faibles étaient laissées au supérieur hiérarchique – parfois à son entière discrétion.

715. — D'une discipline « paternelle » exercée par les chefs de juridiction, on assiste ainsi à une évolution vers l'attribution du pouvoir disciplinaire à une autorité instituée. La réglementation des infractions disciplinaires, la procédure et les sanctions disciplinaires s'en trouve(ro)nt également transformées. Dans ce cadre juridictionnalisé, la répression disciplinaire s'exprime par le *droit disciplinaire*¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³ DUGUIT (F ; anc.), p. 470.

¹⁰⁸⁴ DUGUIT (F ; anc.), p. 470.

¹⁰⁸⁵ RICOL (F ; anc.), p. 111-113.

¹⁰⁸⁶ RICOL (F ; anc.), p. 116.

¹⁰⁸⁷ Cf. *supra*, Chap. 3, N 159-162.

716. — Pour le surplus, nous rappelons que l’externalisation du pouvoir disciplinaire à une autorité instituée s’inscrit dans l’idée – moderne – selon laquelle le droit disciplinaire vise la poursuite d’un intérêt commun, et non l’intérêt d’un seul corps s’administrant lui-même¹⁰⁸⁸.

II. Les autorités disciplinaires au sein des institutions étatiques

A. Les exigences structurelles

1. Présentation générale

717. — Les exigences structurelles liées au statut et aux compétences des autorités disciplinaires se rapportent principalement à la notion d’autorité judiciaire. Nous avons choisi de présenter la notion d’autorité judiciaire dans le cadre de la présente Section – et non dans la Section III. ci-dessous, consacrée aux autorités disciplinaires en tant qu’institutions étatiques, – en raison notamment du fait que la qualité d’autorité judiciaire – ou l’absence d’une telle qualité – est liée à la place que l’autorité considérée occupe par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif et aux relations qu’elle entretient le cas échéant avec ces derniers.

718. — Dans un premier temps, nous définirons – partiellement sous forme de rappel¹⁰⁸⁹ – si et dans quelle mesure les magistrats du siège ont droit à voir leur cause jugée par une autorité judiciaire (ci-après, 2.). Dans un second temps, nous examinerons les caractéristiques que doit présenter une autorité afin de se voir reconnaître la qualité d’autorité judiciaire (ci-après, 3.).

2. Le droit à l’examen de sa cause par une autorité judiciaire

719. — L’art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH¹⁰⁹⁰ prévoit notamment que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. En d’autres termes, si la

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra*, Chap. 3, N 163-164.

¹⁰⁸⁹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 174-176 et 217-222.

¹⁰⁹⁰ Afin de ne pas alourdir le texte de notre exposé, nous nous référerons ci-après uniquement à l’art. 6 par. 1 CEDH. Les développements proposés se rapportent également à l’art. 14 par. 1 Pacte ONU II.

procédure entre dans le champ de cette disposition, sous l'angle de son volet civil ou de son volet pénal¹⁰⁹¹, l'examen de la cause par une autorité judiciaire est alors nécessaire à un stade au moins de la procédure.

720. — En Suisse, l'art. 30 al. 1 Cst. féd. prévoit également que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal [...]. Cette disposition est à lire en parallèle avec l'art. 29a phr. 1 Cst. féd., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire¹⁰⁹².

721. — L'art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH offre les mêmes garanties d'accès au juge que l'art. 29a Cst. féd. en présence de contestations de caractère civil et/ou d'accusations en matière pénale au sens desdites dispositions¹⁰⁹³. L'art. 29a Cst. féd. a toutefois une portée plus large que l'art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH : il étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration qui ne rentrent pas dans le champ de l'art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH¹⁰⁹⁴. L'art. 29a Cst. féd. établit ainsi une garantie générale de l'accès au juge en Suisse¹⁰⁹⁵.

722. — Les art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH et 29a Cst. féd. garantissent le respect des règles légales de compétence¹⁰⁹⁶. Ils confèrent aux justiciables – dont sont les magistrats du siège – le droit de voir les litiges auxquels ils sont parties soumis à des tribunaux régulièrement constitués d'après la constitution, la loi ou les règlements en vigueur¹⁰⁹⁷. Ils permettent également d'assurer l'existence et le fonctionnement d'un système garantissant l'indépendance effective des

¹⁰⁹¹ Sur cette question, cf. *supra*, Chap. 3, N 187-216.

¹⁰⁹² Nous rappelons pour le surplus (cf. *supra*, Chap. 3, N 193-200) que l'art. 29a phr. 2 Cst. féd., qui prévoit que la Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels, ne devrait en principe pas pouvoir s'appliquer en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège. En effet, cette réserve se rapporte principalement aux décisions ayant un caractère politique prépondérant (cf. ég. art. 86 al. 3 LTF) (ATF 137 I 128, consid. 4.2 et les réf. ; cf. ég. FLEINER/IVANOV, p. 31-40). Or, comme nous l'avons vu, le principe de l'indépendance de la justice commanderait justement d'exclure toute considération politique en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège (en ce sens ég. : VOLLERY, N 3, 31, à propos du Conseil de la magistrature fribourgeoise).

¹⁰⁹³ ATF 133 IV 278, consid. 2.2, p. 284.

¹⁰⁹⁴ Cf. ég. l'art. 191b Cst. féd., qui impose not. aux cantons d'instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public.

¹⁰⁹⁵ ATF 136 I 323, consid. 4.2.

¹⁰⁹⁶ ATF 122 I 18, consid. 2b/bb.

¹⁰⁹⁷ ATF 100 Ib 137.

magistrats du siège (en charge des procédures judiciaires), ainsi que le rappelle par ailleurs l'art. 191c Cst. féd.¹⁰⁹⁸.

723. — Les art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH et 29a Cst. féd. n'imposent pas à la Confédération et aux cantons une organisation judiciaire particulière ni une procédure déterminée. Ceux-ci sont donc libres de définir les autorités compétentes et la procédure applicable dans les limites des exigences conventionnelles et constitutionnelles en vigueur¹⁰⁹⁹. Ces exigences, qui forment les caractéristiques minimales devant être présentées par les autorités judiciaires, seront examinées ci-après.

3. Les caractéristiques d'une autorité judiciaire

a. Considérations générales

724. — Par autorité judiciaire (ou tribunal), on entend « *un organe juridictionnel compétent pour résoudre un litige sur la base de normes juridiques à l'issue d'une procédure organisée. Il doit s'agir [...] d'une autorité dont l'indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif et des parties, ainsi que l'impartialité, sont favorisées par des règles relatives au statut personnel de ses membres et à la procédure qu'elle doit suivre pour rendre ses décisions [...]* »¹¹⁰⁰.

725. — On oppose généralement la notion d'autorité judiciaire à celle d'autorité administrative (non juridictionnelle). La première se rapporte à une autorité intervenant en tant que « juste médiateur », tandis que la seconde vise une autorité agissant en tant que « partie adverse » au(x) justiciable(s) concerné(s). Dans une affaire relative à la surveillance disciplinaire des notaires, le Tribunal fédéral a par exemple considéré que « *[l]a particularité d'une procédure judiciaire est de trancher un litige entre deux parties différentes. C'est typiquement le cas de la procédure civile contentieuse dans son sens traditionnel. En revanche, la procédure administrative, dans la mesure où elle concerne des contestations "civiles" au sens de l'art. 6 CEDH, se caractérise par une confrontation entre l'administration, qui a rendu une décision, et la personne qui la conteste. L'administration et celui qui est touché par la décision sont considérés ici comme des parties, alors que le tribunal indépendant tranche leur litige. Dans ce genre de rapport, l'administration défend de*

¹⁰⁹⁸ ATF 137 I 227, consid. 2.6.1. Cf. ég. GRODECKI, N 6.

¹⁰⁹⁹ ATF 123 I 49, consid. 2b ; 122 I 18, consid. 2b/bb ; 105 Ia 172, consid. 3a.

¹¹⁰⁰ P. ex. ATF 133 IV 278, consid. 2.2. Cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1966 ss.

manière typique l'intérêt public et le recourant défend ses intérêts privés. C'est pourquoi, la juridiction administrative a été introduite et elle est exigée par l'art. 6 CEDH dans les affaires "civiles" ; elle offre ainsi au citoyen un examen indépendant de l'intérêt public, allégué par l'administration, et de l'intérêt privé ». Le Tribunal fédéral a ainsi retenu, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, que « la Commission des notaires du canton des Grisons possède des attributions générales et complètes de surveillance ; elle décide de l'admission des notaires dans la profession, examine d'office l'exercice de la profession en général, procède à des inspections et décrète l'ouverture d'une procédure disciplinaire qu'elle mène elle-même et qu'elle clôt par une décision. Une autorité avec de tels devoirs et de telles attributions ressemble, du point de vue fonctionnel, davantage à une autorité administrative qu'à une autorité judiciaire. Elle garantit, au sens large, l'intérêt public à un exercice du notariat conforme à l'ordre public. Si elle procède à une inspection à l'encontre d'un notaire et qu'elle le punit au niveau disciplinaire, elle défend l'intérêt public. Par rapport au notaire qui conteste la légalité de ces mesures, elle agit comme une partie adverse et non pas comme un "juste médiateur" »¹¹⁰¹.

726. — On remarque ainsi que la notion d'autorité judiciaire est indissociablement liée aux particularités de la procédure dans laquelle (l'activité de) l'autorité s'inscrit¹¹⁰². En d'autres termes, il apparaît nécessaire de prendre en compte le déroulement de l'ensemble de la procédure afin de déterminer si une autorité (disciplinaire) remplit les exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹¹⁰³. Cela inclut notamment le rôle joué par la juridiction de recours, en particulier l'étendue de ses pouvoirs et la manière dont les intérêts des parties sont exposés et protégés devant elle¹¹⁰⁴.

727. — Des motifs d'ordre fonctionnel pourront ainsi être mis en évidence, qui empêchent de reconnaître, dans des cas concrets, le caractère d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹¹⁰⁵. Notamment, une autorité n'offrant pas, dans les procédures – portant sur des contestations sur des droits et obligations de caractère civil et/ou sur des accusations en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH – qu'elle met en place, des garanties suffisantes en

¹¹⁰¹ ATF 123 I 87, consid. 4e, JdT 1999 I 538 ; cf. ég. ATF 126 I 228, consid. 2c/aa et 2c/bb ; cf. ég. récemment TF 2C_952/2014 du 09.07.2015 (avocats), consid. 2.3 ; 2C_308/2015 du 07.07.2015 (avocats), consid. 2.1.

¹¹⁰² Cf. ég. *infra*, N 823 s.

¹¹⁰³ Cf. p. ex. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1972.

¹¹⁰⁴ Cf. p. ex. CourEDH, arrêt *Monnell et Morris c. Royaume-Uni* du 02.03.1987, par. 56.

¹¹⁰⁵ Cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1971.

matière de séparation des fonctions d’instruction et de jugement¹¹⁰⁶ ne pourra pas – pour ce motif déjà – être considérée comme une autorité judiciaire au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH¹¹⁰⁷. Il en va probablement de même en l’absence de séparation des fonctions de poursuite et de jugement¹¹⁰⁸. Il faut néanmoins réserver l’éventuel effet réparateur d’un recours devant une autorité remplissant les exigences d’une autorité judiciaire au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH¹¹⁰⁹.

b. Une autorité dotée de la plénitude de juridiction

(i) Généralités

728. — Pour être qualifiée d’autorité judiciaire au sens des art. 29a Cst. féd., 6 par. 1 CEDH et 14 par. 1 Pacte ONU II (ci-après : « autorité judiciaire au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH »)¹¹¹⁰, l’autorité doit notamment disposer d’un plein pouvoir d’examen, en fait et en droit¹¹¹¹. La Cour européenne des droits de l’homme, dans son arrêt *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, a notamment rappelé que « [p]armi les caractéristiques d’un organe judiciaire de pleine juridiction [au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH] figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l’organe inférieur [; l’organe judiciaire de pleine juridiction] doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi [...] »¹¹¹².

¹¹⁰⁶ Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 7, N 1265-1269.

¹¹⁰⁷ Cf. p. ex. ATF 123 I 87, consid. 3c et 4, JdT 1999 I 538.

¹¹⁰⁸ Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 7, N 1208-1211.

¹¹⁰⁹ Cf. *infra*, N 744 s.

¹¹¹⁰ Afin de ne pas alourdir le texte de notre exposé, nous nous référerons ci-après uniquement à l’art. 6 par. 1 CEDH. Les développements proposés se rapportent également à l’art. 14 par. 1 Pacte ONU II.

¹¹¹¹ Cf. p. ex. ATF 139 I 72, consid. 4.4, JdT 2013 I 202 et les réf. ; CORBOZ, art. 110 LTF N 6.

¹¹¹² CourEDH, arrêt *Menarini Diagnostics s.R.L. c. Italie* du 27.09.2011, req. 43509/08, par. 59. Comp. CJUE, arrêt *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist* du 06.07.2000, aff. C-407/98, Rec. 2000 p. I-05539 ss, par. 29 : « [p]our apprécier si un organisme possède le caractère d’une juridiction [au sens du Traité CE], question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d’un ensemble d’éléments, tels l’origine légale de l’organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l’application, par l’organisme, des règles de droit, ainsi que son indépendance ».

729. — Dans son arrêt « PubliGroupe », le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de se pencher sur la notion de plénitude de juridiction en fait et en droit, telle que dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'art. 6 par. 1 CEDH. Il a ainsi rappelé que « [l']organe de décision doit pouvoir établir seul les faits pertinents et apprécier l'état de fait ainsi établi au regard des dispositions légales topiques. L'organe doit également pouvoir vérifier sans restriction la conformité de la conséquence juridique, soit la sanction, au regard du droit, y compris le droit constitutionnel et les principes de l'activité de l'Etat (art. 5 Cst. [féd.]), en particulier le principe de la proportionnalité »¹¹¹³.

730. — Dans un premier temps, nous définirons de manière générale quelles autorités sont susceptibles de revêtir, en Suisse, la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (ci-après, (ii), (iii) et (iv)). Dans un second temps, nous résumerons la problématique et placerons celle-ci dans la perspective du droit disciplinaire des magistrats du siège (ci-après, (v)).

(ii) Le cas spécifique du Tribunal fédéral

731. — Le Tribunal fédéral – pour autant qu'il puisse être valablement saisi (cf. art. 82 ss LTF) – ne présente pas la qualité d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. En effet, il ne dispose pas d'un plein pouvoir d'examen en fait : il conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), et ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte – ce qui correspond à la notion d'arbitraire¹¹¹⁴ – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF)¹¹¹⁵. En outre, son pouvoir d'examen en droit peut être limité dans certaines situations (cf. art. 98, 116 LTF).

¹¹¹³ ATF 139 I 72, consid. 4.4, JdT 2013 I 202 (« PubliGroupe »). Sur l'effectivité de l'examen du tribunal (en l'espèce le Tribunal administratif fédéral) et la retenue de ce dernier lors de l'appréciation de questions techniques (en l'espèce des considérations techniques et spécialisées de la Commission de la concurrence, laquelle assume des fonctions de mise en prévention, d'instruction et de décision), cf. ég. ATF 139 I 72, consid. 4.4, JdT 2013 I 202 (« PubliGroupe »).

¹¹¹⁴ P. ex. ATF 137 I 58, consid. 4.1.2 ; 137 II 353, consid. 5.1.

¹¹¹⁵ P. ex. TF 1C_267/2008 du 27.10.2008, consid. 2.4. L'exception prévue à l'art. 105 al. 3 LTF (plein pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, en fait et en droit, concernant les décisions d'octroi ou de refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire) n'est pas applicable en l'espèce. Au surplus, cf. art. 118 al. 2 LTF concernant l'examen des faits par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire.

732. — Par conséquent, le fait que le Tribunal fédéral statue dans une procédure ne suffit pas à satisfaire l'exigence de l'examen de la cause par une autorité judiciaire au sens de (l'art. 29a Cst. féd. et de) l'art. 6 par. 1 CEDH. Cette situation est conforme au rôle dévolu au Tribunal fédéral, qui est de statuer en tant que cour suprême et non en tant qu'instance d'appel¹¹¹⁶.

733. — La présence d'autorités judiciaires au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH doit donc être assurée au niveau des instances précédant le Tribunal fédéral. Ces instances peuvent être de niveau fédéral (ci-après, (iii)) ou cantonal (ci-après, (iv)).

(iii) Les autorités inférieures au Tribunal fédéral dans les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux

734. — Au niveau fédéral¹¹¹⁷, le Tribunal administratif fédéral fonctionne en tant que tribunal administratif ordinaire (art. 1 al. 1 LTAF) statuant comme autorité judiciaire – au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH – précédant immédiatement le Tribunal fédéral¹¹¹⁸ (art. 1 al. 2 i.f. LTAF ; cf. ég. art. 86 al. 1 let. a LTF).

735. — Dans certains cas, la loi peut toutefois exclure le recours au Tribunal fédéral (art. 1 al. 2 i.f. LTAF)¹¹¹⁹. Le Tribunal administratif fédéral fonctionne alors en tant qu'autorité judiciaire – au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH – statuant en instance unique.

(iv) Les autorités inférieures au Tribunal fédéral dans les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux

736. — Concernant les procédures de niveau cantonal, l'art. 86 al. 2 LTF concrétise, dans les causes de droit public¹¹²⁰, l'art. 29a Cst. féd.¹¹²¹. Conformément à l'art. 86 al. 2 LTF, les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal

¹¹¹⁶ Cf. ATF 123 I 87, consid. 3b, JdT 1999 I 538 (notaires) ; CORBOZ, art. 105 LTF N 17, art. 110 LTF N 6.

¹¹¹⁷ Cf. au surplus l'art. 86 al. 1 let. d LTF, qui prévoit que les autorités cantonales de dernière instance constituent, dans les causes de droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF, les autorités précédant le Tribunal fédéral – pour autant que le recours devant le Tribunal administratif fédéral ne soit pas ouvert conformément à l'art. 33 let. i LTAF.

¹¹¹⁸ Cf. art. 33 LTAF pour la définition des autorités précédant le Tribunal administratif fédéral.

¹¹¹⁹ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1431-1434.

¹¹²⁰ Cf. ég. art. 75 al. 2 LTF en matière civile ; art. 80 al. 2 LTF en matière pénale.

¹¹²¹ ATF 136 I 323, consid. 4.2.

fédéral (sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral)¹¹²².

737. — Par tribunal supérieur, on entend une *instance judiciaire* cantonale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan cantonal et qui ne dépend pas, du point de vue hiérarchique, d'une autre instance judiciaire cantonale¹¹²³.

738. — S'il pose l'exigence d'une instance judiciaire cantonale supérieure, l'art. 86 al. 2 LTF ne se prononce toutefois pas sur l'étendue du pouvoir d'examen d'une telle instance. La notion de tribunal supérieur, au sens de la Loi sur le Tribunal fédéral, ne correspond donc pas forcément à la notion d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

739. — L'art. 110 LTF apporte à ce titre une précision importante. Il prévoit en effet que si les cantons sont tenus en vertu de la Loi sur le Tribunal fédéral d'instituer un tribunal comme autorité cantonale de dernière instance – ce qui est plus que largement donné si l'on considère la teneur de l'art. 86 al. 2 LTF –, alors une *autorité judiciaire* au moins doit examiner librement les faits et appliquer le droit d'office (c'est-à-dire disposer d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit). L'exigence d'une autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit visée à l'art. 110 LTF correspond précisément à la notion d'autorité judiciaire au sens de (l'art. 29a Cst. féd. et de) l'art. 6 par. 1 CEDH.

740. — L'autorité judiciaire, au sens de l'art. 110 LTF (donc au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH), ne doit pas forcément être une instance cantonale supérieure ; elle peut être une autorité judiciaire statuant en instance précédant l'instance cantonale supérieure¹¹²⁴. Cela impliquera le cas échéant la présence de deux autorités à *caractère* judiciaire (instances judiciaires) (dont seule l'autorité de première instance pourrait par hypothèse remplir l'exigence d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH) dans la phase préalable au Tribunal fédéral car l'autorité supérieure cantonale doit nécessairement être une instance judiciaire¹¹²⁵. Une telle situation se présentera en principe rarement dans la

¹¹²² L'arrêt TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 2c, rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 29a Cst. féd. – mais aussi avant l'entrée en vigueur de la LTF – dans une cause relative à un magistrat du siège tessinois, apparaît ainsi dépassé.

¹¹²³ ATF 135 II 94, consid. 4.1.

¹¹²⁴ Cf. p. ex. CORBOZ, art. 110 LTF N 7-11.

¹¹²⁵ Nous relevons pour le surplus que le Tribunal fédéral avait considéré, avant l'entrée en vigueur de l'art. 29a Cst. féd. et avant l'entrée en vigueur de la Loi sur le tribunal fédéral, que le respect de l'art. 6 par. 1 CEDH n'est pas garanti lorsqu'une autorité non judiciaire peut

mesure où l'art. 86 al. 2 LTF – contrairement aux art. 75 al. 2 LTF en matière civile et 80 al. 2 LTF en matière pénale –¹¹²⁶ n'impose pas une double instance de recours (une au niveau cantonal, une au niveau du Tribunal fédéral) (i.e. n'impose pas que les autorités cantonales de dernière instance statuent sur recours) dans les causes relevant du droit public au sens de la Loi sur le Tribunal fédéral (cf. art. 82 let. a LTF)¹¹²⁷.

(v) *Conclusions intermédiaires et perspectives*

741. — Nous proposons de résumer les développements qui précèdent et de placer cette problématique dans la perspective du droit disciplinaire des magistrats du siège.

742. — Le Tribunal fédéral ne remplit pas l'exigence d'une autorité judiciaire posée par l'art. 6 par. 1 CEDH, de sorte que cette qualité doit être recherchée au niveau des instances préalables à cette autorité. Sur le plan fédéral, le Tribunal administratif fédéral assure le rôle d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Sur le plan cantonal, au moins une autorité présentant la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH doit être prévue au niveau du tribunal supérieur et/ou au niveau du tribunal inférieur sur lequel le tribunal supérieur exerce un contrôle.

743. — Pour autant qu'elle réponde aux exigences des art. (29a Cst. féd.,) 6 par. 1 CEDH (autorité judiciaire disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit) et 86 al. 2 LTF (tribunal supérieur)¹¹²⁸, une autorité disciplinaire

examiner, avec un plein pouvoir d'examen, une décision rendue par une autorité judiciaire et que le Tribunal fédéral a un pouvoir d'examen limité sur la décision de l'autorité non judiciaire (TF, arrêt du 31.03.1998, RDAF 2000 I 729).

¹¹²⁶ Nous précisons que les décisions rendues dans des procédures disciplinaires dirigées contre des magistrats du siège doivent être considérées comme des décisions rendues dans des causes relevant du droit public au sens de la Loi sur le tribunal fédéral (cf. art. 82 let. a LTF), cela même si ladite cause porte sur une accusation en matière pénale ou sur une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. BOHNET/MARTENET [avocats], N 2137 ; sur les notions d'accusation en matière pénale et de contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, cf. *supra*, Chap. 3, N 187-216).

¹¹²⁷ ATF 135 II 94, consid. 4.1. Cela vaut même si la cause en question porte sur une accusation en matière pénale ou sur une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. BOHNET/MARTENET [avocats], N 2130 ; sur les notions d'accusation en matière pénale et de contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, cf. *supra*, Chap. 3, N 187-216).

¹¹²⁸ Sur ces notions, cf. *supra*, resp. N 719-723 et 736-740.

cantonale peut statuer en instance cantonale unique. En effet, contrairement aux art. 75 al. 2 LTF en matière civile et 80 al. 2 LTF en matière pénale, l'art. 86 al. 2 LTF, applicable aux recours en matière de droit public, n'exige pas que l'autorité préalable au Tribunal fédéral statue sur recours¹¹²⁹.

744. — La compétence d'une autorité administrative (non juridictionnelle¹¹³⁰) en première instance, au niveau fédéral ou cantonal, est donc admissible dès lors que la garantie de l'accès au juge prévue par les art. 29a et 30 al. 1 Cst. féd. et par l'art. 6 par. 1 CEDH est assurée par l'aménagement d'une voie de recours devant une autorité judiciaire ayant un plein pouvoir d'examen (« effet réparateur » du recours)¹¹³¹. Dans son arrêt *Menarini Diagnostics c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé que « [l]e respect de [l'art. 6 CEDH] n'exclut [...] pas que dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de [l'art. 6 par. 1 CEDH] subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction [...] »¹¹³². Le Tribunal fédéral s'est référé à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Menarini Diagnostics c. Italie* dans son arrêt « PubliGroupe » du 29 juin 2012. Il a ainsi confirmé, dans cette espèce, que la Commission de la concurrence (COMCO) ne remplit pas les exigences de l'art. 6 CEDH, mais qu'il est suffisant que ces garanties soient satisfaites au stade de la procédure – judiciaire – de recours devant le Tribunal administratif fédéral¹¹³³.

745. — La question se pose de manière similaire en présence d'une juridiction de première instance ne présentant pas toutes les caractéristiques d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à ce titre que « [p]our déterminer si la juridiction de deuxième instance avait la plénitude de

¹¹²⁹ Cf. ég. ATF 136 II 470, consid. 1.1.

¹¹³⁰ Sur la notion de juridiction administrative, par opposition à une autorité administrative non juridictionnelle, cf. MOOR/POLTIER, p. 631 ss, 641 ss.

¹¹³¹ Cf. ATF 139 I 51, consid. 3.2.3 ; CourEDH, arrêt *Landolt c. Suisse* du 31.08.2006, req. n° 17263/02. Sur la question, cf. ég. DESCOT, p. 316 s. Sur la manière de procéder du Tribunal fédéral lorsque celui-ci décide de renvoyer la cause au niveau cantonal mais que les règles d'organisation judiciaire cantonales ne prévoient pas une instance de recours appropriée, cf. p. ex. ATF 123 I 87, consid. 5, JdT 1999 I 538 (notaires).

¹¹³² CourEDH, arrêt *Menarini Diagnostics s.R.L. c. Italie* du 27.09.2011, req. n° 43509/08, par. 59.

¹¹³³ ATF 139 I 72, consid. 4.4, JdT 2013 I 202.

*juridiction*¹¹³⁴ conformément à [l'art. 6 par. 1 CEDH] et si elle a procédé à un contrôle suffisant pour remédier [aux défauts provenant du fait que l'autorité de première instance ne remplissait pas toutes les exigences de cette disposition], il échet de considérer des questions telles que l'objet de la décision attaquée, la méthode suivie pour parvenir à cette décision et la teneur du litige, y compris les moyens d'appel, tant souhaités que réels »¹¹³⁵. En d'autres termes, le contrôle de l'organe supérieur doit être à même de permettre le cas échéant la neutralisation des éventuels défauts survenus aux stades précédents de la procédure interne¹¹³⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle « lorsqu'un organe juridictionnel chargé d'examiner des contestations portant sur des "droits et obligations de caractère civil" [et/ou le bien-fondé d'accusations en matière pénale] [au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH] ne remplit pas toutes les exigences de [l'art. 6 par. 1 CEDH], il ne saurait y avoir violation de la Convention si la procédure devant cet organe a fait l'objet du "contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article" »¹¹³⁷.

746. — On peut déjà se demander si une autorité administrative de première instance, qui serait par hypothèse amenée à connaître de questions touchant à la surveillance disciplinaire des magistrats du siège, au vu de son caractère non juridictionnel, pourrait exister et fonctionner sans heurter le principe de l'indépendance de la justice. Cette question sera discutée plus loin, principalement lors de l'étude des solutions envisageables (en Suisse) concernant les autorités disciplinaires en tant qu'institutions étatiques¹¹³⁸. Nous aurons au préalable, en particulier, (i) défini la portée de la relation entre la garantie de l'indépendance de la justice, d'une part, et la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, d'autre part (ci-après, d.(ii)), et (ii) envisagé la possibilité de l'institution d'une autorité administrative (indépendante) (ci-après, B.4.b.).

¹¹³⁴ Sur la notion de plénitude de juridiction (« full jurisdiction » ; « Effektivität der Überprüfung »), cf. ég. CourEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21.10.2011, req. n° 32181/04 et n° 35122/05, par. 152 et les réf. : « the requirement that a court or tribunal should have "full jurisdiction" will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised "sufficient jurisdiction" or provided "sufficient review" in the proceedings before it ».

¹¹³⁵ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 123.

¹¹³⁶ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 129.

¹¹³⁷ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 123 et les réf. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Menarini Diagnostics s.R.L. c. Italie* du 27.09.2011, req. n° 43509/08, par. 59.

¹¹³⁸ Cf. *infra*, N 991-1136.

c. Une autorité établie par la loi

747. — Le droit à un procès équitable exige que l'organisation judiciaire, la compétence des tribunaux, leur composition ainsi que la procédure régissant leur activité soient définies par la loi¹¹³⁹, ce afin de répondre à une certaine prévisibilité¹¹⁴⁰. L'idée de permanence¹¹⁴¹ vise à exclure la présence d'une autorité qui serait par hypothèse formée pour une affaire déterminée (cf. ég. art. 30 al. 1 phr. 2 Cst. féd. qui prohibe les tribunaux d'exception)¹¹⁴² ; elle implique en outre que l'autorité soit composée de manière stable par des membres fonctionnant pour une période déterminée¹¹⁴³. Certains auteurs considèrent ainsi que le (seul) fait, pour l'autorité disciplinaire – ou le cas échéant la structure dans laquelle elle s'insère –, de faire l'objet de réformes fréquentes est de nature à porter atteinte à l'indépendance de la justice¹¹⁴⁴.

748. — La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, a notamment eu l'occasion de rappeler que la notion de tribunal établi par la loi « *a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire dans une société démocratique ne soit laissée à la discrétion [du pouvoir exécutif] et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement* ». Elle a encore indiqué que « *[d]ans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière* »¹¹⁴⁵.

¹¹³⁹ Cf. ATF 129 V 196, consid. 4.1 ; 129 V 335, consid. 1.3.1.

¹¹⁴⁰ Cf. p. ex. POLTIER, *Richterzeitung*, N 32.

¹¹⁴¹ Comp. art. 409 al. 1 ch. 1 C.jud./B, qui prévoit qu'« [i]l y a pour toute la Belgique un tribunal disciplinaire de langue française et un tribunal disciplinaire de langue néerlandaise non permanents, compétents à l'égard des membres et des membres du personnel de l'ordre judiciaire ».

¹¹⁴² Cf. IBA MSJI, *Rule* 31.

¹¹⁴³ RICOL (F ; anc.), p. 138. Cf. ég. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE, *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* (cf. *infra*, N 997), ch. 5.6 (qui précise que cela concerne les cas où la compétence disciplinaire ne ressortit pas au pouvoir législatif).

¹¹⁴⁴ GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 228.

¹¹⁴⁵ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 150.

d. Une autorité indépendante et impartiale

(i) *Présentation et renvoi*

749. — Nous examinerons ci-dessous la question de la relation entre la garantie de l'indépendance de la justice et la garantie d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale (ci-après, (ii)), ainsi que d'autres questions spécifiques liées à l'exigence d'indépendance en droit disciplinaire des magistrats du siège (ci-après, (iii)).

750. — Nous renvoyons pour le surplus, concernant les notions d'indépendance et d'impartialité – en particulier concernant la seconde notion –, aux développements présentés plus haut¹¹⁴⁶.

(ii) *La relation entre la garantie de l'indépendance de la justice et la garantie d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale*

751. — La garantie de l'accès au juge, telle que prévue à l'art. 29a al. 1 Cst. féd., est concrétisée par l'art. 30 al. 1 phr. 1 Cst. féd. qui prévoit que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal *établi par la loi, compétent, indépendant et impartial*. L'art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH confère cette même garantie aux justiciables dont la cause porte sur une accusation en matière pénale ou sur une contestation sur ses droits et obligations de caractère civil au sens de cette disposition.

752. — La notion d'indépendance a déjà été présentée plus haut, notamment dans la perspective de la protection devant être assurée au pouvoir judiciaire et aux magistrats du siège¹¹⁴⁷. Il paraît utile d'indiquer ici que les critères d'indépendance et d'impartialité relatifs aux autorités chargées de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège ne sont en soi pas différents de ceux applicables aux autres autorités concernant les « autres justiciables ». Toutefois, du fait de la place qu'occupent les magistrats du siège au sein des instances judiciaires, des difficultés spécifiques apparaîtront. Cette problématique est souvent exprimée par l'adage latin « *quis custodiet ipsos custodes ?* » (« *mais qui gardera les gardiens ?* »).

753. — La garantie de l'indépendance de la justice et la garantie d'un tribunal indépendant et impartial constituent deux champs de protection différents, qui

¹¹⁴⁶ Cf. Chap. 2, N 98-108.

¹¹⁴⁷ Cf. Chap. 2, N 97-115.

se rejoignent partiellement en droit disciplinaire des magistrats du siège en raison de l'objet de cette matière. En effet, la garantie de l'indépendance de la justice serait par exemple violée si l'autorité statuant sur le cas disciplinaire d'un magistrat du siège n'offrait pas des exigences suffisantes d'indépendance et d'impartialité car elle se révélerait être « inféodée »¹¹⁴⁸ à une autre autorité. Le constat d'une atteinte – concrète ou abstraite – à la garantie d'indépendance et d'impartialité revient ainsi à mettre en évidence une violation – actuelle ou potentielle – du principe de l'indépendance de la justice¹¹⁴⁹.

754. — Les exigences spécifiques liées à l'indépendance de la justice (dans sa composante personnelle et/ou institutionnelle) se refléteront donc au niveau des exigences d'indépendance et d'impartialité placées dans les autorités investies du pouvoir disciplinaire à l'encontre des magistrats du siège. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, n'a pas traité directement la question de l'admissibilité du principe d'une intervention du Parlement ukrainien à l'encontre d'un magistrat du siège (cf. garantie de l'indépendance de la justice), mais s'est bornée à examiner la compatibilité de cette intervention avec les garanties d'indépendance et d'impartialité requises en vertu de l'art. 6 par. 1 CEDH¹¹⁵⁰.

(iii) *L'exigence d'indépendance en particulier*

755. — Pour définir si un organe peut passer pour indépendant au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a posé qu'il faut, en particulier à l'égard de l'exécutif et des parties, examiner notamment le mode de désignation et la durée du mandat des membres, l'existence de garanties contre des pressions extérieures et s'il y a ou non apparence d'indépendance¹¹⁵¹. Elle a déclaré que la question de la séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire tient un rôle croissant dans sa jurisprudence¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ Cf. ATF 129 III 445 (arbitrage international), consid. 3.3.3.3, où le Tribunal fédéral a retenu que le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) n'est pas « inféodé » au Comité International Olympique (CIO).

¹¹⁴⁹ Sur la distinction entre indépendance individuelle et institutionnelle, cf. *supra*, Chap. 2, N 102-105 ; concernant la garantie d'impartialité, cf. *supra*, Chap. 2, N 106-108.

¹¹⁵⁰ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 118-122.

¹¹⁵¹ CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.06.1984, par. 78 ; cf. ég. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 103 et les réf. Cf. ég. ATF 123 I 87, consid. 4a, JdT 1999 I 538 (notaires) ; TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.1.

¹¹⁵² CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 103 et les réf.

756. — Selon la Cour européenne des droits de l’homme, il s’agit en particulier d’écarter tout lien hiérarchique ou toute influence, de quelque manière que ce soit, entre le monde politique – (inter)agissant par l’entremise du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif – et les magistrats du siège investis de la mission de juger¹¹⁵³. Le Tribunal fédéral retient également que le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, qui concrétise notamment le principe de la séparation des pouvoirs, vise en particulier à prévenir une emprise du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire¹¹⁵⁴. Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé qu’il n’est pas nécessaire que le tribunal, pour remplir les exigences de l’art. 6 par. 1 CEDH, soit incorporé dans la structure judiciaire ordinaire d’un Etat¹¹⁵⁵.

757. — Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l’homme, dont est la Suisse, conservent une importante liberté dans la définition du mode de désignation, de la composition et de la durée du mandat des membres d’un tribunal au sens de l’art. 6 par. 1 phr. 1 CEDH. Ainsi, les solutions adoptées dans les textes constitutionnels et/ou législatifs en relation avec le mode de désignation, la composition et la durée du mandat des membres de l’autorité – judiciaire – qui serait amenée à connaître d’une procédure disciplinaire à l’encontre d’un magistrat du siège, en tant qu’elles existent, diffèrent sensiblement d’un ordre juridique à l’autre. Les critères précités doivent donc être appréciés, dans chaque cas d’espèce, tant individuellement que collectivement¹¹⁵⁶. A défaut de règle conventionnelle permettant de dégager un principe clair et reconnu à cet égard, des éléments de réponse peuvent être trouvés dans les avis et recommandations relatifs à cette problématique qui émanent d’organismes à vocation internationale. Ces points feront l’objet d’un titre spécifique¹¹⁵⁷.

758. — Outre la question de l’indépendance de l’autorité disciplinaire par rapport au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif, se posera également la question de savoir, en droit disciplinaire des magistrats du siège, quel degré d’indépendance l’autorité de recours, qui peut elle-même – voire doit parfois – être une autorité judiciaire, doit présenter le cas échéant à l’égard du pouvoir judiciaire. A ce titre, il n’est pas inutile de relever que l’examen de la conformité aux exigences d’indépendance et d’impartialité apparaîtra différemment suivant que l’autorité judiciaire intervient en première (et/ou) en deuxième instance. Les exigences conventionnelles relatives au mode de désignation, à la

¹¹⁵³ Sur la question, cf. p. ex. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 80, 112 et *passim*.

¹¹⁵⁴ ATF 124 I 255, consid. 5b/aa.

¹¹⁵⁵ P. ex. ATF 123 I 87, consid. 4a, JdT 1999 I 538 (notaires).

¹¹⁵⁶ ATF 123 I 87, consid. 4g, JdT 1999 I 538 (notaires).

¹¹⁵⁷ Cf. *infra*, N 991-1136.

composition et à la durée du mandat des membres d'une autorité judiciaire vont se reporter le cas échéant sur l'autorité de recours si l'autorité disciplinaire de première instance n'est pas une autorité judiciaire.

B. Les possibilités de mise en œuvre

1. Remarques préalables

759. — Les autorités disciplinaires peuvent présenter des qualités et être dotées de compétences très diverses. Par ailleurs, il convient de tenir compte, le cas échéant, des qualités et compétences des instances de recours. Chaque situation doit dès lors être appréciée selon une approche globale.

760. — Nous tenterons ci-après de déterminer des catégories d'autorités disciplinaires de première instance. Nous discuterons l'admissibilité de chaque construction en tenant compte également des possibilités de recours.

2. Les « autorités disciplinaires » internes au corps judiciaire

a. Remarques préalables

761. — On peut constater plusieurs formes de survivance de la conception – ancienne – d'une discipline des magistrats judiciaires qui serait exercée de manière interne au corps judiciaire.

762. — Ce phénomène peut se rapporter à l'instance dans laquelle officie le magistrat du siège en cause, lorsque la répression disciplinaire s'exerce par le biais de son chef de cour ou de juridiction (ci-après, b.) ou par le biais de son plenum (ci-après, c.). Il peut également concerner une instance supérieure, lorsque celle-ci intervient en tant qu'autorité hiérarchique disposant d'un pouvoir sur les membres des autorités inférieures (ci-après, d.). Des cas mixtes ou intermédiaires peuvent également se présenter.

b. Le chef de cour ou de juridiction

(i) *Présentation*

763. — La compétence de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège demeure¹¹⁵⁸, dans certaines réglementations, partiellement réservée au chef de cour ou de juridiction. Lorsqu'elle subsiste, l'attribution de compétences est généralement partielle, en ce sens qu'elle ne concerne en principe que certaines sanctions disciplinaires spécifiques. Par ailleurs, cette attribution de compétences va souvent de pair avec le fait que les sanctions en question sont considérées, expressément ou implicitement, comme des sanctions disciplinaires de degré inférieur¹¹⁵⁹.

764. — Ainsi, en Belgique¹¹⁶⁰, la compétence d'infliger une sanction mineure était conférée (en dehors du cas des sanctions prises à l'encontre des premiers présidents de cours¹¹⁶¹) aux présidents des cours dans lesquelles officient les magistrats concernés (art. 412 al. 1 et 410 al. 1 ch. 1 et 3 C.jud./B dans leur version en vigueur jusqu'au 31.08.2014). Aux termes du Code judiciaire belge, les sanctions disciplinaires dites mineures sont l'avertissement (« rappel à l'ordre ») et le blâme ; ces sanctions s'opposent aux sanctions disciplinaires dites majeures que sont la retenue de traitement, la suspension disciplinaire, la régression barémique ou la perte du dernier supplément de traitement, la rétrogradation ou le retrait de mandat, la démission d'office et la destitution ou la révocation (art. 405 al. 1 C.jud./B).

(ii) *Brève analyse*

765. — Les *Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia on Judicial Administration, Selection and Accountability*, adoptées les 23-25 juin 2010 sous l'égide du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE et du *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPI)

¹¹⁵⁸ Cette forme d'organisation de la surveillance disciplinaire était courante à la fin du XIX^e siècle ; cf. DUBARLE (D ; anc.), p. 464.

¹¹⁵⁹ Cf. p. ex. PLUEN (F), N 676 et *passim*.

¹¹⁶⁰ Cf. ég. SEIBERT-FOHR (D), Germany, p. 489 s. concernant l'Allemagne.

¹¹⁶¹ Cf. *infra*, N 770.

(ci-après : les « *Kyiv Recommendations* »)¹¹⁶² ont notamment permis de mettre en évidence que les chefs de cour ou de juridiction ne devraient pas, afin qu'un traitement indépendant et objectif des cas disciplinaires soit assuré, avoir le pouvoir d'adopter eux-mêmes des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège appartenant à leur juridiction¹¹⁶³.

766. — A notre sens, cette forme de pouvoir disciplinaire réservée au chef de cour ou de juridiction ne correspond pas à proprement parler à un droit disciplinaire, mais à une forme – non évoluée – de discipline interne au groupe¹¹⁶⁴. En effet, comme on l'a vu¹¹⁶⁵, le principe de l'indépendance de la justice – en particulier dans sa composante individuelle – exclut toute forme d'intervention « hiérarchique » au sein de l'appareil judiciaire en dehors du contrôle, par les instances judiciaires supérieures et par le strict biais de l'exercice des voies de recours prévues par les lois d'organisation judiciaire, de l'activité jurisprudentielle des instances inférieures¹¹⁶⁶. En ce sens, RICOL critiquait – à juste titre – la subsistance d'un double degré de répression, l'un hiérarchique (réservé aux peines légères), l'autre juridictionnel (réservé aux peines les plus graves) ; il indiquait que « *le progrès [...] sera de soumettre toutes les infractions disciplinaires à la connaissance d'une juridiction* »¹¹⁶⁷.

767. — Pour les raisons qui précèdent, nous considérons que la compétence des chefs de cour ou de juridiction ne devrait pas être admise¹¹⁶⁸. Nous rappelons en outre que la transgression de l'interdiction – découlant du principe de l'indépendance de la justice – de l'ingérence (injustifiée) des magistrats du siège

¹¹⁶² Cf. COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, p. 141 : « [s]ur la base de plusieurs études par pays et consultations d'experts, le BIDDH, en coopération avec l'Institut Max Planck, a publié les *Recommandations de Kyiv* sur l'indépendance judiciaire en Europe orientale, dans le Caucase du Sud et en Asie centrale, dans lesquelles sont énumérées des bonnes pratiques clés en matière d'administration judiciaire et de sélection et de responsabilité des magistrats, aux fins de leur mise en oeuvre par les Etats participants ».

¹¹⁶³ Cf. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, par. 14, sous le titre « *Limited Role [of court chairpersons] in Disciplining Judges* » : « [c]ourt chairpersons may file a complaint to the body which is competent to receive complaints and conduct disciplinary investigations [...]. In order to ensure an independent and objective review of the complaint, court chairpersons should not have the power to either initiate or adopt a disciplinary measure ».

¹¹⁶⁴ Comp. KERBAOL (F), Notes, p. 33, qui évoque le pouvoir « infradisciplinaire » des chefs de cours.

¹¹⁶⁵ Cf. *supra*, N 103.

¹¹⁶⁶ Comp. PLUEN (F), N 675 s. et les réf.

¹¹⁶⁷ RICOL (F ; anc.), p. 136.

¹¹⁶⁸ Une telle forme de discipline interne se justifierait éventuellement en relation avec l'exercice d'une surveillance des magistrats du siège dans un cadre (parallèle) purement associatif (ordinal le cas échéant).

dans l'activité judiciaire des autres magistrats du siège pourrait être érigée en infraction disciplinaire¹¹⁶⁹.

768. — Nous indiquons pour le surplus que l'attribution de compétence au chef de cour ou de juridiction est parfois justifiée par le fait que les sanctions en question ne sont pas considérées, dans un système donné, comme des sanctions disciplinaires. Ainsi, en France, l'avertissement ne figure pas au nombre des sanctions disciplinaires prévues à l'art. 45 Ord.1958/F¹¹⁷⁰, et l'art. 44 Ord.1958/F prévoit que les premiers présidents ont le pouvoir de donner un avertissement aux magistrats placés sous leur autorité « *en dehors de toute action disciplinaire* ». La logique d'une telle construction tombe(rait) dès l'instant où l'on reconnaît(rait) à la sanction disciplinaire en cause – comme nous le proposons pour l'avertissement¹¹⁷¹ – une nature disciplinaire.

c. La cour ou l'instance réunie en plenum

(i) *Présentation*

769. — La compétence de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un magistrat du siège appartenant à une cour ou à une instance donnée est parfois attribuée aux – ou prise par les – magistrats du siège de l'entité concernée siégeant en plenum.

770. — Ainsi, en Belgique, la compétence d'infliger toute peine disciplinaire (mineure ou majeure¹¹⁷²) à l'égard du premier président de la Cour de cassation était donnée, jusqu'au 31 août 2014, à l'Assemblée générale de la Cour de cassation (art. 410 al. 1 ch. 3 et art. 412 al. 2 ch. 2 aC.jud./B). Il en allait de même à l'encontre des membres du siège de la Cour de cassation concernant les peines disciplinaires majeures (art. 412 al. 2 ch. 2 aC.jud./B)¹¹⁷³.

771. — En matière internationale, l'art. 23 par. 4 CEDH prévoit qu'un juge siégeant à la Cour européenne des droits de l'homme « *ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que*

¹¹⁶⁹ Cf. N 105 et 443 à propos de l'art. 2 al. 1 let. e D.lgs.109/06/L.

¹¹⁷⁰ Cf. *ég. supra*, Chap. 5, N 474-491, en particulier N 481.

¹¹⁷¹ Cf. *supra*, Chap. 5, N 479-482.

¹¹⁷² Cf. *supra*, N 764 concernant la distinction, opérée en Belgique, entre peines disciplinaires mineures et majeures.

¹¹⁷³ Cf. désormais art. 410 à 414 C.jud./B, entrés en vigueur le 01.09.2014 suite à l'adoption de la Loi n° 2013.07-15/08 modifiant les dispositions du Code judiciaire belge relatives à la discipline (tribunal disciplinaire).

ce juge a cessé de répondre aux conditions requises ». Cette situation peut probablement comprendre des cas de révocation disciplinaire.

772. — En Suisse, le Tribunal fédéral, réuni en plenum, a décidé, le 19 février 2003, de retirer définitivement les fonctions jurisprudentielles d'un juge fédéral siégeant en son sein – le Juge fédéral Martin Schubart –, auquel il était notamment reproché d'avoir craché en direction d'un journaliste¹¹⁷⁴.

773. — Dans un communiqué du 13 mai 2003, le Tribunal fédéral avait indiqué à ce titre : « [L]es juges fédéraux sont élus pour une période fixe de six ans, renouvelable. La loi ne prévoit pas expressément de destitution. Le législateur est sans nul doute parti de l'idée que si l'on devait se trouver dans la situation où un juge suprême se verrait reprocher un comportement fautif tel que celui qu'on vient d'évoquer, il aurait la dignité d'en assumer les conséquences et de démissionner. Dès lors, dans des circonstances extrêmes, lorsque sont en jeu sa crédibilité et sa capacité de fonctionner, le Tribunal fédéral peut se voir contraint de priver un juge du droit d'exercer ses fonctions [juridictionnelles]. Il faut cependant que la situation soit grave à un point tel qu'une mesure moins incisive – comme l'attribution à une autre section ou cour – ne soit pas suffisante »¹¹⁷⁵. En l'occurrence, les « circonstances extrêmes », ainsi que l'indique la Commission de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, provenaient du fait que le juge avait, « contre toute attente, refusé de démissionner [sic] »¹¹⁷⁶.

774. — Les Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, se référant à l'avis émis par les juges fédéraux entendus dans l'affaire Schubart, ont notamment indiqué dans leur rapport que la décision de retrait des fonctions juridictionnelles « ne constitue pas une mesure disciplinaire étant donné que le Tribunal fédéral n'aurait pas été habilité à prendre une telle décision »¹¹⁷⁷.

(ii) Brève analyse

775. — A notre sens, le prononcé d'une sanction disciplinaire par une cour ou instance réunie en plenum, que la décision se fonde ou non sur une base légale

¹¹⁷⁴ Cf. Rapport des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 06.10.2003 intitulé « Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral », FF 2004 p. 5305 ss, p. 5328 ss, 5342 s. Il est à noter que le magistrat du siège visé (par cette mesure) avait participé personnellement à la réunion plénière du Tribunal fédéral. Cf. pour le surplus RASELLI, Kaltstellung.

¹¹⁷⁵ Passage reproduit in FF 2004 p. 5305 ss, p. 5329 s.

¹¹⁷⁶ FF 2004 p. 5305 ss, p. 5344.

¹¹⁷⁷ FF 2004 p. 5305 ss, p. 5342.

prévoyant l'attribution d'une telle compétence à l'entité en question, ne correspond pas à proprement parler à un droit disciplinaire, mais (elle aussi¹¹⁷⁸) à une forme – non évoluée – de discipline interne au groupe¹¹⁷⁹. Une telle construction et/ou pratique ne devrait selon nous pas être admise.

776. — Dans le cas du Juge fédéral Schubart, le Tribunal fédéral réuni en plenum s'est arrogé des compétences disciplinaires en dehors de toute base légale. En effet, les juges du Tribunal fédéral ne sont pas – en l'état actuel du droit – soumis à une surveillance disciplinaire instituée par la loi¹¹⁸⁰. La mesure consistant dans le retrait (non prononcé à titre provisionnel) des fonctions juridictionnelles doit manifestement être considérée comme une sanction disciplinaire¹¹⁸¹ déguisée¹¹⁸².

d. L'instance supérieure

(i) Présentation

777. — La compétence de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège appartenant à une instance déterminée peut également être conférée à l'instance qui se trouve placée dans une position supérieure à cette instance selon la hiérarchie des instances judiciaires¹¹⁸³.

778. — Ainsi, dans le canton de Vaud, le Tribunal cantonal, qui surveille les autorités judiciaires par l'intermédiaire d'une autorité de surveillance composée de magistrats du siège du Tribunal cantonal (art. 31 al. 1 et 31a LOJV/VD), est compétent pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège qui ne sont pas rattachés au Tribunal cantonal lui-même (art. 31c al. 2 phr. 1 LOJV/VD *a contrario*).

779. — Par ailleurs, dans le canton des Grisons, le Tribunal cantonal (*Kantonsgericht*) est apparemment compétent en matière de surveillance disciplinaire des juges inférieurs appartenant aux *Bezirke* et aux *Kreise*. Il

¹¹⁷⁸ Cf. *supra*, N 766 concernant la discipline exercée par les chefs de juridiction.

¹¹⁷⁹ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 159-162.

¹¹⁸⁰ KIENER, *Verantwortlichkeit*, N 43 ; cf. ég. FF 2004 p. 5305 ss, p. 5341 s. Pour des développements, cf. *infra*, N 841-851.

¹¹⁸¹ En ce sens ég. : SCHINDLER, p. 1021. Cf. ég. *supra*, Chap. 5, N 527-534.

¹¹⁸² Cf. *supra*, Chap. 5, N 463-468 concernant la notion de sanction disciplinaire déguisée.

¹¹⁸³ P. ex. POLTIER, PJA, p. 1035.

intervient par le biais de son plenum concernant la suspension disciplinaire et la révocation disciplinaire (art. 58 GOG/GR).

780. — La compétence disciplinaire de l'instance supérieure est parfois attribuée au *chef* de la juridiction supérieure ; en ce cas, la situation dans laquelle l'instance supérieure est compétente se combine en partie avec celle dans laquelle le chef de cour ou de juridiction est compétent¹¹⁸⁴. Ainsi, en Belgique, le premier président de la Cour de cassation était compétent pour le prononcé de peines disciplinaires mineures¹¹⁸⁵ à l'égard des premiers présidents des cours d'appel et des premiers présidents des cours du travail (cf. art. 405 al. 1, 410 al. 1 ch. 1, 412 al. 1 aC.jud./B, en vigueur jusqu'au 31.08.2014)¹¹⁸⁶.

(ii) Brève analyse

781. — La possibilité d'une surveillance disciplinaire des magistrats du siège par une instance supérieure selon la hiérarchie des instances judiciaires n'est pas d'emblée à exclure. En tant qu'elle revient à attribuer à la même autorité la compétence (i) du contrôle juridictionnel des décisions d'une instance inférieure et (ii) du contrôle de l'activité (des membres) de ladite instance, une telle solution n'est toutefois pas sans poser de problèmes.

782. — Une telle construction entre de manière générale en conflit avec le principe de l'indépendance de la justice – en particulier sous sa composante individuelle –, qui exclut toute forme d'intervention « hiérarchique » au sein de l'appareil judiciaire en dehors du contrôle, par les instances judiciaires supérieures et par le strict biais de l'exercice des voies de recours prévues par les lois d'organisation judiciaire, de l'activité jurisprudentielle des instances inférieures¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Cf. *supra*, N 483-486.

¹¹⁸⁵ Cf. *supra*, N 764 concernant la distinction, opérée en Belgique, entre peines disciplinaires mineures et majeures.

¹¹⁸⁶ Cf. ég. art. 60 al. 1 let. b PG/BL, qui prévoit que la direction du Tribunal cantonal (*Geschäftsleitung des Kantonsgerichts* ; cf. art. 12 al. 1 GOG/BL pour la composition de cette autorité : « [d]ie Geschäftsleitung besteht aus einem Präsidium aus jeder Abteilung des Kantonsgerichts, sowie einem Mitglied und einem Ersatzmitglied aus dem Kreise der erstinstanzlichen Präsidien ») est compétente concernant les présidents et les magistrats du siège des tribunaux de première instance et concernant les juges de paix (« gegenüber den Präsidentinnen und Präsidenten, Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte und den Friedensrichterinnen und Friedensrichtern »).

¹¹⁸⁷ Comp. PLUEN (F), N 675 s. et les réf.

783. — Cette construction présentera par ailleurs généralement l'inconvénient – rédhibitoire si l'instance supérieure agissant en tant qu'autorité disciplinaire ne présente pas la qualité d'autorité judiciaire au sens défini plus haut¹¹⁸⁸ – d'exclure la possibilité d'un recours (perte d'une voie de recours) au niveau inférieur au Tribunal fédéral lorsque l'instance saisie constitue l'instance précédant immédiatement le Tribunal fédéral. En outre, reste(rait) le cas échéant à déterminer le principe et la mesure d'une surveillance disciplinaire sur les magistrats du siège appartenant à l'instance supérieure elle-même¹¹⁸⁹.

784. — La Commission de Venise¹¹⁹⁰ a plusieurs fois exprimé la position selon laquelle le fait de conférer à un tribunal supérieur la compétence d'exercer la surveillance de l'activité des tribunaux inférieurs semble contraire au principe de l'indépendance individuelle des juges¹¹⁹¹.

785. — A notre sens, la compétence disciplinaire des tribunaux supérieurs ne correspond pas à proprement parler à un droit disciplinaire, mais à une forme – non évoluée – de discipline interne au groupe¹¹⁹². Pour cette raison, et au vu de ce qui précède, cette forme de surveillance ne devrait, selon nous, probablement pas être admise.

3. Le pouvoir législatif en tant qu' « autorité disciplinaire »

a. Présentation

786. — Les compétences disciplinaires sur les magistrats du siège sont, dans certains systèmes, attribuées en tout ou partie au parlement. Le parlement peut le cas échéant intervenir (i) de manière autonome, sur la base notamment des constatations et recommandations préalables d'une commission parlementaire ou d'un enquêteur externe auquel il aurait délégué certaines tâches, ou (ii) suite à la sollicitation d'une autorité disciplinaire spécialement instituée, lorsque celle-ci ne dispose pas de la compétence du prononcé (formel) de certaines sanctions disciplinaires. Dans le cas (i) ci-dessus, le parlement détient une compétence disciplinaire complète (en relation avec les sanctions disciplinaires

¹¹⁸⁸ Cf. *supra*, N 728-746, en particulier N 733 ss, 743.

¹¹⁸⁹ Cf. p. ex. *infra*, N 966 ss concernant le canton de Vaud. Cf. ég. not. *infra*, N 1132-1136 concernant la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire.

¹¹⁹⁰ Concernant la Commission de Venise, cf. *supra*, n. 157.

¹¹⁹¹ COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, par. 71 et la réf.

¹¹⁹² Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 3, N 159-162.

dont il a la compétence du prononcé¹¹⁹³). Dans le cas (ii) ci-dessus, la compétence du parlement se limite davantage à une compétence décisionnelle formelle.

787. — Les compétences du parlement se limitent généralement au prononcé d’une révocation disciplinaire. Ainsi, dans certains systèmes, la compétence de révoquer les magistrats du siège est réservée au parlement, tandis que les autres sanctions disciplinaires ressortissent à une (autre) autorité disciplinaire (cette fois-ci) spécialement instituée¹¹⁹⁴. Par exemple, dans le canton de Fribourg, la révocation disciplinaire, qui figure parmi l’éventail des sanctions disciplinaires à disposition (art. 103 al. 1 let. c LJ/FR), est prononcée par le Grand Conseil (art. 121 al. 2 phr. 2 Cst./FR et art. 105 al. 2 LJ/FR), tandis que les autres sanctions disciplinaires sont du ressort du Conseil de la magistrature¹¹⁹⁵.

788. — Il arrive en outre que la révocation disciplinaire, prononcée par le parlement, constitue l’unique forme de sanction disciplinaire pouvant être infligée¹¹⁹⁶, de sorte que celui-ci détient en réalité la totalité du pouvoir de sanction. Ainsi, l’art. 10 al. 1 let. a LTAF prévoit que l’Assemblée fédérale peut révoquer un juge avant la fin de sa période de fonction s’il a violé gravement ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave (cf. ég. art. 26 let. a LOAP pour les juges du Tribunal pénal fédéral ; art. 14 let. a pour les juges du Tribunal fédéral des brevets¹¹⁹⁷)¹¹⁹⁸.

789. — Le canton des Grisons se distingue par le fait que sa *Gerichtsorganisationsgesetz* du 31 août 2006 (GOG/GR) confère au Parlement (*Grosse Rat* ; art. 60 al. 1 GOG/GR), respectivement à la Commission judiciaire du Parlement (*die für die Justiz zuständige Kommission des Grossen Rats* ; art. 60 al. 2 GOG/GR), une compétence complète en matière de sanctions disciplinaires (art. 55 al. 1 GOG/GR : avertissement [let. a] ; amende jusqu’à Fr. 10’000 [let. b] ; suspension disciplinaire d’une durée de 3 mois au maximum [let. c] ; révocation disciplinaire [let. d]) concernant les juges du Tribunal

¹¹⁹³ Cf. *supra*, Chap. 5, en particulier N 575-606 et 607-616.

¹¹⁹⁴ Cf. Universal Declaration on the Independence of Justice (Montreal Declaration) adoptée le 10.06.1983 à Québec, par. 2.33a ; PÖDER, p. 111 s.

¹¹⁹⁵ Cf. VALLET, *Richterzeitung*, N 29.

¹¹⁹⁶ Il convient de réserver les sanctions disciplinaires déguisées (sur cette dernière notion, cf. *supra*, Chap. 5, N 463-468).

¹¹⁹⁷ Cf. ég. IBA MSJI, *Rules* 4c et 31.

¹¹⁹⁸ Cette question ramène à la problématique de la distinction entre révocation disciplinaire et renvoi (licenciement) pour justes motifs. A notre sens, seule la première voie devrait être admise concernant les magistrats du siège (cf. *supra*, Chap. 5, N 593-597).

cantonal (*Kantonsgericht*) et du Tribunal administratif (*Verwaltungsgericht* ; art. 59 al. 1 GOG/GR)¹¹⁹⁹.

790. — On considère généralement, lorsque le parlement est l'autorité investie du pouvoir de nommer les magistrats du siège, que l'attribution au parlement de la compétence de révoquer ces derniers découle d'une volonté de conformité au principe du parallélisme des formes¹²⁰⁰. La corrélation entre la compétence de nommer et celle de révoquer apparaît par exemple dans la Constitution fribourgeoise (art. 121 al. 2 phr. 2 *i.i.* Cst./FR : les magistrats judiciaires « *peuvent être révoqués par l'autorité d'élection* [...] ») et dans la Loi fédérale sur le Parlement (art. 40a al. 1 let. a LParl : « *la Commission judiciaire [de l'Assemblée fédérale] est compétente pour préparer l'élection et la révocation des juges des tribunaux fédéraux* »).

791. — Le parlement – ou éventuellement une commission parlementaire – peut également se voir attribuer la compétence de prononcer une suspension des magistrats du siège à titre conservatoire. Cette dernière mesure ne doit pas être confondue avec une suspension prononcée à titre de sanction disciplinaire¹²⁰¹. Dans le canton de Vaud par exemple, le Bureau du Grand Conseil dispose de la faculté d'ordonner à un magistrat du siège cantonal de suspendre immédiatement son activité, par mesure préventive, lorsque la bonne marche de la justice l'exige (art. 37 al. 1 let. a et 38 al. 1 LOJV/VD).

b. Analyse

(i) Généralités

792. — Se pose la question de savoir si le principe de l'attribution – totale ou partielle – à un parlement de la compétence de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège est théoriquement admissible.

793. — Il convient à titre préalable de relever que cette construction semble parfois procéder d'une certaine confusion entre la surveillance disciplinaire des

¹¹⁹⁹ Cf. ég. l'art. 60 al. 1 let. a PG/BL (applicable aux magistrats du siège du canton de Bâle-Campagne conformément aux art. 1 al. 1 let. a et 2 al. 1 let. a PG/BL), qui attribue une compétence disciplinaire complète au Parlement (*Landrat*) concernant notamment les présidents et les juges du Tribunal cantonal (*Kantonsgericht*).

¹²⁰⁰ Cf. p. ex. FF 2002 I p. 1128 ss, p. 1137 : « [p]our des raisons de parallélisme, l'Assemblée fédérale (organe d'élection) est compétente pour prononcer la révocation [des juges fédéraux] ».

¹²⁰¹ Cf. *supra*, Chap. 5, N 535-544.

magistrats judiciaires et la haute surveillance du parlement sur l(a gestion d)es autorités judiciaires¹²⁰². Le risque de confusion se renforce à mesure que le parlement se voit investi de compétences matérielles et formelles en matière disciplinaire. Par exemple, l'art. 8 RSTF, intitulé « [c]ommunications à l'autorité exerçant la haute surveillance », prévoit à son alinéa 2 que la Commission administrative du Tribunal fédéral¹²⁰³ saisit la Commission parlementaire compétente lorsque, à la suite de constatations résultant de l'activité de surveillance ou des conclusions d'une enquête préalable¹²⁰⁴, l'ouverture d'une procédure de révocation d'un juge du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral ou du Tribunal fédéral des brevets paraît indiquée¹²⁰⁵. A notre sens, la compétence de l'Assemblée fédérale de prononcer la révocation des magistrats du siège fédéraux, qui inclut la révocation pour des motifs disciplinaires¹²⁰⁶, ne relève pas – respectivement ne devrait pas relever – de l'activité de haute surveillance¹²⁰⁷.

794. — En outre, l'argument du parallélisme des formes¹²⁰⁸, recevable dans son principe, ne constitue pas un obstacle à l'attribution de la compétence de révoquer disciplinairement les magistrats du siège à une autorité disciplinaire spécialement instituée et répondant aux exigences formelles et matérielles applicables. En effet, le modèle consistant à conférer au parlement la tâche de la nomination des magistrats du siège pourrait très bien céder le pas à un modèle prévoyant la nomination desdits magistrats par une autorité indépendante telle qu'un conseil de la magistrature.

795. — On peut déjà douter, dans l'absolu, de la conformité avec le principe de l'indépendance de la justice de la construction consistant à confier au parlement des compétences disciplinaires. Quoi qu'il en soit, il convient de tenir compte du fait que le parlement ne revêt en principe pas le caractère d'une autorité

¹²⁰² Sur cette question, cf. ég. *supra*, Chap. 2, N 92-96.

¹²⁰³ La Commission administrative est composée du président, du vice-président et de trois (au plus) autres juges ordinaires du Tribunal fédéral ; le secrétaire général a voix consultative (art. 17 al. 1 et 2 LTF).

¹²⁰⁴ Cf. art. 8 al. 1 RSTF : lorsque la révocation d'un membre d'un tribunal fédéral de première instance entre en ligne de compte, la Commission administrative du Tribunal fédéral peut ordonner une enquête préalable.

¹²⁰⁵ Pour un exemple, cf. ég. FF 2002 p. 7141 ss, p. 7159. Sur la distinction entre surveillance disciplinaire et haute surveillance, cf. *supra*, Chap. 2, N 92-96.

¹²⁰⁶ Cf. *infra*, N 836, 847 ss.

¹²⁰⁷ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 2, N 92-96.

¹²⁰⁸ Cf. *supra*, N 790.

judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹²⁰⁹. Cette question sera discutée ci-dessous en fonction de l'étendue des compétences disciplinaires conférées au parlement¹²¹⁰.

796. — Pour le surplus, nous rappelons que lorsqu'elle n'est pas désignée formellement comme étant une sanction disciplinaire, la mesure prononcée à l'encontre d'un magistrat du siège – notamment par le parlement – et fondée sur le comportement de ce dernier devra généralement être considérée comme une sanction disciplinaire – le cas échéant déguisée¹²¹¹.

(ii) *La compétence du parlement se limite à une compétence décisionnelle*

797. — Le respect des garanties procédurales semble pouvoir être partiellement assuré lorsqu'une autorité disciplinaire spécifique existe, qui remplit les exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, et qui est chargée de l'ouverture et de l'instruction de la procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège, puis de la transmission du dossier au parlement pour décision au terme de l'enquête disciplinaire (cf. p. ex. art. 108 al. 3 LJ/FR).

798. — L'admissibilité d'une telle construction dépendra largement de la possibilité de recourir contre la décision du parlement. A ce titre, il est par ailleurs possible de considérer que le fait que l'autorité chargée d'ouvrir et d'instruire la procédure disciplinaire, puis d'adresser une proposition au parlement, remplit les conditions d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹²¹² n'apparaît pas déterminant dans la mesure où la décision est formellement prise par le parlement.

¹²⁰⁹ Comp. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 88, où la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que « rien n'interdit à la Cour de qualifier de "tribunal" un organe national particulier ne relevant pas de l'ordre judiciaire aux fins de l'application du test exposé dans l'arrêt *Vilho Eskelinen*. Ainsi, un organe [...] parlementaire peut être considéré comme un "tribunal" au sens substantif du terme, ce qui rend [l'art. 6 CEDH] applicable aux litiges des fonctionnaires qu'il examine [...] ». La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois précisé à ce titre que « [l]a conclusion relative à l'applicabilité de [l'art. 6 CEDH] est toutefois sans préjudice de la question de savoir comment les garanties procédurales ont été respectées dans pareille procédure [...] ».

¹²¹⁰ Cf. N 797-798 et 799-802.

¹²¹¹ Sur ces questions, cf. *supra*, Chap. 5, N 463-468.

¹²¹² Cette hypothèse nous paraît en soi très théorique. Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés *supra*, N 717-758 et *infra*, Chap. 7, N 1265-1274 concernant l'exigence d'une autorité judiciaire et la nécessité d'une séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

(iii) *Le parlement détient des compétences disciplinaires complètes*

799. — Lorsque le parlement est investi de la totalité des pouvoirs disciplinaires (en relation avec les sanctions disciplinaires dont il a la compétence du prononcé¹²¹³), ce qui comprend la compétence d'ouvrir et d'instruire une procédure – le cas échéant par le biais d'une commission parlementaire ou par délégation¹²¹⁴ – et la compétence de prononcer une sanction disciplinaire à l'issue d'une telle instruction, le respect des garanties procédurales paraît déjà compromis de ce (seul) fait¹²¹⁵.

800. — En effet, le parlement n'est manifestement pas une autorité adaptée à ce type de procédures¹²¹⁶. On peut reprendre à ce titre la critique émise par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Volkov c. Ukraine* : « [d]ans l'ensemble, il ressort des faits de la cause que les débats en séance plénière n'étaient pas le lieu approprié pour examiner des questions de fait et de droit, apprécier les éléments de preuve et procéder à une qualification juridique des faits »¹²¹⁷.

801. — On peut également se référer, *mutatis mutandis*, à d'autres considérants de l'arrêt *Volkov c. Ukraine* dans lesquels ladite Cour a retenu que l'examen de l'affaire par l'organe législatif, subséquent à celui de l'autorité disciplinaire, n'avait en l'espèce pas permis de lever les défauts structurels d'indépendance et d'impartialité de l'autorité disciplinaire, mais bien plutôt contribué à la politisation de la procédure et à l'aggravation de son incompatibilité avec le principe de séparation des pouvoirs¹²¹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet considéré que « [l]e Gouvernement n'a pas suffisamment expliqué le rôle des politiciens siégeant au Parlement, qui n'étaient pas tenus d'avoir la moindre expérience juridique ou judiciaire de l'examen de questions complexes de fait et de droit dans une procédure disciplinaire individuelle, et il n'a pas démontré que ce rôle était compatible avec l'indépendance et l'impartialité requises en vertu de [l'art. 6 par. 1 CEDH] »¹²¹⁹.

802. — Ainsi, la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la décision par une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH devrait en tout état de cause être prévue lorsque le parlement est investi de la totalité des pouvoirs

¹²¹³ Cf. *supra*, Chap. 5, en particulier N 575-606 et 607-616.

¹²¹⁴ Cf. *supra*, N 786. Cf. é.g. *infra*, Chap. 7, N 1265-1274.

¹²¹⁵ Cf. *infra*, Chap. 7, N 1265-1274.

¹²¹⁶ En ce sens : CCJE, Magna Carta des juges, principe 13.

¹²¹⁷ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 122.

¹²¹⁸ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 118.

¹²¹⁹ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 122.

disciplinaires. Un tel contrôle pourrait éventuellement suffire à lever les défauts structurels d'indépendance (et possiblement d'impartialité) découlant du fait que le parlement ne revêt en principe pas le caractère d'une autorité judiciaire au sens de la disposition précitée¹²²⁰. Or une telle voie de recours n'est généralement pas prévue en pratique.

4. Les autorités disciplinaires indépendantes

a. Les autorités indépendantes appartenant au pouvoir judiciaire

(i) Généralités

803. — L'autorité disciplinaire pourrait être rattachée administrativement au pouvoir judiciaire mais être fonctionnellement indépendante de celui-ci. Dans cette optique, le rôle du pouvoir judiciaire se limiterait en principe à la mise à disposition de l'autorité disciplinaire des moyens administratifs et logistiques nécessaires à l'accomplissement de sa mission¹²²¹.

804. — Il conviendrait dans un tel cas de définir et d'aménager, dans la constitution et dans les lois d'organisation judiciaire, le degré d'indépendance de l'autorité disciplinaire à l'intérieur du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire à l'égard du reste du pouvoir judiciaire¹²²². Il conviendra en particulier de déterminer le mode de désignation et la durée du mandat des membres ainsi que la composition de l'autorité disciplinaire¹²²³ de telle sorte que celle-ci puisse mener à bien les tâches qui lui sont assignées tout en respectant les garanties d'indépendance et d'impartialité visées notamment à l'art. 6 par. 1 CEDH.

805. — Deux situations peuvent se présenter : l'autorité disciplinaire intervient en tant qu'instance judiciaire unique précédant le Tribunal fédéral (ci-après, (ii)), ou une autorité de recours est instituée au niveau préalable au Tribunal fédéral, ce qui crée un double degré de juridiction au niveau préalable au Tribunal fédéral (ci-après, (iii)).

¹²²⁰ P. ex. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 124-126 ; cf. ég. *infra*, N 1429.

¹²²¹ Cf., *mutatis mutandis*, le statut de la Commission du barreau du canton de Genève.

¹²²² Cf. ég. STADELMANN, Rapport, N 6, relatant les recommandations de l'Union Internationale des Magistrats (UIM) issues des travaux de la première commission d'étude réunie à Yalta en octobre 2013.

¹²²³ Cf. *infra*, resp. N 1089-1121, 1125-1131 et 1016-1088.

(ii) *L'autorité intervient en tant qu'instance unique*

806. — Afin d'intervenir en tant qu'instance unique précédant le Tribunal fédéral, l'autorité disciplinaire doit présenter les caractéristiques d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. En matière cantonale, l'autorité définie par le droit cantonal devra en outre intervenir en qualité de tribunal supérieur au sens de l'art. 86 al. 2 LTF¹²²⁴.

807. — L'institution d'une instance judiciaire intercantonale, qui fonctionnerait en tant qu'instance unique et répondrait par hypothèse aux exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, serait notamment une possibilité à envisager¹²²⁵. A ce titre, nous précisons que les autorités instituées par le droit intercantonal font partie des autorités cantonales au sens de l'art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF et peuvent revêtir la qualité de tribunal supérieur au sens des art. 86 al. 2 LTF et – lorsqu'elles statuent en instance unique – d'autorité judiciaire au sens de l'art. 110 LTF¹²²⁶. La question de l'uniformisation des autorités disciplinaires en Suisse par le biais d'un ou de plusieurs concordats intercantonaux sera discutée plus en détail dans un titre spécifique¹²²⁷.

(iii) *L'autorité intervient en première instance*

808. — Les exigences sont les mêmes lorsque l'autorité disciplinaire intervient en première instance que lorsque l'autorité disciplinaire intervient en instance unique : l'une (au moins) des autorités préalables au Tribunal fédéral doit présenter les caractéristiques d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹²²⁸. En matière cantonale, l'autorité de recours devra par ailleurs être un tribunal supérieur au sens de l'art. 86 al. 2 LTF.

¹²²⁴ Cf. pour le surplus *supra*, N 736-740.

¹²²⁵ Nous nous référons à ce titre à la conférence intitulée « *Garantir l'indépendance et la responsabilité de la justice : la voie du Conseil supérieur de la magistrature intercantonal* » donnée par le Prof. TANQUEREL le 28.11.2014 à Lucerne lors de la Journée des juges organisée par l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire (ASM).

¹²²⁶ TF 2C_361/2010 du 13.07.2010, consid. 1.3.1 (Commission de recours HES-S2), confirmé par ATF 136 II 470, consid. 1.1 (Commission de recours de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique [CDIP] et de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de la santé [CDS]).

¹²²⁷ Cf. *infra*, N 1139-1154.

¹²²⁸ Cf. *supra*, N 719-723 et 728-746.

809. — Cette situation pose toutefois la question supplémentaire de l'indépendance de l'autorité de recours par rapport au pouvoir judiciaire. Cette question se manifeste en particulier en relation avec la problématique de la composition de l'autorité de recours. En effet, un problème évident d'indépendance et d'impartialité apparaît si les magistrats du siège procédant le cas échéant au contrôle juridictionnel d'une décision de l'autorité disciplinaire sont eux-mêmes soumis à la surveillance disciplinaire de ladite autorité disciplinaire¹²²⁹.

810. — Cette problématique a notamment été mise en évidence par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Volkov c. Ukraine* : « [l]a Cour observe que les juges de la Cour administrative supérieure qui ont procédé au contrôle juridictionnel des décisions antérieures relevaient eux aussi de la compétence disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature [ukrainien]. Ainsi, ils auraient pu eux-mêmes faire l'objet d'une procédure disciplinaire devant ce conseil. Eu égard aux pouvoirs étendus de cet organe quant à la carrière des juges (nomination, sanction, révocation) et au fait qu'il ne présentait pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité [...], la Cour n'est pas convaincue que les juges de la Cour administrative supérieure qui ont examiné l'affaire du requérant, à laquelle le Conseil supérieur de la magistrature était partie, aient pu faire preuve de "l'indépendance" et de "l'impartialité" requises par [l'art. 6 par. 1 CEDH] »¹²³⁰.

811. — Il conviendrait dès lors de retenir que l'autorité de recours ne devrait en principe pas être composée de magistrats du siège faisant partie de la circonscription judiciaire tombant dans le champ d'action de l'autorité disciplinaire visée, ce afin d'éviter que les membres de l'autorité de recours soient soumis à la surveillance disciplinaire de ladite autorité disciplinaire, dont ils contrôlent les décisions.

812. — Une solution pourrait être, éventuellement, de prévoir ou admettre le cas échéant – dans une proportion devant ou pouvant être définie¹²³¹ – la présence de magistrats du siège émérites ou honoraires dans la composition de ladite autorité de recours. Cette solution est en réalité largement illusoire dans la mesure où de tels magistrats du siège émérites ou honoraires, du fait de leur statut au sein de l'autorité de recours, acquerraient ou recouvreraient probablement le statut de magistrats du siège et tomberaient ainsi dans le champ

¹²²⁹ Pour une illustration de cette problématique, cf. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 130.

¹²³⁰ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 130.

¹²³¹ Cf., *mutatis mutandis*, *infra*, N 1063-1088. Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1414-1464.

d'action de l'autorité disciplinaire de la circonscription considérée – ce que l'on cherche justement à éviter¹²³².

813. — Une autre solution pourrait être de faire appel à des magistrats du siège fonctionnant dans des circonscriptions judiciaires situées hors du champ d'action de l'autorité disciplinaire visée, notamment par le biais de la création d'une instance judiciaire intercantonale¹²³³ de recours qui revêtirait par hypothèse et au besoin la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

814. — Au vu de ce qui précède, il est permis de douter de la réelle utilité de la construction consistant à instaurer deux instances successives¹²³⁴ précédant le Tribunal fédéral, alors que, comme on l'a vu¹²³⁵, une instance disciplinaire unique préalable au Tribunal fédéral serait apte à remplir les exigences conventionnelles et constitutionnelles applicables.

815. — Nous relèverons pour le surplus que les avantages de la solution d'une instance intercantonale de recours¹²³⁶ ne valent à certains égards que si l'autorité disciplinaire de première instance n'est pas déjà elle-même édifiée en instance intercantonale. En effet, les magistrats du siège qui fonctionneraient au sein d'une instance intercantonale de recours et qui n'appartiendraient par hypothèse pas à la circonscription judiciaire du magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire dont ils ont à connaître, pourraient néanmoins eux-mêmes être soumis à la surveillance de l'instance intercantonale de première instance.

¹²³² Cf. toutefois *infra*, N 893 s. (GE). Cf. ég., *mutatis mutandis*, *infra*, N 1024.

¹²³³ Sur la possibilité d'instaurer une instance intercantonale (en première instance), cf. *infra*, N 1148.

¹²³⁴ Comp. p. ex. la solution prévue par le législateur belge aux art. 409 s. C.jud./B : il y a pour toute la Belgique un tribunal disciplinaire de langue française et un tribunal disciplinaire de langue néerlandaise, ainsi qu'un tribunal disciplinaire d'appel francophone et un tribunal disciplinaire d'appel néerlandophone, compétents à l'égard du personnel de l'ordre judiciaire (cf. ég. art. 411 et 411/1 C.jud./B ; cf. toutefois art. 412 s. C.jud./B concernant la compétence pour infliger des sanctions dites mineures).

¹²³⁵ Cf. en particulier *supra*, N 743.

¹²³⁶ Cf. pour le surplus *infra*, N 1145-1150.

b. Les autorités administratives indépendantes

(i) Une autorité (administrative) n'appartenant pas au pouvoir exécutif

816. — Se pose la question de savoir si une autorité administrative, qui serait par hypothèse dépendante du gouvernement, ou le gouvernement lui-même, pourrait constituer une autorité disciplinaire compétente concernant les magistrats du siège.

817. — Une telle autorité administrative intervenant en tant qu'autorité disciplinaire ne revêtirait à l'évidence pas le caractère d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Toutefois, comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner¹²³⁷, il n'est en principe point besoin de remplir les garanties d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH en première instance dès lors qu'une autorité de recours précédant le Tribunal fédéral satisfait à cette exigence.

818. — La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir rappelé « *le rôle croissant de la notion de séparation du pouvoir exécutif et de l'autorité judiciaire dans sa jurisprudence* »¹²³⁸, a d'ailleurs souligné que « *ni l'article 6 [CEDH] ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les Etats à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre [le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire]* »¹²³⁹.

819. — A notre sens, il ne devrait en principe pas être admis qu'une autorité administrative appartenant au pouvoir exécutif, et soumise à des directives, statue en première instance sur des cas disciplinaires touchant les magistrats du siège¹²⁴⁰. En effet, une telle intervention porterait manifestement atteinte au principe de l'indépendance de la justice, tant dans sa composante institutionnelle que dans sa composante individuelle, ainsi qu'au principe de la séparation des pouvoirs¹²⁴¹. Les *Kyiv Recommendations*¹²⁴² indiquent ainsi que les autorités habilitées à trancher des affaires en matière de (droit) disciplin(aire)

¹²³⁷ Cf. *supra*, N 744 s.

¹²³⁸ Cf. ég. *supra*, N 755.

¹²³⁹ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 103 et les réf.

¹²⁴⁰ Cf. déjà DUBARLE (D ; anc.), p. 463.

¹²⁴¹ En ce sens : CCJE, Magna Carta des juges, principe 13 ; *International Association of Judicial Independence and World Peace*, Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence (cf. *infra*, N 997), ch. 2.6-2.7. Sur le principe de l'indépendance de la justice et le principe de la séparation des pouvoirs, cf. *supra*, Chap. 2, N 97-115.

¹²⁴² Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

judiciaire ne doivent pas être contrôlées par le pouvoir exécutif ni ne doivent subir une quelconque influence politique en ce qui concerne le droit disciplinaire¹²⁴³.

(ii) *Une autorité administrative indépendante*

820. — La compétence disciplinaire concernant les magistrats du siège peut être attribuée à une autorité administrative qualifiée d'indépendante. Une telle autorité n'appartient ni au pouvoir judiciaire ni au pouvoir législatif ; elle est rattachée administrativement au pouvoir exécutif, mais reste fonctionnellement indépendante de celui-ci. Ainsi, le Conseil de la magistrature fribourgeoise ne serait pas une autorité judiciaire, mais une autorité administrative indépendante, rattachée institutionnellement à aucun pouvoir (cf. art. 125 Cst./FR)¹²⁴⁴.

821. — Une autorité administrative indépendante, intervenant en tant qu'autorité disciplinaire, ne revêtira en principe pas le caractère d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH ; cette garantie peut – doit – toutefois, comme on l'a vu¹²⁴⁵, être réalisée au stade de la procédure de recours devant une autorité précédant le Tribunal fédéral¹²⁴⁶. La question de l'indépendance se reporte dès lors, le cas échéant, sur l'instance chargée de connaître des recours contre une décision de l'autorité disciplinaire de première instance¹²⁴⁷. Sur le rapport entre l'autorité administrative indépendante intervenant le cas échéant en tant qu'autorité disciplinaire de première instance et l'instance de recours compétente pour connaître des décisions de ladite autorité de première instance – y compris sur les possibilités d'instaurer des autorités intercantionales de première instance et/ou de recours¹²⁴⁸ –, nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements présentés ci-dessus concernant les autorités disciplinaires

¹²⁴³ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, par. 9 i.f. : « [b]odies deciding on cases of judicial discipline must not be controlled by the executive branch nor shall there be any political influence pertaining to discipline. Any kind of control by the executive branch over Judicial Councils or bodies entrusted with discipline is to be avoided »

¹²⁴⁴ VOLLERY, N 8 ss. Cf. ég. HAYOZ, N 6.

¹²⁴⁵ Cf. en particulier *supra*, N 744.

¹²⁴⁶ Cf. en ce sens CCJE, Magna Carta des juges, principe 6 : « [l]es procédures disciplinaires doivent se dérouler devant un organe indépendant, avec la possibilité d'un recours devant un tribunal ». Cf. ég. Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 69 : « par une autorité indépendante ou un tribunal ».

¹²⁴⁷ Cf. VOLLERY, N 4, à propos du canton de Fribourg.

¹²⁴⁸ Sur les autorités administratives indépendantes intercantionales, cf. p. ex. WISARD, p. 113 s.

appartenant au pouvoir judiciaire et instituées en double degré de juridiction préalable au Tribunal fédéral¹²⁴⁹.

822. — La question de la compatibilité, au regard de l'art. 6 par. 1 CEDH, d'une procédure de sanction menée par une autorité administrative (indépendante) a récemment fait l'objet d'un arrêt important du Tribunal fédéral dans le cadre d'une procédure de sanction du droit des cartels (amende en vertu de l'art. 49a LCart ; arrêt « PubliGroupe »). Se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral a estimé qu'il suffit, en présence d'une sanction à caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, que les exigences de l'art. 6 CEDH (et de l'art. 30 Cst. féd.) soient remplies pour la première fois dans la procédure devant les autorités *judiciaires* administratives¹²⁵⁰. Le fait que la Commission de la concurrence (COMCO), en tant qu'autorité administrative (indépendante)¹²⁵¹, ne remplisse pas les exigences posées par l'art. 6 par. 1 CEDH (et par l'art. 30 Cst. féd.) ne serait donc pas déterminant, dès lors que le Tribunal administratif fédéral remplit ces exigences¹²⁵². Notre Haute Cour s'est en particulier référée à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, dans lequel la Cour a une nouvelle fois rappelé, et constaté pour la première fois dans le cadre d'une procédure en matière de droit de la concurrence, que les exigences de l'art. 6 CEDH peuvent être satisfaites au stade de la procédure judiciaire subséquente au prononcé de sanctions (dont le caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH avait par ailleurs été reconnu en l'espèce) par l'administration¹²⁵³.

823. — Dans un arrêt ultérieur rendu dans une procédure de sanction prononcée par la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) à l'encontre de l'exploitant d'un casino (arrêt du « Casino de Bâle »)¹²⁵⁴, le Tribunal fédéral a d'abord retenu que la procédure menée par la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) tombe dans le champ de l'art. 6 CEDH dans la mesure où la sanction revêtait en l'espèce un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Le Tribunal fédéral a ensuite examiné la question du respect par la Commission fédérale des maisons de jeu des garanties de l'art. 6 CEDH sous l'angle de la *procédure* conduite par cette autorité, sans évoquer la question du statut du Tribunal administratif fédéral en tant qu'autorité de contrôle de la décision de la Commission fédérale des maisons de jeu. Le Tribunal fédéral a considéré que

¹²⁴⁹ Cf. *supra*, N 728-746, en particulier N 740.

¹²⁵⁰ ATF 139 I 72, consid. 4.2-4.4, JdT 2013 I 202 (« PubliGroupe »).

¹²⁵¹ Sur la notion, cf. not. BELLANGER, *passim* et les réf.

¹²⁵² ATF 139 I 72, consid. 4 (en particulier 4.3), JdT 2013 I 202 (« PubliGroupe »).

¹²⁵³ Cf. ATF 139 I 72, consid. 4.4, JdT 2013 I 202 (« PubliGroupe »), et les réf.

¹²⁵⁴ ATF 140 II 384, JdT 2015 I 3.

les garanties de l'art. 6 CEDH n'avaient pas été violées en l'espèce ; il a en particulier écarté la violation alléguée du principe *nemo tenetur*.

824. — L'approche retenue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt du « Casino de Bâle » paraît, à certains égards, complémentaire à celle retenue dans l'arrêt « PubliGroupe ». En effet, elle permet de tenir compte du fait que la procédure menée par l'autorité administrative (indépendante) au stade non contentieux pourrait avoir été affectée de vices qui ne sont pas réparables au stade de l'examen par le Tribunal administratif fédéral. En particulier, le vice découlant d'une violation du droit à ne pas s'auto-incriminer¹²⁵⁵ pourrait perdurer quand bien même toutes les garanties seraient données à ce titre par le Tribunal administratif fédéral lors d'une procédure de recours contre une décision d'une commission fédérale. Il faut ainsi retenir que les exigences formelles se rapportent non seulement au statut de l'autorité instituée pour prononcer des sanctions disciplinaires, mais aussi le cas échéant à la capacité de celle-ci de mener une procédure disciplinaire sur la base des règles et garanties procédurales prévues par la loi¹²⁵⁶.

C. Examen de quelques solutions retenues actuellement en Suisse

1. Remarques préalables

825. — Nous présenterons, dans les développements qui suivent, certaines dispositions fédérales et cantonales nous paraissant relever, en tout ou partie, de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège. Nous avons notamment porté notre choix sur les cantons latins, parmi lesquels cinq cantons ont, à ce jour, institué un conseil de la magistrature¹²⁵⁷. Les développements proposés ont pour objet d'illustrer les problématiques discutées précédemment par l'analyse de situations rencontrées actuellement en Suisse. Nous ne prétendons aucunement, dans le cadre de cet exercice, à une forme d'exhaustivité¹²⁵⁸.

¹²⁵⁵ Sur cette question, cf. *infra*, Chap. 7, N 1299-1302.

¹²⁵⁶ En ce sens : GASS, PJA, p. 606 ; ZAPPELLI, Image, p. 113 ; SCHINDLER, p. 1025.

¹²⁵⁷ Sur cette notion (générique) et son rapport avec la notion d'autorité disciplinaire, cf. é.g. *infra*, N 1000-1015.

¹²⁵⁸ Nous renvoyons pour le surplus à MAHON, Destitution, N 13 ss concernant la révocation des membres d'une autorité au plan fédéral et N 19 ss concernant la destitution et la révocation (disciplinaire ou non disciplinaire) dans les cantons ; HAUSSENER/GOTTESMAN, N 9 concernant le canton de Soleure ; HEBDEN, N 4 ss concernant le canton de Schaffhouse.

826. — C'est le lieu de relever que les cantons conservent une large autonomie dans le choix de leur organisation judiciaire, de même que dans la définition des procédures applicables en matière de droit public. Le droit disciplinaire des magistrats du siège ne déroge pas à ce principe. Ainsi, lorsque le Tribunal fédéral examine des prescriptions cantonales sur la composition des tribunaux, le grief se confond avec celui tiré du principe de l'interdiction de l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. féd.¹²⁵⁹.

827. — Nous saisissons l'occasion, lorsque la situation s'y prête, d'aborder dans le présent titre certaines questions qui feront l'objet d'un examen théorique détaillé dans la suite de notre exposé. Notamment, certaines indications relatives à la composition des autorités disciplinaires et à la nomination de leurs membres préfigureront la Section III. ci-dessous consacrée à la structure intrinsèque des autorités disciplinaire. En outre, certains éléments procéduraux préluideront au Chapitre 7 ci-dessous consacré à l'étude de la procédure disciplinaire.

2. Au niveau fédéral

a. La surveillance des juges fédéraux de première instance

(i) Présentation

828. — Les magistrats du siège des tribunaux fédéraux de première instance (Tribunal pénal fédéral, Tribunal administratif fédéral et Tribunal fédéral des brevets) font l'objet d'une surveillance administrative par le Tribunal fédéral. Conformément à l'art. 1 al. 1 du Règlement du Tribunal fédéral relatif à la surveillance (par le Tribunal fédéral) du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets (Règlement sur la surveillance par le Tribunal fédéral ; RSTF), cette surveillance est exercée par la Commission administrative du Tribunal fédéral. L'art. 1 al. 3 RSTF réserve l'exercice de la haute surveillance par l'Assemblée fédérale¹²⁶⁰.

829. — L'art. 8 al. 1 RSTF prévoit que lorsque la révocation d'un juge fédéral de première instance¹²⁶¹ entre en ligne de compte, la Commission administrative

¹²⁵⁹ TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 1.2.

¹²⁶⁰ Nous renvoyons pour le surplus à KEEL, p. 177 ss ; METZ ; RASELLI, Aufsicht.

¹²⁶¹ L'art. 8 al. 1 RSTF utilise l'expression « membre du tribunal », ce par quoi il faut manifestement entendre les juges des tribunaux fédéraux de première instance. En effet,

du Tribunal fédéral peut ordonner une enquête préalable. L'art. 8 al. 2 RSTF dispose que lorsque, sur la base des conclusions d'une enquête préalable au sens de l'art. 8 al. 1 RSTF ou à la suite de constatations résultant de l'activité de surveillance, l'ouverture d'une procédure de révocation paraît indiquée, la Commission administrative du Tribunal fédéral saisit la commission parlementaire compétente.

830. — La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale est compétente pour préparer l'élection – respectivement la non-réélection – et la révocation des juges fédéraux (art. 40a al. 1 LParl). La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale soumet à l'Assemblée fédérale ses propositions concernant la (non-)réélection ou la révocation des juges fédéraux conformément à l'art. 40a al. 3 LParl¹²⁶².

831. — La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale a édicté, le 3 mars 2011, des « Principes d'action » concernant la « procédure à suivre en vue de [la] révocation et de [la] non-réélection »¹²⁶³. Ces principes s'appliquent notamment à la procédure de révocation et de non-réélection des juges du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets (« Principes d'action », art. 1 phr. 1).

832. — L'art. 5 al. 1 et 2 desdits « Principes d'action » mentionne notamment que si la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale a connaissance de faits qui mettent sérieusement en cause l'aptitude professionnelle ou personnelle d'un juge fédéral, elle décide d'office et dans les meilleurs délais – c'est-à-dire au plus tard à la séance suivante – d'ouvrir ou non une procédure de révocation, après avoir entendu au préalable la personne concernée.

833. — L'art. 5 al. 3 des « Principes d'action » précise que la Commission ouvre une procédure lorsqu'il existe un soupçon fondé que la personne en cause a violé gravement ses devoirs de manière intentionnelle ou par négligence grave, ou qu'elle a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction.

834. — L'art. 5 al. 3 des « Principes d'action » renvoie à ce titre aux art. 26 LOAP, 10 LTAF et 14 LTFB, qui prévoient que l'Assemblée fédérale peut révoquer un juge fédéral de première instance avant la fin de sa période de fonction en cas de violation grave – de manière intentionnelle ou par négligence grave – de ses devoirs de fonction (art. 26 let. a LOAP, 10 let. a LTAF et 14

l'art. 7 al. 2 RSTF oppose aux membres des tribunaux le « personnel des tribunaux ». Sur la notion de magistrat du siège, cf. é.g. *supra*, Chap. 1.

¹²⁶² Cf. pour le surplus KIENER, *Amtsenthbung*.

¹²⁶³ FF 2012 p. 1091 ss. Cf. pour le surplus MARTI K., *passim* pour une présentation du fonctionnement de la Commission judiciaire en matière d'élections des juges fédéraux.

let. a LTFB)¹²⁶⁴ ou en cas de perte durable de sa capacité d'exercer sa fonction (art. 26 let. b LOAP, 10 let. b LTAF et 14 let. b LTFB).

835. — L'art. 15 al. 1 des « Principes d'action » prévoit que les dispositions régissant la procédure de révocation sont applicables par analogie en matière de non-réélection. Sont ainsi notamment applicables, en vertu de ce renvoi, les art. 2 (principes généraux), 3 (récusation), 5 (ouverture d'une procédure de révocation), 6 (information du public), 7 (droits de la personne concernée), 8 (audition de la personne concernée), 9 (droits de la Commission judiciaire « pour élucider les faits juridiquement pertinents »), 10 (institution de sous-commissions), 11 (établissement et appréciation des faits), 12 (délais de procédure ; cf. l'al. 2 qui prévoit un renvoi par analogie aux art. 20 à 24 PA) et 13 (classement de la procédure par la Commission judiciaire) des « Principes d'action ». L'art. 15 al. 2 des « Principes d'action » mentionne encore que les membres de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale doivent en principe présenter leurs « propositions de non-réélection » jusqu'à la séance précédant celle durant laquelle la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale adopte la liste définitive des candidats qu'elle proposera d'élire (ou de réélire).

(ii) *Brève analyse*

836. — Les juges des tribunaux fédéraux de première instance font l'objet d'une forme de surveillance disciplinaire, même si celle-ci n'est pas expressément désignée comme telle¹²⁶⁵. En effet, les motifs de révocation prévus aux art. 26 let. a LOAP, 10 let. a LTAF et 14 let. a LTFB (violation grave des devoirs de fonction, de manière intentionnelle ou par négligence grave) constituent manifestement des motifs de caractère disciplinaire. L'Assemblée fédérale, qui intervient le cas échéant par l'entremise de la Commission judiciaire, fonctionne dès lors dans de telles situations en tant qu'autorité disciplinaire.

837. — Aucune voie de recours n'est prévue concernant les décisions de révocation de juges fédéraux de première instance prononcées par l'Assemblée fédérale sur la base de motifs disciplinaires¹²⁶⁶. Or une telle voie de recours

¹²⁶⁴ Sur la question de la conformité, au regard de l'exigence de la base légale, d'une telle définition des motifs justifiant une sanction disciplinaire, cf. *supra*, Chap. 4, not. N 320.

¹²⁶⁵ Cf. ég. SCHINDLER, p. 1021 ss.

¹²⁶⁶ Sur cette question, cf. ég. *infra*, N 1430.

devrait être aménagée¹²⁶⁷ dès lors que l'Assemblée fédérale ne constitue manifestement pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹²⁶⁸.

838. — Au surplus, nous notons que les « Principes d'actions » édictés par la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale donnent des indications concernant la procédure suivie par ladite Commission en matière de révocation et de non-réélection des juges fédéraux de première instance (cf. art. 1 phr. 1). Il apparaît toutefois que ces « Principes d'action », qui font singulièrement penser à un texte de loi, sont en réalité dépourvus de valeur légale dès lors qu'ils ne sont pas publiés au Recueil officiel du droit fédéral¹²⁶⁹.

839. — Par ailleurs, même s'ils avaient une valeur légale, ces « Principes d'action » ne répondraient probablement pas aux exigences formelles qu'il conviendrait de reconnaître en droit disciplinaire. En effet, l'instauration d'un cadre « procédural », aussi clair et détaillé soit-il, ne peut en tout état de cause pallier le défaut relatif à l'absence d'une autorité disposant d'une structure et de compétences adaptées à la conduite de procédures disciplinaires¹²⁷⁰.

840. — Les éléments qui précèdent illustrent les limites du choix – ou de l'acceptation à titre de pis-aller – de la désignation du parlement en tant qu'autorité instituée de pouvoirs de nature disciplinaire. Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessus concernant cette question¹²⁷¹.

b. La surveillance des juges du Tribunal fédéral

(i) Présentation

841. — Les juges du Tribunal fédéral ne font pas expressément l'objet d'une surveillance disciplinaire¹²⁷². Conformément à l'art. 188 al. 3 Cst. féd., le Tribunal fédéral s'administre lui-même. L'art. 13 LTF prévoit que le Tribunal fédéral règle son organisation et son administration ; l'art. 15 al. 1 let. a LTF donne à la Cour plénière du Tribunal fédéral, composée des juges ordinaires, la

¹²⁶⁷ Cf. KIENER, *Amtsenthörung*, p. 366 et *passim*.

¹²⁶⁸ Pour le surplus, cf. *supra*, N 795 ss.

¹²⁶⁹ MAHON/SCHALLER, N 26 et n. 27, indiquent que ces principes avaient d'abord été publiés au Recueil officiel (RO 2011 5221 ss) mais qu'ils ont par la suite été « déclassés », probablement justement au vu du fait qu'ils ne constituent pas des règles de droit.

¹²⁷⁰ Cf. pour le surplus *supra*, N 717-758 et 792-802.

¹²⁷¹ Cf. N 792-802.

¹²⁷² Cf. ég. SCHINDLER, p. 1021 ss.

compétence d'édicter les règlements relatifs notamment à l'organisation et à l'administration du tribunal et à la résolution de conflits entre les juges.

842. — Le Tribunal fédéral a adopté, sur la base des art. 13 et 15 al. 1 let. a LTF, précités, le Règlement du Tribunal fédéral (RTF) du 20 novembre 2006. Ce règlement est publié au Recueil officiel du droit fédéral¹²⁷³.

843. — Le Titre 1 du Règlement du Tribunal fédéral, consacré aux dispositions générales d'organisation, contient un Chapitre 4 intitulé « [r]èglement des conflits », lequel est composé de deux dispositions (art. 24 et 25 RTF). L'art. 24 RTF, qui porte le titre « [r]ésolution interne », prévoit que la résolution des conflits se fait en premier lieu à l'interne par un dialogue entre juges (al. 1 et 2), et qu'en cas d'échec, le Président du Tribunal fédéral fait appel à la Commission administrative du Tribunal fédéral, qui prend alors les dispositions appropriées (al. 3).

844. — L'art. 25 RTF, sous le titre « [h]aute surveillance », fait référence à l'art. 3 al. 1 LTF (exercice de la haute surveillance sur le Tribunal fédéral par l'Assemblée fédérale¹²⁷⁴) et dispose qu'en cas d'échec des tentatives de règlement interne du conflit (au sens de l'art. 24 RTF), la Commission administrative du Tribunal fédéral informe l'Assemblée fédérale s'il s'agit d'une affaire importante pouvant relever de la haute surveillance.

845. — La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, qui est notamment compétente pour préparer l'élection et la révocation des juges du Tribunal fédéral (art. 40a al. 1 LParl)¹²⁷⁵, se saisira le cas échéant de l'affaire. Ladite commission pourrait également se saisir d'elle-même¹²⁷⁶. Celle-ci soumet à l'Assemblée fédérale ses propositions concernant la (non-)réélection ou la révocation conformément à l'art. 40a al. 3 LParl¹²⁷⁷.

846. — Comme on l'a vu, les « Principes d'action » édictés par la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale 3 mars 2011 concernant la « procédure » à suivre « en vue de [la] révocation et de [la] non-réélection » s'appliquent à la procédure de révocation et de non-réélection des juges du Tribunal pénal

¹²⁷³ RS 173.110.131.

¹²⁷⁴ Sur la haute surveillance du Tribunal fédéral par le Parlement, cf. pour le surplus EICHENBERGER-WALTHER ; MEYER/TSCHÜMPERLIN ; TSCHÜMPERLIN.

¹²⁷⁵ Le terme « tribunaux fédéraux » ressortant de l'art. 40a al. 1 let. a LParl couvre manifestement tant les tribunaux fédéraux de première instance que le Tribunal fédéral.

¹²⁷⁶ Cf., par analogie, art. 5 des « Principes d'action » de la Commission judiciaire du 03.03.2011. A propos de ces « Principes d'action », cf. ég. *supra*, N 838 s.

¹²⁷⁷ A ce jour, aucune procédure de révocation n'a été ouverte et conduite par la Commission judiciaire (MARTI K., N 5).

fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets¹²⁷⁸. Ces « Principes d'action » s'appliquent également à la procédure de non-réélection des juges du Tribunal fédéral ; par contre, ils ne sont apparemment pas applicables à leur révocation (cf. « Principes d'action », art. 1 phr. 2 *a contrario*).

(ii) *Brève analyse*

847. — Les juges du Tribunal fédéral font l'objet d'une forme de surveillance disciplinaire même si celle-ci n'est pas expressément désignée comme telle¹²⁷⁹.

848. — Contrairement aux art. 10 LTAF, 14 LTFB et 49 LOAP applicables aux juges fédéraux de première instance, l'art. 40a LParl ne précise pas les motifs pouvant justifier la révocation des juges du Tribunal fédéral par l'Assemblée fédérale. Or une telle révocation peut manifestement être fondée sur des motifs disciplinaires. En effet, les « conflits » visés par le Chapitre 4 du Règlement du Tribunal fédéral peuvent manifestement concerner des situations relevant du droit disciplinaire.

849. — L'art. 5 al. 3 des « Principes d'action » de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale concernant la procédure à suivre en matière de révocation et de réélection, qui dispose notamment que la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale « ouvre une procédure [de révocation] lorsqu'il existe un soupçon fondé qu'une personne visée à l'art. 1 a violé gravement ses devoirs de manière intentionnelle ou par négligence grave, ou qu'il a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction », renvoie à ce titre aux art. 26 LOAP, 10 LTAF et 14 LTFB. Il n'est fait aucune mention, à cet endroit, de la Loi sur le Tribunal fédéral et du Règlement du Tribunal fédéral ; cela indique *a priori* que l'art. 15 al. 1 des « Principes d'action », qui prévoit que les dispositions des « Principes d'action » régissant la procédure de révocation sont applicables par analogie à la procédure à suivre en matière de non-réélection, ne comprend pas l'art. 5 al. 3 des « Principes d'action » en ce qui concerne la non-réélection des juges du Tribunal fédéral. Au surplus, nous rappelons que ces « Principes d'action » n'ont pas de valeur légale¹²⁸⁰.

850. — Ici également¹²⁸¹, aucune voie de recours n'est expressément prévue concernant les décisions de révocation de juges du Tribunal fédéral prononcées

¹²⁷⁸ Cf. *supra*, N 838.

¹²⁷⁹ Cf. ég. SCHINDLER, p. 1021 ss.

¹²⁸⁰ Cf. *supra*, N 838.

¹²⁸¹ Cf. *supra*, N 837 concernant les juges fédéraux de première instance.

par l'Assemblée fédérale – par hypothèse – sur la base de motifs disciplinaires¹²⁸². Or une telle voie de recours devrait être aménagée¹²⁸³ dès lors que l'Assemblée fédérale ne constitue manifestement pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹²⁸⁴.

851. — Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessus concernant la désignation du parlement en tant qu'autorité disciplinaire¹²⁸⁵.

c. Excursus : le projet avorté de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature

852. — La possibilité d'instaurer un conseil de la magistrature au niveau fédéral avait été envisagée dans le cadre des travaux de révision totale de l'organisation judiciaire fédérale entrepris au début des années 2000¹²⁸⁶. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats avait examiné de manière approfondie la question de la surveillance des tribunaux fédéraux et celle de la préparation de l'élection des juges fédéraux à l'occasion du traitement du projet de loi sur le Tribunal pénal fédéral¹²⁸⁷. Cette dernière commission avait alors préparé un Projet de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature ; ce projet a été publié dans la Feuille fédérale du 19 février 2002 (P-LCM)¹²⁸⁸.

853. — Aux termes de ce projet, le Conseil de la magistrature devait participer à la préparation de l'élection et de la réélection des juges du Tribunal fédéral, du Tribunal pénal fédéral – le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets ont été instaurés ultérieurement – et du Tribunal militaire de cassation (art. 1 al. 1 P-LCM). Il devait par ailleurs soutenir l'Assemblée fédérale dans l'exercice de la haute surveillance sur le Tribunal pénal fédéral (art. 1 al. 2 P-LCM). L'Assemblée fédérale était chargée d'édicter un règlement du Conseil de la magistrature par voie d'ordonnance (art. 9 P-LCM).

¹²⁸² Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 5, N 575-606, *passim*, concernant le caractère disciplinaire des motifs fondant la révocation.

¹²⁸³ Cf. KIENER, *Amtsenthbung*, p. 366 et *passim*.

¹²⁸⁴ Pour le surplus, cf. *supra*, N 795 ss.

¹²⁸⁵ Cf. *supra*, N 792-802.

¹²⁸⁶ Cf. MCF du 28.02.2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4000 ss.

¹²⁸⁷ Révision totale de l'organisation judiciaire fédérale – Rapport additionnel de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16.11.2001 relatif au projet de loi fédérale sur le Conseil de la magistrature, FF 2002 p. 1128 ss, p. 1128.

¹²⁸⁸ FF 2002 p. 1146 ss.

854. — L'art. 15 P-LCM devait réglementer – dans une certaine mesure – la question de la non-réélection des juges fédéraux. Cette disposition prévoyait que si le Conseil de la magistrature entendait proposer à l'Assemblée fédérale de ne pas réélire un juge, il devait en informer le juge à temps, avant l'échéance de la période de fonction, et lui donner la possibilité de prendre position, puis transmettre la prise de position du juge concerné à la commission compétente de l'Assemblée fédérale. Ici également, l'hypothèse d'une non-réélection fondée sur des motifs disciplinaires n'était pas – directement – envisagée¹²⁸⁹.

855. — Le Projet de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature prévoyait, sans la désigner comme telle, une forme de surveillance disciplinaire du Tribunal pénal fédéral. En effet, l'art. 17 P-LCM, qui figurait parmi les dispositions du chapitre consacré aux « [c]onseils au Tribunal pénal fédéral et [à la] surveillance [du Tribunal pénal fédéral¹²⁹⁰] », donnait au Conseil de la magistrature la tâche de s'assurer notamment¹²⁹¹ que les juges du Tribunal pénal fédéral remplissent correctement leurs devoirs de fonction. La violation des devoirs de fonction était envisagée selon deux degrés de gravité, lesquels devaient donner lieu à des réponses très différentes.

856. — D'une part, le Conseil de la magistrature, constatant une simple négligence ou une violation simple des devoirs de fonction de la part d'un juge du Tribunal pénal fédéral, devait rendre le juge concerné attentif au manquement constaté et en informer la direction du Tribunal pénal fédéral (art. 17 al. 1 P-LCM). Comme l'indique le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 novembre 2001 relatif au projet de loi fédérale sur le Conseil de la magistrature, il s'agissait de régler la situation « *de manière informelle et interne au tribunal* »¹²⁹². Si la volonté était ainsi apparemment d'exercer une discipline de manière interne au tribunal par le biais

¹²⁸⁹ Sur le caractère disciplinaire de la non-réélection, cf. *supra*, Chap. 5, N 607-616.

¹²⁹⁰ Le titre du Chap. 4 du Projet de Loi sur le Conseil de la magistrature est rédigé de manière plus précise en allemand : « *Beratung und Beaufsichtigung des Bundesstrafgerichts* ». La lecture attentive du Rapport additionnel de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats relatif au projet de loi sur le Conseil de la magistrature (FF 2002 p. 1128 ss, p. 1137) permet de confirmer que la surveillance, au sens du projet, ne concernait que le Tribunal pénal fédéral (étant rappelé que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets n'existaient pas encore à l'époque).

¹²⁹¹ L'art. 17 al. 2 P-LCM prévoyait également la question de l'incapacité d'exercer la fonction de juge (du Tribunal pénal fédéral ; étant rappelé que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets n'existaient pas encore à l'époque), qui en tant que telle ne ressortit pas au droit disciplinaire (cf. ég. Chap. 5, N 575-606, *passim*, concernant le caractère disciplinaire des motifs fondant une révocation).

¹²⁹² FF 2002 p. 1128 ss, p. 1137.

du chef de juridiction – la direction du Tribunal pénal fédéral étant assurée par le président du Tribunal pénal fédéral (cf. art. 52 al. 1 let. a LOAP) –, la compétence de prononcer ce qui devait apparemment correspondre à une forme d'avertissement ou de blâme serait toutefois revenue « formellement » au Conseil de la magistrature.

857. — D'autre part, le Conseil de la magistrature, en présence d'indices qu'un juge du Tribunal pénal fédéral a violé gravement ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave, devait établir les faits et soumettre un rapport avec une recommandation à la commission compétente de l'Assemblée fédérale (art. 17 al. 2 P-LCM). Ladite commission devait ensuite décider de l'opportunité de soumettre une proposition de révocation à l'Assemblée fédérale¹²⁹³, cette dernière étant compétente pour prononcer (formellement) une révocation.

858. — Au vu de ce qui précède, on constate qu'un pouvoir à caractère disciplinaire était partagé entre le Conseil de la magistrature (et éventuellement le chef de juridiction) et l'Assemblée fédérale. Le système ne prévoyait pas de sanctions disciplinaires intermédiaires, ce qui aurait rendu l'individualisation de la sanction largement impraticable ; aucune procédure spécifique n'était par ailleurs instituée.

859. — Le Projet de Loi fédérale sur le Conseil de la magistrature a finalement été enterré le 19 mars 2002 par les Chambres fédérales, à l'issue de vifs débats¹²⁹⁴.

3. Au niveau cantonal (aperçu)

a. Canton de Berne

(i) Présentation

860. — Le canton de Berne ne prévoit pas de système disciplinaire à proprement parler concernant les magistrats du siège. Toutefois, on peut discerner quelques dispositions relevant en tout ou partie du droit disciplinaire.

¹²⁹³ Le fait d'adresser le rapport – assorti d'une recommandation – à la commission et non à l'Assemblée fédérale devait servir à assurer une certaine confidentialité (FF 2002 p. 1128 ss, p. 1137).

¹²⁹⁴ Pour des précisions, cf. MARTY, *Richterzeitung*, N 5 s.

861. — Les autorités judiciaires bernoises s'administrent en principe elles-mêmes (art. 5 al. 1 LOJM/BE). Le Grand Conseil exerce la surveillance sur la gestion de la Cour suprême et du Tribunal administratif (art. 78 Cst./BE) ; l'art. 13 al. 1 LOJM/BE précise qu'il s'agit d'une haute surveillance. Les tribunaux des mesures de contrainte, le Tribunal pénal économique, le Tribunal des mineurs, les tribunaux régionaux ainsi que les autorités régionales de conciliation sont quant à eux placés sous la surveillance de la Cour suprême (art. 13 al. 2 LOJM/BE). La Commission des recours en matière fiscale, la Commission de recours contre les mesures administratives prononcées en vertu de la loi sur la circulation routière, la Commission d'estimation en matière d'expropriation et la Commission des améliorations foncières sont quant à elles placées sous la surveillance du Tribunal administratif (art. 13 al. 3 LOJM/BE).

862. — L'art. 38 LPers/BE reprend la systématique présentée ci-dessus en ce qui concerne l'attribution de la compétence de la surveillance, non plus des autorités en tant que telles, mais des membres d'autorité à titre principal. Par membres d'autorité à titre principal, on entend les agents qui ont été élus pour une période de fonction (art. 3 al. 4 LPers/BE). Au surplus, l'art. 13 al. 3 RPersJ/BE prévoit que la Cour suprême est l'autorité de surveillance en droit du personnel pour les membres d'autorité à titre principal et les employés de la Cour suprême, du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, du Tribunal pénal économique, du Tribunal des mineurs, des tribunaux régionaux et des autorités régionales de conciliation (cf. é.g. art. 6 al. 1 phr. 1 RPersJ/BE) ; l'art. 15 al. 2 et 3 RPersJ/BE prévoit que le Tribunal administratif est l'autorité de surveillance en droit du personnel pour les membres et les employés du Tribunal administratif et des autres autorités de justice indépendantes de l'administration que sont la Commission des recours en matière fiscale, la Commission de recours contre les mesures administratives prononcées en vertu de la loi sur la circulation routière, la Commission d'estimation en matière d'expropriation et la Commission des améliorations foncières.

863. — L'art. 3 phr. 1 RPersJ/BE prévoit que sauf disposition contraire de la Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public, les droits et les devoirs des collaborateurs des autorités judiciaires – dont font partie les magistrats du siège (cf. art. 2 RPersJ/BE) – sont régis par la législation sur le personnel. Aux termes de l'art. 41 al. 1 LPers/BE, la résiliation des rapports de travail en cours de période de fonction « *est prononcée par jugement du tribunal de révocation, sur proposition de l'autorité compétente* ». L'art. 15 al. 2 LPers/BE indique par ailleurs que la suspension des membres des autorités judiciaires incombe au tribunal de révocation au sens de l'art. 41 al. 2 LPers.

864. — La compétence de proposer la révocation (au sens de l'art. 41 al. 1 LPers/BE, précité) des membres des autorités judiciaires, c'est-à-dire des personnes exerçant une fonction de magistrat du siège (cf. art. 20 al. 1

LOJM/BE), est attribuée à la Commission de justice du Grand Conseil (art. 41 al. 4 let. a LPers/BE). Celle-ci propose la révocation « *si, pour cause d'incapacité, de performances durablement insuffisantes, de manquement grave ou répété aux obligations professionnelles ou pour un autre juste motif, il paraît inacceptable que la personne concernée continue d'exercer ses fonctions* » (art. 41 al. 3 LPers/BE).

865. — La Cour suprême fait office de tribunal de révocation (au sens de l'art. 41 al. 1 LPers/BE, précité) pour les membres du Tribunal administratif, du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, du Tribunal pénal économique, du Tribunal des mineurs ainsi que des autorités judiciaires régionales ; le Tribunal administratif est compétent dans tous les autres cas (art. 41 al. 2 LPers/BE). Les art. 45 al. 4 et 56 al. 2 let. c LOJM/BE précisent à ce titre que les demandes de révocation de membres d'autorité à titre principal sont traitées par la Section civile de la Cour suprême fonctionnant dans une composition de cinq juges (cf. ég. art. 28 al. 1 let. e ROr CS/BE).

866. — Le Plénum de la Cour suprême propose à la Commission de justice du Grand Conseil, laquelle est donc apparemment compétente en matière de révocation (cf. art. 38 let. a et 41 al. 1 LPers/BE), l'ouverture d'une procédure de révocation à l'encontre de membres de la Cour suprême (art. 4 al. 3 ROr CS/BE ; comp. art. 4 let. k RSurv CS/BE, qui attribue apparemment la compétence d'ouvrir une procédure de révocation au directoire de la Cour suprême).

867. — Le Grand Conseil est compétent pour l'élection et la réélection des juges (art. 21 al. 1 LOJM/BE) ; il convient toutefois de tenir compte du fait que la Commission de justice du Grand Conseil prépare la réélection des juges et décide quels candidats sortants sont proposés au Grand Conseil en vue d'une réélection (art. 21a al. 2 LOJM/BE¹²⁹⁵). L'art. 39 al. 2 LPers/BE prévoit à ce dernier titre que lorsque la Commission de justice envisage de proposer au Grand Conseil la non-réélection d'un membre d'autorité à titre principal, elle en informe la personne concernée avant l'échéance de la période de fonction en lui indiquant les motifs fondant son intention.

(ii) Brève analyse

868. — Les compétences générales de surveillance de la Cour suprême et du Tribunal administratif sur les tribunaux inférieurs dénotent l'existence d'une

¹²⁹⁵ Cf. ég. l'art. 21a al. 4 LOJM/BE, qui prévoit que la Commission de justice fixe les modalités de détail par voie de règlement. Cf. au surplus n. 1303.

forme de discipline exercée de manière interne au corps judiciaire¹²⁹⁶. En tout état de cause, la révocation des magistrats du siège bernois révèle une forme de surveillance disciplinaire dans la mesure où les notions de « performances durablement insuffisantes » et de « manquement grave ou répété aux obligations professionnelles », telles que prévues à l'art. 41 al. 3 et 4 LPers/BE, comprennent des motifs de révocation à caractère disciplinaire¹²⁹⁷.

869. — La compétence de la Cour suprême en tant que « tribunal de révocation » pour les membres du Tribunal administratif, du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, du Tribunal pénal économique, du Tribunal des mineurs ainsi que des autorités judiciaires régionales (art. 41 al. 1 et 2 LPers/BE) correspond à une forme de discipline (interne) hiérarchique, qui ne correspond pas aux exigences devant selon nous prévaloir en droit disciplinaire des magistrats du siège¹²⁹⁸.

870. — La compétence du Plénum de la Cour suprême de proposer à la Commission de justice du Grand Conseil l'ouverture d'une procédure de révocation à l'encontre des membres de ladite cour (art. 4 al. 3 ROOr CS/BE) révèle également une certaine forme de discipline interne¹²⁹⁹. La compétence attribuée apparemment au Grand Conseil de prononcer la révocation des membres de la Cour suprême pourrait être problématique dans la mesure où aucune voie de recours n'est expressément prévue concernant les décisions de révocation prononcées sur la base de motifs disciplinaires¹³⁰⁰. Or une telle voie de recours devrait être aménagée dès lors que le Grand Conseil ne constitue probablement pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹³⁰¹.

871. — La compétence de la Commission de justice du Grand Conseil bernois en matière de réélection des magistrats du siège s'apparente à celle de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale concernant les juges fédéraux¹³⁰². Toutefois, on constate que les pouvoirs de la Commission de justice bernoise vont plus loin, en ce sens que celle-ci dispose de la faculté d'écarter un magistrat du siège de la liste des candidats sortants proposés à la réélection (art. 21a al. 2 LOJM/BE). Cette faculté, outre le fait qu'elle revient à conférer un pouvoir très large à la Commission de justice (en lieu et place du Grand Conseil), tend selon nous à augmenter l'insécurité juridique qui provient

¹²⁹⁶ Cf. *supra*, N 781-785, en particulier N 785.

¹²⁹⁷ Cf. *supra*, Chap. 5, N 575-581 et 591.

¹²⁹⁸ Cf. *supra*, N 781-785.

¹²⁹⁹ Cf., *mutatis mutandis*, *supra*, N 775-776.

¹³⁰⁰ Sur cette question, cf. *supra*, N 792-802 ; *infra*, N 1430.

¹³⁰¹ Cf. KIENER, *Amtsenthörung*, p. 366 et *passim*.

¹³⁰² Cf. *supra*, N 830.

de l'absence de règles procédurales – prévalant également en l'espèce¹³⁰³ – en matière de non-réélection des magistrats du siège¹³⁰⁴.

b. Canton de Fribourg

(i) *Présentation*

872. — Le canton de Fribourg a institué un Conseil de la magistrature à l'occasion de la révision de sa Constitution adoptée par votation populaire le 16 mai 2004. Auparavant, la surveillance disciplinaire des magistrats du siège était confiée au Tribunal cantonal en ce qui concerne les juges des autorités inférieures et au Grand Conseil pour les juges du Tribunal cantonal (cf. art. 93 ss de l'ancienne Loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1949 [aLOJ/FR], en particulier art. 95 et 113 aLOJ/FR). La Loi sur la justice du 31 mai 2010 (LJ), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 dans le cadre de la nouvelle organisation judiciaire ayant fait suite à l'unification au niveau fédéral des procédures civile et pénale, a repris les modifications introduites en 2004 à l'occasion de la révision de la Constitution cantonale.

873. — La réglementation fribourgeoise distingue entre la surveillance disciplinaire sur les juges (art. 101 [partiellement], 103 à 106, 107 à 109 [partiellement] LJ/FR) et la surveillance administrative sur les autorités judiciaires (art. 112 à 114 LJ/FR ; cf. ég. art. 127 al. 1 Cst./FR). Conformément à l'art. 127 al. 1 Cst./FR, le Conseil de la magistrature est chargé de la surveillance disciplinaire et administrative des magistrats judiciaires (cf. ég. art. 101 al. 1 LJ/FR ; cf. ég. art. 8 LJ/FR qui prévoit l'application de la législation sur le personnel de l'Etat à défaut de dispositions spéciales).

874. — La compétence disciplinaire est toutefois partagée entre le Conseil de la magistrature et le Grand Conseil : en effet, conformément à l'art. 121 al. 2 phr. 1 Cst./FR, la compétence de prononcer la révocation disciplinaire des membres du pouvoir judiciaire – qui sont élus pour une durée indéterminée (art. 121 al. 2 phr. 1 Cst./FR ; art. 6 al. 1 LJ/FR) – appartient à l'autorité d'élection, c'est-à-dire au Grand Conseil (art. 103 al. 1 let. e, 128 Cst./FR ; cf. art. 11 ss LJ/FR pour le surplus).

¹³⁰³ Cf. toutefois l'art. 21 du « *Reglement der Justizkommission des Grossen Rates (Reglement Juko)* » du 07.05.2002 (non disponible en français), intitulé « *Umstrittene Wiederwahl* ». Ce règlement n'est pas publié au Recueil officiel des lois bernoises (ROB). Cf. ég. n. 1295.

¹³⁰⁴ Cf. *supra*, N 616.

875. — Le Conseil de la magistrature est indépendant des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (art. 125 Cst./FR ; art. 90 al. 1 et 2 LJ/FR)¹³⁰⁵. Il est composé de neuf membres : un membre du Grand Conseil, un membre du Conseil d'Etat, un membre du Tribunal cantonal, un membre de l'Ordre des avocats fribourgeois, un professeur ordinaire de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, un membre du Ministère public, un membre des autorités judiciaires de première instance (sur proposition de l'autorité ou du groupe de personnes dont ils font partie) et deux autres membres (sur proposition du Conseil de la magistrature) ; les membres sont élus par le Grand Conseil pour une durée de cinq ans et ne peuvent siéger au Conseil pendant plus de deux périodes consécutives (art. 126 Cst./FR).

876. — Le Conseil plénier du Conseil de la magistrature a notamment la compétence d'exercer la surveillance disciplinaire sur les juges et, le cas échéant, de décider de l'ouverture d'une enquête disciplinaire et de prononcer les décisions qui en découlent ; d'ouvrir et d'instruire une procédure de révocation disciplinaire (art. 5 RCM/FR).

877. — Le Conseil de la magistrature dispose d'une commission permanente en matière disciplinaire : la Commission de surveillance disciplinaire, qui est composée de trois membres (art. 2 al. 2 et 3 RCM/FR). La Commission de surveillance disciplinaire prend connaissance des plaintes et des dénonciations adressées au Conseil de la magistrature, réunit les informations utiles et soumet une proposition motivée au Conseil de la magistrature ; elle peut être chargée de l'instruction des procédures disciplinaires et de la préparation des décisions qui en découlent, y compris en vue d'une éventuelle révocation disciplinaire (art. 11 RCM/FR).

878. — Des trois sanctions disciplinaires prévues à l'art. 103 al. 1 LJ/FR, seules les deux premières (le rappel à l'ordre et le blâme¹³⁰⁶) sont de la compétence du Conseil de la magistrature (art. 105 al. 1 LJ/FR). Lorsque le Conseil estime, au terme de l'enquête, que les faits peuvent justifier une révocation, il doit transmettre le dossier au Grand Conseil comme objet de sa compétence, lequel remet à son tour le dossier à la Commission de justice pour préavis (art. 105 al. 2 LJ/FR ; cf. ég. art. 108 al. 1 phr. 1 et al. 3 LJ/FR). Le Conseil de la magistrature est toutefois compétent pour prononcer le cas échéant une suspension provisoire (art. 108 al. 2 LJ/FR).

¹³⁰⁵ Cf. pour le surplus VOLLERY, N 16 et *passim*.

¹³⁰⁶ D'autres sanctions, en particulier l'amende et la suspension avec privation de traitement, figuraient à l'art. 110 al. 1 aLOJ/FR mais n'ont pas été reprises dans la Loi sur la Justice (OJ/FR).

879. — La procédure de révocation devant le Grand Conseil est réglée par l'art. 109 LJ/FR. Aux termes de cette disposition, la Commission de justice du Grand Conseil examine le dossier, entend la personne concernée et fait une proposition au plenum (al. 1) ; les débats se déroulent à huis clos et le vote a lieu au bulletin secret (al. 2) ; la décision du Grand Conseil réuni en plenum, qui ne peut pas faire l'objet d'un recours (« définitive »), est communiquée au Conseil de la magistrature (al. 3).

(ii) *Brève analyse*

880. — On constate, à la lecture des rapports d'activité du Conseil de la magistrature publiés sur le site Internet du canton de Fribourg (à compter de l'année 2008), que plusieurs procédures disciplinaires sont ouvertes chaque année à l'encontre de magistrats du siège fribourgeois¹³⁰⁷.

881. — L'instauration d'un Conseil de la magistrature indépendant des pouvoirs législatif, exécutif, mais aussi judiciaire semble constituer une solution satisfaisante en considération des exigences d'indépendance et d'impartialité applicables en droit disciplinaire des magistrats du siège¹³⁰⁸.

882. — Les décisions du Conseil de la magistrature prises en matière disciplinaire peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal¹³⁰⁹ (puis au Tribunal fédéral). Comme l'a relevé VOLLERY, cette solution revient à admettre une forme de contrôle – contrôle juridictionnel – du surveillant par le surveillé¹³¹⁰ ; une difficulté supplémentaire apparaîtra lorsque la décision objet du recours au Tribunal cantonal a été rendue à l'encontre d'un juge cantonal¹³¹¹.

883. — L'attribution au parlement (Grand Conseil) de la compétence de prononcer la révocation disciplinaire des magistrats du siège apparaît bien moins problématique que dans le cas notamment des juges fédéraux¹³¹², dès lors qu'une procédure disciplinaire complète est menée au préalable par le Conseil de la magistrature¹³¹³. L'absence de recours contre la décision de révocation

¹³⁰⁷ Cf. p. ex. CMAG/FR, Rapport annuel 2012 (publié en avril 2013 ; consultable sur le site [<http://www.fr.ch/cmag>]), p. 11.

¹³⁰⁸ Cf. *supra*, N 717-758 et *infra*, N 1010-1015.

¹³⁰⁹ Cf. HAYOZ, N 22. Cf. au surplus l'art. 104 al. 3 LJ/FR qui prévoit que les dispositions du Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA/FR) s'appliquent à titre supplétif.

¹³¹⁰ Cf. VOLLERY, N 4, 19, 33 ; cf. ég. HAYOZ, N 24. Cf. pour le surplus *supra*, N 808-815.

¹³¹¹ Cf. *supra*, N 811.

¹³¹² Cf. *supra*, N 828-840 et 841-851.

¹³¹³ Cf. *supra*, N 877 s.

reste toutefois problématique dans la mesure où le Grand Conseil ne constitue probablement pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹³¹⁴.

c. Canton de Genève

(i) Présentation

884. — Le canton de Genève est – de loin – le premier canton suisse à avoir institué un conseil de la magistrature¹³¹⁵. Un tel conseil y a en effet été créé par la Loi instituant un Conseil supérieur de la magistrature du 27 juin 1942¹³¹⁶. La loi de 1942, précitée, a été abrogée et remplacée suite à l'entrée en vigueur de la Loi instituant un Conseil supérieur de la magistrature et une Cour d'appel de la magistrature du 25 septembre 1997 (aLCSM/GE ; cf. art. 12 aLCSM/GE). Cette dernière loi a elle-même été abrogée et remplacée suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2011, de l'actuelle Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (cf. art. 141 let. b LOJ/GE).

885. — Aux termes de l'art. 125 al. 1 Cst./GE, les magistrats du pouvoir judiciaire sont soumis à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature (cf. ég. art. 15 LOJ/GE). Le Conseil supérieur de la magistrature dispose de compétences en matière de surveillance disciplinaire, mais aussi en matière de surveillance administrative ; il exerce encore d'autres attributions (cf. art. 2 RFCSM/GE ; p. ex. art. 57 LOJ/GE en matière de levée du secret de fonction de magistrats du pouvoir judiciaire et d'autres personnes)¹³¹⁷. Aux termes de l'art. 16 al. 1 et 2 LOJ/GE, le Conseil supérieur de la magistrature veille au bon fonctionnement des juridictions ; il s'assure notamment que les magistrats du pouvoir judiciaire « *exercent leur charge avec dignité, rigueur, assiduité, diligence et humanité* ».

886. — Le Conseil supérieur de la magistrature est composé de 7 à 9 membres et peut comprendre des membres suppléants (art. 126 al. 1 Cst./GE). Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution cantonale le 1^{er} juin 2013, seule une minorité des membres du Conseil supérieur de la magistrature doit être issue du pouvoir judiciaire (art. 126 al. 2 Cst./GE)¹³¹⁸. L'art. 17 al. 1 LOJ/GE, qui prévoit que le Conseil supérieur de la magistrature est composé (i) du

¹³¹⁴ Pour le surplus, cf. *supra*, N 795 ss.

¹³¹⁵ Sur cette notion (générique), cf. ég. *infra*, N 1000-1009.

¹³¹⁶ Cf. aRS/GE E 4 1.

¹³¹⁷ Cf. ég. JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 57-59.

¹³¹⁸ Cf. GAVIN, N 3 ; GRODECKI, N 2.

procureur général, (ii) du président de la Cour de Justice, (iii) de quatre magistrats titulaires ou anciens magistrats titulaires du pouvoir judiciaire, élus par les magistrats titulaires en fonction, (iv) de trois membres désignés par le Conseil d'Etat, qui ne peuvent être magistrats ou avocats et (v) de deux avocats au barreau, élus par les avocats inscrits au registre cantonal (ce qui donne une majorité de magistrats judiciaires), n'a – étonnamment – pas été modifié par la Loi du 4 octobre 2013 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire¹³¹⁹. Conformément à l'art. 17 al. 2 LOJ/GE, la durée du mandat des catégories (iii) à (v) précitées – les catégories (i) et (ii) précitées correspondent à des membres de droit¹³²⁰ – est de trois ans (renouvelable).

887. — Le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature est réglé aux art. 18 et 18a LOJ/GE. L'art. 18 al. 6 LOJ/GE précise que le Conseil supérieur de la magistrature adopte un règlement de fonctionnement qui est publié au recueil systématique de la législation genevoise. Un tel règlement a été adopté le 11 avril 2011 (cf. Règlement de fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature ; RFCSM/GE).

888. — En matière de surveillance disciplinaire, le Conseil supérieur de la magistrature a notamment la compétence d'ouvrir et d'instruire toute procédure disciplinaire à l'encontre des magistrats du pouvoir judiciaire et de prononcer les sanctions et/ou les mesures visées aux art. 20 et 21 LOJ/GE (art. 2 al. 1 RFCSM/GE). L'art 19 LOJ/GE régit la procédure applicable en matière disciplinaire devant le Conseil supérieur de la magistrature. L'art. 16 RFCSM/GE prévoit que les membres du Conseil exercent leur fonction en toute indépendance.

889. — La Cour d'appel du pouvoir judiciaire connaît, en dernière instance cantonale, des recours dirigés contre les décisions du Conseil supérieur de la magistrature (art. 138 let. a LOJ/GE ; art. 139 al. 4 LOJ/GE). Ladite Cour n'est pas soumise à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature (art. 137 let. a LOJ/GE). Elle est composée de trois juges et d'autant de suppléants (art. 135 al. 1 et 2 LOJ/GE) dont la condition d'éligibilité est d'avoir exercé une activité professionnelle pendant dix ans au moins après l'obtention du brevet d'avocat ou d'avoir obtenu depuis cinq ans au moins le titre de professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève (art. 136 al. 1 LOJ/GE).

¹³¹⁹ Loi du 04.10.2013 (n° 11261) modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE) (Conseil supérieur de la magistrature), E 2 05.

¹³²⁰ Cf. *infra*, N 1047-1057 concernant cette notion.

(ii) *Brève analyse*

890. — Le canton de Genève, qui fut le premier canton suisse à instituer un conseil de la magistrature, bénéficie d'une longue expérience en matière de surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires. La lecture de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature permet de constater que ledit conseil est régulièrement amené à se pencher sur des cas relevant du droit disciplinaire¹³²¹.

891. — La place du Conseil supérieur de la magistrature au sein des institutions cantonales n'est pas expressément définie par la Constitution genevoise. On peut néanmoins relever que les art. 125 à 127 Cst./GE, consacrés au Conseil supérieur de la magistrature, forment la Section 4 du Chapitre III intitulé « [p]ouvoir judiciaire », lui-même contenu dans le Titre IV décrivant les autorités cantonales. Le Conseil supérieur de la magistrature apparaît donc rattaché au pouvoir judiciaire.

892. — Nous relevons que les mesures visées à l'art. 21 LOJ/GE correspondent le cas échéant à des formes de révocation non disciplinaire. L'art. 2 al. 1 let. c RFCSM/GE classe pourtant cette activité parmi les compétences relevant de la surveillance disciplinaire, aux côtés des sanctions disciplinaires au sens de l'art. 20 LOJ/GE. A notre sens, l'activité consistant dans le prononcé de telles mesures devrait être incluse dans les compétences du Conseil supérieur de la magistrature en matière de surveillance administrative (art. 2 al. 2 RFCSM/GE).

893. — L'attribution de la compétence de statuer sur les recours contre les décisions du Conseil supérieur de la magistrature à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire fait naître l'inconvénient – qui peut probablement être souffert – de la présence d'une autorité judiciaire qui n'est pas soumise à une surveillance disciplinaire¹³²². Seule entre en ligne de compte, en ce cas, la haute surveillance du Grand Conseil sur la gestion et l'administration du pouvoir judiciaire (art. 94 Cst./GE).

894. — Nous indiquons pour le surplus que l'attribution de la compétence de statuer sur les recours contre les décisions du Conseil supérieur de la magistrature à une autorité – la Cour d'appel du pouvoir judiciaire – n'étant pas soumise à la surveillance dudit Conseil ne permet pas forcément de pallier

¹³²¹ JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 59 ss.

¹³²² Cf. pour le surplus *infra*, N 1132-1136 concernant la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire.

l'inconvénient, rencontré notamment à Fribourg¹³²³, d'une compétence juridictionnelle attribuée à une autorité de recours (le Tribunal cantonal à Fribourg) dont les membres sont eux-mêmes soumis à la surveillance de l'autorité disciplinaire (le Conseil de la magistrature à Fribourg)¹³²⁴. En effet, sont notamment éligibles en tant que membres de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire les magistrats du siège fonctionnant au sein d'autres instances du canton ; aucune restriction n'est posée à ce titre à l'art. 136 LOJ/GE. Ainsi, à notre sens, l'exclusion prévue à l'art. 137 let. a LOJ/GE, selon laquelle la Cour d'appel du pouvoir judiciaire n'est pas soumise à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature, peut tout au plus concerner, s'agissant des magistrats du siège composant ladite Cour et qui fonctionneraient par hypothèse en parallèle au sein d'autres instances du canton¹³²⁵, les comportements de ces derniers se rapportant aux fonctions exercées et/ou découlant de leur qualité de magistrats du siège *au sein de cette Cour*¹³²⁶.

895. — La question de la composition de l'autorité disciplinaire sera discutée plus loin¹³²⁷.

d. Canton du Jura

(i) *Présentation*

896. — Le canton du Jura fut le troisième canton suisse, après les Cantons de Genève et du Tessin, à créer un conseil de la magistrature¹³²⁸. Le Conseil de surveillance de la magistrature a été institué par la Loi d'organisation judiciaire du 23 février 2000, entrée en vigueur les 15 juin 2000 et 1^{er} janvier 2001 (OJ/JU)¹³²⁹, qui remplace et abroge la Loi d'organisation judiciaire du 26 octobre 1978 (art. 76 LOJ/JU)¹³³⁰. La Loi d'organisation judiciaire règle

¹³²³ Cf. *supra*, N 882.

¹³²⁴ Cf. *ég. supra*, N 812.

¹³²⁵ Actuellement, aucun des membres composant la Cour d'appel du pouvoir judiciaire ne présente toutefois cette particularité (cf. [<http://ge.ch/justice/cour-dappel-du-pouvoir-judiciaire-capj>] [consulté le 23.02.2016]).

¹³²⁶ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 4, N 384-419 concernant la typologie des infractions disciplinaires. Cf. *ég. infra*, N 1132-1136 concernant la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire.

¹³²⁷ Cf. *infra*, N 1016-1088.

¹³²⁸ Sur cette notion (générique), cf. *ég. infra*, N 1000-1009.

¹³²⁹ La date du 01.01.2011 est déterminante pour les dispositions relatives à la surveillance disciplinaire des magistrats figurant dans la Loi d'organisation judiciaire (cf. art. 78 LOJ/JU).

¹³³⁰ MORITZ, N 1.

l'organisation, l'administration et la surveillance des autorités judiciaires (art. 1 LOJ/JU). La Section 3 de la Loi d'organisation judiciaire (art. 65 à 71 LOJ/JU), qui fait partie du Chapitre VIII consacré à la surveillance de la justice, est dévolue à la responsabilité disciplinaire des magistrats judiciaires.

897. — Le Conseil de surveillance de la magistrature n'est pas mentionné dans la Constitution jurassienne. L'art. 107 Cst./JU prévoit uniquement que les modalités d'élection des autorités judiciaires, leur organisation et leurs compétences, ainsi que la procédure dans les limites du droit fédéral, sont réglées par la loi.

898. — Aux termes de l'art. 54 LOJ/JU, les rapports de service des juges, des procureurs et des autres personnes affectées à l'administration judiciaire sont régis, sous réserve des dispositions de la Loi d'organisation judiciaire, par la législation applicable au personnel de l'Etat. Les art. 65 à 71 LOJ/JU épuisent la compétence en matière de surveillance disciplinaire, de sorte que la législation sur le personnel de l'Etat, en particulier la Loi sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (LPers/JU) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 103 LPers/JU), ne trouve pas application à ce titre. Au surplus, nous relevons que la Loi sur le personnel de l'Etat ne contient plus de règles de droit disciplinaire (cf. auparavant art. 30 à 33 de l'ancienne Loi du 26 octobre 1978 sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et Canton du Jura¹³³¹ ; cf. ég. art. 98 LPers/JU).

899. — Le pouvoir disciplinaire sur les magistrats judiciaires est exercé par un Conseil de surveillance de la magistrature composé de six membres¹³³² et de deux suppléants (art. 66 al. 1 LOJ/JU). Les membres du Conseil de surveillance sont tous des membres de droit¹³³³ : il s'agit (i) du président du Parlement, (ii) du chef du Département de la Justice, (iii) du président du Tribunal cantonal, (iv) du président du Tribunal de première instance, (v) du bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et (vi) du procureur général (art. 66 al. 2 LOJ/JU) ; les membres suppléants du Conseil de surveillance de la magistrature sont issus des mêmes organes que les membres titulaires (art. 66 al. 3 LOJ/JU)¹³³⁴.

¹³³¹ Cf. aRS/JU 173.11.

¹³³² L'art. 66 al. 1 LOJ/JU, dans sa teneur actuelle, prévoit que le Conseil de surveillance de la magistrature est composé de cinq membres. Cette disposition aurait manifestement dû être modifiée suite à l'entrée en vigueur, le 01.01.2011, de l'art. 66 al. 2 LOJ/JU, qui liste désormais six membres (le procureur général étant ajouté par rapport au texte en vigueur jusqu'au 31.12.2010) du Conseil de surveillance de la magistrature.

¹³³³ Sur cette notion, cf. ég. *infra*, N 1047-1057.

¹³³⁴ Comp. l'art. 66 al. 3 LOJ/JU dans sa teneur jusqu'au 31.12.2010, qui désignait en tant que suppléants du Conseil de surveillance (i) le vice-président du Tribunal cantonal et (ii) le vice-président du Tribunal de première instance.

900. — L'art. 66 al. 4 LOJ/JU définit que la présidence du Conseil de surveillance de la magistrature est exercée par le président du Tribunal cantonal et la vice-présidence par le président du Tribunal de première instance. L'art. 66 al. 5 LOJ/JU dispose par ailleurs qu'une procédure disciplinaire pendante à la fin de l'année civile est traitée jusqu'à son terme par le Conseil de surveillance de la magistrature dans la composition qui était la sienne lors de l'introduction de la procédure.

901. — L'art. 66 al. 6 LOJ/JU prévoit que le Conseil de surveillance de la magistrature édicte son règlement interne, en précisant en particulier les règles relatives à la suppléance des membres. Le Conseil de surveillance de la magistrature a adopté le Règlement du Conseil de surveillance de la magistrature (RCSM/JU) le 14 juin 2007 ; ce règlement a pour objectif de régler la procédure interne à suivre dans les affaires qui sont du ressort du Conseil de surveillance de la magistrature (cf. art. 1 al. 1 dudit Règlement ; cf. en particulier art. 4 dudit Règlement concernant les cas de récusation).

902. — Les art. 68 à 70 LOJ/JU règlent la procédure. L'art. 24 al. 2 let. a LOJ/JU dispose encore que la Cour administrative – qui forme une section du Tribunal cantonal (art. 20 let. e LOJ/JU) – statue sur les recours formés contre les décisions du Conseil de surveillance de la magistrature¹³³⁵.

(ii) Brève analyse

903. — Le Conseil de surveillance de la magistrature du canton du Jura présente la particularité d'avoir pour unique compétence la surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires¹³³⁶.

904. — L'absence de mention du Conseil de surveillance de la magistrature dans la Constitution cantonale peut paraître regrettable au vu de l'importance des fonctions remplies par ce conseil et des pouvoirs qui lui sont attribués. Notamment, les sanctions disciplinaires à disposition du Conseil de surveillance de la magistrature vont jusqu'à la révocation disciplinaire des magistrats judiciaires (art. 67 let. d LOJ/JU, destitution).

905. — Il n'est pas évident de déterminer, au vu du contenu et de la position systématique des dispositions légales relatives au droit disciplinaire des magistrats judiciaires, si le Conseil de surveillance de la magistrature est rattaché au pouvoir judiciaire ou s'il constitue une autorité administrative indépendante¹³³⁷. Nous notons à ce titre que le Conseil de surveillance de la

¹³³⁵ Cf. ég. MORITZ, N 7.

¹³³⁶ MORITZ, N 2, 7 et 13.

¹³³⁷ Cf. pour le surplus *supra*, N 803-824.

magistrature ne figure pas parmi les autorités judiciaires définies à l’art. 4 LOJ/JU.

906. — MORITZ indique que le Conseil de surveillance de la magistrature « *présente les caractéristiques d’une autorité indépendante* » ; il ajoute que ledit conseil ne constitue toutefois pas une autorité judiciaire au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH¹³³⁸. MORITZ considère ainsi que « [du] *point de vue fonctionnel* [...], [le Conseil de surveillance de la magistrature] *ressemble à une autorité administrative* »¹³³⁹.

907. — La compétence de la Cour administrative en tant qu’autorité de recours apparaît partiellement problématique dans la mesure où les magistrats du siège procédant au contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de surveillance de la magistrature sont eux-mêmes soumis à la surveillance dudit Conseil. Nous renvoyons à ce titre aux développements proposés plus haut notamment concernant le canton de Genève¹³⁴⁰.

908. — La question de la composition de l’autorité disciplinaire sera discutée plus loin¹³⁴¹.

e. Canton de Neuchâtel

(i) Présentation

909. — Le canton de Neuchâtel a créé un Conseil de la magistrature par la Loi instituant un Conseil de la magistrature (aLCM/NE) du 30 janvier 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Auparavant, la surveillance des autorités judiciaires était assurée par le Tribunal cantonal (art. 83 al. 3 aCst./NE), lequel faisait lui-même l’objet d’une haute surveillance par le Grand Conseil (art. 59 phr. 2 aCst./NE)¹³⁴².

910. — La Constitution du canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 pose que la surveillance sur les autorités judiciaires est réglée par la loi (art. 83 al. 3 Cst./NE)¹³⁴³. La Loi sur la magistrature de l’ordre judiciaire et la surveillance

¹³³⁸ MORITZ, N 7.

¹³³⁹ MORITZ, N 7.

¹³⁴⁰ Cf. N 893 s.

¹³⁴¹ Cf. *infra*, N 1016-1088.

¹³⁴² Cf. BAUER, p. 24 ss ; COMMISSION LEGISLATIVE (NE), Rapport, *passim*.

¹³⁴³ Cf. ég. l’art. 50a Cst./NE, accepté en votation populaire le 30.11.2014, qui dispose que « [l]a loi peut prévoir la destitution des membres du Conseil d’Etat et des autorités judiciaires, de même que la dissolution du Conseil d’Etat. Elle en règle la procédure et les conditions ».

des autorités judiciaires du 27 janvier 2010 (LMSA/NE), dont l'entrée en vigueur intervenue le 1^{er} janvier 2011 – dans le cadre de la nouvelle organisation judiciaire cantonale suite à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse et du Code de procédure pénale suisse – a entraîné l'abrogation de l'ancienne Loi instituant un Conseil de la magistrature (art. 79 LMSA/NE), règle le statut de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 1 al. 1 LMSA/NE) et organise la surveillance des autorités judiciaires et celle des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 1 al. 2 LMSA/NE)¹³⁴⁴.

911. — Le Titre V de la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires (art. 47 ss LMSA/NE) est consacré au Conseil de la magistrature. L'art. 47 al. 1 LMSA/NE prévoit que le Conseil de la magistrature est l'autorité de surveillance des autorités judiciaires et des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire. Conformément à l'art. 48 al. 2 LMSA/NE, le Conseil de la magistrature assume en particulier la surveillance administrative des autorités judiciaires (art. 56 à 59 LMSA/NE) et la surveillance disciplinaire des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 60 à 65 LMSA/NE). D'autres compétences sont attribuées au Conseil de la magistrature en vertu de l'art. 48 al. 3 LMSA/NE (cf. art. 66 à 69 LMSA/NE).

912. — Conformément à l'art. 52 LMSA/NE, les membres du Conseil de la magistrature sont désignés pour une durée correspondant à la législature (judiciaire ; cf. art. 7 LMSA/NE) ; leur mandat est reductible une seule fois. Aux termes de l'art. 49 LMSA/NE, le Conseil de la magistrature est composé de sept membres : (i) quatre représentants de la magistrature de l'ordre judiciaire (qui ne peuvent simultanément être membres ou suppléants de la commission administrative des autorités judiciaires) désignés parmi les membres de la magistrature de l'ordre judiciaire réunis en conférence judiciaire (art. 80 al. 1 let. b OJN/NE ; cf. pour le surplus Règlement de la conférence judiciaire du 11.11.2010¹³⁴⁵) ; (ii) un avocat inscrit au registre cantonal des avocats (désigné par ses pairs conformément à l'art. 50 LMSA/NE) ; (iii) le président de la Commission judiciaire du Grand Conseil ou un de ses membres qu'elle désigne ; (iv) un membre désigné par le Conseil d'Etat (qui ne doit pas

¹³⁴⁴ Cf. pour le surplus, à propos de l'art. 50a Cst./NE, COMMISSION LEGISLATIVE DU GRAND CONSEIL (NE), Rapport au Grand Conseil du 24.04.2014 à l'appui (i) d'un projet de décret portant modification de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel (destitution des membres des autorités exécutives et judiciaires) et (ii) d'un projet de loi portant modification de la loi d'organisation du Grand Conseil (destitution des membres du Conseil d'Etat), p. 5 s. : « [L]e nouvel article 50a de la Constitution [...] vise non seulement les membres du Conseil d'Etat, mais aussi ceux des autorités judiciaires, quand bien même la LMSA prévoit déjà que ces derniers peuvent être destitués. Cette loi aura ainsi désormais en ce domaine une base [constitutionnelle] indiscutable ».

¹³⁴⁵ RS/NE 161.12.

être inscrit à un registre cantonal des avocats). Chaque membre du Conseil de la magistrature a un suppléant désigné selon les mêmes modalités.

913. — Le Conseil de la magistrature désigne son Bureau, qui est composé d'un président, d'un vice-président ainsi que d'un secrétaire désigné parmi les membres du Conseil ; le président est choisi parmi les membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 51 LMSA/NE). L'art. 53 LMSA/NE prévoit que le Conseil de la magistrature s'organise lui-même et qu'il édicte son règlement organique – ce qu'il a fait en adoptant le Règlement organique du 30 avril 2009 (ROCM/NE).

914. — Le Conseil de la magistrature exerce la surveillance disciplinaire des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 14, 60 LMSA/NE). Il peut prononcer les sanctions disciplinaires prévues à l'art. 63 LMSA/NE. L'art. 34 LMSA/NE prévoit que la Loi cantonale sur le statut de la fonction publique (LSt/NE) s'applique à titre de droit supplétif ; ce renvoi ne vaut toutefois que pour les questions liées au traitement, aux assurances, ainsi qu'aux vacances et empêchements des magistrats de l'ordre judiciaire (art. 15 à 33 LMSA/NE).

915. — Le Chapitre 4 du Titre V de la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires règle la procédure (art. 70 à 74 LMSA). En particulier, l'art. 73 al. 1 LMSA/NE dispose que les décisions du Conseil de la magistrature peuvent faire l'objet d'un recours en dernière instance cantonale auprès d'un « Tribunal de recours » composé pour l'occasion des trois membres de la magistrature de l'ordre judiciaire les plus anciens en fonction. L'art. 73 al. 2 LMSA/NE précise à ce titre que le siège du Tribunal de recours est au greffe du Tribunal cantonal. Les art. 75 et 76 LMSA règlent au surplus la question de la publicité des séances et des décisions du Conseil de la magistrature.

916. — Le Conseil supérieur de la magistrature, qui adresse à la Commission judiciaire du Grand Conseil un rapport en vue des réélections six mois au moins avant la fin de la période de fonction des autorités judiciaires (art. 78 al. 1 LMSA/NE), dispose de la faculté de « contester la réélection d'un magistrat » (art. 78 al. 2 LMSA/NE). Cette intervention peut être comprise en ce sens que le Conseil de la magistrature est nanti du pouvoir de proposer une non-réélection¹³⁴⁶.

¹³⁴⁶ Cf. toutefois *supra*, N 615 concernant l'art. 78 al. 2 LMSA/NE.

(ii) *Brève analyse*

917. — Le Conseil de la magistrature neuchâtelois trouve son assise au niveau légal et non dans la Constitution neuchâteloise ; cela répond à une volonté expresse du législateur. En effet, la commission législative chargée par une commission d'enquête parlementaire d'examiner les modalités (i) de la concrétisation constitutionnelle et législative du projet de révision de la Constitution cantonale relatif à l'institution d'un Conseil de la magistrature et (ii) d'un projet de loi instituant ledit Conseil s'était interrogée sur la question de savoir si le Conseil de la magistrature doit trouver des fondements de rang constitutionnel ; elle était parvenue à la conclusion que la mise en œuvre d'un Conseil de la magistrature ne nécessite pas de tels fondements¹³⁴⁷.

918. — La Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires distingue clairement entre la surveillance des autorités judiciaires et la surveillance des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (cf. art. 1 al. 2, 47 al. 2, 56 ss, 60 ss LMSA/NE). Toutefois, on remarque que d'« autres » compétences sont attribuées au Conseil de la magistrature aux art. 66 ss LMSA/NE, qui peuvent relever en tout ou partie de la surveillance disciplinaire des magistrats judiciaires.

919. — La délimitation entre les mesures prises par le Conseil de la magistrature en vertu de sa compétence de surveillance disciplinaire et les « autres » mesures adoptées sur la base des autres compétences des art. 66 ss LMSA/NE semble néanmoins avoir une portée limitée si l'on considère que les dispositions du Chapitre 4 du Titre V de la Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires (art. 70 ss LMSA/NE), qui définissent la procédure régissant l'activité du Conseil de la magistrature, ne distinguent pas en fonction des différentes activités dudit Conseil¹³⁴⁸. Selon nous, il convient toutefois de tenir compte du fait que la procédure disciplinaire devra parfois répondre à des exigences particulières¹³⁴⁹.

920. — Il ressort des travaux préparatoires que le Conseil de la magistrature est rattaché au pouvoir judiciaire¹³⁵⁰. La compétence du « Tribunal de recours » en tant qu'autorité de recours apparaît partiellement problématique, notamment dans la mesure où les magistrats du siège procédant au contrôle juridictionnel

¹³⁴⁷ Commission législative, BGC/NE 2006 p. 1613 ss (04.105), p. 1616 s. ; cf. pour le surplus BAUER, p. 27.

¹³⁴⁸ Au sujet de l'art. 78 al. 2 LMSA/NE, cf. pour le surplus *supra*, N 615.

¹³⁴⁹ Cf. *infra*, Chap. 7.

¹³⁵⁰ COMMISSION LEGISLATIVE (NE), Rapport, ad art. 5 aLCM et *passim*. Cf. ég. BAUER, p. 29.

des décisions du Conseil de la magistrature sont eux-mêmes soumis à la surveillance dudit Conseil¹³⁵¹.

f. Canton du Tessin

(i) *Présentation*

921. — Le canton du Tessin a institué le *Consiglio della magistratura* à l'occasion de la réforme, adoptée le 5 octobre 1993 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, de la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910 (aLOG/TI ; cf. art. 77 à 89 aLOG/TI)¹³⁵². Le *Consiglio della magistratura* a officiellement débuté ses activités le 1^{er} mars 1994¹³⁵³.

922. — L'ancienne Constitution cantonale du 4 juillet 1830, révisée le 29 octobre 1967, alors applicable, prévoyait uniquement que l'organisation d'un « *Consiglio di disciplina o sorveglianza per i funzionari giudiziari* » devait être réglée par la loi ; elle ne contenait aucune prescription particulière quant à la composition d'une telle autorité (art. 47 al. 1 aCst./TI)¹³⁵⁴.

923. — La composition du *Consiglio della magistratura*, tel qu'institué par la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910 dans sa version entrée en vigueur en 1994, était définie aux art. 78, 78a et 79 aLOG/TI. Le *Consiglio della magistratura* était composé de cinq membres et de cinq suppléants (art. 78 al. 1 aLOG/TI). Trois membres et trois suppléants devaient être des magistrats judiciaires exerçant à plein temps ; ceux-ci étaient choisis par l'assemblée des magistrats judiciaires exerçant à plein temps (art. 78a al. 1, 2 et 4 aLOG/TI). Deux membres et deux suppléants étaient choisis parmi les autres magistrats judiciaires ou d'autres citoyens titulaires d'une licence en droit ; ceux-ci étaient élus par le *Gran Consiglio* (art. 79 aLOG/TI). La présidence et la vice-présidence du *Consiglio della magistratura* étaient assurées par deux des trois magistrats judiciaires membres dudit conseil (art. 78a al. 3 aLOG/TI).

¹³⁵¹ BAUER, p. 33. Cf. ég. BOHNET, N 163, qui dénonce le fait que les magistrats du siège appartenant au tribunal cantonal soient jugés par leurs pairs.

¹³⁵² CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Istituzione*.

¹³⁵³ CONSIGLIO DELLA MAGISTRATURA (TI), Rapport annuel 1994 du 31.12.1995, p. 1, consultable à l'adresse [<http://www4.ti.ch/poteri/giudiziario/consiglio-della-magistratura/consiglio-della-magistratura/>] [consulté le 24.07.2015].

¹³⁵⁴ Sur la question et pour des considérations historiques, cf. CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*.

924. — Le nombre de cinq membres du *Consiglio della magistratura*, tel que fixé à l'art. 78 al. 1 aLOG/TI, correspondait au nombre de membres prévu à cette époque dans le projet de nouvelle Constitution cantonale¹³⁵⁵ ; ce nombre est passé à sept durant les travaux parlementaires¹³⁵⁶. Dans sa version finale adoptée le 14 décembre 1997, la nouvelle Constitution cantonale prévoit que le *Consiglio della magistratura* est composé de sept membres ; elle inverse par ailleurs la balance en ce sens qu'elle déclare désormais que quatre membres sont élus par le *Gran Consiglio* et (plus que) trois membres sont élus par l'assemblée des magistrats exerçant à temps plein (selon les modalités définies par la loi ; art. 79 al. 2 Cst./TI ; cf. ég. art. 79 al. 1 Cst./TI pour l'attribution générale de la compétence de surveillance au *Consiglio della magistratura*). Il a dès lors été nécessaire d'adapter les dispositions de la *Legge organica giudiziaria civile e penale* aux principes fixés par la nouvelle Constitution cantonale (cf. en particulier art. 78a al. 1 et 3, 79 al. 1 aLOG/TI)¹³⁵⁷.

925. — Les dispositions régissant le *Consiglio della magistratura* figurent aujourd'hui dans la *Legge sull'organizzazione giudiziaria* adoptée le 10 mai 2006 (LOG/TI ; cf. en particulier art. 74 à 88 LOG/TI). L'entrée en vigueur de cette loi le 14 juillet 2006 (cf. art. 92 LOG/TI) a entraîné l'abrogation de la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910 (art. 91 LOG/TI).

926. — L'art. 74 al. 1 LOG/TI réserve au *Consiglio della magistratura* la compétence de surveiller et d'exercer le pouvoir disciplinaire sur les magistrats et les personnes qui exercent des fonctions judiciaires. L'art. 74 al. 2 LOG/TI fixe le siège du *Consiglio della magistratura* à Lugano.

927. — L'art. 75 al. 1 LOG/TI prévoit que le *Consiglio della magistratura* est composé de sept membres et de cinq suppléants. L'art. 75 al. 2 LOG/TI indique que la durée du mandat est de six ans, et que les membres titulaires et les suppléants peuvent être réélus pour un total maximum de douze années ; l'art. 21 LOG/TI fixe pour le surplus une limite d'âge.

928. — L'art. 76 LOG/TI précise que la qualité de membre ou de suppléant du *Consiglio della magistratura* est incompatible avec la fonction de *Consigliere di Stato*, de membre d'une Chambre fédérale (Conseil national ou Conseil des Etats), de membre du *Gran Consiglio* et de fonctionnaire d'une administration communale, cantonale ou fédérale.

929. — L'art. 77 LOG/TI réglemente la question de la composition du *Consiglio della magistratura* et de l'élection de ses membres. Trois membres et deux

¹³⁵⁵ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Istituzione*.

¹³⁵⁶ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*.

¹³⁵⁷ Cf. à ce titre CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*.

suppléants doivent être choisis parmi les magistrats judiciaires à plein temps en exercice (art. 77 al. 1 LOG/TI) ; ils sont élus par l'assemblée des magistrats judiciaires exerçant à plein temps (cf. ég. la condition d'ancienneté prévue par l'art. 77 al. 3 *i.f.* LOG/TI, mentionnée ci-après), selon le système de la majorité relative, la présence des deux tiers des membres de cette assemblée étant requise (art. 77 al. 2 LOG/TI). L'assemblée des magistrats judiciaires exerçant à plein temps désigne par ailleurs, parmi les trois membres qu'elle a choisis, le président et le vice-président du *Consiglio della magistratura* ; ceux-ci doivent exercer la fonction de magistrat depuis au moins six ans (art. 77 al. 3 LOG/TI). L'assemblée des magistrats judiciaires exerçant à plein temps fixe les modalités procédurales de l'élection par le biais d'un règlement interne (art. 77 al. 4 LOG/TI). Quant aux quatre autres membres et aux trois autres suppléants du *Consiglio della magistratura*, ceux-ci sont élus par le *Gran Consiglio* ; sont éligibles à cette fonction les autres magistrats judiciaires en exercice, les anciens magistrats judiciaires et les autres citoyens ayant l'exercice des droits civiques (art. 77 al. 5 *i.i.* LOG/TI), étant précisé que deux membres et un suppléant au maximum peuvent être choisis parmi les avocats inscrits au barreau du canton du Tessin (art. 77 al. 5 *i.f.* LOG/TI).

930. — L'art. 79 al. 2 LOG/TI définit les tâches du *Consiglio della magistratura*. Celui-ci est chargé d'examiner le fonctionnement de la justice et de présenter un rapport annuel au *Consiglio di Stato* (let. a) ; de rapporter au *Dipartimento delle istituzioni* tous les problèmes d'organisation (let. b) ; de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des magistrats judiciaires (let. c) ; d'exempter les magistrats judiciaires en cas de maladie physique ou mentale ou si ceux-ci, pour d'autres motifs, ne peuvent assurer de manière adéquate les devoirs de leur charge (let. d) ; de lever le secret de fonction des magistrats judiciaires (let. e) ; de donner son avis sur les candidatures des magistrats judiciaires qui exercent déjà une fonction relevant de sa surveillance (let. f). L'art. 79 al. 3 LOG/TI précise que dans les cas d'exemption prévus à l'art. 79 al. 2 let. d LOG/TI, les règles de la *Legge sull'ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti*¹³⁵⁸ relatives à la cessation des rapports de travail s'appliquent aux magistrats judiciaires, et énumère ces règles.

931. — L'art. 80 LOG/TI mentionne les comportements susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire (al. 1 *i.i.*), délimite lesdites sanctions (al. 1 *i.f.*), indique les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires (al. 2) et détermine les conséquences en matière de retraite (al. 4) ; il précise encore qu'un magistrat judiciaire ayant été destitué devient inéligible à une fonction judiciaire (al. 3).

¹³⁵⁸ RS/TI 2.5.4.1.

932. — Les art. 81 ss LOG/TI réglementent la procédure. L'art. 81 LOG/TI traite de l'ouverture de la procédure disciplinaire, du statut du dénonciateur, et pose les principes généraux applicables à la procédure devant le *Consiglio della magistratura*. L'art. 82 LOG/TI permet au *Consiglio della magistratura* de prononcer la suspension d'un magistrat judiciaire à titre préventif. L'art. 83 LOG/TI donne la possibilité au président du *Consiglio della magistratura* d'écarter les dénonciations manifestement infondées. L'art. 84 LOG/TI règle l'administration des preuves. L'art. 85 LOG/TI pose les règles relatives au jugement. L'art. 85a LOG/TI définit les voies de droit : une chambre de recours (*commissione di ricorso*) est instituée (al. 1), qui se compose d'un président, de deux membres et deux suppléants élus par le *Gran Consiglio* qui doivent répondre aux exigences d'éligibilité prévues à l'art. 17 al. 1 LOG/TI (al. 2) ; pour le surplus, les règles sur le *Consiglio della magistratura* sont applicables par analogie (al. 3). L'art. 86 LOG/TI réglemente la prescription de l'action disciplinaire. L'art. 87 LOG/TI décrit le régime applicable en matière de récusation des membres du *Consiglio della magistratura*. L'art. 88 LOG/TI prévoit que les dispositions de procédure administrative sont applicables par analogie pour les cas non expressément prévus par la *Legge sull'organizzazione giudiziaria*.

(ii) *Brève analyse*

933. — La Constitution du 4 juillet 1830, révisée le 29 octobre 1967, contenait déjà une base relative à l'exercice d'une surveillance disciplinaire sur les magistrats judiciaires. La véritable transformation du système de surveillance des magistrats judiciaires tessinois a toutefois été initiée au niveau légal, par l'instauration du *Consiglio della magistratura* dans le cadre d'une réforme, le 5 octobre 1993, de la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910.

934. — Le *Consiglio della magistratura*, tel que créé en 1993 et entré en activité en 1994, se faisait l'écho du projet de nouvelle Constitution cantonale qui prévoyait alors un conseil de cinq, puis sept membres, composé nécessairement en majorité de magistrats judiciaires. La présence d'une majorité de magistrats judiciaires, désignés par leurs pairs, avait alors été expressément désignée comme étant une garantie du respect du principe de séparation des pouvoirs¹³⁵⁹.

935. — Dans sa version finale adoptée le 14 décembre 1997, la nouvelle Constitution cantonale a toutefois entraîné un important remaniement du statut de l'autorité disciplinaire, dès lors qu'elle impose un conseil dans lequel les

¹³⁵⁹ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Istituzione*, ad art. 79 aLOG/TI.

magistrats judiciaires ne sont plus nécessairement majoritaires. L'art. 79 al. 2 Cst./TI pose en effet l'exigence d'un *Consiglio della magistratura* composé de sept membres dont seuls trois doivent obligatoirement revêtir la fonction de magistrats judiciaires et être désignés par leurs pairs. Les quatre autres membres, dont la Constitution tessinoise ne précise pas la qualité – et qui peuvent donc théoriquement être également des magistrats judiciaires –, sont élus par le *Gran Consiglio*.

936. — La *Legge sull'organizzazione giudiziaria* du 10 mai 2006, qui remplace la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910, concrétise l'art. 79 al. 2 Cst./TI. Elle ne ferme pas la porte à la possibilité d'une majorité de magistrats judiciaires dès lors qu'elle prévoit que les quatre autres membres composant le *Consiglio della magistratura*, désignés par le *Gran Consiglio*, sont choisis parmi les autres magistrats judiciaires en exercice, d'anciens magistrats judiciaires ou d'autres citoyens ayant l'exercice des droits civiques (art. 77 al. 5 i.i. LOG/TI).

937. — La perte de la majorité systématique de magistrats judiciaires au sein du *Consiglio della magistratura* est en partie contrebalancée par le fait que le président et le vice-président dudit *Consiglio* doivent être choisis parmi les magistrats judiciaires élus audit conseil par leurs pairs (art. 77 al. 3 LOG/TI)¹³⁶⁰. Cette règle, qui figurait déjà à l'art. 78a al. 3 aLOG/TI dans sa teneur en vigueur jusqu'en 1998 et qui a été maintenue lors de l'adaptation en 1998 des dispositions de la *Legge organica giudiziaria civile e penale* du 24 novembre 1910 aux principes fixés par la nouvelle Constitution cantonale du 14 décembre 1997, découle d'une volonté de mieux garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire et de donner un signal de confiance en faveur des membres dudit pouvoir¹³⁶¹.

938. — Actuellement, le *Consiglio della magistratura* est formé de trois magistrats judiciaires (deux juges et un procureur), deux avocats(-notaires) et deux citoyens n'ayant pas les qualités précitées (dont un membre du Conseil communal de Lugano) ; les magistrats judiciaires y sont donc minoritaires¹³⁶².

939. — Nous relevons encore que l'art. 76 LOG/TI, qui définit un certain nombre d'incompatibilités avec la fonction de membre et de suppléant du *Consiglio della magistratura*, de même que l'art. 77 al. 5 i.f. LOG/TI, qui limite le nombre de membres et de suppléants du *Consiglio della magistratura* exerçant l'activité d'avocat inscrit au barreau, permettent d'assurer une

¹³⁶⁰ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*, ad art. 78a al. 3 aLOG/TI.

¹³⁶¹ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*, ad art. 78a al. 3 aLOG/TI.

¹³⁶² Informations à jour au 17.02.2016.

indépendance de l'autorité disciplinaire – et des magistrats judiciaires la composant en partie – par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif¹³⁶³, mais aussi par rapport à certains acteurs de la justice¹³⁶⁴.

940. — Nous précisons en outre que le *Consiglio della magistratura* apparaît manifestement être rattaché au pouvoir judiciaire. Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements présentés ci-dessus (cf. en particulier les cantons de Genève et Neuchâtel¹³⁶⁵) concernant le statut de la chambre de recours (*commissione di ricorso*) en tant qu'autorité compétente pour connaître des recours contre les décisions du *Consiglio della magistratura*.

941. — Finalement, nous notons la compétence du président du *Consiglio della magistratura* d'écarter les dénonciations manifestement infondées, prévue à l'art. 83 LOG/TI ; cet élément sera examiné plus avant dans le cadre du chapitre consacré à la procédure disciplinaire¹³⁶⁶.

g. Canton du Valais

(i) Présentation

942. — Le canton du Valais ne prévoit pas, à l'heure actuelle, de conseil de la magistrature¹³⁶⁷. La question de l'instauration d'un tel conseil a fait l'objet de nombreux débats ces dernières années¹³⁶⁸. La réflexion est à un stade avancé : un projet de révision de la Constitution du Canton du Valais a en effet été adopté par le Conseil d'Etat en novembre 2013, qui vise notamment l'institution d'un conseil de la magistrature¹³⁶⁹ ; une procédure de consultation a eu lieu¹³⁷⁰. Par décision du 5 mai 2014, le Grand Conseil a accepté « l'opportunité de réviser

¹³⁶³ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Istituzione*, ad art. 78 al. 2 aLOG/TI.

¹³⁶⁴ CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*, ad art. 78a et 79 al. 1 aLOG/TI.

¹³⁶⁵ Cf. *supra*, resp. N 893 s. et 920.

¹³⁶⁶ Cf. *infra*, N 1228.

¹³⁶⁷ Sur cette notion (générique), cf. é.g. *infra*, N 1000-1009.

¹³⁶⁸ Cf. p. ex. Motion parlementaire n° 2.074 du 09.03.2010 demandant au Grand Conseil l'instauration d'un Conseil de la Magistrature et CONSEIL D'ETAT (VS), Réponse du 20.12.2010 à la motion parlementaire n° 2.074 du 09.03.2010 concernant le conseil de la magistrature ; Interpellation du groupe PDCB du 17.05.2013 intitulée « Un conseil de la magistrature aux calendes grecques ? » (n° 3.0026).

¹³⁶⁹ BO/Vs du 29.11.2013, consultable à l'adresse <http://www.bo-vs.ch/fr/simap/?idIndex=7&idContent=19868> [consulté le 17.02.2016].

¹³⁷⁰ Procédure de consultation ouverte le 01.03.2014 et achevée le 31.10.2014 (cf. [<http://www.vs.ch/Navig/navig.asp?MenuID=6608&Language=fr>] [consulté le 05.08.2015]).

la Constitution cantonale » afin d'y introduire une base constitutionnelle pour l'institution d'un conseil de la magistrature¹³⁷¹. Le 1^{er} juin 2015, la Commission des institutions et de la famille (IF) du Grand Conseil a accepté un projet d'introduction d'un article 65bis nouveau instituant un Conseil de la magistrature dans la Constitution cantonale ; ce projet doit être soumis à l'approbation du Grand Conseil puis à celle du peuple valaisan¹³⁷². Par ailleurs, un projet de loi relative au Conseil de la magistrature est apparemment en cours de préparation¹³⁷³.

943. — Au vu de ce qui précède, une présentation et une analyse détaillées de la réglementation valaisanne actuelle ne feraient guère de sens. On peut tout de même relever que l'art. 32 al. 1 LOJ/VS prévoit que le Tribunal cantonal exerce la surveillance sur les magistrats de l'ordre judiciaire, leurs suppléants, les greffiers et le personnel administratif, et qu'il est compétent pour prononcer des mesures disciplinaires « en première instance et sur recours », conformément au règlement d'organisation des tribunaux valaisans. Le Grand Conseil exerce quant à lui la haute surveillance sur la gestion des autorités judiciaires cantonales (art. 40 al. 1 Cst./VS ; cf. ég. art. 61 Cst./VS ; art. 2 al. 2, 131 LOCRP/VS).

944. — Conformément à l'art. 24 al. 1 let. i ROTV/VS, la commission administrative du Tribunal cantonal remplit la fonction d'autorité disciplinaire au sens de l'art. 32 al. 1 LOJ/VS. Aux termes de l'art. 23 al. 1 ROTV/VS, la commission administrative se compose du président du Tribunal cantonal, du vice-président et d'un juge cantonal. Les autres juges cantonaux sont membres suppléants. L'art. 23 al. 2 ROTV/VS indique par ailleurs que la commission administrative peut s'adjoindre des juges cantonaux ou un représentant des juges de première instance dans les affaires les concernant. L'art. 22 let. g ROTV/VS prévoit que la Cour plénière du Tribunal cantonal se saisit des réclamations dirigées contre les décisions administratives et disciplinaires de la commission administrative. Des éléments de procédure disciplinaire figurent en outre aux art. 45 ss ROTV/VS.

¹³⁷¹ Cf. https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2015/08/2015.09_Modification%20CC%2065bis%20-%20Conseil%20de%20la%20magistrature_LOI_COM.pdf [consulté le 17.02.2016].

¹³⁷² Cf. https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2015/08/2015.09_Modification%20CC%2065bis%20-%20Conseil%20de%20la%20magistrature_RAPP_COM.pdf [consulté le 17.02.2016].

¹³⁷³ Informations à jour au 17.02.2016.

(ii) *Brève analyse*

945. — Nous nous limiterons ici à indiquer que le double rôle de surveillance disciplinaire et de contrôle juridictionnel, tel que celui exercé par le Tribunal cantonal, devrait manifestement être évité. Le fait que la compétence disciplinaire soit attribuée à une commission administrative dudit tribunal cantonal ne modifie pas l'appréciation donnée ci-avant¹³⁷⁴.

946. — De même, la réunion au sein du Tribunal cantonal des compétences disciplinaires de première instance et sur recours (art. 32 al. 1 LOJ/VS ; art. 22 let. g ROTV/VS) apparaît problématique. Le fait que le Tribunal cantonal siège par sa commission administrative dans le premier cas, et en Cour plénière dans le second, ne remet pas en cause cette appréciation.

947. — Le fait notamment que la commission administrative du Tribunal cantonal puisse s'adjoindre un représentant des juges de première instance dans les affaires concernant un juge inférieur (art. 23 al. 2 ROTV/VS) peut être interprété comme un garant de l'indépendance de la justice, mais aussi comme traduisant une forme – non évoluée – de discipline interne au corps et non d'un droit disciplinaire¹³⁷⁵.

h. Canton de Vaud

(i) *Présentation*

948. — Le canton de Vaud, bien que n'ayant pas institué de conseil de la magistrature¹³⁷⁶, prévoit un régime de surveillance disciplinaire des magistrats du siège. Aux termes de l'art. 133 al. 2 let. a Cst./VD, le Tribunal cantonal, en qualité d'autorité administrative, dirige et surveille l'ordre judiciaire (cf. ég. art. 8 al. 1 LOJV/VD ; art. 1 al. 2 ROTC/VD). Le rôle de direction et de surveillance de l'ordre judiciaire est exercé par le Tribunal cantonal conjointement au rôle d'autorité juridictionnelle – en instance cantonale unique ou sur recours – qui lui est attribué par l'art. 133 al. 1 Cst./VD¹³⁷⁷.

949. — La Cour administrative du Tribunal cantonal, qui est composée du président, du vice-président, d'un membre et d'un suppléant du Tribunal

¹³⁷⁴ Cf. pour le surplus les remarques émises ci-dessous concernant la situation prévalant dans le canton de Vaud (N 958 s.).

¹³⁷⁵ Cf. *supra*, N 710-716.

¹³⁷⁶ Sur cette notion (générique), cf. ég. *infra*, N 1000-1009.

¹³⁷⁷ Cf. ég. art. 130 Cst./VD : « [l]e Tribunal cantonal est l'autorité judiciaire supérieure du canton ».

cantonal, assume la direction générale de l'ordre judiciaire (art. 11 RAOJ/VD). Elle peut soumettre un cas particulier à l'autorité de surveillance (art. 25 al. 2 RAOJ/VD). Le Règlement organique du Tribunal cantonal prévoit que toute cour ou section du Tribunal cantonal qui, à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise, constate un manquement d'un magistrat ou collaborateur judiciaire, adresse une observation à l'intéressé, après avoir recueilli, le cas échéant, les renseignements nécessaires. Une copie de la lettre d'observation est remise, respectivement, à la Cour administrative ou au secrétaire général (art. 49 al. 1 ROTC/VD). S'il lui paraît qu'une procédure disciplinaire se justifie, la cour ou section en informe la Cour administrative, laquelle se saisit du cas, respectivement le transmet à l'autorité de surveillance ou au secrétaire général (art. 49 al. 2 ROTC/VD). L'art. 50 al. 1 ROTC/VD prévoit par ailleurs que toute réclamation contre une autorité, un magistrat ou un collaborateur judiciaire est transmise à la Cour administrative.

950. — Les art. 31 ss LOJV/VD règlent la surveillance disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire (dont ne font pas partie les magistrats du ministère public, cf. art. 2 *a contrario*, 6 LOJV/VD ; art. 4 al. 1 LMPu/VD¹³⁷⁸). Le Tribunal cantonal exerce la surveillance disciplinaire sur les magistrats du siège des autres autorités judiciaires du canton (c'est-à-dire des autres autorités judiciaires que le Tribunal cantonal), par l'intermédiaire d'une autorité de surveillance (art. 8 al. 2 phr. 1, 31 al. 1, 31b al. 1 LOJV/VD ; art. 9 al. 1 RAOJ/VD). L'autorité de surveillance est composée de trois juges du Tribunal cantonal (art. 31a LOJV/VD). L'autorité de recours contre les décisions du Tribunal cantonal agissant en tant qu'autorité de surveillance est le Tribunal neutre (art. 31c al. 1, 45 al. 1 LOJV/VD).

951. — Le Tribunal neutre exerce la surveillance disciplinaire sur les magistrats du siège du Tribunal cantonal (art. 31c al. 2 phr. 1 LOJV/VD). Les décisions rendues par le Tribunal neutre à l'encontre des magistrats du siège du Tribunal cantonal ne peuvent pas faire l'objet d'un recours au niveau cantonal (art. 31c al. 2 phr. 2, art. 42 LOJV/VD).

952. — Le Tribunal neutre est une autorité judiciaire au sens de l'art. 2 al. 1 ch. 1 let. b LOJV/VD. Contrairement au Tribunal cantonal (cf. art. 133 al. 2 let. a Cst./VD, compétences notamment en matière de surveillance de l'ordre judiciaire), le Tribunal neutre n'a pas d'assise constitutionnelle. Ses bases doivent être trouvées dans la Loi d'organisation judiciaire (cf. art. 31c, 86 LOJV/VD)¹³⁷⁹.

¹³⁷⁸ Cf. toutefois l'art. 19 LMPu/VD, qui prévoit l'application par analogie des art. 31 à 45 LOJV/VD concernant le droit disciplinaire des magistrats du Ministère public.

¹³⁷⁹ Pour le surplus, cf. DUBEY.

953. — Le Tribunal neutre siège à cinq juges et s'organise librement (art. 86 al. 4 LOJV/VD ; cf. ég. le Règlement organique du Tribunal neutre, ROTN/VD) ; il est constitué par le Grand Conseil, qui nomme au début de chaque législature pour la durée de celle-ci cinq membres et deux suppléants (art. 86 al. 1 LOJV/VD). Hormis la restriction contenue à l'art. 86 al. 2 LOJV/VD, qui précise que les juges, juges suppléants, assesseurs et greffiers du Tribunal cantonal ne peuvent pas siéger au Tribunal neutre, il n'existe pas de conditions spécifiques relatives à l'éligibilité des membres dudit tribunal. L'art. 86 al. 3 LOJV/VD indique en outre que les juges du Tribunal neutre ne sont pas tenus d'avoir leur domicile dans le canton, et qu'ils peuvent siéger jusqu'à 75 ans révolus.

954. — L'art. 32 LOJV/VD définit les sanctions disciplinaires. Les art. 33 ss LOJV/VD règlent la procédure. Le Bureau du Grand Conseil est compétent pour ordonner, d'office ou sur dénonciation, l'ouverture d'une enquête (administrative) à l'égard d'un juge, d'un juge suppléant du Tribunal cantonal, ou d'un assesseur de la Cour de droit administratif et public ou de la Cour des assurances sociales (art. 37 al. 1 let. a LOJV/VD) ; l'autorité de surveillance est compétente à l'égard des autres magistrats du siège (art. 37 al. 1 let. b LOJV/VD). La compétence de prononcer une suspension à titre préventif suit le système prévu à l'art. 37 al. 1 LOJV/VD (cf. art. 38 al. 1 LOJV/VD) ; il en va de même de la compétence de désigner la personne chargée de mener l'instruction (cf. art. 39 LOJV/VD). A relever que le Bureau du Grand Conseil, à réception du rapport d'enquête, peut choisir de transmettre le dossier au Tribunal neutre ou de mettre fin à la procédure (art. 41 al. 3 LOJV/VD).

955. — Le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur la gestion – et non sur l'activité – du Tribunal cantonal (art. 107 al. 1, 135 al. 1 Cst./VD ; cf. ég. art. 10 LOJV/VD ; art. 2 al. 1 LHSTC/VD)¹³⁸⁰. L'art. 2 al. 2 LHSTC/VD précise à ce titre que la haute surveillance du Grand Conseil sur le Tribunal cantonal comprend également le pouvoir d'investigation en cas de déni de justice récurrent d'une autorité judiciaire. La haute surveillance du Grand Conseil sur la gestion du Tribunal cantonal peut ainsi également porter sur la surveillance exercée par le Tribunal cantonal sur l'ordre judiciaire¹³⁸¹. L'activité juridictionnelle des autorités judiciaires est toutefois expressément réservée (art. 107 al. 1 phr. 2, 135 al. 1 *i.i.* Cst./VD ; art. 2 al. 3 LHSTC/VD).

956. — La haute surveillance sur la gestion du Tribunal cantonal est exercée par l'intermédiaire d'une commission du Grand Conseil (art. 3 al. 1 LHSTC/VD) ; il s'agit de la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal

¹³⁸⁰ Cf. TANQUEREL, Avis de droit, N 37, 39, 42.

¹³⁸¹ Cf. ég. TANQUEREL, Avis de droit, N 55.

(CHSTC/VD), qui est composée de sept membres (art. 58a LGC/VD). Aux termes de l'art. 10 al. 1 let. c LHSTC/VD, la Commission de haute surveillance a notamment pour tâche « *d'investiguer sur des circonstances exceptionnelles (dénis de justice récurrents notamment)* ». L'art. 14 LHSTC/VD prévoit à ce titre qu'en présence de « *circonstances exceptionnelles, notamment de dénis de justice récurrents et avérés* », la Commission de haute surveillance peut, après en avoir informé le Bureau du Grand Conseil, agir conformément aux art. 15 LHSTC/VD (interpellation du Tribunal cantonal ; au besoin, enquête auprès de l'autorité judiciaire concernée afin de déterminer les raisons des dysfonctionnements constatés) et 16 LHSTC/VD (rapport de la Commission de haute surveillance au Grand Conseil contenant des propositions d'amélioration du fonctionnement de l'autorité concernée ; vote du Grand Conseil sur les propositions de la Commission de haute surveillance et le cas échéant transmission par le Grand Conseil de recommandations au Tribunal cantonal).

(ii) *Brève analyse*

957. — Lors de la révision de la Constitution du canton de Vaud en 2003, il a expressément été renoncé à instaurer un conseil de la magistrature. On peut se référer à ce titre aux travaux préparatoires : « [l]a *Constituante a renoncé à un Conseil de la magistrature en raison de la particularité du système vaudois, qui voit l'Ordre judiciaire s'administrer lui-même. En effet, le [Tribunal cantonal] est responsable de la nomination et de la gestion de tous les collaborateurs de première instance ainsi que de l'administration de l'Ordre judiciaire, situation très originale en Suisse. Cette solution fonctionnant à satisfaction, la Constituante a décidé de confier la haute surveillance au Grand Conseil. Un Conseil de la magistrature uniquement pour les juges cantonaux ferait en effet moins de sens qu'ailleurs* »¹³⁸². Cette position a été, depuis, plusieurs fois remise en question¹³⁸³.

958. — Le Tribunal cantonal a le double rôle (1) d'autorité juridictionnelle compétente notamment en seconde instance dans les causes dont il n'a pas à

¹³⁸² CANTON DE VAUD, Rapport de la commission chargée d'examiner différents objets (exposé des motifs et projet de loi sur la haute surveillance du Tribunal cantonal ; projets de lois modifiant la loi sur le Grand Conseil et modifiant la loi d'organisation judiciaire ; rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la motion Anne Baehler Bech demandant une loi d'application de l'art. 135 Cst./VD), janvier 2010, RC-330, p. 2.

¹³⁸³ Cf. p. ex. Postulat Mattenberger (13_POS_025) déposé le 26.03.2013 et intitulé « *Postulat sur la nécessaire cohérence législative des autorités désignées par la loi pour statuer sur les sanctions disciplinaires infligées aux magistrats* ».

connaître en instance unique ou que la loi ne confie pas expressément à une autre autorité (cf. art. 133 al. 1 Cst./VD) et (2) d'autorité « administrative » compétente notamment en matière de direction et surveillance de l'ordre judiciaire (cf. art. 133 al. 2 Cst./VD). Cette construction apparaît problématique sous l'angle disciplinaire. En effet, le Tribunal cantonal intervient le cas échéant, en vertu d'une même position de supériorité hiérarchique, à la fois en tant qu'autorité de surveillance disciplinaire et en tant qu'instance de contrôle de l'activité juridictionnelle des autorités qui lui sont subordonnées¹³⁸⁴. Or, comme indiqué ci-dessus¹³⁸⁵, les principes d'indépendance individuelle et institutionnelle des magistrats du siège commanderaient de ne pas faire reposer la surveillance disciplinaire sur le modèle hiérarchique des instances judiciaires mais de réserver cette forme de structure au contrôle juridictionnel. A titre de comparaison, les cantons de Fribourg et de Neuchâtel, notamment, ont renoncé à charger cumulativement l'instance supérieure du contrôle juridictionnel et de la surveillance disciplinaire¹³⁸⁶.

959. — A rigueur du texte de l'art. 133 Cst./VD, le Tribunal cantonal intervient en qualité d'autorité administrative – et non en qualité d'autorité judiciaire – lorsqu'il revêt la fonction d'autorité disciplinaire (cf. ég. art. 31 al. 1 phr. 1 *i.f.* LOJV/VD : le Tribunal cantonal exerce la surveillance [...] « *par l'intermédiaire d'une autorité de surveillance* »). Sur cette base déjà, on peut retenir que le Tribunal cantonal ne revêt probablement pas la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH lorsqu'il intervient à titre d'autorité disciplinaire compétente concernant les magistrats du siège n'appartenant pas au Tribunal cantonal¹³⁸⁷.

960. — Le Tribunal neutre, qui est compétent pour connaître des recours contre les décisions du Tribunal cantonal agissant en tant qu'autorité de surveillance (art. 31c al. 1, 45 al. 1 LOJV/VD), fait quant à lui partie des autorités judiciaires cantonales (cf. art. 2 al. 1 ch. 1 let. b LOJV/VD). Se pose dès lors la question de savoir si le Tribunal neutre revêt la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹³⁸⁸. A notre sens, la réponse dépendra largement de la composition précise du Tribunal neutre et de la procédure (effectivement) appliquée par celui-ci. Nous formulons ci-dessous quelques remarques à ce sujet.

961. — Concernant la composition du Tribunal neutre, nous constatons que les conditions d'éligibilité au sein du Tribunal neutre sont relativement larges. En

¹³⁸⁴ Cf. ég. MARTY, Rapport, p. 13 s., 20.

¹³⁸⁵ Cf. N 781-785.

¹³⁸⁶ Cf. Message LJ/FR, p. 32 ; COMMISSION LEGISLATIVE (NE), Rapport, *passim*.

¹³⁸⁷ Sur la notion d'autorité judiciaire, cf. *supra*, N 728-746.

¹³⁸⁸ Sur la notion d'autorité judiciaire, cf. *supra*, N 728-746.

particulier, aucune règle spécifique n'est prévue concernant la proportion de magistrats du siège au sein du Tribunal neutre. Il conviendra(it) ainsi d'examiner, dans chaque cas d'espèce, la composition précise du Tribunal neutre. A titre indicatif, nous indiquons à ce titre que le Tribunal neutre – qui siège à cinq juges (cf. art. 86 al. 4 LOJV/VD et 4 al. 1 ROTN/VD) est actuellement composé d'un greffier au Tribunal fédéral et de quatre avocats inscrits au Barreau du canton de Vaud¹³⁸⁹.

962. — Pour seule restriction, l'art. 86 al. 2 LOJV/VD pose que les juges, les juges suppléants, les assesseurs et les greffiers du Tribunal cantonal ne peuvent pas être élus au sein du Tribunal neutre. Cette restriction s'explique manifestement par le fait que le Tribunal neutre, en qualité d'autorité disciplinaire des juges cantonaux, est appelé à statuer sur des questions liées au comportement des juges du Tribunal cantonal ; elle permet en outre de mieux délimiter la position du Tribunal neutre en tant qu'autorité de recours contre les décisions rendues par le Tribunal cantonal agissant en tant qu'autorité de surveillance.

963. — Pour le surplus, nous notons que l'art. 86 al. 3 LOJV/VD renonce expressément, concernant les juges du Tribunal neutre, à l'exigence d'un domicile dans le canton. Cette disposition offre des possibilités intéressantes, qui seront discutées à l'occasion du titre consacré aux solutions envisageables (en Suisse) concernant notamment la composition et la nomination des autorités disciplinaires¹³⁹⁰.

964. — Concernant la procédure appliquée par le Tribunal neutre, nous relevons à titre général que le Règlement organique du Tribunal neutre (ROTN/VD) ne donne pas d'indication sur la procédure applicable en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège. En effet, l'art. 6 al. 2 ROTN/VD indique uniquement que lorsqu'il est appelé à statuer en lieu et place d'un tribunal récusé – ce qui se rapporte à une compétence du Tribunal neutre distincte de la compétence disciplinaire –, le Tribunal neutre se conforme aux règles de procédure que ce dernier aurait appliquées (cf. é.g. art. 4 al. 2 ROTN/VD, qui dispose que la procédure est écrite). Il conviendra(it) ainsi d'examiner, dans des cas concrets, la procédure effectivement appliquée par le Tribunal neutre.

965. — Nous remarquons par ailleurs, d'un point de vue plus spécifique, que l'art. 6 al. 1 ROTN/VD prévoit que le Tribunal neutre siège à huis clos. Cette disposition n'apparaît pas conforme aux exigences découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH en matière de publicité des débats¹³⁹¹. Au vu de cet élément, on peut

¹³⁸⁹ Cf. [<http://www.vd.ch/autorites/tribunal-neutre/composition/>] [consulté le 18.02.2016].

¹³⁹⁰ Cf. *infra*, N 1016-1088 et 1089-1121.

¹³⁹¹ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1303-1310.

douter de la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH du Tribunal neutre.

966. — Venons-en maintenant à la position et au rôle du Bureau du Grand Conseil. Comme on l'a vu, le Bureau du Grand Conseil est compétent pour ordonner l'ouverture d'une enquête disciplinaire à l'encontre d'un juge cantonal (art. 37 al. 1 let. a LOJV/VD), pour désigner la personne chargée de mener l'instruction (art. 39 LOJV/VD) et pour suspendre à titre conservatoire le magistrat du siège concerné (art. 38 al. 1 LOJV/VD). Ces compétences nous paraissent clairement incompatibles avec le principe de l'indépendance de la justice¹³⁹². En particulier, il paraît particulièrement choquant que la décision de suspension conservatoire appartienne à une autorité à caractère éminemment politique. Qui plus est, la décision de suspension à titre conservatoire n'est pas susceptible de recours (cf. art. 38 al. 2 et 4 LOJV/VD : un recours au Tribunal neutre est prévu mais uniquement concernant la suppression totale ou partielle du salaire pouvant être prononcé avec la suspension à titre conservatoire).

967. — Le fait que le Bureau du Grand Conseil, à réception du rapport d'enquête, puisse, de sa seule initiative, choisir de transmettre le dossier au Tribunal neutre ou de mettre fin à la procédure (art. 41 al. 3 LOJV/VD) entre également en conflit avec le principe de l'indépendance de la justice.

968. — Au vu de l'importance des compétences réservées par la Loi d'organisation judiciaire au Bureau du Grand Conseil, il est permis de douter de la pleine effectivité des pouvoirs – et partant de l'indépendance – du Tribunal neutre. A notre sens, l'influence – ou l'ingérence – du pouvoir législatif sur une part importante de l'activité de surveillance des magistrats du siège cantonaux revient à admettre une forme de contrôle sur les magistrats du siège eux-mêmes. Une telle (possibilité d')ingérence du pouvoir législatif dans la surveillance disciplinaire des magistrats du siège n'est selon nous pas admissible.

969. — Reste à discuter – brièvement – de la portée de l'art. 2 al. 2 LHSTC/VD, qui prévoit que la haute surveillance du Grand Conseil sur le Tribunal cantonal comprend un pouvoir d'investigation en cas de déni de justice récurrent d'une autorité judiciaire, ainsi que de l'art. 10 al. 1 let. c LHSTC/VD, qui indique que la Commission de haute surveillance a notamment pour tâche « *d'investiguer sur des circonstances exceptionnelles (dénis de justice récurrents notamment)* » (cf. ég. art. 14 à 16 LHSTC).

970. — Cette dernière question a fait l'objet de débats nourris au sein de l'instance parlementaire cantonale et a suscité une crise institutionnelle suite à

¹³⁹² En ce sens ég. : TANQUEREL, Avis de droit, N 70 ; MARTY, Rapport, p. 10.

l'affaire « Claude D. » survenue en mai 2013¹³⁹³. Le Prof. THIERRY TANQUEREL a été mandaté par le Bureau du Grand Conseil vaudois le 11 février 2014 afin d'émettre un avis de droit relatif à la portée en particulier de la notion de « circonstances exceptionnelles » prévue aux art. 10 et 14 LHSTC et de l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à l'art. 135 Cst./VD¹³⁹⁴. Le prénommé a rendu son « Avis de droit relatif aux compétences de la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal vaudois et en particulier à la portée à donner à l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à [l'art. 135 Cst./VD] » le 9 mai 2014. Dans un communiqué du 20 mai 2014, la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal a pris acte de cet avis de droit, tout en formulant certaines observations sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre¹³⁹⁵.

971. — Dans son avis de droit, le Prof. TANQUEREL est notamment parvenu à la conclusion que la procédure d'investigation visée par les art. 2 al. 2 et 10 al. 1 let. c LHSTC/VD et définie par les art. 14 à 16 LHSTC/VD se rapporte à la gestion du Tribunal cantonal – lequel surveille lui-même les autres autorités judiciaires¹³⁹⁶. Seules sont par ailleurs visées des situations dans lesquelles le fonctionnement des tribunaux est susceptible d'être mis en cause. L'activité juridictionnelle des autorités judiciaires ne peut faire l'objet d'un contrôle sous l'angle de la haute surveillance parlementaire, ces dernières ne devant pas subir de pressions extérieures¹³⁹⁷. Nous souscrivons sans réserve à ces positions ; nous ajoutons pour le surplus que cette procédure ne saurait être confondue avec la surveillance disciplinaire des magistrats du siège, qui devrait être réservée aux seules autorités disciplinaires prévues par la loi.

972. — Plus récemment, le Conseil d'Etat a mandaté le Dr DICK MARTY – qui est notamment ancien procureur général du canton du Tessin et ancien parlementaire fédéral – en relation avec la question de la (haute) surveillance des autorités judiciaires. Ce mandat, en lien également avec l'affaire dite

¹³⁹³ Cf. Rapport spécifique de la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal du 13.11.2013 concernant le suivi de l'affaire Claude D. (GC 084) ; décision du Grand Conseil après rapport de commission, BGC/VD, séance du 26.11.2013. Cf. ég. Déterminations du Tribunal cantonal du 15.11.2013 adressées au Grand Conseil relatives au rapport spécifique de la Commission de haute surveillance concernant le suivi de l'affaire Claude D.

¹³⁹⁴ Bureau du Grand Conseil vaudois, mandat donné au Prof. Thierry Tanquerel le 11.02.2014 relatif à la portée à donner à l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à l'art. 135 Cst./VD.

¹³⁹⁵ Communiqué du 20 mai 2014 consultable à l'adresse [<http://www.bicweb.vd.ch/communiqu.asp?pObjectID=472151>] [consulté le 24.07.2015].

¹³⁹⁶ TANQUEREL, Avis de droit, N 75 ss.

¹³⁹⁷ TANQUEREL, Avis de droit, N 71 ss.

« Claude D. »¹³⁹⁸, visait notamment à permettre au Conseil d'Etat de donner suite à trois interventions parlementaires de 2012 portant sur la création d'un Conseil supérieur de la magistrature, sur l'extension de la haute surveillance au Ministère public et sur l'élection des juges¹³⁹⁹. Dans son rapport du 14 novembre 2014, le Dr MARTY a notamment présenté différents correctifs possibles au vu des standards reconnus en matière d'indépendance de la justice. L'expert a en particulier indiqué que la possibilité d'instituer un conseil de la magistrature mériterait d'être étudiée de manière sérieuse, et formulé des propositions et commentaires concernant la composition et les compétences d'un tel conseil¹⁴⁰⁰. Suite à ce rapport, le Conseil d'Etat a ouvert une procédure de consultation qui s'est terminée le 31 mars 2015 ; il devrait se déterminer prochainement sur les conclusions de ce rapport et probablement sur la suite éventuelle à (y) donner, en particulier sur la possibilité de réformer le système de (haute) surveillance de la justice vaudoise, ce qui pourrait éventuellement comprendre l'instauration d'un conseil de la magistrature¹⁴⁰¹.

i. Canton de Zurich

(i) Présentation

973. — Le canton de Zurich n'a pas institué de conseil de la magistrature. Des règles éparses existent toutefois, qui montrent notamment l'existence d'un régime de surveillance disciplinaire des magistrats du siège.

974. — L'art. 73 al. 2 phr. 1 Cst./ZH consacre la garantie générale de l'indépendance de la justice (« [d]ie Gerichte sind in ihrer Rechtsprechung von den anderen Staatsgewalten unabhängig » ; cf. ég. art. 34a al. 2 et 3 KRG/ZH)¹⁴⁰². D'une manière générale, les tribunaux se chargent eux-mêmes de leur gestion ; celle-ci intervient toutefois – concernant les tribunaux inférieurs – sous la direction des « tribunaux supérieurs du canton » (cf. art. 73 al. 3 phr. 1 Cst./ZH). Les « tribunaux supérieurs du canton » (« oberste

¹³⁹⁸ Cf. *supra*, N 970 s.

¹³⁹⁹ Communiqué du 02.06.2014 consultable à l'adresse [<http://www.bicweb.vd.ch/communiqu.asp?pObjectID=474653>] [consulté le 24.07.2015].

¹⁴⁰⁰ Cf. MARTY, Rapport, *passim*.

¹⁴⁰¹ Communiqué du 04.02.2015 consultable à l'adresse [<http://www.bicweb.vd.ch/communiqu.asp?pObjectID=507394>] [consulté le 12.08.2015]. Informations à jour au 17.02.2016.

¹⁴⁰² Cf. ég. art. 68 GOG/ZH concernant les instances supérieures cantonales et art. 3 BezVG/ZH concernant les *Bezirksbehörden*.

kantonale Gerichte») sont le *Obergericht*, le *Verwaltungsgericht* et le *Sozialversicherungsgericht* (art. 74 al. 2 Cst./ZH).

975. — La Constitution et les lois cantonales zurichoises prévoient un système de (haute) surveillance en cascade. Le *Kantonsrat* est chargé de la haute surveillance des tribunaux cantonaux supérieurs (art. 57 al. 1 Cst./ZH ; cf. ég. art. 79 al. 1 GOG/ZH) ; cette haute surveillance est distincte de la surveillance (disciplinaire) (cf. art. 34g al. 4 KRG/ZH ; cf. pour le surplus art. 34a à 34n KRG/ZH). Le *Obergericht* exerce la surveillance de ses propres chambres (y compris le *Handelsgericht*) ainsi que de différentes autorités – civiles et pénales – inférieures (cf. art. 80 al. 1 GOG/ZH). Les *Bezirksgerichte*, qui figurent parmi les autorités inférieures au sens précité, surveillent quant à eux d'autres instances – civiles et pénales – de niveau (plus) inférieur (cf. art. 81 al. 1 GOG/ZH).

976. — Les art. 82 ss GOG/ZH définissent par ailleurs – en matières civile et pénale – un système de plainte(s) en matière de surveillance (« *Aufsichtsbeschwerde* ») des membres des tribunaux, des autorités de conciliation et des « autorités affiliées » en cas de violation des devoirs de fonction (cf. le terme « *Amtspflichtverletzung* » apparaissant à l'art. 83 al. 1 GOG/ZH consacré au délai de plainte). L'art. 82 al. 1 GOG/ZH prévoit qu'en cas de violation par les membres des autorités précitées de leurs devoirs de fonction, l'autorité de surveillance directe(ment compétente) peut être saisie (« *[v]erletzen Mitglieder von Gerichts- und Schlichtungsbehörden sowie von angegliederten Kommissionen Amtspflichten, kann bei der unmittelbaren Aufsichtsbehörde Aufsichtsbeschwerde erhoben werden* »).

977. — L'art. 83 GOG/ZH règle la procédure. Notamment, l'art. 83 al. 3 phr. 1 GOG/ZH pose que l'autorité de surveillance instruit la cause d'office (cf. maxime inquisitoire)¹⁴⁰³. L'art. 83 al. 3 phr. 2 GOG/ZH indique que les dispositions du Code de procédure civile (CPC), en particulier concernant la procédure d'administration des preuves, sont applicables *mutatis mutandis* (« *[d]ie Vorschriften der Zivilprozessordnung, insbesondere über das Beweisverfahren, sind sinngemäss anwendbar* »). L'art. 84 phr. 1 GOG/ZH prévoit que les décisions rendues sur recours par les *Bezirksgerichte* (uniquement) peuvent être attaquées auprès de l'*Obergericht* dans un délai de 10 jours (« *[g]egen Beschwerdeentscheide der Bezirksgerichte kann innert zehn Tagen [...] Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht erhoben werden* » ; l'art. 84 phr. 2 GOG/ZH précise que les dispositions des art. 319 ss CPC (recours au

¹⁴⁰³ Cf. ég. *infra*, Chap. 7, N 1275-1276.

sens strict, par opposition à l'appel au sens des art. 308 ss CPC) sont applicables *mutatis mutandis*.

978. — En marge – ou en complément¹⁴⁰⁴ – de ce système de (haute) surveillance, la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 (!)¹⁴⁰⁵ réglemente notamment la sanction, par le biais de peines disciplinaires (« *Ordnungsstrafen* »), des fautes disciplinaires commises par les membres des tribunaux zurichois (cf. art. 1 al. 1 de ladite loi).

979. — L'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866, précitée, prévoit une liste exemplative des fautes disciplinaires (« *Disziplinarfehler* ») susceptibles d'être opposées – notamment – aux membres des tribunaux¹⁴⁰⁶. L'art. 3 pose les règles en matière de prescription de l'action disciplinaire ; les art. 4 et 4a définissent respectivement l'échelle des peines disciplinaires (« *Ordnungsstrafen* ») et les principes applicables à la fixation de l'une d'entre elles (amende)¹⁴⁰⁷.

(ii) Brève analyse

980. — Les tribunaux zurichois font l'objet d'une (haute) surveillance selon un système en cascade *a priori* relativement standard si l'on considère les solutions généralement rencontrées en Suisse, en particulier dans les cantons germanophones. La surveillance des (membres des) tribunaux suit, pour ce qui concerne les instances inférieures aux tribunaux supérieurs du canton¹⁴⁰⁸, la succession des instances telle qu'elle est prévue (en matières civile et pénale) dans l'organisation judiciaire zurichoise. En effet, les membres des instances – civiles et pénales – de niveau inférieur aux *Bezirksgerichte* sont soumis à la surveillance des *Bezirksgerichte* ; les membres des *Bezirksgerichte* sont soumis

¹⁴⁰⁴ Cf. *infra*, N 987.

¹⁴⁰⁵ RS/ZH 312. La *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 a not. été modifiée suite à l'adoption du Code de procédure civile (CPC) et du Code de procédure pénale suisse (CPP), tous deux entrés en vigueur le 01.01.2011, ce qui montre son actualité (cf. *Gesetz über die Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes* du 10.05.2010 [OS/ZH, Band 65, *Ordnungsnummer* 131.1, p. 520 ss, p. 577 ; ABl/ZH 2009 p. 1489], entrée en vigueur le 01.01.2011 ég.).

¹⁴⁰⁶ Cf. *supra*, N 379 concernant l'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH).

¹⁴⁰⁷ Cf. *supra*, n. 992 concernant l'art. 4a de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH).

¹⁴⁰⁸ Cf. *supra*, N 974.

à la surveillance de l'*Obergericht*. L'*Obergericht* se surveille lui-même, sous réserve de la haute surveillance qui s'opère par le Parlement (*Kantonsrat*).

981. — Comme son nom l'indique, la *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* du 10 mai 2010 (GOG/ZH) se limite à définir l'organisation judiciaire en matières civile et pénale. Il faut se référer, en matière administrative, à la *Verordnung über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts*, adoptée par le *Verwaltungsgericht* le 14 septembre 1961¹⁴⁰⁹, qui régleme l'organisation et la marche du *Verwaltungsgericht*, lequel fait partie des tribunaux supérieurs du canton¹⁴¹⁰. Cette ordonnance ne contient toutefois pas, à proprement parler, de règles en matière de surveillance des membres du *Verwaltungsgericht*.

982. — La procédure de plainte(s) en matière de surveillance, instituée par les art. 82 ss GOG/ZH, peut manifestement concerner des cas relevant de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège. Cette procédure semble se calquer sur les règles de compétence en matière de surveillance définies aux art. 80 s. GOG/ZH. En effet, l'art. 82 al. 1 GOG/ZH paraît faire (implicitement) référence, concernant la détermination des autorités compétentes pour connaître des plaintes en matière de surveillance au sens des art. 82 à 85 GOG/ZH (ces dispositions figurent sous le titre « *Aufsichtsbeschwerde* »), aux autorités de surveillance définies aux art. 79 à 81 GOG/ZH (ces dispositions sont réunies sous le titre « *Zuständige Aufsichtsbehörden* »).

983. — L'art. 82 al. 1 GOG/ZH érige, en tant que motifs de plainte en matière de surveillance, les cas de violation – par les membres des tribunaux, des autorités de conciliation et des « autorités affiliées »¹⁴¹¹ – de leurs devoirs de fonction (« *Amtspflichtverletzung* »). La *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* du 10 mai 2010 (GOG/ZH) ne prévoit toutefois pas de définition des comportements susceptibles d'être considérés comme constituant une telle violation. Il faut probablement se tourner vers la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 (ZH)¹⁴¹², qui définit – de manière large et non exhaustive – la notion (identique) de violation des devoirs de fonction (« *Amtspflichtverletzung* »)¹⁴¹³.

984. — Cela étant, il convient de relever que la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 n'est apparemment pas applicable à tous

¹⁴⁰⁹ RS/ZH 175.21.

¹⁴¹⁰ Cf. *supra*, N 974.

¹⁴¹¹ Cf. *supra*, N 976.

¹⁴¹² Cf. *supra*, N 978.

¹⁴¹³ Cf. *supra*, N 379 concernant l'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH).

les magistrats du siège zurichois¹⁴¹⁴. En effet, sont exclues du champ d'application de cette loi les personnes soumises à la *Personalgesetz* du 27 septembre 1998 (PG/ZH) (cf. art. 1 al. 2 phr. 1 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866). Les membres des tribunaux supérieurs du canton¹⁴¹⁵, en tant qu'ils ne sont pas soumis à la *Personalgesetz* (PG/ZH ; cf. art. 1 al. 3 PG/ZH), sont donc soumis à la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866. A l'inverse, les (magistrats du siège) membres des instances inférieures – notamment les magistrats du siège des *Bezirksgerichte* –, en tant qu'ils sont soumis à la *Personalgesetz* (PG/ZH)¹⁴¹⁶, ne sont donc apparemment pas soumis à la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866.

985. — L'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866, même s'il ne s'applique apparemment pas concernant certains magistrats du siège zurichois, pourrait servir d'aide à l'interprétation de l'art. 82 al. 1 GOG/ZH, précité. Il en va de même des art. 49 à 55 PG/ZH, qui définissent les devoirs de fonction (« *Amtspflichten* ») relatifs aux fonctionnaires cantonaux. A notre sens, il convien(drai)t toutefois de rester attentif au fait qu'une telle construction par analogie se heurte(rail) au principe de la légalité des infractions (disciplinaires)¹⁴¹⁷.

986. — Nous relevons en outre que la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 ne définit notamment pas les autorités compétentes pour connaître des procédures disciplinaires envisagées par cette loi. Une exception figure toutefois à l'art. 4 al. 2 de ladite loi, qui réserve la compétence de prononcer une suspension disciplinaire¹⁴¹⁸ (i) aux autorités de surveillance (« *Aufsichtsbehörde* ») concernant les agents publics soumis à la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 qui sont élus par le

¹⁴¹⁴ Nous rappelons pour le surplus que la *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* du 10 mai 2010 (GOG/ZH) est applicable en matières civile et pénale uniquement (cf. *supra*, N 981).

¹⁴¹⁵ Cf. *supra*, N 974.

¹⁴¹⁶ Cela paraît à tout le moins être le cas des (magistrats du siège) membres des *Bezirksgerichte* (cf. art. 1 al. 2 let. b de la *Personalverordnung*/ZH du 16.12.1998, RS/ZH 177.11).

¹⁴¹⁷ A noter par ailleurs que l'art. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866, de même que les art. 49 à 55 PG/ZH, considérés en tant que tels, ne seraient probablement pas pleinement conformes au principe de la légalité des infractions. Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés *supra*, Chap. 4, N 270-335 et 336-372.

¹⁴¹⁸ Cf. ég. *supra*, Chap. 5, N 535-544.

peuple¹⁴¹⁹ et (ii) aux autorités de nomination (« *Wahlbehörde* ») concernant les autres agents publics soumis à la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866.

987. — La *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30 octobre 1866 doit probablement être lue en parallèle avec les règles de la *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* du 10 mai 2010 (GOG/ZH). On comprend en effet, à la lecture de l'art. 1 al. 1 de la première loi précitée (« *Verwaltungsstellen und Gerichte sind berechtigt, Disziplinarfehler ihrer Mitglieder sowie der ihnen untergeordneten Behörden und deren Mitglieder [...] durch Ordnungsstrafe zu rügen* »), que le pouvoir disciplinaire sur les membres – notamment – des tribunaux s'exerce à la fois – ce qui d'ailleurs est susceptible d'entraîner une confusion au niveau des autorités et un risque de double sanction¹⁴²⁰ – (i) de manière interne à chaque tribunal et (ii) par les instances supérieures à l'encontre des membres des tribunaux inférieurs. Cette construction semble donc bien venir s'articuler avec le système de surveillance institué par les art. 80 s. et 82 ss GOG/ZH (plainte[s] en matière de surveillance) – lequel est, comme indiqué ci-dessus¹⁴²¹, susceptible de toucher des cas de surveillance disciplinaire. Quoi qu'il en soit, la construction précitée ne satisfait pas aux exigences devant selon nous prévaloir en droit disciplinaire des magistrats du siège dans la mesure où (i) la compétence des tribunaux sur leurs membres révèle une forme de discipline interne et (ii) la compétence des instances supérieures sur les membres des tribunaux inférieurs correspond à une forme de discipline (interne) hiérarchique¹⁴²².

988. — Nous pouvons encore relever que les décisions rendues par l'*Obergericht* en matière de surveillance ne sont apparemment pas susceptibles de recours au niveau cantonal (cf. é.g. art. 84 al. 1 GOG/ZH *a contrario*). Cette règle paraît logique si l'on considère que l'*Obergericht* fait partie des tribunaux supérieurs du canton¹⁴²³. Se pose toutefois la question de savoir si l'*Obergericht*, lorsqu'il intervient en instance cantonale unique en tant qu'autorité de surveillance

¹⁴¹⁹ Cf. not. à ce titre l'art. 75 Cst./ZH, qui prévoit que les membres et les membres suppléants des tribunaux dont la compétence s'étend à l'ensemble du territoire cantonal sont élus par le *Kantonsrat*, tandis que les membres des autres tribunaux sont élus par le peuple (à l'exception de leurs suppléants qui sont nommés par l'autorité judiciaire supérieure).

¹⁴²⁰ Cf. é.g. *supra*, Chap. 5, N 689-693 et *infra*, Chap. 7, N 1341-1343.

¹⁴²¹ Cf. N 982.

¹⁴²² Cf. pour le surplus *supra*, N 761-785, *passim*.

¹⁴²³ Cf. *supra*, N 977.

(disciplinaire) des magistrats du siège, revêt – ainsi qu’une telle situation l’exige – la qualité d’autorité judiciaire au sens de l’art. 6 par. 1 CEDH¹⁴²⁴.

989. — Se pose au surplus la question de savoir si une telle situation pourrait éventuellement entrer en contradiction avec l’art. 83 GOG/ZH, qui prévoit que les règles de la procédure civile sont applicables *mutatis mutandis* aux procédures de plaintes en matière de surveillance¹⁴²⁵. En effet, dès lors que l’art. 75 al. 2 LTF impose un double degré de juridiction en matière civile¹⁴²⁶, les décisions rendues en première instance par l’*Obergericht* en matière de surveillance – concernant ses propres membres ainsi que les membres des *Bezirksgerichte* – devraient également pouvoir faire l’objet d’un recours auprès d’une instance cantonale supérieure si l’on considère – ce qui paraît très peu probable étant donné que les règles de la procédure civile sont applicables (uniquement) par analogie – que les décisions rendues dans le cadre de la surveillance sont des décisions rendues en matière civile au sens de l’art. 72 al. 1 LTF (et non des décisions rendues dans des causes de droit public au sens de l’art. 82 let. a LTF)¹⁴²⁷.

990. — Finalement, il faut relever que l’application analogique des règles du Code de procédure civile – et non des règles de la procédure administrative, voire de la procédure pénale – concernant les procédures de plaintes en matière de surveillance – y compris concernant les recours contre des décisions rendues sur plainte – est une construction insolite mais néanmoins intéressante. Nous soulignons à cet égard que la possibilité d’une application des règles de la procédure civile concernant la surveillance disciplinaire (des magistrats du siège) était, notamment en France jusqu’au XIX^e siècle, fréquemment débattue¹⁴²⁸.

¹⁴²⁴ Sur la notion d’autorité judiciaire et l’exigence de la présence d’une telle autorité, cf. *supra*, N 719-723 et 728-746.

¹⁴²⁵ Cf. pour le surplus *infra*, N 988.

¹⁴²⁶ Cf. pour le surplus TF 5A_407/2011 du 05.08.2011, RSPC 2011 p. 494 ss (et la note de PELLATON).

¹⁴²⁷ Nous mentionnons à cet égard l’art. 72 al. 2 let. b ch. 5 LTF, qui prévoit que les décisions en matière de surveillance des exécuteurs testamentaires et autres représentants successoraux, en tant qu’elles sont considérées comme des décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil, sont également sujettes au recours en matière civile.

¹⁴²⁸ Cf. *infra*, N 1160.

III. Les autorités disciplinaires *en tant qu'institutions étatiques*

A. Remarques préalables

1. Présentation générale

991. — Nous étudierons, dans le cadre de la présente Section, différentes questions liées à la structure intrinsèque des autorités disciplinaires¹⁴²⁹. Nous nous pencherons dans un premier temps sur le statut des autorités disciplinaires en relation avec ce que l'on désigne comme étant les « conseils de la justice » (ci-après, B.). Nous nous concentrerons ensuite sur des questions plus concrètes, en particulier la problématique de la composition de l'autorité disciplinaire (ci-après, C.) et celle de la nomination des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, D.), ainsi que les conditions temporelles du mandat des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, E). Nous évoquerons finalement la question de la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire (ci-après, F.).

992. — Notre exposé conservera un caractère général, en ce sens qu'il ne vise pas à mettre en évidence un modèle défini d'autorité disciplinaire en Suisse. Il apparaît en effet important de souligner qu'il n'existe pas de modèle standard qui serait applicable aux autorités disciplinaires, et de manière plus large à ce que l'on désigne comme étant les conseils de la justice¹⁴³⁰. On peut reprendre à ce titre les observations émises par la Commission de Venise¹⁴³¹ au sujet des conseils de la justice dans son Rapport du 16 mars 2010 sur l'indépendance du système judiciaire : « *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* »¹⁴³².

993. — Partant de la prémisse que l'institution d'une autorité chargée de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège est nécessaire¹⁴³³, nous nous

¹⁴²⁹ Les considérations figurant dans la présente Section devraient, en principe, être applicables également en ce qui concerne les autorités disciplinaires intervenant sur recours. A titre d'exemple, nous renvoyons aux 410 à 411/1 C.jud./B, qui réglementent la (com)position du tribunal disciplinaire d'appel.

¹⁴³⁰ Sur cette notion, cf. *infra*, N 1000-1009.

¹⁴³¹ Concernant la Commission de Venise, cf. *supra*, n. 157.

¹⁴³² COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 32. Cf. pour le surplus GAROUPA/GINSBURG (USA), n. 70 ; VOERMANS/ALBERS (NL), p. 106.

¹⁴³³ Cf. *supra*, N 710-716.

limiterons ainsi principalement à étudier (i) la position des autorités disciplinaires par rapport à ce que l'on désigne comme étant le(s) conseil(s) de la justice (ci-après, III.B.) et (ii) le statut et les qualités intrinsèques attendus ou souhaitables des autorités disciplinaires dans une perspective de droit suisse (ci-après, III.C. à III.F.¹⁴³⁴).

2. Des principes découlant de textes non contraignants

994. — Les questions liées à la structure interne des autorités disciplinaires dépassent le cadre des débats fondés sur les normes juridiques relatives à la formation et au fonctionnement des institutions étatiques. Elles doivent être examinées également à la lumière des principes, avis et recommandations issus des travaux de différents organismes – officiels ou associatifs – et traitant directement ou indirectement du statut et de l'organisation interne des autorités disciplinaires.

995. — Les règles découlant des textes évoqués ci-dessus ne sont pas contraignantes (« *non-legally binding instruments* ») ; elles peuvent le cas échéant relever du droit désirable¹⁴³⁵. Certaines règles tendent toutefois à s'uniformiser et partant à s'imposer comme des standards sur le plan international en matière de garantie d'indépendance de la justice¹⁴³⁶.

996. — Parmi les documents visés, certains – énumérés ici dans l'ordre d'adoption – ont déjà été mentionnés précédemment dans notre travail : (i) les *IBA minimum standards of judicial independence* adoptés en 1982 par l'*International Bar Association* (IBA)¹⁴³⁷ ; (ii) la Charte européenne sur le statut des juges édictée les 8-10 juillet 1998 sous l'égide du Conseil de l'Europe¹⁴³⁸ ; (iii) l'Avis n° 3 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité adopté le 19 novembre 2002 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁴³⁹ ; (iv) l'Avis n° 10 à l'attention du

¹⁴³⁴ Cf. ég. *infra*, N 1137-1154 pour des réflexions sur la possibilité d'une uniformisation des autorités disciplinaires en Suisse.

¹⁴³⁵ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 5 : « *poser des lignes directrices et des normes fondamentales à l'attention des Etats membres qui souhaitent mettre en place ou réformer leur [c]onseil de la [j]ustice* ».

¹⁴³⁶ Cf. MAHON/SCHALLER, N 57, 44.

¹⁴³⁷ Concernant les *IBA Minimum Standards of Judicial Independence*, cf. *supra*, n. 411.

¹⁴³⁸ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

¹⁴³⁹ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le Conseil de la Justice au service de la société adopté le 23 novembre 2007 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) ; (v) les *Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia on Judicial Administration, Selection and Accountability* adoptées les 23-25 juin 2010 sous l'égide du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE et du *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (MPI)¹⁴⁴⁰ ; (vi) la Recommandation CM/Rec(2010)12 sur les juges intitulée « indépendance, efficacité et responsabilités » adoptée le 17 novembre 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁴⁴¹ ; (vii) la Magna Carta des juges adoptée à Strasbourg le 17 novembre 2010 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁴⁴² ; (viii) l'Avis n° 17 sur l'évaluation du travail des juges, la qualité de la justice et le respect de l'indépendance judiciaire adopté le 24 octobre 2014 par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE).

997. — D'autres textes contiennent des indications relatives au statut et à l'organisation interne des autorités disciplinaires. Nous pouvons notamment citer (dans l'ordre d'adoption) : (ix) le *Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (« *Siracusa Principles* ») établi en août 1981 par un comité international d'experts réuni par l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), la Commission internationale de juristes (CIJ) et le Centre pour l'indépendance des Juges et des Avocats¹⁴⁴³ ; (x) les « Eléments d'un statut européen de la magistrature » adoptés à Palerme le 16 janvier 1993 par les Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL)¹⁴⁴⁴ ; (xi) la

¹⁴⁴⁰ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, n. 1162.

¹⁴⁴¹ Cette recommandation remplace la Recomm. CM R(94)12 adoptée le 13.10.1994, dont VOERMANS/ALBERS (NL), p. 107, indiquent qu'elle a joué le rôle de catalyseur dans l'adoption et la modernisation de plusieurs conseils de la justice en Europe. Concernant la Recomm. CM/Rec(2010)12, cf. *ég. supra*, n. 685.

¹⁴⁴² Concernant la Magna Carta des juges, cf. *supra*, N 76.

¹⁴⁴³ Le *Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (« *Siracusa Principles* ») visait en particulier à servir de matériel de réflexion en vue de travaux de l'ancienne sous-commission des Nations unies pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités (cf. [<https://docs.google.com/file/d/0B8S3ysjYsrFxWxNVZHloT1puTXM/edit>] [consulté le 09.08.2015]).

¹⁴⁴⁴ Les « Eléments d'un statut européen de la magistrature » adoptés par les Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL) (ci-après : MEDEL, Eléments d'un statut européen de la magistrature) contiennent des principes exprimant « la conviction qu'une justice démocratique, indépendante et transparente constitue un élément essentiel de l'Etat de droit » (cf. [http://www.medelnet.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=143%3Aa-european-statute-for-magistracy&catid=45%3Aan-independent-judici]

Universal Declaration on the Independence of Justice (« *Montreal Declaration* ») adoptée le 10 juin 1983 lors de la (*First World Conference on the Independence of Justice*)¹⁴⁴⁵ ; (xii) le Statut universel du juge adopté le 17 novembre 1999 par l'Union Internationale des Magistrats (UIM) à Taiwan¹⁴⁴⁶ ; (xiii) les *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* approuvés le 19 mars 2008 par l'*International Association of Judicial Independence and World Peace*¹⁴⁴⁷ ; (xiv) la Résolution intitulée « Gouvernance autonome du pouvoir judiciaire : équilibre entre indépendance et responsabilité » adoptée à Budapest le 23 mai 2008 par le Réseau européen des conseils de la Justice (RE CJ)¹⁴⁴⁸.

998. — Il convient de relever que le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la valeur interprétative, « *en dépit de leur caractère non obligatoire* », des actes élaborés sous les auspices d'organisations internationales : « *[b]ien que non obligatoires, ces actes internationaux unilatéraux constituent d'importants moyens d'interprétation des règles conventionnelles et constitutionnelles pertinentes [...] dans la mesure où [ils] reflètent les traditions juridiques communes aux Etats membres des organisations sous les auspices desquelles ils ont été*

ary&Itemid=61&lang=fr] [consulté le 09.08.2015]). Ces principes devaient servir de principes directeurs en vue de l'adoption par le Conseil de l'Europe et les Etats membres de la Communauté économique européenne (CEE) (aujourd'hui la Communauté européenne [CE]) d'un protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (cf. MEDEL, *Eléments d'un statut européen de la magistrature*, Préambule, C.) ; ils ont été en partie consacrés par la Charte européenne sur le statut des juges édictée par le Conseil de l'Europe (concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111).

¹⁴⁴⁵ La *Universal Declaration on the Independence of Justice* (« *Montreal Declaration* ») part not. du constat selon lequel « *the foundations of the independence of justice and the conditions of its exercise may benefit from restatement* » ; elle vise à promouvoir les objectifs des différents instruments ayant trait à l'indépendance de l'administration de la justice (cf. *Universal Declaration on the Independence of Justice* (« *Montreal Declaration* », Préambule).

¹⁴⁴⁶ Le Statut universel du juge se veut « *un amalgame consensuel* » des travaux des groupes de juges de divers pays ayant travaillé à l'élaboration préliminaire de ce statut ; il « *représente des normes générales minimales* » relatives aux magistrats du siège (cf. UIM, Statut universel du juge, Préambule).

¹⁴⁴⁷ Les *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* visent à proposer une mise à jour – voire une révision – des standards minimaux existants en matière d'indépendance de la justice (cf. *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence*, Préambule).

¹⁴⁴⁸ La Résolution intitulée « Gouvernance autonome du pouvoir judiciaire : équilibre entre indépendance et responsabilité » vise à dégager des principes généraux concernant les conseils de la justice et la gouvernance (autonome) du pouvoir judiciaire en général.

*élaborés et dont la Suisse se réclame [...] »*¹⁴⁴⁹. Le Tribunal fédéral se réfère à ces principes depuis plusieurs années dans sa jurisprudence¹⁴⁵⁰.

999. — La Cour européenne des droits de l'homme se réfère également régulièrement à différents corps de règles non contraignantes dans sa jurisprudence récente. Dans son arrêt *Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple relevé plusieurs défauts structurels du système de discipline judiciaire ukrainien à la lumière notamment des recommandations de la Commission de Venise¹⁴⁵¹.

B. Les autorités disciplinaires et les conseils de la justice

1. Les conseils de la justice (aperçu)

1000. — Les autorités chargées de la mise en œuvre des règles couvrant certains aspects de l'activité de la magistrature judiciaire et de l'appareil judiciaire en général sont souvent réunies sous les termes – ayant une portée identique – de « conseil de la magistrature »¹⁴⁵² ou de « conseil de la justice » (« *judicial*

¹⁴⁴⁹ ATF 123 I 112, consid. 4d/cc.

¹⁴⁵⁰ Cf. p. ex. ATF 123 I 112, consid. 4d/cc (références à la Résolution CM (78) 29 du 11.05.1978 sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine ; à la Recomm. CM (79) 5 du 14.03.1979 concernant le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaine ; à la Résolution WHA 44.25 de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) du 13.05.1991 relative aux « Principes directeurs sur la transplantation d'organes humains ») ; ATF 140 I 125, consid. 3.2 (référence à la Recomm. CM Rec(2006)2 du 11.01.2006 sur les Règles pénitentiaires européennes).

¹⁴⁵¹ Cf. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 78 s., 114 (références aux travaux de la Commission de Venise ; concernant la Commission précitée, cf. *supra*, n. 157), par. 109 et 183 (références à la Charte européenne sur le statut des juges ; concernant la Charte précitée, cf. *supra*, n. 111).

¹⁴⁵² Cf. Conseil supérieur de la magistrature (F) ; *Consiglio superiore della magistratura* (I) ; Conseil de la magistrature (Qc) ; Conseil canadien de la magistrature (CA). En Suisse : Conseil de la magistrature (FR) ; Conseil supérieur de la magistrature (GE) ; Conseil de surveillance de la magistrature (JU) ; Conseil de la magistrature (NE) ; *Consiglio della magistratura* (TI). Comp. *Consejo General del Poder Judicial* (E). Cf. ég. CONSIGLIO DI STATO (TI), *Messaggio Adeguamento*, ad art. 78a et 79 al. 1 aLOG/TI : « [i]l Consiglio della magistratura è un organismo tipico di alcuni Stati europei di tradizione romanica, quali la Francia, l'Italia, la Spagna e il Portogallo ».

council », « *council for the judiciary* »)¹⁴⁵³. Le second terme, d'origine anglophone, tend à s'imposer sur le plan international y compris dans les textes de langue française¹⁴⁵⁴.

1001. — La Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁴⁵⁵ définit de façon générale les conseils de la justice comme étant « *des instances indépendantes, établies par la loi ou la Constitution, qui visent à garantir l'indépendance de la justice et celle de chaque juge et ainsi promouvoir le fonctionnement efficace du système judiciaire* »¹⁴⁵⁶. Les conseils de la justice, au-delà des fonctions de gestion et d'administration du corps judiciaire qui leur sont attribuées, incarnent ainsi (la recherche d') un gouvernement autonome du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif ; ils visent à permettre aux magistrats du siège d'exercer leurs fonctions hors du contrôle des pouvoirs exécutif et législatif mais aussi hors de toute pression induite interne au pouvoir judiciaire¹⁴⁵⁷. La création de telles structures est largement préconisée par différents groupements de niveaux européen et international¹⁴⁵⁸.

1002. — Les conseils de la justice peuvent revêtir des formes diverses et être nantis de pouvoirs plus ou moins vastes¹⁴⁵⁹. Le Réseau européen des conseils de la Justice (RECJ) a notamment relevé à ce titre que « *chaque [c]onseil de la [j]ustice est le produit d'un développement de son propre système judiciaire,*

¹⁴⁵³ Cf. *Canadian Judicial Council* (Conseil canadien de la magistrature) (CA) ; Conseil supérieur de la Justice (B).

¹⁴⁵⁴ Cf. CCJE, Avis n° 10, *passim* ; CCJE, Magna Carta des juges, principe 13 ; Recomm. CM/Rec(2010)12, *passim* ; OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, *passim*. Cf. ég. Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ), dont l'intitulé en anglais est *European Network of Councils for the Judiciary* (ENCJ).

¹⁴⁵⁵ Sur la Recomm. CM/Rec(2010)12, cf. *supra*, n. 685.

¹⁴⁵⁶ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 26. Cf. ég. CCJE, Magna Carta des juges, principe 13.

¹⁴⁵⁷ CCJE, Avis n° 10, par. 12.

¹⁴⁵⁸ Cf. p. ex. COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 32 : « *[t]out en respectant la diversité des systèmes juridiques, la Commission de Venise recommande aux Etats qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de créer un conseil de la magistrature indépendant ou un organe similaire* » ; cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 5.

¹⁴⁵⁹ Nous renvoyons pour le surplus à VALDES-BOULOUQUE (B) ; LORD JUSTICE THOMAS (GB) ; cf. ég. la base de données du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) consultable à l'adresse [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Travaux10_fr.asp] [consulté le 24.07.2015]. Sur la question de savoir s'il convient pour un Etat d'ancrer l'existence du conseil de la justice dans sa Constitution, cf. p. ex. Avis CCJE n° 10, par. 11, 44 (en faveur d'un ancrage constitutionnel) ; GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 204-215, 220 s.

lequel est profondément ancré dans un contexte historique, culturel et social »¹⁴⁶⁰.

1003. — Parmi les compétences pouvant être attribuées aux conseils de la justice, on peut en particulier citer la sélection, la nomination, la carrière et la surveillance des magistrats judiciaires¹⁴⁶¹ ; le contrôle de la gestion administrative de l'appareil judiciaire, ce qui comprend notamment le budget¹⁴⁶².

1004. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a recommandé que les conseils de la justice « *veille[nt] à ce que les tâches suivantes, exercées de préférence par le [conseil de la justice] lui-même ou en coopération avec d'autres instances, soient accomplies de manière indépendante : la sélection et la nomination des juges [...] ; la promotion des juges [...] ; l'évaluation des juges [...] ; la discipline et la déontologie [...] ; la formation des juges [...] ; le contrôle et la gestion d'un budget propre [...] ; l'administration et la gestion des tribunaux [...] ; la protection de l'image des juges [...] ; le pouvoir d'émettre des avis à l'attention des autres pouvoirs de l'Etat [...] ; la coopération avec d'autres instances pertinentes aux niveaux national, européen et international [...] ; la responsabilité à l'égard du public : transparence, capacité à rendre compte de son activité, présentation de rapports [...]* »¹⁴⁶³.

1005. — Le Réseau européen des conseils de la Justice (RECJ) a également dégagé plusieurs tâches « *qui (en tout ou partie) devraient être placées sous l'autorité d'un [c]onseil de la [j]ustice ou d'un ou plusieurs organes autonomes et indépendants* ». Ces tâches, qui se recoupent avec les catégories générales citées ci-dessus¹⁴⁶⁴, sont les suivantes : « *la désignation et la promotion des juges ; la formation ; la discipline et la déontologie ; l'administration des cours ; les finances du pouvoir judiciaire ; la gestion de la performance du pouvoir judiciaire ; le traitement des plaintes des justiciables ; la protection de l'image de la justice ; la formulation d'avis sur les politiques judiciaires de l'Etat ; l'établissement des outils d'évaluation du système judiciaire ; la*

¹⁴⁶⁰ RECJ, Résolution de Budapest, Préambule, consid. 4.

¹⁴⁶¹ CCJE, Magna Carta des juges, principes 5 et 6.

¹⁴⁶² Pour un aperçu de droit comparé des différentes compétences pouvant être attribuées à un Conseil de la justice, cf. p. ex. VOERMANS/ALBERS (NL), *passim*. Cf. ég. GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 218 : « *a judicial council does not exert direct control over the judiciary (which would hurt the independence of judiciary) but exercises a configuration of powers that mix authority and accountability* ».

¹⁴⁶³ CCJE, Avis n° 10, par. 42.

¹⁴⁶⁴ Cf. *supra*, N 1004.

préparation ou la proposition de législation concernant le pouvoir judiciaire et/ou les tribunaux »¹⁴⁶⁵.

1006. — Il convient de s'interroger sur les rapports existant entre les différentes compétences énumérées ci-dessus. Il s'agit en particulier de se demander s'il est adéquat de réunir le cas échéant l'intégralité de ces compétences dans les mains d'une seule et même autorité.

1007. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a apporté une première réponse à cette question. Il a en effet indiqué qu'« [i]l convient [...] de tenir compte du fait qu'il peut [...] exister des conflits entre les différentes fonctions du [c]onseil de la [j]ustice, notamment, entre la fonction de nomination des juges et celle de formation ; ou entre la fonction de formation et celle disciplinaire, de même qu'entre la fonction de formation et celle d'évaluation des juges », et qu'« [u]n moyen d'éviter ces conflits consiste à séparer les différentes tâches au sein de diverses sections du [c]onseil de la [j]ustice »¹⁴⁶⁶.

1008. — Les *Kyiv Recommendations*¹⁴⁶⁷ fournissent apparemment un point de vue partiellement différent : elles préconisent (à l'instar ici du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)), afin d'éviter toute perception de corporatisme judiciaire, de distinguer entre les différentes compétences (à l'exemple de la sélection, de la promotion et de la formation des juges, de la discipline, de l'évaluation professionnelle et du budget) et de séparer celles-ci ; puis elles indiquent (de manière alors distincte de la solution préconisée par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)) qu'une bonne solution serait d'établir « *différents organismes indépendants* » compétents pour des aspects spécifiques de l'administration de la justice, sans (toutefois) que ceux-ci soient soumis au contrôle d'une seule institution ou autorité¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁵ RECJ, Résolution de Budapest, ch. 2. Cf. ég. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 2.

¹⁴⁶⁶ CCJE, Avis n° 10, par. 43.

¹⁴⁶⁷ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁴⁶⁸ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 2 : « *Judicial Councils are bodies entrusted with specific tasks of judicial administration and independent competences in order to guarantee judicial independence. In order to avoid excessive concentration of power in one judicial body and perceptions of corporatism it is recommended to distinguish among and separate different competences, such as selection [...], promotion and training of judges, discipline [...], professional evaluation [...] and budget [...]. A good option is to establish different independent bodies competent for specific aspects of judicial administration without subjecting them to the control of a single institution or authority. The composition of these bodies should each reflect their particular task* ». Cf. ég. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, Exposé des motifs, p. 5 : « *an all-encompassing authority and autonomy* ».

1009. — Au vu de ce qui précède, il apparaît que les conseils de la justice ne se rapportent pas nécessairement à la dénomination d'une entité juridique formelle concrète, réunissant le cas échéant des sous-entités dépendant de celle-ci. En effet, les conseils de la justice semblent pouvoir également correspondre à la désignation d'un concept abstrait, réunissant le cas échéant des entités (organes) représentant chacun(e) un(e forme de) conseil de la justice spécial(isé) et dont la somme constituerait un (le) conseil de la justice.

2. La position des autorités disciplinaires par rapport aux conseils de la justice

1010. — Au vu des considérations qui précèdent relatives aux conseils de la justice¹⁴⁶⁹, se pose la question de savoir comment situer les autorités disciplinaires par rapport aux conseils de la justice. Se pose en particulier la question de savoir s'il est nécessaire ou souhaitable que les autorités disciplinaires soient rattachées auxdits conseils de la justice, et le cas échéant quel doit être leur statut au sein de tels organismes.

1011. — Avant de répondre à ces questions, et afin d'illustrer notre problématique, nous citons quelques ordres juridiques ayant institué une autorité disciplinaire en tant que commission spécialisée du conseil de la justice : (i) en France, la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège (cf. art. 65 al. 1 Cst./F) statue – dans une formation élargie (cf. art. 65 al. 6 phr. 2 Csf./F) – comme conseil de discipline des magistrats du siège (art. 65 al. 6 phr. 1 Csf./F)¹⁴⁷⁰ ; (ii) dans le canton de Fribourg, la Commission de surveillance disciplinaire, qui forme l'une des trois commissions permanentes du Conseil de la magistrature (art. 2 al. 2 RCM/FR), dispose de compétences en matière d'instruction¹⁴⁷¹ et fait des propositions au Conseil de la magistrature réuni en plenum (cf. art. 5 et 11 RCM/FR) ; (iii) en Espagne, la *Comisión Disciplinaria del Consejo General del*

of a single such body is undesirable. Instead, one option would be to establish different independent bodies competent for specific aspects of judicial administration without subjecting them to the control of a single institution or authority ».

¹⁴⁶⁹ Cf. *supra*, N 1000-1009.

¹⁴⁷⁰ Cf. ég. la Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution de la Cinquième République française (JORF/F du 23.07.2010).

¹⁴⁷¹ Sur la question de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement – qui concerne tant les autorités que la procédure, et que nous avons choisi de traiter principalement (cf. ég. N 727 et *passim*) dans le chapitre consacré à la procédure disciplinaire –, nous renvoyons aux développements proposés *infra*, Chap. 7, N 1265-1274.

Poder Judicial dispose de compétences en matière d’instruction¹⁴⁷² (cf. art. 603 s. LOPJ/E¹⁴⁷³) et pour le prononcé de certaines sanctions disciplinaires (cf. art. 421 al. 1 let. c LOPJ/E) ; (iv) en Italie, la *Sezione Disciplinare* constitue l’une des onze sections du *Consiglio superiore della magistratura*¹⁴⁷⁴.

1012. — Les *Kyiv Recommendations*¹⁴⁷⁵ indiquent, concernant les autorités disciplinaires, qu’un organe indépendant spécial (« *special independent body* ») devrait être institué – sous la forme d’un tribunal, d’une commission ou d’un conseil – pour rendre des décisions en matière de droit disciplinaire des magistrats du siège¹⁴⁷⁶. Comme nous l’avons relevé ci-dessus, il apparaît qu’un tel organe, au sens des *Kyiv Recommendations*, ne devrait pas nécessairement être rattaché au conseil de la justice¹⁴⁷⁷.

1013. — Par ailleurs, le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), qui comme on l’a vu¹⁴⁷⁸ préconise de manière générale que les différentes compétences du conseil de la justice soient réparties parmi des sections du conseil de la justice, adopte apparemment une position plus nuancée concernant les autorités disciplinaires. En effet, le Conseil consultatif de juges européens

¹⁴⁷² Cf. n. préc.

¹⁴⁷³ Entrés en vigueur suite à l’adoption de la *Ley Orgánica 4/2013 du 28.06.2013* qui entraîne la réforme du *Consejo General del Poder Judicial* et modifie partiellement la *Ley Orgánica, del Poder Judicial*.

¹⁴⁷⁴ Cf. FANTACCHIOTTI/FRESA/TENORE/VITELLO (I), p. 388 ss.

¹⁴⁷⁵ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁴⁷⁶ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 26 : « [t]here shall be a *special independent body* (court, commission or council) to adjudicate cases of judicial discipline [...] ». Nous rappelons que le but poursuivi par l’institution d’un tel organe indépendant spécial (*special independent body*) est d’éviter les conflits entre les différentes fonctions/attributions du conseil de la justice (cf. *supra*, N 1008, se référant à OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 2). Nous nous référons pour le surplus à OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, p. 13 (résumé des discussions du groupe d’experts « Accountability »), qui apporte des compléments d’information en relation avec les questions relatives à la composition et aux compétences des organes compétents en matière disciplinaire : « [w]hile it was acknowledged that the disciplinary competence lies with a judicial council in many countries, experts agreed that this practice bears many problems. Judicial councils are considered to be in charge first and foremost of judicial administration, and are often dominated by representatives of the executive, court chairs, and judges from higher instance courts. In the majority of countries discussed, a commission or board within the council has some competence over discipline, but often the council has to validate decisions of the commission, and the scope of this validation is not clear. Therefore, the group concluded that bodies dealing with discipline of judges should be separate and independent from the bodies in charge of judicial administration [...] ».

¹⁴⁷⁷ Cf. *supra*, N 1008, citant OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 2.

¹⁴⁷⁸ Cf. *supra*, n. 44.

(CCJE) semble considérer que l'autorité disciplinaire peut, voire doit, être un organe distinct du conseil de la justice, dès lors qu'il indique que la compétence en matière disciplinaire doit être attribuée soit à un « tribunal disciplinaire », soit à une « *commission disciplinaire composée de [membres] distincts des membres du [c]onseil de la [j]ustice* »¹⁴⁷⁹. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) paraît, en ce sens, rejoindre les *Kyiv Recommendations*¹⁴⁸⁰.

1014. — En conclusion, nous retiendrons que les compétences disciplinaires devraient être distinguées des autres compétences attribuées le cas échéant au conseil de la justice¹⁴⁸¹. Les autorités investies des tâches disciplinaires devraient ainsi être instituées en tant qu'organes indépendants (cf. *special independent bodies*). Lesdites autorités ne formeraient pas nécessairement une sous-catégorie (section ou commission) du conseil de la justice, mais pourraient constituer des entités constituant chacune, en elle-même, une forme (partielle) de conseil de la justice spécialisé.

1015. — Dans les développements qui suivent, nous nous focaliserons sur le statut et l'organisation interne des autorités disciplinaires en tant qu'organes spécialisés, sans davantage tenir compte de la question du rapport existant entre une telle autorité et un hypothétique conseil de la justice disposant par hypothèse d'autres compétences. En outre, les questions générales liées à la mise en place ou à la modernisation des conseils de la justice ne seront pas traitées.

¹⁴⁷⁹ CCJE, Avis n° 10, par. 64 : « [l]e Conseil de la Justice est compétent en matière de déontologie ; il peut recevoir, en outre, les plaintes des usagers de la justice. Pour éviter des conflits d'intérêts, il conviendrait qu'en première instance, la procédure disciplinaire, quand elle n'est pas de la compétence d'un tribunal disciplinaire, soit mise en oeuvre par une commission disciplinaire composée, de manière substantielle, de juges élus par leurs pairs, distincts des membres du Conseil de la Justice, avec la possibilité d'un recours devant une instance judiciaire supérieure ».

¹⁴⁸⁰ CCJE, Avis n° 10, par. 64. Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁴⁸¹ Ainsi, en Belgique, l'art. 153 al. 3 ch. 8 Cst./B exclut expressément l'attribution de compétences disciplinaires et pénales au Conseil supérieur de la Justice institué à l'art. 153 al. 2 Cst./B. Dans le prolongement de la disposition constitutionnelle précitée, les art. 259sexies/1 ch. 7 et 411 al. 1 ch. 2 C.jud./B, entrés en vigueur le 01.09.2014, prévoient not. que les membres du Conseil supérieur de la Justice ne peuvent pas être désignés pour siéger au sein des juridictions disciplinaires.

C. La composition de l'autorité disciplinaire

1. Généralités

1016. — La question de la composition de l'autorité disciplinaire est étroitement liée aux tâches dévolues à celle-ci¹⁴⁸². Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), notamment, a considéré que la composition des conseils de la justice doit permettre à ceux-ci de garantir leur indépendance¹⁴⁸³ et d'accomplir effectivement leurs fonctions¹⁴⁸⁴, et qu'elle devrait respecter autant que possible la diversité de la société¹⁴⁸⁵.

1017. — La question se pose ainsi de savoir si la surveillance disciplinaire des magistrats du siège devrait être opérée par une autorité dont les différents membres, formant un genre de panel, se feraient en quelque sorte le miroir de la société civile et permettraient de porter un regard extérieur sur l'activité de la justice¹⁴⁸⁶, ou si une telle autorité ne devrait pas, au contraire, être composée essentiellement de magistrats du siège afin de protéger au plus près l'indépendance de la justice¹⁴⁸⁷.

1018. — Comme nous le verrons¹⁴⁸⁸, la problématique de la composition de l'autorité disciplinaire doit généralement être appréciée concurremment avec les questions liées à la nomination des membres de l'autorité disciplinaire¹⁴⁸⁹. La possibilité d'ouvrir la composition des autorités disciplinaires aux membres provenant d'autres institutions de l'Etat dépendra ainsi largement des dispositions retenues concernant la nomination des membres de l'autorité disciplinaire.

1019. — Nous relevons finalement que la composition d'une autorité disciplinaire a une incidence sur la qualification juridique donnée à une telle

¹⁴⁸² Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 45 (à propos des conseils de la justice).

¹⁴⁸³ Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 19 : « [m]ême avec une composition mixte, le [c]onseil de la [j]ustice doit fonctionner sans la moindre concession au jeu des majorités parlementaires et des pressions de l'exécutif, en dehors de toute subordination aux logiques partisans, pour pouvoir se porter garant des valeurs et des principes essentiels de la justice ».

¹⁴⁸⁴ CCJE, Avis n° 10, ch. 15.

¹⁴⁸⁵ CCJE, Avis n° 10, ch. 24.

¹⁴⁸⁶ Cf. p. ex. VOERMANS/ALBERS (NL), p. 110.

¹⁴⁸⁷ Cf. pour le surplus *infra*, N 1063-1088 concernant la question de la proportion de magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire.

¹⁴⁸⁸ Cf. *infra*, not. N 1036, 1063.

¹⁴⁸⁹ Cf. p. ex. GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 228.

autorité – en particulier sa qualification d'autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁴⁹⁰.

2. Le nombre de membres

1020. — Il convient de distinguer (i) le nombre total de membres composant l'autorité disciplinaire (autorité disciplinaire au sens large) et (ii) le nombre de membres siégeant au sein de l'autorité disciplinaire chargée de statuer dans un cas d'espèce (autorité disciplinaire au sens étroit). Le nombre défini sous (ii) ci-avant peut toutefois coïncider avec le nombre défini sous (i) ci-avant.

1021. — Les deux valeurs précitées devront être définies dans chaque système de surveillance disciplinaire. Il conviendra de trouver un équilibre entre, d'une part, la volonté d'assurer une représentativité adéquate des différents acteurs du système judiciaire (voire de la société) de l'ordre juridique considéré, et d'autre part, celle de ne pas mettre en place un système de surveillance disciplinaire dont le fonctionnement serait trop lourd.

1022. — Pour ce qui concerne le nombre de membres siégeant au sein de l'autorité disciplinaire au sens étroit (cf. nombre défini sous (ii) ci-avant), celui-ci devrait idéalement, selon nous, être fixé à sept, voire éventuellement cinq ou neuf membres, en fonction notamment de la taille de l'ordre juridique en cause¹⁴⁹¹. Le *Consiglio della magistratura* tessinois comprend ainsi sept membres et cinq suppléants (art. 75 al. 1 LOG/TI). Le Conseil supérieur de la magistrature genevois est passé de neuf à sept membres à compter du 1^{er} janvier 2011¹⁴⁹².

1023. — Nous relevons pour le surplus que la question de la proportion de magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire¹⁴⁹³ devra également être considérée en fonction des valeurs définies sous (i) et (ii) ci-avant telles qu'elles (aur)ont été retenues dans l'ordre juridique considéré¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹⁰ Cf. p. ex. ATF 123 I 87, consid. 4c, JdT 1999 I 538. Sur ces questions, cf. *supra*, N 717-758, not. N 749-758.

¹⁴⁹¹ Comp. MARTY, Rapport, p. 24 : « au moins sept, mais pas plus de onze ».

¹⁴⁹² Cf. pour le surplus PEILA, N 10.

¹⁴⁹³ Cf. *infra*, N 1063-1088.

¹⁴⁹⁴ Cf. ég. LE POGAM (F), N 171 (p. 118).

3. Les catégories de membres

a. Les magistrats du siège

(i) *Considérations générales*

1024. — Nous renvoyons aux développements proposés ci-dessus¹⁴⁹⁵ concernant la notion de magistrat du siège. Nous précisons toutefois que la notion de magistrat du siège, en relation avec la question de la composition de l'autorité disciplinaire, pourra être légèrement différente de la notion de magistrat du siège en tant qu'objet de la surveillance disciplinaire. En effet, il serait possible, notamment, que des magistrats du siège émérites ou honoraires entrent dans la composition de l'autorité disciplinaire¹⁴⁹⁶. Le cas échéant, il conviendrait de définir si de tels membres doivent être considérés comme faisant partie de la catégorie des magistrats du siège ou interviennent en tant que « simples citoyens ». Il en va notamment du calcul de la proportion des magistrats du siège¹⁴⁹⁷ au sein de l'autorité disciplinaire¹⁴⁹⁸.

1025. — Nous relevons encore que les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire devraient représenter le pouvoir judiciaire au sens le plus large. Ainsi, ceux-ci ne devraient pas uniquement comprendre des magistrats du siège issus de la (ou des) plus haute(s) instance(s) du système judiciaire visé, mais devaient inclure également des magistrats du siège issus des tribunaux inférieurs¹⁴⁹⁹.

1026. — Le rôle des magistrats du siège, au sein des autorités disciplinaires, sera notamment d'assurer que les réalités du fonctionnement du système judiciaire soient correctement saisies. Leur expérience dans la profession¹⁵⁰⁰ leur permettra également de veiller à ce que la cause du magistrat du siège visé soit entendue de manière adéquate¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁵ Cf. *supra*, Chap. 1.

¹⁴⁹⁶ En ce sens : MARTY, Rapport, p. 24.

¹⁴⁹⁷ Sur cette question, cf. *infra*, N 1063-1088.

¹⁴⁹⁸ Cf. pour le surplus *infra*, N 1132-1136 concernant la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire.

¹⁴⁹⁹ Cf. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 (à propos des conseils de la justice). En ce sens ég. : RECJ, Résolution de Budapest, ch. 4.

¹⁵⁰⁰ Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 34.

¹⁵⁰¹ Cf. ég. PLUEN (F), N 625 ss. Cf. pour le surplus ATF 123 I 87, consid. 4a, JdT 1999 I 538 (notaires) : « [I]e fait que des représentants d'une profession soient membres du tribunal n'est

1027. — L'expérience et l'aptitude à comprendre la vie judiciaire, de même que la « culture d'indépendance », sont toutefois des qualités devant être recherchées auprès de l'ensemble des membres de l'autorité disciplinaire, que ceux-ci soient ou non magistrats du siège¹⁵⁰².

(ii) *La question spécifique du siège d'un chef de cour ou de juridiction*

1028. — Il convient d'examiner la question de l'admissibilité du siège d'un chef de cour ou de juridiction dans la formation disciplinaire chargée de statuer sur la situation disciplinaire d'un magistrat du siège appartenant à la juridiction dudit chef de cour ou de juridiction¹⁵⁰³.

1029. — En France, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 19 juillet 2010 concernant le Projet de loi du 26 juin 2010 relatif à l'application de l'article 65 de la Constitution¹⁵⁰⁴, a notamment émis des réserves sur la conformité de certaines dispositions dudit Projet de loi à la Constitution. Il a en effet considéré que le principe d'indépendance des membres du Conseil supérieur de la magistrature « *fait obstacle à ce que le premier président [...] de la Cour de Cassation, ainsi que les autres chefs de cour ou de juridiction membres [du Conseil supérieur de la magistrature], délibèrent ou procèdent à des actes préparatoires d'avis ou de décisions relatifs [...] aux magistrats exerçant des fonctions dans leur juridiction* »¹⁵⁰⁵.

1030. — En Belgique, les art. 259sexies/1 ch. 7 et 411 al. 1 ch. 2 C.jud./B, entrés en vigueur le 1^{er} septembre 2014¹⁵⁰⁶, prévoient notamment que les chefs de corps ne peuvent pas être désignés pour siéger au sein des juridictions disciplinaires.

pas en soi contraire à l'art. 6 CEDH, en tout cas dans la mesure où il ne s'agit pas de fonctionnaires liés par des instructions ».

¹⁵⁰² Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 21.

¹⁵⁰³ Pour un cas d'application, cf. CSM/GE, déc. CSM/12/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 66. La requête de récusation du président de la juridiction à laquelle appartenait le magistrat en cause a été rejetée au motif que ledit président n'avait qu'une voix consultative au sein du Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁵⁰⁴ Projet adopté le 23.06.2010 (texte adopté n° 496). Cf. désormais la Loi organique n° 2010-830 du 22.07.2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.

¹⁵⁰⁵ Conseil constitutionnel (F), déc. n° 2010-611 DC du 19.07.2010, ch. 12.

¹⁵⁰⁶ Suite à l'adoption de la Loi 2013-07-15/08 du 15.07.2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire (Belge) relatives à la discipline.

1031. — Nous considérons que cette restriction devrait être appliquée à titre général¹⁵⁰⁷. Elle découle de la distinction, proposée ci-dessus, entre la discipline interne et le droit disciplinaire¹⁵⁰⁸. L'exclusion de l'intervention du chef de cour ou de juridiction est un moyen permettant d'éviter la présence de formes de discipline interne faisant appel à un élément hiérarchique, qui ne correspondent pas, selon nous, à proprement parler aux exigences du droit disciplinaire¹⁵⁰⁹.

1032. — Il conviendrait ainsi d'aménager un motif de récusation¹⁵¹⁰ spécifique afin d'exclure l'intervention des chefs de cour ou de juridiction dans la formation chargée d'examiner la situation disciplinaire d'un magistrat du siège appartenant à leur juridiction. La récusation interviendrait le cas échéant d'office par le chef de cour ou de juridiction concerné, ou sur requête du magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire¹⁵¹¹.

1033. — A noter que la restriction proposée ici ne s'étend pas aux autres magistrats du siège exerçant des fonctions dans la juridiction à laquelle le magistrat du siège appartient¹⁵¹². S'il fallait retenir une telle restriction, la situation pourrait s'avérer délicate en Suisse, en particulier à l'intérieur des petits cantons, respectivement des cantons prévoyant des juridictions centralisées.

1034. — A défaut de motif spécifique de récusation, il conviendra de se tourner vers les autres motifs de récusation afin d'évaluer si une récusation du chef de cour ou de juridiction peut être envisagée dans le cas d'espèce.

¹⁵⁰⁷ Cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1208-1211 concernant l'interdiction du cumul des fonctions de poursuite et de jugement.

¹⁵⁰⁸ Cf. *supra*, Chap. 3, N 159-162.

¹⁵⁰⁹ Cf. *supra*, N 763-768. Cf. en ce sens l'art. 411/1 ch. 4 C.jud./B, qui prévoit qu'en principe, les membres de l'autorité disciplinaire ne peuvent pas avoir de lien hiérarchique avec la personne visée par la procédure disciplinaire.

¹⁵¹⁰ Et non une règle d'incompatibilité dans la mesure où la situation visée ne se rapporte pas à des états de fait touchant de manière durable la fonction ou la personne des membres de l'autorité disciplinaire, mais à des circonstances liées à une procédure déterminée.

¹⁵¹¹ Le dénonciateur n'ayant généralement pas la qualité de partie à la procédure disciplinaire, celui-ci ne peut en principe pas requérir la récusation d'un membre de l'autorité disciplinaire (cf. pour le surplus *infra*, Chap. 7, N 1240). Sur la récusation, cf. ég. art. 87 LOG/TI, qui renvoie aux dispositions du Code de procédure civile suisse (cf. art. 47-51 CPC) – et non à la *Legge di procedura per le cause amministrative* (RS/TI 3.3.1.1).

¹⁵¹² Cf. ég., *mutatis mutandis*, TF 4A_388/2014 du 24.09.2014, consid. 3, RSPC 2015 p. 1 : le fait qu'un juge doive examiner une décision qui a été élaborée par une personne avec laquelle il siège dans une autorité collégiale ne crée pas à lui seul une apparence de prévention et une perte d'indépendance.

1035. — Lorsqu'un membre chef de cour ou de juridiction est tenu de se récuser, il devrait en principe être remplacé par un magistrat du siège appartenant à la même juridiction, mais sous l'autorité duquel le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire ne se trouve pas placé. Le remplacement par un suppléant ou par un viennent-ensuite¹⁵¹³ ramènerait aux mêmes problèmes – peut-être quelque peu abstraits en l'occurrence – de subordination hiérarchique et nous paraît donc devoir être évité.

b. Les « autres membres »

(i) *La notion*

1036. — Certaines réglementations prévoient, aux côtés de la catégorie de membres de l'autorité disciplinaire regroupant spécifiquement les magistrats du siège, une catégorie – générale – rassemblant des « autres » membres. Ces « autres » membres peuvent toutefois, suivant les critères de nomination posés par le législateur, revêtir également la qualité de magistrat du siège¹⁵¹⁴. Par « autres membres », on entend ici (uniquement) les « autres » membres de l'autorité disciplinaire qui ne revêtent pas la qualité de magistrat du siège¹⁵¹⁵.

(ii) *Les (autres) membres appartenant au pouvoir législatif*

1037. — Des membres issus du pouvoir législatif pourraient figurer au nombre des autres membres de l'autorité disciplinaire. A notre sens, et afin d'éviter toute incompatibilité ou tout risque de distorsion dans la composition de l'autorité disciplinaire, les membres du pouvoir législatif composant le cas échéant l'autorité disciplinaire (p.ex. un avocat¹⁵¹⁶ ou un professeur d'université¹⁵¹⁷ siégeant au parlement) devraient uniquement pouvoir être désignés *ès qualités* – respectivement, ils devraient être considérés le cas échéant comme étant (ayant été) désignés *ès qualités*. Par ailleurs, pour ce même motif, il conviendrait selon nous de faire en sorte que leur mandat au sein de

¹⁵¹³ La question se pose en particulier lorsque le membre en question siège au sein de l'autorité disciplinaire en tant que membre de droit.

¹⁵¹⁴ Il en va ainsi de la réglementation tessinoise cit. *supra*, N 935.

¹⁵¹⁵ Nous renvoyons, concernant les magistrats du siège, aux développements proposés *supra*, N 1024-1035.

¹⁵¹⁶ Cf. ég. *infra*, N 1045.

¹⁵¹⁷ Cf. ég. *infra*, N 1044.

l'autorité disciplinaire, le cas échéant, prenne fin automatiquement en cas de cessation de leur fonction de représentation au sein de l'organe parlementaire.

1038. — Il découle toutefois de certains avis ou recommandations que la présence de membres appartenant au pouvoir législatif n'est pas admissible, ou à tout le moins pas souhaitable, dès lors qu'elle porte(rait) atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, respectivement au principe de l'indépendance de la justice¹⁵¹⁸. La réglementation tessinoise va dans ce sens : conformément à l'art. 76 LOG/TI, la fonction de membre et de suppléant du *Consiglio della magistratura* est incompatible avec la fonction de député aux Chambres fédérales ou de député au *Gran Consiglio*.

1039. — Cette question peut être laissée à l'appréciation de chaque législateur concerné. A notre sens, aucune solution ne paraît devoir s'imposer. En tout état de cause, la présence de membres appartenant au pouvoir législatif ne doit pas conduire à une forme de domination ou d'influence prépondérante dudit pouvoir sur l'autorité disciplinaire¹⁵¹⁹.

(iii) *Les (autres) membres appartenant au pouvoir exécutif*

1040. — Des membres issus du pouvoir exécutif pourraient figurer au nombre des autres membres de l'autorité disciplinaire. A l'instar des membres appartenant au pouvoir législatif¹⁵²⁰, les membres du pouvoir exécutif composant le cas échéant l'autorité disciplinaire devraient, à notre sens, uniquement pouvoir être (considérés comme étant) désignés *ès qualités*, ceci afin également d'éviter toute incompatibilité ou tout risque de distorsion dans la composition de l'autorité disciplinaire. Par ailleurs, pour ce même motif, il conviendrait selon nous de faire en sorte que leur mandat au sein de l'autorité disciplinaire, le cas échéant, prenne fin automatiquement en cas de cessation de leur fonction de représentation au sein de l'organe exécutif en question.

1041. — En principe, la présence de membres appartenant au pouvoir exécutif au sein de l'autorité disciplinaire devrait être exclue¹⁵²¹. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁵²² a ainsi considéré que « [...] *les futurs membres*

¹⁵¹⁸ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 23 : « [...] *les futurs membres du [c]onseil de la [j]ustice ne devraient pas être des responsables politiques, des membres du [p]arlement [...]. Chaque Etat devrait édicter des règles juridiques afin de s'assurer que tel est bien le cas* ». En ce sens *ég.* : MARTY, Rapport, p. 24.

¹⁵¹⁹ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7.

¹⁵²⁰ Cf. *supra*, N 1037-1039.

¹⁵²¹ En ce sens : MARTY, Rapport, p. 24.

¹⁵²² Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

du [c]onseil de la [j]ustice ne devraient pas être des responsables politiques, des membres [...] de l'exécutif ou de l'administration. Cela signifie que ni le chef de l'Etat, s'il est le chef du gouvernement, ni aucun ministre ne peut être membre du Conseil de la Justice. Chaque Etat devrait édicter des règles juridiques afin de s'assurer que tel est bien le cas »¹⁵²³. Le canton du Tessin a légiféré dans ce sens : aux termes de l'art. 76 LOG/TI, la fonction de membre et de suppléant du *Consiglio della magistratura* est incompatible avec la fonction de *Consigliere di Stato* et de fonctionnaire de l'administration communale, cantonale et fédérale.

1042. — Nous nous prononçons également en faveur d'une exclusion du siège des membres appartenant au pouvoir exécutif. En tout état de cause, une telle présence ne doit pas conduire à une forme de domination ou d'influence prépondérante dudit pouvoir sur l'autorité disciplinaire¹⁵²⁴.

(iv) *Les (autres) membres n'appartenant ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif*

1043. — Peuvent siéger en tant qu'autres membres de l'autorité disciplinaire les (autres) membres qui ne sont pas issus du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. Ainsi le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) indique-t-il que « [l]es membres non juges peuvent être choisis parmi des juristes émérites et des professeurs universitaires avec une certaine ancienneté professionnelle ou parmi des citoyens reconnus [...] »¹⁵²⁵. La participation de tels membres permet d'assurer un équilibre et une ouverture, mais aussi une transparence de l'autorité disciplinaire¹⁵²⁶.

1044. — Les professeurs d'université¹⁵²⁷, même s'ils dépendent généralement formellement du gouvernement cantonal, devraient pouvoir être rangés dans la présente catégorie en raison de l'indépendance scientifique dont ils bénéficient en principe et de l'autonomie dont jouissent généralement les universités.

1045. — Les avocats (au barreau) – pour autant qu'ils ne siègent pas au parlement (ou ne fassent pas également partie de l'administration cantonale) – figurent

¹⁵²³ CCJE, Avis n° 10, par. 23. Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 48.

¹⁵²⁴ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 (cf. ég. N 9 : « [b]odies deciding on cases of judicial discipline must not be controlled by the executive branch nor shall there be any political influence pertaining to discipline. Any kind of control by the executive branch over Judicial Councils or bodies entrusted with discipline is to be avoided [...] »).

¹⁵²⁵ CCJE, Avis n° 10, par. 22.

¹⁵²⁶ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7.

¹⁵²⁷ Cf. ég. MARTY, Rapport, p. 24.

typiquement parmi les (autres) juristes émérites évoqués¹⁵²⁸ par le Conseil consultatif de juges européens (CCJE).

1046. — A notre sens, les procureurs (magistrats du parquet) ne devraient, en principe, pas faire partie de l'autorité disciplinaire¹⁵²⁹. En effet, ceux-ci, bien qu'ils aient la qualité de magistrats judiciaires¹⁵³⁰, ont un rôle sensiblement distinct des magistrats du siège¹⁵³¹. Les interactions entre l'exercice de la fonction de magistrat du siège et du parquet laissent apparaître que la présence d'un ou de plusieurs magistrats du parquet au sein de l'autorité disciplinaire compétente au regard des magistrats du siège (pourrait) s'avérer(rait) incompatible avec le principe de l'indépendance de la justice. Nous reproduisons ci-après, concernant la problématique du siège des procureurs au sein de l'autorité disciplinaire, un extrait de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans l'affaire *Volkov c. Ukraine* : « [I]a Cour rappelle l'avis de la Commission de Venise selon lequel le fait que le Procureur général soit membre de droit^[1532] du Conseil supérieur de la magistrature est source de préoccupations supplémentaires, en ce qu'il peut avoir un effet dissuasif sur les juges et être perçu comme une menace potentielle. Le Procureur général se trouve au sommet de la hiérarchie du Parquet et supervise tous les procureurs. De par leur rôle fonctionnel, les procureurs peuvent participer à de nombreuses affaires que les juges doivent trancher. La présence du Procureur général dans un organe intervenant dans la nomination, la sanction et la révocation des juges crée un risque que ceux-ci n'agissent pas de manière impartiale dans ces affaires ou que le Procureur général n'agisse pas de manière impartiale envers les juges dont il désapprouve les décisions [...] »¹⁵³³.

¹⁵²⁸ Cf. *supra*, N 1043.

¹⁵²⁹ *Contra* : MARTY, Rapport, p. 24.

¹⁵³⁰ Sur la notion de procureur, cf. *supra*, Chap. 1, N 53-62.

¹⁵³¹ En ce sens : OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7. Cf. pour le surplus OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 : « [...] representatives of the law enforcement agencies should [...] be barred from participation ».

¹⁵³² Cf. pour le surplus *infra*, N 1056 concernant la question de l'admissibilité de la présence du procureur général en tant que membre de droit au sein de l'autorité disciplinaire.

¹⁵³³ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 114. Cf. ég. COMMISSION DE VENISE, Avis Ukraine 2013, N 39 : « [I]a présence du Procureur général au sein du [conseil de la justice] peut poser problème lorsque des décisions, en particulier d'ordre disciplinaire, sont prises sur la carrière de juges. Là encore, c'est le [conseil de la justice] qui s'occupe des questions de carrière et de discipline des procureurs. Il conviendrait d'envisager de ne donner droit de vote au Procureur général que dans les affaires concernant des procureurs. Ou alors, il serait possible de former deux chambres distinctes au sein du [conseil de la justice] : l'une s'occuperait des juges, et l'autre des procureurs pour tout ce qui touche à la carrière et à la discipline de chaque corps ».

c. Les membres de droit (membres *ex officio*)

(i) *La notion*

1047. — La catégorie des membres de droit regroupe les personnes fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire *ex officio*. Ces membres peuvent aussi bien être des magistrats du siège¹⁵³⁴ (ci-après, (ii)) que des « autres membres » dans le sens défini ci-dessus¹⁵³⁵ (ci-après, (iii)).

1048. — A noter que dans le canton du Jura, tous les membres du Conseil de surveillance de la magistrature sont des membres de droit. Sont en effet membres : le président du Parlement, le chef du Département de la Justice, le président du Tribunal cantonal, le président du Tribunal de première instance, le bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et le procureur général (art. 66 al. 2 LOJ/JU). La solution consistant à mettre en place une autorité disciplinaire composée exclusivement de membres de droit, même si elle offre une certaine stabilité et prévisibilité, n'est, d'une manière générale, probablement pas à recommander. En effet, outre d'éventuelles problématiques d'incompatibilité(s)¹⁵³⁶ et de suppléance(s)¹⁵³⁷, un tel système entraîne une rigidité mécanique¹⁵³⁸ qui n'est pas forcément souhaitable ; la compétence, par hypothèse, d'une personne dans l'exercice d'une fonction¹⁵³⁹ donnée n'implique pas obligatoirement que celle-ci disposera des compétences nécessaires pour traiter de causes liées à la surveillance disciplinaire des magistrats du siège, et qu'elle aura des affinités particulières pour cette matière. RICOL a considéré à ce titre qu'une autorité disciplinaire comprenant aussi bien des membres de droit que des représentants élus offre davantage de garanties¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ Cf. *supra*, N 1024-1035.

¹⁵³⁵ Cf. *supra*, N 1036-1046.

¹⁵³⁶ Cf. ég. *supra*, N 580.

¹⁵³⁷ Se pose en effet la question de la désignation des suppléants des membres de droit (personnes pouvant être désignées, mode de désignation, etc.).

¹⁵³⁸ Notion d'ensemble exprimant qu'un corps rigide garde une pérennité structurelle entre ses divers points, même sous l'impact de forces (cf. [<http://www.formules-physique.com/categorie/1325>] [consulté le 24.07.2015]).

¹⁵³⁹ Le terme « fonction » est pris ici dans une acception large.

¹⁵⁴⁰ RICOL (F ; anc.), p. 121-127.

(ii) *Les magistrats du siège en tant que membres de droit*

1049. — Pourront en particulier intervenir en tant que membres de droit entrant dans la catégorie des magistrats du siège les présidents des instances juridictionnelles supérieures¹⁵⁴¹. Par exemple, dans le canton de Genève, le président de la Cour de Justice siège d'office au sein du Conseil supérieur de la magistrature (art. 17 al. 1 let. b LOJ/GE) ; dans le canton du Jura, le président du Tribunal cantonal et le président du Tribunal de première instance siègent d'office au sein du Conseil de surveillance de la magistrature (art. 66 al. 2 LOJ/JU)¹⁵⁴².

1050. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) indique, en ce qui concerne les magistrats du siège fonctionnant au sein du conseil de la justice, qu'un tel procédé ne devrait s'appliquer qu'à un nombre limité de membres¹⁵⁴³.

1051. — Nous renvoyons pour le surplus aux remarques émises ci-dessus concernant le siège d'un chef de cour ou de juridiction au sein de la formation disciplinaire chargée de statuer sur la situation disciplinaire d'un magistrat appartenant à la juridiction dudit chef de cour ou de juridiction¹⁵⁴⁴.

(iii) *Les « autres membres » en tant que membres de droit*

1052. — Des membres de l'autorité disciplinaire entrant dans la catégorie des autres membres pourront également être investis en tant que membres de droit. Ces membres peuvent (i) appartenir au pouvoir législatif, (ii) appartenir au pouvoir exécutif ou (iii) n'appartenir à aucun des deux pouvoirs précités.

1053. — Les membres appartenant au pouvoir législatif (cas (i) ci-dessus) et investis en tant que membres de droit pourront notamment être le président du parlement ou le président de la commission judiciaire du parlement. Par exemple, dans le canton du Jura, le président du Parlement siège d'office au sein du Conseil de surveillance de la magistrature (art. 66 al. 2 LOJ/JU) ; dans le canton de Neuchâtel, le président de la Commission judiciaire du Grand

¹⁵⁴¹ Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 26.

¹⁵⁴² Cf. ég. MARTY, Rapport, p. 24.

¹⁵⁴³ Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 26.

¹⁵⁴⁴ Cf. N 1028-1035.

Conseil peut apparemment¹⁵⁴⁵ siéger d'office au sein du Conseil de la magistrature (art. 49 al. 2 let. c LMSA/NE).

1054. — Les membres appartenant au pouvoir exécutif (cas (ii) ci-dessus) et par hypothèse investis en tant que membres de droit pourraient par exemple – sous réserve de l'admissibilité générale de la présence de membres issus du pouvoir exécutif au sein de l'autorité disciplinaire, que nous rejetons¹⁵⁴⁶ – être le président du gouvernement (conseil d'Etat) ou le membre du gouvernement (ministre ou conseiller d'Etat) en charge du département de la justice (cf. p. ex. art. 66 al. 2 LOJ/JU : le chef du Département de la Justice). En ce dernier cas, le chef (respectivement le président) de gouvernement pourrait se voir attribuer, d'office également, la présidence de l'autorité disciplinaire¹⁵⁴⁷ ; nous ne sommes pas favorables, d'une manière générale, à une telle possibilité.

1055. — Il serait encore possible que des membres n'appartenant ni au pouvoir législatif, ni au pouvoir exécutif (cas (iii) ci-dessus) soient investis en tant que membres de droit. On pourrait ainsi imaginer que le doyen de la faculté de droit d'une université cantonale fonctionne comme membre *ex officio* de l'autorité disciplinaire située dans ce canton. On peut toutefois douter de l'intérêt pratique et de la justification théorique d'une telle construction.

1056. — Le procureur général, dans certains ordres juridiques, siège *ex officio* au sein de l'autorité disciplinaire. Par exemple, dans le canton de Genève, le procureur général est un membre d'office du Conseil supérieur de la magistrature (art. 17 al. 1 let. a LOJ/GE) ; de même, dans le canton du Jura, le procureur général est membre *ex officio* du Conseil de surveillance de la magistrature (art. 66 al. 2 LOJ/JU). Un tel procédé devrait à notre sens être évité. Nous renvoyons pour le surplus aux développements proposés plus haut concernant la problématique du siège des procureurs au sein de l'autorité disciplinaire¹⁵⁴⁸.

1057. — Le siège *ex officio* du bâtonnier d'un ordre des avocats au sein de l'autorité disciplinaire (comme c'est le cas dans le canton du Jura, cf. art. 66 al. 2 LOJ/JU) n'est probablement pas souhaitable. En effet, un tel ordre n'est pas forcément représentatif dans la mesure où il revêt un caractère privé

¹⁵⁴⁵ Celui-ci siège, vraisemblablement, à défaut d'indication contraire de la part de la Commission judiciaire du Grand Conseil (cf. l'expression « *ou un de ses membres qu'elle* [i.e. la Commission judiciaire du Grand Conseil] *désigne* »).

¹⁵⁴⁶ Cf. *supra*, N 1040-1042.

¹⁵⁴⁷ CCJE, Avis n° 10, par. 33. A noter qu'en France, la Loi constitutionnelle no 2008-724 du 23.07.2008 de modernisation des institutions de la V^e République, qui porte notamment modification de l'art. 65 Cst./F, a notamment mis fin à la présidence du Conseil supérieur de la magistrature par le président de la République (cf. LE POGAM, N 5 et *passim*).

¹⁵⁴⁸ Cf. *supra*, N 1046.

(association) et ne rassemble généralement pas l'intégralité des avocats inscrits au registre de l'ordre juridique visé. La solution adoptée dans le canton de Genève apparaît à cet égard plus conforme : les (deux) avocats au barreau (genevois) appelés à siéger au sein du Conseil supérieur de la magistrature sont élus par l'(ensemble d)es avocats inscrits au registre cantonal des avocats (cf. en particulier art. 2 REMCSM).

4. Le domicile des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu)

1058. — Le domicile à l'intérieur d'une circonscription donnée constitue généralement une condition – directe ou indirecte – d'accès à, et d'exercice de, la fonction de membre de l'autorité disciplinaire compétente en matière de droit disciplinaire des magistrats du siège dans une telle circonscription. La situation relative au domicile des membres de l'autorité disciplinaire siégeant en tant que membres de droit¹⁵⁴⁹ dépendra généralement des conditions d'accès à, et d'exercice de, leur fonction « de base » au sein de ladite circonscription.

1059. — Il appartient au législateur de définir si les membres de l'autorité disciplinaire doivent être domiciliés dans la circonscription correspondant à la compétence territoriale de l'autorité disciplinaire. En ce sens, la situation des membres de l'autorité disciplinaire n'est pas fondamentalement différente de celle des autres agents publics.

1060. — Lorsque tel n'est pas déjà le cas, il conviendrait à notre sens d'envisager la possibilité d'instaurer des règles permettant de nommer, en tant que membres de l'autorité disciplinaire, des personnes – en particulier des magistrats du siège et des (juristes)-experts – provenant d'autres circonscriptions. De telles règles permett(rai)ent d'apporter une ouverture supplémentaire aux autorités disciplinaires, favorisant de ce fait leur indépendance¹⁵⁵⁰.

1061. — Par ailleurs, dans l'hypothèse où des membres de l'autorité disciplinaire devraient provenir d'autres circonscriptions (voire même de l'étranger), l'appartenance de ceux-ci au pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire revêtirait une importance moindre dès lors que les institutions auxquelles ils se rattacheraient se situeraient hors de l'ordre juridique concerné.

1062. — A titre d'exemple, nous mentionnons (i) l'art. 86 al. 3 LOJV/VD, qui prévoit expressément que les juges du Tribunal neutre – qui constitue l'autorité

¹⁵⁴⁹ Sur la notion de membres de droit, cf. *supra*, N 1047-1057.

¹⁵⁵⁰ Pour le surplus, nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux réflexions proposées *infra*, N 1137-1154 concernant la possibilité d'une unification ou d'une harmonisation des autorités disciplinaires en Suisse.

de surveillance des magistrats du siège cantonaux mais aussi l'autorité de recours contre les décisions de l'autorité de surveillance des magistrats du siège de première instance —¹⁵⁵¹ ne sont pas tenus d'avoir leur domicile dans le canton de Vaud ; (ii) l'art. 126 al. 1 let. h Cst./FR, qui prévoit la présence de deux autres membres (que ceux définis à l'art. 126 al. 1 let. a-g Cst./FR) parmi les neuf membres du Conseil de la magistrature fribourgeoise, et qui doit pouvoir être compris — *a contrario* — comme permettant la présence d'experts extérieurs au canton¹⁵⁵².

5. La proportion de magistrats du siège

a. La problématique

1063. — La problématique de la mesure de la participation des magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire (proportion de magistrats du siège) n'est pas forcément déterminante en elle-même ; elle doit généralement être examinée en fonction (i) du statut des autres membres de l'autorité disciplinaire et (ii) des conditions de nomination (de l'ensemble) des membres de l'autorité disciplinaire.

1064. — Une multitude de configurations sont ainsi possibles, dont il est difficile de peser les pour et les contre de manière abstraite. Nous tenterons toutefois, dans les développements qui suivent, d'apporter, sur la base en particulier de différents avis et recommandations, un éclairage sur cette question.

1065. — La question se pose en particulier de savoir (i) si une proportion particulière de magistrats du siège devrait prévaloir au sein de l'autorité disciplinaire (ci-après, b.(i)), et le cas échéant, (ii) quelle devrait être cette proportion (ci-après, b.(ii)). Des éléments d'appréciation seront proposés à cet égard (ci-après, c.).

¹⁵⁵¹ Cf. *supra*, N 948-972, *passim*.

¹⁵⁵² En ce sens : VALLET, *Richterzeitung*, N 30 s. Cf. pour le surplus AUBERT/MAHON, *Regard*, N 34, qui indiquent que l'ajout des « deux autres membres » à l'art. 126 al. 1 let. h Cst./FR ressort du texte adopté en seconde lecture.

b. Les avis et recommandations

(i) *La composition mixte ou exclusive de l'autorité disciplinaire*

1066. — D'une manière générale, les avis et recommandations consultables en la matière préconisent de viser une large représentativité au sein des conseils de la justice, dans le but de promouvoir la transparence du statut et de l'activité de tels conseils¹⁵⁵³.

1067. — On peut déjà clairement exclure, à la lecture de ces avis et recommandations, la possibilité de la présence d'une autorité disciplinaire qui ne compterait pas de magistrats du siège en son sein. A l'inverse, ces avis et recommandations n'excluent toutefois pas forcément que l'autorité disciplinaire soit – voire doive être – composée exclusivement de magistrats du siège.

1068. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁵⁵⁴ a ainsi estimé que les conseils de la justice peuvent être composés soit exclusivement de magistrats du siège, soit à la fois de magistrats du siège et d'autres membres¹⁵⁵⁵. Le Réseau européen des conseils de la Justice (RECJ), dans une résolution adoptée en 2008, a retenu la même approche¹⁵⁵⁶.

1069. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a indiqué qu'il convient, dans les deux cas, d'éviter tout corporatisme (de la part des magistrats du siège)¹⁵⁵⁷. Il a par ailleurs donné une préférence à la solution consistant à prévoir une composition mixte de l'autorité disciplinaire. Selon lui, en effet, « *une [...] composition mixte présente l'avantage d'une part d'éviter le corporatisme et d'autre part de refléter les différents courants d'opinion de la société et apparaître ainsi comme une source supplémentaire de légitimation du pouvoir judiciaire* »¹⁵⁵⁸.

1070. — Les *Kyiv Recommendations*¹⁵⁵⁹ contiennent (également) un prononcé en faveur d'une composition mixte, cela au regard de la situation spécifique des autorités disciplinaires : « *[b]odies competent [on judicial discipline] shall not*

¹⁵⁵³ Cf. p. ex. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7.

¹⁵⁵⁴ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹⁵⁵⁵ CCJE, Avis n° 10, ch. 16.

¹⁵⁵⁶ RECJ, Résolution de Budapest, ch. 4.

¹⁵⁵⁷ CCJE, Avis n° 10, par. 16.

¹⁵⁵⁸ CCJE, Avis n° 10, par. 19 (cf. ég. par. 23, 32). Cf. ég. CCJE, Avis n° 3, par. 71. Cf. pour le surplus VOERMANS/ALBERS (NL), p. 110.

¹⁵⁵⁹ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

exclusively be composed of judges, but require representation including members from outside the judicial profession »¹⁵⁶⁰.

1071. — Cela étant, il faut souligner que le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a indiqué que lorsqu'un conseil de la justice a une composition mixte (i.e. lorsqu'il comprend tant des magistrats du siège que d'autres membres), « *certaines de ses tâches pourraient être réservées à une formation du [conseil de la justice] constituée uniquement de [magistrats du siège]* »¹⁵⁶¹. Cette remarque se rapporte manifestement aux tâches de surveillance disciplinaire. Il serait dès lors possible de considérer, en particulier pour des motifs liés à l'indépendance de la justice, que les autorités disciplinaires devraient être composées exclusivement de magistrats du siège¹⁵⁶².

1072. — Dans cette même ligne, nous mentionnerons (i) le *Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (« *Siracusa Principles* ») adopté en 1981¹⁵⁶³, qui prévoit que les procédures disciplinaires relatives aux magistrats du siège devraient se dérouler devant une autorité composée de (et sélectionnée par) les membres du pouvoir judiciaire (« *[a]ny disciplinary proceedings concerning judges should be before a court or a board composed of and selected by members of the judiciary* »)¹⁵⁶⁴ (ii) en Italie, la *Sezione Disciplinare* du *Consiglio Superiore della Magistratura*, qui connaît une composition spécifique de membres fonctionnant au sein du *Consiglio Superiore della Magistratura* et comprend une proportion de magistrats du siège au moins aussi importante que le *Consiglio Superiore della Magistratura* lui-même¹⁵⁶⁵.

(ii) *La proportion de magistrats du siège en cas de composition mixte de l'autorité disciplinaire*

1073. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) indique que lorsque la composition du conseil de la justice est mixte (i.e. lorsqu'il comprend tant des magistrats du siège que d'autres membres), ledit conseil doit compter une

¹⁵⁶⁰ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 9 (cf. ég. N 7).

¹⁵⁶¹ CCJE, Avis n° 10, par. 20. Cette remarque rejoint par ailleurs la question du rapport entre les autorités disciplinaires et les conseils de la justice ; nous renvoyons sur ce point aux remarques formulées *supra*, N 1010-1015.

¹⁵⁶² En ce sens : ABRAVANEL, p. 274, 276.

¹⁵⁶³ Cf. *supra*, N 997.

¹⁵⁶⁴ *Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (« *Siracusa Principles* ») ; cf. *supra*, N 997), art. 13.

¹⁵⁶⁵ Cf. FANTACCHIOTTI/FRESA/TENORE/VITELLO (I), p. 388 ss.

majorité substantielle de magistrats du siège [...] afin d'éviter toute manipulation ou pression indue¹⁵⁶⁶. Selon la même approche, la Magna Carta des juges¹⁵⁶⁷ retient que le conseil de la justice doit être composé « *soit exclusivement de juges, soit au moins d'une majorité substantielle de juges [...]* »¹⁵⁶⁸.

1074. — La Commission de Venise¹⁵⁶⁹, pour sa part, a notamment relevé que « *[l]a composition [du conseil de la justice] devrait, dans tous les cas, présenter un caractère pluraliste, les [magistrats du siège] représentant une partie importante, sinon la majorité, de ses membres* »¹⁵⁷⁰.

1075. — Les *Kyiv Recommendations*, établies sous l'égide de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)¹⁵⁷¹, indiquent également que le conseil de la justice – ce qui doit *a fortiori* valoir pour l'autorité disciplinaire – devrait comprendre « un nombre substantiel » de magistrats du siège¹⁵⁷². Les membres participants, dans le « *meeting report* » publié à l'appui des *Kyiv Recommendations*, ont toutefois précisé que le conseil de la justice devrait être composé, au minimum, *aux deux tiers* de magistrats du siège¹⁵⁷³.

1076. — Le Réseau européen des conseils de la Justice (RECJ) a quant à lui considéré que « *quand la composition est mixte, le [conseil de la justice] doit compter une majorité de magistrats [du siège], sans être inférieure à 50 %* »¹⁵⁷⁴. Le groupe des Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL)¹⁵⁷⁵ avait également considéré, en 1993, que le conseil supérieur de la magistrature devrait être composé « au moins pour moitié » de magistrats¹⁵⁷⁶. Il en va de même du Conseil de l'Europe dans (i) la Charte européenne sur le statut

¹⁵⁶⁶ CCJE, Avis n° 10, par. 18.

¹⁵⁶⁷ Concernant la Magna Carta des juges, cf. *supra*, N 76.

¹⁵⁶⁸ CCJE, Magna Carta des juges, principe 13. Cf. ég. JORNOT, N 42 s., qui critique le fait que des personnes extérieures au pouvoir judiciaire puissent être chargées (majoritairement) de la surveillance disciplinaire.

¹⁵⁶⁹ Concernant la Commission de Venise, cf. *supra*, n. 157.

¹⁵⁷⁰ COMMISSION DE VENISE, Rapport Indépendance, N 32.

¹⁵⁷¹ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁵⁷² OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 (« *a substantial number* »).

¹⁵⁷³ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, Meeting Report, p. 13.

¹⁵⁷⁴ RECJ, Résolution de Budapest, ch. 4.

¹⁵⁷⁵ Concernant les « *Eléments d'un statut européen de la magistrature* » adoptés par les Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), cf. *supra*, n. 1444.

¹⁵⁷⁶ MEDEL, *Eléments d'un statut européen de la magistrature*, ch. 3.2.

des juges adoptée en 1998¹⁵⁷⁷ et (ii) la Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁵⁷⁸. L'exposé des motifs à l'appui de la Charte européenne sur le statut des juges révèle que ses rédacteurs, tenant compte des différences existant entre les systèmes nationaux, n'ont pas voulu permettre que les juges soient minoritaires au sein de l'instance indépendante, mais n'ont pas non plus entendu imposer qu'ils y soient majoritaires¹⁵⁷⁹.

1077. — L'Union Internationale des Magistrats (UIM) avait considéré, dans le Statut universel du juge adopté en 1999¹⁵⁸⁰, que « [I]orsque cela n'est pas assuré par d'autres voies résultant d'une tradition établie et éprouvée, l'administration judiciaire et l'action disciplinaire doivent relever d'un organe indépendant comportant une part substantielle et représentative de juges »¹⁵⁸¹. Dans un document de 2003, l'Union Internationale des Magistrats a adopté une position nettement plus tranchée : elle a en effet considéré qu'« [i]l est essentiel qu'un [c]onseil supérieur de la [m]agistrature ou un organisme analogue ait une majorité de juges parmi ses membres »¹⁵⁸².

1078. — Dans le même sens, l'*International Association of Judicial Independence and World Peace* a retenu en 2008 que « [...] the tribunal for discipline and removal of judges shall [...] be composed predominantly of members of the Judiciary »¹⁵⁸³. L'*International Bar Association* (IBA) avait adopté une position similaire en 1982¹⁵⁸⁴ ; de même la *Universal Declaration On The Independence Of Justice* (« *Montreal Declaration* ») adoptée en 1983 lors de la *First World Conference on the Independence of Justice*¹⁵⁸⁵.

1079. — Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, a rappelé que la présence, parmi les membres d'un tribunal, de magistrats occupant au moins la moitié des sièges, dont un président avec

¹⁵⁷⁷ Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 (cf. ég. ch. 5.1). Cf. ég. Résolution CM 1685(2009) du 30.09.2009 intitulée « [a]llégations d'abus du système pénal, motivé par des considérations politiques [sic], dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », ch. 3.3.2.

¹⁵⁷⁸ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 27. Sur la Recomm. CM/Rec(2010)12, cf. *supra*, n. 685.

¹⁵⁷⁹ Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad ch. 1.3.

¹⁵⁸⁰ Cf. *supra*, N 997.

¹⁵⁸¹ UIM, Statut universel du juge (cf. *supra*, N 997), art. 11.

¹⁵⁸² UIM, Conclusions de la Première commission d'études de l'Union Internationale des Magistrats sur le rôle et les fonctions des Conseils supérieurs de Justice, adoptées à Vienne le 12.11.2003.

¹⁵⁸³ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE, *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* (cf. *supra*, N 997), ch. 5.6.

¹⁵⁸⁴ IBA MSJI, *Rule* 31.

¹⁵⁸⁵ *Universal Declaration on the Independence of Justice* (« *Montreal Declaration* ») adoptée à Québec le 10.06.1983, ch. 2.33a.

voix prépondérante, donne un gage certain d'impartialité¹⁵⁸⁶. Elle a par ailleurs souligné qu'en ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des magistrats du siège, la nécessité qu'un « nombre important » des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes magistrats du siège est reconnue dans la Charte européenne sur le statut des juges¹⁵⁸⁷. En réalité, comme on l'a vu¹⁵⁸⁸, ladite Charte est davantage précise : elle préconise l'institution d'une autorité disciplinaire composée « au moins pour moitié » de magistrats du siège élus¹⁵⁸⁹.

c. Eléments d'appréciation

1080. — Aucune solution ne paraît, à la lecture des textes précités, devoir s'imposer. On peut toutefois dégager certaines tendances. Il semble pouvoir être admis – mais il ne faut probablement pas y voir une exigence – que les autorités disciplinaires soient composées exclusivement de magistrats du siège. Lorsqu'elles sont mixtes, c'est-à-dire lorsque d'autres membres fonctionnent aux côtés des magistrats du siège, les autorités disciplinaires doivent à tout le moins comprendre « un nombre substantiel » de magistrats du siège¹⁵⁹⁰.

1081. — A ce dernier titre, un large consensus semble se dégager : lorsqu'elles sont mixtes, les autorités disciplinaires doivent être composées au moins pour

¹⁵⁸⁶ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 109, citant CourEDH, arrêt *Le Compte et al. c. Belgique* du 23.06.1981, série A no 43, par. 58.

¹⁵⁸⁷ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 109.

¹⁵⁸⁸ Cf. *supra*, N 1076.

¹⁵⁸⁹ Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 et 5.1.

¹⁵⁹⁰ Cf. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 (« *a substantial number* ») ; UIM, Statut universel du juge (cf. *supra*, N 997), art. 11 (« *une part substantielle et représentative* »).

moitié¹⁵⁹¹ – si ce n'est (clairement¹⁵⁹²) majoritairement¹⁵⁹³ – de magistrats du siège¹⁵⁹⁴.

1082. — On peut relever au surplus que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, en matière disciplinaire, qu'un collège composé pour moitié de membres du corps surveillé (en l'occurrence des médecins) n'est pas de nature à faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité¹⁵⁹⁵.

1083. — Dans le canton de Genève, l'art. 126 al. 2 Cst./GE prévoit expressément qu'une minorité des membres du Conseil supérieur de la magistrature est issue du pouvoir judiciaire. Cette règle marque un changement de cap important par rapport à la solution prévalant avant la révision, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013, de l'ancienne constitution cantonale de 1847¹⁵⁹⁶. Le but de ce changement est manifestement d'éviter les soupçons de corporatisme à l'égard du Conseil supérieur de la magistrature¹⁵⁹⁷.

1084. — La solution adoptée par le nouveau Constituant genevois avait été critiquée par l'Association des magistrats du pouvoir judiciaire de la République et canton de Genève (AMPJ)¹⁵⁹⁸. Elle se démarque de la solution

¹⁵⁹¹ RECJ, Résolution de Budapest, ch. 4 ; MEDEL, *Eléments d'un statut européen de la magistrature*, ch. 3.2 ; Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 (cf. ég. ch. 5.1) ; Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 27.

¹⁵⁹² En faveur même d'une « majorité substantielle » : CCJE, Avis n° 10, par. 18 ; CCJE, *Magna Carta des juges*, principe 13. Cf. ég. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, Meeting Report, p. 13 (« deux tiers »).

¹⁵⁹³ UIM, *Conclusions de la Première commission d'études de l'Union Internationale des Magistrats sur le rôle et les fonctions des Conseils supérieurs de Justice*, adoptées à Vienne le 12.11.2003 ; *International Association of Judicial Independence and World Peace*, *Mt. Scopus Revised International Standards of Judicial Independence* (cf. *supra*, N 997), ch. 5.6 ; IBA MSJI, *Rule 31* ; *Universal Declaration on the Independence of Justice* (« *Montreal Declaration* ») adoptée à Québec le 10.06.1983, ch. 2.33a ; ég. COMMISSION DE VENISE, *Rapport Indépendance*, N 32.

¹⁵⁹⁴ *Contra* : GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 228.

¹⁵⁹⁵ CourEDH, arrêt *Le Compte et al. c. Belgique* du 23.06.1981, série A no 43, par. 54 ss.

¹⁵⁹⁶ Cf. pour le surplus *supra*, N 884-895. A noter toutefois que l'art. 17 al. 1 LOJ/GE, actuellement en vigueur, n'a apparemment pas été adapté suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution genevoise : cette disposition, applicable en vertu renvoi de l'art. 135 al. 1 aCst./GE, prévoit une majorité de membres du pouvoir judiciaire au sein du Conseil supérieur de la magistrature (six membres – procureur général compris – sur onze). Cf. pour le surplus *supra*, N 886.

¹⁵⁹⁷ Cette disposition a été ajoutée par la Commission 3 (Institutions : les 3 pouvoirs) (cf. ASSEMBLEE CONSTITUANTE [GE], *Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise*, Tome XVII, p. 8868). Cf. ég. ASSEMBLEE CONSTITUANTE (GE), *Bulletin officiel de l'Assemblée constituante genevoise*, Tome XXV et Tome XXVII, *passim*.

¹⁵⁹⁸ Cf. GAVIN, N 3.

adoptée par deux des quatre autres cantons suisses ayant instauré un conseil de la justice : les Cantons du Jura et de Neuchâtel prévoient en effet une composition présentant une majorité de magistrats judiciaires.

1085. — Les Cantons de Fribourg et du Tessin ne prévoient, quant à eux, pas de délimitation précise sur ce point : la proportion de magistrats du siège (partant la possibilité d'une majorité) dépend de la question pratique de savoir si des personnes ayant la qualité de magistrat du siège occupent également les places destinées à d' « autres » membres¹⁵⁹⁹.

1086. — On remarque ainsi que la proportion de magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire peut varier, suivant les systèmes, en fonction de la composition effective de la catégorie rassemblant d' « autres » membres – lorsque cette catégorie n'exclut pas la présence de magistrats du siège. Une telle construction engendre une certaine insécurité juridique qui n'est peut-être pas souhaitable. La proportion de magistrats du siège devrait en principe être déterminée dans la loi. En ce sens, il conviendrait, le cas échéant, de s'interroger sur la possibilité d'exclure la présence de magistrats du siège dans la catégorie de membres « par défaut ». Cette catégorie rassemblerait ainsi les « autres membres » dans le sens défini ci-dessus¹⁶⁰⁰, soit les membres ne présentant pas la qualité de magistrat du siège.

1087. — Au vu de ce qui précède, nous nous positionnons en faveur de la solution consistant à exiger une majorité de magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire. Cela étant, il convient de relever que la question de la proportion de magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire n'est pas forcément déterminante. D'une part, le fait que les magistrats du siège soient par hypothèse majoritaires au sein de l'autorité disciplinaire ne signifie pas encore que ceux-ci se prononceront systématiquement d'une seule voix¹⁶⁰¹. La représentation large des instances judiciaires de l'ordre juridique visé¹⁶⁰² – plutôt qu'une représentation limitée aux magistrats du siège de l'instance supérieure/suprême – tend à éviter ce risque¹⁶⁰³. D'autre part, il convient de tenir compte du fait que même si les magistrats du siège ne sont pas majoritaires, ceux-ci auront probablement, de par leur expérience notamment, un rôle prépondérant voire dominant au sein de l'autorité disciplinaire¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁹ Cf. *supra*, N 875 (canton de Fribourg), N 929 (canton du Tessin).

¹⁶⁰⁰ Cf. *supra*, N 1036-1046.

¹⁶⁰¹ Cf. ég. LE POGAM (F), N 173.

¹⁶⁰² Cf. *supra*, N 1016.

¹⁶⁰³ En ce sens : GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 219.

¹⁶⁰⁴ Cf. GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 218.

1088. — En outre, la question de la proportion de magistrats du siège au sein de l'autorité disciplinaire serait relativisée dans l'hypothèse de l'adoption d'une autorité intercantonale¹⁶⁰⁵. En effet, les enjeux se poseraient différemment dans la mesure où les membres d'une telle autorité intercantonale – ou plus précisément les membres composant l'autorité disciplinaire dans un cas d'espèce – pourraient provenir d'autres circonscriptions judiciaires que celle à laquelle appartiendrait le magistrat du siège en cause. Les problématiques d'indépendance et d'impartialité, en particulier l'absence de distance suffisante de l'autorité disciplinaire par rapport aux magistrats du siège surveillés et le risque de travers corporatistes, seraient ainsi évitées.

D. La nomination des membres de l'autorité disciplinaire

1. Généralités

1089. — La problématique de la nomination des membres de l'autorité disciplinaire doit généralement être appréciée concurremment avec les questions liées à la composition de l'autorité disciplinaire¹⁶⁰⁶. En effet, le processus de nomination des membres de l'autorité disciplinaire est généralement fonction des catégories de membres composant l'autorité disciplinaire. Une multitude de scénarii, plus ou moins complexes, peut dès lors se présenter ; il s'agira parfois de trouver un équilibre entre des impératifs partiellement contradictoires¹⁶⁰⁷.

1090. — Par exemple, dans le canton du Tessin, l'art. 77 LOG/TI prévoit que des sept membres et cinq suppléants composant le *Consiglio della Magistratura* (cf. art. 75 al. 1 LOG/TI), (i) trois membres et deux suppléants, choisis parmi les magistrats judiciaires à plein temps en exercice, sont élus par l'assemblée des magistrats judiciaires exerçant à plein temps (art. 77 al. 1 et 2 LOG/TI), et (ii) quatre membres et trois suppléants, choisis parmi les autres magistrats judiciaires en exercice, les anciens magistrats judiciaires et les autres citoyens ayant l'exercice des droits civiques, sont élus par le *Gran Consiglio* (art. 77 al. 5 *i.i.* LOG/TI)¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁵ Sur la possibilité d'une uniformisation des autorités disciplinaires en Suisse, cf. *infra*, N 1137-1154.

¹⁶⁰⁶ Cf. p. ex. GAROUPA/GINSBURG (USA), p. 228. Sur la composition de l'autorité disciplinaire, cf. *supra*, N 1016-1088.

¹⁶⁰⁷ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 32.

¹⁶⁰⁸ Pour le surplus, cf. *supra*, N 921-941.

1091. — Dans les développements qui suivent, la problématique de la nomination des membres de l'autorité disciplinaire sera étudiée (d'abord) en fonction des catégories auxquelles ceux-ci appartiennent. A ce titre, nous distinguerons la nomination (i) des magistrats du siège (ci-après, 2.) et (ii) des « autres membres » de l'autorité disciplinaire (ci-après, 3.). La présence de membres siégeant « *ex officio* » ne sera pas prise en compte dans cette analyse, étant donné que leur position au sein de l'autorité disciplinaire découle directement et immédiatement de la fonction qu'ils exercent¹⁶⁰⁹.

1092. — On peut déjà indiquer, avant de discuter cette problématique, que les autorités disciplinaires ne devraient manifestement pas pouvoir procéder elles-mêmes à l'élection des membres qui la composent¹⁶¹⁰. Il convient toutefois de réserver la possibilité d'une désignation du président de l'autorité disciplinaire par l'autorité disciplinaire (en plenum)¹⁶¹¹.

1093. — Par ailleurs, nous pouvons reprendre ici les termes du Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁶¹², qui préconise, afin de garantir la continuité des activités du conseil de la justice, de faire en sorte que les membres dudit conseil ne soient pas tous remplacés en même temps¹⁶¹³.

2. La nomination des magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire

a. Présentation

1094. — La problématique de la nomination des membres de l'autorité disciplinaire rejoint – et prolonge –, en ce qui concerne les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire, les problématiques liées à la nomination des magistrats du siège à leurs fonctions « standard »¹⁶¹⁴.

¹⁶⁰⁹ Sur la présence de membres de droit au sein de l'autorité disciplinaire, cf. *supra*, N 1047-1057.

¹⁶¹⁰ Cf. toutefois OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 à propos de la désignation (probablement après la phase de désignation au sein du conseil de la justice) du président du conseil de la justice : « [t]he president of the Judicial Council should be elected by majority vote from among its members ».

¹⁶¹¹ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 33 à propos des conseils de la justice.

¹⁶¹² Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹⁶¹³ CCJE, Avis n° 10, par. 35.

¹⁶¹⁴ Sur la question, non traitée dans le cadre de la présente étude, de l'élection des magistrats du siège, nous renvoyons aux réf. cit. *supra* ad n. 200.

1095. — Schématiquement, les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire peuvent être désignés par une autorité ou entité appartenant (i) au pouvoir législatif (ci-après, b.), (ii) au pouvoir exécutif (ci-après, c.) ou (iii) au pouvoir judiciaire (ci-après, d.)¹⁶¹⁵.

b. La désignation par une autorité appartenant au pouvoir législatif ?

1096. — S'il est admis(sible) que les magistrats du siège puissent, comme c'est le cas en Suisse, être élus par une autorité législative (parlement)¹⁶¹⁶, il ne devrait pas forcément en aller de même concernant la nomination des magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire. Il ressort notamment des travaux du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) que les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire ne devraient de préférence pas être désignés par le parlement. Ledit Conseil a en effet indiqué n'être « *pas favorable aux systèmes impliquant les autorités politiques, telles que le Parlement [...], à un stade quelconque du processus de sélection* [des magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire, respectivement le conseil de la justice] »¹⁶¹⁷. L'objectif fondamental est manifestement d'éviter, autant que possible, toute forme d'intervention politique dans le processus de nomination des magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire¹⁶¹⁸. Nous rejoignons cette position.

c. La désignation par une autorité appartenant au pouvoir exécutif ?

1097. — Les magistrats du siège devraient être désignés par une autorité indépendante du pouvoir exécutif¹⁶¹⁹. Il en va de même, *a fortiori*, de la nomination des magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁵ Nous indiquons pour le surplus que lesdits magistrats du siège – de même que les autres membres composant l'autorité disciplinaire – pourraient être élus directement par le biais d'élections populaires. Un tel procédé ne paraîtrait pas souhaitable.

¹⁶¹⁶ Cf. CCJE, Avis n° 1, *passim*.

¹⁶¹⁷ CCJE, Avis n° 10, par. 31. Cf. ég. CCJE, Avis n° 3, par. 71, où le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a considéré « *que l'organe chargé de nommer [l'autorité disciplinaire] pourrait, et devrait être l'organe indépendant (comprenant une représentation substantielle de juges choisis démocratiquement par leurs pairs) qui [...] devrait être généralement chargé de la nomination des juges* ».

¹⁶¹⁸ Cf. Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad ch. 1.3.

¹⁶¹⁹ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3.

¹⁶²⁰ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3.

1098. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a ainsi indiqué qu'il « *n'est pas favorable aux systèmes impliquant les autorités politiques, telles que [...] le pouvoir exécutif, à un stade quelconque du processus de sélection [des membres magistrats du siège]* »¹⁶²¹.

1099. — L'objectif fondamental est donc d'éviter, autant que possible, toute forme d'intervention politique dans le processus de nomination des magistrats du siège¹⁶²² composant l'autorité disciplinaire¹⁶²³. Comme nous le verrons¹⁶²⁴, ce principe vaut également concernant la nomination des membres de l'autorité disciplinaire qui ne revêtent pas – à la base¹⁶²⁵ – la qualité de magistrat du siège.

¹⁶²¹ CCJE, Avis n° 10, par. 31. Cf. ég. CCJE, Avis n° 3, par. 71, où le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a considéré « *que l'organe chargé de nommer [l'autorité disciplinaire] pourrait, et devrait être l'organe indépendant (comprenant une représentation substantielle de juges choisis démocratiquement par leurs pairs) qui [...] devrait être généralement chargé de la nomination des juges* » ; par. 77, où le Conseil précité indique également que « *lorsque l'autorité n'est pas un tribunal, ses membres devraient être nommés par une autorité indépendante elle-même composée en proportion suffisante de juges choisis démocratiquement par leurs pairs* ».

¹⁶²² Cf. ég. *supra*, N 1096 concernant la nomination des magistrats du siège par une autorité législative.

¹⁶²³ Cf. Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad ch. 1.3 : « *l'indépendance qui doit s'attacher à l'instance [chargée de la désignation des magistrats du siège fonctionnant au sein du conseil de la justice exclut] que les [magistrats du siège] y siégeant soient élus ou désignés par une autorité politique appartenant au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif. Une telle formule serait en effet de nature à conférer un caractère partisan à la désignation et au rôle des [magistrats du siège]. Il n'est pas précisément attendu des [magistrats du siège] appelés à siéger au sein de l'instance indépendante qu'ils s'efforcent d'obtenir la faveur de partis politiques ou d'organes devant eux-mêmes leur désignation ou leur élection à de tels partis ou à leur action* ». Cf. ég. CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 112.

¹⁶²⁴ Cf. *infra*, N 1117, 1119.

¹⁶²⁵ Cf. ég. *supra*, N 894 et *infra*, N 1133 concernant (l'acquisition de) la qualité de magistrats du siège, du fait de (l'acquisition de) leur statut au sein de l'autorité disciplinaire, des membres de l'autorité disciplinaire.

d. La désignation par une autorité ou entité appartenant, ou rattachée, au pouvoir judiciaire

(i) Généralités

1100. — La présente catégorie rassemble des autorités ou entités pouvant prendre des formes variées. Leur point commun réside dans le fait qu'elles entretiennent toutes, d'une manière ou d'une autre, un lien avec le pouvoir judiciaire.

1101. — L'autorité chargée de désigner les magistrats du siège appelés à fonctionner au sein de l'autorité disciplinaire peut appartenir fonctionnellement au pouvoir judiciaire ou au contraire constituer une autorité indépendante¹⁶²⁶. Dans le dernier cas, on pourra néanmoins généralement considérer que celle-ci est, administrativement, rattachée au pouvoir judiciaire.

1102. — Dans les développements qui suivent, nous étudierons deux formes spécifiques de nomination des magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire : la nomination par une autorité appartenant au pouvoir judiciaire (ci-après, (ii)) et par une entité que nous décrirons comme étant liée au pouvoir judiciaire (ci-après, (iii)).

(ii) La désignation par une autorité appartenant au pouvoir judiciaire

1103. — La solution consistant à conférer à une autorité appartenant au pouvoir judiciaire la compétence de désigner les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire semble répondre à un certain nombre d'exigences, ou plutôt éviter un certain nombre d'écueils.

1104. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁶²⁷ a indiqué que « [p]our garantir l'indépendance [du conseil de la justice], des dispositions devraient être prévues pour veiller à ce que ses membres [présentant la qualité de magistrats du siège] soient désignés par le pouvoir judiciaire »¹⁶²⁸. Il convient toutefois de noter que le même Conseil a indiqué, dans le même Avis, que « [t]oute forme de désignation des [magistrats du siège composant le conseil de la justice] par des autorités judiciaires [...] devrait être exclue »¹⁶²⁹.

¹⁶²⁶ Comp. CCJE, Avis n° 3, par. 77 : « lorsque l'autorité n'est pas un tribunal, ses membres devraient être nommés par une autorité indépendante elle-même composée en proportion suffisante de juges choisis démocratiquement par leurs pairs ».

¹⁶²⁷ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹⁶²⁸ CCJE, Avis n° 10, par. 25.

¹⁶²⁹ CCJE, Avis n° 10, par. 31.

Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) semble ainsi exclure la désignation desdits magistrats du siège par une *autorité* (judiciaire¹⁶³⁰), ce qui suggère que les magistrats du siège, lesquels appartiennent au pouvoir judiciaire, doivent être organisés différemment lorsqu'ils participent à la désignation des magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire¹⁶³¹.

1105. — En tout état de cause, il nous paraît que l'institution d'un tribunal supérieur, en tant qu'autorité compétente pour désigner les magistrats du siège fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire dans une circonscription donnée, n'est pas adéquate. En effet, la position hiérarchique d'une autorité au sein des instances juridictionnelles ne constitue probablement pas un critère pertinent¹⁶³². Nous ne voyons pas quel motif justifierait le cas échéant l'exclusion, au sein d'une autorité de désignation, des magistrats du siège appartenant aux instances inférieures¹⁶³³.

(iii) *La désignation par une entité liée au pouvoir judiciaire*

1106. — Comme évoqué ci-dessus¹⁶³⁴, le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) préconise d'instaurer des dispositions (légales) établissant que « [les] membres [du conseil de la justice revêtant la qualité de magistrats du siège] [sont] désignés par le pouvoir judiciaire »¹⁶³⁵.

1107. — Il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure les magistrats du siège, lesquels appartiennent au pouvoir judiciaire, peuvent être réunis en des instances qui devraient probablement être considérées comme étant rattachées,

¹⁶³⁰ Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) exclut, au passage cité, toute forme de désignation des magistrats du siège par des autorités « *judiciaires ou non judiciaires* » (CCJE, Avis n° 10, par. 31).

¹⁶³¹ Sur cette question, cf. *supra*, N 1100-1102 et *infra*, N 1106-1112.

¹⁶³² En ce sens : CCJE, Avis n° 10, par. 31 (« [t]oute interférence des échelons supérieurs de la hiérarchie judiciaire dans le processus [de sélection des membres du conseil de la justice] devrait être évitée »).

¹⁶³³ En ce sens : CCJE, Avis n° 10, par. 27 (« *les juges siégeant au Conseil de la Justice doivent être élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large du système judiciaire à tous les niveaux* »).

¹⁶³⁴ Cf. *supra*, N 1104.

¹⁶³⁵ CCJE, Avis n° 10, par. 25.

ou du moins liées, au pouvoir judiciaire¹⁶³⁶, mais qui ne présenteraient pas la qualité – formelle¹⁶³⁷ – d'autorité.

1108. — A ce titre, nous relevons déjà que le statut et le mode de fonctionnement de l'entité rassemblant la voix des magistrats du siège doivent être définis dans la loi¹⁶³⁸. On ne saurait en principe admettre que les magistrats du siège s'organisent par eux-mêmes afin de désigner (in)formellement leurs représentants au sein de l'autorité disciplinaire.

1109. — Apparaît dans différents textes non contraignants le concept selon lequel les magistrats du siège composant l'autorité disciplinaire doivent ou devraient être désignés « par leurs pairs »¹⁶³⁹. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) indique notamment que les membres du conseil de la justice – cela doit *a fortiori* valoir pour l'autorité disciplinaire – devraient être nommés par une autorité (indépendante) (elle-même) « composée [...] de juges choisis démocratiquement par leurs pairs »¹⁶⁴⁰.

1110. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) précise, concernant les modalités de la désignation des magistrats du siège fonctionnant au sein du conseil de la justice, qu'il n'entend pas imposer un mode de scrutin particulier, mais qu'il convient de s'assurer que le système judiciaire est représenté de

¹⁶³⁶ Sur cette question, cf. *supra*, N 1100-1102 et *infra*, N 1106-1112.

¹⁶³⁷ Sur cette question, cf. *supra*, N 1100-1102 et *infra*, N 1106-1112.

¹⁶³⁸ Cf. p. ex., dans le canton de Genève, le Règlement relatif à l'élection de certains membres du conseil supérieur de la magistrature (REMCSM/GE ; cf. en particulier art. 1 REMCSM/GE).

¹⁶³⁹ Cf. p. ex. *Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (« *Siracusa Principles* » ; cf. *supra*, N 997), art. 13 (« [a]ny disciplinary proceedings concerning judges should be before a court or a board composed of and selected by members of the judiciary ») ; *Universal Declaration on the Independence of Justice* (« *Montreal Declaration* ») adoptée à Québec le 10.06.1983, ch. 2.33a (« [t]he proceedings for judicial removal or discipline, when such are initiated, shall be held before a court or a board predominantly composed of members of the judiciary and selected by the judiciary ») ; OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 7 (« [w]here a Judicial Council is established, its judge members shall be elected by their peers [...] ») ; COMMISSION DE VENISE, *Rapport Indépendance*, N 32 (« [à] l'exception des membres de droit, [les] juges [qui devraient selon la Commission de Venise représenter une partie importante, sinon la majorité des membres du conseil de la justice] devraient être élus ou désignés par leurs pairs ») ; Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 (« [p]our toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge ou d'une juge, le statut prévoit l'intervention d'une instance indépendante du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif au sein de laquelle siègent au moins pour moitié des juges élus par leurs pairs suivant des modalités garantissant la représentation la plus large de ceux-ci »).

¹⁶⁴⁰ CCJE, Avis n° 3, par. 77. Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, par. 17-18, 27.

manière large, en particulier que tous les niveaux puissent prendre part au scrutin¹⁶⁴¹.

1111. — A cet égard, ledit Conseil rend par ailleurs attentif aux difficultés liées à la participation des associations de magistrats du siège au processus de désignation des magistrats du siège membres des conseils de la justice. En particulier, le fait que les magistrats du siège ne soient pas forcément membres d'une association de magistrats du siège impliquerait de ne pas réserver à une telle association le monopole de la désignation des magistrats du siège au sein du conseil de la justice. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) préconise apparemment d'aménager deux catégories de magistrats du siège siégeant au conseil de la magistrature, soit les magistrats du siège membres ou non membres d'une association déterminée de magistrats du siège ; ces deux catégories feraient l'objet d'un système d'élection propre¹⁶⁴². Cette construction mérite d'être considérée ; elle nous paraît toutefois engendrer des difficultés pratiques non négligeables, notamment lorsque l'on se trouve en présence d'une pluralité d'associations de magistrats du siège dans un ordre juridique donné.

1112. — Au surplus, nous indiquons que la désignation par leurs pairs des magistrats du siège appelés à siéger au sein de l'autorité disciplinaire pourrait entraîner un certain risque de (perception de) corporatisme au sein des institutions judiciaires. En ce sens, un tel système pourrait éventuellement mettre en cause la confiance du public¹⁶⁴³ dans l'appareil judiciaire¹⁶⁴⁴. Cela étant, de tels inconvénients potentiels peuvent être compensés et/ou maîtrisés par (i) une définition appropriée de la proportion de magistrats composant l'autorité disciplinaire¹⁶⁴⁵ et (ii) une transparence dans le processus de désignation.

¹⁶⁴¹ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 27. Cf. pour le surplus CCJE, Avis n° 10, par. 30 ; COMMISSION DE VENISE, Avis Ukraine 2013, N 37.

¹⁶⁴² CCJE, Avis n° 10, par. 28.

¹⁶⁴³ Sur la notion de « confiance du public dans la justice », cf. *supra*, N 107 s., 124 et 156.

¹⁶⁴⁴ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 29, qui met en lien la problématique de la désignation des membres de l'autorité disciplinaire (en l'occurrence la désignation par le moyen d'élections) avec la notion de confiance du public.

¹⁶⁴⁵ Cf. *supra*, N 1063-1088.

3. La nomination des « autres membres » fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire

a. Présentation

1113. — Par « autres membres », on entend ici également¹⁶⁴⁶ les « autres » membres de l'autorité disciplinaire qui ne revêtent pas la qualité de magistrat du siège.

1114. — On remarque à ce titre que les magistrats du siège peuvent, dans certains cas, être désignés au sein de l'autorité disciplinaire par deux voies différentes, selon qu'ils accèdent à celle-ci par le biais de la catégorie des magistrats du siège ou par le biais de la catégorie des « autres » membres.

1115. — Les autres membres de l'autorité disciplinaire pourront être désignés par une autorité appartenant au pouvoir législatif ou exécutif, voire par une autorité ou entité appartenant, ou rattachée, au pouvoir judiciaire. Pour des raisons pratiques, les « autres membres » de l'autorité disciplinaire ne seront toutefois pas considérés/catégorisés ci-dessous en fonction de la nature de l'autorité qui les désigne, mais en fonction de leur statut (« provenance »). Nous examinerons ainsi successivement la nomination des « autres membres » fonctionnant au sein de l'autorité disciplinaire selon que ceux-ci appartiennent au pouvoir législatif (ci-après, b.), appartiennent au pouvoir exécutif (ci-après, c.), ou au contraire n'appartiennent à aucun des deux pouvoirs précités (ci-après, d.).

b. La désignation des (autres) membres appartenant au pouvoir législatif

1116. — Lorsqu'ils ne sont pas nommés « *ex officio* »¹⁶⁴⁷, les membres du pouvoir législatif appelés à siéger au sein de l'autorité disciplinaire devraient, le cas échéant, être désignés par le biais d'élections internes au parlement.

1117. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a toutefois indiqué – dans un raisonnement quelque peu circulaire voire boiteux – que si les membres

¹⁶⁴⁶ Cf. *supra*, N 1036-1046.

¹⁶⁴⁷ Cf. *supra*, N 1047-1057.

du conseil de la justice qui ne sont pas magistrats du siège sont élus par le Parlement, alors ceux-ci ne devraient pas être membres du parlement¹⁶⁴⁸.

c. La désignation des (autres) membres appartenant au pouvoir exécutif

1118. — Lorsqu'ils ne sont pas nommés « *ex officio* »¹⁶⁴⁹, les membres du pouvoir exécutif qui seraient éventuellement appelés à siéger au sein de l'autorité disciplinaire devraient, le cas échéant, être désignés soit par la plus haute instance gouvernementale, soit par le parlement.

1119. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a toutefois indiqué que les membres du conseil de la justice qui ne sont pas magistrats du siège – quels qu'ils soient – ne devraient pas être désignés par le pouvoir exécutif¹⁶⁵⁰.

d. La désignation des (autres) membres n'appartenant ni au pouvoir législatif, ni au pouvoir exécutif

1120. — Les autres membres siégeant au sein de l'autorité disciplinaire, qui n'appartiennent pas au pouvoir législatif ou au pouvoir exécutif¹⁶⁵¹, pourraient être désignés par une autorité rattachée au pouvoir législatif voire au pouvoir exécutif. On pourrait également imaginer que ces membres soient désignés par une autorité ou entité appartenant, ou rattachée, au pouvoir judiciaire.

1121. — D'autres solutions sont envisageables en fonction des membres dont il est question. Mentionnons par exemple le canton de Genève, qui a défini de manière détaillée, dans un règlement, la procédure d'élection des avocats siégeant au sein du Conseil supérieur de la magistrature (Règlement relatif à l'élection de certains membres du conseil supérieur de la magistrature [REMCSM/GE])¹⁶⁵². Ceux-ci sont élus par l'ensemble des avocats inscrits au registre cantonal des avocats (cf. en particulier art. 2 REMCSM/GE).

¹⁶⁴⁸ CCJE, Avis n° 10, par. 32. En ce sens ég. : MARTY, Rapport, p. 24, qui évoque la possibilité de la présence, au sein du conseil de la magistrature, de deux membres désignés par le pouvoir législatif mais n'appartenant pas à celui-ci.

¹⁶⁴⁹ Cf. *supra*, N 1047-1057.

¹⁶⁵⁰ CCJE, Avis n° 10, par. 32. Comp. MARTY, Rapport, p. 24, qui évoque la possibilité de la présence, au sein du conseil de la magistrature, de deux membres désignés par le pouvoir exécutif mais n'appartenant pas à celui-ci.

¹⁶⁵¹ Cf. *supra*, resp. N 1116-1117 et 1118-1119.

¹⁶⁵² Cf. ég. art. 50 LMSA/NE concernant les modalités de la désignation de l'avocat inscrit au registre cantonal des avocats et siégeant au sein du Conseil de la magistrature.

E. Le taux d'activité et la durée du mandat des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu)

1. Le taux d'activité des membres de l'autorité disciplinaire

1122. — La question se pose, de manière générale, de savoir si l'activité des membres de l'autorité disciplinaire (respectivement du conseil de la justice) doit être exercée à temps plein ou peut l'être à temps partiel voire à titre accessoire (notamment en plus d'un temps partiel).

1123. — La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le fait pour certains membres d'un conseil de la justice – en l'occurrence le Conseil de la justice ukrainien –, en particulier le Ministre de la justice et le Procureur général (membres de droit), de conserver une activité et de percevoir un traitement hors de l'organe disciplinaire « *implique inévitablement une dépendance matérielle, hiérarchique et administrative de leur part à l'égard de leurs employeurs principaux et met en péril leur indépendance et leur impartialité* »¹⁶⁵³. Il conviendrait dès lors, en tout état de cause, de rester attentif à ces questions.

1124. — Nous nous limiterons à indiquer qu'en Suisse, l'activité des membres de l'autorité disciplinaire (à tout le moins) ne pourrait manifestement pas être exercée à temps plein, cela notamment en raison de la taille restreinte des institutions helvétiques et du nombre limité des cas disciplinaires à traiter.

2. La durée du mandat des membres de l'autorité disciplinaire

1125. — Nous avons indiqué ci-dessus¹⁶⁵⁴ que la nomination des magistrats du siège pour une durée indéterminée – couplée à un mécanisme de révocation adéquat – représente(rait) une garantie supplémentaire d'indépendance. La question se pose de savoir si une telle considération est transposable « *a fortiori* » aux membres de l'autorité disciplinaire.

1126. — En réalité, le problème se posera souvent en des termes différents, notamment dans la mesure où l'autorité disciplinaire n'est généralement pas composée uniquement de magistrats du siège¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵³ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 113.

¹⁶⁵⁴ Cf. *supra*, N 611.

¹⁶⁵⁵ Cf. pour le surplus *supra*, N 1036-1046.

1127. — Il convient également de réserver, à titre général, le cas des membres de droit¹⁶⁵⁶, dont la fonction au sein de l'autorité disciplinaire prend fin de plein droit en cas de cessation de leur fonction¹⁶⁵⁷ « de base ». L'art. 93 al. 1 phr. 2 LJ/FR prévoit ainsi que la fonction des membres du Conseil de la magistrature cesse de plein droit lorsque ceux-ci quittent l'autorité ou le groupe de personnes qu'ils représentent.

1128. — Il est par ailleurs intéressant de constater que le canton de Fribourg, qui est à l'heure actuelle le seul canton suisse ayant institué un régime de nomination des magistrats du siège pour une durée indéterminée¹⁶⁵⁸, a choisi de limiter la période de fonction des membres du Conseil de la magistrature à « *une durée individuelle de cinq ans* ». Il en va de même de la France, qui limite à quatre ans – non renouvelable immédiatement – la durée du mandat des membres du Conseil supérieur de la magistrature (art. 6 al. 1 L.org.1994/F).

1129. — Dans l'hypothèse où le mandat des membres de l'autorité disciplinaire (respectivement du conseil de la justice) devrait être limité à une période déterminée, la durée du mandat devrait, à notre sens, être au moins égale à la durée du mandat ordinaire des magistrats du siège (laquelle correspond souvent à la durée de la législature des membres du parlement et/ou de l'exécutif).

1130. — Certains systèmes prévoient, concernant le mandat des membres de l'autorité disciplinaire, une durée plus longue que celle applicable au mandat des magistrats du siège. A titre d'exemple, nous citons l'art. 75 al. 2 i.i. LOG/TI, qui prévoit que la durée du mandat des membres du *Consiglio della Magistratura* tessinois est de 12 ans (sous réserve de l'art. 21 LOG/TI, qui fixe une limite d'âge supérieure), alors que le mandat des magistrats du siège, dans ce même canton, est fixé à 10 ans (art. 81 al. 1 Cst./TI).

1131. — Le législateur peut notamment prévoir que le mandat des membres de l'autorité disciplinaire prend fin en cas de survenance d'un cas d'incompatibilité à raison de la personne ou de la fonction (cf. p. ex. art. 259sexies/1 ch. 8 C.jud./B). Il s'agira de cas de révocation de nature non disciplinaire¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁶ Cf. ég. *supra*, N 1037. Sur ces questions, cf. *supra*, N 1016-1088, not. N 1047-1057.

¹⁶⁵⁷ Le terme « fonction » est pris ici dans une acception large.

¹⁶⁵⁸ Cf. *supra*, N 114.

¹⁶⁵⁹ Pour le surplus, nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux précisions apportées *supra*, Chap. 5, N 575-606 concernant la révocation (disciplinaire). Sur la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire, cf. ég. *infra*, N 1132-1136.

F. La surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire (aperçu)

1132. — La question de la surveillance disciplinaire des membres de l'autorité disciplinaire est bien connue ; on l'évoque généralement en se référant à l'adage latin « *quid custodio custodiam* »¹⁶⁶⁰. Cette question n'apparaît pas entièrement pertinente pour notre étude ; sous la réserve des brèves remarques qui suivent, elle ne sera dès lors pas traitée.

1133. — Il convient à titre préalable de relever que les membres de l'autorité disciplinaire ne revêtent pas forcément, de par leur statut au sein de l'autorité disciplinaire, la qualité de magistrats du siège. En effet, l'autorité disciplinaire n'est pas forcément désignée comme étant une autorité judiciaire (respectivement ne revêt pas forcément la qualité d'une autorité judiciaire)¹⁶⁶¹.

1134. — Lorsque la qualité de magistrat du siège (de tout ou partie) des membres de l'autorité disciplinaire découle de leur statut « de base » (i.e. de leur statut préalable à leur nomination au sein de l'autorité disciplinaire), ceux-ci pourraient être soumis au pouvoir de l'autorité disciplinaire *également* pour des manquements (i) commis durant l'exercice de leur fonction de membre de l'autorité disciplinaire et/ou (ii) qui se rapportent à l'exercice de leur fonction de membre de l'autorité disciplinaire et/ou (iii) par des membres de l'autorité disciplinaire agissant *en* qualité¹⁶⁶².

1135. — La solution adoptée par le législateur belge va dans le sens précité. En effet, conformément à l'art. 259sexies/1 ch. 8 C.jud./B, le mandat de juge au tribunal disciplinaire et de conseiller au tribunal disciplinaire d'appel prend fin d'office lorsqu'une sanction disciplinaire est infligée à un tel magistrat. Cela implique que les magistrats du siège membres de l'autorité disciplinaire (tribunal disciplinaire et tribunal disciplinaire d'appel) sont soumis, sans distinction, au pouvoir de l'autorité disciplinaire (tribunal disciplinaire puis tribunal disciplinaire d'appel)¹⁶⁶³.

1136. — Nous rappelons pour le surplus que la solution, prévue dans certains systèmes, consistant à attribuer au plenum de l'autorité disciplinaire des pouvoirs disciplinaires – en particulier le pouvoir de révocation – à l'encontre

¹⁶⁶⁰ Cette construction en abyme a not. été illustrée par FRANQUIN (B), en particulier vignette 7.

¹⁶⁶¹ Sur ces questions, cf., *mutatis mutandis, supra*, N 724-746.

¹⁶⁶² Sur ces questions, cf., *mutatis mutandis, supra*, Chap. 4, N 384-419.

¹⁶⁶³ Comp. *supra*, N 889, 893 s.

des membres de l'autorité disciplinaire¹⁶⁶⁴, est intéressante, mais présente selon nous le défaut manifeste de se rapporter davantage à une forme de discipline interne qu'à un droit disciplinaire¹⁶⁶⁵.

IV. Quelques réflexions sur la possibilité d'une uniformisation des autorités disciplinaires en Suisse

A. Une unification par le droit fédéral ? (rappel)

1137. — Comme mentionné ci-dessus¹⁶⁶⁶, une unification du droit disciplinaire en Suisse par le biais d'une loi fédérale concernerait probablement, en premier lieu, le droit disciplinaire matériel (infractions et sanctions disciplinaires). Faute d'unification des procédures administratives cantonales (contrairement aux procédures pénale et civile qui ont été unifiées en 2007 et 2008 respectivement), la possibilité d'une unification de la procédure disciplinaire reste, à l'heure actuelle, fort hypothétique.

1138. — Quoi qu'il en soit, l'organisation des autorités disciplinaires demeurerait, manifestement, l'apanage des cantons. Rappelons également, sur ce point, que le projet d'institution d'un Conseil supérieur de la magistrature compétent à l'égard des instances fédérales (de première instance) a été abandonné¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ Cf. p. ex. Espagne, art. 606 al. 5 de la *Ley Orgánica 4/2013 du 28.06.2013* qui porte sur la réforme du *Consejo General del Poder Judicial* et qui modifie partiellement la *Ley Orgánica, del Poder Judicial* : cette disposition prévoit qu'il ne peut être mis fin aux fonctions du *Promotor de la Acción Disciplinaria* qu'en cas d'incapacité ou de manquement grave à ses devoirs ; qu'une telle décision doit être prise par le *Plenomediante* se prononçant à la majorité absolue (« [p]lenomediante El Promotor de la Acción Disciplinaria sólo podrá ser cesado por incapacidad o incumplimiento grave de sus deberes, apreciados por el Plenomediante mayoría absoluta »). Cf. ég. France, art. 10-1 al. 2 de la Loi organique n° 94-100 du 05.02.1994 sur le Conseil supérieur de la Magistrature : « [...] la formation plénière apprécie, à la majorité des membres la composant, si l'un des membres du Conseil supérieur a manqué aux obligations mentionnées [à l'art. 10-1 al. 2]. Dans l'affirmative, elle prononce, selon la gravité du manquement, un avertissement ou la démission d'office ».

¹⁶⁶⁵ Sur ces questions, cf. *supra*, en particulier N 769-776.

¹⁶⁶⁶ Cf. Chap. 3, N 223-226.

¹⁶⁶⁷ Sur cette question, cf. *supra*, N 852-859.

B. Une uniformisation par un ou plusieurs concordats intercantonaux ?

1. Les enjeux

1139. — Les réflexions menées au sujet du droit disciplinaire – et des conseils de la justice en général – ont permis de mettre en évidence l'intérêt, en particulier en termes d'indépendance de la justice, à placer une distance et un détachement adéquats entre les autorités disciplinaires, respectivement les membres composant de telles autorités, et les magistrats du siège objets de la surveillance disciplinaire de ces autorités¹⁶⁶⁸.

1140. — Or, en Suisse, l'on se heurte habituellement à certaines réalités confédérales, notamment la dimension géographique réduite des cantons suisses et l'existence fréquente de liens entre les acteurs du monde judiciaire¹⁶⁶⁹. Dans ce contexte, l'idée d'une forme de « délocalisation » de la conduite de la procédure disciplinaire émerge.

1141. — Une telle (forme de) « délocalisation » pourrait être obtenue (i) par l'inclusion, généralement partielle, de membres provenant d'autres cantons dans l'autorité disciplinaire et/ou (ii) par l'instauration d'une autorité intercantonale en matière de droit disciplinaire des magistrats du siège. La possibilité (i) ci-avant a déjà été traitée à l'occasion du titre consacré à la composition de l'autorité disciplinaire¹⁶⁷⁰. Reste ainsi à examiner la possibilité (ii) ci-avant consistant à instaurer une autorité intercantonale.

1142. — A l'instar de l'hypothèse dans laquelle des membres de l'autorité disciplinaire seraient domiciliés dans d'autres cantons (voire même à l'étranger), l'appartenance au pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire des membres d'une autorité disciplinaire intercantonale revêtirait une importance moindre dès lors que les institutions auxquelles ils se rattacheraient se situeraient généralement hors de l'ordre juridique concerné. En effet, la formation statuant sur le cas disciplinaire d'un magistrat du siège comprendrait, en règle générale, des membres n'endossant pas de fonctions dans l'ordre juridique auquel ledit magistrat du siège appartient.

¹⁶⁶⁸ Cf. p. ex. DRAGO/FRISON-ROCHE (F), p. 140 ; DELPÉRÉE (B), RTDH, p. 349 ; KERBAOL (F), Notes, p. 50 ; MORITZ, N 6.

¹⁶⁶⁹ Cf. p. ex. les propos de l'ancien Juge fédéral Martin Schubarth recueillis par AUF DER MAUR, *passim*.

¹⁶⁷⁰ Cf. *supra*, N 1058-1062.

1143. — Nous pouvons encore citer à ce titre les *Rules for judicial-conduct and judicial-disability proceedings* établies par la *Judicial Conference of the United States*, qui prévoient que dans des circonstances exceptionnelles, un *chief judge* ou un *judicial council* peut demander au *Chief Justice* qu'une procédure soit transférée au *judicial council* d'un autre *circuit*¹⁶⁷¹.

1144. — Le Commentaire des *Rules for judicial-conduct and judicial-disability proceedings* apporte des précisions sur les circonstances – exceptionnelles – dans lesquelles de tels transferts pourraient se justifier : « [s]uch transfers may be appropriate, for example, in the case of a serious complaint where there are multiple disqualifications among the original council, where the issues are highly visible and a local disposition may weaken public confidence in the process, where internal tensions arising in the council as a result of the complaint render disposition by a less involved council appropriate, or where a complaint calls into question policies or governance of the home court of appeals »¹⁶⁷².

2. Aperçu des solutions possibles

1145. — L'art. 191b al. 2 Cst. féd. constitue la base permettant aux cantons d'instituer des autorités judiciaires communes (autorités judiciaires intercantionales) pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales¹⁶⁷³. De telles autorités doivent être créées par la voie d'une convention intercantonale (concordat intercantonal) au sens de l'art. 48 Cst. féd.

1146. — Aux termes de l'art. 48 al. 1 Cst. féd., les cantons disposent de la possibilité de conclure des conventions entre eux et de créer des organisations et des institutions communes ; ils peuvent notamment réaliser ensemble des

¹⁶⁷¹ JCUS, *Rules for judicial-conduct and judicial-disability proceedings* adoptées le 11.03.2008, Rule 26. Pour un cas d'application, cf. p. ex. l'affaire Alex Kozinski : *Judicial Council of the Third Circuit, Memorandum Opinion* réf. J.C. No. 03-08-90050 du 02.07.2009, ch. II.B., consultable à l'adresse [<http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/089050p.pdf>] [consulté le 09.04.2015] (sur cette affaire, cf. é.g. *infra*, n. 1712).

¹⁶⁷² JCUS, *Rules for judicial-conduct and judicial-disability proceedings* adoptées le 11.03.2008, *Commentary on Rule 26*, l. 10-15.

¹⁶⁷³ Pour des exemples d'autorités judiciaires intercantionales, cf. TF 2C_273/2014 du 23.07.2014, consid. 1.1 et les réf. (Commission de recours instaurée à l'art. 35 al. 1 de la Convention intercantonale du 26.05.2011 sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO)) ; TF, RDAF 2010 I 382, consid. 1.1.1 (Commission de recours instituée par la Convention intercantonale du 07.01.2005 sur les jeux et les paris).

tâches d'intérêt régional. La possibilité d'instituer des autorités intercantionales s'étend également aux autorités ne revêtant pas la qualité d'autorité judiciaire (au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH)¹⁶⁷⁴.

1147. — La création d'autorités intercantionales par le biais d'un concordat intercantonal a été évoquée par plusieurs auteurs¹⁶⁷⁵ ; elle pourrait intervenir au niveau (i) des autorités disciplinaires de première instance et/ou (ii) des autorités de recours.

1148. — La création d'une autorité disciplinaire intercantonale de première instance (cas (i) ci-dessus) peut concerner une autorité satisfaisant ou non aux exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. p. ex. une autorité administrative indépendante intercantonale).

1149. — La création d'une autorité intercantonale de recours compétente en matière disciplinaire (cas (ii) ci-dessus) n'aurait manifestement de sens que si une telle autorité présente le caractère d'une instance judiciaire. Toutefois, comme exprimé ci-dessus¹⁶⁷⁶, une telle autorité pourrait être une instance à *caractère* judiciaire sans forcément avoir la qualité d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, pour autant que l'autorité disciplinaire statuant en première instance revête, elle, la qualité d'autorité judiciaire au sens précité.

1150. — On pourrait encore imaginer l'hypothèse où (i) une autorité disciplinaire intercantonale qui ne revêtirait pas la qualité d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH statuerait en première instance et que cette décision (ii) ne pourrait pas faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité intercantonale de recours, respectivement qu'une telle autorité intercantonale de recours ne présenterait pas la qualité d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Dans un tel cas, il serait envisageable d'aménager une voie de recours au Tribunal administratif fédéral contre une telle décision¹⁶⁷⁷, mais cela uniquement si une loi *fédérale* sur (l'unification de) la surveillance disciplinaire des magistrats du siège prévoyait pareille voie de recours. En effet, l'art. 33 let. i LTAF prévoit que le recours au Tribunal administratif fédéral est ouvert contre les décisions d'autorités cantonales « *dans la mesure où d'autres*

¹⁶⁷⁴ Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) instituée par l'art. 4 AIMP.

¹⁶⁷⁵ Cf. VOLLERY, N 33 ; HAYOZ, N 24. Nous nous référons ég. à la conférence intitulée « *Garantir l'indépendance et la responsabilité de la justice : la voie du Conseil supérieur de la magistrature intercantonal* » donnée par le Prof. THIERRY TANQUEREL le 28.11.2014 à Lucerne lors de la Journée des juges organisée par l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire (ASM).

¹⁶⁷⁶ Cf. N 728-746, en particulier N 744 s.

¹⁶⁷⁷ Sur cette possibilité et d'un point de vue général, cf. CORBOZ, art. 110 LTF N 11.

lois fédérales [que la LTAF] prévoient un recours au Tribunal administratif fédéral ».

3. Perspectives

1151. — A Genève, l'art. 125 al. 4 de la nouvelle Constitution cantonale du 12 octobre 2012, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013, prévoit que des fonctions du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être confiées par la loi à une instance intercantonale.

1152. — La Commission « Institutions : les trois pouvoirs » de l'Assemblée constituante de la République et canton de Genève, dans son Rapport et annexe en vue de la première lecture de l'avant-projet de Constitution de juillet 2011, a exposé les motifs de son amendement (accepté par la suite à 7 voix pour et 4 abstentions) consistant dans l'ajout d'un troisième alinéa à l'art. 115 de l'avant-projet de nouvelle Constitution (correspondant à l'actuel art. 125 al. 4 Cst./GE) : *« la surveillance des magistrats du pouvoir judiciaire sera plus sereine et indépendante si les membres qui composent le Conseil supérieur de la magistrature sont désignés pour partie en dehors du canton »*¹⁶⁷⁸.

1153. — GAVIN indique que l'Association des magistrats du pouvoir judiciaire de la République et canton de Genève (AMPJ) s'était opposée à cet ajout dans la nouvelle Constitution ; l'auteur relève au demeurant *« qu'aucun autre texte constitutionnel de Suisse romande ne prévoit une telle possibilité »*¹⁶⁷⁹.

1154. — Si aucun autre texte cantonal ne prévoit en effet cette possibilité, il n'en reste pas moins que cette perspective d'évolution est intéressante. En effet, la solution de l'instauration d'une ou de plusieurs autorités disciplinaires intercantionales, outre le fait de réduire éventuellement certaines disparités cantonales (qui seraient) considérées comme n'étant pas forcément souhaitables, permettrait de mettre en place un système disciplinaire correspondant aux exigences modernes en la matière. Nous pensons ainsi qu'une telle possibilité mériterait d'être considérée par les législateurs cantonaux¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁸ ASSEMBLEE CONSTITUANTE (GE), Rapport et annexe de la commission 3 « Institutions : les trois pouvoirs » en vue de la première lecture de l'avant-projet de constitution, juillet 2011, p. 73.

¹⁶⁷⁹ GAVIN, N 5.

¹⁶⁸⁰ Cf. *supra*, n. 1675.

Chapitre 7 : La procédure disciplinaire

I. Remarques préalables

A. Présentation générale

1155. — Par « procédure disciplinaire », nous entendons l'ensemble des règles (formelles) qui régissent l'activité des autorités chargées de la mise en œuvre du droit disciplinaire (matériel) des magistrats du siège.

1156. — Cette matière tient un rôle central dans le procès disciplinaire relatif aux magistrats du siège. Il s'agit en effet de ne pas perdre de vue que les exigences conventionnelles et constitutionnelles applicables en droit disciplinaire (des magistrats du siège) concernent non seulement le statut de l'autorité instituée pour prononcer des sanctions disciplinaires, mais aussi sa capacité à mener une procédure disciplinaire sur la base de règles procédurales prévues par la loi¹⁶⁸¹. En d'autres termes, la qualité des règles – matérielles et formelles – applicables se mesure également à l'aune de leur application.

1157. — Paradoxalement, la procédure disciplinaire (relative aux magistrats du siège) reste pourtant l'aspect du droit disciplinaire qui nécessiterait, avec les infractions disciplinaires, le développement législatif le plus important¹⁶⁸². En effet, cette matière fait généralement l'objet d'une réglementation très éparse ; c'est manifestement le cas en Suisse. Très – trop – souvent, le législateur fait l'économie de règles spéciales, privilégiant – de manière regrettable – le procédé du renvoi, à titre de droit supplétif, à d'autres dispositions légales de portée générale. On peut citer à ce titre GUICHETEAU, qui, en 1875, mettait en évidence le silence à peu près absolu du législateur de l'époque sur la question de la procédure disciplinaire applicable aux magistrats judiciaires, et regrettait

¹⁶⁸¹ En ce sens : GASS, PJA, p. 606 ; ZAPPELLI, Image, p. 113 ; SCHINDLER, p. 1025.

¹⁶⁸² Cf. MONTANI/BARDE, p. 389 s., et MARTI U./PETRY, p. 276, qui indiquent que les recours, en droit disciplinaire, présentent souvent un taux d'admission élevé. Cela permet not. de montrer la nécessité de mieux aménager le cadre procédural en la matière.

que celui-ci doive être comblé par voie de raisonnement et d'analogie¹⁶⁸³. La situation n'a guère changé à ce jour – à tout le moins en Suisse.

1158. — Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a notamment eu l'occasion d'indiquer que « [l]es Conseils de la justice devraient faire preuve du plus haut niveau de transparence envers les juges et la société, par le développement de procédures préétablies et la motivation de leurs décisions »¹⁶⁸⁴. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁶⁸⁵ a par ailleurs considéré que « [c]ompte tenu de l'importante implication attendue du Conseil de la Justice dans la gestion du corps judiciaire, il convient d'assurer la transparence des actions entreprises par ce Conseil. Cette transparence est une condition essentielle de la confiance que doivent avoir les citoyens dans le fonctionnement de la justice et une garantie contre le risque de politisation ou la tentation du corporatisme »¹⁶⁸⁶. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a ainsi considéré que « dans chaque pays, le statut ou la charte fondamentale applicable aux juges devrait définir – avec le plus de précision possible – les [infractions] pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires, ainsi que la procédure à suivre »¹⁶⁸⁷.

1159. — Dans la suite de ce Chapitre, nous tracerons les grandes lignes de la procédure disciplinaire, de son *initium* à son dénouement. Comme nous le verrons, un découpage similaire à celui prévu en procédure pénale peut être repris en procédure disciplinaire : on peut en effet distinguer entre les phases – et les autorités compétentes à ce titre – de poursuite, d'instruction et de jugement¹⁶⁸⁸. Après avoir émis quelques considérations supplémentaires sur les règles applicables à la procédure disciplinaire (ci-après, I.B.), nous étudierons la question de la saisine de l'autorité disciplinaire (ci-après, II.), puis nous nous pencherons sur la conduite de la phase préliminaire (ci-après, III.) et de l'instruction principale (ci-après, IV.). Nous examinerons ensuite la problématique de l'articulation de la procédure disciplinaire avec une éventuelle procédure concurrente, que celle-ci soit une procédure dirigée contre le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire, respectivement contre l'Etat répondant pour celui-ci, ou une procédure de recours contre une décision rendue par ledit magistrat du siège (ci-après, V.). Nous envisagerons également

¹⁶⁸³ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 254 ; cf. ég. NEZARD (F ; anc.), p. 251 ss. Comp. LE BARS (F), p. 322, qui considérerait récemment que le droit disciplinaire procédural est – contrairement au droit disciplinaire matériel – relativement unifié.

¹⁶⁸⁴ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 28.

¹⁶⁸⁵ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

¹⁶⁸⁶ CCJE, Avis n° 10, par. 91.

¹⁶⁸⁷ CCJE, Avis n° 3, par. 71 let. i). Cf. ég. CCJE, Magna Carta des juges, Principe 19.

¹⁶⁸⁸ Cf. p. ex. RICOL (F ; anc.), *passim*. Cf. ég. *infra*, N 1162.

la possibilité pour l'autorité disciplinaire de prononcer des mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure disciplinaire (ci-après, VI.). Plus loin, nous attacherons à présenter les exigences liées à la décision au fond (ci-après, VII.), et discuterons des voies de droit à disposition contre les différentes décisions pouvant être rendues dans le cadre d'une procédure disciplinaire (ci-après, VIII.). Finalement, nous traiterons de la question de l'anéantissement de la procédure disciplinaire (ci-après, IX.).

B. Le droit procédural applicable (aperçu)

1160. — Jusqu'au XIX^e siècle, les règles applicables à la procédure disciplinaire étaient généralement considérées – à défaut de règles spécifiques – comme étant celles de la procédure pénale¹⁶⁸⁹. Certains auteurs proposaient toutefois de se fonder plutôt sur les règles de la procédure civile en vue de diligenter l'enquête disciplinaire¹⁶⁹⁰ ; d'autres préconisaient d'appliquer tantôt les règles de la procédure civile, tantôt celles de la procédure pénale, selon que l'une ou l'autre de ces procédures était plus favorable à la personne faisant l'objet de la procédure disciplinaire¹⁶⁹¹. Le droit administratif n'entraînait alors pas, à proprement parler, en ligne de compte, car il n'était pas encore formalisé à l'époque.

1161. — On peut encore se référer à RICOL, qui constatait au début du XX^e siècle que dans la majorité des cas, le droit disciplinaire était considéré comme un droit spécial, dont la procédure est dominée par le seul principe du respect absolu des droits de la défense¹⁶⁹². L'auteur précité relevait néanmoins que « [p]artout où il y a une juridiction disciplinaire organisée, il y a une procédure qui s'organise, et qui s'organise dans le sens d'une procédure pénale »¹⁶⁹³.

1162. — Comme nous l'avons vu¹⁶⁹⁴, la conception retenue en Suisse par le Tribunal fédéral consiste à rattacher le droit disciplinaire – apparemment y compris sous un angle procédural – au droit administratif¹⁶⁹⁵. Cette conception

¹⁶⁸⁹ Cf. p. ex. DUBARLE (D ; anc.), p. 466 ; CARNOT (F ; anc.), *passim*.

¹⁶⁹⁰ P. ex. MORIN (F ; anc.), II, p. 319.

¹⁶⁹¹ P. ex. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 200 s., 206.

¹⁶⁹² RICOL (F ; anc.), p. 142.

¹⁶⁹³ RICOL (F ; anc.), p. 143.

¹⁶⁹⁴ Cf. *supra*, Chap. 3, N 148-150.

¹⁶⁹⁵ Comp. COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES (désormais : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA]), Rapport d'avril 2003 sur les sanctions applicables à la surveillance des banques, des négociants en valeurs mobilières et des directions de fonds (« surveillance des établissements ») ainsi qu'à la surveillance des marchés en matière de

est suivie généralement par le législateur fédéral et les législateurs cantonaux, qui, lorsqu'ils prévoient des règles de droit disciplinaire concernant les magistrats du siège (ou plus largement concernant les agents publics), renvoient par ailleurs abondamment, à titre supplétif, aux règles de la procédure administrative (cf. p. ex. art. 69b al. 6 LOJ/JU ; art. 98 al. 2 OPers)¹⁶⁹⁶. Il n'en reste pas moins que la procédure disciplinaire reprend, sinon matériellement, du moins conceptuellement, un certain nombre d'éléments de la procédure pénale. Par exemple, et comme évoqué ci-dessus¹⁶⁹⁷, on applique dans une large mesure, en procédure disciplinaire, le découpage prévu en procédure pénale entre les phases – et les autorités compétentes à ce titre – (de poursuite,) d'instruction et de jugement¹⁶⁹⁸. En outre, la question de la nature juridique du droit disciplinaire, respectivement le fait de savoir si la procédure en cause entre dans le volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH, a une incidence sur les règles procédurales applicables. Dans le doute, il conviendra dès lors de mener l'instruction, dès ses premiers pas, conformément aux standards applicables en matière pénale.

1163. — Il convient pour le surplus de noter que plusieurs réglementations disciplinaires modernes prévoient expressément l'application des règles de procédure pénale à la procédure disciplinaire. Par exemple, en Italie, la procédure disciplinaire est une procédure de nature judiciaire régie, *mutatis mutandis*, par les règles du *Codice di Procedura Penale* (cf. en particulier les art. 16 al. 2 et 18 al. 4 D.lgs.109/06/I, qui renvoient audit *Codice*). La Croatie a apparemment prévu un système similaire¹⁶⁹⁹. Certains textes non contraignants

délits d'initiés, manipulations de cours et autres infractions aux règles de comportement en vigueur sur le marché (« surveillance des marchés ») dans l'optique d'une refonte du dispositif de surveillance des marchés financiers en Suisse (Rapport sur les sanctions), p. 9 (« [l]a procédure appliquée devrait être conduite selon la loi sur la procédure administrative, qui devrait être complétée et renforcée par des éléments de procédure pénale fédérale et non plus de procédure civile, comme c'est le cas actuellement ») ; cf. ég. p. 53 (« [l]e projet propose donc que la loi fédérale sur la procédure pénale soit applicable par analogie et, partant, que l'autorité de surveillance ait le pouvoir de saisir des moyens de preuve, de procéder à des perquisitions et d'auditionner des témoins, sans oublier la possibilité de demander (ultérieurement) des renseignements sur les télécommunications des personnes suspectes, sachant toutefois qu'il lui sera interdit de procéder à des investigations secrètes comme la mise sur écoute de lignes téléphoniques »).

¹⁶⁹⁶ Cf. toutefois *supra*, N 977 concernant le canton de Zurich (application des règles de la procédure civile).

¹⁶⁹⁷ Cf. *supra*, N 1159.

¹⁶⁹⁸ Cf. p. ex. RICOL (F ; anc.), *passim*.

¹⁶⁹⁹ Cf. CourEDH, arrêt *Olujić c. Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 41 et *passim*.

préconisent également l'application des règles ou principes de procédure pénale en procédure disciplinaire¹⁷⁰⁰.

1164. — Dans les développements qui suivent, nous nous limiterons à la présentation d'éléments de procédure disciplinaire, cela sous un angle relativement large. En effet, il convient de tenir compte du fait que les règles applicables à la procédure disciplinaire dépendent partiellement de la qualification juridique donnée au droit disciplinaire dans l'ordre juridique étudié, respectivement de la caractérisation d'une procédure disciplinaire donnée en fonction de la gravité de la sanction disciplinaire encourue¹⁷⁰¹. Comme nous le verrons, un cadre commun peut néanmoins généralement être trouvé, que la procédure disciplinaire soit finalement rattachée au droit administratif ou au droit pénal. Les garanties générales applicables en matière procédurale¹⁷⁰² constituent en effet un dénominateur commun aux différentes procédures disciplinaires applicables.

II. La saisine de l'autorité disciplinaire

A. Les personnes ou entités pouvant saisir l'autorité disciplinaire

1. Les justiciables

a. En général

1165. — L'autorité disciplinaire peut être saisie par une dénonciation (plainte)¹⁷⁰³ provenant d'un justiciable (saisine directe)¹⁷⁰⁴.

1166. — Il convient toutefois de réserver l'hypothèse où une autorité externe à l'autorité disciplinaire serait instituée, qui serait chargée de traiter (préalablement) les plaintes des justiciables, puis de saisir elle-même le cas échéant l'autorité disciplinaire (saisine indirecte). Nous renvoyons, concernant

¹⁷⁰⁰ Cf. Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III intitulée « [l]a mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires ».

¹⁷⁰¹ Cf. *supra*, Chap. 3, N 143-158 et 201-216.

¹⁷⁰² Cf. *supra*, Chap. 3, N 172-226.

¹⁷⁰³ Les deux termes doivent être considérés comme ayant une portée identique. Cf. à ce titre le libellé de l'art. 101 al. 3 LJ/FR : « plaintes ou [...] dénonciations ».

¹⁷⁰⁴ Cf. pour le surplus TANQUEREL, p. 101 ss, 121.

cette question, aux développements proposés ci-dessous concernant la phase préliminaire de la procédure disciplinaire¹⁷⁰⁵.

1167. — A titre d'exemple de saisine directe, nous citons, en Suisse, l'art. 81 al. 1 LOG/TI, qui prévoit que la procédure disciplinaire peut notamment être engagée sur dénonciation d'un tiers.

1168. — En France, l'art. 50-3 al. 1 phr. 1 Ord.1958/F prévoit également la possibilité pour tout justiciable estimant que le comportement adopté par un magistrat du siège est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire de saisir le Conseil supérieur de la magistrature¹⁷⁰⁶. L'art. 50-3 al. 1 phr. 1 Ord.1958/F prévoit toutefois une double restriction en ce sens que le comportement du magistrat du siège en cause doit avoir été adopté (i) dans l'exercice de ses fonctions de magistrat du siège¹⁷⁰⁷ et (ii) à l'occasion d'une procédure judiciaire concernant le justiciable. Le législateur français semble donc, *a contrario*, avoir exclu la possibilité pour les justiciables de saisir le Conseil supérieur de la magistrature pour des infractions disciplinaires (i) commises en dehors de l'exercice des fonctions de magistrat du siège et (ii) qui ne seraient pas liées à une procédure les concernant. Concernant la restriction (ii) ci-dessus, on peut encore se demander si par « procédures concernant les justiciables », on entend les procédures auxquelles les justiciables sont parties ou s'il suffit que ceux-ci indiquent être concernés à un autre titre par de telles procédures.

1169. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), dans son avis du 19 novembre 2002, semble préconiser l'application d'une restriction comparable à la restriction (i) ci-dessus dans la mesure où il entend limiter les motifs de dénonciation aux infractions disciplinaires se rapportant aux fonctions exercées par les magistrats du siège¹⁷⁰⁸. A notre sens toutefois, la notion d'infractions disciplinaires commises dans l'exercice des fonctions de magistrat du siège doit être distinguée de la notion d'infractions disciplinaires se rapportant aux fonctions exercées¹⁷⁰⁹.

1170. — La Charte européenne sur le statut des juges¹⁷¹⁰, qui prévoit à son ch. 5.3 que « [t]oute personne doit avoir la possibilité de soumettre [...] sa réclamation relative au dysfonctionnement de la justice dans une affaire donnée à un organisme indépendant », contient quant à elle une restriction correspondant à

¹⁷⁰⁵ Cf. N 1224-1236.

¹⁷⁰⁶ Cf. pour le surplus LE POGAM (F), N 34 ss ; JOLY-HURARD (F), p. 28-33, 205.

¹⁷⁰⁷ Sur cette notion, cf. ég. *supra*, Chap. 4, N 385-393.

¹⁷⁰⁸ Sur cette notion, cf. ég. *supra*, Chap. 4, N 394-404.

¹⁷⁰⁹ Sur ces notions, cf. *supra*, Chap. 4, resp. N 385-393 et 394-404.

¹⁷¹⁰ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

la restriction (ii) ci-dessus dans la mesure où elle limite la possibilité pour les justiciables de dénoncer un dysfonctionnement de la justice aux dysfonctionnements qui sont en relation avec une affaire déterminée.

1171. — A notre sens, la faculté de dénoncer des faits justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège devrait être donnée de manière large, afin notamment de permettre un contrôle ouvert et transparent de l'activité judiciaire. En particulier, (i) les faits en question ne devraient pas être limités à ceux commis par un magistrat du siège dans l'exercice de ses fonctions et/ou se rapportant à l'exercice de ces fonctions et (ii) la qualité de dénonciateur (plaignant) dans la procédure disciplinaire ne devrait pas dépendre du statut de partie à, ou de « personne concernée » par, une procédure « principale » dans laquelle fonctionne le magistrat du siège en cause¹⁷¹¹. D'autres personnes, agissant en tant que « simples justiciables », devraient ainsi avoir la faculté de saisir l'autorité disciplinaire à raison du comportement – au sens large – d'un magistrat du siège. On pense par exemple à d'autres magistrats judiciaires agissant en leur nom personnel, à des associations de magistrats judiciaires agissant par hypothèse dans l'intérêt de leurs (autres) membres, à des journalistes.

b. Le magistrat du siège lui-même

1172. — Un magistrat du siège pourrait choisir d'initier lui-même une procédure disciplinaire en s'adressant à l'autorité disciplinaire afin de lui rapporter une situation le concernant¹⁷¹². Une telle hypothèse est par exemple expressément prévue à l'art. 18 al. 1 BDG/D.

1173. — Faute de disposition légale spécifique, on devrait pouvoir considérer que le magistrat du siège dispose de la faculté d'intervenir comme un « simple »

¹⁷¹¹ En ce sens : GRAY (USA), p. 1248.

¹⁷¹² Pour un exemple, cf. l'aff. Alex Kozinski, *Chief judge* auprès du *U.S. 9th Circuit Court of Appeals* : le Los Angeles Times avait révélé dans un article du 11.06.2008 (cf. [<http://www.latimes.com/local/la-me-kozinski12-2008jun12-story.html>] [consulté le 09.04.2015]) que le juge Alex Kozinski avait publié, sur son site internet personnel, différentes informations dont la photo d'une femme nue dont le corps (tête exceptée) avait été peint en noir et blanc de façon à ressembler à une vache et qui se tenait penchée, jambes écartées, au-dessus d'une boille à lait. Suite à la parution de cet article, le juge Alex Kozinski avait notamment requis, le 12.06.2008, que le *Judicial Council of the Ninth Circuit* initie une procédure disciplinaire à son encontre (cf. *Judicial Council of the Third Circuit, Memorandum Opinion* réf. J.C. No. 03-08-90050 du 02.07.2009, ch. II.A., consultable à l'adresse [<http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/089050p.pdf>] [consulté le 09.04.2015]).

justiciable dénonçant des faits justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire (à son encontre) – ce qui ne préjuge en rien de l'issue de celle-ci.

1174. — La saisine de l'autorité disciplinaire par un magistrat du siège pourrait notamment se justifier lorsque celui-ci estime avoir fait l'objet – à tort – d'une sanction disciplinaire déguisée¹⁷¹³ ou lorsqu'il fait l'objet de critiques directes dans les médias du fait de son comportement¹⁷¹⁴.

2. Les autorités administratives ou judiciaires

a. L'autorité disciplinaire

1175. — L'autorité disciplinaire devrait pouvoir se saisir d'elle-même (saisine d'office) lorsque parviennent à sa connaissance – en dehors donc d'une dénonciation – des faits justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège¹⁷¹⁵. Cette possibilité est notamment prévue à l'art. 81 al. 1 LOG/TI, à l'art. 70 al. 1 LMSA/NE et à l'art. 101 al. 3 LJ/FR.

1176. — Nous relevons toutefois qu'en France, la possibilité d'une « autosaisine » du Conseil supérieur de la magistrature n'est pas (plus) prévue par la loi¹⁷¹⁶. Cette restriction découle apparemment du principe – pénal – de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement, qui interdit notamment au juge du fond de se saisir d'office¹⁷¹⁷. A notre sens, une telle restriction tend ainsi à révéler (la subsistance d')une certaine conception pénale de la procédure disciplinaire (respectivement du droit disciplinaire) (applicable aux magistrats du siège).

1177. — Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessous concernant la séparation des fonctions de poursuite et de jugement¹⁷¹⁸.

¹⁷¹³ Cf. *supra*, Chap. 5, N 436-468, en particulier N 466.

¹⁷¹⁴ Cf. toutefois *supra*, Chap. 4, N 440-459 concernant la question spécifique des infractions disciplinaires découlant des actes juridictionnels des magistrats du siège.

¹⁷¹⁵ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 198-200.

¹⁷¹⁶ Sur cette question, cf. p. ex. LE POGAM (F), N 12, 213 s.

¹⁷¹⁷ Cf. LE POGAM (F), N 213. Cf. pour le surplus *infra*, N 1208-1211 concernant la séparation des fonctions de poursuite et de jugement.

¹⁷¹⁸ Cf. N 1208-1211.

b. Les autres autorités

(i) *Considérations générales*

1178. — Par « autres autorités », on entend les autorités (au sens large) qui sont autres que l'autorité disciplinaire compétente dans un ordre juridique considéré. De telles autorités doivent avoir la possibilité de dénoncer à ladite autorité disciplinaire des faits pouvant justifier l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège. Comme nous le verrons ci-dessous (ci-après, (iv)), elles peuvent même y être tenues à certaines conditions.

1179. — L'art. 81 al. 1 LOG/TI prévoit notamment la saisine du *Consiglio della magistratura* sur dénonciation d'une autorité – sans préciser si les autorités visées sont (uniquement) les autorités tessinoises, ou peuvent être également des autorités d'autres cantons, voire des autorités fédérales.

1180. — A notre sens, et de manière générale, la compétence des (autres) autorités de dénoncer des faits justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire devrait être donnée de manière large afin de permettre un contrôle ouvert et transparent de l'activité judiciaire. On constate toutefois que certaines réglementations définissent de manière restrictive les autorités compétentes pour intenter une procédure disciplinaire à l'encontre des magistrats du siège¹⁷¹⁹.

1181. — Nous étudierons ci-dessous deux catégories spécifiques d'entités pouvant disposer de la faculté de saisir l'autorité disciplinaire : les chefs de cour ou de juridiction¹⁷²⁰ ou (les chefs de cour ou de juridiction de) l'instance supérieure¹⁷²¹ (ci-après, (ii)) et le ministère public (ci-après, (iii)).

(ii) *Les chefs de cour ou de juridiction ou (les chefs de cour ou de juridiction de) l'instance supérieure*

1182. — Le législateur peut conférer spécifiquement – et plus ou moins limitativement – le pouvoir de saisir l'autorité disciplinaire (i) aux chefs de cour ou de juridiction des cours ou juridictions auxquelles appartiennent les magistrats du siège, (ii) aux instances supérieures à celles dans lesquelles fonctionnent lesdits magistrats du siège, ou encore (iii) aux chefs de cour ou de

¹⁷¹⁹ C'est le cas not. de la France (cf. LE POGAM [F], N 29 ss).

¹⁷²⁰ Cf. ég. *supra*, Chap. 6, N 763-768.

¹⁷²¹ Cf. ég. *supra*, Chap. 6, N 777-785.

juridiction des instances supérieures à celles dans lesquelles fonctionnent lesdits magistrats du siège¹⁷²².

1183. — En France, l'art. 50-2 al. 1 Ord.1958/F prévoit que « [l]e Conseil supérieur de la magistrature est [...] saisi par la dénonciation des faits motivant les poursuites disciplinaires que lui adressent les premiers présidents de cour d'appel ou les présidents de tribunal supérieur d'appel »¹⁷²³ (cas (iii) ci-avant, respectivement cas (i) ci-avant lorsque sont visés les magistrats du siège appartenant aux cours d'appel ou tribunaux supérieurs d'appel).

1184. — Le droit belge prévoit, à l'art. 412 par. 1 C.jud./B, un système très détaillé concernant les autorités compétentes pour intenter une procédure disciplinaire à l'encontre des magistrats du siège : la compétence est attribuée à différentes personnes voire entités, en fonction des différentes instances judiciaires auxquelles appartiennent les magistrats du siège. Ce système laisse une place importante aux chefs de cour ou de juridiction, respectivement aux chefs de cour ou de juridiction des instances supérieures (cas (i), respectivement cas (iii) ci-avant)¹⁷²⁴, qui peuvent notamment saisir d'eux-mêmes le Conseil supérieur de la Justice¹⁷²⁵.

1185. — Nous notons pour le surplus que les *Kyiv Recommendations*¹⁷²⁶ indiquent que les « [c]ourt chairpersons may file a complaint to the body which is competent to receive complaints and conduct disciplinary investigations »¹⁷²⁷.

1186. — A notre sens, rien ne s'oppose à ce que les chefs de cour ou de juridiction ou (les chefs de cour ou de juridiction de) l'instance supérieure aient la faculté d'initier une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège appartenant à leur cour ou juridiction ou à une juridiction inférieure. Au contraire, et pour autant qu'ils ne constituent pas les seules personnes autorisées, lesdits chefs de cour ou de juridiction, respectivement (les chefs de cour ou de juridiction de) l'instance supérieure, auront souvent, de par leur position, une connaissance privilégiée du fonctionnement des cours ou

¹⁷²² Cf. ég. *supra*, Chap. 6, N 763-768 et 777-785.

¹⁷²³ Cf. pour le surplus LE POGAM (F), N 32 s.

¹⁷²⁴ En vertu de l'art. 259bis15 C.jud./B, les chefs de cour ou de juridiction fonctionnent également comme instance de filtrage (sur cette notion, cf. *infra*, N 1215-1218 et 1219-1220) des plaintes – concernant le comportement (notamment) des membres de l'ordre judiciaire (à l'exception des membres du Conseil supérieur de la Justice) – pouvant être adressées au Conseil supérieur de la Justice par toute personne intéressée.

¹⁷²⁵ Cf. ég. MARTENS (B), p. 177.

¹⁷²⁶ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁷²⁷ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 14 i.i.

juridictions qu'il président ou dont ils sont chargés du contrôle juridictionnel des décisions, ce qui justifie qu'ils soient (mis) en mesure de dénoncer des faits justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège fonctionnant au sein de leur cour ou juridiction ou d'une juridiction inférieure.

1187. — Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessous concernant les conséquences procédurales d'une saisine par le chef de cour ou de juridiction (cf. principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement)¹⁷²⁸.

(iii) *Le ministère public*

1188. — Certaines réglementations prévoient spécifiquement (et plus ou moins limitativement) la compétence du ministère public de saisir l'autorité disciplinaire. Par exemple, en Belgique, l'art. 412 par. 2 C.jud./B, applicable notamment aux magistrats du siège, dispose qu'« [u]ne procédure disciplinaire peut toujours être intentée sur réquisition du ministère public près la juridiction dont est issue la personne concernée [...] » ; en Italie, l'art. 14 al. 1 D.lgs.109/06/I prévoit que l'action disciplinaire est introduite notamment par le *Procuratore generale presso la Corte di cassazione*.

1189. — La compétence du ministère public de saisir l'autorité disciplinaire tire probablement ses origines du Moyen Age. En effet, le ministère public, qui formait traditionnellement le parquet des « gens du roi » (procureurs), était alors chargé de surveiller les magistrats du siège et de signaler tout manquement de ceux-ci aux devoirs de leur charge en ouvrant l'action disciplinaire¹⁷²⁹. Cette compétence semble avoir traversé le temps, le ministère public partageant par la suite la compétence de la saisine de l'autorité disciplinaire avec d'autres entités¹⁷³⁰.

1190. — On peut au surplus voir une origine commune dans la compétence donnée en France par l'art. 50-1 Ord.1958/F au ministre de la justice de saisir le Conseil supérieur de la magistrature afin de dénoncer des faits motivant les poursuites disciplinaires¹⁷³¹. En effet, le ministère public se trouve, en France,

¹⁷²⁸ Cf. N 1208-1211, en particulier N 1211.

¹⁷²⁹ P. ex. MORIN (F ; anc.), II, p. 218 ss. Cf. pour le surplus *infra*, N 57.

¹⁷³⁰ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 198-200 : le ministère public ne devrait (à tout le moins) pas être le seul « juge de l'opportunité de la poursuite ».

¹⁷³¹ Cf. ég. l'art. 14 al. 1 D.lgs.109/06/I qui prévoit que l'action disciplinaire est introduite par le *Procuratore generale presso la Corte di cassazione* et par le *Ministro della giustizia*.

hiérarchiquement subordonné au ministre de la Justice. Les juridictions sont d'ailleurs placées sous la supervision du ministre de la Justice, bien que celui-ci n'ait pas d'autorité directe sur les magistrats du siège qui les composent.

1191. — Nous renvoyons pour le surplus aux développements présentés ci-dessous concernant les conséquences procédurales de la saisine (cf. principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement)¹⁷³².

(iv) *L'obligation de saisir (ou à tout le moins d'informer) l'autorité disciplinaire*

1192. — Une obligation – spéciale – d'informer l'autorité disciplinaire de faits justifiant (éventuellement) l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège est parfois instituée dans la loi.

1193. — Ainsi, dans le canton du Tessin, il est prévu que (i) le Ministère public informe le *Consiglio della magistratura*, dès que possible mais au plus tard trois mois après l'ouverture de l'instruction pénale, de l'existence d'une procédure pénale contre un magistrat du siège (art. 84 al. 3 phr. 1 LOG/TI) et (ii) les autorités judiciaires ou administratives – sont visées ici les autorités judiciaires et administratives tessinoises – doivent informer le *Consiglio della magistratura* sur les condamnations pour les infractions de nature pénale ou administrative prononcées contre un magistrat du siège en Suisse ou à l'étranger dont elles ont connaissance (art. 84 al. 3 phr. 2 LOG/TI). Dans le canton de Fribourg, il est prévu que les autorités judiciaires doivent signaler au Conseil de la magistrature les situations qui pourraient requérir l'intervention notamment de cette autorité (art. 101 al. 5 LJ/FR).

1194. — Dans les cas précités, l'autorité disciplinaire ne doit probablement pas être considérée comme étant formellement, directement, saisie ; celle-ci devrait alors se saisir – d'office – sur la base des informations portées à sa connaissance.

1195. — Une obligation de saisine pourrait être prévue dans la loi ; une telle obligation implique(rait) que l'on confère aux autorités concernées un pouvoir de saisine. Ainsi, dans le canton de Vaud, la Commission de haute surveillance du Grand Conseil¹⁷³³, lorsqu'elle a connaissance de faits susceptibles de constituer une sanction disciplinaire, doit dénoncer ceux-ci à l'autorité compétente (art. 9 al. 1 LHSTC/VD). Dans de tels cas, l'autorité disciplinaire ne devrait pas pouvoir se dispenser d'ouvrir une procédure disciplinaire ; elle

¹⁷³² Cf. N 1208-1211.

¹⁷³³ Cf. pour le surplus *supra*, N 956.

devrait être considérée comme étant saisie, le cas échéant, du fait de la dénonciation de la Commission de haute surveillance du Grand Conseil.

B. Les modalités de la saisine

1. La forme de la saisine

a. Le destinataire

1196. — La dénonciation doit en principe être adressée à l'autorité disciplinaire compétente en ce qui concerne le magistrat du siège visé.

1197. — Comme indiqué ci-dessus¹⁷³⁴, il convient de réserver l'hypothèse où une autorité spéciale, externe à l'autorité disciplinaire, serait instituée, qui serait chargée de traiter (préalablement) les plaintes des justiciables – et à laquelle la plainte pourrait ainsi devoir être adressée. Nous renvoyons pour le surplus aux développements proposés ci-dessous concernant la problématique de l'institution d'une autorité – interne ou externe à l'autorité disciplinaire – de traitement des plaintes des justiciables¹⁷³⁵.

1198. — Si la dénonciation est adressée par un justiciable à une autorité qui n'est pas compétente (par exemple, dans le cas où un justiciable entend se plaindre du comportement d'un magistrat du siège ayant statué dans une affaire le concernant à l'autorité de jugement ou à l'autorité de recours), l'autorité en question doit transmettre d'office la dénonciation à l'autorité compétente¹⁷³⁶. Le devoir de transmission à l'autorité compétente est un principe général du droit (public) – prévu notamment à l'art. 8 al. 1 PA (cf. ég. art. 39 al. 1 CPP) – qui s'applique à toutes les instances (fédérales et cantonales), afin d'éviter que le justiciable s'adressant à une autorité qui n'est pas compétente à raison du lieu ou de la matière ne subisse un préjudice de ce fait¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ Cf. N 1166.

¹⁷³⁵ Cf. N 1215-1218 et 1219-1220.

¹⁷³⁶ Pour une réglementation spécifique en droit disciplinaire des magistrats du siège, cf. p. ex. art. 295bis15 par. 3 C.jud./B.

¹⁷³⁷ Cf. p. ex. ATF 121 I 93, consid. 1c ; 118 Ia 241, consid. 3c.

b. Le contenu et la forme de la saisine

1199. — La saisine doit comprendre, dans la mesure du possible, les informations permettant à l'autorité disciplinaire d'ouvrir une procédure disciplinaire. On pense en particulier (i) à la désignation du magistrat du siège ou éventuellement de l'autorité judiciaire (instance, cour, chambre) concerné(e) ; (ii) à la désignation, le cas échéant, du dossier (cause) concerné ; (iii) à l'indication des manquements reprochés au magistrat du siège concerné voire à l'autorité judiciaire (instance, cour, chambre) à laquelle il appartient.

1200. — Aucune forme particulière ne devrait être exigée¹⁷³⁸. Les plaintes anonymes devraient en principe être déclarées irrecevables.

1201. — L'art. 259bis15 al. 2 C.jud./B prévoit que pour être recevables, les plaintes doivent être introduites par écrit, signées, datées par le plaignant ou son mandataire, et contenir l'identité complète du plaignant, ainsi qu'une description succincte des faits. Cette même disposition¹⁷³⁹ indique par ailleurs que les plaintes peuvent également être introduites par voie électronique, étant précisé qu'une confirmation de la plainte par un écrit, signée et datée par le plaignant ou son mandataire, peut en ce cas être exigée.

1202. — Les autorités disciplinaires de certains pays, à l'exemple du Canada¹⁷⁴⁰, du Royaume-Uni¹⁷⁴¹ et de la Nouvelle-Zélande¹⁷⁴², proposent des informations très détaillées, y compris des formulaires voire même des modèles de plaintes, sur leur site Internet afin en particulier de faciliter les démarches des justiciables envers l'autorité disciplinaire.

1203. — Aux Etats-Unis, les *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*, adoptées par la *Judicial Conference of the United States* le 11 mars 2008, prévoient expressément que « [t]hese Rules and copies of the complaint form as provided in Rule 6(a) must be available without charge in the office of the clerk of each court of appeals, district court, bankruptcy court, or other federal court whose judges are subject to the Act. Each court must

¹⁷³⁸ Cf. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.3.

¹⁷³⁹ Disposition dans sa teneur selon la Loi réformant la procédure de règlement des plaintes auprès du Conseil supérieur de la Justice (réf. 2014-04-04/44), non encore entrée en vigueur, date d'entrée en vigueur actuellement indéterminée [état 20.02.2016].

¹⁷⁴⁰ Cf. [https://www.cjc-ccm.gc.ca/french/conduct_fr.asp?selMenu=conduct_complaint_fr.asp] [consulté le 09.04.2015].

¹⁷⁴¹ Cf. [<https://www.gov.uk/complain-judge-magistrate-tribunal-coroner>] et [<http://judicialconduct.judiciary.gov.uk/making-a-complaint.htm>] [consultés le 09.04.2015].

¹⁷⁴² Cf. [http://www.jcc.govt.nz/template.asp?folder=COMPLAINT_PROCESS&div=2] [consulté le 09.04.2015].

also make these Rules and the complaint form available on the court's website, or provide an Internet link to the Rules and complaint form that are available on the appropriate court of appeals' website » (Rule 28)¹⁷⁴³.

2. Le moment de la saisine

1204. — En principe, la possibilité de saisir l'autorité disciplinaire ne devrait pas être limitée dans le temps. Bien entendu, la remarque qui précède ne préjuge pas des règles sur la prescription de l'action disciplinaire¹⁷⁴⁴ ; ces règles seront examinées plus loin dans notre exposé¹⁷⁴⁵.

3. La gratuité de la saisine

1205. — La dénonciation (plainte) à l'autorité de surveillance devrait être gratuite¹⁷⁴⁶. Le régime des frais dépend toutefois de la réglementation – fédérale ou cantonale – applicable.

C. Les effets de la saisine

1. L'initiation de la procédure disciplinaire

1206. — La saisine de l'autorité disciplinaire initie la procédure disciplinaire. L'autorité disciplinaire doit immédiatement ouvrir une procédure disciplinaire ; elle doit veiller dès cet instant au respect notamment des garanties de procédure applicables¹⁷⁴⁷.

1207. — En particulier, l'autorité disciplinaire doit informer sans délai le magistrat du siège en cause de l'ouverture d'une procédure disciplinaire à son encontre. Le prononcé éventuel de mesures (super)provisionnelles (cf. en

¹⁷⁴³ Cf. ég., à ce sujet, HELLMAN (USA), p. 361.

¹⁷⁴⁴ L'art. 415 al. 1 C.jud./B, qui prévoit que « [l]e tribunal disciplinaire est saisi dans les six mois de la connaissance [sic] des faits par l'autorité compétente pour intenter une procédure disciplinaire », doit à notre sens être interprété comme un délai de prescription de l'action disciplinaire et non à proprement parler comme un délai pour saisir l'autorité disciplinaire.

¹⁷⁴⁵ Cf. *infra*, N 1480-1514.

¹⁷⁴⁶ Cf. ég. l'art. 259bis15 par. 2 al. 1 du C.jud./B, qui prévoit expressément que le dépôt d'une plainte auprès du Conseil supérieur de la Justice s'effectue sans frais.

¹⁷⁴⁷ Cf. *infra*, N 1275-1320. Cf. ég. *supra*, Chap. 3, N 172-226.

particulier mesures destinées à sauvegarder l'administration des preuves)¹⁷⁴⁸ doit être réservé.

2. La séparation des fonctions de poursuite et de jugement

1208. — En droit pénal, on considère que la maxime accusatoire (ou principe de l'accusation) impose la séparation des fonctions de poursuite et de jugement. Le principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement interdit (i) au juge du fond de se saisir d'office¹⁷⁴⁹ et (ii) à l'initiateur de la procédure de siéger au sein de la composition chargée de statuer sur le sort de la personne en cause¹⁷⁵⁰.

1209. — La séparation des fonctions de poursuite et de jugement (n')est considérée comme un droit constitutionnel (que) dans la mesure où une telle séparation est nécessaire à l'indépendance et à l'impartialité du juge du fond, au sens des art. 30 al. 1 Cst. féd. et 6 par. 1 CEDH¹⁷⁵¹.

1210. — En droit disciplinaire (des magistrats du siège), la séparation entre les fonctions de poursuite et de jugement apparaît(ra) ainsi comme une nécessité dès lors que (i) la procédure en cause porte sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH et (ii) l'indépendance et l'impartialité de l'autorité disciplinaire en dépendent¹⁷⁵². Dans un tel cadre, l'autorité disciplinaire qui n'offrirait pas, dans les procédures qu'elle met en place, des garanties suffisantes en matière de séparation des fonctions d'instruction et de jugement ne serait, pour ce(s) motif(s), pas considérée comme une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁷⁵³.

1211. — Par exemple, un chef de cour ou de juridiction qui ferait usage, dans un cas concret, de son pouvoir de saisir l'autorité disciplinaire en raison du comportement d'un magistrat du siège rattaché à sa cour ou juridiction, ne pourrait ensuite plus siéger au sein de la formation de l'autorité disciplinaire qui

¹⁷⁴⁸ Sur cette question, cf. *infra*, N 1360-1367, en particulier N 1364.

¹⁷⁴⁹ TF 6B_507/2007 du 04.07.2008, consid. 3.2.

¹⁷⁵⁰ Cf. NEZARD (F ; anc.), p. 320.

¹⁷⁵¹ TF 6B_507/2007 du 04.07.2008, consid. 3.2.

¹⁷⁵² Cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1973.

¹⁷⁵³ Cf., *mutatis mutandis*, ATF 123 I 87, consid. 3c et 4, JdT 1999 I 538 (séparation des fonctions d'instruction et de jugement ; sur cette question, cf. *infra*, N 1265-1269).

décidera du sort (disciplinaire) du magistrat du siège en cause. Dans un tel cas, le chef de cour ou de juridiction devrait donc se récuser¹⁷⁵⁴.

D. Remarques intermédiaires

1. La nécessité d'un accès large des justiciables à l'autorité disciplinaire

1212. — Sur la base de ce qui précède, on peut notamment retenir la nécessité de permettre un accès large – et par ailleurs sans contrainte formelle – des justiciables à l'autorité disciplinaire. L'accessibilité de l'autorité de surveillance disciplinaire des magistrats du siège participe à la transparence du fonctionnement du système judiciaire et favorise de ce fait la confiance des citoyens dans la justice¹⁷⁵⁵.

1213. — La dénonciation d'un magistrat du siège n'est toutefois pas un acte anodin ; elle ne doit pas devenir un moyen de pression à l'encontre des magistrats du siège, car cela nuirait à l'évidence à leur indépendance. Ainsi, il appartient (notamment) aux autorités judiciaires d'informer et d'éduquer le public – et les différents acteurs de la justice – afin qu'une telle démarche soit considérée, et le cas échéant entreprise, avec le sérieux qu'il se doit.

1214. — Nous indiquons pour le surplus que la saisine de l'autorité disciplinaire ne préjuge en rien (i) du statut du dénonciateur dans la procédure disciplinaire et (ii) de (la suite et de) l'issue de la procédure disciplinaire.

2. La nécessité de la mise en place d'un dispositif de filtrage des plaintes des justiciables

1215. — DI FEDERICO a notamment relevé qu'en Italie, près de 95 % des plaintes sont classées car elles ne concernent en réalité pas le comportement des magistrats du siège mais le contenu des décisions rendues par ceux-ci¹⁷⁵⁶. GRAY indique également que 90 % des plaintes formées aux Etats-Unis sont classées

¹⁷⁵⁴ P. ex. CANIVET/JULY-HURARD (F), N 226. Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 6, N 1028-1035 concernant la question générale de l'admissibilité du siège d'un chef de cour ou de juridiction au sein de la formation disciplinaire chargée de statuer sur la situation disciplinaire d'un magistrat du siège appartenant à la juridiction dudit chef de cour ou de juridiction.

¹⁷⁵⁵ Cf. ég. GORÉ (F), N 25.

¹⁷⁵⁶ DI FEDERICO (I), *Evoluzione*, p. XLIX.

en raison d'une méconnaissance évidente, par le public, des fonctions des conseils de la justice¹⁷⁵⁷. Des exemples similaires pourraient être trouvés concernant la plupart des systèmes juridiques connaissant un droit disciplinaire formalisé¹⁷⁵⁸. Cela permet notamment de mettre en évidence, d'une manière générale, le besoin de mieux faire connaître l'institution et les fonctions des conseils de la justice, et particulièrement les autorités disciplinaires.

1216. — L'information du public, évoquée ci-dessus¹⁷⁵⁹, ne constitue néanmoins pas un moyen suffisant. En effet, il s'agit également de mettre en place des dispositifs permettant de filtrer les plaintes introduites par les justiciables afin d'éviter, d'une part, de surcharger les autorités disciplinaires en raison de plaintes (manifestement) irrecevables ou (manifestement) mal fondées, d'autre part, de confronter les magistrats du siège à des situations mettant en péril leur indépendance. En d'autres termes, la nécessité d'un accès large des justiciables à l'autorité disciplinaire s'accompagne de celle de prévoir des dispositifs de filtrage des plaintes introduites par les justiciables.

1217. — La Charte européenne sur le statut des juges¹⁷⁶⁰ fait référence à un organisme indépendant qui serait chargé de recevoir les plaintes des justiciables et, le cas échéant, de saisir l'autorité disciplinaire ou à tout le moins d'en recommander la saisine auprès de l'autorité compétente pour ce faire : « [t]oute personne doit avoir la possibilité de soumettre sans formalisme particulier sa réclamation relative au dysfonctionnement de la justice dans une affaire donnée à un organisme indépendant. Cet organisme a la faculté, si un examen prudent et attentif fait incontestablement apparaître [sic] un manquement [...] de la part d'un juge [...], d'en saisir l'instance disciplinaire ou à tout le moins de recommander une telle saisine à une autorité ayant normalement compétence, suivant le statut, pour l'effectuer » (ch. 5.3)¹⁷⁶¹.

1218. — Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)¹⁷⁶² s'est également prononcé en faveur de la mise en place d'un tel dispositif : « les personnes alléguant un préjudice du fait de l'erreur professionnelle d'un juge [...] doivent

¹⁷⁵⁷ GRAY (USA), HLR, p. 1246 ; cf. ég. WHEELER (USA), p. 550 ss ; MILLER (USA), p. 467.

¹⁷⁵⁸ On peut encore citer : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, Principes de déontologie judiciaire (2010), Enoncé n° 2, Commentaire n° 7.

¹⁷⁵⁹ Cf. N 1215.

¹⁷⁶⁰ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

¹⁷⁶¹ Il ressort au surplus de l'Exposé des motifs à l'appui de ladite Charte que l'organisme indépendant dont il est question pourrait servir d'instance de filtrage commune à différents acteurs de la justice (p. ex. avocats, notaires) et de l'administration (p. ex. fonctionnaires) (cf. Charte européenne sur le statut des juges, Exposé des motifs, ad ch. 5.3).

¹⁷⁶² Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

être en droit de porter leurs plaintes, quelles qu'elles soient, devant la personne ou l'organe chargé d'entamer l'action disciplinaire. Mais elles ne peuvent être elles-mêmes habilitées à engager cette action ou à obtenir qu'elle le soit. Il doit exister un filtre, faute de quoi les juges pourraient souvent être l'objet de telles poursuites, intentées à l'initiative de justiciables déçus »¹⁷⁶³. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) a ainsi « *propos[é] que les pays envisagent la mise en place d'un organe ou d'une personne spécifiquement chargés, dans chaque pays, de recevoir les plaintes, d'entendre les protestations du juge concerné à leur sujet et de décider, à la lumière de ces éléments, si les arguments à la charge du juge sont suffisamment probants pour justifier l'ouverture d'une action disciplinaire, et, dans ce cas, de déférer l'affaire devant l'autorité disciplinaire* »¹⁷⁶⁴.

3. La mise en œuvre de dispositifs de filtrage des plaintes des justiciables

1219. — Les dispositifs de filtrage des plaintes introduites par les justiciables peuvent être (i) internes aux autorités disciplinaires ou (ii) externes aux autorités disciplinaires. Dans le cas (i) ci-avant, l'autorité disciplinaire est saisie dès la réception de la plainte d'un justiciable (saisine directe « proprement dite »). Dans le cas (ii) ci-avant, l'autorité disciplinaire, qui est liée par la décision préalable de l'autorité externe, peut, suivant les réglementations, (ii.a) être néanmoins formellement saisie par la plainte du justiciable (saisine directe « improprement dite » ; par exemple lorsque la réglementation visée prévoit que l'autorité disciplinaire est saisie dès réception des plaintes qui doivent lui être adressées directement, mais qu'une autorité externe de filtrage est instituée) ou, au contraire, (ii.b) dépendre d'une éventuelle saisine de la part de l'autorité externe qui intervient sur la base de la plainte du justiciable (saisine indirecte ; par exemple lorsque la réglementation visée prévoit que les plaintes des justiciables doivent être adressées à l'autorité externe, laquelle dispose de la compétence de saisir l'autorité disciplinaire).

1220. — Dans les développements qui suivent, nous examinerons les questions liées à la mise en place et au déroulement de la phase préliminaire de la procédure disciplinaire. Cette phase inclut l'examen des plaintes des justiciables ; comme nous le verrons, elle peut être menée, concernant ce dernier aspect, par l'autorité externe et/ou par l'autorité disciplinaire.

¹⁷⁶³ CCJE, Avis n° 3, par. 67.

¹⁷⁶⁴ CCJE, Avis n° 3, par. 68.

III. La phase préliminaire

A. Généralités

1221. — Par « phase préliminaire », nous entendons la phase procédurale qui vise à définir, sur la base d'un examen sommaire du dossier, s'il y a lieu, au vu des informations à disposition à ce stade de l'examen, (i) lorsqu'une autorité externe chargée d'examiner les plaintes des justiciables est instituée (cf. saisine indirecte)¹⁷⁶⁵, de saisir l'autorité disciplinaire ou au contraire de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire et/ou (ii) une fois l'autorité disciplinaire saisie (saisine directe proprement dite ou improprement dite provenant d'un justiciable¹⁷⁶⁶ ; saisine par d'autres autorités¹⁷⁶⁷ ; saisine d'office¹⁷⁶⁸), de continuer la procédure disciplinaire ou au contraire de mettre un terme à celle-ci.

1222. — La phase préliminaire est donc liée à la saisine de l'autorité disciplinaire. Toutefois, comme évoqué ci-dessus¹⁷⁶⁹, les plaintes des justiciables sont, dans certains systèmes, traitées préalablement par une autorité externe. Par conséquent, on retiendra que la phase préliminaire (i) ne concerne pas forcément uniquement l'autorité disciplinaire et (ii) peut le cas échéant couvrir également une période débutant avant la saisine de celle-ci.

1223. — Dans les développements qui suivent, nous aborderons d'abord la question de la détermination de l'autorité ou des autorités compétente(s) à ce stade de la procédure disciplinaire, en concentrant notre examen sur la problématique du traitement des plaintes des justiciables (ci-après, B.). Conscient que cette question spécifique a trait également aux autorités (disciplinaires), nous avons toutefois choisi de la traiter dans le chapitre consacré à la procédure disciplinaire au vu de ses imbrications avec des problématiques procédurales. Nous évoquerons ensuite – d'un point de vue général – la question des garanties de procédure applicables durant la phase préliminaire (ci-après, C.). Nous donnerons enfin des indications sur la suite à donner à la procédure disciplinaire (ci-après, D.), étant d'ores et déjà précisé que cette question est régie par le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires (ci-après, D.2.).

¹⁷⁶⁵ Cf. *supra*, N 1166, 1219.

¹⁷⁶⁶ Cf. *supra*, N 1165-1174.

¹⁷⁶⁷ Cf. *supra*, N 1178-1195.

¹⁷⁶⁸ Cf. *supra*, N 1175-1177.

¹⁷⁶⁹ Cf. *supra*, N 1219.

B. L(’) (es) autorité(s) compétente(s) pour traiter les plaintes des justiciables

1. Remarques générales

1224. — Les plaintes des justiciables peuvent le cas échéant être examinées préliminairement (i) par une autorité externe¹⁷⁷⁰ qui intervient (i.a) préalablement à toute saisine de l’autorité disciplinaire ou (i.b) consécutivement à la saisine de l’autorité disciplinaire, ou (ii) selon un dispositif interne, par l’autorité disciplinaire agissant (ii.a) par l’un de ses membres (p. ex. par son président) ou (ii.b) *in corpore*¹⁷⁷¹.

1225. — Nous présenterons ci-dessous un aperçu des solutions retenues en Suisse (ci-après, 2.a.) et à l’étranger (ci-après, 2.b.) concernant l’agencement des autorités chargées du traitement des plaintes des justiciables. Nous proposerons ensuite quelques éléments d’appréciation (ci-après, 3.).

1226. — Nous renvoyons pour le surplus au titre consacré à l’instruction principale¹⁷⁷², en particulier concernant la question de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement¹⁷⁷³.

2. Les solutions retenues (aperçu)

a. En Suisse

1227. — En Suisse, la compétence de procéder à un examen préliminaire des plaintes est traditionnellement confiée à l’autorité disciplinaire (dispositif interne ; saisine directe proprement dite¹⁷⁷⁴) (cas (ii) ci-dessus¹⁷⁷⁵).

1228. — Cette compétence est, dans certains cas, spécifiquement attribuée au président de l’autorité disciplinaire (cas (ii.a) ci-dessus¹⁷⁷⁶). Ainsi, l’art. 19 al. 1 phr. 1 LOJ/GE prévoit que le président du Conseil supérieur de la magistrature classe les plaintes qui lui apparaissent manifestement mal fondées et en informe

¹⁷⁷⁰ Cf. *supra*, N 1219.

¹⁷⁷¹ Cf. é.g. *supra*, N 1221.

¹⁷⁷² Cf. *infra*, N 1263-1323.

¹⁷⁷³ Cf. *infra*, N 1265-1269.

¹⁷⁷⁴ Cf. é.g. *supra*, N 1219 et 1221 concernant la classification proposée.

¹⁷⁷⁵ Cf. N 1224. Cf. é.g. *supra*, N 1219 et 1221.

¹⁷⁷⁶ Cf. N 1224.

alors les membres dudit Conseil¹⁷⁷⁷. L'art. 19 al. 1 phr. 2 et 3 LOJ/GE institue par ailleurs une règle particulièrement intéressante : cette disposition prévoit que le Conseil supérieur de la magistrature doit se réunir si le plaignant persiste dans sa plainte malgré le classement décidé par le président dudit Conseil ; si le Conseil supérieur de la magistrature estime que la plainte est téméraire, il peut prononcer un avertissement et, en cas de récidive, infliger au plaignant une amende allant jusqu'à Fr. 1'000.-. L'art. 83 al. 1 LOG/TI prévoit, à l'instar de l'art. 19 al. 1 phr. 1 LOJ/GE, précité, que le Président du *Consiglio della magistratura* peut écarter les plaintes manifestement infondées ; celui-ci doit en aviser le magistrat du siège concerné, le plaignant et les autres membres du *Consiglio della magistratura*. L'art. 83 al. 2 LOG/TI institue par ailleurs une règle similaire à l'art. 19 al. 1 phr. 2 et 3 LOJ/GE, précité : si le plaignant, dans le délai qui lui a été imparti, déclare persister dans sa plainte malgré la décision d'irrecevabilité du Président du *Consiglio della magistratura*, ledit président doit alors soumettre la question de la recevabilité de la plainte à l'appréciation du *Consiglio della magistratura* ; si la décision présidentielle est confirmée par le *Consiglio della magistratura*, des frais allant jusqu'à Fr. 2'000.- peuvent être mis à la charge du plaignant. L'art. 83 al. 2 LOG/TI, de même que l'art. 19 al. 1 phr. 2 et 3 LOJ/GE, précité, visent manifestement à éviter les plaintes « chicanières ».

1229. — Dans d'autres cas, la compétence est donnée à l'autorité disciplinaire *in corpore* (cas (ii.b) ci-dessus¹⁷⁷⁸). L'instruction peut toutefois être confiée au président de l'autorité disciplinaire ou déléguée à l'un de ses membres¹⁷⁷⁹. Ainsi, l'art. 69 al. 2 phr. 1 LOJ/JU prévoit que « [a]près un examen préliminaire, [le Conseil de surveillance de la magistrature] peut refuser d'ouvrir une enquête ou classer l'affaire en tout temps lorsqu'il estime que les faits ne justifient pas une poursuite disciplinaire ». Le Règlement du Conseil de surveillance de la magistrature précise que le Conseil de surveillance de la magistrature doit statuer *in corpore* (art. 8 al. 1 RCSM/JU), même si l'instruction peut être confiée à son président (cf. art. 7 al. 1 RCSM/JU). Citons encore l'art. 37 al. 1 LOJV/VD, aux termes duquel « [l]'autorité compétente pour ordonner, d'office ou sur dénonciation, l'ouverture d'une enquête administrative est (a) à l'égard d'un juge, d'un juge suppléant du Tribunal cantonal, ou d'un assesseur de la Cour de droit administratif et public ou de la Cour des assurances sociales, le bureau du Grand Conseil ; (b) à l'égard d'un

¹⁷⁷⁷ Cf. ég. PEILA, N 18.

¹⁷⁷⁸ Cf. N 1224.

¹⁷⁷⁹ Cf. pour le surplus *infra*, N 1265-1269 concernant la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

autre magistrat [du siège], l'autorité de surveillance [telle qu'instituée aux art. 31 et 31b LOJV/VD] ».

b. A l'étranger

1230. — La plupart des Etats étrangers ayant institué une autorité disciplinaire en tant que commission spécialisée d'un conseil de la justice ont créé un dispositif, interne ou externe à l'autorité disciplinaire¹⁷⁸⁰, permettant de filtrer les procédures engagées par les justiciables.

1231. — En Belgique, les chefs de corps fonctionnent notamment comme instance de filtrage (dispositif externe) des plaintes adressées par les justiciables au Conseil supérieur de la Justice (saisine directe improprement dite¹⁷⁸¹) concernant le comportement des membres de l'ordre judiciaire (à l'exception des membres du Conseil supérieur de la Justice) (cf. art. 259bis15 C.jud./B¹⁷⁸²)¹⁷⁸³. A noter que cette solution présente un certain risque que lesdits chefs de cour ou de juridiction décident, plus que de raison, de ne pas donner suite à une plainte, c'est-à-dire de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire¹⁷⁸⁴.

1232. — Au Canada, un membre du Comité du Conseil canadien de la magistrature chargé de la conduite des juges de nomination fédérale (Comité sur la conduite des juges ; dispositif interne) examine en premier lieu les plaintes concernant la conduite des magistrats du siège adressées au Conseil canadien de la magistrature (saisine directe proprement dite¹⁷⁸⁵)¹⁷⁸⁶.

1233. — En France, l'art. 50-3 al. 2 Ord.1958/F prévoit que les plaintes sont examinées dans un premier temps par une « commission d'admission des requêtes » (dispositif interne) composée de membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège

¹⁷⁸⁰ Cf. ég. *supra*, N 1224.

¹⁷⁸¹ Cf. la classification proposée *supra*, N 1219 et 1221.

¹⁷⁸² Disposition dans sa teneur selon la Loi réformant la procédure de règlement des plaintes auprès du Conseil supérieur de la Justice (réf. 2014-04-04/44), non encore entrée en vigueur, date d'entrée en vigueur actuellement indéterminée [état 20.02.2016].

¹⁷⁸³ Cf. ég. HELLMAN (USA), p. 348 ss concernant le pouvoir du *Chief Judge* d'identifier une plainte.

¹⁷⁸⁴ Sur cette question, cf. DE CLERK (B), p. 13 s.

¹⁷⁸⁵ Cf. la classification proposée *supra*, N 1219 et 1221.

¹⁷⁸⁶ Cf. pour le surplus les « Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale », entrées en vigueur le 03.04.2014.

(saisine directe proprement dite¹⁷⁸⁷). La composition et le fonctionnement de la commission d'admission des requêtes sont réglés à l'art. 18 de la Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature¹⁷⁸⁸.

1234. — Au Royaume-Uni, le *Lord Chancellor* et le *Lord Chief Justice* exercent conjointement le rôle d'autorité disciplinaire. L'autorité compétente pour réceptionner et traiter les plaintes des justiciables (dispositif externe) dépend de la catégorie de magistrat du siège visée : les *Chamber Presidents* sont compétents concernant les *Tribunal Judges*, les *Local Advisory Committees* concernant les *Magistrates* et le *Judicial Conduct Investigations Office* (JCIO ; anciennement, *Office for Judicial Complaints*) concernant les autres magistrats du siège (saisine indirecte¹⁷⁸⁹ dans chacun des cas précités)¹⁷⁹⁰.

3. Elements d'appréciation

1235. — Lorsque l'autorité chargée d'examiner les plaintes des justiciables est une autorité externe, celle-ci devrait être soumise aux mêmes exigences¹⁷⁹¹ que celles applicables à l'autorité disciplinaire. Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, (i) aux développements présentés ci-dessus concernant les autorités disciplinaires¹⁷⁹² et (ii) aux développements présentés ci-dessous concernant l'instruction principale¹⁷⁹³.

1236. — Il nous paraît utile de revenir brièvement sur la solution prévue par le législateur vaudois¹⁷⁹⁴, qui consiste à attribuer au Bureau du Grand Conseil la compétence de décider de l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège (hormis à l'égard des juges et juges suppléants du Tribunal cantonal, et des juges assesseurs de la Cour de droit administratif et public et de la Cour des assurances sociales ; cf. art. 37 al. 1 LOJV/VD). Au vu

¹⁷⁸⁷ Cf. la classification proposée *supra*, N 1219 et 1221.

¹⁷⁸⁸ Tel que modifié par l'art. 14 de la Loi organique n° 2010-830 du 22.07.2010. Cf. not. l'art. 18 al. 3 *i.i.* de ladite loi, qui prévoit que « [l]es membres de la commission d'admission des requêtes ne peuvent siéger dans la formation [du Conseil supérieur de la magistrature] siégeant en matière disciplinaire lorsque celle-ci est saisie d'une affaire qui lui a été renvoyée par la commission d'admission des requêtes à laquelle ils appartiennent ».

¹⁷⁸⁹ Cf. la classification proposée *supra*, N 1219 et 1221.

¹⁷⁹⁰ Cf. pour le surplus *The 2014 Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulations*, et leurs *supporting rules*, entrées en vigueur le 18.08.2014.

¹⁷⁹¹ Cf. *supra*, Chap. 6, *passim*.

¹⁷⁹² Cf. Chap. 6.

¹⁷⁹³ Cf. N 1265-1274 et 1275-1320.

¹⁷⁹⁴ Cf. *supra*, N 954.

des développements qui précèdent, cette solution nous paraît incompatible avec l'exigence d'une autorité judiciaire (au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH) indépendante (et impartiale)¹⁷⁹⁵, et contraire en tout état de cause au principe de l'indépendance de la justice¹⁷⁹⁶.

C. Les garanties de procédure applicables (aperçu et renvoi)

1237. — L'ensemble des garanties de procédure sont en principe applicables durant la phase préliminaire (déjà). Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements présentés ci-dessous concernant les garanties de procédure applicables durant l'instruction principale¹⁷⁹⁷.

1238. — Il convient toutefois de tenir compte (de la nature et) du but de la phase préliminaire, qui consiste à définir, sur la base des informations à disposition de l'autorité compétente à ce stade de la procédure, s'il y a lieu (d'ouvrir et) de continuer la procédure disciplinaire, ou au contraire (de ne pas entrer en matière ou) de classer la procédure. Certains droits procéduraux pourraient ainsi être limités durant cette phase, en particulier devant l'autorité externe chargée le cas échéant de l'examen préalable des plaintes des justiciables.

1239. — A notre sens, la possibilité d'une limitation des droits procéduraux des magistrats du siège durant la phase préliminaire ne devrait toutefois concerner que les modalités – et non le principe – de l'application de tels droits. Le législateur pourrait par exemple définir que l'audition de témoins n'est en principe pas possible à ce stade de la procédure. Par contre, une règle telle que celle prévue par le législateur français, selon laquelle le magistrat du siège mis en cause n'est informé qu'à partir du moment où la Commission d'admission des requêtes (composée de membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège) déclare la plainte recevable et engage la procédure disciplinaire, ou au contraire rejette la plainte (art. 50-3 al. 4 phr. 2 et art. 50-3 al. 8 Ord.1958/F), en tant qu'elle touche au principe même du droit d'être entendu à ce stade de la procédure, ne devrait pas être admise. Doivent être réservées les circonstances faisant apparaître la nécessité de sauvegarder, par des mesures conservatoires, un intérêt public ou privé important et gravement menacé, ou encore les situations laissant apparaître un risque sérieux de collusion (cf., *mutatis mutandis*, art. 221 al. 1

¹⁷⁹⁵ Cf. *supra*, Chap. 6, N 717-758.

¹⁷⁹⁶ Cf. pour le surplus *supra*, N 966-968.

¹⁷⁹⁷ Cf. N 1275-1320.

let. b CPP) et justifiant dès lors la prise de mesures destinées à assurer l'administration des preuves¹⁷⁹⁸.

D. Le statut du dénonciateur (renvoi)

1240. — Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements présentés ci-dessous concernant la question du statut du dénonciateur durant l'instruction principale¹⁷⁹⁹.

E. La décision sur la suite à donner à la procédure

1. Les décisions pouvant être prononcées

1241. — Nous avons déjà indiqué précédemment¹⁸⁰⁰ que (i) lorsqu'une autorité externe est chargée d'examiner les plaintes des justiciables, celle-ci peut décider (i.a.) de saisir l'autorité disciplinaire ou au contraire (i.b.) de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire et que (ii) l'autorité disciplinaire, une fois saisie, peut quant à elle décider (ii.a.) de continuer la procédure disciplinaire ou au contraire (ii.b.) de mettre un terme à la procédure disciplinaire.

1242. — Lorsque l'autorité externe décide de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire (situation (i.b.) ci-avant), elle prononce une décision de non-entrée en matière (classement de la *plainte*). Lorsque l'autorité disciplinaire décide de mettre un terme à une procédure disciplinaire déjà ouverte (situation (ii.b.) ci-avant), elle rend une décision de classement (classement de la *procédure*)¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁸ Cf. *infra*, N 1360-1377 concernant les mesures (super)provisionnelles.

¹⁷⁹⁹ Cf. *infra*, N 1321-1323.

¹⁸⁰⁰ Cf. *supra*, N 1221.

¹⁸⁰¹ Cf. pour le surplus, *mutatis mutandis*, MCF-CPP, p. 1255 : « [la décision de classement, de mise en accusation ou le prononcé d'une ordonnance pénale] est du ressort du ministère public. Ainsi, aucune autre autorité n'a à statuer sur le classement de l'affaire et la mise en accusation. Sont réservés toutefois la possibilité de former recours contre l'ordonnance de classement [...] et l'examen de l'accusation par le tribunal saisi [...]. Ce système a parfois été appelé «système suisse» [...]. Il doit [...] être repris dans le code de procédure pénale suisse. Ce système se distingue des régimes procéduraux dans lesquels le ministère public, par exemple, ne peut requérir de la Chambre d'accusation que la mise en accusation du prévenu (modèle français), ou d'un système prévoyant une procédure particulière d'admission de la mise en accusation (système anglo-américain) ou encore d'un système permettant de former opposition ou recours contre la mise en accusation auprès d'une

1243. — En France, l'art. 50-3 al. 7 Ord.1958/F prévoit que lorsqu'elle estime que les faits sont susceptibles de recevoir une qualification disciplinaire, la Commission d'admission des requêtes – organe appartenant à la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège¹⁸⁰² – renvoie l'examen de la plainte au (Conseil de discipline du) Conseil supérieur de la magistrature (cf. situation (i.a.) ci-avant). L'art. 50-3 al. 4 phr. 1 Ord.1958/F dispose par ailleurs que le président de la Commission d'admission des requêtes peut rejeter les plaintes « manifestement infondées ou manifestement irrecevables » (cf. situation (i.b.) ci-avant) ; l'art. 50-3 al. 8 Ord.1958/F précise toutefois qu'en cas de rejet de la plainte, les autorités mentionnées aux art. 50-1 et 50-2 Ord.1958/F (soit respectivement le ministre de la justice ; les premiers présidents de cour d'appel ou les présidents de tribunal supérieur d'appel) conservent la faculté de saisir le Conseil supérieur de la magistrature des faits dénoncés.

1244. — En Suisse, on peut notamment se référer à l'art. 69 al. 2 LOJ/JU, selon lequel « [a]près un examen préliminaire, [le Conseil de surveillance de la magistrature] peut refuser d'ouvrir une enquête ou classer l'affaire en tout temps lorsqu'il estime que les faits ne justifient pas une poursuite disciplinaire [...] » ; à l'art. 42 LOJV/VD, qui prévoit que l'autorité disciplinaire, d'entrée de cause, décide – sans recours possible¹⁸⁰³ – de poursuivre la procédure disciplinaire ou de mettre fin à la procédure (cf. situation (ii.b.) ci-avant).

1245. — Nous relevons pour le surplus que le fait qu'une décision de classement de la plainte formée à l'encontre d'un magistrat du siège (situation (i.b.) ci-avant¹⁸⁰⁴) soit annulée sur recours ne justifie pas la récusation systématique du ou des membres de l'autorité disciplinaire ayant prononcé une telle décision¹⁸⁰⁵.

instance indépendante du tribunal saisi (système autrichien). La concentration de compétences entre les mains du ministère public vise à simplifier le déroulement des instances, à rendre plus rigoureuse l'articulation des étapes précédant la procédure judiciaire proprement dite, deux améliorations qui devraient contribuer à accroître l'efficacité des poursuites pénales ».

¹⁸⁰² Cf. pour le surplus *supra*, N 1011, 1233.

¹⁸⁰³ Sur cette question, cf. *supra*, N 951.

¹⁸⁰⁴ Cf. N 1241.

¹⁸⁰⁵ Pour un cas d'application, cf. CSM/GE, déc. CSM/12/2012 cit. par JUNOD/PERUCCHI/DENTELLA GIAUQUE, p. 66. Nous renvoyons pour le surplus à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral relative à la question de l'intervention d'un même magistrat judiciaire à plusieurs stades d'une procédure (cf. p. ex. ATF 138 IV 142, consid. 2.3 : « [c]omme le relève la cour cantonale, on ne saurait admettre systématiquement la récusation d'un procureur au motif qu'il aurait déjà rendu dans la même cause une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement annulée par l'autorité de recours.

2. Le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires

a. Considérations générales

1246. — L'intervention de l'autorité ou des autorités compétente(s) durant la phase préliminaire est régie par le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires¹⁸⁰⁶.

1247. — Comme son nom l'indique, le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires se rapporte à la possibilité, pour l'autorité compétente, de renoncer à ouvrir une procédure disciplinaire ou à poursuivre l'instruction d'une telle procédure. En ce sens, le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires s'oppose au principe de la légalité des poursuites disciplinaires¹⁸⁰⁷. Ce principe doit donc être considéré comme appartenant au droit disciplinaire formel (procédure disciplinaire) et non au droit disciplinaire matériel – nonobstant le fait qu'il déploie des effets matériels¹⁸⁰⁸.

1248. — Le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires doit être distingué du principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires, qui intervient au stade du prononcé de la décision, soit au terme de la procédure disciplinaire, et qui consiste dans la possibilité, pour l'autorité disciplinaire, de renoncer à infliger une sanction disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège malgré le constat – préalable – de la commission par celui-ci d'une infraction disciplinaire¹⁸⁰⁹.

D'une part en effet, des décisions ou des actes de procédure qui se révèlent par la suite erronés ne fondent pas en soi une apparence objective de prévention ; seules des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constitutives de violations graves des devoirs du magistrat, peuvent fonder une suspicion de partialité, pour autant que les circonstances dénotent que le juge est prévenu ou justifie à tout le moins objectivement l'apparence de prévention [...]. D'autre part, la jurisprudence considère que le magistrat appelé à statuer à nouveau après l'annulation d'une de ses décisions est en général à même de tenir compte de l'avis exprimé par l'instance supérieure et de s'adapter aux injonctions qui lui sont faites [...]. Seules des circonstances exceptionnelles permettent dès lors de justifier une récusation dans de tels cas, lorsque, par son attitude et ses déclarations précédentes, le magistrat a clairement fait apparaître qu'il ne sera pas capable de revoir sa position et de reprendre la cause en faisant abstraction des opinions qu'il a précédemment émises »). Cf. ég. infra, N 1265-1269 sur la question de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

¹⁸⁰⁶ Nous renvoyons pour le surplus à DAU (D), p. 104 ss et *passim*.

¹⁸⁰⁷ Pour le surplus, cf. p. ex., *mutatis mutandis*, KILLIAS (droit pénal), N 818-831.

¹⁸⁰⁸ Cf. en ce sens, *mutatis mutandis*, KILLIAS (droit pénal), N 828.

¹⁸⁰⁹ Cf. *supra*, Chap. 5, N 630-644.

1249. — Nous avons vu plus haut que le principe de l'opportunité des *sanctions* disciplinaires peut être considéré comme un cas d'application du principe de la proportionnalité (des sanctions disciplinaires)¹⁸¹⁰. En effet, pris dans un sens large, le principe de la proportionnalité (des sanctions disciplinaires) se rapporte à la détermination du genre et de la quotité de la sanction disciplinaire, mais également à la question du principe même d'infliger ou non, dans un cas d'espèce, une sanction. *A fortiori*, le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires, qui intervient en amont de la question de la fixation des sanctions disciplinaires, peut être considéré comme découlant du principe de la proportionnalité.

1250. — Le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires (de même que le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires) permettra (permettront) notamment de contrebalancer l'inapplicabilité – généralement retenue en droit disciplinaire – du principe « *ne bis in idem* » (cf. absence de chose jugée au pénal sur le disciplinaire)¹⁸¹¹.

b. La nécessité d'encadrer l'autorité compétente dans l'application du principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires

1251. — L'autorité compétente durant la phase préliminaire, dont le cadre de l'intervention est régi par la maxime d'office¹⁸¹², dispose d'un (très) large pouvoir d'appréciation dans l'application du principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires.

1252. — Il apparaît conforme aux buts du droit disciplinaire que l'autorité compétente durant la phase préliminaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'examen de l'opportunité des poursuites disciplinaires. Ce pouvoir ne doit toutefois pas être un pouvoir discrétionnaire, car cela conduirait à des décisions inégales et non objectives¹⁸¹³.

1253. — En effet, nous relevons qu'en procédure administrative cantonale, l'(in)opportunité ne constitue en principe un motif de recours que dans la mesure où la loi le prévoit expressément (cf. p. ex. art. 33 let. d LPJA/NE). En outre, et de manière générale (c'est-à-dire quelle que soit la nature de la procédure), les recours au Tribunal fédéral dirigés contre une décision de non-entrée en matière ou de classement rendue en application du droit disciplinaire

¹⁸¹⁰ Cf. N 630.

¹⁸¹¹ Sur cette problématique, cf. *supra*, Chap. 5, N 666-693, not. N 677.

¹⁸¹² Cf., *mutatis mutandis*, *infra*, N 1275-1276.

¹⁸¹³ Cf. HANGARTNER, p. 428.

cantonal ne peuvent pas être formés pour violation du droit cantonal en tant que tel, sauf dans les cas expressément visés par l'art. 95 LTF¹⁸¹⁴ ; le recourant doit donc la plupart du temps se résoudre à faire valoir le cas échéant que la mauvaise application du droit cantonal par l'autorité cantonale constitue une violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 LTF, en particulier que cette application est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. féd. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (de niveaux cantonal ou fédéral)¹⁸¹⁵.

1254. — Les éléments précités permettent également de mettre en évidence l'importance d'une application rigoureuse et consciencieuse du principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires¹⁸¹⁶.

1255. — D'une manière générale, on peut considérer qu'il est possible de réduire les risques liés à l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente en améliorant les règles sur la compétence des autorités et sur la procédure disciplinaire, notamment en définissant avec soin le cadre procédural applicable¹⁸¹⁷.

1256. — D'un point de vue plus spécifique, nous percevons un besoin de dégager des critères permettant à l'autorité compétente de se déterminer quant à la suite à donner à la procédure disciplinaire. Dans son examen, l'autorité compétente devra procéder à une pondération de tels critères – ce qui correspond, dans une large mesure, à un examen sous l'angle du principe de la proportionnalité¹⁸¹⁸.

c. L'utilisation des solutions du droit pénal

1257. — On peut se référer à la construction prévalant en droit pénal, qui distingue entre la possibilité (i) pour l'autorité de poursuite pénale, de renoncer à poursuivre, (ii) pour la même autorité, de renoncer à renvoyer devant un tribunal et (iii) pour l'autorité de jugement, de renoncer à infliger une peine.

1258. — Les cas (i) et (ii) ci-dessus sont des expressions du principe de l'opportunité des *poursuites* pénales¹⁸¹⁹ ; ils peuvent être mis en relation avec le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires, qui nous occupe ici.

¹⁸¹⁴ Cf. *infra*, N 1449-1456.

¹⁸¹⁵ Cf. p. ex., *mutatis mutandis*, ATF 120 IV 38, consid. 3 ; RJN 2000 p. 193, consid. 2.

¹⁸¹⁶ En ce sens ég. : HANGARTNER, p. 433.

¹⁸¹⁷ En ce sens ég. : HANGARTNER, p. 428.

¹⁸¹⁸ Cf. ég., *mutatis mutandis*, RJN 2000 193, consid. 2a : « [...] le classement par opportunité n'implique pas le droit de mettre arbitrairement fin à la procédure pénale, sans quoi le principe de l'égalité devant la loi ne serait plus respecté [...] ».

¹⁸¹⁹ Pour le surplus, cf. p. ex. ROTH R., Opportunité (droit pénal), p. 264 ss et *passim*.

Le cas (iii) ci-dessus ressortit quant à lui au principe de l'opportunité des sanctions pénales¹⁸²⁰ ; il peut être mis en relation avec le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires, lequel a fait l'objet d'une analyse plus haut dans notre exposé¹⁸²¹. Nous proposons d'étudier brièvement les cas (i) et (ii) ci-dessus afin d'évaluer la possibilité d'une utilisation, en droit disciplinaire, des solutions prévues par le droit pénal.

1259. — On constate d'emblée que le droit disciplinaire présente (également), en ce qui concerne le principe de l'opportunité des poursuites, une importante similarité avec le droit pénal. En droit pénal, la possibilité donnée à l'autorité de renoncer à poursuivre et partant de rendre une ordonnance de non-entrée en matière (cf. art. 8 al. 4 CPP ; cas (i) ci-dessus) ou celle d'ordonner le classement de tout ou partie de la procédure (cf. art. 8 al. 4 CPP ; art. 319 CPP ; cas (ii) ci-dessus) constitue une restriction au caractère impératif de la poursuite pénale prévu à l'art. 7 CPP¹⁸²². En ce sens, le principe de l'opportunité des poursuites pénales s'oppose au principe de la légalité des poursuites pénales – de la même manière que le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires s'oppose au principe de la légalité des poursuites disciplinaires¹⁸²³.

1260. — L'art. 8 CPP permet de renoncer à engager une poursuite pénale (cas (i) ci-dessus) notamment lorsque les conditions visées aux art. 52 CP (absence d'intérêt à punir), 53 CP (réparation du dommage ou compensation du tort causé) et 54 CP (atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte) sont remplies (art. 8 al. 1 CPP).

1261. — L'art. 319 CPP permet d'ordonner le classement de tout ou partie de la procédure (cas (ii) ci-dessus) notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales (let. e).

1262. — A notre sens, les cas d'application du principe de l'opportunité des poursuites pénales, tels que définis ci-dessus (art. 8 al. 1 et 319 CPP), pourraient

¹⁸²⁰ A relever que les trois hypothèses sont généralement traitées indistinctement sous la notion d'« opportunité des poursuites ». Cf. p. ex. CORNU P., *passim*, et les réf.

¹⁸²¹ Sur cette notion, cf. *supra*, Chap. 5, N 630-644.

¹⁸²² Sur la distinction et les relations entre le principe de la légalité et le principe de l'opportunité des poursuites en droit pénal, cf. MCF-CPP, p. 1106 s. ; pour le surplus, cf. p. ex. KILLIAS, N 818 ss.

¹⁸²³ Cf. *supra*, N 1247.

être repris, *mutatis mutandis*, en droit disciplinaire des magistrats du siège. Le législateur pourrait ainsi tirer parti des solutions prévues en procédure pénale, en intégrant celles-ci à la procédure disciplinaire, cela quand bien même le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires serait appliqué dans un cadre procédural administratif et non pénal¹⁸²⁴.

IV. L'instruction principale

A. Généralités

1263. — L'instruction principale, que l'on peut également désigner par le terme « enquête disciplinaire », est la phase procédurale qui suit la phase préliminaire (pour autant que celle-ci ne se soit pas soldée par une décision de non-entrée en matière [classement de la plainte] ou de classement [classement de la procédure])¹⁸²⁵ et durant laquelle l'autorité compétente (ci-après, B. concernant certains aspects procéduraux)¹⁸²⁶ s'emploie à établir l'état de fait (ci-après, C.) sur la base duquel elle prononcera sa décision au fond¹⁸²⁷.

1264. — Les réglementations disciplinaires ne distinguent parfois pas la phase préliminaire (une fois l'autorité disciplinaire saisie)¹⁸²⁸ et l'instruction principale. Notamment, le fait de prévoir que l'autorité disciplinaire saisie dispose de la faculté de classer la procédure en tout temps, c'est-à-dire y compris ultérieurement à un examen préliminaire (cf. en ce sens l'art. 69 al. 2 LOJ/JU), rend quelque peu artificielle la délimitation entre la phase préliminaire et l'instruction principale.

B. L'autorité compétente (aspects procéduraux)

1. La séparation des fonctions d'instruction et de jugement

1265. — En droit pénal, les fonctions de juge d'instruction et de juge du fond ne peuvent pas être exercées successivement par un même magistrat judiciaire

¹⁸²⁴ Cf. *supra*, N 1160-1164.

¹⁸²⁵ Cf. *supra*, N 1241 s.

¹⁸²⁶ Sur les autorités disciplinaires en général, cf. *supra*, Chap. 6.

¹⁸²⁷ Sur la décision au fond, cf. *infra*, N 1378-1413.

¹⁸²⁸ Cf. *supra*, N 1221.

dans une même affaire. La séparation des fonctions d'instruction et de jugement découle de la garantie donnée à tout justiciable d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial (art. 6 par. 1 CEDH)¹⁸²⁹.

1266. — En droit disciplinaire (des magistrats du siège), la séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement apparaît(rait) ainsi comme une nécessité dès lors que la procédure en cause porte sur une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁸³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme considère toutefois qu'un cumul de fonctions reste possible ; selon elle, sont déterminantes à cet égard la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, notamment l'absence d'accomplissement par celui-ci d'un acte d'accusation¹⁸³¹.

1267. — La question de la séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement peut même se poser de manière générale en droit disciplinaire des magistrats du siège – que la procédure visée entre ou non dans le volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH –, en particulier si l'on considère le fait que les procédures en matière de surveillance disciplinaire des magistrats du siège entrent dans le volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁸³². La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, a ainsi examiné cette question sous l'angle de l'exigence d'impartialité de l'autorité¹⁸³³ alors qu'elle avait nié préalablement l'application, dans cette espèce, de l'art. 6 par. 1 CEDH sous l'angle de son volet pénal (seul le volet civil ayant été retenu)¹⁸³⁴.

1268. — Le Tribunal fédéral s'est par ailleurs penché à plusieurs reprises, dans des affaires relatives à la surveillance disciplinaire des professions libérales, sur la conformité d'un système dans lequel un membre de l'autorité disciplinaire mène l'instruction disciplinaire, fait des propositions à l'autorité disciplinaire et participe à la prise de décision de ladite autorité. Le Tribunal fédéral a retenu que « [c]ertes, il est usuel en procédure civile [...] que le magistrat chargé de l'instruction participe au jugement, ce qui n'est pas en soi contraire à la Convention [européenne des droits de l'homme] ni à la Constitution. Dans ce domaine toutefois, le tribunal fonctionne d'emblée comme médiateur entre deux

¹⁸²⁹ Cf. ATF 112 Ia 290, consid. 5b. Concernant la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, cf. not. *supra*, Chap. 6, N 728-746 et 749-758.

¹⁸³⁰ Cf. p. ex. VALDÈS-BOULOUQUE (B), préconisation n° 6. Sur la notion d'accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, cf. *supra*, Chap. 3, N 201-216.

¹⁸³¹ Cf. CourEDH, arrêt *Dubus SA c. France* du 11.06.2009, req. n° 5242/04, par. 57. Cf. ég. CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 213.

¹⁸³² Cf. *supra*, Chap. 3, N 187-200.

¹⁸³³ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 115 et *passim*.

¹⁸³⁴ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 87-91, 92-95.

parties, qui font valoir des prétentions l'une envers l'autre ; dans la situation présente, où la Commission de surveillance [des avocats] a ouvert une procédure disciplinaire sur dénonciation [...], l'activité du membre chargé de l'instruction ressemble plus à celle d'un juge d'instruction pénale, et cela quand bien même la procédure disciplinaire n'est qu'une procédure administrative dans laquelle on n'examine pas le bien-fondé d'une accusation en matière pénale »¹⁸³⁵. Dans ces affaires, l'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement – parmi d'autres éléments – a ainsi amené le Tribunal fédéral à considérer que l'autorité concernée ne remplissait pas les exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁸³⁶.

1269. — Nous relevons finalement que divers textes non contraignants préconisent la séparation entre les fonctions d'instruction et de jugement – également – dans les procédures disciplinaires. Par exemple, les Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin, qui contiennent une section dévolue à la question de la mise en œuvre des principes de procédure pénale dans les procédures disciplinaires, indiquent qu'« [u]ne séparation entre les pouvoirs de poursuivre et d'enquêter, d'une part, et les pouvoirs de juger et d'infliger des sanctions, d'autre part, est souhaitable »¹⁸³⁷. De manière spécifique aux magistrats du siège, les *Kyiv Recommendations*¹⁸³⁸ prévoient également que « [i]n order to prevent allegations of corporatism and guarantee a fair disciplinary procedure, Judicial Councils shall not be competent both to a) receive complaints and conduct disciplinary investigations and at the same time b) hear a case and make a decision on disciplinary measures »¹⁸³⁹.

2. Les solutions possibles

1270. — Les solutions retenues en Suisse sont (restent) largement marquées par la procédure administrative. Par exemple, l'art. 84 al. 1 LOG/TI prévoit que la tâche d'instruire les faits est déléguée à l'un des membres du *Consiglio della Magistratura* ; de même, l'art. 19 al. 2 LOJ/GE prévoit que le Conseil supérieur de la magistrature peut déléguer l'instruction d'un dossier à un ou plusieurs de

¹⁸³⁵ ATF 126 I 228, consid. 2c/cc, JdT 2003 I 101. Cf. ég. ATF 123 I 87, c. 4e et 4f, JdT 1999 I 538 (notaires).

¹⁸³⁶ ATF 126 I 228, consid. 3a, JdT 2003 I 101 (avocats) ; 123 I 87, consid. 5, JdT 1999 I 538 (notaires). Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 6, N 717-758 concernant l'exigence de la présence d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

¹⁸³⁷ Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 3.

¹⁸³⁸ Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

¹⁸³⁹ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, par. 5 (cf. ég. par. 26).

ses membres (cf. ég. les art. 51 al. 2 et 52 al. 1 Ord.1958/F : désignation d'un rapporteur¹⁸⁴⁰).

1271. — Dans certains cas, l'autorité disciplinaire, lorsqu'elle est compétente à la fois pour instruire et juger, est même autorisée à externaliser la tâche de la conduite de l'instruction. Ainsi, l'art. 98 al. 1 phr. 2 OPers dispose, concernant les fonctionnaires fédéraux, que l'enquête peut être confiée à des personnes extérieures à l'administration fédérale. A notre sens, la solution précitée tend, dans une certaine mesure, à mettre en évidence la nécessité d'instituer une autorité distincte chargée de l'instruction des faits. En tous les cas, la possibilité de déléguer l'instruction des faits à une personne ou entité externe devrait être envisagée avec beaucoup de réserve¹⁸⁴¹ ; l'indépendance individuelle des magistrats du siège dépendra notamment du statut et du fonctionnement de la personne ou entité désignée à cette fin.

1272. — On constate, sur le plan international, une tendance allant dans le sens de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement en droit disciplinaire des magistrats du siège¹⁸⁴². Ainsi, en Espagne, la *Ley Orgánica, del Poder Judicial*, telle que modifiée par la *Ley Orgánica 4/2013 de reforma del Consejo General del Poder Judicial*, attribue à des organes différents la compétence d'initier la procédure disciplinaire, d'instruire la procédure disciplinaire et de sanctionner disciplinairement les magistrats du siège à l'issue de celle-ci (cf. art. 603-608 LOPJ/E). L'art. 605 LOPJ/E institue le *Promotor de la Acción Disciplinaria* en tant qu'autorité compétente pour décider d'ouvrir une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège et d'instruire le cas échéant une telle procédure. Celui-ci est nommé par le *Consejo General del Poder Judicial* réuni en plenum (*el Pleno*, art. 606 al. 1 LOPJ/E ; cf. ég. art. 599 s. LOPJ/E) et doit être choisi parmi les magistrats de la Cour suprême ou les juges avec plus de vingt cinq ans de services dans le système judiciaire (art. 606 al. 2 LOPJ/E).

1273. — Nous considérons que la solution consistant à confier l'instruction à l'un des membres de l'autorité disciplinaire qui siègera dans la composition chargée

¹⁸⁴⁰ Sur cette problématique en France, cf. CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 214 ss ; LE POGAM (F), N 45 ss.

¹⁸⁴¹ Cf. TA/VD, GE.1996.0031 du 17.03.1997, consid. 5 (fonctionnaire communal) : « *il est douteux que l'autorité puisse, au lieu d'instruire elle-même, charger un consultant extérieur à l'administration de procéder à l'audition des intéressés et de statuer à sa place sur les griefs formulés contre le fonctionnaire* ». Cf. ég. CCJE, Avis n° 18, par. 49.

¹⁸⁴² Cf. ég. RICOL (F ; anc.), p. 144 s., qui préconisait déjà la séparation claire des fonctions d'instruction et de jugement, et proposait de confier à une personne spécialement déléguée les fonctions correspondant à celles du ministère public.

de statuer sur le cas du magistrat du siège en cause n'est manifestement pas satisfaisante. Nous relevons à ce titre que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt mentionné ci-dessus¹⁸⁴³ rendu en matière de surveillance disciplinaire des notaires, n'a pas directement et expressément retenu une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH en rapport avec l'absence de séparation des fonctions d'instruction et de jugement¹⁸⁴⁴ ; il a toutefois condamné cette pratique, en raison notamment du fait que « *même si, d'un point de vue subjectif, le juge d'instruction démontre l'indépendance nécessaire, une telle organisation au sein des autorités est de nature à susciter objectivement une méfiance quant à leur impartialité* »¹⁸⁴⁵.

1274. — Une solution pourrait être, à titre de pis-aller, de faire en sorte que le membre de l'autorité disciplinaire qui se verrait confier la tâche de l'instruction ne fasse ensuite pas partie de la composition chargée de statuer dans le cas d'espèce. Ainsi, en France, les membres de la mandature 2011-2015 du Conseil supérieur de la magistrature ont-ils décidé, en 2011, d'adopter la règle – respectivement la pratique – selon laquelle les rapporteurs ne siègeraient plus dans la formation disciplinaire chargée de statuer sur la situation disciplinaire d'un magistrat du siège¹⁸⁴⁶. Dans le même sens, en Suisse, la loi argovienne sur les avocats prévoit expressément que le membre de la commission de surveillance des avocats (*Anwaltskommission*) chargé de l'instruction disciplinaire ne participe pas aux délibérations et à la prise de décision de ladite commission¹⁸⁴⁷.

¹⁸⁴³ Cf. *supra*, N 1268.

¹⁸⁴⁴ Cf. ATF 123 I 87, consid. 5, JdT 1999 I 538 : « [l]a décision attaquée n'est pas contraire au droit conventionnel parce que la procédure devant la Commission des notaires serait en soi inadmissible, mais seulement parce que sa décision ne peut pas faire l'objet d'un recours devant un tribunal qui remplit les exigences de l'art. 6 § 1 CEDH ».

¹⁸⁴⁵ ATF 123 I 87, consid. 4f, JdT 1999 I 538.

¹⁸⁴⁶ Cf. CSM/F, Rapport annuel 2011, p. 129 s. ; CSM/F, Rapport annuel 2014, p. 196 s. Cf. ég. LE POGAM (F), N 204.

¹⁸⁴⁷ Art. 20 al. 4 de l'*Anwaltsgesetz*/AG du 19.12.2001 ; cité par BOHNET/MARTENET (avocats), N 2120.

C. L'établissement des faits

1. Considérations générales

a. L'établissement d'office des faits

1275. — L'autorité disciplinaire établit les faits d'office (maxime inquisitoire) (cf. p. ex. art. 84 al. 1 LOG/TI ; cf. ég., à titre général, l'art. 12 PA en procédure administrative fédérale et l'art. 6 al. 1 CPP en procédure pénale). Cela signifie que l'autorité disciplinaire dirige la procédure et détermine d'office les faits pertinents et les moyens de preuve aptes à établir l'état de fait, sans être liée par les allégations et les offres de preuves des parties¹⁸⁴⁸.

1276. — Le cadre de l'intervention de l'autorité disciplinaire est (dé)limité par le droit des parties (cf. ci-après, 2.), respectivement (le cas échéant) leur obligation (cf. ci-après, 3.), de collaborer à l'établissement des faits.

b. Les différents moyens de preuve

1277. — Les faits peuvent être établis grâce à l'administration de différents moyens de preuve¹⁸⁴⁹. Parmi ces moyens, nous pouvons citer : les documents (y compris la production de dossiers ; cf. art. 194 CPP en procédure pénale), l'audition des parties, l'audition de tiers, les visions locales et les expertises (cf. p. ex. art. 12 PA ; art. 139 al. 1 CPP)¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁸ Cf. BOHNET/MARTENET (avocats), N 2121.

¹⁸⁴⁹ Cf. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 206, qui concluait que l'on peut emprunter les modes d'administration des preuves aux procédures civile ou pénale.

¹⁸⁵⁰ Cf. pour le surplus TF 8C_448/2012 du 17.01.2013, consid. 6.4, sur la question de l'utilisation en droit disciplinaire de preuves obtenues illégalement (surveillance au moyen d'espions placés sur l'ordinateur d'un fonctionnaire). Sur les preuves illicites, cf. ég. *Rules of the Idaho Judicial Council, Rule 33* (« *only evidence as is admissible in civil cases shall be received* ») ; Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 10.

2. Le droit d’être entendu

a. Considérations générales

1278. — Dans un Etat de droit, la question de l’établissement des faits est indissociable de la notion de droit d’être entendu. Il n’en va pas différemment en droit disciplinaire des magistrats du siège¹⁸⁵¹.

1279. — En Suisse, la jurisprudence a, au fil des années, affiné la définition générale donnée à la notion de droit d’être entendu. Comme indiqué ci-dessus¹⁸⁵², le droit d’être entendu est garanti en particulier par l’art. 29 al. 2 Cst. féd. Il sert non seulement à l’établissement des faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité, qui garantit aux particuliers de participer aux prises de décisions touchant leur position juridique¹⁸⁵³. Le droit d’être entendu comprend notamment le droit pour la personne concernée d’être informée de l’ouverture d’une procédure à son encontre et de l’objet de celle-ci (cf. ci-après, c.(i)), d’avoir accès au dossier (cf. ci-après, c.(ii)), de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer le résultat de la procédure (cf. ci-après, c.(iii)), de participer à l’administration des preuves (cf. ci-après, c.(iv)), de se déterminer et de s’expliquer avant qu’une décision ne soit prise à son encontre (cf. ci-après, c.(vii)). Le droit d’être entendu est un droit de participation ; il englobe tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu’elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure¹⁸⁵⁴. D’une manière générale, plus la décision est susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts de la personne touchée, plus le droit d’être entendu doit lui être accordé et reconnu largement¹⁸⁵⁵.

1280. — La jurisprudence a circonscrit les effets d’une violation du droit d’être entendu : de nature formelle, le droit d’être entendu est une règle primordiale de procédure dont la violation entraîne en principe l’annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond¹⁸⁵⁶, si bien qu’il convient de l’examiner préliminairement. En effet, si l’autorité de recours

¹⁸⁵¹ Cf. p. ex. art. 419 al. 3-5 C.jud./B ; art. 20 al. 2 BDG/D. Cf. ég. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1 (« procédure à caractère contradictoire ») ; IBA MSJI, *Rule 27* (« [t]he proceedings for discipline and removal of judges should ensure fairness to the judge and adequate opportunity for hearing »).

¹⁸⁵² Cf. N 220.

¹⁸⁵³ Cf. p. ex. TF 8C_53/2012 du 06.06.2012, consid. 5.2.

¹⁸⁵⁴ Cf. p. ex. ATF 132 II 485, consid. 3.2 ; 129 II 497, consid. 2.2 et les réf.

¹⁸⁵⁵ Cf. p. ex. ATF 105 Ia 193, consid. 2b/cc.

¹⁸⁵⁶ Cf. p. ex. ATF 127 V431, consid. 3d/aa.

constate la violation du droit d'être entendu, elle renvoie la cause à l'instance inférieure, laquelle devra entendre la personne concernée et rendre une nouvelle décision, quand bien même celle-ci ne s'écartera pas, dans sa décision sur le fond, de la solution qu'elle avait retenue lors de la décision annulée¹⁸⁵⁷. Toutefois, il convient de tenir compte du fait que selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu est considérée comme réparée lorsque l'intéressé dispose de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours ayant un pouvoir d'examen non limité en fait et en droit et pouvant dès lors contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée, à condition toutefois que l'atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée ne soit pas particulièrement grave, de sorte qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable¹⁸⁵⁸.

b. Le droit à un procès équitable

1281. — L'art. 6 par. 3 CEDH, applicable en matière pénale, énumère de manière non exhaustive les droits découlant de la notion de procès équitable¹⁸⁵⁹. Ces droits viennent compléter d'autres garanties spécifiques – formelles et matérielles – applicables en matière pénale, telles que le principe de la présomption d'innocence¹⁸⁶⁰ ; nous renvoyons à ce titre aux développements présentés plus haut¹⁸⁶¹.

1282. — En droit disciplinaire (des magistrats du siège), la notion de droit d'être entendu rejoint largement la notion pénale de procès équitable applicable en matière pénale – que la procédure disciplinaire visée entre ou non dans le champ du volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁸⁶². En effet, bien que la Cour européenne des droits de l'homme – à l'instar du Tribunal fédéral – considère que les poursuites disciplinaires ne relèvent pas, comme telles, de la matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, il convient d'admettre, avec celle-ci, que « [l]es principes énoncés à l'art. 6 par. 3 CEDH valent cependant *mutatis mutandis* pour les procédures disciplinaires que régit l'art. 6 par. 1 CEDH [sous l'angle

¹⁸⁵⁷ Cf. p. ex. ATF 137 I 195, consid. 2.1 ; 127 V 431, consid. 3d/aa.

¹⁸⁵⁸ P. ex. TF 8C_47/2013 du 28.10.2013, consid. 4.2. Cf. ég. TAF A-427/2013 du 21.11.2013, consid. 7.1 et les réf.

¹⁸⁵⁹ Cf. CourEDH, arrêt *Meflah c. France* du 26.07.2002, n° 32911/96, par. 40. Cf. pour le surplus *supra*, N 179.

¹⁸⁶⁰ Pour un cas d'application, cf. ATF 140 II 384, consid. 2.2 et 3.4, JdT 2015 I 3 (« Casino de Bâle »).

¹⁸⁶¹ Cf. en particulier Chap. 3, N 177-184.

¹⁸⁶² Cf. ég. ZIMMERMANN, RDAF, p. 370.

de son volet civil], *de manière analogue au cas d'une personne accusée d'une infraction pénale* »¹⁸⁶³.

c. Les différents droits découlant du droit d'être entendu (liste non exhaustive)

(i) *Le droit d'être informé de l'ouverture d'une procédure à son encontre et de l'objet de celle-ci*

1283. — L'exercice des (autres) droits découlant du droit d'être entendu implique en particulier que le magistrat du siège ait été préalablement informé de l'ouverture d'une procédure à son encontre et de l'objet de celle-ci (cf. p. ex. art. 50-3 al. 4 phr. 2 Ord.1958/F ; art. 20 al. 1 BDG/D ; art. 413 al. 1 C.jud./B).

1284. — Ce droit vaut en particulier en présence d'une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Le Tribunal fédéral considère à ce titre que « [l]e principe de l'accusation est une composante du droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. et peut aussi être déduit des art. 32 al. 2 Cst. et 6 par. 3 CEDH, qui n'ont à cet égard pas de portée distincte. Il implique que le prévenu sache exactement les faits qui lui sont imputés et quelles sont les peines et mesures auxquelles il est exposé, afin qu'il puisse s'expliquer et préparer efficacement sa défense [...] »¹⁸⁶⁴.

1285. — A notre sens, l'énonciation précise des faits reprochés au magistrat du siège et des sanctions disciplinaires qu'il encourt est d'autant plus importante si l'on considère que le principe de la légalité des infractions disciplinaires n'est pas reconnu en Suisse¹⁸⁶⁵ et qu'il n'existe par ailleurs pas de corrélation entre les infractions disciplinaires et les sanctions disciplinaires¹⁸⁶⁶.

(ii) *Le droit de consulter le dossier*

1286. — Le magistrat du siège visé par une procédure disciplinaire a en principe le droit de consulter le dossier dès l'ouverture de la procédure¹⁸⁶⁷. Ce droit

¹⁸⁶³ Cf. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 3.4.1 et les réf. Cf. déjà RICOL (F ; anc.), p. 148 : « [le fonctionnaire (au sens large)] bénéficie de toute une suite de garanties que le procès civil ne connaît pas et qui sont précisément celles qu'offre le droit criminel » (cf. ég. p. 147-150).

¹⁸⁶⁴ TF 2C_84/2012 du 15.12.2012, consid. 6.1.

¹⁸⁶⁵ Cf. *supra*, Chap. 4, N 270-335.

¹⁸⁶⁶ Cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359.

¹⁸⁶⁷ Cf. ég. Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 6.

devrait être donné dès l'ouverture de la phase préliminaire¹⁸⁶⁸, ou à tout le moins à compter de l'ouverture de l'instruction principale. Ainsi, en France, le droit de consulter le dossier prend naissance au moment de la saisine du Conseil supérieur de la magistrature (cf. art. 51 al. 1, art. 52 al. 1 et 3 Ord.1958/F).

(iii) *Le droit de faire administrer des preuves*

1287. — Les parties ont le droit de faire administrer des preuves¹⁸⁶⁹. Toutefois, ce droit n'implique en général pas celui d'obtenir l'audition de témoins (comp. art. 52 al. 1 et 3 Ord.1958/F)¹⁸⁷⁰.

1288. — Par ailleurs, l'autorité disciplinaire peut refuser une mesure probatoire par une appréciation anticipée, lorsque celle-ci fait apparaître la preuve litigieuse comme impropre à modifier le résultat des preuves déjà administrées¹⁸⁷¹.

(iv) *Le droit de participer à l'administration des preuves*

1289. — Le droit de participer à l'administration des preuves¹⁸⁷² signifie que les parties à la procédure disciplinaire doivent avoir la possibilité de discuter et d'être informées des modalités de l'administration des preuves¹⁸⁷³, d'être présentes lors de l'administration des preuves et, dans une certaine mesure, d'intervenir dans le cadre de celle-ci¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁸ Cf. ég. *supra*, N 1237-1239.

¹⁸⁶⁹ Concernant les moyens de preuve, cf. *infra*, N 1277.

¹⁸⁷⁰ P. ex. TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 3.4.1 et les réf.

¹⁸⁷¹ P. ex. TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 3.4.1 et les réf. Cf. ég. TF 8C_47/2013 du 28.10.2013, consid. 4.1 : « [...] le droit de faire administrer des preuves découlant du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion [...]. Le refus d'une offre de preuve n'est donc pas nécessairement synonyme d'une violation du droit d'être entendu ».

¹⁸⁷² Cf. HANGARTNER, ZBl 1970 p. 435.

¹⁸⁷³ Cf. ég. *supra*, N 1283-1285 et 1287-1288.

¹⁸⁷⁴ Cf. ég. *infra*, N 1293-1298.

(v) *Le droit de se faire représenter ou assister*

1290. — Le droit d’être entendu comprend le droit de se faire représenter ou assister par un défenseur de son choix, ou le cas échéant par un défenseur d’office (cf. p. ex. art. 52 al. 2 Ord.1958/F ; comp. art. 54 Ord.1958/F ; art. 417 al. 3 et 418 al. 2 C.jud./B)¹⁸⁷⁵. GUICHETEAU indiquait à cet égard que « [q]uel que puisse être [le] talent [du magistrat du siège], sa situation d’inculpé nuira toujours à sa défense »¹⁸⁷⁶.

1291. — Les réglementations disciplinaires peuvent imposer – respectivement conférer à l’autorité disciplinaire la possibilité d’ordonner – la comparution personnelle du magistrat du siège. Par exemple, l’art. 54 Ord.1958/F prévoit que le magistrat du siège visé est tenu de comparaître en personne (étant précisé que le magistrat du siège conserve dans un tel cas la possibilité de se faire assister d’un avocat) ; il peut être dispensé de comparaître notamment en cas de maladie ou d’empêchement.

(vi) *Le droit de demander l’assistance d’un traducteur ou d’un interprète*

1292. — Le droit d’être entendu comprend le droit de demander, en tant que de besoin, l’assistance d’un traducteur ou d’un interprète. Cet aspect du droit d’être entendu n’entrera généralement pas en ligne de compte étant donné que l’autorité disciplinaire compétente instruira en principe la procédure dans la même langue que celle pratiquée par le magistrat du siège en cause (dans ses jugements).

(vii) *Le droit de s’expliquer*

1293. — Les parties ont le droit de s’expliquer sur tout élément pertinent avant qu’une décision ne soit prise à leur égard. En d’autres termes, les parties doivent avoir la possibilité de faire valoir leur point de vue, ce qui comprend notamment le fait d’exposer ses arguments de fait et de droit, de prendre position sur les éléments figurant au dossier et de prendre des conclusions (cf. p. ex. art. 50-3 al. 5-6 Ord.1958/F). Il s’agit là d’un principe général du droit¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷⁵ Cf. ég. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1. Cf. déjà, sur le droit à l’assistance d’un défenseur, CARNOT (F ; anc.), par. 1, sect. 1, ch. XXXVI, XL.

¹⁸⁷⁶ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 204 s.

¹⁸⁷⁷ Cf. p. ex. ATF 124 V 180 ; TF 8C_861/2012 du 20.08.2013, consid. 5.2.

1294. — L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie dans chaque cas d'espèce au regard des intérêts en jeu¹⁸⁷⁸.

1295. — Lorsqu'une audience est prévue¹⁸⁷⁹, le droit de s'expliquer à l'occasion de celle-ci implique que la ou les personne(s) concernée(s) ai(en)t été convoquée(s) à temps¹⁸⁸⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit de s'expliquer ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement¹⁸⁸¹.

1296. — L'autorité disciplinaire devrait par ailleurs informer les parties du fait qu'elle s'apprête à rendre une décision, afin de laisser à celles-ci la possibilité de faire valoir leur droit d'être entendu¹⁸⁸².

1297. — Le droit de s'expliquer englobe également le principe, dégagé par la jurisprudence et qui vaut pour toute procédure judiciaire, que l'on désigne comme le « droit à la réplique »¹⁸⁸³.

1298. — En présence de circonstances exceptionnelles, telles que la nécessité d'agir rapidement pour sauvegarder un intérêt public ou privé important et gravement menacé, l'autorité disciplinaire peut devoir agir sans avoir donné au magistrat du siège concerné la possibilité d'exercer son droit d'être entendu¹⁸⁸⁴. A notre sens, seules des mesures (super)provisionnelles (mesures

¹⁸⁷⁸ Cf. p. ex. ATF 134 I 140, consid. 5.3.

¹⁸⁷⁹ Sur la publicité des débats, cf. *infra*, N 1303-1310.

¹⁸⁸⁰ Cf. p. ex. TF 6P.194/2006 du 16.02.2007, consid. 3.3 ; ATF 112 Ia 5.

¹⁸⁸¹ Cf. p. ex. ATF 130 II 425, consid. 2.1 ; TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 3.4.1.

¹⁸⁸² Pour un cas d'application, cf. TA/VD, GE.1996.0031 du 17.03.1997 (fonctionnaires), consid. 5. Cf. ég. TAF A-427/2013 du 21.11.2013 (rapports de travail de droit public ; licenciement administratif), consid. 6.2.2 et les réf.

¹⁸⁸³ Cf. p. ex. ATF 139 I 189, consid. 3.2 : « [c]ompris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable, le droit d'être entendu comprend en particulier le droit, pour une partie à un procès, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer ». Sur le droit de réplique en droit public et en procédure administrative en général, cf. p. ex. JEANNERAT/MAHON.

¹⁸⁸⁴ Cf. ATF 135 I 279, consid. 2.6.5 ; TAF A-427/2013 du 21.11.2013, consid. 6.3.3 (rapports de travail de droit public).

conservatoires, notamment les mesures destinées à assurer l'administration des preuves)¹⁸⁸⁵ devraient pouvoir être prises dans de telles circonstances.

(viii) *Le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination*

1299. — Le droit de garder le silence (droit de se taire) et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (protection contre l'auto-incrimination) (*nemo tenetur se ipsum accusare* ; ci-après, le « principe *nemo tenetur* ») découlent implicitement de l'art. 6 CEDH, pris sous l'angle de son volet pénal¹⁸⁸⁶ ; ils sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁸⁸⁷.

1300. — Le principe *nemo tenetur* est applicable aux magistrats du siège pris – ou susceptibles d'être pris – dans une procédure disciplinaire¹⁸⁸⁸ entrant dans le champ de l'art. 6 par. 1 CEDH pris sous l'angle de son volet pénal¹⁸⁸⁹. La difficulté réside dans le fait que la phase d'instruction, par définition, précède le prononcé de la décision disciplinaire, celle-ci dépendant du résultat de celle-là. L'autorité disciplinaire sera dès lors bien inspirée de respecter les garanties du procès pénal, et en particulier le principe *nemo tenetur*, dès lors qu'elle envisage – même vaguement – de prononcer une sanction disciplinaire à caractère pénal¹⁸⁹⁰ à l'encontre d'un magistrat du siège.

1301. — Le principe *nemo tenetur* s'oppose à l'obligation, prévue généralement en procédure administrative, des parties (et des tiers) de collaborer à l'établissement des faits¹⁸⁹¹. Ainsi, la menace d'une amende et/ou d'une décision défavorable en cas de non-coopération « constitue une mesure de

¹⁸⁸⁵ Cf. *infra*, N 1360-1367.

¹⁸⁸⁶ Cf. ATF 140 II 384, consid. 3.3.2 *i.i.*, JdT 2015 I 3.

¹⁸⁸⁷ CourEDH, arrêt *Chambaz c. Suisse* du 05.04.2012, req. n° 11663/04, par. 52.

¹⁸⁸⁸ Le principe *nemo tenetur* ressortait implicitement de l'art. 419 al. 7 phr. 2 aC.jud./B : « [e]n vue de la constatation des éventuelles transgressions disciplinaires [les collègues, qui selon l'art. 419 al. 7 phr. 1 aC.jud./B sont tenus de collaborer,] fourni[ssent]t [leur] collaboration aux actes d'enquête disciplinaire dont il[s] ne f[on]t pas ou ne pourrai[en]t pas faire [eux]-même[s] l'objet et répond[ent]t précisément aux questions qui [leur] sont posées ».

¹⁸⁸⁹ Cf. WALDMANN, p. 119 s. En faveur d'une application générale en droit disciplinaire (en vertu du caractère répressif du droit disciplinaire) : Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 5.

¹⁸⁹⁰ Sur cette notion, cf. *supra*, not. Chap. 3, N 212-216.

¹⁸⁹¹ Sur la tension entre le principe *nemo tenetur* et l'obligation de collaborer à l'établissement des faits, nous renvoyons p. ex., à GRISEL, N 734 ss et *passim* ; ROTH S., *passim* ; BENEDICK, *passim*.

contrainte indirecte en principe inconciliable avec le droit de ne pas s'incriminer, ce qui rend les preuves obtenues par ce biais inexploitable dans un procès pénal »¹⁸⁹². Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme toutefois, toute obligation de fournir des informations qui pourraient conduire à une condamnation pénale n'est pas forcément illicite ; la protection visée – indirectement – par l'art. 6 CEDH se rapporte à un usage abusif ou excessif, par l'autorité, de la contrainte afin d'obtenir un moyen de preuve¹⁸⁹³.

1302. — Nous renvoyons également aux développements présentés ci-dessous (IV.C.3) concernant l'obligation de collaborer à l'établissement des faits.

(ix) *La publicité des débats*

1303. — Historiquement, les débats disciplinaires (relatifs aux magistrats du siège) avaient lieu à huis clos, pour des motifs liés à la dignité du corps judiciaire¹⁸⁹⁴. On considérait en effet la publicité des débats comme potentiellement dangereuse, en ce sens que l'appréciation défavorable qui serait par hypothèse portée sur un magistrat du siège rejaillirait injustement sur le corps judiciaire, partant, entacherait la confiance du public à l'égard du pouvoir judiciaire¹⁸⁹⁵. On remarque donc que l'argument du rejaillissement d'une situation particulière sur la magistrature tout entière est utilisé ici non pas pour justifier la nécessité de la mise en place de règles de droit disciplinaire¹⁸⁹⁶, mais pour justifier l'absence de publicité des débats tenus dans un tel cadre.

1304. — A compter du début du XX^e siècle, les arguments exposés ci-dessus sont progressivement rejetés et la publicité des débats dès lors assez largement préconisée par la doctrine. La publicité des débats est citée comme un exemple du besoin de modernisation de la procédure disciplinaire¹⁸⁹⁷. Le risque de stigmatisation du magistrat du siège et celui d'un rejaillissement sur le pouvoir

¹⁸⁹² IFFLAND, p. 127 et la réf. à BENEDICK, p. 169 ; cf. ég. IFFLAND, p. 123 et *passim*. Cf. ég. ATF 138 IV 47, JdT 2012 IV 292, utilisation de preuves provenant d'une procédure de taxation ou de soustraction d'impôt dans une procédure pénale pour usage de faux.

¹⁸⁹³ La Cour européenne des droits de l'homme a par exemple jugé abusif d'exiger sous menace de sanction pénale la remise de documents potentiellement à charge, par exemple en matière fiscale (cf. ATF 140 II 384, consid. 3.3.2 et 3.3.3, JdT 2015 I 3 et les réf.).

¹⁸⁹⁴ Pour un aperçu, cf. RICOL (F ; anc.), p. 148 s.

¹⁸⁹⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 195-197 ; MORIN (F ; anc.), II, p. 286-301.

¹⁸⁹⁶ Cf. *supra*, N 164 ; cf. ég. *infra*, N 1483.

¹⁸⁹⁷ RICOL (F ; anc.), p. 157.

judiciaire cèdent le pas à la nécessité d'assurer la transparence des procédures disciplinaires.

1305. — La publicité des débats¹⁸⁹⁸ est recommandée par plusieurs textes non contraignants récents relatifs au droit disciplinaire des magistrats du siège¹⁸⁹⁹.

1306. — Le droit à la tenue d'une audience publique (sous réserve de circonstances justifiant un huis clos total ou partiel¹⁹⁰⁰) est désormais consacré à l'art. 6 par. 1 CEDH. Ce droit doit donc être reconnu aux parties à la procédure disciplinaire dès lors que l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique (sous l'angle de son volet civil ou de son volet pénal). Lorsque l'autorité disciplinaire ne remplit pas les exigences d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, les parties ne peuvent pas prétendre à des débats publics devant elle sur la base de cette disposition¹⁹⁰¹ ; il faudra alors rechercher la qualité d'autorité judiciaire au

¹⁸⁹⁸ La publicité des débats doit être distinguée des délibérations, qui ont lieu généralement à huis clos (cf. p. ex. art. 18 al. 5 LOJ/GE). Nous mentionnons pour le surplus l'art. 59 al. 1 LTF, qui prévoit que les éventuels débats ainsi que les audiences de délibérations et votes du Tribunal fédéral (cf. art. 58 al. 1 LTF ; les délibérations publiques en séance restent néanmoins l'exception, les affaires étant en règle générale jugées par voie de circulation conformément à l'art. 58 al. 2 LTF) se tiennent en public ; l'art. 59 al. 2 LTF précise toutefois que le Tribunal fédéral peut ordonner le huis clos total ou partiel (ce qui peut concerner les débats et/ou les délibérations et votes) si la sécurité, l'ordre public ou les bonnes mœurs sont menacés, ou si l'intérêt d'une personne en cause le justifie.

¹⁸⁹⁹ Cf. p. ex. OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 26 ; Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), Sect. III, Rés. 8. *Contra* : *INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE*, Mt. Scopus *Revised International Standards of Judicial Independence* (cf. *supra*, N 997), ch. 5.2 : (« [w]ith the exception of proceedings before the Legislature, the procedure for discipline should be held in camera. The judge may however request that the hearing be held in public and such request should be respected, subject to expeditious, final and reasoned disposition of this request by the disciplinary tribunal. Judgments in disciplinary proceedings, whether held in camera or in public, may be published ») ; IBA MSJI, *Rule 31*, huis clos en principe.

¹⁹⁰⁰ Cf. art. 6 par. 1 phr. 2 CEDH : « [l]e jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ». Un huis clos (partiel) pourrait notamment se justifier lorsque les faits à la base de la procédure disciplinaire découlent d'une cause particulière dans laquelle est intervenu le magistrat du siège visé et que les circonstances commandent de ne pas exposer ces faits publiquement dans la procédure disciplinaire.

¹⁹⁰¹ Cf. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013 (médecins), consid. 3.3.2 et 3.3.3.

sens de l'art. 6 par. 1 CEDH auprès d'une autre instance précédant le Tribunal fédéral¹⁹⁰².

1307. — En tout état de cause, le législateur peut prévoir expressément, dans la réglementation disciplinaire visée, le principe selon lequel les audiences de l'autorité disciplinaire¹⁹⁰³ sont publiques (cf. p. ex. art. 57 al. 1 Ord.1958/F ; art. 416 C.jud./B)¹⁹⁰⁴.

1308. — La Cour européenne des droits de l'homme a condamné plusieurs Etats pour violation du droit à la tenue d'une audience publique prévu à l'art. 6 par. 1 CEDH. Par exemple¹⁹⁰⁵, dans un arrêt rendu le 5 février 2009 dans l'affaire *Olujić c. Croatie*, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que le Conseil national de la justice croate (*Državno sudbeno vijeće*) avait commis une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH en rejetant la requête d'un magistrat du siège visant à ce que, dans la procédure disciplinaire menée à son encontre, les audiences soient tenues publiquement¹⁹⁰⁶. Le Conseil national de la justice croate avait indiqué prendre cette décision pour des motifs de protection du magistrat du siège en cause ainsi que du pouvoir judiciaire¹⁹⁰⁷.

1309. — Dans l'arrêt *Olujić c. Croatie*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment indiqué : « [t]he public character of proceedings protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity

¹⁹⁰² Sur ces questions, cf. *supra*, Chap. 6, N 717-758, *passim*.

¹⁹⁰³ Lorsque le principe de la tenue d'une audience n'est pas précisé dans la loi, il appartient à la partie qui entend plaider sa cause à l'occasion de débats (publics) de requérir l'organisation de tels débats. Le Tribunal fédéral a indiqué à cet égard que « [l']obligation d'organiser des débats publics fondée sur l'art. 6 par. 1 CEDH et sous réserve de règles procédurales particulières, suppose [...] une demande formulée de manière claire et indiscutable [...]. Une requête de preuve (demande tendant à la comparution personnelle, à l'interrogatoire des parties, à l'audition de témoins ou à une inspection locale) ne suffit pas à fonder une telle obligation [...] » (TF 2C_66/2013 du 07.05.2013 [médecins], consid. 3.3.1).

¹⁹⁰⁴ En Italie, les audiences disciplinaires sont publiques et sont même retransmises par « *Radio Radicale* » – la radio officielle de l'ex-parti radical italien retransmettant les débats parlementaires et certaines affaires judiciaires d'intérêt public (CIVININI [I], p. 21).

¹⁹⁰⁵ Cf. ég. CourEDH, arrêt *Le Compte et al. c. Belgique* du 23.06.1981, req. n° 6878/75, par. 59-61 ; CourEDH, arrêt *Diennet c. France* du 26.09.1995, req. n° 18160/91, par. 30-35 ; CourEDH, arrêt *Gautrin et al. c. France* du 20.05.1998, req. n° 21257/93, par. 39-43.

¹⁹⁰⁶ CourEDH, arrêt *Olujić c. Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 69 ss, 76.

¹⁹⁰⁷ Cf. CourEDH, arrêt *Olujić c. Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 10 et *passim*.

contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, a fair hearing, the guarantee of which is one of the foundations of a democratic society »¹⁹⁰⁸.

1310. — La Cour européenne des droits de l'homme a retenu que les raisons avancées par le Conseil national de la justice croate pour exclure la tenue de débats publics n'étaient pas justifiées, notamment car (i) il était évident en l'espèce que la publicité des débats était dans l'intérêt du magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire – lequel n'était autre que le Président de la Cour suprême croate (*Vrhovni sud Republike Hrvatske*) – de même que dans l'intérêt du public en général et (ii) le Conseil national de la justice croate avait exclu la tenue d'une audience publique notamment pour la protection de la dignité du magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire alors que ledit magistrat du siège avait lui-même requis la publicité des débats, ce qui démontrait que lui-même considérait que la protection de sa dignité ne commandait pas une telle protection¹⁹⁰⁹.

(x) *Le droit d'obtenir une décision motivée*

1311. — Nous renvoyons sur ce point aux développements présentés ci-dessous concernant la décision (au fond)¹⁹¹⁰.

3. L'obligation de collaborer à l'établissement des faits

a. L'obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits

1312. — Les réglementations disciplinaires peuvent prévoir une obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits (cf. p. ex. art. 69b al. 2 phr. 1 LOJ/JU : « [l]e juge [...] impliqué dans l'enquête doit collaborer à l'établissement des faits »). Le cas échéant, il incombe à l'autorité disciplinaire d'expliquer au magistrat du siège visé en quoi consiste son obligation de collaborer et quelle est l'étendue de cette obligation. Selon la jurisprudence, le devoir de collaboration et de renseignement, propre au droit administratif, existe même lorsque le renseignement peut avoir des effets négatifs pour la personne tenue juridiquement de le fournir¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁸ CourEDH, arrêt *Olujic c. Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 70.

¹⁹⁰⁹ CourEDH, arrêt *Olujic c. Croatie* du 05.02.2009, req. n° 22330/05, par. 74.

¹⁹¹⁰ Cf. N 1380-1383.

¹⁹¹¹ Cf., *mutatis mutandis*, ATF 132 II 113, consid. 3.2, JdT 2006 I 89.

1313. — L'obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits trouve toutefois sa limite dans leur droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer. Nous renvoyons aux développements présentés ci-dessus concernant le principe *nemo tenetur*¹⁹¹².

1314. — L'obligation des parties de collaborer à l'établissement des faits s'oppose également au secret de fonction dont bénéficient les magistrats du siège. Il conviendrait dès lors de prévoir une règle aux termes de laquelle les magistrats du siège visés par une procédure disciplinaire ne peuvent pas se prévaloir du secret de fonction devant l'autorité disciplinaire (cf. p. ex. art. 84 al. 2 LOG/TI : « [a]l *Consiglio della magistratura non può essere opposto il segreto d'ufficio* »).

b. L'obligation des tiers de collaborer à l'établissement des faits

1315. — Les réglementations disciplinaires peuvent prévoir une obligation des tiers de collaborer à l'établissement des faits. Par exemple, il peut être prévu que chacun est tenu de témoigner dans une procédure disciplinaire (cf. p. ex., *mutatis mutandis*, art. 15 PA).

1316. — L'obligation des tiers – en particulier lorsqu'il s'agit de magistrats du siège fonctionnant au sein de la même autorité judiciaire que celle dans laquelle officie le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire – de collaborer à l'établissement des faits trouve toutefois sa limite dans leur droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer. Nous renvoyons aux développements présentés ci-dessus concernant le principe *nemo tenetur*¹⁹¹³.

1317. — Des règles spécifiques peuvent par ailleurs être aménagées, qui prévoiraient le droit de refuser de témoigner dans certaines circonstances (cf. p. ex., *mutatis mutandis*, art. 16 PA).

1318. — Le secret de fonction dont bénéficient les magistrats du siège ne devrait en principe pas pouvoir faire obstacle, le cas échéant, à l'obligation incombant à ceux-ci de collaborer, en tant que tiers, à l'établissement des faits. Une règle expresse devrait toutefois être prévue à cet égard¹⁹¹⁴.

1319. — Ainsi, l'art. 84 al. 2 LOG/TI, qui prévoit que le secret de fonction ne peut être opposé au *Consiglio della magistratura*, doit être considéré comme s'appliquant également aux magistrats du siège intervenant dans la procédure

¹⁹¹² Cf. N 1299-1302.

¹⁹¹³ Cf. N 1299-1302.

¹⁹¹⁴ Cf. ég. *supra*, N 1314.

disciplinaire en tant que tiers – typiquement les magistrats du siège fonctionnant au sein de la même autorité judiciaire que celle dans laquelle officie le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire.

1320. — Le secret des délibérations¹⁹¹⁵, qui constitue *de facto* un obstacle à la recherche de manquements individuels liés au contenu des actes juridictionnels des magistrats du siège, n'est donc pas infranchissable¹⁹¹⁶. A notre sens, le secret des délibérations ne devrait toutefois (pouvoir) être levé qu'avec une grande prudence ; il en va de la sauvegarde de l'indépendance de la justice.

D. Le statut du dénonciateur

1321. — La définition du statut procédural du dénonciateur incombe en principe au législateur. En particulier, il appartiendrait à celui-ci de déterminer si le dénonciateur a la qualité de partie à la procédure disciplinaire (phase préliminaire et/ou instruction principale¹⁹¹⁷). Cette question peut être réglée (i) directement dans la réglementation disciplinaire visée ou (ii) indirectement, par application analogique et/ou supplétive d'autres règles de procédure, notamment des règles de la procédure administrative ou pénale (voire de la jurisprudence).

1322. — Le législateur tessinois a prévu expressément (cf. cas (i) ci-dessus) que le dénonciateur n'a pas la qualité de partie concernant les procédures disciplinaires à l'encontre des magistrats du siège (art. 81 al. 2 LOG/TI). A Fribourg, cette question, à défaut de règle spéciale prévue dans la Loi sur la justice (cf. cas (ii) ci-dessus), est régie par l'art. 112 al. 2 phr. 1 du Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA/FR) du 23 mai 1991 (applicable en vertu du renvoi prévu à l'art. 104 al. 3 LJ/FR), qui prévoit que « [l]e dénonciateur n'a aucun des droits reconnus à la partie ».

¹⁹¹⁵ Sont ici visées les délibérations dans la cause particulière dont découlent les faits à la base de la procédure disciplinaire, et non les délibérations de l'autorité disciplinaire. Cf. *supra*, n. 1898 concernant les délibérations de l'autorité disciplinaire.

¹⁹¹⁶ Cf. ég. KERBAOL (F), Notes, p. 17 s., qui cite une loi italienne du 13.04.1988 imposant la rédaction d'un procès-verbal restituant la position de chacun des membres de la formation collégiale lors des délibérations.

¹⁹¹⁷ Cf. TANQUEREL, p. 112 s., qui distingue entre la phase de la décision sur plainte (dans le cadre d'une procédure de plainte dite formalisée), où l'on doit reconnaître que le dénonciateur a qualité de partie, et la suite de la procédure (décision de première instance, puis éventuelle procédure de recours), où la qualité de partie ne peut pas être donnée au vu de la nature – disciplinaire – de la procédure.

1323. — D'une manière générale, nous pouvons relever que les droits de procédure prévoient généralement que le dénonciateur n'a pas la qualité de partie (cf. p. ex. art. 71 al. 2 PA, art. 301 al. 3 CPP). Cela signifie que le dénonciateur qui ne revêt pas d'autre qualité procédurale particulière n'a, en général, aucun des droits reconnus aux parties¹⁹¹⁸. Il est toutefois possible que le législateur, en dehors du statut de partie à la procédure, octroie spécialement certains droits au dénonciateur¹⁹¹⁹. Par exemple, celui-ci pourrait disposer du droit d'être informé de la suite donnée à la procédure¹⁹²⁰ (cf. p. ex. art. 112 al. 2 phr. 2 CPJA/FR, applicable en vertu du renvoi prévu à l'art. 104 al. 3 LJ/FR : « [l]'autorité [...] indique cependant [au dénonciateur] si une suite a été donnée à sa dénonciation » ; art. 70 al. 2 LMSA/NE : « [l]'auteur d'une dénonciation n'a pas qualité de partie mais est informé de la suite qui lui a été donnée »). Le législateur doit, à cet égard, effectuer une pesée des différents intérêts en jeu (transparence de [l'administration de] la justice ; protection de la personnalité et indépendance des magistrats du siège).

V. L'articulation avec d'éventuelles procédures concurrentes

A. La procédure considérée est une procédure dirigée contre le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire (respectivement contre l'Etat répondant pour celui-ci)

1. La procédure considérée est une procédure pénale

a. L'indépendance des deux procédures

1324. — Nous avons défini plus haut¹⁹²¹ deux procédés permettant d'incriminer disciplinairement des infractions pénales : (1) ériger en infractions disciplinaires, notamment par le biais de normes de renvoi, tout ou partie des comportements constitutifs d'une infraction pénale (2) ériger en infractions

¹⁹¹⁸ Cf. ég. *infra*, N 1439-1442 concernant la qualité et l'intérêt pour recourir du dénonciateur.

¹⁹¹⁹ Cf. p. ex. JCUS, *Rules for judicial-conduct and judicial-disability proceedings* adoptées le 11.03.2008, *Rule 16* : possibilité not. de faire des offres de preuves et de présenter des observations.

¹⁹²⁰ Cf. TANQUEREL, p. 115 ss.

¹⁹²¹ Cf. *supra*, Chap. 4, N 429-439.

disciplinaires tout ou partie des infractions pénales ayant donné lieu à une condamnation pénale. Le procédé (1) consiste à incriminer disciplinairement l'infraction pénale (et non les faits à la base de cette infraction) ; le procédé (2) consiste à incriminer disciplinairement la condamnation pénale (et non les faits à la base de cette condamnation).

1325. — Nous avons par ailleurs montré¹⁹²² que le procédé (2) ci-avant présente l'avantage de ne pas mettre en cause la possibilité, eu égard au principe *ne bis in idem*, de sanctionner disciplinairement certains comportements nonobstant une sanction pénale préalable.

1326. — Il n'y a pas lieu de revenir davantage sur ces questions dans le cadre du présent titre. Nous nous limiterons ci-après à considérer, sous un angle formel davantage que matériel, le rapport entre la procédure disciplinaire et une procédure pénale existant concurremment à celle-ci.

1327. — Schématiquement, l'autorité disciplinaire peut, de par la loi ou éventuellement en vertu de la jurisprudence, (i) être liée par les faits établis par le juge pénal et par l'appréciation juridique retenue de ces faits par ledit juge pénal, (ii) être liée par les faits établis par le juge pénal mais rester libre – sous réserve de l'autorité de la chose jugée du jugement pénal – dans l'appréciation juridique de ces faits (cf. p. ex. art. 23 al. 1 BDG/D¹⁹²³) ou (iii) n'être liée ni par les faits établis par le juge pénal ni par l'appréciation juridique retenue de ces faits par ledit juge pénal.

1328. — La solution (ii) ci-dessus devrait, de manière générale, prévaloir. Elle consacre le principe de l'autonomie (relative) de la procédure disciplinaire par rapport à la procédure pénale (l'inverse étant par ailleurs valable)¹⁹²⁴.

1329. — Un tel principe trouve notamment son expression à l'art. 23 al. 1 BDG/D : « [d]ie tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Straf- oder Bußgeldverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, durch das nach § 9 des Bundesbesoldungsgesetzes über den Verlust der Besoldung bei schuldhaftem Fernbleiben vom Dienst entschieden worden ist, sind im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat,

¹⁹²² Cf. *supra*, N 674.

¹⁹²³ Pour un cas d'application, cf. *Verwaltungsgericht München*, déc. Az. M 13 DK 10.3808 du 12.01.2011, ch. 8 ss, 27.

¹⁹²⁴ Cf. p. ex. BLANDIN-CAROLO (F), p. 189 s. ; PRALUS-DUPUY (F), p. 919 ; CANIVET/JOLY-HURARD (F), N 266 ss ; JOLY-HURARD (F), p. 153-155. Cf. ég. TC/VD, GE.2010.0207 du 28.03.2011, consid. 1a et les réf. ; TF 2P.339/2005 du 10.07.2006, consid. 2.4.

bindend »¹⁹²⁵ (cf. ég. p. ex. l'art. 415 ch. 2 phr. 1 C.jud./B, qui prévoit que « [l']*action disciplinaire est indépendante de l'action publique* [...] »).

1330. — En droit suisse, une approche similaire est retenue de manière générale dans les rapports entre les procédures administrative et pénale. On considère en effet qu'« [e]n principe, l'autorité administrative ne doit pas s'écarter sans raisons des faits établis au pénal, surtout lorsque l'enquête pénale a donné lieu à des investigations approfondies. Elle peut toutefois s'en écarter et procéder à sa propre administration des preuves, en particulier lorsque les faits déterminants pour l'autorité administrative n'ont pas été pris en considération par le juge pénal, lorsque des faits nouveaux importants sont survenus entre-temps, lorsque l'appréciation à laquelle le juge pénal s'est livré se heurte clairement aux faits constatés, ou encore lorsque le juge pénal ne s'est pas prononcé sur toutes les questions de droit [...] »¹⁹²⁶.

1331. — Lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité de l'infraction disciplinaire, un acquittement au pénal est – à tout le moins – une circonstance de nature à atténuer la gravité du manquement reproché au magistrat du siège. L'autorité disciplinaire doit ainsi déterminer quelle portée elle reconnaît au jugement pénal dans le cadre du litige dont elle est saisie, en particulier si elle entend ou non remettre en cause les faits retenus par le juge pénal et leur qualification¹⁹²⁷.

b. Des voies utilisables parallèlement ou successivement

1332. — D'une manière générale, on peut retenir qu'une procédure pénale et une procédure disciplinaire peuvent être menées simultanément (parallèlement) à l'encontre d'un magistrat du siège. Une telle considération découle du principe, mentionné ci-dessus¹⁹²⁸, de l'autonomie de la procédure disciplinaire par rapport à la procédure pénale. Plusieurs remarques s'imposent toutefois à ce titre.

1333. — Lorsque l'autorité disciplinaire est liée à la fois par les faits établis par le juge pénal et par l'appréciation juridique retenue de ces faits par ledit juge (solution (i) définie ci-avant¹⁹²⁹), de même que lorsque l'autorité disciplinaire est liée par les faits établis par le juge pénal mais reste libre – sous réserve de

¹⁹²⁵ Pour un cas d'application, cf. *Verwaltungsgericht München*, déc. Az. M 13 DK 10.3808 du 12.01.2011, ch. 8 ss, 27.

¹⁹²⁶ TF 2P.180/2002, 2A.396/2002 du 12.08.2003, consid. 7.1, citant ATF 129 II 312, consid. 2.4.

¹⁹²⁷ Cf. TF 8C_480/2012 du 28.06.2013, consid. 6.5.

¹⁹²⁸ Cf. *supra*, N 1328.

¹⁹²⁹ Cf. *supra*, N 1327.

l'autorité de la chose jugée du jugement pénal – dans l'appréciation juridique de ces faits (solution (ii) définie ci-avant¹⁹³⁰), la logique voudrait que l'on suspende la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur le plan pénal (cf. en ce sens l'art. 22 al. 1 phr. 1 BDG/D pour le second cas précité ; cf. toutefois art. 22 al. 1 phr. 2 BDG/D). A notre sens, une règle expresse en ce sens devrait être prévue le cas échéant. Toutefois, comme nous le verrons ci-dessous¹⁹³¹, une marge d'appréciation devrait être laissée à l'autorité disciplinaire.

1334. — Lorsque l'autorité disciplinaire n'est liée ni par les faits établis par le juge pénal ni par l'appréciation juridique retenue de ces faits par ledit juge pénal (solution (iii) définie ci-avant¹⁹³²), la possibilité de suspendre la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur le plan pénal devrait être laissée à l'appréciation de l'autorité disciplinaire. L'autorité disciplinaire devrait ainsi pouvoir décider si un motif particulier, au vu des circonstances du cas d'espèce, justifie d'attendre l'issue de la procédure pénale pour (instruire et) se prononcer sur le cas disciplinaire du magistrat du siège¹⁹³³. Cette situation sera discutée plus en détail dans le titre qui suit.

c. La solution pratique de la suspension de la procédure disciplinaire

1335. — Quelle que soit la solution retenue concernant l'autonomie de l'autorité disciplinaire en regard des faits établis par le juge pénal et de l'appréciation juridique retenue de ces faits par ledit juge pénal¹⁹³⁴, l'autorité disciplinaire, en présence d'une procédure pénale concurrente, choisira généralement (respectivement ne décidera généralement pas de déroger à la règle) de suspendre la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur le plan pénal. En effet, les autorités pénales disposent généralement de moyens d'enquête plus importants. La sécurité du droit commanderait par ailleurs d'éviter dans la mesure du possible d'éventuelles décisions contradictoires¹⁹³⁵.

¹⁹³⁰ Cf. *supra*, N 1327.

¹⁹³¹ Cf. N 1335-1340.

¹⁹³² Cf. *supra*, N 1327.

¹⁹³³ Cf. p. ex. TF 2C_901/2012 du 30.01.2013, consid. 2 (médecins) : confirmation par le Tribunal fédéral d'un arrêt cantonal soleurois portant not. sur le refus de l'autorité disciplinaire de suspendre la procédure jusqu'à droit connu sur la procédure pénale.

¹⁹³⁴ Cf. *supra*, N 1327.

¹⁹³⁵ Cf. p. ex. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 7, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss, confirmée par TF 2P.270/2000 du 26.01.2001, consid. 4. Cf. ég. MORIN (F ; anc.), II, p. 387 ; BLANDIN-CAROLO (F), p. 191.

1336. — On peut ainsi recommander l'adoption d'une disposition prévoyant que (i) en règle générale, la procédure disciplinaire est suspendue jusqu'à droit connu sur la procédure pénale ouverte à l'encontre du magistrat du siège, mais que (ii) toutefois, l'autorité disciplinaire peut, d'office ou sur requête d'une partie, statuer différemment lorsque les circonstances du cas d'espèce le justifient. Il nous paraît important que l'autorité disciplinaire puisse disposer d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard (cf. ég. art. 405 al. 10 C.jud./B, qui a une portée générale).

1337. — Citons notamment, dans le sens précité, l'art. 18 al. 2 LRCF (fonctionnaires fédéraux), qui prévoit que « [I]orsque la même infraction donne lieu à une enquête disciplinaire et à une procédure pénale, la décision relative à la mesure disciplinaire sera, en règle générale, ajournée jusqu'à la fin de la procédure pénale » ; l'art. 98 al. 4 OPers, qui dispose que « [s]i les mêmes faits donnent lieu à une enquête disciplinaire et à une procédure pénale, la décision relative aux mesures disciplinaires est ajournée jusqu'à la fin de la procédure pénale. Exceptionnellement, la décision relative à la mesure disciplinaire peut être prise, pour de justes motifs, avant la fin de la procédure pénale »¹⁹³⁶.

1338. — Il conviendra toutefois d'être attentif au fait que lorsqu'elle décide de suspendre la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur la procédure pénale, l'autorité disciplinaire ne devrait en principe pas pouvoir, dans un même temps, suspendre le magistrat du siège en cause à titre conservatoire jusqu'à ce même terme. En effet, dans la mesure où le terme de la procédure pénale est un élément indéterminé, la mesure de suspension à titre conservatoire pourrait s'avérer, suivant les cas, contraire au principe de la proportionnalité¹⁹³⁷.

1339. — En tout état de cause, l'autorité disciplinaire doit s'assurer du respect des garanties applicables dans le cadre de la procédure disciplinaire, cela quel que soit le niveau des garanties par hypothèse offertes par l'autorité pénale au magistrat du siège visé dans le cadre de la procédure pénale¹⁹³⁸.

1340. — Finalement, nous indiquons que la révision devrait constituer un garde-fou permettant, à certaines conditions, de reprendre une décision disciplinaire

¹⁹³⁶ L'art. 30 al. 3 i.f. aStF prévoyait que si, au cours d'une action disciplinaire, une instruction est ouverte contre le fonctionnaire en raison des mêmes faits, le prononcé disciplinaire est différé jusqu'après la clôture de la poursuite pénale, à moins que les intérêts de l'administration ne s'opposent au maintien du fonctionnaire dans ses fonctions. La formulation de l'art. 98 al. 4 phr. 2 OPers, plus large, permet d'inclure des motifs qui ne sont pas liés aux seuls intérêts de l'administration.

¹⁹³⁷ Cf. TF 2P.339/2005 du 10.07.2006, consid. 2.4. Sur cette question, cf. pour le surplus *infra*, N 1374.

¹⁹³⁸ Comp. TC/VD, GE.2004.0128 du 17.06.2009, consid. 6b.

qui aurait par hypothèse été rendue avant l'issue d'une procédure pénale concurrente (cf. art. 45 al. 2 LOJV/VD ; art. 422 C.jud./B)¹⁹³⁹. En effet, le résultat de la procédure pénale, ainsi que les faits découverts dans ce cadre, pourraient en particulier constituer des motifs de révision¹⁹⁴⁰.

2. La procédure considérée est une procédure disciplinaire

1341. — Il n'y a pas lieu de revenir, dans le cadre du présent titre, sur la question de la chose jugée au disciplinaire sur le disciplinaire (cf. principe de l'autorité de la chose jugée)¹⁹⁴¹. Nous nous limiterons, ici également, à considérer, sous un angle formel davantage que matériel, le rapport entre la procédure disciplinaire et une procédure disciplinaire existant par hypothèse concurremment à celle-ci.

1342. — Pourrait notamment se présenter la situation dans laquelle le magistrat du siège en cause, qui exerce également la profession d'avocat, fait l'objet d'une procédure disciplinaire parallèle, en raison des mêmes faits, devant l'autorité de surveillance des avocats¹⁹⁴². Dans une telle hypothèse, il apparaîtrait possible, en vertu de la spécificité des procédures disciplinaires, de mener concurremment ces procédures, voire même de sanctionner cumulativement la personne visée. Le principe *ne bis in idem* pourrait toutefois trouver application dans l'hypothèse où les sanctions en cause seraient considérées comme étant des sanctions de nature pénale¹⁹⁴³.

1343. — Pourrait également se présenter la situation dans laquelle le magistrat du siège en cause commettrait une (nouvelle) infraction disciplinaire durant la procédure disciplinaire¹⁹⁴⁴. En ce cas, cette infraction disciplinaire devrait en principe venir s'ajouter aux autres infractions disciplinaires dont le magistrat du siège est prévenu (cf., *mutatis mutandis*, art. 311 al. 2, 333 CPP ; cf. p. ex. art. 19 al. 1 BDG/D ; art. 405bis ch. 3 C.jud./B). Lorsque les faits en question ne sont pas connexes aux faits à la base de la première procédure disciplinaire,

¹⁹³⁹ Sur la révision des décisions rendues en matière disciplinaire, cf. GRAY (USA), HLR, p. 1247.

¹⁹⁴⁰ Cf. pour le surplus *infra*, N 1461-1464.

¹⁹⁴¹ Sur cette question, cf. *supra*, Chap. 5, N 689-693.

¹⁹⁴² Cf. BOHNET/MARTENET, N 3412 s.

¹⁹⁴³ BOHNET/MARTENET, N 3413 ; cf. ég. N 3639 concernant les avocats-notaires. Cf. ég. TF 2C_26/2009, 2C_41/2009 du 18.06.2009, consid. 8.4 (transmission d'une autorité à l'autre).

¹⁹⁴⁴ Cf. MORIN, II, p. 187 : le fait pour un magistrat du siège d'être sous le coup d'une suspension à titre conservatoire n'affranchit pas ce dernier des obligations qu'impose le titre dont il est encore investi.

l'ouverture et la conduite d'une nouvelle poursuite pourraient toutefois éventuellement se justifier (cf. en ce sens l'art. 405bis ch. 2 C.jud./B)¹⁹⁴⁵.

3. La procédure considérée est une procédure civile en responsabilité

1344. — La Confédération et la quasi-totalité des cantons suisses ont adopté un système de responsabilité civile¹⁹⁴⁶ exclusive de l'Etat pour les dommages causés par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, avec possibilité d'action récursoire notamment en cas de dommage intentionnel ou par négligence grave (cf. p. ex. art. 3 et 7 LRCE). La responsabilité civile de l'Etat pour les dommages causés par les magistrats du siège dans l'exercice de leurs fonctions est en principe couverte par ces mêmes règles¹⁹⁴⁷.

1345. — Un tel système de responsabilité exclusive, avec éventuellement possibilité d'action récursoire, est également préconisé sur le plan international en ce qui concerne les magistrats du siège¹⁹⁴⁸.

1346. — Selon nous, le fait pour un magistrat du siège d'engager la responsabilité civile de l'Etat en raison d'un dommage causé dans l'exercice de ses fonctions ne devrait pas pouvoir constituer, *per se*, une infraction disciplinaire¹⁹⁴⁹. Par contre, une procédure en responsabilité civile dirigée contre l'Etat en raison d'un acte d'un magistrat du siège pourrait permettre de mettre en lumière la commission d'une infraction disciplinaire par ce magistrat du siège.

1347. — Il convient toutefois de tenir compte du fait qu'en général, la responsabilité de l'Etat pour les activités de ses agents est une responsabilité objective (causale), c'est-à-dire qu'elle intervient sans égard à la faute de l'agent public (p. ex. art. 3 al. 1 LRCE)¹⁹⁵⁰. En tant qu'elle ne s'attache pas à démontrer (n'est pas conditionnée à) la violation fautive d'une norme de comportement par le magistrat du siège, la procédure en responsabilité civile dirigée contre l'Etat ne fournira donc généralement pas le substrat nécessaire à une procédure disciplinaire.

¹⁹⁴⁵ En ce sens : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 160.

¹⁹⁴⁶ A noter que la responsabilité « civile » des agents publics est soumise, en Suisse, à un régime de droit public (« responsabilité de droit public » ; cf. ATF 135 V 98, consid. 5.1), lequel renvoie le cas échéant, à titre de droit – public – supplétif, à des règles de droit privé.

¹⁹⁴⁷ Cf. p. ex. HIRSCH, p. 27 s.

¹⁹⁴⁸ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.2.

¹⁹⁴⁹ Comp. N 1324 en relation avec une procédure pénale.

¹⁹⁵⁰ HIRSCH, p. 29.

1348. — Au vu de ce qui précède, on peut retenir qu'une suspension de la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur une procédure en responsabilité civile pourrait éventuellement se justifier. Une telle possibilité devrait dans tous les cas être laissée à l'appréciation de l'autorité disciplinaire, laquelle statuera en fonction des circonstances du cas d'espèce. En effet, le principe de l'indépendance des procédures disciplinaire et civile demeure (cf. p. ex. art. 415 ch. 2 phr. 1 C.jud./B, qui prévoit que « [l']*action disciplinaire est indépendante de [...] l'action civile* [...] »).

B. La procédure considérée est une procédure de recours contre une décision rendue par le magistrat du siège visé par la procédure disciplinaire

1. L'indépendance des deux procédures

a. L'absence de contrôle disciplinaire du contenu matériel des actes juridictionnels des magistrats du siège (rappel)

1349. — Comme nous l'avons vu¹⁹⁵¹, les magistrats du siège ne peuvent en principe être mis en cause personnellement en raison de leur activité juridictionnelle. Toutefois, le législateur dispose de la faculté d'ériger, à titre d'exceptions au principe de la protection des actes juridictionnels des magistrats du siège, certains manquements spécifiques en infractions disciplinaires.

b. Des voies utilisables parallèlement ou successivement

1350. — Nous avons plaidé en faveur d'une distinction claire entre (i) l'exercice des voies juridictionnelles de recours à l'encontre d'une décision à laquelle un magistrat du siège a pris part et (ii) l'ouverture et la conduite d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un tel magistrat du siège eu égard au contenu de cette décision¹⁹⁵².

1351. — Les voies (i) et (ii) ci-dessus¹⁹⁵³ sont distinctes mais ne sont pas exclusives. L'existence d'une procédure ou la possibilité d'ouvrir une procédure de recours (au sens large) contre une décision à laquelle le magistrat

¹⁹⁵¹ Cf. *supra*, Chap. 4, N 440-459.

¹⁹⁵² Cf. *supra*, Chap. 4, N 455-459, en particulier N 459.

¹⁹⁵³ Cf. N 1350.

du siège visé a pris part ne doit, selon nous, pas exclure ou empêcher l'ouverture et l'exercice d'une procédure disciplinaire à son encontre fondée sur le contenu de cette décision. De même, l'existence d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège fondée sur le contenu d'une décision à laquelle il a pris part n'empêche pas l'exercice d'un recours contre cette décision.

1352. — Les voies (i) et (ii) ci-dessus¹⁹⁵⁴ peuvent être conduites simultanément (parallèlement) ou successivement. L'autorité disciplinaire doit pouvoir examiner de manière indépendante l'existence éventuelle d'un manquement – érigé par hypothèse en infraction disciplinaire – découlant de l'activité juridictionnelle d'un magistrat du siège. Sa décision ne devrait pas être subordonnée au constat préalable, par une décision judiciaire définitive rendue dans le cadre des voies de recours contre la décision à laquelle le magistrat du siège a pris part, de l'existence d'un tel manquement. La règle d'indépendance de l'autorité disciplinaire visée ici découle également du principe général selon lequel l'autorité disciplinaire n'est en principe pas liée, dans l'examen du comportement des magistrats du siège, par (les constatations et) les conclusions d'autres autorités¹⁹⁵⁵.

2. L'utilité de différer la procédure disciplinaire

1353. — Il convient de s'interroger sur l'utilité pratique de différer la conduite d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège lorsque celui-ci est mis en cause du fait du contenu d'une décision à laquelle il a pris part.

1354. — En effet, un recours (au sens large) contre une telle décision pourrait servir à mettre en évidence un comportement constitutif d'une infraction disciplinaire. Par exemple, une telle procédure pourrait permettre de montrer une violation manifeste et délibérée du droit commise par le magistrat du siège en cause, ou des négligences particulièrement crasses dans l'établissement des faits¹⁹⁵⁶.

1355. — L'autorité disciplinaire pourrait ainsi décider, suivant les cas, (i) d'attendre l'issue de la procédure de recours avant d'ouvrir éventuellement une procédure disciplinaire, (ii) de suspendre l'instruction de la procédure disciplinaire jusqu'à droit connu sur le recours ou (iii) de surseoir à statuer jusqu'à droit connu sur le recours.

¹⁹⁵⁴ Cf. N 1350.

¹⁹⁵⁵ Cf. N 1327 ss.

¹⁹⁵⁶ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 4, N 446-454.

1356. — Lorsque l'acte juridictionnel en cause est confirmé (respectivement n'est pas invalidé) par l'instance de recours, cela tendra à exclure la présence d'une infraction disciplinaire. Lorsque l'acte juridictionnel en cause est invalidé par l'instance de recours (quel que soit l'effet d'une telle décision – cassatoire ou réformatoire), cela tendra à confirmer la présence d'une infraction disciplinaire.

1357. — Il est toutefois bien clair que si l'autorité disciplinaire considérera avec intérêt les éléments ressortant de la procédure de recours, elle ne sera cependant pas limitée par les constatations effectuées dans ce cadre par l'autorité de recours, et devra en tout état de cause effectuer sa propre appréciation des faits.

1358. — Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que la procédure de recours ne sera pas forcément propre à mettre en évidence (le seuil de matérialité de) l'infraction disciplinaire potentiellement en cause. En effet, la tâche de l'autorité de recours se rapporte au contrôle de la validité, en fait et/ou en droit, des actes juridictionnels des instances inférieures ; elle ne comprend en principe pas directement l'appréciation du comportement personnel des magistrats du siège à l'origine de tels actes.

1359. — En définitive, on constate que l'utilité de la procédure de recours dépendra des circonstances de chaque cas d'espèce.

VI. Les mesures provisionnelles

A. Considérations générales

1360. — Les mesures provisionnelles visent à maintenir intact un état de fait existant ou à sauvegarder des intérêts menacés. Elles constituent des mesures provisoires, qui règlent une situation juridique dans l'attente d'un règlement définitif au travers d'une décision principale ultérieure¹⁹⁵⁷.

1361. — Le prononcé de mesures provisionnelles, en procédure administrative, est en principe admissible indépendamment de savoir si de telles mesures sont explicitement prévues par la loi, étant donné qu'elles servent à l'exécution de

¹⁹⁵⁷ Cf. p. ex. TF 4A_640/2009 du 02.03.2010, consid. 3.

dispositions matérielles¹⁹⁵⁸. L'adoption d'une ou plusieurs norme(s) générales¹⁹⁵⁹ ou spécifique(s)¹⁹⁶⁰ serait toutefois souhaitable.

1362. — On distingue généralement, en droit public, deux catégories de mesures provisionnelles, suivant leur fonction : (i) les mesures conservatoires, qui visent à garantir que l'état de fait ou de droit existant demeure provisoirement inchangé et (ii) les mesures formatrices, qui créent ou redéfinissent provisoirement une relation juridique¹⁹⁶¹. Le prononcé de mesures provisionnelles ne doit ni anticiper ni rendre impossible une décision sur le fond¹⁹⁶².

1363. — En droit disciplinaire des magistrats du siège, la mesure provisionnelle la plus fréquemment rencontrée est la mesure conservatoire (cf. catégorie (i) ci-avant) consistant dans la suspension d'un magistrat du siège (suspension conservatoire). Cette mesure fera l'objet d'un examen spécifique au titre suivant¹⁹⁶³.

1364. — D'autres mesures conservatoires (cf. catégorie (i) ci-avant) (que la suspension à titre conservatoire) peuvent être envisagées. On pense en particulier aux mesures destinées à assurer l'administration des preuves (mesures visant à garantir que l'état de fait qui formera la base de la décision à intervenir ne se modifie pas durant la litispendance).

1365. — Des mesures formatrices (cf. catégorie (ii) ci-avant), qui préfigureraient matériellement la décision au fond, pourraient théoriquement être prononcées en droit disciplinaire des magistrats du siège. Nous ne discernons toutefois, à ce titre, pas de cas d'application¹⁹⁶⁴.

1366. — Les mesures provisionnelles sont généralement prononcées dans le cadre de la procédure disciplinaire ouverte à l'encontre d'un magistrat du siège. Le législateur peut – devrait – toutefois prévoir la possibilité pour l'autorité compétente¹⁹⁶⁵ de prononcer, dans certaines circonstances, des mesures provisionnelles avant même l'ouverture d'une procédure disciplinaire à

¹⁹⁵⁸ Cf. SEILER, art. 56 PA N 18 et les réf.

¹⁹⁵⁹ Cf. *supra*, N 170, 1162.

¹⁹⁶⁰ Cf. p. ex. l'art. 71 al. 1 LMSA/NE, qui dispose, de manière large, que le Conseil de la magistrature neuchâtelois « prend toutes les mesures provisionnelles justifiées par les circonstances ».

¹⁹⁶¹ Cf. p. ex. MOOR/POLTIER, p. 305 ss, 308 ; HÄNER, *passim*.

¹⁹⁶² ATF 127 II 132, consid. 3 ; 130 II 149, consid. 2.2.

¹⁹⁶³ Cf. N 1368-1377.

¹⁹⁶⁴ Cf. ég. *infra*, N 1373 s.

¹⁹⁶⁵ Cf. *supra*, N 1224-1236 concernant l'(es) autorité(s) compétente(s) durant la phase préliminaire.

l'encontre du magistrat du siège en question (mesures superprovisionnelles). Il conviendrait le cas échéant d'aménager une disposition spécifique prévoyant que les mesures (super)provisionnelles, à défaut d'ouverture d'une procédure disciplinaire dans un délai déterminé, tombent de plein droit¹⁹⁶⁶.

1367. — Nous renvoyons pour le surplus à la jurisprudence et à la doctrine existantes concernant les conditions à l'adoption de mesures provisionnelles¹⁹⁶⁷.

B. La suspension à titre conservatoire

1368. — Nous avons déjà expliqué plus haut¹⁹⁶⁸ que la suspension peut être prononcée soit (i) à titre de sanction disciplinaire (suspension disciplinaire), au terme d'une procédure disciplinaire, soit (ii) en tant que mesure provisionnelle ordonnée durant la procédure disciplinaire voire préalablement à l'ouverture de celle-ci (suspension à titre conservatoire). L'hypothèse (ii) ci-avant, distincte de l'hypothèse (i) ci-avant, nous intéresse ici.

1369. — La suspension à titre conservatoire est destinée à régler une situation juridique jusqu'au prononcé par l'autorité disciplinaire d'une décision fixant le sort disciplinaire du magistrat du siège en cause¹⁹⁶⁹. Plus précisément, cette mesure provisionnelle vise à réglementer la situation juridique entre le moment où l'autorité compétente a connaissance de faits ou d'indices permettant de craindre la commission d'une ou plusieurs infractions disciplinaires et celui de l'entrée en force de la décision au fond¹⁹⁷⁰.

1370. — La suspension à titre conservatoire sera donc prononcée en principe pour une durée indéterminée¹⁹⁷¹. La mesure doit toutefois pouvoir être réexaminée en tout temps, d'office ou à la demande du magistrat du siège concerné¹⁹⁷².

¹⁹⁶⁶ Cf. p. ex. art. 50 al. 3 Ord.1958/F : « [s]i, à l'expiration d'un délai de deux mois suivant la notification de l'interdiction temporaire prononcée par le conseil de discipline, le Conseil supérieur de la magistrature n'a pas été saisi [...], l'interdiction temporaire cesse de plein droit de produire ses effets ».

¹⁹⁶⁷ Cf. p. ex. ATF 130 II 149, consid. 2.2 ; 127 II 132, consid. 3 et les réf. ; HÄNER, *passim* ; MOOR/POLTIER, p. 308-310.

¹⁹⁶⁸ Cf. Chap. 5, N 540-544.

¹⁹⁶⁹ Cf., à titre général, TF 1C.283/2007 du 20.02.2008, consid. 2.1 ; art. 103 al. 1 OPers concernant les fonctionnaires fédéraux.

¹⁹⁷⁰ Cf. p. ex. NGUYEN, Rapports de service, p. 455 s.

¹⁹⁷¹ Comp. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 217, 232. Cf. pour le surplus *infra*, N 1374.

¹⁹⁷² Cf. not., pour le surplus, art. 406 al. 1 C.jud./B.

1371. — La suspension à titre conservatoire vise la sauvegarde d'intérêts privés ou publics considérés comme importants. Les intérêts privés qu'il s'agit de protéger sont, par exemple, l'intérêt privé de collègues du magistrat du siège en cause, ou celui du magistrat du siège lui-même. Les intérêts publics qu'il s'agit de sauvegarder sont notamment l'intérêt à la bonne marche de l'appareil judiciaire, ce qui comprend la protection des justiciables contre des manquements (comportements constitutifs d'infractions disciplinaires voire pénales) de la part des magistrats du siège.

1372. — Par exemple, le prononcé d'une suspension conservatoire peut se justifier, au vu des circonstances d'un cas d'espèce, dans l'intérêt de la bonne marche du pouvoir judiciaire, en vue d'une éventuelle révocation disciplinaire. A ce titre, on peut se référer, *mutatis mutandis*, à un arrêt rendu en matière de droit des fonctionnaires, où le Tribunal fédéral a considéré que « [l]a *suspension préventive* [prononcée lors de l'ouverture de l'enquête disciplinaire pour la durée de la procédure d'enquête] *est une mesure de sûreté instituée dans l'intérêt de la bonne marche de l'administration, en vue d'une éventuelle mesure définitive de renvoi [...]. Il s'agit d'une mesure provisoire destinée à supprimer les dysfonctionnements de l'administration lorsque la situation exige une solution immédiate. Même si elle peut être ordonnée avant - ou pendant - le déroulement d'une procédure, elle ne possède aucun caractère autonome et ne constitue qu'une étape dans le cadre d'une procédure qui peut aboutir à un renvoi comme ultime mesure [...]* »¹⁹⁷³.

1373. — Même dans les cas les plus graves, une révocation disciplinaire ne devrait théoriquement pas pouvoir être prononcée avec « effet immédiat », c'est-à-dire sans qu'une procédure disciplinaire complète ait été diligentée¹⁹⁷⁴. Le fait que l'autorité disciplinaire ait pu déjà mettre en lumière, sur la base des premiers éléments de l'enquête, la gravité des faits imputables au magistrat du siège en cause ne justifie pas un tel prononcé. En fonction des circonstances, le prononcé d'une suspension conservatoire permettra d'obtenir l'effet de préservation d'intérêts publics ou privés recherché. Pour des motifs de sécurité du droit, et afin de préserver le principe de l'indépendance de la justice, la suspension conservatoire devrait ainsi, à notre sens, constituer l'unique voie à disposition de l'autorité disciplinaire, durant la procédure disciplinaire¹⁹⁷⁵, en présence d'un risque d'atteinte à des intérêts publics ou privés justifiant par

¹⁹⁷³ TF 8C_696/2011 du 02.05.2012, consid. 4.1.

¹⁹⁷⁴ Cf. ég. *infra*, N 1457-1459 concernant la possibilité d'octroyer l'effet suspensif au recours contre une décision de sanction disciplinaire.

¹⁹⁷⁵ Cf. ég. *supra*, N 1366 concernant les mesures provisionnelles prononcées avant l'ouverture d'une procédure disciplinaire (mesures superprovisionnelles).

hypothèse d'écarter un magistrat du siège¹⁹⁷⁶. Pour le surplus, nous indiquons que la possibilité de prononcer une suspension à titre de mesure provisionnelle formatrice (cf. catégorie (ii) définie ci-dessus¹⁹⁷⁷ ; cf. p. ex. l'art. 69a al. 1 phr. 1 LOJ/JU, qui prévoit que le Conseil de surveillance peut suspendre provisoirement le magistrat du judiciaire en cause « [s]’il apparaît d'emblée qu'une destitution est inévitable ») ne nous paraît(r) pas souhaitable dans la mesure où elle revient largement à préjuger du fond de l'affaire.

1374. — Une suspension conservatoire peut également être commandée par les circonstances lorsqu'un magistrat du siège est prévenu¹⁹⁷⁸ d'une infraction pénale (cf. p. ex. art. 406 al. 1 ch. 1 C.jud./B ; art. 4 al. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 [ZH]¹⁹⁷⁹). Dans un cas de suspension conservatoire d'un fonctionnaire fédéral, le Tribunal fédéral avait considéré qu'en principe, la suspension conservatoire « *est suffisante pour assurer la protection des intérêts de l'administration jusqu'à la clôture de l'enquête pénale ; elle permet ensuite à l'autorité de décider, sur la base du jugement pénal, s'il y a lieu de réintégrer le fonctionnaire dans l'administration ou de le révoquer définitivement* »¹⁹⁸⁰. Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a toutefois précisé que la suspension conservatoire (en l'occurrence un retrait provisoire de l'autorisation de pratiquer la physiothérapie) ne peut pas être prononcée pour une durée indéterminée qui correspondrait au moment où une sanction disciplinaire serait rendue après droit connu sur le plan pénal. En effet, une telle mesure de durée indéterminée ne respecte pas le principe de la proportionnalité¹⁹⁸¹. Cette dernière approche – qui doit être pleinement

¹⁹⁷⁶ Pour un exemple, cf. *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 6.3, publ. in : *Estratto dalla giurisprudenza del Consiglio della magistratura (dall'ottobre 2000 al giugno 2011)*, p. 1 ss. Dans cette espèce, le *Consiglio della magistratura* tessinois a prononcé la révocation d'un magistrat du siège à l'issue de la procédure disciplinaire. Dans sa décision, ledit *Consiglio* a rejeté la demande de suspension de la procédure disciplinaire formée par le magistrat concerné.

¹⁹⁷⁷ Cf. N 1362.

¹⁹⁷⁸ Cf. art. 111 al. 1 CPP : « [o]n entend par prévenu toute personne qui, à la suite d'une dénonciation, d'une plainte ou d'un acte de procédure accompli par une autorité pénale, est soupçonnée, prévenue ou accusée d'une infraction ».

¹⁹⁷⁹ Concernant cette dernière loi, cf. *supra*, N 978.

¹⁹⁸⁰ ATF 106 Ib 177, consid. 4b.

¹⁹⁸¹ TF 2P.339/2005 du 10.07.2006, consid. 2.5. Cf. ég. consid. 2.4 : « [...] compte tenu de la nature provisoire de cette mesure et des buts qu'elle poursuit, il ne doit pas s'écouler trop de temps entre le moment où les faits ont été portés à la connaissance de l'autorité, la décision d'interdiction temporaire, l'exécution de cette mesure, la mise en oeuvre de l'instruction et la clôture de celle-ci. Ainsi, au regard du principe de la proportionnalité, une telle interdiction provisoire urgente ne peut être prononcée pour courir jusqu'au terme de la

approuvée – se justifie par le fait que la procédure disciplinaire est indépendante de la procédure pénale¹⁹⁸². Même si l'autorité disciplinaire appréciera généralement de pouvoir se baser sur les faits précédemment établis par le juge pénal – elle sera en principe liée par ces faits, mais pas par la qualification qui en est faite par le juge pénal –¹⁹⁸³, elle ne doit pas pouvoir faire de cette situation un oreiller de paresse et placer le magistrat du siège dans une position d'attente *a priori* indéfinie¹⁹⁸⁴.

1375. — La possibilité de prononcer une suspension conservatoire est généralement laissée à l'appréciation de l'autorité disciplinaire (cf. p. ex. art. 82 al. 1 LOG/TI). Toutefois, la suspension conservatoire est parfois imposée par la loi en présence de circonstances prédéfinies ; elle peut même intervenir de par la loi (i.e. automatiquement). Ainsi, en France, l'ancien art. 58 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice¹⁹⁸⁵ prévoyait que « [t]out [magistrat du siège] qui se trouvera sous les liens d'un mandat d'arrêt, de dépôt, d'une ordonnance de prise de corps ou d'une condamnation correctionnelle, même pendant l'appel, sera suspendu provisoirement de ses fonctions »¹⁹⁸⁶.

procédure pénale ouverte contre ledit professionnel de la santé puisque la durée de cette procédure est inconnue. De plus, son issue n'est pas seule déterminante pour fixer la sanction administrative adaptée aux agissements mis en cause. Les autorités compétentes sanitaires doivent ainsi, le cas échéant en se fondant sur les éléments déjà établis au cours de la procédure pénale en cours, effectuer leur propre appréciation des faits et du droit et décider de la sanction administrative qui leur paraît justifiée. La présomption d'innocence (cf. art. 32 al. 1 Cst. et art. 6 par. 2 CEDH) n'y fait en particulier pas obstacle [...] ».

¹⁹⁸² Cf. *supra*, N 1328 ss. En ce sens : TF 2P.339/2005 du 10.07.2006, consid. 2.4.

¹⁹⁸³ Sur la question de l'articulation entre la procédure disciplinaire et une procédure pénale, cf. *supra*, N 1324-1340.

¹⁹⁸⁴ L'art. 4 al. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* du 30.10.1866 (ZH) (cf. *supra*, N 978), qui prévoit la possibilité d'une suspension – à titre conservatoire manifestement – jusqu'à l'issue de la procédure pénale (« *bis zur Erledigung des Strafverfahrens* »), n'est donc pas conforme à la jurisprudence précitée.

¹⁹⁸⁵ Une règle similaire pouvait apparemment être trouvée en Allemagne au XIX^e siècle (DUBARLE [D ; anc.], p. 477). Voir encore, au Royaume-Uni, l'art. 108 du *Constitutional Reform Act 2005*, qui prévoit que le *Lord Chief Justice* dispose du pouvoir de suspendre un magistrat du siège à titre conservatoire, not. lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure pénale (cf. art. 109 par. 2 pour la définition de cette notion ; on relève que cette disposition limite territorialement les procédures pénales visées aux procédures se déroulant au Royaume-Uni).

¹⁹⁸⁶ Cela implique que l'autorité disciplinaire soit informée de telles circonstances. Cette question était réglée à l'art. 59 de la loi du 20.04.1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

1376. — A l'instar de la suspension disciplinaire – au sens large –¹⁹⁸⁷, la suspension à titre conservatoire devrait pouvoir être partielle, c'est-à-dire limitée à certains aspects de l'exercice des fonctions de magistrat du siège. Par exemple, la suspension pourrait se rapporter à la prise en charge, par le magistrat du siège, d'une catégorie déterminée d'affaires. Nous renvoyons pour le surplus, *mutatis mutandis*, aux développements proposés ci-dessus concernant la suspension disciplinaire, respectivement le retrait des fonctions de représentation ou le retrait des fonctions juridictionnelles¹⁹⁸⁸.

1377. — Nous rappelons¹⁹⁸⁹ finalement que certaines mesures provisionnelles peuvent présenter un caractère (indirectement) sanctionnateur dès lors qu'elles ne sont pas (uniquement) prononcées dans un but conservatoire, mais (également) dans un but répressif¹⁹⁹⁰. Ainsi en va-t-il généralement d'une suspension à titre conservatoire qui est assortie d'une privation de traitement (cf. p. ex. art. 82 al. 2 i.i. LOG/TI ; art. 38 al. 2 LOJV/VD ; art. 33 al. 3 LOJ/VS ; art. 103 al. 2 OPers concernant les fonctionnaires fédéraux ; cf. ég. art. 406 al. 2 C.jud./B)¹⁹⁹¹. En effet, une telle mesure revêt le cas échéant le caractère (partiel) d'une sanction disciplinaire (mesure provisionnelle à caractère indirectement répressif)¹⁹⁹². A notre sens, et pour cette raison, le prononcé, simultanément à une suspension conservatoire, d'une privation de traitement, devrait être exclu¹⁹⁹³. En tout état de cause, l'Etat devrait verser au magistrat du siège concerné, dans l'hypothèse où la procédure disciplinaire n'aboutit pas à une révocation (disciplinaire), l'arriéré correspondant à la période de privation de traitement ; c'est la solution prévue par le législateur tessinois à l'art. 82 al. 2 *i.f.* LOG/TI et par le législateur jurassien à l'art. 69a al. 1 phr. 2-5 LOJ/JU.

¹⁹⁸⁷ Cf. *supra*, Chap. 5, N 535-544 (suspension disciplinaire), 522-526 (retrait des fonctions de représentation) et 527-534 (retrait des fonctions juridictionnelles).

¹⁹⁸⁸ Cf. *supra*, Chap. 5, N 535-544 (suspension disciplinaire), 522-526 (retrait des fonctions de représentation), 527-534 (retrait des fonctions juridictionnelles).

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra*, N 542 ss.

¹⁹⁹⁰ Cf. ég. GREBILLE (F), p. 135 s., qui propose de s'attacher aux conséquences de la mesure (interdiction temporaire d'exercice des fonctions).

¹⁹⁹¹ MONTANI/BARDE, p. 383.

¹⁹⁹² Pour un arrêt montrant que le *Consiglio della magistratura* tessinois avait dans un premier temps fait usage de la possibilité donnée par l'art. 84 al. 1 aLOG/TI (cf. désormais l'art. 82 al. 2 LOG/TI) de renoncer à assortir la suspension provisionnelle d'une privation de traitement, cf. TF 2P.270/2000 du 26.01.2001.

¹⁹⁹³ Cf. ég. *supra*, Chap. 5, N 463-468 (sanctions disciplinaires déguisées).

VII. La décision au fond

A. Considérations générales

1378. — Par le prononcé d'une décision au fond, l'autorité disciplinaire peut (i) dire et constater que le magistrat du siège en cause a commis une ou plusieurs infractions disciplinaires et partant prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui-ci, (ii) retenir qu'une ou plusieurs infractions disciplinaires ont été commises par le magistrat du siège en cause, mais renoncer à prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui-ci, (iii) dire et constater que le magistrat du siège en cause n'a pas commis d'infraction disciplinaire (et partant classer la procédure), ou encore (iv) dire et constater que l'action disciplinaire relative à l'infraction disciplinaire en cause est prescrite¹⁹⁹⁴, et partant – laissant généralement indécise la question du principe de la commission d'une infraction disciplinaire – classer la procédure disciplinaire.

1379. — Dans les paragraphes qui suivent, nous traiterons successivement de questions relatives à (i) la motivation de la décision (ci-après, B.), (ii) la notification et la communication de la décision (ci-après, C.), (iii) la publication de la décision (ci-après, D.), (iv) l'inscription de la décision dans un registre des sanctions (ci-après, E.) et aux (v) frais et dépens (ci-après, F.).

B. La motivation de la décision

1380. — Le droit à obtenir une décision motivée découle notamment de la garantie du droit d'être entendu prévue à l'art. 29 al. 2 Cst. féd. Cette garantie s'applique que la procédure soit menée par une autorité judiciaire ou administrative (cf. art. 29 al. 1 Cst. féd.). L'obligation pour l'autorité disciplinaire de motiver ses décisions est parfois expressément mentionnée par le législateur (cf. p. ex. art. 85 al. 2 LOG/TI).

1381. — Le droit à obtenir une décision motivée permet notamment aux magistrats du siège de se déterminer sur la possibilité de recourir contre les décisions rendues à leur encontre. Dans le cas spécifique de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège, l'obligation de motivation est un gage supplémentaire d'indépendance de la justice¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹⁴ Sur la question de la prescription, cf. *infra*, N 1480-1514.

¹⁹⁹⁵ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 230.

1382. — Lorsque les infractions disciplinaires ne sont pas définies expressément dans la loi – ce que nous désapprouvons¹⁹⁹⁶ –, l'obligation de motivation permet par ailleurs d'assurer un contrôle dans la mesure où l'autorité disciplinaire devra être particulièrement précise sur les motifs l'ayant conduite à sanctionner le magistrat du siège concerné¹⁹⁹⁷.

1383. — Pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, la décision devrait être rendue par écrit¹⁹⁹⁸.

C. La notification et la communication de la décision

1384. — Pour déployer ses effets, la décision doit être notifiée au magistrat du siège visé par celle-ci¹⁹⁹⁹.

1385. — L'autorité disciplinaire n'a en général pas à notifier un exemplaire de la décision au dénonciateur dans la mesure où celui-ci n'a en principe pas qualité de partie à la procédure disciplinaire (et ne pourra, pour cette même raison, généralement pas justifier d'un intérêt digne de protection à recourir)²⁰⁰⁰. Toutefois, l'autorité disciplinaire pourrait lui communiquer une copie de (l'intégralité ou d'extraits [le cas échéant sous une forme anonymisée] de) la décision à titre d'information (cf. p. ex. art. 85 al. 4 LOG/TI ; art. 414 al. 4 aC.jud./B, en vigueur jusqu'au 31 août 2014)²⁰⁰¹. Une telle possibilité ne devrait pas être imposée par la loi mais plutôt être laissée à l'appréciation de l'autorité disciplinaire, celle-ci décidant en fonction des circonstances du cas d'espèce²⁰⁰².

¹⁹⁹⁶ Cf. *supra*, Chap. 4, N 323-335.

¹⁹⁹⁷ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 230.

¹⁹⁹⁸ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 230.

¹⁹⁹⁹ Cf. p. ex. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 231 s. ; MORIN (F ; anc.), II, p. 380.

²⁰⁰⁰ Cf. TAF A-678/2015 du 28.07.2015, consid. 5.1 (Conseil des écoles polytechniques fédérales ; CEPF). Cf. ég. *infra*, N 1439-1442.

²⁰⁰¹ Cf. TAF A-678/2015 du 28.07.2015, consid. 5.2.2 (Conseil des écoles polytechniques fédérales ; CEPF).

²⁰⁰² Cf. sur cette question TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 4.1 et 4.2, à propos de l'art. 8 al. 3 aLCSM/GE qui prévoyait que les décisions du Conseil supérieur de la magistrature genevois doivent être communiquées au magistrat judiciaire mis en cause et au plaignant. Cf. ég. TAF A-678/2015 du 28.07.2015, consid. 5 et 6 (Conseil des écoles polytechniques fédérales ; CEPF).

1386. — La décision pourrait par ailleurs être (devoir être) communiquée à différentes personnes ou entités²⁰⁰³. Nous pensons en premier lieu au tribunal auquel appartient (appartenait) le magistrat du siège visé. Nous pensons également à différentes autorités telles que le parlement ou certaines entités appartenant au pouvoir exécutif²⁰⁰⁴, notamment lorsque l'ordre juridique en question prévoit un système de réélection période des magistrats du siège (cf. p. ex. art. 85 al. 4 LOG/TI)²⁰⁰⁵.

D. La publication de la décision

1. Présentation générale

1387. — En dehors de la notification et de la communication, qui vise des personnes ou entités déterminées, les décisions disciplinaires rendues à l'encontre des magistrats du siège pourraient (devraient) également être portées à la connaissance du public (et rendues accessibles au public). Une telle exigence ressort notamment de l'art. 6 par. 1 CEDH²⁰⁰⁶, qui prévoit que les jugements doivent être rendus publiquement²⁰⁰⁷. En ce sens, la publication des décisions vise à permettre le contrôle du pouvoir judiciaire par le public afin d'assurer le droit à un procès équitable²⁰⁰⁸.

1388. — Le législateur devra, le cas échéant, définir en particulier dans quels cas les décisions doivent être publiées (ci-après, 2.a.) et les modalités d'une telle publication (ci-après, 2.b.). Se pose(rait) encore la question du caractère éventuel de sanction disciplinaire de la (mesure consistant dans la) publication de la décision (ci-après, 3.).

²⁰⁰³ Cf. ég. TAF A-678/2015 du 28.07.2015, consid. 5.2.1 (Conseil des écoles polytechniques fédérales ; CEPF).

²⁰⁰⁴ Cf. p. ex. art. 423 phr. 3 C.jud./B, qui prévoit que les décisions rendues par les juridictions disciplinaires sont communiquées au Ministre de la Justice dès leur notification.

²⁰⁰⁵ Cf. toutefois *supra*, Chap. 5, N 612-616 concernant le caractère disciplinaire potentiel d'une non-réélection.

²⁰⁰⁶ Sur l'applicabilité de cette disposition, cf. *supra*, Chap. 3, N 187-216.

²⁰⁰⁷ Cf. pour le surplus CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.06.1984, par. 89-92 concernant la portée de la notion de publicité du prononcé de la décision ; cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1974.

²⁰⁰⁸ Cf. CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28.06.1984, par. 91.

2. Le principe et les modalités de la publication de la décision

a. Le principe de la publication de la décision

1389. — Le législateur pourrait prévoir que les décisions doivent être publiées dans tous les cas, ou réserver à ce titre un pouvoir d'appréciation à l'autorité disciplinaire. A notre sens, l'autorité disciplinaire devrait se voir attribuer le pouvoir de décider, en fonction des circonstances du cas d'espèce, du principe de la publication d'une décision rendue à l'encontre d'un magistrat du siège. Par ailleurs, seule l'autorité disciplinaire devrait être nantie d'un tel pouvoir.

1390. — En outre, nous indiquons que la publication des décisions ne devrait pas forcément uniquement intervenir lorsqu'une sanction disciplinaire est infligée au magistrat du siège²⁰⁰⁹. En effet, même si les décisions par lesquelles l'autorité disciplinaire classe la procédure disciplinaire ou renonce à prononcer une sanction disciplinaire sont peut-être moins spectaculaires pour le public, il existerait probablement un intérêt (public voire dans certains cas privé) à la publication de telles décisions. Nous nous référons en ce sens, *mutatis mutandis* (le cas échéant), à l'art. 68 al. 2 CP, qui prévoit que « [s]i l'intérêt public, l'intérêt de l'accusé acquitté ou l'intérêt de la personne libérée de toute inculpation l'exigent, le juge ordonne la publication du jugement d'acquiescement ou de la décision de libération de la poursuite pénale aux frais de l'Etat ou du dénonciateur ».

1391. — A titre d'exemples, nous citons l'art. 85 al. 5 LOG/TI, qui prévoit que le *Consiglio della Magistratura* a le pouvoir d'ordonner la publication de la décision si des circonstances particulières le justifient ; l'art. 19 al. 6 LOJ/GE, qui prévoit que le Conseil supérieur de la magistrature peut ordonner la publication de ses décisions s'il l'estime opportun (cf. ég. art. 8 al. 2 RFCSM/GE) ; l'art. 16 al. 3 du ROCM/NE, qui prévoit que pour les décisions concernant les procédures disciplinaires, le Conseil de la magistrature décide de cas en cas de l'opportunité d'une publication.

1392. — La publication des décisions disciplinaires rendues à l'encontre des magistrats du siège est notamment préconisée par les *Kyiv*

²⁰⁰⁹ Comp. art. 8 al. 2 *i.i.* RFCSM/GE, qui évoque uniquement la publication de « la sanction infligée à un magistrat [judiciaire] » ; cette disposition est toutefois trop restrictive selon nous au vu de l'art. 19 al. 6 LOJ/GE qui prévoit que « [s]i l'estime opportun, le [Conseil supérieur de la magistrature] peut ordonner la publication de ses décisions ».

*Recommendations*²⁰¹⁰. Le Conseil consultatif de juges européens (CCJE)²⁰¹¹ a par ailleurs indiqué qu'il convient d'« *envisager la publication des décisions prises, formelles et définitives, afin d'informer, non seulement l'ensemble du corps judiciaire, mais aussi le public des conditions dans lesquelles la justice doit être administrée et montrer que ce corps ne cherche pas à couvrir et étouffer les agissements coupables imputables à quelques uns [sic] de ses membres* »²⁰¹².

b. Les modalités de publication de la décision

1393. — Le législateur devrait déterminer la mesure des informations devant/pouvant être publiées, et le mode de publication de celles-ci. Ici également, l'autorité disciplinaire devrait disposer d'un (large) pouvoir d'appréciation. Le législateur pourrait toutefois fixer un certain cadre, notamment en ce qui concerne l'anonymisation des données publiées.

1394. — L'art. 8 al. 2 RFCSM/GE prévoit ainsi que le Conseil supérieur de la magistrature décide, dans chaque cas d'espèce, la mesure dans laquelle il se justifie le cas échéant de donner publiquement connaissance des considérants de la décision rendue à l'encontre d'un magistrat du siège.

1395. — L'art. 16 al. 3 ROCM/NE précise quant à lui que la publication pourra intervenir le cas échéant dans la Feuille officielle, sur le site internet de l'Etat ou de toute autre manière.

1396. — En France, le site Internet du Conseil supérieur de la magistrature contient une banque de données (anonymisée) des décisions disciplinaires rendues à l'encontre des magistrats du siège et du parquet depuis 1959²⁰¹³.

1397. — En Belgique, l'ancien art. 427 C.jud./B prévoyait que les décisions étaient intégrées dans une banque de données de jurisprudence en matière disciplinaire centralisée auprès du ministre de la Justice dans le respect de l'anonymat. Cette disposition a été abrogée par la Loi du 15 juillet 2013 modifiant les dispositions du Code judiciaire belge relatives à la discipline,

²⁰¹⁰ OSCE-BIDDH/MPI, *Kyiv Recommendations*, N 26. Comp. IBA MSJI, *Rule 28* : le jugement peut être rendu public. Concernant les *Kyiv Recommendations*, cf. *supra*, N 765.

²⁰¹¹ Concernant le Conseil consultatif de juges européens (CCJE), cf. *supra*, n. 44.

²⁰¹² CCJE, Avis n° 10, par. 95 (cf. ég. par. 96 concernant la publication périodique d'un rapport d'activité). Comp. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 190 s., à propos de l'avertissement que l'auteur décrit comme un « *acte secret et paternel* » : « *l'honneur de la magistrature est intéressé à maintenir dans l'ombre le plus longtemps possible les faits qui pourraient le compromettre* ».

²⁰¹³ Cf. [http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/node/607?m=arborescence_des_decisions_disciplinaires_du_CSM] [consulté le 01.03.2015].

entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014. Désormais, l'art. 423 C.jud./B prévoit que les juridictions disciplinaires rédigent chaque année un rapport d'activités respectant l'anonymat des personnes concernées, ledit rapport étant transmis au Conseil supérieur de la Justice, à la Chambre des représentants et au Sénat.

1398. — Les pays anglo-saxons prévoient généralement la publication – totale ou partielle – des décisions rendues à l'encontre des magistrats du siège sous une forme non anonymisée, y compris sur Internet. Une telle règle, peu courante sous nos latitudes, peut être considérée comme participant à la transparence, pour les magistrats judiciaires aussi bien que pour le public, du système de responsabilité disciplinaire des magistrats du siège.

1399. — Nous pouvons en particulier citer, aux Etats-Unis : la *Rule 24(a)* des *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*, qui après avoir posé la règle générale selon laquelle « [w]hen final action has been taken on a complaint and it is no longer subject to review, all orders entered by the chief judge and judicial council, including any supporting memoranda and any dissenting opinions or separate statements by members of the judicial council, must be made public [...] », définit notamment les circonstances spécifiques dans lesquelles le nom du magistrat du siège en cause devrait ne pas être divulgué (sans sa permission) ; la *Rule 24(b)* des mêmes *Rules for Judicial-Conduct and Judicial-Disability Proceedings*, qui, sous l'intitulé « *Manner of Making Public* », prévoit en outre que « [t]he orders described in [Rule 24](a) must be made public by placing them in a publicly accessible file in the office of the circuit clerk or by placing the orders on the court's public website. If the orders appear to have precedential value, the chief judge may cause them to be published. In addition, the Judicial Conference Committee on Judicial Conduct and Disability will make available on the Federal Judiciary's website, www.uscourts.gov, selected illustrative orders described in paragraph [Rule 24](a), appropriately redacted, to provide additional information to the public on how complaints are addressed under the Act »²⁰¹⁴.

1400. — En Suisse, le Tribunal fédéral, de même que de nombreuses autorités judiciaires cantonales, publient leurs décisions sur Internet, en règle générale sous une forme anonymisée. Nous signalons à ce titre l'existence d'une procédure dans laquelle un magistrat du siège genevois, recourant devant le Tribunal fédéral, avait demandé – sans succès – que l'arrêt à rendre par le Tribunal fédéral ne soit pas publié sur Internet²⁰¹⁵.

1401. — A notre sens, la publication de décisions disciplinaires non anonymisées devrait être évitée. En effet, une telle mesure, qui ne correspond d'ailleurs pas

²⁰¹⁴ Sur cette question, cf. HELLMAN (USA), p. 361-363.

²⁰¹⁵ TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 4.2.

à la tradition helvétique, n'est pas sans présenter de risques concernant les magistrats du siège : lorsqu'elle est prononcée et exécutée, elle revient à exposer personnellement les magistrats du siège de manière non nécessaire – voire déplacée – à l'opinion publique. On peut ainsi douter de la conformité d'une telle mesure avec le principe de l'indépendance de la justice. Il convient encore d'examiner le caractère disciplinaire éventuel d'une telle mesure.

3. Le caractère éventuel de sanction disciplinaire

1402. — La publication de la décision disciplinaire pourrait être considérée comme « *une peine nouvelle ou une aggravation de la peine déjà portée* »²⁰¹⁶. Lorsqu'elle n'est pas prévue dans le catalogue des sanctions disciplinaires, une telle mesure, prise à l'encontre d'un magistrat du siège, pourrait ainsi être considérée comme contraire au principe de la légalité des sanctions disciplinaires. En d'autres termes, elle constituerait une sanction disciplinaire déguisée²⁰¹⁷.

1403. — A notre sens, la qualification de sanction disciplinaire (le cas échéant déguisée) ne peut en principe être envisagée que dans la mesure où la publication de la décision intervient dans une forme non anonymisée – forme que nous décourageons²⁰¹⁸ –, voire encore dans l'hypothèse où des circonstances externes à une décision par hypothèse publiée dans une forme anonymisée (caviardée) permettraient néanmoins à un observateur neutre de déterminer, par recoupement, l'identité du magistrat du siège concerné.

1404. — Nous renvoyons pour le surplus, *mutatis mutandis* (le cas échéant), à l'art. 68 al. 1 CP concernant la publication du jugement de condamnation en tant qu'« autre mesure » prévue par le Code pénal (« [s]i l'intérêt public, l'intérêt du lésé ou l'intérêt de la personne habilitée à porter plainte l'exigent, le juge ordonne la publication du jugement aux frais du condamné »). Nous pouvons encore citer l'art. 34 al. 1 LFINMA, qui prévoit qu'en cas de violation grave du droit de la surveillance, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) peut publier sa décision finale en matière de surveillance, y compris les données personnelles des assujettis concernés, sous forme électronique ou écrite, à compter de son entrée en force – étant précisé que la

²⁰¹⁶ NEZARD (F ; anc.), p. 86. En ce sens ég. : RICOL (F ; anc.), p. 95.

²⁰¹⁷ Sur la notion de sanction disciplinaire déguisée, cf. *supra*, Chap. 5, N 463-468.

²⁰¹⁸ Cf. *supra*, N 1401.

publication doit être ordonnée dans la décision elle-même (art. 34 al. 2 LFINMA)²⁰¹⁹.

E. L'inscription de la décision dans un registre des sanctions

1405. — Il conviendrait de réfléchir à la possibilité de mettre en place un registre des sanctions (disciplinaires) prononcées à l'encontre des magistrats du siège. Un tel registre serait selon nous souhaitable, car il permettrait d'assurer davantage de transparence dans la surveillance disciplinaire de l'activité des magistrats du siège.

1406. — Différentes questions devraient toutefois, le cas échéant, être examinées avec circonspection. Nous pensons en particulier (i) à l'étendue des informations devant figurer dans un tel registre ; (ii) aux conditions d'accès et de consultation d'un tel registre ; (iii) à la durée durant laquelle les informations devraient figurer dans un tel registre.

1407. — On peut notamment se référer, *mutatis mutandis*, à l'art. 10 LLCA concernant la consultation des registres cantonaux des avocats (cf. point (ii) ci-avant) ; à l'art. 20 LLCA concernant la radiation des mesures disciplinaires inscrites dans les registres cantonaux des avocats (cf. points (i) et (iii) ci-avant)²⁰²⁰.

F. Les frais et dépens

1408. — Les frais de la procédure disciplinaire comprennent notamment les frais d'administration des preuves et un émolument pour la décision. Les dépens correspondent à une indemnité pour les frais de mandataire professionnel encourus par une partie représentée.

1409. — Les frais de la procédure disciplinaire devront en principe être mis à la charge du magistrat du siège lorsque celui-ci écope d'une sanction disciplinaire²⁰²¹. Il devrait en aller de même lorsque le magistrat du siège est

²⁰¹⁹ Sur le « *naming and shaming* », qui s'apparente à une sanction disciplinaire, cf. not. TAF B-4066/2010 du 19.05.2011, consid. 8.2.1.3 (publication par la FINMA, en vertu de l'art. 34 LFINMA, d'une décision en matière de surveillance), qui indique qu'une telle mesure a un caractère préventif davantage que répressif.

²⁰²⁰ Cf. ég. art. 16 al. 1, 3 et 4 BDG/D.

²⁰²¹ Cf. TA/GE, A/551/2000-CE du 09.10.2001, consid. 6 *if.* et 8 *if.*

reconnu coupable d'une infraction disciplinaire, mais que l'autorité disciplinaire décide de l'exempter de toute sanction disciplinaire²⁰²².

1410. — Lorsque le magistrat du siège est blanchi de toute accusation relative à une infraction disciplinaire, ou que la procédure disciplinaire est classée en raison de la prescription de l'action disciplinaire²⁰²³, les frais de la procédure disciplinaire devront être supportés par l'Etat.

1411. — Le magistrat du siège peut prétendre à des dépens lorsqu'il a été représenté, durant la procédure disciplinaire, par un mandataire professionnel. La distraction de dépens suit en principe le régime de la répartition des frais.

1412. — Le dénonciateur n'étant généralement pas partie à la procédure²⁰²⁴, celui-ci ne peut en principe se voir imputer des frais (ni prétendre à des dépens). A notre sens, une disposition pourrait toutefois être prévue, selon laquelle les frais peuvent être mis à la charge du plaignant s'il s'avère que sa plainte était (manifestement) irrecevable ou (manifestement) mal fondée (comp. art. 427 al. 2 CPP en procédure pénale, qui prévoit cette possibilité uniquement si l'infraction est poursuivie sur plainte)²⁰²⁵.

1413. — Nous renvoyons notamment, pour le surplus, aux art. 422 ss CPP et 63 ss PA (le cas échéant, *mutatis mutandis*).

VIII. Les voies de droit

A. Considérations générales

1414. — L'art. 2 par. 3 let. a Pacte ONU II et l'art. 13 CEDH garantissent le droit à un recours effectif devant une instance nationale²⁰²⁶. Ces dispositions s'appliquent même lorsque l'on ne se trouve pas en présence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil (volet civil de l'art. 6 par. 1 CEDH) ou d'une accusation en matière pénale (volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH). On peut dès lors retenir que l'art. 2 par. 3 let. a Pacte ONU II et l'art. 13 CEDH imposent la présence d'une autorité de recours, mais n'exigent pas que

²⁰²² Cf. *supra*, N 1378. Cf. ég. *supra*, Chap. 5, N 630-644 concernant le principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires.

²⁰²³ Cf. *supra*, N 1378. Cf. ég. *infra*, N 1480-1514 concernant la prescription de l'action disciplinaire.

²⁰²⁴ Cf. *supra*, N 1321-1323.

²⁰²⁵ Cf. ég. *supra*, N 1228.

²⁰²⁶ Cf. p. ex. CourEDH, *arrêt Özpinar c. Turquie* du 19.10.2010, req. n° 20999/04, par. 80 ss.

celle-ci présente les qualités d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH²⁰²⁷.

1415. — La situation ne se présente pas différemment lorsqu'on se trouve en présence d'une cause entrant dans le volet pénal de l'art. 6 par. 1 CEDH. En effet, l'art. 14 par. 5 du Pacte ONU II et l'art. 2 du Protocole n° 7 CEDH, qui posent l'exigence d'un double degré de juridiction en matière pénale, ne vont pas jusqu'à imposer que l'examen de la cause soit opéré par deux autorités judiciaires au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (ces dispositions n'exigent pas que le tribunal statuant en seconde instance soit doté d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit)²⁰²⁸.

1416. — La Charte européenne sur le statut des juges²⁰²⁹ prévoit que les décisions prononçant une sanction disciplinaire²⁰³⁰ doivent être susceptibles d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel²⁰³¹. Il en va de même, notamment, de (i) la Magna Carta des juges²⁰³², (ii) la Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe²⁰³³ et (iii) l'Avis du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) du 19 novembre 2002 sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité²⁰³⁴.

1417. — Au vu de ce qui précède, nous pouvons retenir d'une manière générale que la présence d'une instance judiciaire (au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH) au niveau de la ou des instance(s) inférieure(s) au Tribunal fédéral, couplée à l'existence d'une voie de recours ordinaire au Tribunal fédéral, suffit à satisfaire les exigences découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH (ainsi que, lorsqu'ils s'appliquent, de l'art. 14 par. 5 du Pacte ONU II et de l'art. 2 du Protocole n° 7 CEDH)²⁰³⁵.

1418. — Nous nous limiterons à mentionner, dans le cadre de la présente Section, quelques principes applicables de manière générale concernant les recours

²⁰²⁷ Cf. pour le surplus MOOR/POLTIER, p. 644 s., 701 s. et les réf. ; ATF 130 II 249, consid. 2.2.3.

²⁰²⁸ Cf. ATF 124 I 92, consid. 2 ; 128 I 237, consid. 3, JdT 2005 IV 155 ; TF 6P.179/2006 du 29.11.2006, consid. 3.3 et 3.4.2.

²⁰²⁹ Concernant la Charte européenne sur le statut des juges, cf. *supra*, n. 111.

²⁰³⁰ A notre sens, la formulation « la décision prononçant une sanction [disciplinaire] » prévue par la Charte européenne sur le statut des juges (ch. 5.1) est trop restrictive.

²⁰³¹ Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1.

²⁰³² CCJE, Magna Carta des juges, principe 6. Concernant la Magna Carta des juges, cf. *supra*, N 76.

²⁰³³ Recomm. CM/Rec(2010)12, par. 69. Sur la Recomm. CM/Rec(2010)12, cf. *supra*, n. 685.

²⁰³⁴ CCJE, Avis n° 3, par. 77.

²⁰³⁵ Cf. ég. BOHNET/MARTENET (avocats), N 1983.

contre des décisions rendues en matière disciplinaire à l'encontre de magistrats du siège. Nous examinerons successivement : les décisions attaquables (ci-après, B.), les autorités compétentes (ci-après, C.), la qualité et l'intérêt pour recourir (ci-après, D.), les motifs de recours (ci-après, E.), l'effet suspensif (ci-après, F.), la décision sur recours (ci-après, G.) et la révision (ci-après, H.).

B. Les décisions attaquables

1. Les décisions d'ouverture d'enquête disciplinaire

1419. — Les décisions d'ouverture d'enquête disciplinaire (enquête préliminaire)²⁰³⁶ ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours car elles ne constituent pas des décisions fixant des droits et obligations, cela tant pour le magistrat du siège visé que pour d'éventuels tiers²⁰³⁷. En outre, de telles décisions ne sont en principe pas susceptibles, en tant que telles, de causer un préjudice irréparable²⁰³⁸.

2. Les décisions de classement ou de renvoi

1420. — Prises au terme de l'instruction préliminaire, les décisions de non-entrée en matière (classement de la plainte) ou de saisine²⁰³⁹, respectivement les décisions de classement (classement de la procédure) ou de continuation de la poursuite disciplinaire²⁰⁴⁰, peuvent en principe faire l'objet d'un recours car elles constituent des décisions fixant des droits et obligations pour le magistrat du siège visé ou pour d'éventuels tiers²⁰⁴¹. La possibilité de recourir contre ces décisions implique que celles-ci soient motivées²⁰⁴².

²⁰³⁶ Cf. *supra*, N 1206-1207 et 1221-1223.

²⁰³⁷ Cf. p. ex. TA/VD, GE.1998.0014 du 07.07.1998. Cf., *mutatis mutandis* le cas échéant, art. 309 al. 3 phr. 3 CPP. Cf. ég. art. 413 al. 3 C.jud./B, qui prévoit que la décision de saisir le tribunal disciplinaire n'est pas susceptible de recours.

²⁰³⁸ Cf. p. ex. TC/VD, GE.2003.041 du 28.12.2005.

²⁰³⁹ Comp. art. 50-3 al. 9 Ord.1958/F, qui prévoit expressément que la décision de rejet de plainte n'est susceptible d'aucun recours.

²⁰⁴⁰ Cf. *supra*, N 1241-1245.

²⁰⁴¹ Cf. p. ex. TA/VD, GE.1998.0014 du 07.07.1998.

²⁰⁴² Comp. TA/VD, GE.1996.0024 du 28.10.1996, in RDAF 1997 I 76, qui indique que le classement d'une procédure disciplinaire n'a pas à être motivé.

1421. — Le magistrat du siège n'aura en principe pas d'intérêt (juridique et/ou de fait) à obtenir le prononcé d'une décision au fond sur les faits ayant motivé l'ouverture d'une procédure disciplinaire qui serait par la suite classée²⁰⁴³. En d'autres termes, le magistrat du siège n'a en principe pas de droit à l'obtention d'une décision au fond constatant qu'aucune infraction disciplinaire n'a été commise²⁰⁴⁴. Nous renvoyons pour le surplus aux développements effectués ci-dessous concernant la qualité et l'intérêt pour recourir²⁰⁴⁵.

3. Les décisions procédurales

1422. — Par décisions procédurales, on entend les décisions sur l'organisation de la procédure. Pour autant qu'elles n'affectent pas les droits et obligations des parties à la procédure disciplinaire, de telles décisions ne devraient pas nécessairement être sujettes à recours. Le législateur peut toutefois prévoir expressément la possibilité de recourir contre une décision procédurale.

1423. — Dans tous les cas, il devrait être possible pour une partie à la procédure disciplinaire de recourir contre une décision procédurale lorsque celle-ci affecte ses droits et obligations. En particulier, les magistrats du siège doivent pouvoir recourir contre de telles décisions lorsque celles-ci emportent à leur égard des effets répressifs directs ou indirects.

4. Les décisions sur mesures provisionnelles

1424. — Les décisions sur mesures provisionnelles devraient pouvoir faire l'objet d'un recours²⁰⁴⁶. Nous signalons déjà que les motifs de recours peuvent être limités dans de tels cas²⁰⁴⁷.

²⁰⁴³ Cf. TA/VD, GE.1996.0024 du 28.10.1996.

²⁰⁴⁴ Cf. au surplus TF 8C_983/2009 du 16.11.2010, consid. 3.2 : « [d]ans une affaire portant sur une sanction disciplinaire infligée à une fonctionnaire cantonale, dont les effets étaient déjà terminés, le Tribunal fédéral a admis le caractère actuel de l'intérêt de la recourante, estimant que la mesure disciplinaire constituait la sanction formelle d'un comportement fautif, qu'elle impliquait le constat que la recourante avait contrevenu aux devoirs de sa charge ; il a ajouté que ce constat pouvait avoir une influence notamment sur la carrière professionnelle future de la recourante, en particulier dans l'éventualité d'une nouvelle postulation pour un emploi dans l'administration cantonale ».

²⁰⁴⁵ Cf. N 1435-1444.

²⁰⁴⁶ Cf. pour le surplus TF 8C_696/2011 du 02.05.2012, consid. 4.1 concernant la nature incidente (au sens de l'art. 93 LTF) d'une décision de suspension prononcée à titre conservatoire.

²⁰⁴⁷ Cf. *infra*, N 1454.

1425. — En tout état de cause, un recours doit être ouvert lorsque la décision en question revêt un caractère sanctionnateur (cf. p. ex. suspension conservatoire accompagnée d'une retenue de salaire totale ou partielle)²⁰⁴⁸. Dans un tel cas, la voie de recours et les motifs de recours correspondent à ceux ouverts à l'encontre d'une décision au fond²⁰⁴⁹.

5. Les décisions au fond

1426. — Nous rappelons que par « décisions au fond », on entend les décisions par lesquelles l'autorité disciplinaire, au terme de l'instruction principale, (i) prononce une sanction disciplinaire à l'encontre du magistrat du siège ou (ii) classe la procédure ouverte à l'encontre du magistrat du siège, ou encore (iii) constate la commission d'une infraction disciplinaire mais renonce à prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre du magistrat du siège²⁰⁵⁰. Toutes ces décisions doivent pouvoir faire l'objet d'un recours.

1427. — Les sanctions disciplinaires déguisées appartiennent matériellement à la catégorie (i) désignée ci-avant. En d'autres termes, elles doivent être considérées comme des décisions au fond et sont dès lors également susceptibles de recours²⁰⁵¹. Par exemple, la décharge d'un magistrat judiciaire de l'ensemble de ses tâches et l'affectation à une autre autorité judiciaire constitue une sanction disciplinaire déguisée et doit par conséquent pouvoir faire l'objet d'un recours²⁰⁵².

²⁰⁴⁸ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 5, N 463-468.

²⁰⁴⁹ Cf. *infra*, N 1426-1427.

²⁰⁵⁰ Cf. ég. *supra*, N 1378.

²⁰⁵¹ Cf. pour le surplus *supra*, Chap. 5, N 463-468. A notre sens, l'autorité compétente pour connaître d'un recours contre une sanction disciplinaire déguisée est – pour autant qu'elle existe – l'autorité de recours – préalable au Tribunal fédéral – contre les décisions de l'autorité disciplinaire, ou à défaut, le Tribunal fédéral (cf. ég. *infra*, N 1428-1434) (cf. ég., *mutatis mutandis*, BOHNET/MARTENET [avocats], N 2154, qui indiquent que l'avocat ayant fait l'objet d'une admonestation ou d'un rappel à l'ordre prononcé par une autorité judiciaire ou administrative devant laquelle il exerce en tant que mandataire professionnel aurait la faculté de saisir l'autorité disciplinaire afin d'obtenir une détermination de la part de celle-ci sur la justification d'une telle mesure).

²⁰⁵² Cf. en ce sens Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 27/2009 du 18.02.2009. Sur la problématique du caractère de sanction disciplinaire (déguisée) de changements d'affectation d'agents de la fonction publique, cf. p. ex. TF 8D_4/2009 du 03.03.2010 ; 2P.93/2004 du 15.10.2004 ; 1P.163/1999 du 13.07.1999.

C. Les autorités compétentes et les voies de recours (aperçu et renvois)

1. Le stade préalable au Tribunal fédéral

a. Les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux

1428. — L'autorité cantonale de recours, lorsqu'elle est instituée²⁰⁵³, revoit en principe librement les faits et applique le droit d'office. Toutefois, l'autorité de recours pourrait s'imposer une certaine retenue lorsque les notions en cause font appel à des connaissances spécifiques que l'autorité disciplinaire de première instance serait mieux à même d'apprécier ; en ce sens, le pouvoir d'examen de l'autorité cantonale de recours peut être limité à l'excès ou à l'abus du pouvoir d'appréciation²⁰⁵⁴. Une telle faculté trouve sa limite dans l'exigence de l'examen de la cause par au moins une autorité judiciaire – au sens de l'art. 6 CEDH – disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit²⁰⁵⁵.

1429. — Au surplus, nous indiquons qu'une violation des garanties d'indépendance et d'impartialité au stade de la décision de première instance peut éventuellement être réparée au niveau de l'instance cantonale supérieure²⁰⁵⁶.

b. Les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux

1430. — Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions du Conseil fédéral et des organes de l'Assemblée fédérale en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération (art. 33 let. a LTAF). On devrait ainsi pouvoir considérer que la voie du recours au Tribunal administratif fédéral est ouverte contre une décision de l'Assemblée fédérale emportant la révocation d'un magistrat fédéral du siège²⁰⁵⁷.

²⁰⁵³ Nous rappelons qu'il n'y a pas d'exigence d'une double instance cantonale en matière administrative (cf. *supra*, N 740).

²⁰⁵⁴ Cf. RDAF 2006 I 368, consid. 6b ; CJ/GE, arrêt ATA/142/2011 du 08.03.2011, consid. 21a ; cf. ég. MONTANI/BARDE, p. 350, 373. Cf. ég. TF 2D_19/2011 du 13.04.2011, consid. 4.1, avec réf. à ATF 136 I 229, consid. 6.2, où le Tribunal fédéral se refuse (pour des motifs d'égalité de traitement) à revoir sous un angle juridique le contenu des questions posées lors d'examens du barreau cantonaux, alors qu'il serait parfaitement à même de le faire.

²⁰⁵⁵ Pour le surplus, cf. not. *supra*, Chap. 6, N 728-746.

²⁰⁵⁶ CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 123 et les réf.

²⁰⁵⁷ Pour le surplus, cf. *supra*, Chap. 6, N 828-840 et 841-851.

2. Le Tribunal fédéral

1431. — La possibilité de recourir devant le Tribunal fédéral – après épuisement des instances préalables – concerne tant les procédures relatives aux magistrats du siège cantonaux que celles relatives aux magistrats du siège fédéraux. La voie de recours à disposition devrait être le recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) dès lors que les décisions rendues dans des procédures disciplinaires dirigées contre des magistrats du siège doivent être considérées comme des décisions rendues dans des causes relevant du droit public au sens de la Loi sur le tribunal fédéral (cf. art. 82 let. a LTF), cela même si ladite cause porte sur une accusation en matière pénale ou sur une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH²⁰⁵⁸.

1432. — L'art. 83 let. g LTF exclut la possibilité d'exercer un recours en matière de droit public contre les décisions en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contestation non pécuniaire (sauf si celles-ci touchent à la question de l'égalité des sexes). Les décisions touchant à la situation disciplinaire des magistrats du siège constituent des décisions en matière de rapports de travail de droit public²⁰⁵⁹. On peut donc en déduire que le recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral est ouvert contre les décisions disciplinaires rendues à l'encontre des magistrats du siège uniquement dans la mesure où celles-ci concernent des contestations pécuniaires²⁰⁶⁰.

1433. — Par exemple, le fait de demander à être rétabli dans son statut de fonctionnaire en contestant une décision de « résiliation » a été considéré par le Tribunal fédéral comme une décision portant sur une contestation pécuniaire²⁰⁶¹. La valeur litigieuse minimale de Fr. 30'000.- (cf. art. 74 al. let. b LTF) sera généralement atteinte dans la mesure où est notamment en jeu un traitement de plusieurs mois ou années (cf. art. 51 al. 4 LTF)²⁰⁶². Par contre, le blâme, de même que le retrait des fonctions de représentation et/ou juridictionnelles, la suspension disciplinaire et la mutation – pour autant que ces sanctions ne s'accompagnent pas d'une diminution ou d'une privation de traitement –, n'ont pas de caractère pécuniaire.

²⁰⁵⁸ BOHNET/MARTENET (avocats), N 2137. Cf. *supra*, Chap. 3, N 187-216 concernant les notions d'accusation en matière pénale et de contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

²⁰⁵⁹ Cf. TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 1.1 et 1.2.

²⁰⁶⁰ Cf. ég. AUBRY-GIRARDIN, art. 83 LTF N 102.

²⁰⁶¹ TF 8C_897/2012 du 02.04.2013, consid. 1.2 et les réf.

²⁰⁶² Cf. TF 8C_897/2012 du 02.04.2013, consid. 1.3.

1434. — Lorsque le recours en matière de droit public n'est pas ouvert, reste la possibilité de former un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Nous indiquons déjà que les motifs pouvant être invoqués dans le cadre d'un tel recours sont limités²⁰⁶³.

D. La qualité et l'intérêt pour recourir

1. Le magistrat du siège

1435. — Le magistrat du siège objet de la décision disciplinaire a qualité pour recourir contre celle-ci. Il doit toutefois pouvoir justifier d'un intérêt à recourir contre une telle décision. Suivant les cas, un tel intérêt doit être un intérêt juridique, ou peut être un intérêt de fait seulement.

1436. — Le magistrat du siège qui se voit prononcer une sanction disciplinaire à son encontre a un intérêt à recourir contre la décision.

1437. — Le magistrat du siège n'aura en principe pas d'intérêt (juridique et/ou de fait) à recourir contre une décision au fond constatant qu'aucune infraction disciplinaire n'a été commise, même s'il considère que les motifs à la base de cette décision sont erronés.

1438. — Le magistrat du siège pourrait avoir un intérêt (juridique et/ou de fait) à recourir contre une décision au fond constatant qu'une infraction disciplinaire a été commise, mais renonçant à prononcer une sanction disciplinaire.

2. Le dénonciateur

1439. — Comme indiqué ci-dessus²⁰⁶⁴, les droits cantonaux et fédéral déterminent si le dénonciateur a la qualité de partie à la procédure disciplinaire.

1440. — De manière générale, le dénonciateur qui ne revêt aucune autre qualité procédurale spécifique n'a aucun des droits reconnus aux parties (cf. p. ex. art. 71 al. 2 PA, art. 301 al. 3 CPP). En principe, il ne pourra donc pas recourir (par exemple) contre une décision de non-entrée en matière (classement de la plainte), contre une décision de classement (classement de la procédure) ou contre une décision au fond par laquelle l'autorité disciplinaire constate l'absence de toute infraction disciplinaire (classement) ou constate la

²⁰⁶³ Cf. *infra*, N 1455.

²⁰⁶⁴ Cf. N 1321-1323.

commission d'une telle infraction disciplinaire mais renonce à infliger une sanction disciplinaire.

1441. — Cette position se justifie par le fait que le dénonciateur ne peut généralement pas se prévaloir d'un intérêt propre et digne de protection à demander la poursuite d'une procédure disciplinaire et, à l'issue de celle-ci, le prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège. En effet, la procédure disciplinaire ne vise pas à supprimer le préjudice subi par le dénonciateur, mais poursuit essentiellement un but de protection du public et de garantie de la bonne marche du système judiciaire²⁰⁶⁵. En d'autres termes, la surveillance disciplinaire des magistrats du siège vise à assurer un exercice correct par lesdits magistrats du siège de la charge qui leur incombe (et à préserver la confiance des justiciables²⁰⁶⁶) ; elle n'a pas pour but de défendre les intérêts privés des particuliers²⁰⁶⁷.

1442. — Nonobstant ce qui précède, l'autorité disciplinaire devrait, comme vu plus haut²⁰⁶⁸, avoir la possibilité de communiquer au dénonciateur une copie de (l'intégralité ou d'extraits de) la décision rendue en matière disciplinaire même en l'absence de possibilité pour celui-ci de recourir contre la décision. Il devrait en aller de même des décisions rendues sur recours.

3. Autres personnes ou entités

1443. — L'autorité disciplinaire, lorsqu'elle revêt le statut d'autorité administrative, acquiert le statut de partie intimée dans la procédure de recours²⁰⁶⁹. En ce sens, elle peut avoir qualité pour recourir en instance cantonale de recours (cf. art. 60 al. 2 LPA/GE), puis le cas échéant devant le tribunal fédéral (cf. art. 89 al. 1 let. a LTF).

1444. — La qualité pour recourir pourrait encore être donnée à d'autres personnes, organisations ou autorités. Ainsi, l'art. 89 al. 2 let. b LTF prévoit que l'organe compétent de l'Assemblée fédérale a qualité pour recourir en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération.

²⁰⁶⁵ Cf. p. ex. TF 2C_687/2013 du 13.08.2013, consid. 2.3. Cf. ég. TF 2C_996/2013 du 01.11.2013, consid. 4.2 pour un résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière ; TF 2C_1002/2013 du 27.11.2013, consid. 5.

²⁰⁶⁶ Sur cette question, cf. *supra*, N 124.

²⁰⁶⁷ Cf. ATF 133 II 468 (résumé de la jurisprudence concernant les avocats). Cf. ég. TF 1B_273/2008 du 16.10.2008, consid. 3.1 ; TA/VD, GE.1998.0014 du 07.07.1998, consid. 1 (Université) ; MONTANI/BARDE, p. 357.

²⁰⁶⁸ Cf. *supra*, N 1385.

²⁰⁶⁹ Cf. p. ex. TANQUEREL, p. 105.

E. Les motifs de recours

1. Devant les instances préalables au Tribunal fédéral

a. Les procédures concernant les magistrats du siège cantonaux

1445. — Les motifs de recours sont déterminés par les lois cantonales. Le cas échéant, lesdites lois peuvent renvoyer à d'autres textes légaux, cantonaux (cf. notamment les lois cantonales sur la procédure et la juridiction administratives) ou fédéraux (cf. notamment la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative)²⁰⁷⁰.

1446. — Il sera notamment intéressant d'examiner si le pouvoir d'examen de l'autorité cantonale s'étend à l'examen de la sanction disciplinaire sous l'angle de l'opportunité.

b. Les procédures concernant les magistrats du siège fédéraux

1447. — En application des règles de procédure administrative²⁰⁷¹, le recourant peut invoquer (a) la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ; (b) la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ; (c) l'inopportunité (art. 49 PA).

1448. — Les motifs invoqués à l'appui du recours ne lient pas l'autorité de recours ; celle-ci applique le droit d'office (cf. art. 62 al. 4 PA).

2. Devant le Tribunal fédéral

1449. — Conformément à l'art. 95 LTF, les recours au Tribunal fédéral peuvent être formés pour violation (a) du droit fédéral – ce qui comprend les droits de nature constitutionnelle – ; (b) du droit international ; (c) de droits constitutionnels cantonaux ; (e)²⁰⁷² du droit intercantonal.

1450. — Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Conformément à l'art. 97 al. 1 LTF, le

²⁰⁷⁰ Cf. pour le surplus *supra*, N 1160-1164.

²⁰⁷¹ Cf. pour le surplus *supra*, N 1160-1164.

²⁰⁷² L'art. 95 let. d LTF (violation des dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens et sur les élections et votations populaires) n'est pas pertinent en l'espèce.

recourant ne peut critiquer les constatations de fait de l'autorité précédente que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte – ce qui correspond à l'interdiction de l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. féd.²⁰⁷³ – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause (cf. ég. art. 105 al. 2 LTF)²⁰⁷⁴.

1451. — Lorsque la violation d'un droit constitutionnel est invoquée, le Tribunal fédéral examine librement et avec plein pouvoir d'examen si l'exigence de la base légale, de l'intérêt public et le principe de la proportionnalité (cf. art. 36 Cst. féd.) sont respectés. Le Tribunal fédéral laisse toutefois une certaine liberté à l'autorité disciplinaire dans le choix de la sanction à prononcer, à condition qu'elle respecte le principe de la proportionnalité²⁰⁷⁵.

1452. — Il convient encore de préciser que le principe de la proportionnalité, bien que de rang constitutionnel, ne constitue pas un droit constitutionnel avec une portée propre²⁰⁷⁶. Lorsque ce principe est invoqué en relation avec l'application du droit cantonal (en dehors du domaine de protection d'un droit fondamental spécial), le Tribunal fédéral n'intervient, en cas de violation du principe de la proportionnalité, que si la sanction disciplinaire prononcée en vertu du droit cantonal est manifestement disproportionnée et qu'elle viole simultanément l'interdiction de l'arbitraire ; autrement dit, le grief se confond avec celui de l'arbitraire²⁰⁷⁷.

1453. — Au vu de l'art. 95 LTF, la violation du droit cantonal ne peut pas être invoquée en tant que telle à titre de motif de recours devant le Tribunal fédéral. Il est néanmoins possible de faire valoir qu'une mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. féd. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (de niveaux cantonal ou fédéral)²⁰⁷⁸.

²⁰⁷³ Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. féd. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (p. ex. ATF 132 III 209, consid. 2.1 ; 131 I 57, consid. 2).

²⁰⁷⁴ Cf. not., pour le surplus, TF 8C_770/2011 du 10.04.2012, consid. 2 et 3.1 et les réf.

²⁰⁷⁵ Cf. p. ex. TF 2C_500/2012 du 22.11.2012, consid. 3.2 (médecins ; le droit constitutionnel invoqué en l'espèce est la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. féd.).

²⁰⁷⁶ Cf. p. ex. TF 8C_480/2012 du 28.06.2013, consid. 6.1 ; 8C_279/2013 du 14.05.2013, consid. 3.2 et les réf.

²⁰⁷⁷ Cf. p. ex. ATF 134 I 153, consid. 4.2.2 et 4.3 ; TF 8C_780/2012 du 11.02.2013, consid. 5.2.2 ; 8C_220/2010 du 18.10.2010, consid. 4.3 ; 2C_118/2008 du 21.11.2008, consid. 3.1.

²⁰⁷⁸ Cf. p. ex. ATF 135 III 513, consid. 4.3 ; 133 III 462, consid. 2.3.

1454. — Lorsque la décision attaquée constitue une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF, les motifs de recours sont limités à la violation des droits constitutionnels.

1455. — De même, le recours constitutionnel subsidiaire, ouvert à certaines conditions contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun autre recours (recours en matière civile, pénale ou de droit public) (art. 113 LTF), peut être formé uniquement pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).

1456. — Le Tribunal fédéral applique le droit d'office, de sorte qu'il n'est généralement pas limité par les griefs invoqués par le recourant (cf. art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que – lorsqu'un tel grief peut être soulevé – celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). Nous renvoyons par ailleurs à l'art. 42 al. 2 LTF, applicable à titre général, concernant l'exigence de motivation du recours.

F. L'effet suspensif

1457. — Les droits cantonaux et fédéral déterminent si le recours contre une décision rendue en matière disciplinaire emporte un effet suspensif. Le législateur peut prévoir que l'effet suspensif est donné de manière générale, mais préciser qu'un tel effet peut être retiré – d'office ou sur requête – dans certaines circonstances. A l'inverse, le législateur peut prévoir que le recours n'emporte en règle générale pas d'effet suspensif mais préciser qu'un tel effet peut être accordé (ou restitué lorsque l'autorité précédente, dans sa décision, a retiré l'effet suspensif à un éventuel recours²⁰⁷⁹) – d'office ou sur requête – dans certaines circonstances²⁰⁸⁰.

1458. — En principe, un large pouvoir d'appréciation est reconnu à l'autorité de recours concernant cette question. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le retrait, l'octroi ou la restitution de l'effet suspensif sont fonction d'une balance des intérêts entre l'exécution immédiate de la décision et le maintien du

²⁰⁷⁹ Cf. p. ex. art. 55 al. 2 LTF.

²⁰⁸⁰ Cf. pour le surplus TF 8C_983/2010 du 09.11.2011, consid. 5.2-5.6 sur la question des effets – *ex tunc* ou *ex nunc* suivant les circonstances – de la fin de l'effet suspensif suite au prononcé du rejet du recours sur le fond.

régime antérieur jusqu'à droit connu. L'autorité de recours doit donc procéder à une pesée des intérêts publics et privés en présence²⁰⁸¹.

1459. — Lorsque l'autorité de recours est saisie d'un recours assorti d'une requête d'effet suspensif, la pesée des intérêts ne peut se faire à ce dernier titre que de manière sommaire (*examen prima facie*) étant donné que la décision sur effet suspensif est prise dans le cadre de mesures provisionnelles²⁰⁸².

G. La décision sur recours

1460. — Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux développements effectués ci-dessus concernant la décision au fond²⁰⁸³.

H. La révision

1461. — Le législateur peut prévoir des dispositions spécifiques, ou renvoyer à d'autres textes légaux, cantonaux ou fédéraux, réglant cette question.

1462. — L'art. 45 al. 2 phr. 1 *i.i.* LOJV/VD prévoit ainsi que la révision d'une décision rendue en matière disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège peut être demandée dans un délai – absolu manifestement – de deux ans. L'art. 45 al. 2 LOJV/VD ne précise pas quelles personnes ou entités ont qualité pour demander la révision ; il s'agit probablement uniquement, en l'occurrence, du magistrat du siège visé par la décision en question. L'art. 45 al. 2 phr. 1 *i.f.* LOJV/VD définit les cas d'ouverture à révision (rescindant) de manière large (comp. p. ex. art. 121 à 123 LTF en matière de révision des arrêts du Tribunal fédéral) : l'ouverture d'une nouvelle enquête (cf. art. 45 al. 2 phr. 2 LOJV/VD) se justifie lorsque sont invoqués des faits importants ou des moyens de preuve sérieux que l'autorité compétente ne connaissait pas. Par « autorité compétente », il faut probablement entendre l'autorité de surveillance ou le Tribunal neutre²⁰⁸⁴, suivant que la décision dont la révision est demandée a été rendue par la première ou la seconde autorité précitée.

1463. — L'art. 45 al. 3 LOJV/VD précise que si le prononcé de la décision visée est révisé (ce qui correspond le cas échéant au rescisoire), le magistrat du siège peut agir contre l'Etat devant les tribunaux ordinaires pour réparation du

²⁰⁸¹ Cf. p. ex. JAAC 59.3, consid. 2a et les réf.

²⁰⁸² Cf. p. ex. ATF 117 V 191, consid. 2b ; 110 V 45, consid. 5b ; 106 Ib 116, consid. 2a ; 99 Ib 220, consid. 5.

²⁰⁸³ Cf. N 1378-1413.

²⁰⁸⁴ Cf. *supra*, Chap. 6, N 948-972, *passim*, concernant ces autorités.

préjudice subi. A notre sens, la possibilité offerte par cette dernière disposition pourrait être donnée de manière plus large, c'est-à-dire concernant toute procédure disciplinaire n'aboutissant pas à une sanction disciplinaire. On pourrait notamment s'inspirer à ce titre des solutions prévues par le Code de procédure pénale en ce qui concerne les mesures de contrainte illicites (cf. art. 431 CPP).

1464. — A notre sens, la révision devrait en principe pouvoir être demandée par (toutes) les personnes ou entités ayant la qualité de parties à la procédure. Dès lors, si l'on considère que l'autorité disciplinaire, lorsqu'elle revêt le statut d'autorité administrative, acquiert le statut de partie intimée dans la procédure de recours²⁰⁸⁵, celle-ci devrait également avoir qualité pour demander, le cas échéant, la révision de la décision rendue sur recours.

IX. L'anéantissement de la procédure disciplinaire

A. Présentation

1465. — Par anéantissement de la procédure (respectivement de l'action) disciplinaire, nous entendons (i) l'extinction des poursuites disciplinaires en cours ou (ii) l'impossibilité d'intenter de telles poursuites.

1466. — Nous proposons d'examiner, dans la présente Section, si et dans quelle mesure la réalisation de certaines circonstances peut avoir pour effet d'anéantir la procédure (respectivement l'action) disciplinaire. Nous envisagerons deux types de circonstances : la fin des rapports de service (ci-après, B.) et la prescription de l'action disciplinaire (ci-après, C.)²⁰⁸⁶.

1467. — Il apparaît encore nécessaire d'affiner l'analyse en distinguant en fonction du stade auquel l'on se situe : (i) une enquête préliminaire est en cours²⁰⁸⁷, (ii) une instruction principale est en cours²⁰⁸⁸ et (iii) une décision disciplinaire a été prononcée²⁰⁸⁹.

²⁰⁸⁵ Cf. N 1443.

²⁰⁸⁶ Il convient pour le surplus de mentionner la question de l'effet du retrait de la dénonciation. En principe, un tel retrait n'éteint pas l'action disciplinaire (en ce sens : RICOL [F ; anc.], p. 144, qui se réfère à un principe prévalant devant les tribunaux criminels ; comp. art. 33 CP concernant le retrait de la plainte pénale, dont les effets doivent encore être distingués suivant que l'infraction pénale en cause se poursuit d'office ou uniquement sur plainte).

²⁰⁸⁷ Cf. *supra*, N 1221-1262.

²⁰⁸⁸ Cf. *supra*, N 1263-1323.

²⁰⁸⁹ Cf. *supra*, N 1378-1413.

1468. — Suivant la gradation opérée ci-dessus, l'anéantissement de la procédure disciplinaire se matérialisera le cas échéant par (i) une décision de non entrée en matière (cf. classement de la plainte) ou une décision de classement (classement de la procédure)²⁰⁹⁰, (ii) une décision de classement (décision au fond constatant l'absence de possibilité de prise en compte d'une infraction disciplinaire, et partant l'impossibilité de prononcer toute sanction disciplinaire)²⁰⁹¹, ou par (iii) une décision sur recours prononçant l'annulation de la décision précédente²⁰⁹².

B. La portée de la fin des rapports de service

1. Considérations générales

1469. — La fin des rapports de service peut avoir différentes causes. Elle peut (i) résulter d'une décision prise par le magistrat du siège lui-même (démission), (ii) résulter (directement ou indirectement) d'une décision prise par une autorité (révocation non disciplinaire [p. ex. en vertu du constat d'une incapacité d'exercer les fonctions ; éventuellement du constat de l'arrivée à l'âge de la retraite] ; révocation disciplinaire ; non-réélection), voire (iii) intervenir automatiquement (arrivée à l'âge de la retraite ; décès).

1470. — Il convient ainsi d'examiner si la fin des rapports de service, lorsqu'elle ne résulte pas d'une décision de révocation disciplinaire, peut entraîner l'anéantissement de la procédure (respectivement de l'action) disciplinaire.

2. Les solutions rencontrées

1471. — On rencontre fréquemment dans les réglementations disciplinaires, de même que dans la doctrine, l'expression d'une règle selon laquelle la fin des rapports de service entraîne(rail) automatiquement l'anéantissement de la procédure (respectivement de l'action) disciplinaire. Ainsi, l'art. 98 al. 3 OPers dispose que l'enquête disciplinaire ouverte à l'encontre d'un fonctionnaire fédéral cesse automatiquement dès lors que les rapports de travail prennent fin. De même, l'art. 33 al. 2 LOJV/VD pose que la cessation définitive des fonctions d'un magistrat du siège met fin de plein droit à la procédure disciplinaire ouverte par hypothèse à l'encontre de ce dernier.

²⁰⁹⁰ Cf. *supra*, N 1241-1245.

²⁰⁹¹ Cf. *supra*, N 1378-1379.

²⁰⁹² Cf. *supra*, N 1378-1413.

1472. — Certains textes prévoient toutefois la solution inverse. Ainsi, l'art. 68 al. 3 LN/VS dispose que le fait pour un notaire de renoncer à la pratique du notariat ne met pas fin à sa responsabilité disciplinaire.

3. Prise de position

1473. — La problématique de la portée, en droit disciplinaire, de la fin des rapports de service (des magistrats du siège) doit être placée dans une perspective historique et phénoménologique. Elle rejoint la discussion relative à la distinction, préconisée ci-dessus, entre (i) la discipline en tant qu'exercice d'une forme de pouvoir privé (non juridictionnalisé) interne au groupe et (ii) le droit disciplinaire en tant qu'exercice par l'Etat d'un pouvoir de contrainte sur un groupe déterminé²⁰⁹³.

1474. — Le pouvoir exercé le cas échéant dans un cadre disciplinaire associatif ne correspond pas à un acte de domination (*dominium*) tel que celui provenant de l'Etat en droit disciplinaire. Le pouvoir d'une association d'infliger une sanction disciplinaire – de nature privée (contractuelle) – à l'encontre de ses membres ne s'étend pas aux personnes ayant perdu la qualité de membres de l'association. Ainsi, il suffit par exemple au magistrat du siège de sortir de l'association professionnelle dont il est membre pour échapper à une sanction associative.

1475. — Par contre, la personne qui sort du corps des magistrats du siège ne cesse pas pour autant d'appartenir au cercle des personnes soumises à l'*imperium* de l'Etat ; elle peut donc (continuer de) faire l'objet d'une procédure disciplinaire et reste ainsi sujette au prononcé d'une sanction disciplinaire²⁰⁹⁴. Allant dans ce sens, RICOL avait notamment montré que la conclusion selon laquelle le droit disciplinaire constitue un *droit d'autorité* et non un droit contractuel « *permet d'expliquer que le droit d'infliger une peine disciplinaire survive à la sortie du groupement ou à la démission* »²⁰⁹⁵.

²⁰⁹³ Cf. *supra*, Chap. 3, N 159-162.

²⁰⁹⁴ En ce sens : BOHNET/MARTENET (avocats), N 705 : la radiation du registre cantonal des avocats n'empêche pas l'ouverture ou la poursuite d'une procédure disciplinaire et le prononcé d'une sanction disciplinaire pour des faits antérieurs à la radiation.

²⁰⁹⁵ RICOL (F ; anc.), p. 46. Comp. GUICHETEAU (F ; anc.), p. 160 et MORIN (F ; anc.), II, p. 188 s., qui considéraient que (seule) l'autorité refusant de libérer le magistrat du siège conservait la possibilité de sanctionner celui-ci disciplinairement ; comp. NEZARD (F ; anc.), p. 242 ss, qui considérait quant à lui que la démission ne soustrait la personne concernée à l'action disciplinaire que quand elle est acceptée expressément ou tacitement (par la nomination d'un successeur) par l'autorité disciplinaire.

1476. — En définitive, la position du sujet du droit disciplinaire est identique, sur ce point, à la position du sujet du droit pénal. On relève, d'une part, qu'il est parfaitement possible de poursuivre et condamner pénalement une personne ayant commis une infraction pénale par hypothèse soumise à la juridiction des tribunaux suisses mais qui aurait ensuite quitté le territoire suisse (cf. art. 3-8 CP ; art. 24 al. 1 let. a, 26 al. 1, 27 al. 2, 32, 87 al. 2, 88 al. 1 let. c, 204 CPP) ; d'autre part, que les dispositions pénales visant un cercle déterminé de personnes (infractions spéciales) continuent de s'appliquer alors même que les personnes visées ne feraient entre-temps plus partie de ce cercle (cf. p. ex. art. 320 CP, violation du secret de fonction commise en qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire), l'infraction pouvant même dans certains cas être commise *après* la sortie du cercle en question (cf. p. ex. l'art. 320 ch. 1 par. 2 CP, qui prévoit que la violation du secret de fonction demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin). Cette similarité entre le droit disciplinaire et le droit pénal rejoint d'ailleurs la considération émise ci-dessus, selon laquelle le critère des sujets du droit disciplinaire (cercle déterminé de personnes) ne permet pas de distinguer le droit disciplinaire du droit pénal²⁰⁹⁶. Il convient en outre de tenir compte du fait que la sanction disciplinaire revêt le cas échéant un caractère préventif pour les autres membres du groupe, ce qui montre que le but du maintien de l'ordre au sein du groupe peut continuer d'être poursuivi même lorsque le magistrat du siège quitte le pouvoir judiciaire.

1477. — Nous proposons dès lors de retenir que la fin des rapports de service des magistrats du siège, *per se*, ne porte pas à conséquence sur l'action disciplinaire. Ainsi, notamment, la perte de la qualité de magistrat du siège du fait d'une non-réélection ou – lorsqu'elle peut être valablement donnée – d'une démission ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher l'ouverture et/ou la poursuite d'une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège.

1478. — Cela étant, l'autorité disciplinaire dispose d'un certain pouvoir d'appréciation concernant la suite à donner à la procédure. L'autorité disciplinaire pourrait ainsi, dans certains cas, renoncer à la poursuite disciplinaire (cf. stade (i) défini ci-dessus²⁰⁹⁷) (cf. principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires)²⁰⁹⁸. L'autorité disciplinaire pourrait par ailleurs faire usage de la faculté de renoncer, dans sa décision au fond (cf. stade (ii) défini ci-dessus²⁰⁹⁹), à prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre du magistrat du

²⁰⁹⁶ Cf. *supra*, N 153.

²⁰⁹⁷ Cf. N 1467.

²⁰⁹⁸ Sur cette question, cf. *supra*, N 1246-1262.

²⁰⁹⁹ Cf. N 1467.

siège (cf. principe de l'opportunité des sanctions disciplinaires)²¹⁰⁰. Une telle décision pourrait par exemple se justifier lorsque le magistrat du siège en cause, sans antécédent particulier, a commis une infraction disciplinaire quelques jours avant d'atteindre l'âge de la retraite²¹⁰¹.

1479. — Un éventuel recours contre la décision de première instance – reconnaissant par hypothèse la commission d'une infraction disciplinaire – (cf. stade (iii) défini ci-dessus²¹⁰²) pourrait selon les cas, lorsque les rapports de service ont pris fin, à tout le moins lorsque ceux-ci ont pris fin pour des motifs externes à la procédure disciplinaire, être déclaré irrecevable faute d'intérêt du magistrat du siège²¹⁰³. Le magistrat du siège concerné pourrait toutefois justifier d'un intérêt à faire annuler une décision disciplinaire même après la fin des rapports de service. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu qu'un fonctionnaire de police ayant démissionné après le prononcé d'une révocation disciplinaire conserve un intérêt digne de protection à l'annulation de cette sanction disciplinaire au vu du caractère infamant de la mesure, qui revêt l'aspect d'une peine²¹⁰⁴.

C. La prescription de l'action disciplinaire

1. Considérations générales

1480. — La prescription est une institution juridique considérée comme appartenant davantage, en droit disciplinaire, au droit matériel²¹⁰⁵. Nous avons toutefois choisi de traiter cette question dans la partie consacrée au droit disciplinaire formel au vu du lien étroit qu'elle entretient avec la procédure disciplinaire.

²¹⁰⁰ Sur cette question, cf. *supra*, N 1378-1379.

²¹⁰¹ Cf. ég. TF 1B_201/2010 du 01.07.2010 (détenus) : procédure disciplinaire introduite par le directeur d'une prison à l'encontre d'un détenu le 10 d'un mois alors que la fin de la détention devait intervenir le 13 de ce mois ; le directeur de la prison a renoncé par décision du 12 du mois, au vu des circonstances, à prendre une sanction.

²¹⁰² Cf. N 1467.

²¹⁰³ Cf. p. ex. TF 1B_201/2010 du 01.07.2010 (détenus).

²¹⁰⁴ TF 8C_942/2010 du 03.10.2011, consid. 2.3. Cf. ég. TC/VD, GE.2005.0190 du 12.07.2006, qui nie l'intérêt d'un fonctionnaire communal à recourir contre le prononcé d'un avertissement, tout en admettant, de manière peu claire selon nous, un intérêt à faire constater l'illicéité de la sanction.

²¹⁰⁵ Cf. BELLWALD, p. 20, 140 ; HINTERBERGER, p. 31. Cf. ég., en droit pénal, KILLIAS, N 1635 ss, 1639.

1481. — Nous étudierons, dans le présent titre, la question de la prescription de l'action disciplinaire. La question de la prescription de la sanction disciplinaire, qui revêt une portée limitée en droit disciplinaire²¹⁰⁶, ne sera pas traitée.

1482. — Après avoir discuté de l'applicabilité de la notion de prescription en droit disciplinaire (des magistrats du siège) (ci-après, 2.), nous examinerons les modalités de la prise en compte de la prescription (ci-après, 3.).

2. L'applicabilité de la prescription en droit disciplinaire (des magistrats du siège)

a. L'approche classique

1483. — Un courant doctrinal, que l'on peut qualifier de « classique », soutient que le principe de la prescription ne trouve pas application en droit disciplinaire (des magistrats du siège). Par exemple, GUICHETEAU déclarait qu'« [i]l n'est jamais trop tard pour expulser d'une fonction, dont il s'est rendu indigne, celui qui par ses antécédents la déshonore »²¹⁰⁷ ; l'auteur explique cette position en indiquant que « [à] quelque date que remonte le fait incriminé disciplinairement, le magistrat qui l'a commis en a reçu une flétrissure persistante, qui rejaillit sur la magistrature, et cause un préjudice à la société, qui a le droit d'exiger, à titre de garantie que les fonctions publiques ne soient confiées qu'à des mains pures »²¹⁰⁸.

1484. — La conception précitée est encore suivie par certains législateurs, et cautionnée par les tribunaux des ordres juridiques concernés. En France par exemple, aucune règle n'est généralement prévue en droit disciplinaire en matière de prescription²¹⁰⁹. Le Conseil d'Etat a toujours refusé, dans sa jurisprudence, de reconnaître l'application d'un régime de prescription à l'action disciplinaire²¹¹⁰. Dans une décision du 25 novembre 2011 rendue en matière de droit disciplinaire des vétérinaires, le Conseil constitutionnel

²¹⁰⁶ Les cas dans lesquels un magistrat du siège ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire pourrait échapper à l'exécution de cette sanction ne seront manifestement pas courants en pratique.

²¹⁰⁷ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 82 s.

²¹⁰⁸ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 157-159, 159.

²¹⁰⁹ Cf. p. ex. LAURIE (F), p. 144 s. ; BLANDIN-CAROLO (F), p. 192 ; cf. ég. ATF 73 I 289, consid. 4.

²¹¹⁰ Conseil d'Etat (F), arrêt *Sieur Walsin-Esterhazy* du 18.01.1901 ; *Sieur Deshayes* du 05.11.1930 ; *Aliquot* du 14.06.1991, n° 86294.

français, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a retenu qu'en ne fixant pas de prescription de l'action disciplinaire, le législateur ne porte atteinte à aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République française²¹¹¹.

1485. — La position consistant à nier l'application de la prescription en droit disciplinaire est habituellement justifiée par le fait que le principe de l'opportunité (des poursuites disciplinaires, mais aussi des sanctions disciplinaires) ainsi que le principe de la proportionnalité, applicables en droit disciplinaire, permettent d'obtenir le résultat recherché. En effet, selon cette approche, le principe de l'opportunité et le principe de la proportionnalité constitue(raie)nt une base suffisante permettant à l'autorité disciplinaire de tenir compte, de manière similaire à la prescription, de l'écoulement du temps entre (i) le moment de la commission d'une infraction disciplinaire et (ii) l'ouverture et la poursuite d'une procédure disciplinaire, puis le prononcé éventuel d'une sanction disciplinaire²¹¹².

1486. — En Suisse, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 6 novembre 1947, a ainsi qualifié les règles sur la prescription de superflues (« *überflüssig* »), le principe de l'opportunité suffisant selon lui à suppléer toute éventuelle lacune législative en la matière. En d'autres termes, la prescription ne constituerait pas, en droit disciplinaire, un impératif découlant du principe de la légalité²¹¹³.

1487. — Le Tribunal administratif vaudois rejoint cette même approche. Nous reproduisons ci-après le considérant topique d'un arrêt dudit tribunal du 25 août 2004, qui offre des développements intéressants :

« Les principes de l'opportunité et de la proportionnalité permettent de limiter dans le temps l'action disciplinaire, de sorte qu'on pourrait même se dispenser d'édicter des règles sur la prescription dans ce domaine [...]. En effet, le but de la prescription en droit disciplinaire n'est pas le même qu'en droit pénal. Alors qu'en droit pénal, régi par le principe de la légalité, la prescription est une règle absolue, il n'en est pas de même en droit disciplinaire qui est soumis au principe de l'opportunité [...]. Il convient d'opposer au caractère répressif du droit pénal le but de sauvegarde de l'intérêt public du droit disciplinaire [...]. Ainsi, la sanction administrative n'est pas destinée à punir, mais a pour objectif d'assurer l'exercice correct de la profession et la confiance populaire à l'égard de ceux qui la pratiquent [...].

La prescription pénale a pour objectif l'efficacité de l'amendement du coupable peu de temps après la commission du délit; le droit de punir s'affaiblit avec l'écoulement du temps, de même que les raisons de poursuivre et les possibilités de le faire [...].

²¹¹¹ Conseil constitutionnel (F), déc. n° 2011-199 QPC du 25.11.2011 (JORF/F du 26.11.2011, p. 20016, Rec. p. 555), consid. 4 et 5 (vétérinaires).

²¹¹² En ce sens, p. ex. : GUICHETEAU (F ; anc.), p. 82 s. ; LAURIE (F), p. 144 s. ; FAVRE, p. 337 ss ; MONTANI/BARDE, p. 348.

²¹¹³ Cf. ATF 73 I 289, consid. 4 (avocats).

En matière disciplinaire, l'importance du principe de l'opportunité atténue la rigueur attachée à la notion de prescription [...]. La sauvegarde de l'intérêt public peut exiger qu'une poursuite soit intentée même longtemps après la commission de l'acte professionnel incorrect, dans l'hypothèse où il serait découvert très tardivement ; de même, en vertu du principe de l'opportunité, l'autorité de surveillance peut renoncer à la poursuite disciplinaire lorsque la dignité de la profession ou son bon fonctionnement, dans la confiance qu'elle inspire au public, rend plus adéquate la discrétion sur le manquement professionnel que l'ouverture de l'enquête disciplinaire [...]. Dans tous les cas, le principe de la proportionnalité constitue une limite au principe de l'opportunité ; la pesée des intérêts en présence peut révéler le caractère atténué de l'intérêt public à l'élimination d'une faute ancienne, par rapport à la prépondérance de l'intérêt privé de la personne visée à ne pas être sanctionnée [...] »²¹¹⁴.

b. L'approche moderne

1488. — Selon une approche que l'on peut qualifier de « moderne », la prescription constitue un principe général du droit devant être pris en compte – et idéalement faire l'objet d'une réglementation – en droit disciplinaire (des magistrats du siège).

1489. — Le Tribunal fédéral, dans son arrêt « Casino de Bâle » (sanction administrative prononcée par la Commission fédérale des maisons de jeu), a rappelé que la prescription doit être considérée comme un principe juridique de portée générale en droit public. Dès lors, (le principe de) la prescription de l'action (administrative) s'applique quand bien même la réglementation étudiée ne prévoirait pas de dispositions spécifiques à cet égard – cela à plus forte raison lorsque la sanction en cause (en l'occurrence une sanction fondée sur l'art. 49a LCart) revêt un caractère pénal. Faute de réglementation spécifique prévue dans la loi, le juge doit s'inspirer de règles de droit public applicables à des états de fait analogues, ou à défaut, des principes généraux de droit civil (cf. en

²¹¹⁴ TA/VD, GE.2002.0026 du 25.08.2004, consid. 5a.

particulier la prescription décennale de l'art. 60 al. 1 CO)²¹¹⁵. Ces considérants s'appliquent *mutatis mutandis* en droit disciplinaire²¹¹⁶.

1490. — La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Volkov c. Ukraine*, a eu l'occasion d'indiquer que « [l]es délais de prescription sont un trait commun aux systèmes juridiques des Etats contractants en matière d'infractions pénales, disciplinaires et autres », et de rappeler que « les délais de prescription ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé [...] »²¹¹⁷. La Cour a ainsi retenu, dans cette espèce, que l'absence de délai de prescription portait atteinte au principe de la sécurité juridique, et partant violait l'art. 6 par. 1 CEDH²¹¹⁸.

c. Prise de position

1491. — Nous nous prononçons en faveur de la mise en place de règles relatives à la prescription de l'action disciplinaire (à l'encontre des magistrats du siège). En ce sens, nous rejoignons l'approche désignée ci-dessus comme étant l'approche « moderne » en droit disciplinaire (des magistrats du siège).

1492. — Il n'est pas contestable – ni contesté – que les principes de l'opportunité (des poursuites disciplinaires ; cf. également opportunité des sanctions disciplinaires) et de la proportionnalité permettent à l'autorité disciplinaire de tenir compte de l'écoulement du temps dans son appréciation des cas

²¹¹⁵ Cf. ATF 140 II 384 (« Casino de Bâle »), JdT 2015 I 3, consid. 4.2 et les réf. Pour un exemple, cf. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 6.1 : « [n]i [l'ancienne loi genevoise sur les professions de la santé du 11.05.2001 [RS/GE K 3 05]] ni [l'ancienne teneur de la loi genevoise sur la santé du 07.04.2006 [RS/GE K 1 03]] ne prévoyaient de règles particulières relatives à la prescription. Selon la pratique des autorités genevoises, en matière disciplinaire, le délai de prescription relatif est de cinq ans alors que le délai absolu de prescription est de sept ans et demi, solution que le Tribunal fédéral n'a pas considérée comme arbitraire dans son résultat [...] ».

²¹¹⁶ A noter par ailleurs que la sanction en cause dans cet arrêt a été considérée par le Tribunal fédéral comme pouvant être « assimilée à un genre particulier de mesur[e] disciplinair[e] » (ATF 140 II 384, consid. 3.1, JdT 2015 I 3).

²¹¹⁷ CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 137.

²¹¹⁸ CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, req. n° 21722/11, par. 140.

disciplinaires dont elle a à connaître. Toutefois, la sécurité du droit commanderait que des règles précises soient établies à ce titre (prévisibilité du droit) afin de délimiter le pouvoir de l'autorité disciplinaire dans la conduite de l'action disciplinaire.

1493. — Au surplus, nous indiquons que l'argument, évoqué ci-dessus²¹¹⁹, tiré de la distinction entre le droit pénal et le droit disciplinaire, n'est pas pertinent. En effet, comme nous l'avons montré²¹²⁰, une telle distinction n'apparaît pas justifiée.

3. Les modalités de la (prise en compte de la) prescription

a. L'examen d'office

1494. — La prescription doit être examinée d'office par l'autorité disciplinaire et, le cas échéant, par toute instance de recours²¹²¹.

b. Le(s) délai(s) de prescription

(i) *Considérations générales*

1495. — Les réglementations disciplinaires distinguent parfois entre les délais de prescription relatifs et les délais de prescription absolus²¹²². La différence entre ces deux types de délais, lorsqu'elle existe, tient en particulier dans (i) le point de départ des délais de prescription (*dies a quo*), (ii) la durée des délais de prescription et (iii) la possibilité éventuelle d'interrompre ou de suspendre le cours de la prescription²¹²³.

1496. — Les délais de prescription relatifs, lorsqu'ils sont spécifiquement prévus, commencent à courir au moment de la connaissance par l'autorité disciplinaire des agissements répréhensibles (cf. p. ex. art. 415 al. 1 C.jud/B).

1497. — La jurisprudence a notamment précisé la notion de « découverte du manquement de [l'agent public] à ses obligations professionnelles », ce qui

²¹¹⁹ Cf. *supra*, N 1487.

²¹²⁰ Cf. *supra*, Chap. 3, N 151-158.

²¹²¹ Cf. pour le surplus TAF A-5294/2012 du 18.06.2013 (gardes-frontières), consid. 4 et 5.4 et les réf.

²¹²² Pour un exemple, cf. p. ex. ATF 101 Ia 298, consid. 3 non trad. in JdT 1977 I 594.

²¹²³ Sur cette dernière question, cf. *infra*, N 1506-1514.

permet de mieux circonscrire les éléments déterminant le point de départ d'un délai de prescription relatif : « [l]e texte de loi n'indique [...] pas qui doit découvrir le comportement répréhensible disciplinairement, ni à quel moment il doit être considéré comme ayant été découvert. Compte tenu du but poursuivi par le droit disciplinaire [...], il est souhaitable que le délai commence à courir le plus rapidement possible, de telle manière qu'il n'est pas nécessaire que l'autorité disciplinaire elle-même en ait connaissance, mais il suffit que le supérieur du coupable la découvre [...]. Enfin, pour considérer le manquement comme découvert, il suffit que les soupçons du supérieur hiérarchique ou de l'autorité disciplinaire soient suffisamment fondés. Il n'y a en revanche pas besoin que l'ampleur du manquement soit connue pour que le délai commence à courir [...] »²¹²⁴.

1498. — Les délais de prescription absolus commencent à courir (i) en cas d'agissement unique, au jour de la commission de l'infraction disciplinaire ; (ii) si l'activité répréhensible s'est exercée à plusieurs reprises, au jour du dernier agissement ; (iii) en cas d'infractions disciplinaires continues²¹²⁵, au jour où les agissements coupables ont cessé²¹²⁶ (cf. p. ex. art. 34 al. 1 et 2 LOJV/VD ; cf. é.g., *mutatis mutandis*, art. 98 CP ; art. 192 al. 1 LSP/VD).

1499. — Les délais de prescription relatifs, lorsqu'ils sont spécifiquement prévus, sont généralement plus courts que les délais de prescription absolus.

1500. — Ainsi, l'art. 86 al. 1 LOG/TI prévoit que le droit de punir disciplinairement les magistrats judiciaires se prescrit par un an dès le moment où les faits sont portés à la connaissance de l'autorité de surveillance (délai relatif), tandis que l'art. 86 al. 3 LOG/TI dispose que l'action disciplinaire se prescrit définitivement 10 ans après la commission des faits en cause (délai absolu) ; l'art. 106 al. 1 LJ/FR prévoit que le droit de prononcer une sanction disciplinaire se prescrit par deux ans à compter du jour où le Conseil de la magistrature a eu connaissance des faits à l'origine de la procédure disciplinaire

²¹²⁴ Cf. p. ex. TAF A-5294/2012 du 18.06.2013 (gardes-frontières), consid. 6.1 et les réf.

²¹²⁵ Nous renvoyons, *mutatis mutandis*, à la notion d'infraction (pénale) continue (*Dauerdelikt*) développée en droit pénal. Cf. p. ex. TF 2C_66/2013 du 07.05.2013, consid. 6.1 : « [u]ne infraction est dite continue [...] lorsque les actes créant la situation illégale forment une unité avec ceux qui la perpétuent, ou avec l'omission de la faire cesser pour autant que le comportement visant au maintien de l'état de fait délictueux soit expressément ou implicitement contenu dans les éléments constitutifs du délit. Le délit continu se caractérise par le fait que la situation illicite créée par un état de fait ou un comportement contraire au droit se poursuit. Il est réalisé sitôt accompli le premier acte délictueux, mais n'est achevé qu'avec la fin ou la suppression de l'état contraire au droit [...] ».

²¹²⁶ Cf. p. ex. TF 6B_525/2012 du 05.11.2012 (droit pénal), consid. 3.5.

(délai relatif), tandis que l'art. 106 al. 3 LJ/FR dispose que [...] le droit de prononcer une sanction disciplinaire se prescrit par sept ans dès la commission de l'infraction disciplinaire (délai absolu). Nous pouvons également citer l'art. 22 al. 1 LRCE, selon lequel la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires²¹²⁷ fédéraux se prescrit conformément aux dispositions disciplinaires spéciales, mais par un an au plus après la découverte de l'acte disciplinairement répréhensible (délai relatif) et en tout cas trois ans après la dernière violation des devoirs de service (délai absolu) ; l'art. 100 al. 1 OPer, qui prévoit également que la responsabilité disciplinaire des agents publics soumis à l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération se prescrit par 1 an après la découverte du manquement aux obligations professionnelles (délai relatif) et dans tous les cas par 3 ans après le dernier manquement auxdites obligations (délai absolu).

1501. — Certaines réglementations disciplinaires prévoient plusieurs délais de prescription dont la durée varie en fonction de la sanction disciplinaire encourue. Ainsi, le droit allemand prévoit que le blâme ne peut plus être prononcé si l'on se situe plus de deux ans après la commission des faits (art. 15 al. 1 BDG/D, applicable aux magistrats du siège en vertu de l'art. 63 al. 1 DRiG/D), alors qu'une sanction pécuniaire ne peut plus être prononcée lorsque les faits remontent à plus de trois ans (art. 15 al. 2 BDG/D, applicable aux magistrats du siège en vertu de l'art. 63 al. 1 DRiG/D) (délai absolu dans les deux cas).

1502. — En outre, certaines réglementations réservent les délais de prescription plus longs prévus le cas échéant par le droit pénal (cf. p. ex. art. 86 al. 4 LOG/TI), voire calquent les délais de prescription sur la prescription pénale dans les cas où l'acte disciplinairement répréhensible constitue en outre une infraction pénale (cf. p. ex. art. 34 al. 3 LOJV/VD)²¹²⁸.

(ii) *Éléments d'appréciation*

1503. — L'institution de délai(s) de prescription dans la loi nous paraît dans tous les cas nécessaire²¹²⁹. La question se pose de savoir si la distinction entre les

²¹²⁷ Le terme « fonctionnaire » est défini à l'art. 2 al. 1 LRCE : « [l]es dispositions concernant les fonctionnaires sont applicables à toutes les personnes mentionnées à l'art. 1, en tant que la présente loi ne contient pas de dispositions spéciales ».

²¹²⁸ Cf. ég. *supra*, N 439 concernant la fixation du point de départ du délai de prescription au jour de la condamnation pénale lorsque cette condamnation pénale est érigée en infraction disciplinaire.

²¹²⁹ Cf. pour le surplus *supra*, N 1492.

délais de prescription relatifs et les délais de prescription absolus est nécessaire et utile en droit disciplinaire (des magistrats du siège). A ce titre, il convient de relever que le droit pénal suisse ne distingue plus, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002, entre la prescription relative et la prescription absolue²¹³⁰ ; les délais de prescription – fixés en fonction de la nature de la peine maximale encourue – commencent (tous) à courir à partir du jour de l'activité coupable²¹³¹ (cf. en particulier art. 97 al. 1 CP). Nous considérons que la présence de délais de prescription relatifs en droit disciplinaire (des magistrats du siège) n'apporte pas de réelle plus-value ; au contraire, ceux-ci engendrent une certaine indétermination²¹³² qui est source d'insécurité juridique²¹³³. En ce sens, nous nous prononçons en faveur de l'institution, en droit disciplinaire (des magistrats du siège), d'un délai de prescription non différencié.

1504. — A notre sens, la durée du délai de prescription devrait être définie par le législateur en tenant compte des régimes de prescription applicables (i) aux autres activités faisant l'objet d'une surveillance disciplinaire et (ii) aux autres domaines du droit. Le législateur peut en outre choisir de réserver l'application des délais de prescription plus longs prévus le cas échéant par le droit pénal.

1505. — La solution – choisie notamment par le législateur allemand – consistant à prévoir plusieurs délais de prescription dont la durée varie en fonction de la sanction disciplinaire encourue²¹³⁴ doit être considérée avec circonspection. En effet, cette construction, qui revient à faire dépendre la prescription de l'action disciplinaire de la gravité de l'infraction disciplinaire en cause (qui sera éventuellement retenue à l'issue de la procédure disciplinaire), n'a de véritable sens que dans la mesure où les infractions disciplinaires sont directement et individuellement couplées, dans le système disciplinaire en question, avec des sanctions disciplinaires définies en genre et quotité²¹³⁵. Faute de corrélation entre les infractions disciplinaires et les sanctions disciplinaires, l'autorité disciplinaire disposera généralement, dans chaque cas d'espèce, de l'éventail complet des sanctions disciplinaires existantes²¹³⁶ ; elle pourrait ainsi être tentée – ce qui n'est manifestement pas souhaitable – de prononcer une sanction

²¹³⁰ Cf. FF 1999 p. 1787 ss, p. 1939 ss ; cf. ég. ATF 137 III 481, consid. 2.6.

²¹³¹ Cf. pour le surplus *supra*, N 1498.

²¹³² Cf. *supra*, N 1497.

²¹³³ Cf. ég. *supra*, N 1492.

²¹³⁴ Cf. *supra*, N 1501. Cf. ég. *supra*, N 213 concernant la nécessité d'appliquer les garanties du procès pénal dès lors que l'une des sanctions à disposition de l'autorité disciplinaire présente un caractère pénal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH.

²¹³⁵ Sur la question de la corrélation entre les infractions disciplinaires et les sanctions disciplinaires, cf. *supra*, Chap. 4, N 355-359.

²¹³⁶ Pour un examen des différentes sanctions disciplinaires, cf. *supra*, Chap. 5, N 469-617.

disciplinaire plus sévère en raison du fait que la sanction disciplinaire auparavant envisagée l'aurait conduite à constater la prescription de l'action disciplinaire.

c. Le cours de la prescription

(i) *L'interruption du délai de prescription*

1506. — On admet généralement que la prescription est interrompue par toute mesure d'instruction diligentée par l'autorité compétente pour poursuivre l'infraction disciplinaire²¹³⁷. L'art. 86 al. 2 LOG/TI prévoit en ce sens que la prescription est interrompue par tout acte d'enquête de l'autorité de surveillance ; l'art. 35 al. 1 LOJV/VD dispose également que la prescription est interrompue par tout acte d'instruction notifié au magistrat du siège intéressé ou accompli en sa présence.

1507. — Certaines réglementations disciplinaires ne connaissent toutefois pas l'interruption des délais de prescription. Ainsi, les art. 22 al. 3 LRCF et 100 al. 2 OPers prévoient uniquement la suspension des délais de prescription ; la jurisprudence n'y a pas décelé une lacune de la loi²¹³⁸, de sorte que l'inaction du législateur doit, au contraire, être considérée comme un silence qualifié²¹³⁹.

1508. — Il convient de relever qu'en droit pénal, le législateur suisse a purement et simplement renoncé, dans un but de simplification et en vue de renforcer la sécurité juridique, au système (de la suspension et) de l'interruption de la prescription (tout en allongeant les délais de prescription afin de tenir compte de ce changement)²¹⁴⁰. Une telle solution pourrait être envisagée en droit disciplinaire (des magistrats du siège), à condition également d'aménager des délais de prescription d'une durée appropriée.

²¹³⁷ Cf. ég. TC/VD, GE.2010.0011 du 28.10.2010 (médecins), consid. 6a et les réf. Comp. art. 15 al. 4 BDG/D.

²¹³⁸ Cf. ATF 105 Ib 69, consid. 2a. Cf. ég. TAF A-5294/2012 du 18.06.2013, consid. 5.2 et 7.

²¹³⁹ Sur les notions de lacune (proprement dite ou improprement dite) et de silence qualifié, cf. p. ex. ATF 131 II 562, consid. 3.5

²¹⁴⁰ FF 1999 p. 1787 ss, p. 1940.

(ii) *La suspension du délai de prescription*

1509. — On rencontre, dans les réglementations disciplinaires, des dispositions plus ou moins sophistiquées sur la suspension des délais de prescription de l'action disciplinaire.

1510. — L'art. 106 al. 2 LJ/FR dispose que le délai de prescription (relatif) de deux ans (à compter du jour où le Conseil de la magistrature a eu connaissance des faits à l'origine de la procédure disciplinaire) prévu à l'art. 106 al. 1 LJ/FR est suspendu « *pendant la durée d'une procédure pénale ainsi que pendant celle d'une procédure de recours dans le cadre d'une procédure disciplinaire* »²¹⁴¹. La suspension du délai de prescription ne s'applique donc pas au délai (absolu) de sept ans (dès la commission de l'infraction disciplinaire) prévu à l'art. 106 al. 3 LJ/FR (cf. ég. à ce titre la formulation « [d]ans tous les cas » figurant à l'art. 106 al. 3 *i.i.* LJ/FR).

1511. — Le législateur fribourgeois n'a pas précisé quelles procédures pénales sont visées par l'art. 106 al. 1 LJ/FR. A notre sens, seules sont manifestement visées par cette disposition les procédures pénales ouvertes à raison des mêmes faits que ceux faisant l'objet d'une procédure disciplinaire. En ce sens, l'art. 36 LOJV/VD prévoit que les délais de prescription (prévus aux art. 34 al. 1 et 3 LOJV/VD) sont suspendus « *pendant toute la durée de la procédure pénale engagée en raison de l'acte disciplinairement répréhensible* ». A noter encore que le législateur allemand n'a prévu une suspension des délais de prescription (prévus à l'art. 15 al. 1 à 3 BDG/D) en relation avec une procédure pénale ouverte en vertu des mêmes faits que dans la mesure où la procédure disciplinaire elle-même est suspendue jusqu'à droit connu sur la procédure pénale conformément à l'art. 22 BDG/D (art. 15 al. 5 phr. 1 *i.f.* BDG/D).

1512. — L'art. 100 al. 2 OPers dispose que les délais de prescription (relatif et absolu) sont suspendus « *pendant la durée de la procédure pénale engagée en raison du même fait ou jusqu'à droit connu sur les recours exercés dans la procédure d'enquête disciplinaire* ». L'art. 22 al. 3 LRFC est plus large en ce sens qu'il prévoit que les délais de prescription sont suspendus « *pendant la durée de la procédure pénale engagée en raison du même fait ou jusqu'à droit connu sur les recours exercés dans la procédure disciplinaire* »²¹⁴².

1513. — Les règles éventuelles sur la suspension du ou des délais de prescription de l'action disciplinaire doivent être interprétées selon les principes

²¹⁴¹ Cf. ég. COLLIARD, N 31 à propos de l'art. 14 al. 2 aLESJ/FR.

²¹⁴² Cf. ég., en Allemagne, l'art. 15 al. 5 BDG/D.

d'interprétation dégagés par la jurisprudence²¹⁴³. Le Tribunal administratif fédéral a notamment considéré qu'il résulte de l'interprétation littérale de l'art. 100 al. 2 OPers, précité, que *« seuls les recours exercés dans la procédure d'enquête disciplinaire – c'est à dire à l'encontre des actes d'instruction ou, au contraire, de ceux qui ont été omis dans le cadre de l'enquête disciplinaire – entraînent la suspension de la prescription, non le recours contre la décision elle-même »*²¹⁴⁴.

1514. — Ici également, il convient de relever qu'en droit pénal, le législateur suisse a purement et simplement renoncé, dans un but de simplification et en vue de renforcer la sécurité juridique, au système de la suspension (et de l'interruption) de la prescription (tout en allongeant les délais de prescription afin de tenir compte de ce changement)²¹⁴⁵. Une telle solution pourrait être envisagée en droit disciplinaire (des magistrats du siège), à condition également d'aménager des délais de prescription d'une durée appropriée.

²¹⁴³ Cf. p. ex. ATF 138 IV 65, consid. 4.3.1 : *« [I]a loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste »*.

²¹⁴⁴ TAF A-5294/2012 du 18.06.2013, consid. 7.

²¹⁴⁵ FF 1999 p. 1787 ss, p. 1940.

Conclusion

1515. — Le droit disciplinaire (des magistrats du siège) cherche (encore) ses lettres de noblesse²¹⁴⁶. En Suisse, cette matière reste, d'une manière générale, lacunaire. Les réglementations disciplinaires cantonales applicables aux magistrats du siège, lorsqu'elles existent, sont hétéroclites et souvent peu détaillées. Au niveau fédéral, un certain immobilisme s'est installé : le système de surveillance disciplinaire actuel, bien qu'assez largement reconnu comme étant incomplet – pour ne pas dire quasiment inexistant –, est généralement jugé acceptable en l'état, en particulier au vu du faible nombre de cas d'application et du niveau des institutions.

1516. — Par ailleurs, les règles existantes sont souvent négligées, si ce n'est – plus ou moins délibérément – contournées, par les autorités. Nous pensons notamment au mécanisme de la non-réélection, qui permet le cas échéant, parfois à la même autorité – cf. parlement – que celle compétente en matière disciplinaire, d'éviter de devoir conduire une procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat du siège. Nous pensons également aux règles de la haute surveillance, qui peuvent être utilisées par le parlement afin de tenter d'influencer – le cas échéant par anticipation, voire même postérieurement à sa clôture – une procédure disciplinaire²¹⁴⁷.

1517. — Nous avons mis en évidence le besoin, en vertu notamment du principe de la sécurité juridique, d'une (meilleure) formalisation du droit disciplinaire des magistrats du siège en Suisse (juridictionnalisation de la répression disciplinaire). Nous considérons que la formalisation de cette matière inclut en particulier l'accomplissement de la transition de la discipline interne vers le droit disciplinaire. La distinction entre discipline interne et droit disciplinaire – témoin de l'avènement d'une surveillance disciplinaire moderne – passe notamment par une délimitation claire entre la déontologie judiciaire et le droit

²¹⁴⁶ DELPEREE (B), RTDH, p. 349.

²¹⁴⁷ Citons p. ex. la demande, formulée par le parlement ou des membres de celui-ci, de (ré)ouverture d'une enquête disciplinaire alors qu'une telle enquête a déjà été diligentée et que la procédure a abouti à une décision finale niant la responsabilité d'un magistrat du siège.

disciplinaire des magistrats du siège. Le droit disciplinaire constitue – aux côtés d’une responsabilité pénale pratiquement inopérante – le bras armé de la régulation du comportement des magistrats, dont l’Etat ne peut selon nous se dispenser.

1518. — A notre sens, la (meilleure) structuration et réglementation du droit disciplinaire²¹⁴⁸ des magistrats du siège pourrait être réalisée par les trois moyens suivants. Premièrement, il appartiendrait au législateur, dans chaque ordre juridique considéré, de définir de manière (détaillée et) exhaustive les infractions disciplinaires pouvant être imputées aux magistrats du siège appartenant à cet ordre juridique (cf. catalogue des infractions disciplinaires). A défaut d’un tel catalogue, un déséquilibre apparaît du fait que les autorités chargées de la mise en œuvre du droit disciplinaire jouissent d’un pouvoir non suffisamment délimité et largement imprévisible, ce qui n’est pas souhaitable.

1519. — Deuxièmement, l’échelle des sanctions disciplinaires pourrait, parfois, être affinée et/ou modernisée (p. ex. meilleure définition des sanctions disciplinaires à caractère admonestatif [cf. avertissement ; blâme] ; redéfinition, ou éventuellement abandon, des sanctions disciplinaires à caractère – directement – pécuniaire [cf. amende ; déclassement ; suspension de traitement] ; ajout de formes partielles de suspension disciplinaire [cf. retrait des fonctions de représentation ; retrait des fonctions juridictionnelles] ; limitation de la révocation à son seul aspect disciplinaire), en lien également avec la définition des infractions disciplinaires (cf. corrélation entre les infractions et les sanctions disciplinaires). De même, les principes applicables à la fixation des sanctions disciplinaires mériteraient généralement d’être (re)définis, au vu notamment du fait que la reconnaissance de l’application du principe de la légalité des infractions disciplinaires a(urait) pour effet d’influencer la portée du principe de l’opportunité (des poursuites disciplinaires et) des sanctions disciplinaires. Dans tous les cas, on devrait préférer l’adoption de règles disciplinaires claires à l’utilisation extensive – entraînant une importante imprévisibilité – de correctifs tel que le(s) principe(s) d’opportunité précité(s).

1520. — Troisièmement, il conviendrait d’instaurer, dans chaque ordre juridique, un système d’autorités (disciplinaires) – organe spécial indépendant du conseil de la justice et éventuelle(s) instance(s) de recours – ainsi qu’une procédure disciplinaire répondant aux exigences modernes découlant notamment de la Convention européenne des droits de l’homme et de différents textes non

²¹⁴⁸ Cf. ég. DELPEREE (B/F), p. 205, qui mettait en évidence la nécessité d’élaborer un statut disciplinaire de la fonction publique.

contraignants (cf. avis et recommandations d'associations et d'organismes à vocation internationale). Notamment, l'institution de voies de recours appropriées vise à permettre au droit disciplinaire de se donner un cadre juridictionnalisé « complet »²¹⁴⁹ lorsque l'autorité disciplinaire (première instance) ne remplit pas les garanties d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Il est par ailleurs possible de compenser partiellement, à titre de pis-aller, l'indétermination des comportements pouvant entraîner des sanctions disciplinaires – de même que l'inconvénient provenant de l'indétermination de la nature juridique du droit disciplinaire – par une meilleure définition des garanties procédurales (minimales) applicables aux magistrats du siège²¹⁵⁰. A ce dernier titre, nous indiquons qu'il serait souhaitable que l'étendue des garanties applicables soit réglée à titre général et ne dépende pas de la nature et du but, ainsi que de la gravité, de la sanction envisagée ou envisageable dans chaque cas d'espèce.

1521. — Arrivé au terme de notre exposé, nous souhaitons finalement souligner le fait que la (poursuite de la) modernisation de la surveillance disciplinaire des magistrats du siège en Suisse dépasse le pur intérêt académique. Le droit disciplinaire des magistrats du siège est un reflet (de l'image) de la justice dans un système juridique donné : l'examen de la qualité d'un régime de surveillance disciplinaire des magistrats du siège permet en effet, à certains égards, d'évaluer la place et la considération donnée au pouvoir judiciaire dans le système juridique visé, notamment par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Le droit disciplinaire des magistrats du siège est aussi, d'une manière plus générale, un reflet (des valeurs) de la société dont il émane : la qualité du régime de surveillance disciplinaire des magistrats du siège dans un système juridique donné est en effet un indicateur du niveau des institutions de ce système, en particulier de l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'intérieur de celui-ci. La question est ainsi, en particulier, de savoir si les magistrats du siège bénéficient eux-mêmes des garanties dont ils doivent veiller quotidiennement au respect lorsqu'ils traitent, dans l'exercice de leurs fonctions, les causes des justiciables.

1522. — Le fait que d'importantes réformes ont été entreprises récemment dans plusieurs Etats étrangers concernant les conseils de la justice, y compris en matière de droit disciplinaire des magistrats du siège, ne doit par ailleurs pas être négligé. Certains pays, qui présentaient un niveau institutionnel pouvant

²¹⁴⁹ Cf. DELPEREE (B), RTDH, p. 344, qui parle de juridictionnalisation limitée dans la mesure où une telle démarche n'affecterait que la phase finale du processus disciplinaire.

²¹⁵⁰ GUICHETEAU (F ; anc.), p. 79 ss ; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, p. 191 et n. 45 ; CCJE, Avis n° 3, par. 68, 77. Comp. GARDNER GEYH (USA), p. 246.

être décrit comme généralement « inférieur » à la Suisse, se sont alignés sur les standards internationaux actuels en matière d'indépendance de la justice, y compris concernant la surveillance (disciplinaire) des magistrats du siège²¹⁵¹. Ces pays pourraient ainsi se placer (désormais), sur la base d'une comparaison abstraite des règles de droit applicables, dans une situation préférable à la Suisse en matière d'indépendance de la justice. A notre sens, la position prévalant en Suisse au niveau fédéral et dans bien des cantons, qui consiste, au nom d'une exemplarité et d'une stabilité peut-être en partie révolues, à faire l'économie d'instruments permettant pourtant de contribuer à garantir certaines valeurs fondamentales d'un Etat de droit, mériterait en tout état de cause d'être revue.

²¹⁵¹ Par exemple, la Croatie s'est mise en conformité avec différents standards internationaux afin de pouvoir entrer dans l'Europe (demande d'adhésion : 21.02.2003 ; date d'adhésion : 01.07.2013) (cf. SESSA, N 12-15 et *passim*).