

Les modes de désignation des juges

Etude de droit constitutionnel suisse et comparé

Thèse soutenue à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel le 7 décembre 2020

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

Par

Alfio RUSSO

Jury :

Prof. Pascal MAHON
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. François BOHNET
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Dre Florence AUBRY GIRARDIN
Juge au Tribunal fédéral
Rapporteur externe

Prof. Regina KIENER
Faculté de droit de l'Université de Zurich
Rapporteur externe

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**LES MODES DE DÉSIGNATION DES JUGES. ÉTUDE DE DROIT
CONSTITUTIONNEL SUISSE ET COMPARÉ**

Alfio RUSSO

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. André Kuhn (président)
- M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
- M. François Bohnet (rapporteur interne)
- Mme Florence Aubry Girardin (Juge fédérale, rapporteur externe)
- Mme Regina Kiener (Professeure à l'Université de Zurich, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 7 décembre 2020

Olivier Hari
Doyen de la Faculté de droit

Résumé

En comparaison internationale, le système de désignation des juges en Suisse affiche une certaine originalité. Celle-ci tient au fait que les juges sont élus en règle générale par un organe politique, le Parlement ou le peuple, sur la base d'une présentation des candidats par les partis politiques, et ceci pour une durée déterminée. Bien que profondément enraciné dans les mœurs helvétiques, ce système est pourtant de plus en plus critiqué en raison du lien qu'entretiennent les juges et les partis politiques.

A travers une démarche juridique, intégrant des aspects comparatistes et pluridisciplinaires, la présente thèse vise ainsi à identifier les avantages mais surtout les faiblesses du système suisse de désignation des juges, puis à proposer certains palliatifs à celui-ci. Elle répond à un besoin aussi bien théorique que pratique.

La première partie présente la désignation des juges en Suisse, ses fondements socio-historiques puis les règles de droit positif régissant la désignation des membres des tribunaux de la Confédération et des cantons.

La seconde partie est consacrée aux modes de désignation des juges sous l'angle du droit comparé. Elle présente d'abord les recommandations et principes internationaux en matière d'indépendance de la justice. Puis, elle analyse les systèmes judiciaires étrangers, avec un accent particulier mis sur la France, le Royaume-Uni et les États-Unis. Elle traite également la désignation des membres des principaux tribunaux internationaux.

La troisième partie, véritable cœur de la thèse, est dédiée à l'étude des limites des modes de désignation des juges en Suisse. Elle examine le monopole des partis politiques dans le choix des juges, les contributions financières versées par les juges à leur parti (*Parteisteuern*), la réélection périodique des juges ainsi que la formation de ceux-ci. Elle propose finalement des solutions aux problèmes constatés.

Summary

By international comparison, the system for selecting judges in Switzerland is rather unique. This is due to the fact that judges are, as a rule, elected for a fixed term by a political body – the Parliament or the people – based on the presentation of candidates by political parties. Although deeply rooted in Swiss tradition, this system is nevertheless increasingly criticized due to the link it creates between judges and political parties.

Through a legal approach, integrating comparative and multidisciplinary aspects, this thesis aims to identify not only the advantages but above all the weaknesses of the Swiss system of selecting judges, in order to propose some palliatives to them. It responds to a need that is theoretical as well as practical.

The first part of this study presents the selection of judges in Switzerland, its socio-historical foundations, and the rules of positive law governing the selection of Court members at the level of the Confederation and of the Cantons.

The second part is devoted to the methods of selecting judges from a comparative law perspective. It first presents the international recommendations and principles relating to the independence of the judiciary. It then analyses foreign judicial systems, with particular emphasis on France, the United Kingdom, and the United States. It also deals with the selection of the members of the main International Courts.

The third part, core of the thesis, is dedicated to studying the limits of the modes of appointment of judges in Switzerland. Namely, it examines the monopoly of political parties in the choice of judges, the financial contributions made by judges to their party (*Parteisteuern*), the periodic re-election of judges, and their training. Finally, it proposes solutions to the problems identified.

Mots-clés/Keywords

Désignation des juges – élection des juges – réélection des juges – indépendance de la justice – formation des juges
– droit constitutionnel comparé – systèmes judiciaires – partis politiques – histoire constitutionnelle

Selection of Judges – Election of Judges – Re-election of Judges – Independence of the Judiciary – Training for
Judges – Comparative Constitutional Law – Judicial System – Political Parties – Constitutional History

Table des matières

Table des matières	I
Table des abréviations	XIII
Bibliographie	XIX
A. Ouvrages, articles et avis de droit suisses	XIX
B. Ouvrages et articles de droit international et comparé	XXXI
C. Documents officiels	XXXVII
Introduction	1
A. Objet, contexte et intérêt de la thèse	1
B. Buts de la thèse	3
C. Délimitation de la thèse	3
D. Méthode de la thèse	5
E. Structure de la thèse	6
Première partie : Les modes de désignation des juges en Suisse	7
Chapitre 1 : Les origines de la désignation des juges en Suisse : quelques éléments historiques	9
1.1. Présentation et démarche	9
1.2. L'Ancien Régime (1291-1798)	9
1.2.1. En général : la situation politique avant 1798	9
1.2.2. Le Pacte fédéral de 1291 : le rejet du juge « étranger »	10
1.2.3. La prédominance des juges laïcs et issus des classes sociales privilégiées	10
1.3. La République helvétique (1798-1803)	12
1.3.1. L'arrivée des troupes de Napoléon et la Constitution helvétique du 12 avril 1798	12
1.3.2. L'organisation judiciaire de la République helvétique	12
1.4. L'Acte de médiation et la Restauration (1803-1830)	13
1.4.1. Le contexte politique	13
1.4.2. L'organisation judiciaire et la séparation des pouvoirs dans les cantons	14
1.5. La Régénération (1831-1848)	15
1.5.1. Le contexte politique	15
1.5.2. Les théories politiques de la Régénération	15
1.5.3. La séparation des pouvoirs et l'élection des juges dans les cantons	16
1.5.3.1. Une consolidation de l'indépendance de la justice	16
1.5.3.2. La désignation des juges	17
1.5.3.3. La persistance du juge laïc	17
1.5.3.4. Une limitation de la durée de fonction	18
1.6. La Constitution fédérale du 12 septembre 1848	19
1.6.1. Le contexte politique : la guerre du Sonderbund	19
1.6.2. Un nouvel Etat fédéral	19
1.6.3. Le « premier » Tribunal fédéral	19
1.6.3.1. Un tribunal non permanent et avec des compétences limitées	19
1.6.3.2. L'élection des juges et les incompatibilités	20
1.6.3.3. La durée de fonction des juges	21
1.7. La Constitution fédérale du 29 mai 1874	21
1.7.1. La nécessité d'une révision totale	21
1.7.2. Un Tribunal fédéral permanent et indépendant	22
1.7.2.1. Un véritable organe juridictionnel	22
1.7.2.2. Des juges à plein temps et plus indépendants	22
a) Les conditions d'éligibilité	22
b) Les incompatibilités	23
c) La durée de fonction	23
1.8. L'évolution relative à l'élection et au statut des juges dans quelques cantons depuis 1848 et un aperçu au niveau fédéral	24

1.8.1.	Une méfiance toujours marquée à l'égard de la justice.....	24
1.8.2.	Les règles d'incompatibilités	24
1.8.3.	Une élection restant de la compétence d'un organe politique	25
1.8.4.	Une lente professionnalisation du métier du juge	25
1.8.5.	Le XX ^e siècle au Tribunal fédéral : du « juge-politicien » au « juge-juriste »	26
1.9.	Synthèse.....	26

Chapitre 2 : La désignation des juges fédéraux 29

2.1.	Présentation et démarche	29
2.2.	La désignation des juges du Tribunal fédéral	29
2.2.1.	Les conditions et critères d'éligibilité	29
2.2.1.1.	La titularité du droit de vote en matière fédérale comme seule condition d'éligibilité	29
2.2.1.2.	Les critères additionnels	30
a)	<i>La langue</i>	30
b)	<i>L'origine cantonale</i>	31
c)	<i>La religion</i>	31
d)	<i>Le sexe</i>	31
e)	<i>Les compétences professionnelles ou l'absence de formation obligatoire</i>	31
f)	<i>Les qualités personnelles</i>	32
g)	<i>L'affiliation politique</i>	32
2.2.2.	La préparation de l'élection	33
2.2.2.1.	La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale.....	33
2.2.2.2.	La procédure.....	34
a)	<i>La mise au concours et les contacts avec les groupes parlementaires</i>	34
b)	<i>L'audition et l'évaluation des candidats</i>	35
c)	<i>Les propositions à l'Assemblée fédérale</i>	35
2.2.2.3.	Un choix restant ancré dans le respect de la répartition politique	35
2.2.2.4.	La tentative avortée d'instaurer un Conseil de la magistrature	36
2.2.3.	L'élection des juges	39
2.2.3.1.	Une compétence de l'Assemblée fédérale	39
2.2.3.2.	La procédure.....	39
a)	<i>Le renouvellement intégral des tribunaux fédéraux</i>	39
b)	<i>L'élection complémentaire</i>	40
c)	<i>La majorité requise</i>	40
d)	<i>Le serment ou la promesse solennelle</i>	41
e)	<i>La durée de fonction</i>	41
f)	<i>L'élection du président et du vice-président</i>	41
2.2.3.3.	La composition du Tribunal fédéral : quelques éléments politico-historiques.....	42
2.2.4.	Le statut des juges	43
2.2.4.1.	Des magistrats bien rémunérés	43
2.2.4.2.	Un domicile en Suisse	44
2.2.5.	Les incompatibilités	44
2.2.5.1.	Le principe et les buts de l'incompatibilité	44
2.2.5.2.	Les effets de l'incompatibilité	45
2.2.5.3.	Les incompatibilités à raison de la fonction.....	45
a)	<i>Incompatibilités avec une charge au sein d'une autorité politique de la Confédération</i>	45
b)	<i>Incompatibilités avec une autre fonction au sein de la Confédération ou d'un canton</i>	45
c)	<i>L'interdiction d'exercer une activité lucrative privée</i>	46
d)	<i>Les activités accessoires</i>	47
2.2.5.4.	Les incompatibilités à raison de la personne (art. 8 LTF).....	47
2.2.6.	La cessation de la fonction.....	47
2.2.6.1.	La limite d'âge.....	47
2.2.6.2.	La démission, le décès et la perte d'éligibilité	48
2.2.6.3.	La non-réélection	48
2.2.6.4.	La révocation	49
a)	<i>Une absence de réglementation</i>	49
b)	<i>L'exemple de l'affaire « Schubarth »</i>	50
2.2.6.5.	<i>Excursus : la haute surveillance de l'Assemblée fédérale</i>	51
2.3.	La désignation des juges des autres tribunaux fédéraux	52
2.3.1.	La désignation des juges fédéraux de première instance	52
2.3.1.1.	Le Tribunal administratif fédéral.....	52
2.3.1.2.	Le Tribunal pénal fédéral.....	53
2.3.1.3.	Le Tribunal fédéral des brevets.....	54
2.3.2.	La désignation des juges du Tribunal militaire de cassation	54
2.3.3.	<i>Excursus : la désignation du procureur général de la Confédération et de l'Autorité de surveillance sur le Ministère public de la Confédération</i>	55
2.3.4.	La révocation et la non-réélection des juges fédéraux de première instance	56
2.4.	Synthèse.....	57

Chapitre 3 : La désignation des juges dans les cantons	59
3.1. Présentation et démarche	59
3.2. Un aperçu des modes de désignation cantonaux.....	59
3.2.1. Les conditions d'éligibilité	59
3.2.1.1. Le suivi d'une formation spécifique	59
3.2.1.2. L'expérience professionnelle	60
3.2.1.3. Les langues	60
3.2.1.4. L'absence de condamnation pénale, d'actes de défaut de biens ou de faillite.....	60
3.2.1.5. L'obligation de domicile.....	61
3.2.1.6. L'appartenance à un parti politique	61
3.2.2. La préparation de l'élection	61
3.2.3. Les autorités de désignation.....	62
3.2.3.1. Des juges de première instance.....	62
3.2.3.2. Des juges de seconde instance	62
3.2.3.3. Les élections tacites	62
3.2.4. La durée de la fonction	62
3.2.5. La réélection	63
3.2.6. Tendances et évolution	63
3.3. La désignation des juges dans quelques cantons en particulier	64
3.3.1. Berne.....	64
3.3.1.1. Les conditions d'éligibilité	64
3.3.1.2. La sélection des candidats.....	64
3.3.1.3. La désignation des juges.....	65
3.3.1.4. La durée de fonction et la réélection.....	65
3.3.1.5. Les incompatibilités.....	65
a) <i>Incompatibilités à raison de la fonction.....</i>	65
b) <i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	66
3.3.1.6. La surveillance disciplinaire	66
3.3.2. Fribourg	66
3.3.2.1. Les conditions d'éligibilité	66
3.3.2.2. La sélection des candidats.....	67
3.3.2.3. La désignation des juges.....	68
3.3.2.4. L'absence de réélection	68
3.3.2.5. Les incompatibilités.....	69
a) <i>Incompatibilités à raison de la fonction.....</i>	69
b) <i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	69
3.3.2.6. La surveillance disciplinaire	70
3.3.3. Genève	71
3.3.3.1. Les conditions d'éligibilité	71
3.3.3.2. La sélection des candidats.....	71
3.3.3.3. La désignation des juges.....	72
3.3.3.4. La durée de fonction et la réélection.....	73
3.3.3.5. Les incompatibilités.....	73
a) <i>Incompatibilités à raison de la fonction.....</i>	73
b) <i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	74
3.3.3.6. La surveillance disciplinaire	74
3.3.4. Le Jura	74
3.3.4.1. Les conditions d'éligibilité	74
3.3.4.2. La sélection des candidats.....	75
3.3.4.3. La désignation des juges.....	75
3.3.4.4. La durée de fonction et la réélection.....	75
3.3.4.5. Les incompatibilités.....	76
a) <i>Incompatibilités à raison de la fonction.....</i>	76
b) <i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	76
3.3.4.6. La surveillance disciplinaire	77
3.3.5. Neuchâtel	77
3.3.5.1. Les conditions d'éligibilité	77
3.3.5.2. La sélection des candidats.....	77
3.3.5.3. La désignation des juges.....	78
3.3.5.4. La durée de fonction et la réélection.....	78
3.3.5.5. Les incompatibilités.....	79
a) <i>Incompatibilités à raison de la fonction.....</i>	79
b) <i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	79
3.3.5.6. La surveillance disciplinaire	80
3.3.6. Le Tessin.....	80
3.3.6.1. Les conditions d'éligibilité	80
3.3.6.2. La sélection des candidats.....	80
3.3.6.3. La désignation des juges.....	81

3.3.6.4.	Une dépolitisation manquée ?	82
3.3.6.5.	La durée de fonction et la réélection	82
3.3.6.6.	Les incompatibilités	83
a)	<i>Incompatibilités à raison de la fonction</i>	83
b)	<i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	83
3.3.6.7.	La surveillance disciplinaire	84
3.3.7.	Le Valais	84
3.3.7.1.	Les conditions d'éligibilité	84
3.3.7.2.	L'institution récente du Conseil de la magistrature	84
3.3.7.3.	La sélection des juges du Tribunal cantonal	85
3.3.7.4.	La désignation des juges : quatre diverses autorités	86
3.3.7.5.	La durée de fonction et la réélection	86
3.3.7.6.	Les incompatibilités	86
a)	<i>Incompatibilités à raison de la fonction</i>	86
b)	<i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	87
3.3.7.7.	La surveillance disciplinaire	87
3.3.8.	Vaud	88
3.3.8.1.	Les conditions d'éligibilité	88
3.3.8.2.	La sélection des juges du Tribunal cantonal	88
3.3.8.3.	La désignation des juges : un double système	89
3.3.8.4.	La durée de fonction et la réélection	90
3.3.8.5.	Les incompatibilités	90
a)	<i>Incompatibilités à raison de la fonction</i>	90
b)	<i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	90
3.3.8.6.	La surveillance disciplinaire	91
3.3.9.	Zurich	92
3.3.9.1.	Très brève présentation de l'organisation judiciaire zurichoise	92
3.3.9.2.	Les conditions d'éligibilité	92
3.3.9.3.	La sélection des candidats	92
3.3.9.4.	La désignation des juges	93
3.3.9.5.	La durée de fonction et la réélection	93
3.3.9.6.	Les incompatibilités	94
a)	<i>Incompatibilités à raison de la fonction</i>	94
b)	<i>Incompatibilités à raison de la personne</i>	94
3.3.9.7.	La surveillance disciplinaire	94
3.3.10.	Synthèse	94
3.3.10.1.	Les conditions d'éligibilité	94
3.3.10.2.	La préparation de l'élection	95
3.3.10.3.	La désignation	95
3.3.10.4.	La durée de fonction et la réélection	96
3.3.10.5.	Les incompatibilités	96
3.3.10.6.	La surveillance disciplinaire	96

Deuxième partie : Les modes de désignation des juges sous l'angle du droit comparé 99

Chapitre 1 : Les standards internationaux 101

1.1.	Présentation et démarche	101
1.2.	Le Conseil de l'Europe	101
1.2.1.	Présentation	101
1.2.2.	Le Comité des Ministres	102
1.2.2.1.	Recommandation CM/Rec(94)	102
1.2.2.2.	Recommandation CM/Rec(2010)	102
1.2.3.	L'Assemblée parlementaire	103
1.2.4.	Le Conseil consultatif des juges européens (CCJE)	104
1.2.4.1.	Présentation	104
1.2.4.2.	Avis n° 1 (2001) sur les normes relatives à l'indépendance et l'immovibilité des juges	104
1.2.4.3.	Avis n° 3 (2002) sur l'éthique et la responsabilité des juges	104
1.2.4.4.	Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société	105
1.2.4.5.	Magna carta des juges	105
1.2.4.6.	Avis n° 18 (2015) sur la place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'Etat dans une démocratie moderne	106
1.2.4.7.	Avis n° 21 (2018) – Prévenir la corruption parmi les juges	106
1.2.4.8.	Rapport sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les Etats membres	107
1.2.5.	La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)	107
1.2.6.	La Charte européenne sur le statut des juges	108
1.2.7.	Le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)	108
1.2.7.1.	Présentation	108
1.2.7.2.	Quatrième cycle d'évaluation : les rapports sur la Suisse	108
a)	<i>Le rapport d'évaluation du 2 décembre 2016</i>	108

b) Le rapport de conformité du 22 mars 2019.....	110
1.3. Les autres organismes internationaux.....	111
1.3.1. The Syracuse Draft Principles on the Independence of the Judiciary (1981)	111
1.3.2. Les Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)	111
1.3.3. Le Statut universel du juge de l'Union internationale des magistrats (1999)	111
1.3.4. Les Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (2002).....	112
1.3.5. Le Comité des droits de l'homme : Observation générale n° 32 sur l'article 14 (2007)	112
1.3.6. The Mount Scopus International Standards of Judicial Independence (2008).....	113
1.3.7. Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia (2010).....	114
1.4. Synthèse et confrontation avec le système suisse	115
Chapitre 2 : Les modes de désignation des juges à l'étranger	119
2.1. Présentation et démarche	119
2.1.1. L'intérêt de la démarche comparative	119
2.1.2. Bref exposé du plan et justification des systèmes juridiques examinés	120
2.2. Les Etats membres du Conseil de l'Europe	120
2.2.1. Introduction.....	120
2.2.2. Les modalités de recrutement	121
2.2.3. L'autorité responsable du recrutement initial	122
2.2.4. L'autorité de nomination.....	122
2.2.4.1. L'exécutif	122
2.2.4.2. Le législatif	123
2.2.4.3. Le judiciaire.....	123
2.2.5. La formation initiale des juges professionnels	124
2.2.6. La durée de fonction	124
2.2.7. Résumé et tendances	124
2.2.8. Les juges des cours constitutionnelles : une catégorie à part.....	125
2.2.8.1. L'autorité de désignation	125
2.2.8.2. La durée de fonction	127
2.3. La France	128
2.3.1. Quelques éléments historiques.....	128
2.3.1.1. L'Ancien Régime : la vénalité des offices de judicature.....	128
2.3.1.2. La période révolutionnaire : des juges désormais élus.....	128
2.3.1.3. Le Consulat et le Premier Empire : le « retour » à la nomination	130
2.3.2. L'organisation judiciaire : la dualité d'ordres juridictionnels	130
2.3.3. La désignation des magistrats de l'ordre judiciaire.....	131
2.3.3.1. Le recrutement et la formation.....	131
a) L'Ecole nationale de la magistrature (ENM).....	131
b) Un recrutement principalement sur concours.....	132
c) Le recrutement sur titres.....	132
d) La formation auprès de l'ENM.....	133
e) Le recrutement latéral par intégration au poste ou « tour extérieur ».....	133
f) Exceptions : les juges des tribunaux de commerce et les conseillers prud'hommes	134
2.3.3.2. La nomination.....	134
2.3.3.3. Le déroulement de la carrière	134
a) L'inamovibilité du magistrat du siège.....	134
b) Le Conseil supérieur de la magistrature : composition et attributions.....	135
c) Le régime disciplinaire	135
d) L'avancement du magistrat : un système de grades.....	136
e) La mobilité de corps : avantage ou inconvénient ?.....	137
2.3.4. La désignation des magistrats de l'ordre administratif	137
2.3.4.1. Le recrutement et la formation.....	137
a) Le recrutement ordinaire par l'Ecole nationale d'administration (ENA).....	137
b) Le recrutement latéral ou « tour extérieur »	138
2.3.4.2. Le déroulement de la carrière	138
a) L'inamovibilité.....	138
b) L'avancement.....	139
c) Le régime disciplinaire	139
2.3.5. La désignation des membres du Conseil constitutionnel	139
2.3.6. Synthèse et brève appréciation du système	140
2.3.6.1. Un recrutement initial pas aussi méritocratique qu'il y paraît ?.....	140
2.3.6.2. La prédominance des connaissances « scolaires » au détriment de l'expérience pratique	141
2.3.6.3. Une méfiance persistante à l'égard de la justice	142
2.3.6.4. Un juge français vraiment apolitique ?	143
2.3.6.5. Un système hiérarchique très prononcé	143
2.4. Le Royaume-Uni	144

2.4.1.	Présentation.....	144
2.4.2.	Quelques éléments historiques.....	144
2.4.2.1.	La conquête normande et le développement d'une justice royale.....	144
2.4.2.2.	Un recrutement judiciaire s'opérant parmi les avocats.....	145
2.4.2.3.	L'avènement progressif de l'indépendance totale des juges.....	146
2.4.2.4.	La réforme constitutionnelle de 2005.....	146
2.4.3.	L'Angleterre et le Pays de Galles.....	147
2.4.3.1.	L'organisation judiciaire.....	147
a)	<i>Présentation schématique</i>	147
b)	<i>Les juridictions inférieures</i>	148
c)	<i>Les juridictions supérieures</i>	148
d)	<i>Les tribunaux spécialisés</i>	149
2.4.3.2.	Le « nouveau » Lord Chancellor.....	149
2.4.3.3.	Le recrutement des juges.....	150
a)	<i>Un choix traditionnellement opéré parmi les praticiens du droit</i>	150
b)	<i>Une sélection longtemps restée vague, non exempte d'influence politique, et homogène</i>	150
c)	<i>L'instauration de la Judicial Appointments Commission (JAC)</i>	151
d)	<i>Les conditions d'éligibilité</i>	152
i.	En général : une sélection basée sur le mérite, la bonne moralité et la diversité.....	152
ii.	Les Magistrates.....	153
iii.	Les Tribunal Members.....	153
iv.	Les Recorders.....	154
v.	Les juges de district (<i>District Judges</i>).....	154
vi.	Les juges de circuit (<i>Circuit Judges</i>).....	154
vii.	Les juges de la <i>High Court</i>	154
viii.	Les juges de la Cour d'appel (<i>Lords Justices of Appeal</i>).....	154
e)	<i>La procédure de sélection</i>	154
2.4.3.4.	La nomination.....	156
2.4.3.5.	Le déroulement de la carrière.....	156
a)	<i>L'inamovibilité</i>	156
b)	<i>Le régime disciplinaire</i>	157
c)	<i>L'avancement</i>	157
d)	<i>La formation</i>	158
2.4.4.	L'Ecosse.....	158
2.4.4.1.	L'organisation judiciaire.....	158
a)	<i>Une organisation judiciaire autonome</i>	158
b)	<i>Présentation schématique</i>	158
c)	<i>Les juridictions pénales</i>	159
d)	<i>Les juridictions civiles</i>	159
2.4.4.2.	Le recrutement et la nomination des juges.....	160
a)	<i>Les conditions d'éligibilité</i>	160
b)	<i>La procédure de recrutement et la nomination</i>	160
2.4.4.3.	Le déroulement de la carrière.....	161
a)	<i>L'inamovibilité</i>	161
b)	<i>Le régime disciplinaire</i>	161
c)	<i>L'avancement</i>	162
d)	<i>La formation</i>	162
2.4.5.	L'Irlande du Nord.....	162
2.4.5.1.	L'organisation judiciaire.....	162
a)	<i>Une organisation judiciaire autonome</i>	162
b)	<i>Présentation schématique</i>	162
c)	<i>Les juridictions civiles et pénales</i>	163
2.4.5.2.	Le recrutement des juges.....	164
a)	<i>Les conditions d'éligibilité</i>	164
b)	<i>La procédure de sélection</i>	164
2.4.5.3.	La nomination des juges.....	165
2.4.5.4.	Le déroulement de la carrière.....	165
a)	<i>L'inamovibilité</i>	165
b)	<i>Le régime disciplinaire</i>	165
c)	<i>L'avancement</i>	166
d)	<i>La formation</i>	166
2.4.6.	La Cour suprême du Royaume-Uni.....	166
2.4.6.1.	Rôle et compétences.....	166
2.4.6.2.	Les conditions d'éligibilité.....	167
2.4.6.3.	La sélection des juges.....	167
2.4.6.4.	La nomination des juges.....	168
2.4.7.	Synthèse et brève appréciation du système.....	168
2.4.7.1.	Une fonction prestigieuse réservée à une élite financière et intellectuelle.....	168
2.4.7.2.	Une désignation devenue plus transparente et moins politisée.....	169
2.4.7.3.	Une emprise toujours (trop ?) forte des juges sur la désignation de leurs pairs.....	169

2.5.	Les Etats-Unis d'Amérique	170
2.5.1.	Quelques éléments historiques.....	170
2.5.1.1.	La Constitution des Etats-Unis et la création de la Cour suprême	170
2.5.1.2.	Le choix du mode de désignation des juges fédéraux	171
2.5.1.3.	Une nomination « during good behavior »	172
2.5.1.4.	La procédure d' <i>impeachment</i>	172
2.5.1.5.	La prévalence de l'élection populaire dans les Etats.....	173
2.5.2.	L'organisation judiciaire	174
2.5.2.1.	L'ordre juridictionnel fédéral.....	175
2.5.2.2.	L'ordre juridictionnel étatique	175
2.5.2.3.	Le partage vertical des compétences.....	175
2.5.3.	La désignation des juges fédéraux	176
2.5.3.1.	Des itinéraires variés à défaut de conditions légales d'éligibilité	176
2.5.3.2.	La procédure de désignation : généralités.....	176
2.5.3.3.	Les juges de la Cour suprême	177
a)	<i>Organisation et compétences de la Cour</i>	177
b)	<i>Une nomination fortement politique</i>	178
c)	<i>La confirmation par le Sénat : une épreuve pour le candidat</i>	179
d)	<i>La nomination comme enjeu de l'élection présidentielle : l'exemple de la « bataille » pour la succession d'Antonin SCALIA</i>	181
e)	<i>Des juges très indépendants, car nommés à vie</i>	182
f)	<i>La composition actuelle de la Cour suprême</i>	184
2.5.3.4.	Les juges des cours inférieures	184
2.5.3.5.	La destitution des juges : la procédure d' <i>impeachment</i>	185
a)	<i>Le principe</i>	185
b)	<i>Quelques (rares) cas d'impeachment</i>	186
c)	<i>La justiciabilité de la procédure d'impeachment</i>	186
2.5.3.6.	Le régime disciplinaire (hors <i>impeachment</i>).....	187
2.5.4.	La désignation des juges étatiques	188
2.5.4.1.	Les conditions d'éligibilité	188
2.5.4.2.	Les différents modes de désignation.....	188
a)	<i>Une désignation essentiellement populaire</i>	188
b)	<i>Les élections partisans</i>	188
c)	<i>Les élections non partisans</i>	189
d)	<i>Le « Missouri plan » et les élections de rétention</i>	189
2.5.4.3.	La durée de fonction et la réélection.....	191
2.5.4.4.	Le problème du financement des campagnes électorales.....	191
2.5.4.5.	La révocation et autres sanctions disciplinaires	192
2.5.5.	Synthèse et brève appréciation du système	193
2.5.5.1.	Un juge (politique) bénéficiant d'une forte légitimité démocratique	193
2.5.5.2.	Un équilibre (parfois fragile) entre indépendance de la justice et responsabilité démocratique.....	194
2.6.	L'analyse comparative : une distinction entre deux principaux modèles de désignation judiciaire	195
2.6.1.	Une distinction traditionnelle.....	195
2.6.2.	Le modèle bureaucratique ou continental	195
2.6.3.	Le modèle professionnel ou de <i>common law</i>	196
2.6.4.	Un écart qui tend à se réduire.....	198
2.7.	La comparaison avec le système suisse de désignation	199
2.7.1.	La Suisse et la France : davantage de différences que de similitudes	200
2.7.1.1.	Les différences.....	200
2.7.1.2.	Les similitudes.....	200
2.7.2.	La Suisse et le Royaume-Uni : presque autant de similitudes que de différences	201
2.7.2.1.	Les similitudes.....	201
2.7.2.2.	Les différences.....	201
2.7.3.	La Suisse et les Etats-Unis : davantage de similitudes que de différences.....	202
2.7.3.1.	Les similitudes.....	202
2.7.3.2.	Les différences.....	203
2.7.4.	Synthèse de la comparaison	203

Chapitre 3 : La désignation des membres de certaines juridictions internationales 205

3.1.	Présentation et démarche	205
3.2.	La Cour européenne des droits de l'homme	205
3.2.1.	Brève présentation	205
3.2.2.	Composition et conditions d'éligibilité.....	206
3.2.3.	La procédure de sélection des candidats	206
3.2.3.1.	L'établissement de la liste.....	206
3.2.3.2.	Le Panel consultatif d'experts.....	207
3.2.3.3.	La Commission sur l'élection des juges	208
3.2.4.	L'élection par l'Assemblée parlementaire	208

3.2.5.	La durée du mandat.....	209
3.2.6.	La cessation du mandat.....	210
3.2.7.	Synthèse intermédiaire : une désignation assez démocratique, mais nécessairement politisée.....	210
3.3.	La Cour de justice de l'Union européenne	211
3.3.1.	Brève présentation	211
3.3.2.	Composition et conditions d'éligibilité.....	211
3.3.3.	La désignation des juges	212
3.3.3.1.	La nomination par les Etats membres	212
3.3.3.2.	L'examen préalable du comité 255.....	213
3.3.4.	La durée du mandat.....	213
3.4.	La Cour internationale de justice	213
3.4.1.	Brève présentation	213
3.4.2.	Composition et conditions d'éligibilité.....	214
3.4.3.	La désignation des juges	214
3.4.4.	Durée du mandat.....	215
3.5.	La Cour pénale internationale.....	215
3.5.1.	Brève présentation	215
3.5.2.	Composition et conditions d'éligibilité.....	216
3.5.3.	La désignation des juges	216
3.5.4.	La durée du mandat.....	217
3.6.	Synthèse.....	217
Troisième partie : Les limites des modes de désignation des juges en Suisse		219
Chapitre 1 : La séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice comme prémisses		221
1.1.	Présentation et démarche	221
1.2.	La séparation des pouvoirs	221
1.2.1.	Les origines du concept	221
1.2.2.	Une doctrine « classique » devenue anachronique ?.....	222
1.2.3.	La séparation des pouvoirs en Suisse.....	223
1.3.	L'indépendance de la justice	223
1.3.1.	Un concept fondamental consacré constitutionnellement	223
1.3.2.	Les différents aspects de l'indépendance de la justice	224
1.3.3.	L'impartialité	225
1.3.4.	La récusation comme remède	226
1.4.	L'indépendance de la justice à l'aune de la jurisprudence relative à la désignation des juges	226
1.4.1.	La Cour européenne des droits de l'homme	226
1.4.1.1.	Le champ d'application <i>rationae materiae</i> de l'art. 6 CEDH (volet civil).....	226
1.4.1.2.	L'accès à un tribunal.....	227
1.4.1.3.	L'autorité de désignation des juges.....	227
1.4.1.4.	La composition de la juridiction	228
1.4.1.5.	La durée de fonction et l'inamovibilité du magistrat	229
a)	<i>Les principes dégagés par la Cour</i>	229
b)	<i>Quelques arrêts topiques</i>	230
1.4.2.	Le Tribunal fédéral	231
1.4.2.1.	L'autorité de désignation	231
1.4.2.2.	L'appartenance du magistrat à un parti politique.....	232
1.4.2.3.	Les liens entre un juge et un avocat député ou membre d'une commission judiciaire.....	233
1.5.	L'indépendance de droit versus l'indépendance de fait des tribunaux suisses	233
1.6.	Synthèse : le système suisse (encore ?) jamais condamné	235
Chapitre 2 : L'élection et le monopole des partis politiques dans le choix des juges		237
2.1.	Présentation et démarche	237
2.2.	Les principaux arguments justifiant l'élection démocratique	237
2.2.1.	La tradition démocratique de la Suisse	237
2.2.2.	La légitimité démocratique de la justice	238
2.3.	Les diverses autorités de désignation.....	239
2.3.1.	Le corps électoral.....	239
2.3.2.	Le Parlement	241
2.3.3.	L'exécutif.....	241
2.3.4.	Le pouvoir judiciaire (cooptation)	242
2.3.5.	Une commission indépendante de sélection ou un conseil de la magistrature	243
2.3.5.1.	Des institutions toujours plus répandues.....	243
2.3.5.2.	La composition	243
2.3.5.3.	Les modes de désignation des membres	245

2.3.5.4.	Le caractère (non-)contraignant du préavis de la commission et le droit de veto	245
2.3.6.	Le tirage au sort	247
2.3.6.1.	Le contexte : l'initiative sur la justice	247
2.3.6.2.	Très bref historique du tirage au sort en politique	248
2.3.6.3.	La procédure de désignation proposée par l'initiative	249
a)	<i>La présélection par une commission d'experts : une garantie de recrutement objectif ?</i>	249
b)	<i>Le tirage au sort : quel rôle ?</i>	251
2.3.6.4.	L'autre innovation de l'initiative : la suppression de la réélection (aperçu)	251
2.3.7.	Synthèse intermédiaire et appréciation personnelle	252
2.4.	Le monopole des partis politiques dans la désignation des juges	253
2.4.1.	La problématique : une affiliation partisane limitant l'accès à la profession de juge	253
2.4.2.	La justification : une représentation des divers courants sociaux et politiques au sein des tribunaux	254
2.4.2.1.	Les partis politiques comme intermédiaires entre le peuple et l'Etat	254
2.4.2.2.	La démocratie de concordance	255
2.4.2.3.	Le contre-argument : l'absence de légitimation des partis politiques	256
a)	<i>Le manque de pertinence de l'art. 137 Cst.</i>	256
b)	<i>La faible représentativité des partis politiques</i>	256
c)	<i>L'existence d'autres groupes d'intérêts et de mouvements sociaux</i>	257
2.4.2.4.	La transparence (politique) au sein des tribunaux	258
2.4.2.5.	Synthèse intermédiaire et appréciation personnelle	259
2.4.3.	L'inconstitutionnalité du système en vigueur ?	260
2.4.3.1.	Introduction	260
2.4.3.2.	L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations	260
a)	<i>La base constitutionnelle (art. 8 al. 1 et 2 Cst.)</i>	260
b)	<i>L'égalité dans l'accès aux charges publiques</i>	261
i.	L'article 34 Cst.	261
ii.	L'article 25 let. c Pacte ONU II	262
c)	<i>La désignation politique des juges comme illustration d'une discrimination ?</i>	263
i.	Les avis de la doctrine	263
ii.	La jurisprudence (ATF 138 I 217)	263
2.4.3.3.	Les autres droits fondamentaux potentiellement touchés	264
a)	<i>La liberté d'association (négative) (art. 23 al. 3 Cst.)</i>	264
b)	<i>La liberté d'opinion (négative)</i>	265
c)	<i>Le droit à la protection de sa sphère privée</i>	265
2.4.4.	Critiques et appréciation personnelle	265
2.5.	Synthèse du chapitre et analyse	267
2.5.1.	Une dépolitisation impossible ?	267
2.5.2.	Quelle(s) légitimité(s) pour les juges ?	267
2.5.3.	Un bassin de recrutement trop limité	268
2.5.4.	L'élection démocratique des juges : une tradition vraiment indéracinable ?	268
2.5.5.	Existe-t-il un système de désignation idéal ?	269

Chapitre 3 : Le maintien du lien entre les juges et les partis politiques..... 271

3.1.	Présentation et démarche	271
3.2.	L'implication du magistrat dans la vie sociale et politique	271
3.2.1.	L'affiliation politique du juge	271
3.2.2.	Le devoir de réserve du juge et les rapports avec son parti	272
3.3.	Les contributions financières versées par les juges aux partis politiques (<i>Parteisteuern</i>)	273
3.3.1.	La notion de « <i>Parteisteuer</i> »	273
3.3.2.	Montants et caractère obligatoire : les études empiriques	273
3.3.2.1.	Les quelques études comprises entre 1978 et 2015	273
3.3.2.2.	L'étude de Giuliano RACIOPPI (2017)	274
3.3.3.	Les <i>Parteisteuern</i> sous l'angle de l'indépendance de la justice	276
3.3.3.1.	Le rapport du GRECO (4 ^e cycle d'évaluation) (rappel)	276
3.3.3.2.	Les limites mises en avant par la doctrine	276
a)	<i>Un fort lien de dépendance entre juges et partis politiques</i>	276
b)	<i>Un juge n'apparaissant pas totalement indépendant</i>	277
c)	<i>Les risques de non-réélection</i>	277
3.3.3.3.	La prise de position de la Commission d'éthique de l'ASM	278
3.3.4.	Les <i>Parteisteuern</i> sous l'angle pénal, civil et fiscal (aperçu)	279
3.3.4.1.	Droit pénal	279
3.3.4.2.	Droit privé	280
3.3.4.3.	Droit fiscal	281
3.3.5.	La justification principale : le financement des partis politiques	282
3.3.5.1.	Le besoin de se procurer des ressources financières	282
3.3.5.2.	Une (relative) absence de financement étatique	282
3.3.5.3.	Rendre (plus) transparent le financement des partis ?	283
3.3.6.	Résumé et appréciation personnelle	285

3.4.	Une attache se manifestant dans certaines décisions	288
3.4.1.	Les décisions rendues par un juge unique	288
3.4.2.	La collégialité comme remède	288
3.5.	Brève synthèse et appréciation personnelle	289
Chapitre 4 :	La réélection périodique des juges	291
4.1.	Présentation, démarche et précisions terminologiques	291
4.2.	La (non-)réélection périodique : les justifications conceptuelles	292
4.2.1.	Remarques préliminaires	292
4.2.2.	Le renouvellement de la légitimité démocratique du juge	292
4.2.3.	La nécessité de rééquilibrer les forces politiques au sein des tribunaux	292
4.2.4.	Le contrôle de la qualité du travail du juge	293
4.2.5.	Une sanction à l'égard du contenu des jugements	293
4.3.	Le caractère (presque) exceptionnel de la non-réélection : les quelques rares cas	294
4.4.	La réélection comme moyen de pression sur les juges	296
4.4.1.	Un juge sous contrôle politique permanent	296
4.4.2.	La remise en cause de la démocratie concordataire	296
4.4.3.	Quelques exemples d'arrêts du Tribunal fédéral controversés et les conséquences pour la réélection des juges	297
4.4.4.	Une doctrine actuelle majoritairement acquise à la suppression de la réélection	299
4.4.5.	La jurisprudence récente du Tribunal fédéral : un « appel » à la suppression de la réélection ?	299
4.5.	<i>Excursus</i> : les opinions séparées à l'aune de la réélection des magistrats	300
4.5.1.	Notion et diffusion des opinions séparées	300
4.5.2.	Un moyen de contrôler le comportement individuel du juge	301
4.5.3.	Les délibérations publiques : des opinions séparées exprimées oralement	302
4.5.4.	Appréciation sur les opinions séparées	303
4.6.	Les garanties de procédure en cas de non-réélection	303
4.6.1.	Le droit d'être entendu	303
4.6.2.	Le droit d'accès au juge	304
4.6.2.1.	Les sources	304
a)	<i>En droit constitutionnel fédéral</i>	304
b)	<i>En droit conventionnel international</i>	305
4.6.2.2.	Une voie de droit pour un juge fédéral non réélu ?	305
a)	<i>La forme juridique de l'élection et de la réélection</i>	305
b)	<i>Une voie de droit fermée par l'art. 189 al. 4 Cst.</i>	306
c)	<i>Une incompatibilité entre l'art. 189 al. 4 Cst. et le droit supranational ?</i>	307
4.6.2.3.	Une voie de droit pour un juge cantonal non réélu ?	308
a)	<i>Une voie de recours cantonale ? La question du caractère politique prépondérant</i>	308
b)	<i>Une voie de recours fédérale ?</i>	310
4.6.3.	La non-réélection comme sanction disciplinaire potentielle	310
4.6.4.	Eléments d'appréciation et transition	312
4.7.	La révocation des juges	313
4.7.1.	Les règles en droit positif	313
4.7.1.1.	Une contrepartie à la suppression de la réélection	313
4.7.1.2.	La situation en Suisse (rappel)	313
4.7.1.3.	La situation en droit comparé (rappel)	314
4.7.2.	Appréciation des règles existantes et possibles améliorations	314
4.7.2.1.	Les autorités disciplinaires	314
a)	<i>Une autorité judiciaire</i>	314
b)	<i>Le Parlement</i>	315
c)	<i>Une autorité indépendante</i>	316
4.7.2.2.	Les voies de droit et l'autorité de recours	317
a)	<i>Une garantie consacrée par la jurisprudence et les instruments internationaux</i>	317
b)	<i>Les voies de droit</i>	318
c)	<i>L'autorité de recours cantonale : quelle composition ?</i>	319
4.7.2.3.	La création d'autorités disciplinaires ou de recours intercantionales	320
4.8.	Synthèse du chapitre et solutions envisageables	320
4.8.1.	L'abolition de la réélection comme mesure nécessaire pour garantir la pleine indépendance des juges	320
4.8.2.	Une désignation à période unique : à durée déterminée ou indéterminée	321
4.8.3.	L'exigence d'une révision constitutionnelle	322
4.8.4.	L'institution d'une procédure disciplinaire de révocation	323
Chapitre 5 :	La formation lacunaire des juges	325
5.1.	Présentation et démarche	325
5.2.	Un lien entre l'indépendance du juge et son degré de formation : l'exemple des juges laïcs	326

5.2.1.	Les origines et la diffusion des juges laïcs en Suisse (renvoi)	326
5.2.2.	Les juges laïcs et l'indépendance de la justice : une compatibilité sous condition	326
5.3.	Les qualités nécessaires à l'exercice de la fonction de juge : un aperçu.....	327
5.4.	Les standards internationaux en matière de formation des juges.....	328
5.4.1.	Au niveau international (Nations Unies).....	328
5.4.2.	Au niveau régional (Conseil de l'Europe)	329
5.5.	La formation des juges à l'étranger	331
5.5.1.	Les Etats membres du Conseil de l'Europe (rappel et renvoi).....	331
5.5.2.	Les magistratures « latines » : une formation acquise au sein d'une institution nationale (rappel et renvoi)	332
5.5.3.	L'Allemagne : une formation commune à toutes les professions juridiques	332
5.5.4.	L'Autriche : une formation essentiellement interne au pouvoir judiciaire.....	333
5.5.5.	Les magistratures de <i>common law</i> : une quasi-absence de formation spécifique (rappel et renvoi)	334
5.5.6.	La comparaison entre les systèmes de formation.....	334
5.6.	La titularité du brevet d'avocat : une formation suffisante pour devenir juge ?	335
5.7.	L'exercice du métier de greffier comme préparation à la fonction de juge	335
5.7.1.	Une profession diffuse au sein des tribunaux helvétiques	335
5.7.2.	CCJE : avis n° 22 (2019) sur le rôle des assistants de justice.....	336
5.7.3.	Un prérequis à la fonction de magistrat ?.....	337
5.8.	Les tempéraments à l'absence de formation spécifique en Suisse.....	338
5.8.1.	Le Certificate of Advanced Studies (CAS) en magistrature	338
5.8.2.	Le <i>Certificate of Advanced Studies</i> pour la magistrature pénale (CAS MAP).....	339
5.8.3.	Les autres Certificates of Advanced Studies (CAS)	339
5.8.4.	Les formations dans quelques cantons.....	339
5.8.5.	La titularité d'un CAS en magistrature comme prérequis à la désignation ?	340
5.9.	<i>Excursus</i> : l'absence de mobilité géographique des magistrats comme une des conséquences du système « cantonalisé » de formation.....	341
5.10.	Synthèse et appréciation personnelle	343
5.10.1.	La nécessité d'acquérir des connaissances allant au-delà du droit positif.....	343
5.10.2.	Une école nationale de magistrature en Suisse ? une solution difficilement compatible avec le système suisse d'élection.....	344
5.10.3.	Un recrutement plus sélectif et complété par une formation accélérée obligatoire	344
5.10.4.	Une formation continue obligatoire	345
5.10.5.	<i>Excursus</i> : un encouragement à la mobilité intercantonale	346
Conclusion		347

Table des abréviations

aCst.	Constitution fédérale, du 29 mai 1874 (RO)
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ASM	Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire
AS-MPC	Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	canton de Berne
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BO AF	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies)
BGC NE	Bulletin du Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel
BGC VD	Bulletin du Grand Conseil du Canton de Vaud
BGG	Bundesgerichtsgesetz (= LTF)
BSGC VS	Bulletin des séances du Grand Conseil (valaisan)
BV	Bundesverfassung (= Cst.)
c.	contre
CAJ-E	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974) (RS 0.101)
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CIJ	Cour internationale de justice
CJ	Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile, du 18 décembre 2008 (RS 272)
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale suisse, du 05 décembre 2007

CRA	<i>Constitutional Reform Act</i>
CSM	Conseil supérieur de la magistrature (France et Genève)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101) (= BV)
Cst./BE	Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993 (RSB 101.1)
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004 (RSF 10.1)
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (RSG A 2 00)
Cst./NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000 (RSN 101)
Cst./JU	Constitution de la République et Canton du Jura, du 20 mars 1977 (RSJU 101)
Cst./VD	Constitution du Canton de Vaud, du 14 avril 2003 (RSV 101.01)
Cst./VS	Constitution du Canton du Valais, du 8 mars 1907 (RSV/VS 101.1)
Cst./TI	<i>Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino</i> , du 14 décembre 1997 (RST 1.1.1.1)
Cst./ZH	<i>Verfassung des Kantons Zürich</i> , du 27 février 2005 (RS/ZH 101)
déc.	décision(s)
éd.	éditeur(s)
ég.	également
FF	Feuille fédérale
FR	canton de Fribourg
GE	République et canton de Genève
GOG/ZH	<i>Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess</i> , du 10 mai 2010 (RS/ZH 211.1)
GPR/ZH	<i>Gesetz über die politischen Rechte</i> , du 1 ^{er} septembre 2003 (RS/ZH 161)
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
GR-KR/ZH	<i>Geschäftsreglement des Kantonsrates</i> , du 15 mars 1999 (RS/ZH 171.11)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAC	<i>Judicial Appointments Commission</i>
JdT	Journal des tribunaux
JU	République et canton du Jura
KRG/ZH	<i>Kantonsratsgesetz</i> , du 5 avril 1981 (RS/ZH 171.1)
LAPEA/NE	Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, du 6 novembre 2012 (RSN 213.32)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LCDM/VS	Loi sur le Conseil de la magistrature, du 13 septembre 2019 (pas encore entrée en vigueur)
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques, du 17 septembre 1976 (RS 161.1)
LDP/VS	Loi sur les droits politiques, du 13 mai 2004 (RS/VS 160.1)
LFTB	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral des brevets, du 1 ^{er} décembre 2012 (RS 173.41)
LGC/VD	Loi sur le Grand Conseil, du 8 mai 2007 (RSV 171.01)
LHS/NE	Loi sur la haute surveillance de la gestion des autorités judiciaires et l'exercice des autres compétences du Grand Conseil en matière judiciaire, du 27 janvier 2004 (loi sur la haute surveillance) (RSN 151.110)
LI-CPC/NE	Loi d'introduction du code de procédure civile, du 27 janvier 2010 (RSN 251.1)

LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
LI-PPMin/NE	Loi d'introduction de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs, du 2 novembre 2010 (RSN 323.0)
LJ/FR	Loi sur la justice, du 31 mai 2010 (RSF 130.1)
LMPu	Loi sur le Ministère public, du 19 mai 2019 (RSV 173.21)
LMSA/NE	Loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires, du 27 janvier 2010 (RSN 162.7)
LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, du 19 mars 2010 (RS 173.71)
LOG/TI	<i>Legge sull'organizzazione giudiziaria</i> , du 10 mai 2006 (RST 3.1.1.1)
LOJ/GE	Loi sur l'organisation judiciaire, du 20 septembre 2010 (RSG E 2 05)
LOJ/JU	Loi d'organisation judiciaire, du 23 février 2000 (RSJU 181.1)
LOJM/BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public, du 11 juin 2009 (RSB 161.1)
LOJV/VD	Loi d'organisation judiciaire, du 12 décembre 1979 (RSV 173.01)
LOJ/VS	Loi sur l'organisation de la justice, du 11 février 2009 (RS/VS 173.1)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement), du 13 décembre 2002 (RS 171.10) (= ParlG)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPers/BE	Loi sur le personnel, du 16 septembre 2004 (RSB 153.01)
LPers/JU	Loi sur le personnel de l'Etat, du 22 septembre 2009 (RS/JU 173.11)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité), du 14 mars 1958 (RS 170.32).
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTFB	Loi sur le Tribunal fédéral des brevets, du 20 mars 2009 (RS 173.41)
MPC	Ministère public de la Confédération
N	numéro(s) marginal(aux) (de paragraphes)
n.	note(s) de bas de page
n°	numéro(s)
NE	République et Canton de Neuchâtel
not.	notamment
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFJ	Office fédéral de la justice (=BJ)
OGC/NE	Loi d'organisation du Grand Conseil, du 30 octobre 2012 (RSN 151.10)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire) (RO 2000 2719-2724)
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise, du 27 janvier 2010 (RSN 161.1)
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page
OJuges	Ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les rapports de travail et le traitement des juges du Tribunal administratif fédéral, des juges ordinaires du Tribunal pénal fédéral et des

	juges ordinaires du Tribunal fédéral des brevets (Ordonnance sur les juges), du 13 décembre 2002 (RS 173.711.2)
§	Paragraphe(s)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PBD	Parti bourgeois démocratique
PDC	Parti démocrate-chrétien
PJA	Pratique juridique actuelle
PLR	Parti libéral radical
pp.	pages
PPM	Procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 (RS 322.1)
PVL	Parti vert'libéral
RCM/FR	Règlement du Conseil de la magistrature, du 14 janvier 2019 (RSF 130.21)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
réf.	référence(s)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RGC/VS	Règlement du Grand Conseil, du 13 septembre 2011 (RS/VS 171.100).
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPersJ/BE	Règlement sur le personnel des autorités judiciaires et du Ministère public, du 22 décembre 2010 (RSB 161.16)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RS/SO	<i>Systematische Sammlung Kanton Solothurn</i>
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RS/VS	Recueil systématique des lois valaisannes
RST	<i>Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino</i>
RTF	Règlement du Tribunal fédéral, du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131)
RS/ZH	<i>Zürcher Gesetzssammlung</i>
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
SO	canton de Soleure

ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TFB	Tribunal fédéral des brevets
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TF	Tribunal fédéral suisse
TI	canton du Tessin
TPF	Tribunal pénal fédéral
TUE	Traité sur l'Union européenne
UDC	Union démocratique du centre
vol.	volume(s)
VD	canton de Vaud
VS	canton du Valais
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>
ZH	canton de Zurich

Bibliographie

La doctrine, la jurisprudence et les documents officiels ont été, en principe, pris en compte jusqu'au 7 décembre 2020 (date de la soutenance).

A. Ouvrages, articles et avis de droit suisses

ABRAVANEL PHILIPPE, La déontologie du juge, in : PJA 1995, pp. 421-425.

ACHERMANN Alberto/CARONI Martina/KÄLIN Walter, Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in : Kälin Walter/Malinverni Giorgio/Nowak Manfred (éd.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte = La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2^e édition, Bâle/Bruxelles/Francfort-sur-le-Main 1997, pp. 151-232.

AERSCHMANN Stephan, Der ideale Richter, thèse, Zurich 2014.

ALBRECHT Peter, Richter als (politischer) Parteivertreter, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3.

AMOOS PIGUET Mihaela, L'élection partisane des juges – Une entorse au principe de la séparation des pouvoirs ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/1.

ANEX-CABANIS Danielle, La magistrature en Suisse. Evolution et perspectives contemporaines, in : Krynen Jacques (sous la direction de), L'élection des juges, Paris 1999, pp. 237-252.

AUBERT Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, avec supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982 (cité : AUBERT, Traité).

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : AUBERT ou MAHON, Petit commentaire).

AUBRY GIRARDIN Florence, Cours constitutionnelles cantonales et Tribunal fédéral : apports mutuels d'un double contrôle de la constitutionnalité, in : Les cours constitutionnelles en question, cahier spécial (symposium 2017), Revue jurassienne de jurisprudence, pp. 5-26.

AUER Andreas, Quelques remarques sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges, in : RDAT 1986, pp. 195-210 (cité : AUER, Quelques remarques).

Auer Andreas, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016 (cité : AUER, Staatsrecht).

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse – Volume I : L'Etat, 3^e édition, Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat).

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse – Volume II : Les droits fondamentaux, 3^e édition, Berne 2013 (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux).

BACHER Jean-Luc, Système pénal et élection des juges, in : Niggli Marcel Alexander/Jendly Manon (éd.), Système pénal et discours publics : entre justice câline et justice répressive, Berne 2012, pp. 89-98.

BALMELLI Tiziano, Le financement des partis politiques et des campagnes électorales, thèse, Fribourg 2001 (cité : BALMELLI, Financement).

BALMELLI Tiziano, Quelques remarques sur l'exigence de réformer les procédures de désignation des juges, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3 (cité : BALMELLI, Quelques remarques).

- BARAT Raphaël, L'introduction du tirage au sort dans les élections dans la République de Genève, in : « Participations », 2019/HS (hors-série), pp. 251-262.
- BAUER Alain, La surveillance des autorités judiciaires dans le canton de Neuchâtel, in : RJN 2008, pp. 15-44 (cité : BAUER, Surveillance).
- BAUER Alain, Constitution annotée de la République et Canton de Neuchâtel, 2^e édition, Bâle 2015 (cité : BAUER, Constitution annotée).
- BELSER Eva Maria/HÄNNI Peter, Parteienfinanzierung im Blickfeld der Korruptionsbekämpfung ?, in : Zuferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (éd.), Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich 2011, pp. 33-52.
- BERTOSSA Bernard, Séparation des pouvoirs : l'indépendance des juges en danger ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/1.
- BIAGGINI Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2^e édition, Zurich 2017 (cité : BIAGGINI, BV Kommentar).
- BIAGGINI Giovanni/BIANCHI Doris, La légitimité du juge, in : Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé = Swiss reports presented at the XVIth International Congress of Comparative Law, Zurich 2002, pp. 121-136 (cité : BIAGGINI/BIANCHI, Légitimité).
- BIANCHI Sergio, Giudice servitore della legge e dei partiti ?, in : Bianchi Sergio/Borghi Marco/Nosedà John/Pedrazzini Luigi/Weber Pierre-Christian (éd.), L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione – in particolare nel cantone Ticino, Lugano 2004, pp. 37-54.
- BOHNET François, Droit des professions judiciaires : Avocat – Notaire – Juge, 3^e édition, Bâle/Neuchâtel 2014.
- BOHNET François/MARTENET Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009.
- BOLLE Pierre-Henri, Les juges suisses et le Statut du juge en Europe, in : PJA 2000, pp. 144-148.
- BORGHI Marco, Incostituzionalità dell'ingerenza dei partiti, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3 (BORCHI, Incostituzionalità).
- BORGHI Marco, L'éthique des juges (par un « regard extérieur »), in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/1 (BORCHI, Ethique).
- BORGHI Marco, La mainmise des partis politiques sur l'élection des juges, in : Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (éd.), Mehr oder weniger Staat, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Berne 2015, pp. 177-191 (cité : BORCHI, Mainmise).
- BORLA Manuel, Procedura di nomina dei magistrati e aspetti problematici, con riferimento in particolare al Cantone Ticino, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/3.
- BUFFAT Malek, Les incompatibilités. Etude de droit fédéral et cantonal (Berne, Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura), thèse, Tolochenaz 1987.
- BURGER Martin, Richterwahl, Parteienproporz und Parteisteuern, in : ZBl 121/2020, pp. 57-58.
- BUSER Denise, Gerichte in den Kantonen, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, VI.10, pp. 1857-1879.
- CARONI Martina, Geld und Politik, die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen, Berne 2009.
- CASTELL Antoine, Les chartes fédérales de Schwyz – Les principales chartes de l'ancienne Confédération exposées et traduites à l'usage du public (traduction : Marcel Bitchy et Bruno Gemperle), Einsiedeln 1938.
- CHIESA Spartaco, L'elezione dei magistrati giudiziari nel Canton Ticino, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2011/3.

- COLLIARD Anne, Le Conseil de la magistrature dans le canton de Fribourg : ses compétences et ses activités, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/2.
- CORBOZ Bernard †/WURZBURGER Alain/FERRARI Pierre/FRÉSARD Jean-Maurice/AUBRY GIRARDIN Florence, Commentaire de la LTF, 2^e édition, Berne 2014 (cité : AUTEUR-E, Commentaire LTF).
- CORBOZ Bernard, L'indépendance des juges et le système de réélection périodique, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2011/4 (cité : CORBOZ, Réélection périodique).
- DAVID Gjon/SCHUHMACHER René, « Der Kreis der Richter kandidaten ist zu klein », débats entre Niccolò Raselli et Mark Livschitz, in : Plädoyer 6/18, pp. 6-9 (cité : DAVID/SCHUHMACHER, propos de Niccolò RASELLI et/ou de Mark LIVSCHITZ).
- DE MONTMOLLIN Marie-Pierre, NE : Justice en mutation : le Conseil de la magistrature, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2010/2.
- DE WECK Antoinette, Election, réélection et surveillance : rencontre des pouvoirs judiciaire et politique, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2008/4.
- DONZALLAZ Yves, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008.
- DUBEY Jacques, Droits fondamentaux, Volume I : Notions, garantie, restrictions et juridiction, Bâle 2018 (cité : DUBEY, Droits fondamentaux I).
- DUBEY Jacques, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018 (cité : DUBEY, Droits fondamentaux II).
- DUNAND Jean-Philippe, The experience of Roman private law in Switzerland, Fundamina (Pretoria), vol. 20, n° 1 2014, pp. 227-239.
- DUPUIS Aurèle, « Un remède désespéré pour des démocraties aux abois ». Corruption et utilisations du tirage au sort dans les cantons de Glaris et de Schwytz (1640-1798), in : Chollet Antoine/Fontaine Alexandre (éd.), Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe (XVI^e-XXI^e siècles), Berne 2018, pp. 69-87.
- EICHENBERGER Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berne 1960.
- EPINEY-COLOMBO Emanuela/GASS Stephan /KIENER Regina/MOSIMANN Hans-Jakob /STADELMANN Thomas /ZAPPELLI Pierre, La réélection d'un juge n'est pas toujours assurée, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/1.
- ERRASS Christoph, Commentaire de l'art. 13, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : ERRASS, St. Galler Kommentar BV).
- EHRENZELLER Bernhard, Commentaire de l'art. 168, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV).
- FAVRE Dominique, Le juge et l'activité politique, in : Plädoyer 1/09, pp. 52-55.
- FISCHBACHER Alain, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland – Aufgaben, Einfluss und Auswahl, thèse, Zurich 2006.
- 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, in : PJA 2011, pp. 49-58.
- FREITAG Markus, Politische Kultur, in : Knoepfel Peter et al. (éd.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5^e édition, Zurich 2014, pp. 71-93.
- FRITZSCHE Hans, Les procès entre particuliers, in : Lévy-Ullmann Henri/Mirkine-Guetzévitch Boris (éd.), La vie juridique des peuples, vol. VI : Suisse, Paris 1935, pp. 340-376 (cité : FRITZSCHE, Les procès).
- FRITZSCHE Hans, L'organisation judiciaire en droit suisse, in : Bulletin trimestriel de la société de législation comparée, n° 3 juillet-septembre 1947 (cité : FRITZSCHE, Organisation judiciaire).

- FRITZSCHE Hans, Volkstümliche Rechtspflege, Zurich 1949 (cité : FRITZSCHE, Rechtspflege).
- GASS Stephan, Wie sollen Richterinnen und Richter gewählt werden ? Wahl und Wiederwahl unter dem Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit, in : PJA 2007, pp. 593-610.
- GAVIN Catherine, Evolution du statut des magistrats genevois telle que prévue par l'Assemblée constituante, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2012/2.
- GENNER Susanne, Abberufung aus dem Richteramt – die Grundsätze und deren Ausgestaltung im Kanton Freiburg, in : Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung 2017, pp. 3-40.
- GIUGNI Marco, Mouvements sociaux, in : Knoepfel Peter et al. (éd.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5^e édition, Zurich 2014, pp. 391-411.
- GLASER Andreas, Die Justiz-Initiative : Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren, in : PJA 2018, pp. 1251-1260.
- GONIN Luc, L'opinion dissidente en droit public suisse – Une nécessité pratique et théorique, in : RDS 2017 I, pp. 63-84 (cité : GONIN L., Opinion dissidente).
- 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 XIX^e congrès international de droit comparé, Zurich 2014, pp. 11-34 (cité : GONIN/BIGLER, Sélection).
- GRANDJEAN Yann, Le juge est-il un acteur politique ?, in : PJA 2013, pp. 365-374 (cité : GRANDJEAN Y.)
- GRODECKY Stéphane, Réflexions sur l'indépendance de la justice à l'aune des évolutions institutionnelles genevoises, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/2 (GRODECKY, Réflexions).
- GRODECKY Stéphane, Le corps électoral dans les cantons et les communes, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, VI.7, pp. 1783-1806 (cité : GRODECKY, Corps électoral).
- GRODECKY Stéphane/JORDAN Romain, Code annoté de procédure administrative genevoise, Berne 2017.
- GSCHWEND Lukas, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Régime bis in die Gegenwart, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/3 (cité : GSCHWEND, Die Entwicklung).
- GSCHWEND Lukas, Fremde Richter, fremde Gerichte, fremdes Recht, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/1 (cité : GSCHWEND, Fremde Richter).
- HAJAS Philippe, L'indépendance du juge face au pouvoir politique : Suisse/France, mémoire de Master (non publié) de la Faculté de droit, Neuchâtel 2014.
- HALLER Walter, Commentaire de l'art. 42, in : Hänner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (éd.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zurich 2007 (cité : HALLER, Kommentar zur zürcher Kantonsverfassung).
- HALLER Walter, Commentaire de l'art. 189, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : HALLER, St. Galler Kommentar BV).
- HALPÉRIN Jean-Louis, L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques françaises, in : Dufour Alfred/Hanish Till/Monnier Victor (éd.), Bonaparte, la Suisse et l'Europe, Bruxelles 2003, pp. 39-55.
- HAUSER Robert/SCHWERI Erhard/LIEBER Viktor, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012.
- HAYOZ Joseph, Le Conseil de la magistrature du canton de Fribourg : autorité indépendante de surveillance du pouvoir judiciaire, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2012/3.
- HIRSCH Julie, Le devoir de réserve des magistrats, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/4.

- HUGI YAR Thomas/KLEY Andreas, Commentaire de l'art. 9, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG).
- HÜRLIMANN Brigitte, Rechtsprechung und Parteifinanzierung sind strikte zu trennen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2012/2.
- JACOTTET Henri-Pierre, Cours de procédure civile (1847/48), in : Bohnet François (éd.), Procédure civile coutumière neuchâteloise, Neuchâtel 2020, pp. 161-286.
- JEANNERAT Eloi, L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel suisse – Etude de problèmes choisis posés par la collaboration intercantonale et intercommunale, thèse, Neuchâtel/Berne 2018.
- JODRY Samuel, Election des membres du pouvoir judiciaire par le Grand Conseil du canton de Fribourg. Quel constat ?, entretien avec Joseph Hayoz, in : « Parlement – Parlement – Parlamento » n° 2/2013, pp. 32-36.
- JURIA, Mandatssteuer-Umfrage bei den Parteien – Enquête auprès des partis concernant les contributions liées à la fonction, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3.
- KAYSER Martin, Richterwahlen : Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in : Schindler Benjamin/Sutter Patrick (éd.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zurich/St-Gall 2007, pp. 41-64.
- KELLER Hellen/ZIMMERMANN Laura, Dissenting Opinions am Bundesgericht – Individuelle Transparenz oder Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit ?, in : RDS 2019 I, pp. 137-158.
- KIENER Regina, Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, thèse d'habilitation, Berne 2001 (cité : KIENER, Unabhängigkeit).
- KIENER Regina, Sind Richter trotz Wiederwahl unabhängig ?, in : Plädoyer 2001/3, pp. 36-43 (cité : KIENER, Wiederwahl).
- KIENER Regina, Verfahren der Amtsenthebung von Richterinnen und Richtern der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes – Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, in : JAAC 2008.25, pp. 316-349 (cité : KIENER, Amtsenthebung).
- KIENER Regina, Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes, Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung, in : JAAC 2008.26, pp. 350-389 (cité : KIENER, Erneuerungswahl).
- KIENER Regina, Judicial Independence in Switzerland, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), Judicial Independence in Transition, Heidelberg 2012, pp. 403-445 (cité : KIENER, Judicial Independence).
- KIENER Regina, Parteibindung unter Druck, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2012/4 (cité : KIENER, Parteibindung).
- KIENER Regina, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in : Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (éd.), Staatsrecht, Zurich 2015 (cité : KIENER, Staatsrecht), pp. 269 ss.
- KIENER Regina, Commentaires de l'art. 5, 6 et 7, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : KIENER, Basler Kommentar BGG).
- KIENER Regina/KÄLIN Walter/WYTTEBACH Judith, Grundrechte, 3^e édition, Berne 2018.
- KIENER NELLEN Margret, Zum Verhältnis von Politik und Justiz, in : RDS 2019 II, pp. 371-385.
- KLEY Andreas/FELLER Reto, Die Erlassformen der Bundesversammlung im Lichte des neuen Parlamentsgesetz, in : ZBl 5/04, pp. 229-245.
- KOLLER Heinrich, Commentaire de l'art. 2, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : KOLLER, Basler Kommentar BGG).
- KÖLZ Alfred, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Berne 1992, traduction française par Perrinjacquet Alain/Colbois Sylvie, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne – ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, Berne 2006 (cité : KÖLZ, Tome I).

- KÖLZ Alfred, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Berne 2004, traduction française par Aubert Béatrice/Aubert Jean-François, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne – l'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848, Berne 2013 (cité : KÖLZ, Tome II).
- KRADOLFER Matthias, Justitias « Emancipation » – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798-1848, thèse, Zurich/St-Gall 2011.
- KRAUSE José, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte, thèse, Zurich 2017.
- KRAUSKOPF Florence, La formation initiale des juges, in : RDS 2017 I, pp. 191-225.
- KRIESI Hanspeter, Grundlagen der politischen Willensbildung, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, pp. 413-428.
- KÜBLER Daniel, Schweizerische Demokratie im internationalen Vergleich, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. I, Zurich 2020, II.2, pp. 317-332.
- KÜNG Nadine, Auswahl und Qualifikation von Richterinnen und Richtern, in : Lienhard Andreas/Kettiger Daniel (éd.), Justiz zwischen Management und Rechtsstaat, Berne 2016, pp. 19-24.
- KUNZ Ruth/BÜHLMANN Marc, Vertrauen in die Justiz : Unabhängigkeit und Legitimität von Justizsystemen im Vergleich, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2011/3.
- LADNER Andreas, Politische Parteien, in : Knoepfel Peter et al. (éd.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5^e édition, Zurich 2014, pp. 361-389 (cité : LADNER, Politische Parteien).
- LADNER Andreas, Kommunale Demokratiekonzeptionen, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. I, Zurich 2020, II.7, pp. 423-443 (cité : LADNER, Demokratie).
- LAGGER-DEUTSCH Sandra, Richterwahlen durch das Parlament : Erfahrungen aus dem Kanton Bern, in : « Parlament – Parlement – Parlamento » n° 2/2013, pp. 25-31.
- LANGER Lorenz, Voraussetzungen für das Richteramt, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.
- LASSERRE David, Alliances confédérales – 1291-1815, Zurich 1941.
- LÉCHOT Julien, La destitution des membres des autorités exécutives, législatives et judiciaires au niveau fédéral suisse et dans le canton de Neuchâtel, mémoire de Master, Neuchâtel 2017.
- LICHTI ASCHWANDEN Nora, Richterwahl, Aus – und Weiterbildung im Kanton Zürich, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.
- LINDER Wolf, Grundzüge des politischen Systems, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel, Zurich 2001, pp. 995-1010.
- LIVSCHITZ Mark M., Die Richterwahl im Kanton Zürich, thèse, Zurich 2002.
- LONGO David, Le procureur : véritable magistrat ou « simple » fonctionnaire ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/3.
- LUMINATI Michele/CONTARINI Filippo, Das Richterbild in der Schweiz : richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, in : RDS 2019 II, pp. 204-289.
- MACH André, Associations d'intérêt, in : Knoepfel Peter et al. (éd.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5^e édition, Zurich 2014, pp. 413-433.
- MAHON Pascal, L'article 163 de la Constitution et les « autres » actes de l'Assemblée fédérale, in : LeGes – Législation § Evaluation 2000/3, pp. 41-59 (cité : MAHON, LeGes).

- MAHON Pascal, Le principe de la séparation des pouvoirs, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 1011-1025 (cité : MAHON, Séparation des pouvoirs).
- 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. Disponible : [http://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2014/14605_com_Annexe.pdf] (dernière consultation : 22.05.2020) (cité : MAHON, Destitution).
- MAHON Pascal, Les litiges justiciables en droit suisse à l'aune de la reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès au juge, in : Donnier Virginie/ Lapérou-Schneider Béatrice (sous la direction de), *L'accès au juge – Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles 2013, pp. 72-90 (cité : MAHON, Droit d'accès au juge).
- MAHON Pascal, *Droit constitutionnel – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3^e édition, Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : MAHON, Institutions).
- MAHON Pascal, *Droit constitutionnel – Droits fondamentaux*, 3^e édition, Bâle/Neuchâtel 2014 (cité : MAHON, Droits fondamentaux).
- MAHON Pascal, Droits politiques, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020, V.14, pp. 1499-1541.
- MAHON Pascal/LIEVRE Pauline, Vers un Conseil de la magistrature ? Bref survol de quelques "modèles" étrangers et suisses, in : RJN 2003, pp. 14-50 (cité : MAHON/LIEVRE).
- MAHON Pascal/SCHALLER Roxane, Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/1 (cité : MAHON/SCHALLER, Réélection).
- MAHON Pascal/SCHALLER Roxane, L'élection des juges entre tradition démocratique et exigences de l'Etat de droit, in : « Parlement – Parlement – Parlamento » n° 2/2013, pp. 3-14 (cité : MAHON/SCHALLER, Election).
- MAHON Pascal/RUSSO Alfio, Constitutionnalité des articles 6, alinéa 3, et 47, alinéa 4, du projet de loi sur le Conseil de la magistrature du Canton du Valais, Avis de droit du 16.03.2019 établi à la demande et sur mandat de Monsieur Frédéric Favre, Chef du Département de la sécurité, des Institutions et du sport du Canton du Valais. Disponible : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2019/08/2019.09_Justizrat_2_BER_KOM.pdf] (pp. 26-49) (dernière consultation : 22.05.2020) (cité : MAHON/RUSSO, Constitutionnalité).
- MANFRINI Pierre Louis, La liberté de réunion et d'association, in : Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 739-751.
- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bâle/Genève/Zurich et Bruxelles/Paris 2003 (cité : MARTENET, Géométrie).
- MARTENET Vincent, *Architecture des pouvoirs*, Genève/Zurich et Paris 2016 (cité : MARTENET, Architecture).
- MARTENET Vincent, Séparation des pouvoirs, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, IV.5, pp. 999-1023 (cité : MARTENET, Séparation).
- MARTI Katrin, Commentaire des art. 40a et 135 à 138 LParl, in : Graf Martin/Theler Cornelia/von Wyss Moritz (éd.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002*, Bâle 2014 (cité : MARTI, Kommentar ParlG).
- MARTI Katrin, La commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (traduction de Bénédicte Savary et Luc Recordon), in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/1 (cité : MARTI, Commission judiciaire).
- MARTY Dick, Tentatives de déstabilisation portées à l'image de la justice : que faire ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/4 (cité : MARTY, Tentatives).
- MARTY Dick, Qui a peur du Conseil de la magistrature ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/2 (cité : MARTY, Conseil de la magistrature).

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, Haute surveillance).

MASMEJAN Denis, « Les partis se partagent les sièges du Tribunal fédéral comme si c’était un gâteau » (interview de Claude Rouiller), Le Temps, 12 septembre 2014.

MATILE Georges-Auguste, Cours de procédure civile (1867/68), in : Bohnet François (éd.), Procédure civile coutumière neuchâteloise, Neuchâtel 2020, pp. 21-160.

MATTER Felix, Der Richter und seine Auswahl, thèse, Zurich 1978.

MELLINA Maxime, L’utilisation du tirage au sort dans la République helvétique, in : Chollet Antoine/Fontaine Alexandre (éd.), Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe (XVI^e-XXI^e siècles), Berne 2018, pp. 199-218.

MEUWLI Olivier, Une histoire politique de la démocratie directe en Suisse, Neuchâtel 2018.

MOECKLI Silvano, Politische Willensbildung, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. I, Zurich 2020, II.10, pp. 487-509.

MORANDI Pietro, Démocratie de concordance, in : Dictionnaire historique de la Suisse. Disponible : [www.hls-dhs-dss.ch] (dernière consultation : 22.05.2020).

MORITZ Jean, Le Conseil de surveillance de la magistrature dans le canton du Jura, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/2.

MOSIMANN Hans-Jakob/CARONI Andrea/RACIOPPI Giuliano, Mandatsabgaben, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2020/1.

MÜLLER Jörg-Paul/SCHEFER Markus, Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e édition, Berne 2008.

NOSEDA John, Antefatti e applicazione dell’art. 36 della Costituzione ticinese, in : Bianchi Sergio/Borghi Marco/Nosedo John/Pedrazzini Luigi/Weber Pierre-Christian (éd.), L’indipendenza del giudice nell’ambito della procedura di elezione – in particolare nel cantone Ticino, Lugano 2004, pp. 3-13.

NOTTER Markus, Richterwahlen im Kanton Zürich – ein Erfahrungsbericht, in : « Parlament – Parlement – Parlamento » n° 2/2013, pp. 20-24.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Funktion der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung. Vorbereitung von Richterwahlen. Gutachten vom 6. November 2003, in : JAAC 69.3/2003.

PAHUD DE MORTANGES René, Schweizerische Rechtsgeschichte, 2^e édition, Zurich/Saint-Gall 2017.

PASQUIER Suzanne, « Les juges ne peuvent être surveillés par ceux qui les nomment », entretien avec Thierry Tanquerel, in : Plaidoyer 3/15, pp. 6-8 (cité : PASQUIER, propos de Thierry TANQUEREL).

PASQUIER Suzanne, « Il faudrait ouvrir la fonction de juge à des candidats hors partis », débat entre Marie-Pierre de Montmollin et Eric Kaltenrieder, in : Plaidoyer 6/19, pp. 6-9 (cité : PASQUIER, propos de Marie-Pierre DE MONTMOLLIN et/ou d’Eric KALTENRIEDER).

PAYCHÈRE François, La formation des magistrats judiciaires à l’étranger : source d’inspiration ou de rejet ?, in : RDS 2017 I, pp. 155-189.

PELLATON Nicolas, Le droit disciplinaire des magistrats du siège – Un essai dans une perspective de droit suisse, thèse, Bâle/Neuchâtel 2016.

PICHONNAZ Pascal/SCYBOZ Pierre, Les *dissenting opinions* dans les jugements : une innovation à craindre, in : RSJ 98 (2002), pp. 377-384.

PÖDER Stefan, L’élection des juges (traduction de Margrit Moser-Szeless), Rapport établi sur la Journée organisée par la Faculté de droit de l’Université de Lucerne du 7 novembre 2003, in : RDAF 2004 I, pp. 102-113.

- PULVER Bernhard, L'interdiction de la discrimination : étude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, thèse, Bâle 2003.
- QUELOZ Nicolas, Compléments récents apportés au droit pénal suisse de la corruption et développements relatifs aux relations entre juges et partis politiques, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3.
- RACIOPPI Giuliano, Die moderne « Paulette » : Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2017/3.
- RAPPARD William, La Constitution fédérale de la Suisse 1848-1948 : ses origines, son élaboration, son évolution, Neuchâtel 1948.
- RASELLI Niccolò, Richterliche Unabhängigkeit, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2011/3 (cité : RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit).
- RASELLI Niccolò, Justiz-Initiative, in : RDS 2019 I, pp. 269-283 (cité : RASELLI, Justiz-Initiative).
- REICHEL Hans, Bestellung und Stellung der Richter – In der Schweiz und im künftigen Deutschland, Tübingen 1919.
- ROSSI Federica, La formation initiale et continue des magistrats dans le canton de Genève, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.
- ROTHMAYR ALLISON Christine/VARONE Frédéric, Justiz, in : Knoepfel Peter et al. (éd.), Handbuch der Schweizer Politik – Manuel de la politique suisse, 5^e édition, Zurich 2014, pp. 219-241.
- RÜEFLI Anna, Fachrichterbeteiligung im Lichter der Justiz- und Verfahrensgarantien, Baden-Baden/Vienne/Berne 2018.
- RUSSO Alfio, La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ?, in : Bahar Ras-hid/Kadner Graziano Thomas (éd.), Le droit comparé et le droit suisse, Genève 2018, pp. 87-109.
- RUSSO Alfio, Des juges tirés au sort : réalité ou illusion démocratique ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.
- SÄGESESSER Thomas, Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Berne 2000.
- SCHAUB Lukas, Commentaire de l'art. 144 Cst., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : SCHAUB, Basler Kommentar BV).
- SCHEFOLD Dian, Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830-1848, thèse, Bâle/Stuttgart 1966.
- SCHIESS RÜTIMANN Patricia M., Politische Parteien : privatrechtliche Vereinigungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Berne 2011 (cité : SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien).
- SCHIESS RÜTIMANN Patricia M., Commentaire de l'art. 137, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : SCHIESS RÜTIMANN, St. Galler Kommentar BV).
- SCHINDLER Benjamin, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, in : ZBl 117/2016, pp. 113-114.
- SCHMID Gian Andrea/SCHUHMACHER René « Les partis politiques veulent conserver leur pouvoir », débats entre Giuliano Racioppi et Claude Janiak, in : Plaidoyer 2/18, pp. 6-9 (cité : SCHMID/SCHUHMACHER, propos de Giuliano RACIOPPI et/ou de Claude JANIAC).
- SCHMID Hans, Parteisteuern zivilrechtlich betrachtet, in : RSJ 2007 (103), pp. 555-558 (cité : SCHMID H.).
- SCHMID Niklaus, Commentaire de l'art. 75, in : Hänner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (éd.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zurich 2007 (cité : SCHMID N.).

SCHNEUWLI Anne Mirjam, Tangiert die politische Orientierung der Richter/innen in der Schweiz ihre Unabhängigkeit ?, in : Mülder et al. (éd.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht, Baden-Baden 2018, pp. 17-34.

SCHWENKEL Christof/RIEDER Stefan, Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/1.

SCHWENKEL Christof, Das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte, in : Kuhn André/Schwarzenegger Christian/Vuille Joëlle (éd.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Justice pénale – Individus – Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, pp. 29-45.

SECRÉTAN Roger, L'organisation du pouvoir judiciaire en Suisse, Conférence prononcée le 18 mars 1955 à l'Université de Montpellier, Berne 1962.

SEFEROVIC Goran, Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874 – Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, thèse, Zurich 2010 (cité : SEFEROVIC, Bundesgerichtsbarkeit).

SEFEROVIC Goran, Commentaire de l'art. 189, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : SEFEROVIC, Basler Kommentar BV).

SEILER Hansjörg, Gewaltenteilung – Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, thèse d'habilitation, Berne 1994 (cité : SEILER, Gewaltenteilung).

SEILER Hansjörg, Die Parlamente und die Wahl der Gerichte, in : « Parlament – Parlement – Parlamento » n° 1/2005, pp. 13-15 (cité : SEILER, Parlamente).

SEILER Hansjörg, Richter als Parteivertreter, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3 (cité : SEILER, Richter 2006).

SEILER Hansjörg, Richterakademie: Auf dem Weg zu einer gezielten Ausbildung für eine anspruchsvolle Aufgabe, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2007/4 (cité : SEILER, Richterakademie).

SEILER Hansjörg, Richter als Parteivertreter, in : Marianne Heer (éd.), Der Richter und sein Bild, Le juge et son image, Berne 2008, pp. 123-139 (cité : SEILER, Richter 2008).

SEILER Hansjörg, Richterausbildung in der Schweizerischen Richterakademie : Konzept – Erfahrungen – Visionen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2010/2 (cité : SEILER, Richterausbildung).

SEILER Hansjörg/VON WERDT Nicolas/GÜNGERICH Andreas, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar, 2^e édition, Berne 2015 (cité : AUTEUR, Handkommentar BGG).

SPIRA Raymond, A quoi servent les juges ?, in : RJN 2002, pp. 35-51.

SPÜHLER Karl, Der Richter und die Politik : die Wahlart der Richter und ihre Unabhängigkeit gegenüber politischen Gewalten, in : RJB 130 (1994), pp. 28-37 (cité : SPÜHLER, Der Richter).

SPÜHLER Karl, Richtermacht und richterliche Unabhängigkeit, in: Donatsch et al. (éd.), Festschrift 125. Jahre Kassationsgericht des Kantons Zurich, Zurich 2000, pp. 107-116 (cité : SPÜHLER, Richtermacht).

SPÜHLER Karl/AEMISEGGER Heinz/DOLGE Anette/VOCK Dominik, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar, 2^e édition, St Gall 2013 (cité : AUTEUR-E, BGG Praxiskommentar).

STADELMANN Thomas, Die Ethik-Kommission der schweizerischen Richtervereinigung, Revue de l'avocat 2014, pp. 410-413 (cité : STADELMANN, Ethik).

STADELMANN Thomas, Überlegungen zur Wahl und Wiederwahl von Richterinnen und Richtern, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/3 (cité : STADELMANN, Überlegungen).

STEINMANN Gerold, Commentaires des art. 30 et 191c, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : STEINMANN, St. Galler Kommentar BV).

STEINMANN Gerold, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, in : ZBl 1/2015, pp. 1-2 (cité : STEINMANN, Wiederwahl).

- STEINMANN Gerold/MATTLE Adrian, Commentaire des art. 82 et 88, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : STEINMANN/MATTLE, Basler Kommentar BGG).
- SUTTER-SOMM Karin, Commentaire de l'art. 163 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2002 (cité : SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar BV 2002).
- TANQUEREL Thierry, Avis de droit, du 9 mai 2014, 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'article 135 de la Constitution vaudoise (cité : TANQUEREL, Commission de haute surveillance).
- THURNHERR Daniela, Organisation der Verwaltungsjustiz : Herausforderungen und Perspektiven, in : RDS 2019 II, pp. 104-199.
- TOPHINKE Esther, Commentaire de l'art. 86, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : TOPHINKE, Basler Kommentar BGG).
- TSCHANNEN Pierre, Commentaire de l'art. 163, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : TSCHANNEN, St. Galler Kommentar BV).
- TSCHANNEN Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4^e édition, Berne 2016 (cité : TSCHANNEN, Staatsrecht).
- TUONI Valentina, Il Consiglio della magistratura nel Canton Ticino, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/2.
- UEBERSAX Peter, Stellung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber in der Gerichtsverfassung, in : Schindler Benjamin/Sutter Patrick (éd.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zurich/Saint-Gall 2007, pp. 77-114 (cité : UEBERSAX, Gerichtsschreiberinnen).
- UEBERSAX Peter, Gerichte des Bundes, in : Diggelmann Olivier/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. III, Zurich 2020, VI.6, pp. 1757-1782 (cité : UEBERSAX, Gerichte).
- URSPRUNG Rudolf/RIEDI HUNOLD Dorothea, Commentaire de l'art. 14, in : Nigli Marcel Alexander et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e édition, Bâle 2018 (cité : URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, Basler Kommentar BGG).
- VALLET Philippe, L'élection et la surveillance des Autorités judiciaires et du Ministère public dans la Nouvelle Constitution du Canton de Fribourg, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3.
- VATTER Adrian/ACKERMANN Maya, Richterwahlen in der Schweiz : Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, in : RDS 2014/1, pp. 517-537.
- VOLLERY Luc, Le Conseil de la magistrature fribourgeoise – Statut et voies de droit contre ses décisions, in : RFJ 2011, pp. 107-136.
- WALDMANN Bernhard, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz : unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Berne 2003 (cité : WALDMANN, Diskriminierungsverbot).
- WALDMANN Bernhard, Commentaire de l'art. 29a, in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité : WALDMANN, Basler Kommentar BV).
- WEBER Pierre-Christian, L'élection des juges : du noyau aux confins de la démocratie, in : Bianchi Sergio/Borghini Marco/Nosedà John/Pedrazzini Luigi/Weber Pierre-Christian (éd.), L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione in particolare nel cantone Ticino, Lugano 2004, pp. 15-36.

WEERTS Sophie, Le rôle du Tribunal fédéral au regard de la séparation des pouvoirs : premiers jalons historiques pour une étude critique des juridictions suprêmes, in : LeGes – Législation § Evaluation 2016/3, pp. 393-412.

WEERTS Sophie/HAURI Milène, Art. 187*b* et 187*c*, in : Weerts Sophie et al. (éd.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Bâle 2018, pp. 337-342.

WINIGER Benedict, Droit romain, in : Dictionnaire historique de la Suisse. Disponible : [www.hls-dhs-dss.ch] (dernière consultation : 07.05.2020).

WURZBURGER Alain, Le Tribunal fédéral – Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges, Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité : WURZBURGER, Tribunal fédéral).

WÜTHRICH Daniela, Bedeutung der Parteizugehörigkeit bei den Bundesrichterwahlen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2015/2.

ZAPPELLI Pierre, Le juge et le politique, en particulier la question de l'élection, in : Heer Marianne (éd.), Der Richter und sein Bild, Le juge et son image, Berne 2008, pp. 83-121 (cité : ZAPPELLI, Le juge).

ZAPPELLI Pierre, Formation professionnelle des juges – avantages et dangers, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2010/2.

ZAPPELLI Pierre, Réaction aux projets constitutionnels genevois, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2012/2 (cité : ZAPPELLI, Réaction).

ZIMMERLI Ulrich, Wenn die Politik Druck macht – Richtertätigkeit unter Beeinflussungsversuchen, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/4.

ZIMMERMANN Robert, Opinion dissidente sur l'opinion dissidente, in : Eigenmann Antoine/Poncet Charles/Ziegler Bernard (éd.), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, pp. 257-266.

B. Ouvrages et articles de droit international et comparé

- ABRAHAM Henri J., *Justices and Presidents. A political History of Appointments to the Supreme Court*, 2^e édition, New York 1985.
- ARDANT Philippe †/MATHIEU Bertrand, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^e édition, Issy-les-Moulineaux 2015.
- BACHERT Audrey, Le mode de désignation des juges de la Cour suprême du Royaume-Uni : symbole du rapprochement du système britannique avec le modèle constitutionnel de Common Law ?, in : Lecucq Olivier (sous la direction de), *La composition des juridictions. Perspectives de droit comparé*, Bruxelles 2014, pp. 197-208.
- BASSIOUNI Cherif, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles 2002.
- BAZAN Elisabeth B., *Impeachment : An Overview of Constitutional Provisions, Procedure and Practice*, New York 2003.
- BEDOUET Laurent, École nationale de la magistrature à Bordeaux (ENM), in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2010/2.
- BIGLER Olivier, Art. 6 CEDH (volet civil), in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), *Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18*, Berne/Paris 2018.
- BIGLER Olivier, Art. 13 CEDH, in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), *Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18*, Berne/Paris 2018.
- BOBEK Michal, Searching for the European Hercules, in : Bobek Michal (éd.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford 2015, pp. 279-309.
- BOHLANDER Michael, Commentaire de l'art. 36, in : Triffterer Otto †/Ambos Kai (éd.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3^e édition, Munich 2016.
- BON Pierre, La désignation des juges constitutionnels en droit comparé. Quels enseignements en tirer pour le Conseil constitutionnel ?, in : Lecucq Olivier (sous la direction de), *La composition des juridictions. Perspectives de droit comparé*, Bruxelles 2014, pp. 209-225.
- BUSSY Florence/POIRMEUR Yves, *La justice politique en mutation*, Paris 2010.
- CALABRESI Steven/LINDGREN James, Term Limits for the Supreme Court : Life Tenure Reconsidered, in : *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 29, pp. 770-873.
- CARPANO Eric, Représentativité et légitimité de la Cour de justice de l'Union européenne, in : Lecucq Olivier (sous la direction de), *La composition des juridictions. Perspectives de droit comparé*, Bruxelles 2014, pp. 71-92.
- CARTIER Emmanuel, Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ?, in : *Revue française de droit constitutionnel*, n° 67, 2006/3, pp. 509-534.
- CARTY RENNA Alison, *Le système du droit public anglais et le concept de l'autorité publique, clé de voûte du Human Rights Act 1998*, thèse, Bâle/Neuchâtel 2012.
- CHARBONNIER Gilles, *Panorama des systèmes judiciaires dans l'Union Européenne*, Bruxelles 2008.
- CEASER James, Le processus de sélection des juges, in : revue « Pouvoirs », n° 59, 1991/2, pp. 31-43.
- CHEVALLIER Jacques, Pour une sociologie du droit constitutionnel, in : *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris 2006, pp. 281-297.
- COHENDET Marie-Anne, La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?, in : *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, 2006/4, pp. 713-735.
- COLLINS Paul M. Jr/RINGHAND Lori A., *Supreme Court Confirmation and Constitutional Change*, New York 2015.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE (CSM), Rapport d'activité année 2012 [en ligne]. Disponible : [http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/rapports_activite/csm_rapport_activite_2012.pdf] (dernière consultation: 23.05.2020).

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (CJCE), Les juridictions des Etats membres de l'Union européenne – Structure et organisation, Luxembourg 2009.

DARBY Joseph J., Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux Etats-Unis d'Amérique, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, 2003/2, pp. 351-362.

DAVID Hélène, Introduction à l'étude du droit écossais, Paris 1972.

DAVID René/JAUFFRET-SPINOSI Camille/GOURET Marie, Les grands systèmes de droit contemporain, 12^e édition, Paris 2016.

DELPÉRÉE Francis, Acrostiche constitutionnel, in : Vedel Georges et al. (éd.), *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Paris 2000, pp. 26 ss.

DE BEAUSSE DE LA HOUGUE Claire, Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier. D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ?, in : *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 62, 2005/2, pp. 291-310.

DELALOY Guillaume, Le pouvoir judiciaire, Paris 2005.

DE SILVA Chandra R., Recent Developments in Judicial Elections in the United States and their Impact on Impartiality of Judges, in : Shetreet Shimon (éd.), *The Culture of Judicial Independence : Rule of Law and World Peace*, Leiden/Boston 2014, pp. 373-386.

DE VERGOTTINI Giuseppe, *Diritto Costituzionale Comparato*, vol. I, 6^e édition, Padoue 2004.

DE WAELE Henri, Not Quite the Bed that Procrustes Built : Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union, in : Bobek Michal (éd.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford 2015, pp. 24-50.

DEYSINE Anne, *La justice aux Etats-Unis*, Paris 1998 (cité : DEYSINE, *La justice*).

DEYSINE Anne, *Les institutions des Etats-Unis (Documents réunis et commentés par)*, Paris 2014 (cité : DEYSINE, *Les institutions*).

DEYSINE Anne, *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique : droit, politique et démocratie*, Paris 2015 (cité : DEYSINE, *Cour suprême*).

DOORE Isaak, Access to Justice : an Overview of Doctrines of Justiciability under the Constitution of the United States, in : Donnier Virginie/Lapérou-Schneider Béatrice (sous la direction de), *L'accès au juge – Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles 2013, pp. 90-103.

DRAGO Roland, Droit comparé, in : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris 2003, pp. 453-457.

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE (ENM), Programme pédagogique, Promotion 2017. Disponible : [https://www.enm.justice.fr/sites/default/files/catalogues/Prog_pedago_2017.pdf] (cité : ENM, Programme pédagogique).

ERGEC Rusen, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e édition, Bruxelles 2014.

ERRERA Roger, Sur le conseil supérieur de la magistrature français : réflexions et perspectives, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/02.

ESCOBAR PACHECO Fernando/RUSSO Alfio, Elección popular de jueces en Bolivia : aportes del derecho constitucional comparado al debate, in : *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogota 2019, pp. 617-642.

FELD Lars/VOIGT Stefan, Economic Growth and Judicial Independence : Cross County Evidence Using a New Set of Indicators, avril 2003, CESifo Working Paper Series, n° 906. Disponible : [https://www.ifo.de/DocDL/cesifo_wp906.pdf] (dernière consultation : 29.05.2020).

- FELD Lars/GUTMANN Jerg/VOIGT Stefan, *Economic Growth and Judicial Independence, a Dozen Years on : Cross-Country Evidence Using an Updated Set of Indicators*, 21 octobre 2014, CESifo Working Paper Series, n° 5010. Disponible : [http://www.cesifo-group.de/DocDL/cesifo1_wp5010.pdf] (dernière consultation : 29.05.2020).
- FELDMAN Noah, *Scorpions, The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, New York/Boston 2010.
- FLAUSS Jean-François, *Les élections de juges à la Cour européenne des droits de l'homme (2005-2008)*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 75, 19/2008, pp. 713-741.
- FRISON Danièle, *Histoire constitutionnelle de la Grande-Bretagne*, Paris 2005 (cité : FRISON, *Histoire constitutionnelle*).
- FRISON Danièle, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Paris 2005 (cité : FRISON, *Institutions*).
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le droit à un tribunal impartial*, in : Cabrillac Rémy/Frison-Roché Marie-Anne/Revet Thierry (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris 2011, pp. 541-554.
- GARAPON Antoine/PAPADOPOULOS Iannis, *Juger en Amérique et en France*, Paris 2003.
- GASS Stephan/KIENER Regina/STADELMANN Thomas, *Standards on Judicial Independence*, Berne 2012 (cité : GASS/KIENER/STADELMANN, *Standards*).
- GAXIE Daniel, *La démocratie et les élites*, in : *revue « Pouvoirs »*, n° 161, 2017/02, pp. 5-17.
- GEE Graham, *The Persistent Politics of Judicial Selection : A Comparative Analysis*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 121-141 (cité : GEE, *Persistent Politics*).
- GEE Graham/HAZERT Robert/MALLESON Kate/O'BRIEN Patrick, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge 2015 (cité : GEE/ HAZERT/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*).
- GERHARDT Michael J., *The Federal Impeachment Process : a Constitutional and Historical Analysis*, Princeton 1996.
- GICQUEL Jean/GICQUEL Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 29^e édition, Issy-les-Moulineaux 2015.
- GONIN Luc, *Les droits de l'homme en pratique. Analyse comparative du droit à la vie, de la liberté religieuse et de la liberté d'expression, et conséquences théoriques*, Bâle/Neuchâtel 2013 (cité : GONIN L., *Droits de l'homme*).
- GONIN Olivier, *Evolution constitutionnelle en Espagne et au Royaume-Uni – vers une forme de fédéralisme asymétrique*, thèse, Bâle/Neuchâtel 2011 (cité : GONIN O.).
- GRANGER Roger, *La tradition en tant que limite aux réformes du droit*, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 31, n° 1/1979, pp. 37-125.
- GREENHOUSE Linda, *The U.S. Supreme Court – A Very Short Introduction*, Oxford 2014.
- GRÜNSTÄUDL Georg, *Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich. Österreich, Deutschland und die Schweiz seit 1945*, thèse, Berne/Baden-Baden/Vienne 2018 (cité : GRÜNSTÄUDL, *Richterauswahl*).
- GRÜNSTÄUDL Georg, *Die Richtermacher : Anforderungen, Akteure und Modelle der Richterauswahl*, in : « *Justice – Justiz – Giustizia* » 2019/2 (cité : GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*).
- GUARNIERI Carlo/PEDERZOLI Patrizia, *La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris 1996.
- GUINCHARD Serge et al., *Institutions juridictionnelles*, 12^e édition, Paris 2013.
- HAMON Francis/TROPER Michel/BURDEAU Georges, *Droit constitutionnel*, 27^e édition, Paris 2001.
- LOURQUEBIE Fabrice, *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris 2010.

- HUDSON David L., *The Handy Supreme Court Answer Book*, Detroit/Canton 2008.
- HUPPÉ LUC, Les Conseils de la magistrature au Canada, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2009/2.
- JACKSON Vicky C., *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in : Rosenfeld Michel/Sajó András (éd.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, pp. 54-74 (cité: JACKSON, *Methodologies*).
- JACKSON Vicky C., *Judicial Independence: Structure, Contexte, Attitude*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 19-86 (cité : JACKSON, *Judicial Independence*).
- JOUANNET Emmanuelle, Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : la consolidation d'un tiers pouvoir international ?, in : Ruiz Fabri Hélène/Sorel Jean-Marc (sous la direction de), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris 2010, pp. 271-302.
- KÄLIN Walter/KÜNZLI Jörg, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4^e édition, Bâle 2019.
- KEMPFFLE Roland, Wege ins Richteramt in Deutschland, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.
- KERNALEGUEN Francis, *Institutions judiciaires*, 4^e édition, Paris 2008.
- KLEY Andreas, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit : Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz*, 4^e édition, Berne 2020 (cité : KLEY, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*).
- KOLB Robert, *The International Court of Justice*, Oxford/Portland 2013.
- KOSAŘ David, *Selecting Strasbourg Judges : A Critique*, in : Bobek Michal (éd.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford 2015, pp. 120-161.
- KRYNEN Jacques, *Avant-propos*, in : Krynen Jacques (sous la direction de), *L'élection des juges*, Paris 1999.
- LEGEAIS Raymond, *Grands systèmes de droits contemporains, Approche comparative*, 2^e édition, Paris 2008.
- LEMMENS Koen, (S)electing Judges for Strasbourg : A (Dis)appointing Process ?, in : Bobek Michal (éd.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford 2015, pp. 95-119.
- LENSKI Edgar, *Commentaires des articles 20-23*, in : Karpenstein Ulrich/Mayer Franz (éd.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 2^e édition, Munich 2015.
- LE POURHIET Anne-Marie, *Juges partout, démocratie nulle part !*, in : « Causeur », n° 3/2013, pp. 44-46.
- LÉVY-ULLMANN Henri, *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris 1928.
- LEYLAND Peter, *The Constitution of the United Kingdom – a contextual analysis*, Oxford 2012.
- MACDONALD Roderick A./KONG Hoi, *Judicial Independence as a Constitutional Virtue*, in : Rosenfeld Michel/Sajó András (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, pp. 831-858.
- MAHON Pascal/BENOIT Anne, *Droit constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, Bâle/Neuchâtel 2011.
- MALLESON Kate, *Appointment, discipline and removal of judges : fundamental reform in the United Kingdom*, in : LEE Hoong P. (éd.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge 2011, pp. 117-133 (cité : MALLESON, *Appointment, discipline and removal of judges*).
- MALLESON Kate/GEE Graham, *Who should have the final say in lower level judicial appointments ?*, in : UK Constitutional Law Blog, 30.01.2013. Disponible : [<https://ukconstitutionallaw.org/2013/01/30/kate-malleson-and-graham-gee-who-should-have-the-final-say-in-lower-level-judicial-appointments/>] (dernière consultation: 23.05.2020) (cité: MALLESON/GEE, *Lower level judicial appointments*).
- MAYALI Laurent, *La sélection des juges aux Etats-Unis*, in : Krynen Jacques (sous la direction de), *L'élection des juges*, Paris 1999, pp. 253-270.
- MAZZA Mauro, *Il potere giudiziario*, in : Carozza Paolo/Di Giovine Alfonso/Ferrari Giuseppe F. (éd.), *Diritto costituzionale comparato*, Bari/Roma 2009, pp. 921-952.

- MÉTAIRIE Guillaume, L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814), in : Jacques Krynen (sous la direction de), *L'élection des juges*, Paris 1999, pp. 21-65.
- MICHAUT Françoise, *La procédure de destitution sur impeachment aux Etats-Unis*, Paris 2002.
- MICHEL Valérie, Les juridictions des communautés européennes, in : Ruiz Fabri Hélène/Sorel Jean-Marc (sous la direction de), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris 2010, pp. 9-30.
- MILANO Laure, La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable, in : *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Titre VII, n° 3, octobre 2019. Disponible : [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-separation-des-pouvoirs-et-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-sur-le>] (dernière consultation : 23.05.2020).
- MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, baron de, *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris 1920.
- MUIR-WATT Horatia, La fonction subversive du droit comparé, in : *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3/2000, pp. 503-527.
- NOWAK Manfred, *U.N Covenant on Civil and Political Rights, CCP Commentary*, 2^e édition, Kehl/Strasbourg/Arlington 2005.
- OBERTO Giacomo, *Recrutement et formation des juges en Europe. Etude comparative*, Strasbourg 2003.
- OLIVER Dawn, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford 2003.
- PERROT Roger †/BEIGNIER Bernard/MINIATO Lionel, *Institutions judiciaires*, 16^e édition, Issy-les-Moulineaux 2017.
- PLUEN Olivier, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris 2012.
- PONTHOREAU Marie-Claire, Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel, in : *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles 2008, pp. 219-237 (cité : PONTTHOREAU, Cultures constitutionnelles).
- PONTHOREAU Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, Paris 2010 (cité : PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*).
- POPESCU Corneliu-Liviu, La Cour européenne des droits de l'homme, in : Ruiz Fabri Hélène/Sorel Jean-Marc (sous la direction de), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris 2010, pp. 39-136.
- REED AMAR Akhil, *America's Constitution, A Biography*, New York 2006.
- ROSANVALLON Pierre, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris 2008.
- ROUSSEAU Dominique, Juger, une profession et un acte citoyen, in : « *Revue Projet* », n° 323, 2011/4, pp. 17-21.
- ROYER Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France*, 4^e édition, Paris 2010.
- SEIBERT-FOHR Anja, Judicial Independence in Germany, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 447-520 (cité : SEIBERT-FOHR, *Judicial Independence in Germany*).
- SEIBERT-FOHR Anja, The Normativity of an Evolving Transnational Principle, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 1279-1361 (cité : SEIBERT-FOHR, *Normativity*).
- SEN Amartya, *L'idée de justice* (traduction de l'anglais par Paul Chemla), Paris 2010.
- SHETREET Shimon†, Judicial Independence, Liberty, Democracy and International Economy, in : Shetreet Shimon (éd.), *The Culture of Judicial Independence : Rule of Law and World Peace*, Leiden/Boston 2014, pp. 14-47.
- SINTOMER Yves, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique*, Paris 2011.

SULLIVAN Kathleen/FELDMAN Noah, *Constitutional Law*, 19^e édition, St. Paul 2016.

THOMAS Cheryl, *Review of Judicial Training and Education in Other Jurisdictions*, Londres 2006. Disponible : [http://www.retawprojects.com/uploads/judicial_training.pdf] (dernière consultation: 23.05.2020).

THIREAU Jean-Louis, *Introduction historique au droit*, 3^e édition, Paris 2009.

TORRES PÉREZ Aida, *Can Judicial Selection Secure Judicial Independence ? : Constraining State Governments in Selecting International Judges*, in : Bobek Michal (éd.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford 2015, pp. 181-200.

TROPER Michel, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?*, in : revue « Pouvoirs », n° 16/1981, pp. 5-15.

TURENNE Sophie, *Judicial Independence in England and Wales*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 147-184.

TUSHNET Mark, *Judicial selection, removal and discipline in the United States*, in : LEE Hoong P. (éd.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge 2011 (cite: TUSHNET, *Judicial selection*).

TUSHNET Mark, *The Constitution of the USA*, 2^e édition, Oxford/Portland 2015 (cité : TUSHNET, *The Constitution of the USA*).

VALOIS Martine, *L'indépendance judiciaire – La justice entre droit et gouvernement*, Zurich/Montréal 2011.

VAN ZYL SMIT Dirk, *The appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles : A Compendium and Analyses of Best Practice (Report of Research Undertaken by Bingham Centre for the Rule of Law)*, s.l. 2015. Disponible : [https://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf] (dernière consultation : 12.05.2020).

VERDUSSEN Marc, *Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus*, in : Andersen Robert et al. (éd.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris 2007, pp. 1644-1657 (cité : VERDUSSEN, *Droit constitutionnel comparé*).

VERDUSSEN Marc, *La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ?*, in : Grandjean Geoffrey/Wildemeersch Jonathan (sous la direction de), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles 2016, pp. 325-345 (cité : VERDUSSEN, *Cour constitutionnelle*).

VOLCANSEK Mary L., *Judicial Misconduct : A Cross-National Comparaison*, Gainesville 1996 (cité : VOLCANSEK, *Judicial Misconduct*).

VOLCANSEK Mary L., *Judicial Elections and American Exceptionalism: A comparative Perspective*, 60 *DePaul L. Review* (2011), pp. 805 ss (cité: VOLCANSEK, *Judicial Elections*).

WEBER Max, *Le savant et le politique*, Plon, Paris 1959 (cité : WEBER M.).

WHEELER Russel, *Judicial Independence in the United States of America*, in : Seibert-Fohr Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, pp. 521-566.

WILDEMEERSCH Jonathan, *Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen : qui se trouve de l'autre côté du miroir ?*, in : Grandjean Geoffrey/Wildemeersch Jonathan (sous la direction de), *Les juges : décideurs politiques ?*, *Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles 2016, pp. 347-358.

ZOLLER Elisabeth, *Le droit des Etats-Unis*, Paris 2001.

C. Documents officiels

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, La portée de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux – les avis de la doctrine juridique, Rapport de l'Office parlementaire de contrôle de l'administration, du 11 mars 2002, FF 2002, pp. 7141-7178.

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, Haute surveillance parlementaire sur les tribunaux fédéraux, Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats, du 28 juin 2002, FF 2002, pp. 7077-7092.

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral, Rapport des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, du 6 octobre 2003, FF 2004 5305-5400.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(94)12 aux Etats membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, adoptée le 13 octobre 1994.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2010)12 aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, adoptée le 17 novembre 2010. Disponible : [<https://rm.coe.int/16807096c2>] (dernière consultation : 13.05.2020).

COMMISSIONS DE GESTION DU CONSEIL NATIONAL ET DU CONSEIL DES ETATS, Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral, Rapport du 6 octobre 2003, FF 2004, pp. 5305-5400.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport sur les nominations judiciaires, du 16/17 mars 2007. Disponible : [<https://rm.coe.int/1680700e12>] (dernière consultation : 13.05.2020).

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, Partie I : L'indépendance des juges, du 16 mars 2010. Disponible : [<https://rm.coe.int/1680700e13>] (dernière consultation : 13.05.2020).

COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ), Systèmes judiciaires européens (édition 2014, données 2012), Efficacité et qualité de la justice, Strasbourg 2014. Disponible : [<https://rm.coe.int/systemes-judiciaires-europeens-edition-2014-donnees-2012-efficacite-et/168078958a>] (dernière consultation : 13.05.2020) (cité : CEPEJ, Rapport 2014).

COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ), Systèmes judiciaires européens (édition 2018, données 2016), Efficacité et qualité de la justice, Strasbourg 2018. Disponible : [<https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-fr/16808def9d>] (dernière consultation : 13.05.2020) (cité : CEPEJ, Rapport 2018).

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 1 (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, du 23 novembre 2001. Ensemble des textes disponibles : [<https://www.coe.int/fr/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta>] (dernière consultation : 13.05.2020).

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 3 (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, du 19 novembre 2002.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 4 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la formation initiale appropriée des juges, aux niveaux national et européen, du 27 novembre 2003.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 10 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le Conseil de la Justice au service de la société, du 23 novembre 2007.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 18 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'Etat dans une démocratie moderne, du 16 octobre 2015.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Avis n° 22 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle des assistants de justice, du 7 novembre 2019.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Magna Carta des juges (principes fondamentaux), adoptée lors de sa 11^e réunion plénière, des 17-19 novembre 2010.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Rapport du Conseil consultatif des juges européens du 9 novembre 2011 sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les différents Etats membres.

CONSEIL CONSULTATIF DES JUGES EUROPÉENS (CCJE), Rapport du Conseil consultatif des juges européens du 16 octobre 2015 sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les différents Etats membres.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale, du 17 juin 1870, FF 1870 II, pp. 777-817.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message à la haute Assemblée fédérale concernant la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, du 23 mai 1874, FF 1874 I, pp. 989-1025.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001, pp. 4000-4280.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'initiative populaire « Pour plus de transparence dans le financement de la vie politique (initiative sur la transparence) », du 29 août 2018, FF 2018, pp. 5675-5716.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral, du 15 juin 2018, FF 2018, pp. 4713-4768.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant l'initiative populaire « Désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice) », du 19 août 2020, FF 2020, pp. 6609-6632.

GROUPE D'ETATS CONTRE LA CORRUPTION (GRECO), Quatrième cycle d'évaluation, « Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs », Rapport d'évaluation sur la Suisse, adopté le 2 décembre 2016. Disponible : [<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/korruption/greco/grecoberichte/ber-iv-2016-5-f.pdf>] (dernière consultation: 13.05.2020) (cité : GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse).

GROUPE D'ETATS CONTRE LA CORRUPTION (GRECO), Quatrième cycle d'évaluation, « Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs », Rapport de conformité sur la Suisse, adopté le 22 mars 2019. Disponible : [<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/korruption/greco/grecoberichte/ber-iv-2019-2-f.pdf>] (dernière consultation : 13.05.2020) (cité : GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport de conformité sur la Suisse).

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDICIAL INDEPENDENCE AND WORLD PEACE, Mont-Scopus International Standards of Judicial Independence, approuvés le 19 mars 2008. Disponible : [<https://www.jiwp.org/mt-scopus-standards>] (dernière consultation: 19.05.2020).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (2002) et commentaire, New York 2013. Disponible : [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Commentary_on_the_Bangalore_Principles_French.pdf] (dernière consultation : 13.05.2020).

OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME (ONUDC), Guide de ressources sur le renforcement de l'intégrité et des capacités de la justice, New York 2014. Disponible : [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ResourceGuideonStrengtheningJudicialIntegrityandCapacity/11-87906_Ebook.pdf] (dernière consultation : 13.05.2020).

ORGANISATION POUR LA SÉCURITÉ ET LA COOPÉRATION EN EUROPE (OSCE)/MAX PLANCK MINERVA RESEARCH GROUP ON JUDICIAL INDEPENDENCE, Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia, du 23-25 juin 2010. Disponible : [<https://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>] (dernière consultation : 13.05.2020).

TRIBUNAL FÉDÉRAL, Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral, Rapport des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 6 octobre 2003, Prise de position du Tribunal fédéral, du 5 janvier 2005, FF 2004, pp. 5401-5405.

TRIBUNAL FÉDÉRAL, Usages au sein du collège des juges au Tribunal fédéral, document adopté par la Cour plénière le 12 novembre 2018 et le 13 juin 2019. Disponible : [https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/Version_Internet_2019.pdf] (dernière consultation : 15.05.2020).

UNION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS (UIM), Statut universel du juge, adopté à Taïpeh le 17 novembre 1999 (mise à jour à Santiago le 14 novembre 2017). Disponible : [https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_french.pdf] (dernière consultation : 13.05.2020).

Introduction

A. Objet, contexte et intérêt de la thèse

Vers la fin de la République romaine, le citoyen qui brigait une charge publique portait, une fois inscrit sur la liste par le président du comice, une toge blanche (*toga candida*), d'où lui venait son nom (*candidatus*), qu'il faisait alors blanchir avec de la craie, afin de la rendre plus éclatante et attirer davantage l'attention de ses électeurs. Ainsi vêtu, le candidat parcourait les marchés et les villages des environs de Rome afin de récolter les suffrages de ses concitoyens (*ambitio*). Bien qu'interdite, cette pratique était largement répandue – CICERON l'utilisait pour briguer ses divers mandats – et perdura jusqu'à la fin de la République¹.

Aujourd'hui, en Suisse, le candidat² à une fonction judiciaire ne doit certes plus se revêtir de blanc immaculé, mais doit néanmoins s'imprégner de la couleur d'un parti politique, véritable condition pour être élu. Une fois en fonction, sa teinte partisane ne disparaîtra d'ailleurs pas complètement étant donné qu'il devra verser une part de son salaire à son parti, puis si possible ne pas trop le contrarier afin d'être reconduit dans ses fonctions à la fin de son mandat.

Cette anecdote permet de mettre en évidence les particularismes du système suisse d'élection des juges. Lorsque nous avons la chance d'expliquer notre sujet d'étude à des personnes qui ne sont pas familières avec celui-ci, des réactions mêlant la stupeur et le questionnement se manifestent : « ah oui, les juges suisses sont élus par le Parlement ?! », « ils doivent être membres d'un parti politique ?! », « n'est-ce pas contraire à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de la justice ? », « et en plus ils reversent une partie de leur salaire à leur formation politique ?! ». Ce sentiment est d'ailleurs partagé par Dick MARTY qui, lorsqu'il s'entretenait avec des juristes ou des parlementaires étrangers, remarquait une « stupéfaction générale », voire un « désarroi » parmi eux³.

Ces réactions sont compréhensibles tant l'élection politique des juges – et la légitimité que celle-ci est censée leur conférer – semble de prime abord incompatible avec l'indépendance des autorités judiciaires et des juges. Pourtant, cet antagonisme n'a, pendant plusieurs siècles, jamais réellement remis en cause ce mode de désignation. Bien au contraire, celui-ci était considéré comme la symbiose parfaite entre la démocratie directe ou semi-directe et l'indépendance de la justice. La plupart des magistrats et des auteurs de doctrine considéraient, en effet, qu'étant le fruit d'une longue tradition démocratique, il ne posait pas de problèmes fondamentaux et partant, ne méritait pas qu'on le remette en question, du moins qu'on s'y attarde trop longuement⁴. En 1919, le Professeur Hans REICHEL critiquait cependant déjà l'élection populaire considérée inapte pour évaluer les compétences des candidats aux fonctions judiciaires⁵. Il émettait également des doutes sur la réélection périodique,

¹ NICOLET Claude, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris 1976, p. 402 ; BOISSIER Gaston, *Les Elections à Rome vers la fin de la République*, in : *Revue des Deux Mondes*, 3^e période, tome 44, 1881, pp. 36-67.

² Tout au long de cette recherche, les termes utilisés pour désigner des personnes sont pris au sens générique : ils ont à la fois valeur d'un féminin et d'un masculin.

³ MARTY, *Tentatives*, N 3.

⁴ Cf. ZAPPELLI, *Le juge*, p. 110 ; MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 1. On notera cependant quelques thèses zurichoises, comme celles de Felix MATTER, *Der Richter und seine Auswahl*, Zurich 1978, et de Walter BOSSHART, *Die Wählbarkeit zum Richter im Bund und in den Kantonen*, Winterthur 1961. En 1960, Kurt EICHENBERGER développe également la question de l'élection des juges dans sa thèse d'habilitation sur l'indépendance de la justice, pp. 223 ss.

⁵ REICHEL, pp. 8 ss.

vue comme une menace à l'indépendance de la justice⁶. Ces défauts étaient toutefois mineurs, comme le notait, en 1935, le Professeur zurichois Hans FRITZSCHE, dans un ouvrage collectif de droit comparé :

« [c]es institutions [suisses] susciteront l'étonnement des juristes formés dans les traditions de la magistrature de leur pays. Toutes les garanties du droit constitutionnel moderne, et avant tout l'inamovibilité et la nomination à vie du juge et son éducation juridique, semblent faire défaut. N'est-ce pas le hasard ou la passion politique qui domineront les élections des juges ? Est-ce que les juges, dépendant d'une réélection, auront l'indépendance nécessaire ? Il est clair que tout dépend de l'esprit et de la modération avec lesquelles des institutions à première vue si dangereuses sont pratiquées. Et il est permis de constater qu'en général ce peuple, élevé dans la pratique et les traditions séculaires de sa liberté, a bien compris qu'il faut soutenir et protéger ces institutions par un usage modéré et sage. [...] »⁷.

- 5 Dès le milieu des années 1990, le système d'élection judiciaire a fait l'objet de commentaires plus conséquents parmi les magistrats et les académiciens. En 1994, le juge fédéral Karl SPÜHLER relevait des cas dans lesquels des juges n'avaient pas été réélus suite à certaines décisions ayant déplu aux forces politiques. Ces situations mettaient ainsi en évidence les risques encourus par les magistrats quant à leur indépendance à l'égard du pouvoir politique⁸. Par la suite, l'apparition, au plan international, de diverses recommandations et autres ensembles de règles relatives au statut du juge et à son indépendance, préconisant en particulier une désignation exempte de considérations politiques et pour une durée indéterminée, a mis en exergue les limites du modèle helvétique d'élection judiciaire⁹.
- 6 Ces dernières années, le mode d'élection politique des juges a suscité de nouvelles controverses. En mars 2017, le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe publiait un rapport d'évaluation critique à l'égard du système suisse d'élection, en particulier en raison des forts liens qu'entretiennent juges et partis politiques¹⁰. Une année plus tard, une initiative populaire fédérale visant à désigner les juges du Tribunal fédéral par tirage au sort (initiative sur la justice) était lancée. Elle a abouti le 17 septembre 2019¹¹. La même année, suite à un arrêt rendu par le Tribunal fédéral concernant la transmission des données de clients d'UBS à la France, des responsables d'un parti gouvernemental à qui cette décision avait déplu ont déclaré, par voie de presse, qu'ils envisageaient de ne pas réélire un juge membre de leur parti, coupable d'avoir voté avec la majorité du tribunal en faveur de l'admission du recours¹².
- 7 On le voit bien, la procédure d'élection, mais surtout de (non-)réélection des juges en Suisse, est un thème qui est toujours plus polémique dans notre conception de l'Etat de droit. Pourtant, les études approfondies consacrées à ce sujet – en langue française particulièrement – n'abondent pas, et ce malgré divers articles publiés régulièrement dans la « revue des juges » (« *Justice – Justiz – Giustizia* »). L'étude de référence de la Professeure Regina KIENER¹³ consacrée à l'indépendance de la justice traite de l'élection des juges comme un des aspects de celle-ci, mais sans qu'elle constitue une partie essentielle de sa recherche. Les thèses zurichoises de la précédente décennie n'abordent pas le sujet sous le même angle. Mark LIVSCHITZ¹⁴ procède davantage à une étude sociologique du phénomène de l'élection des juges, et ce uniquement dans le canton de Zurich. Quant à Alain FISCHBACHER¹⁵, son analyse se limite notamment à la désignation des membres des tribunaux constitutionnels fédéraux en Suisse et en Allemagne¹⁶. Les critiques – plus que jamais d'actualité – et le relatif

⁶ *Idem*, pp. 11 et 39 ss.

⁷ FRITZSCHE, Les Procès, pp. 344 s. Cf. ég. SECRÉTAN, p. 15, qui avait repris ce passage lors de sa conférence prononcée le 18 mars 1955 à l'Université de Montpellier.

⁸ SPÜHLER, Richter, p. 32.

⁹ Cf. *infra*, 2^e partie, chapitre 1.

¹⁰ Cf. *infra*, N 441 ss.

¹¹ FF 2019 5963.

¹² ATF 146 II 150. Cf. *infra*, N 1201.

¹³ KIENER, Unabhängigkeit, pp. 249 ss.

¹⁴ LIVSCHITZ, pp. 1 ss.

¹⁵ FISCHBACHER, pp. 1 ss.

¹⁶ Nous avons par ailleurs connaissance d'une thèse d'habilitation rédigée actuellement à l'Université de Zurich par Lorenz LANGER, et qui devrait être déposée au cours de cette année. Nous ne la prendrons ainsi pas en considération dans notre analyse.

vide juridique qui entoure ce(s) système(s) justifient ainsi la thèse projetée. Celle-ci répond d'ailleurs à une nécessité non seulement théorique, mais également pratique.

B. Buts de la thèse

La problématique de la présente recherche pourrait se résumer en une seule phrase : quelles sont les faiblesses du système suisse d'élection des juges et comment celles-ci peuvent-elles être atténuées ? Pour ce faire, il convient d'abord d'identifier les idées dominantes du sujet. Nous nous interrogerons, en premier lieu, sur les origines du système, ses fondements, et son évolution au fil du temps. Cette première démarche nous permettra de répondre aux questions suivantes : comment la Suisse est-elle parvenue au mode actuel d'élection des juges ? Comment celui-ci a-t-il évolué ou au contraire s'est-il maintenu à travers les siècles ?

Cela fait, nous pourrions présenter de façon détaillée les modes de désignation des juges en Suisse, tant au niveau fédéral que cantonal. L'étude du droit positif nous servira, dans un premier temps, de base pour une comparaison avec les modes de désignation des juges à l'étranger. En effet, notre exercice ne se limitera pas à une étude helvétique, mais s'intéressera aux modèles adoptés par d'autres Etats ainsi que par les organismes internationaux actifs en matière d'indépendance de la justice. L'objectif ici est double : d'une part, relever les points communs et les différences entre les systèmes étudiés ; d'autre part, identifier les solutions visant à renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire dans notre pays, en particulier quant aux modes de désignation des juges.

Ces éléments nous permettront ensuite d'aborder la problématique centrale de notre étude, soit d'identifier et d'analyser les limites, voire les dangers du mode d'élection des juges en Suisse, afin de proposer des alternatives et des palliatifs à celui-ci. A cet effet, il convient d'examiner si les partis politiques sont bien légitimés à exercer leur monopole dans le processus de désignation des juges. En conséquence, est-il justifié d'évincer un candidat n'appartenant à aucun parti politique ? Et ce même s'il présente des qualités supérieures au candidat engagé politiquement ? Ce mécanisme ne viole-t-il pas ses droits fondamentaux, en particulier l'égalité dans l'accès aux charges publiques¹⁷ ?

Notre analyse pourrait s'arrêter là si, une fois élu, le juge coupait tout lien avec son parti. Mais tel n'est pas le cas. A ce stade, notre but est de mettre en évidence les attaches qui perdurent entre eux, en particulier à travers la pratique dite de « l'impôt de parti » (ou « *Parteisteuer* »), ainsi que par la procédure de réélection périodique. Il convient ainsi de se demander si ces spécificités typiquement helvétiques ne constituent pas une menace pour l'Etat de droit, en particulier pour l'indépendance du pouvoir judiciaire. En outre, il convient d'examiner si dans le cadre de la procédure de (non-)réélection, les garanties procédurales du magistrat sont respectées. Enfin, l'analyse de la formation des juges en Suisse nous permettra d'évaluer si un enseignement plus poussé serait souhaitable afin d'améliorer le processus de recrutement et d'accroître l'indépendance de la justice.

C. Délimitation de la thèse

Notre recherche se limitera à l'examen de la désignation et du statut du « juge » (« *Richter* »). On entend par là le « magistrat chargé d'appliquer les lois et de rendre la justice »¹⁸. Selon ARISTOTE, le juge est celui « du juste milieu, entre le plus et le moins »¹⁹. Sont intégrés dans cette définition tant les juges civils, soit ceux qui sont chargés de trancher les litiges entre particuliers, les juges pénaux, soit ceux qui sont tenus de juger les auteurs d'infractions, que les juges administratifs, soit ceux qui connaissent les litiges opposant les particuliers

¹⁷ A ce stade, il est important de préciser que cette étude n'a aucunement comme objectif de remettre en question la qualité des choix opérés, par le passé, par les autorités de désignation, respectivement par les partis politiques. La grande majorité des juges exerce son activité de manière professionnelle et indépendante et doit sa désignation avant tout à ses qualités humaines et juridiques. Il s'agit ici davantage de mettre en exergue l'exclusion de candidats (plus) compétents qui refuseraient d'adhérer à un parti politique ou d'être soutenus par celui-ci.

¹⁸ Le Nouveau Petit Robert, édition juin 1996. Ce terme vient du latin « *iudex* » qui signifie arbitre, appréciateur, critique.

¹⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, cité par SAINT-ARNAUD Jocelyne, *Les définitions aristotéliennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité* : Philosophiques, 1984/11 (1), pp. 157–173, p. 168.

à l'Etat – quels que soient les degrés de juridiction. Enfin, les juges constitutionnels, soit les membres d'une autorité juridictionnelle appelés principalement à contrôler la constitutionnalité des actes étatiques, seront compris dans notre réflexion.

- 13 Par ailleurs, le choix a été fait de concentrer l'analyse sur les juges professionnels, à savoir ceux qui exercent leur office à titre principal et exclusif, que ce soit à temps complet ou à temps partiel. Les juges suppléants pourront le cas échéant aussi être considérés. Seront donc exclus, en principe, de cet examen les juges non professionnels (ou laïcs), les juges assesseurs ainsi que les jurés. On pourra néanmoins parfois se référer à ces personnes ou ces autorités afin de contextualiser notre analyse.
- 14 Au niveau terminologique, en France, mais parfois également en Suisse²⁰, on utilise, à la place du terme de juges, davantage celui de « magistrats du siège », lesquels se distinguent ainsi des « magistrats du parquet », soit les procureurs. Ces derniers sont des « magistrats du ministère public chargés de représenter l'Etat auprès des juridictions pénales »²¹. Le choix de restreindre notre analyse aux juges (ou magistrats du siège) est dicté par des motifs pratiques, notamment de concision et de temps, mais également juridiques, car leur fonction et leur statut diffèrent des procureurs (ou magistrats du parquet) sur plusieurs aspects. Tout d'abord, leurs tâches sont sensiblement distinctes : « le juge est chargé de rendre justice, le procureur de mettre ce dernier en condition de le faire »²². Ensuite, contrairement aux juges, les procureurs, du moins en Suisse, sont généralement soumis à une hiérarchie au sein du ministère public. Leurs supérieurs (premier procureur ou procureur général) disposent à cet égard du pouvoir de leur donner des instructions contraignantes sur la façon de mener leurs procédures, ce qui restreint leur indépendance et leur impartialité²³. Du reste, les procureurs, en particulier le procureur général, sont souvent placés sous l'autorité du pouvoir exécutif, voire du pouvoir législatif²⁴. Le statut particulier des procureurs fait dire à certains auteurs qu'ils bénéficient alors d'un statut hybride, entre celui du juge et celui du fonctionnaire²⁵.
- 15 Néanmoins, une grande partie des développements présentés dans cette étude pourra s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux procureurs. Tout comme les juges, ceux-ci sont en effet élus, à la Confédération et dans plusieurs cantons, par le Parlement²⁶ ou le peuple²⁷. Ils sont parfois désignés « à l'interne »²⁸ ou par le pouvoir exécutif²⁹, ce dernier système n'étant toutefois pas idéal pour leur indépendance³⁰. En ce qui concerne d'autres aspects de leurs fonctions, notamment les conditions d'éligibilité, la durée du mandat, le droit disciplinaire et les incompatibilités auxquels ils sont soumis, les procureurs sont généralement soumis à des règles similaires, voire souvent identiques, à celles qui valent pour les juges³¹.

²⁰ Cf. PELLATON, N 17 ss.

²¹ Cf. CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 8^e éd., Paris 2007.

²² LONGO, N 42.

²³ Cf. art. 4 al. 2 CPP. Cf. LONGO, N 3.

²⁴ PELLATON, N 20 et 53 et les références citées ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 319. Pour la France, s'agissant des magistrats du parquet en général, cf. CourEDH, arrêt *Moulin c. France*, requête n° 37104/06 du 23.11.2019, § 56. Pour la situation en Europe, cf. CEPEJ, Rapport 2018, pp. 126 ss.

²⁵ LONGO, N 44. Cf. ég. KIENER Regina/CUPA Basil, Hybrider Status – relative Unabhängigkeit ? Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft, in : Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zurich 2012, pp. 395-416.

²⁶ Cf. par ex. à Fribourg, les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus par le Grand Conseil, sur préavis du Conseil de la magistrature (art. 103 al. 1 let. e Cst./FR) ; à Neuchâtel, art. 60 Cst. en lien avec l'art. 54 OJN/NE : élection par le Grand Conseil ; le procureur général et les procureurs généraux suppléants sont élus par l'Assemblée fédérale (art. 20 al. 1 LOAP).

²⁷ Par ex. à Genève (art. 52 al. 1 let. c Cst./GE).

²⁸ Le procureur général de la Confédération nomme les autres procureurs (art. 20 al. 2 LOAP) ; A Berne, le Parquet général engage par contrat de droit public les procureurs en chef, les autres procureurs ainsi que les procureurs des mineurs (art. 22 al. 2 LOJM/BE).

²⁹ Dans le canton de Vaud, les procureurs – à l'exception du procureur général qui est élu par le Grand Conseil (art. 7 al. 1 LMPu) – sont nommés par le Conseil d'Etat, sur proposition du procureur général (art. 8 al. 1 LMPu). En France, les magistrats du parquet sont nommés par l'exécutif, après recommandation non contraignante du Conseil de la magistrature. Cf. *infra*, N 545.

³⁰ Cf. arrêt *Moulin c. France*, précité, § 59.

³¹ LONGO, N 24 s.

D. Méthode de la thèse

Du point de vue méthodologique, la présente recherche se fonde, principalement, sur les méthodes classiques de l'analyse juridique, à savoir l'examen de textes et documents, spécialement des sources de la réglementation en vigueur – qu'elle soit de droit international ou de droit domestique, de rang constitutionnel, légal ou réglementaire –, tant fédérale que cantonale, ainsi que sur l'étude de la jurisprudence, de la doctrine juridique et des travaux préparatoires. 16

Comme son titre l'indique, cette thèse s'intéressera à l'étude de la désignation des juges du point de vue du droit constitutionnel, c'est-à-dire des règles juridiques fondamentales relatives à l'Etat et à son organisation. Cela dit, elle présente également une dimension pluridisciplinaire, voire interdisciplinaire. C'est ainsi que nous prendrons en compte des facteurs extérieurs au droit positif, tels que l'histoire, la science politique, la sociologie, voire la philosophie. Cette approche se justifie par la limitation conceptuelle et théorique induite par l'étude du droit positif à l'état pur³². En effet, « [l]e droit ne se réduit ni aux textes qui prétendent le proclamer ni aux cas qu'il est censé régler. Le droit apparaît bien plutôt comme la résultante de cet aller-retour sans fin entre la généralité du propos législatif et la singularité de la situation qui le mobilise »³³. Dans ce sens, toute étude est nécessairement « contextuelle »³⁴. Comme le soulignent Hugues DUMONT et Antoine BAILLEUX, « s'il est vrai que le juriste ne doit surtout pas confondre les explications juridiques et les explications sociologiques, il ne peut pas pour autant se couper des faits politiques et sociaux. Dans la mesure où le système juridique n'est pas clos sur lui-même, mais bien relié par de nombreux canaux aux autres sous-systèmes sociaux, il est manifestement faux que le droit puisse s'expliquer entièrement par lui-même »³⁵. La prise en compte d'autres disciplines nous permettra dès lors de nous placer d'un point de vue externe par rapport à notre objet d'étude et ainsi d'examiner les limites du paradigme dominant. En outre, bien qu'elle ne constitue pas une étude empirique à proprement parler, la présente recherche comporte des informations utiles issues de divers entretiens avec des personnes du monde judiciaire (juges, greffiers) et politique. 17

Par ailleurs, ce travail se caractérise par une démarche résolument comparatiste. Une meilleure connaissance de notre droit national, libre de toute forme d'ethnocentrisme, présuppose d'étudier d'autres systèmes juridiques. L'avantage de la comparaison réside précisément dans « le pouvoir de sonder ses propres résistances au changement »³⁶. En outre, ce travail ne peut se limiter au terrain du droit positif, comme on l'a dit, mais nécessite d'explorer les cultures politique et constitutionnelle de chaque pays³⁷, ce que nous ferons. La perspective comparatiste nous permettra dès lors d'une part de mieux discerner les particularités du système helvétique et, d'autre part, de procéder à l'évaluation de celui-ci. Nous sommes néanmoins conscients que la tradition helvétique de l'élection politique des juges ne peut être si facilement écartée, de sorte que nous partirons du paysage institutionnel existant afin d'introduire certaines réformes du système. A ce titre, il ne convient aucunement de procéder à une « transplantation légale » d'un modèle juridique à un autre, mais plutôt à une analyse précise et rigoureuse du contexte spécifique pour proposer un mode de désignation amélioré³⁸. En conséquence, la présente thèse entend combler une lacune en adoptant une approche méthodologique innovante, différente des autres études de droit suisse. 18

³² Selon la méthode positiviste, l'étude du droit ne peut se faire qu'à partir des données du droit positif, à l'écart d'autres considérations sociologiques ou philosophiques. Cette méthode a été fondée par des juristes allemands du XIX^e siècle (GERBER et LABAND : école dite de l'*Isolierung* du droit) et développée au début du XX^e siècle par le Français Raymond CARRÉ DE MALBERG et l'Autrichien Hans KELSEN.

³³ BAILLEUX Antoine/OST François, Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche, in : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, vol. 70, pp. 25 à 44, p. 34.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ DUMONT Hugues/BAILLEUX Antoine, Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes, in : *Droit et société*, 2010/2, n° 75, pp. 275-293, p. 285.

³⁶ HUIR-WATT, p. 519.

³⁷ PONTHEAU, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), pp. 226 ss. Pour un développement plus approfondi de la méthode comparatiste, cf. *infra*, N 471 ss.

³⁸ Cf. JACKSON, *Indépendance*, p. 67.

E. Structure de la thèse

- 19 Notre travail se composera de trois parties, de longueurs similaires. La **première partie** aura comme objectif de présenter le système de désignation des juges en Suisse. Tout d'abord, un chapitre sera consacré aux origines de l'élection des magistrats dans notre pays. Ensuite, dans un second chapitre, seront présentées les règles de droit positif régissant la désignation des membres des divers tribunaux de la Confédération. Enfin, dans un troisième chapitre, sera dressé un portrait des systèmes de désignation des magistrats cantonaux, en se focalisant sur quelques cantons, essentiellement latins.
- 20 La **deuxième partie** sera consacrée, quant à elle, aux modes de désignation des magistrats sous l'angle du droit comparé. En premier lieu sera étudié l'ensemble des recommandations et principes internationaux en matière d'indépendance du juge, notamment en relation avec son mode de désignation et sa carrière, en particulier ceux émis par le Conseil de l'Europe et les Nations Unies. Cette partie nous permettra ainsi de nous demander si les solutions adoptées en Suisse sont compatibles avec ces « standards internationaux ». Le second chapitre sera consacré à la désignation des juges à l'étranger, notamment dans les pays membres du Conseil de l'Europe. Un accent particulier sera mis sur la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, lesquels recouvrent un large éventail des différents modèles existants en matière d'accès à la magistrature. Ces trois systèmes seront ainsi comparés puis confrontés avec le régime suisse. Enfin, le troisième chapitre de cette partie sera consacré à la désignation des membres des principaux tribunaux internationaux.
- 21 La **troisième partie**, véritable cœur de la thèse, sera dédiée à l'étude des limites des modes de désignation des juges en Suisse. Tout d'abord, nous présenterons les principes cardinaux de notre ordre juridique, à savoir la séparation des pouvoirs et son corollaire, l'indépendance de la justice, concepts qui serviront de fil conducteur à notre raisonnement (chapitre 1). Ensuite, il conviendra de discuter des problèmes inhérents au système de désignation judiciaire tel que pratiqué en Suisse, et ce, par ordre logique. Dans un premier temps, nous aborderons l'élection ainsi que le monopole des partis politiques dans le choix des magistrats (chapitre 2). Dans un deuxième temps, nous nous focaliserons sur les liens, parfois très étroits, qu'entretiennent les juges et les partis politiques, liens qui se concrétisent notamment à travers les contributions financières (« *Parteisteuern* ») que les premiers reversent aux seconds en contrepartie de leur élection et durant toute leur charge (chapitre 3). Puis, nous traiterons de la réélection périodique des juges en nous interrogeant, d'une part, sur les dangers que celle-ci comporte pour l'indépendance du pouvoir judiciaire et, d'autre part, sur les conséquences juridiques pouvant découler d'une éventuelle non-réélection (chapitre 4). Enfin, nous nous pencherons sur la question de la (relative) absence, pour les magistrats helvétiques, d'une formation spécifique et obligatoire (chapitre 5).

Première partie : Les modes de désignation des juges en Suisse

La première partie de cette recherche consistera à présenter le système de désignation des juges en Suisse. A cet effet, il conviendra tout d'abord d'étudier les fondements historiques de l'élection des magistrats dans notre pays, ainsi que son évolution jusqu'à aujourd'hui (chapitre 1). Le chapitre 2 présentera les règles actuelles de droit positif régissant la désignation des membres des divers tribunaux de la Confédération, essentiellement du Tribunal fédéral. Le chapitre 3 sera dédié à l'examen des divers modes de désignation des magistrats cantonaux, en particulier ceux des cantons latins.

Chapitre 1 : Les origines de la désignation des juges en Suisse : quelques éléments historiques

1.1. Présentation et démarche

Le droit ne peut être envisagé comme une discipline isolée, fermée sur elle-même. Il est également le produit d'une histoire, dont on ne saurait faire abstraction afin de le comprendre en profondeur³⁹. De la même façon, l'histoire du droit ne se présente pas seulement comme une branche de la discipline historique, mais comme « une méthode globale de la compréhension du droit contemporain »⁴⁰. L'histoire et le droit sont ainsi indéniablement amenés à se rencontrer. De même, la prise en compte de facteurs historiques permet une analyse critique du système juridique actuel, ceci à travers une vision externe de l'objet d'étude⁴¹. En outre, on rappellera que l'histoire ne parle pas d'elle-même. Les faits historiques acquièrent, en effet, une signification en les examinant, en les comparant et en les interprétant⁴².

Le système suisse de désignation des juges est souvent expliqué, voire justifié, par son origine pluricentenaire ; il est donc fortement ancré dans les mentalités helvétiques⁴³. A ce titre, il est indispensable de se plonger dans l'histoire constitutionnelle suisse, en particulier dans celle des institutions judiciaires, afin de rechercher les fondements du modèle d'élection des magistrats. De même, on ne saurait appréhender l'histoire de la désignation des juges sans aborder le contexte politique des diverses époques, l'organisation des institutions ou encore la séparation des pouvoirs.

Ce chapitre sera subdivisé en sept phases, lesquelles se retrouvent, en partie, dans plusieurs ouvrages d'histoire constitutionnelle suisse⁴⁴ : l'Ancien Régime (1291-1798) (ch. 1.2.), la République helvétique (1798-1803) (ch. 1.3.), l'Acte de médiation et la Restauration (1803-1830) (ch. 1.4.), la Régénération (1831-1848) (ch. 1.5.), la Constitution fédérale de 1848 (ch. 1.6.) et celle de 1874 (ch. 1.7.). Nous aborderons également l'évolution constitutionnelle, depuis 1848 et jusqu'au début du XX^e siècle, relative à l'élection et au statut des juges dans les cantons et au Tribunal fédéral (ch. 1.8.) Enfin, nous synthétiserons tous ces éléments (ch. 1.9.).

1.2. L'Ancien Régime (1291-1798)

1.2.1. En général : la situation politique avant 1798

L'histoire constitutionnelle de la Suisse moderne commence véritablement en 1798 à l'arrivée des troupes françaises. C'est ainsi un ordre politique vieux de plusieurs siècles qui s'effondre. A ce moment-là, la Confédération est composée de treize cantons⁴⁵. Elle n'est pas basée sur un pacte unique incluant l'ensemble des cantons, mais sur une multitude d'alliances et de contrats, formant ainsi un véritable « tissu confédéral »⁴⁶. Ces

³⁹ THIREAU, p. 9.

⁴⁰ CARTIER, p. 513.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² KLEY, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, pp. 7 ss.

⁴³ Cf. notamment ZAPPELLI, *Le juge*, p. 115 ; MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 35.

⁴⁴ Par ex. l'ouvrage de référence d'Alfred KÖLZ, *Tomes I et II*.

⁴⁵ Uri (depuis 1291), Schwyz (1291), Unterwald (Nidwald et Obwald) (1291), Lucerne (1332), Zurich (1351), Glaris (1352), Zoug (1352), Berne (1353), Fribourg (1481), Soleure (1481), Bâle (1501), Schaffhouse (1501), Appenzell des deux Rhodes (1513).

⁴⁶ KÖLZ, *Tome I*, p. 9 ; MAHON, *Institutions*, N 60.

cantons possèdent également quelques pays sujets, que ce soient individuellement ou en commun (bailliages)⁴⁷. S'y ajoutent encore quelques pays alliés⁴⁸, accompagnés des territoires qui leur sont assujettis⁴⁹. Les régimes politiques des cantons sont assez dissemblables. Pour l'essentiel, on distingue les cantons-villes à constitution corporative, les cantons-villes à constitution aristocratique et les cantons à *Landsgemeinde*⁵⁰. L'organe commun à tous ces cantons est la Diète, qui a cependant peu de pouvoir.

- 26 Ainsi, les cantons ne sont pas soumis à la pression centralisatrice d'une monarchie de sorte que les particularismes locaux ne sont pas entravés⁵¹. Ils peuvent mener une existence indépendante, qui n'est que très peu restreinte par les pactes conclus entre eux⁵². Il en va ainsi de leurs organisations judiciaires, qui peuvent avoir des traits communs selon les cantons, mais se distinguent très clairement des institutions analogues des grands pays voisins⁵³.

1.2.2. Le Pacte fédéral de 1291 : le rejet du juge « étranger »

- 27 Ce compromis entre la souveraineté individuelle de chaque partie contractante et leur solidarité perpétuelle, que l'on appelle aussi parfois le fédéralisme, devient la pierre angulaire du système politique suisse⁵⁴. C'est, d'ailleurs, ce que reflète le Pacte fédéral conclu, le 1^{er} août 1291, entre les gens des vallées d'Uri, de Schwyz et d'Unterwald⁵⁵, considéré comme l'acte fondateur de la Confédération. A cette époque, la puissance des Habsbourg constitue une menace de plus en plus concrète pour les futurs alliés de sorte qu'un traité peut leur garantir une promesse d'assistance totale, immédiate et gratuite en cas d'agression extérieure⁵⁶.
- 28 Dans le même temps, les trois cantons fondateurs conviennent des formes à donner à leur autonomie judiciaire. Ils refusent alors tout juge imposé ou qui viendrait de l'extérieur⁵⁷. A ce propos, l'historien Antoine CASTELL indique que « [c]ette curieuse stipulation fut faite pour ne pas léser dans leurs droits les seigneurs féodaux qui demeuraient dans les pays d'Uri et d'Unterwald, et pour ne pas les jeter dans le camp adverse. Les gens des Waldstätten avaient encore en tête la vieille faveur de droit alémanique qui défendait d'être jugé par d'autres que par les gens du pays ou par le roi. Ils s'élevèrent avec succès contre l'asservissement progressif de l'homme libre dans le pays de langue allemande. Cet article concernant le juge liait les membres de la Confédération au même sort, et il fut l'élément générateur du nouvel Etat »⁵⁸. Cette résistance face au juge étranger sera également reprise plus tard dans le Pacte de Brunnen de 1315⁵⁹.

1.2.3. La prédominance des juges laïcs et issus des classes sociales privilégiées

- 29 La justice est confiée à des notables qui connaissent les coutumes de la vallée, mais qui, le plus souvent, n'ont pas de formation juridique. Ces juges, qui sont bourgeois, paysans ou encore artisans, exercent leur fonction à

⁴⁷ Par exemple, le pays de Vaud et l'ouest de l'Argovie étaient assujettis à Berne.

⁴⁸ Notamment les Grisons, le Valais, Saint-Gall, Neuchâtel et Genève.

⁴⁹ KÖLZ, Tome I, pp. 9 ss ; MAHON, Institutions, N 60.

⁵⁰ Cf. KÖLZ, Tome I, pp. 11 ss.

⁵¹ SECRÉTAN, p. 11.

⁵² FRITZSCHE, Les procès, p. 344.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ LASSERRE, p. 20.

⁵⁵ En réalité, uniquement la vallée de Nidwald était signataire du texte ; Obwald a probablement adhéré à l'alliance peu de temps après. CASTELL, pp. 31 ss.

⁵⁶ LASSERRE, p. 18.

⁵⁷ Le Pacte de 1291 contient le passage suivant : « *Communi etiam consilio et favore unanimi promissimus, statuimus ac ordinavimus, ut in vallibus prenotatis nullum iudicem, qui ipsum officium aliquo precio vel peccunia aliquo qualiter comparaverit, vel qui noster incola vel conprovincialis non fuerit, aliquatenus accipiamus vel acceperimus* », qui peut se traduire ainsi : « Après délibération en commun et accord unanime, nous avons promis, statué et décidé de n'accueillir et de n'accepter en aucune façon dans lesdites vallées un juge qui aurait acheté sa charge, à prix d'argent ou par quelque autre moyen, ou qui ne serait pas habitant de nos vallées ou membre de nos communautés ». Cf. CASTELL, p. 38.

⁵⁸ CASTELL, p. 33.

⁵⁹ GSCHWEND, Fremde Richter, N 5.

titre accessoire et ne sont généralement pas rétribués⁶⁰. Ils sont nommés par la bourgeoisie puis par le patriciat urbain, restreint et fermé, dont ils sont issus⁶¹. Dans les cantons ruraux, le droit de participer à la *Landsgemeinde* est subordonné à l'appartenance à une bourgeoisie, de sorte que ce sont les citoyens issus de celle-ci qui élisent véritablement les membres des fonctions publiques supérieures⁶². Aussi, il faut noter que la grande majorité des Suisses de l'Ancien Régime, citadins ou villageois, est soumise à des juges dont la désignation lui échappe largement⁶³.

Dans les cantons urbains, les tribunaux sont majoritairement composés de membres du Petit Conseil (législatif) ; dans les cantons ruraux, ils sont constitués de membres de la *Landsgemeinde*⁶⁴. Celle-ci fait d'ailleurs parfois directement office de juridiction⁶⁵. A noter que dans certains cantons, le critère religieux entre en considération pour la désignation des juges. C'est ainsi qu'à Glaris, jusqu'à la période de la Régénération, il existe deux juridictions parallèles : une catholique et une protestante⁶⁶.

Comme dans tout régime féodal, les charges publiques, y compris judiciaires, sont généralement attribuées moyennant un paiement (vénalité de charges). Dans les cantons ruraux, avant chaque *Landsgemeinde*, les citoyens vont parfois jusqu'à organiser des banquets, des beuveries ou encore distribuent des cadeaux afin de pouvoir être élus. Afin de lutter contre ces pratiques corruptives, Glaris et Schwyz mettent en place durant le XVII^e siècle un système de tirage au sort afin d'attribuer les principales fonctions publiques⁶⁷. Afin de lutter contre les manœuvres frauduleuses utilisées lors des élections des magistrats (les brigues), la méthode aléatoire est également utilisée dans certains cantons urbains (Berne, Fribourg, Bâle et Schaffhouse notamment) et dans les villes (Genève, Neuchâtel, Sion)⁶⁸.

En outre, il faut relever, en Suisse, une certaine réticence quant à la réception du droit romain dès le XVI^e siècle, réticence qui peut s'expliquer, en partie, par la volonté des Confédérés de se distancier des autres pays du Saint-Empire romain germanique⁶⁹. En conséquence, alors que dans les pays voisins des juristes cultivés ont un rôle prépondérant dans le développement du droit, les Suisses restent fidèles, vu leurs simples conditions de vie, à leur droit et à leurs juridictions populaires et traditionnels⁷⁰. Selon Pio CARONI, « le motif déterminant ayant guidé le refus de la réception du droit romain n'était pas la peur de devoir vivre avec un droit différent, nouveau et étranger, et donc incompréhensible, mais plutôt le désir de s'opposer à la présence et à l'activité des juristes »⁷¹.

Le droit romain ne disparaît pas totalement pour autant. A Berne, Bâle et Genève notamment, il continue à être considéré jusqu'au XVIII^e siècle comme un droit subsidiaire, même si son influence est moins grande que dans l'Empire. C'est surtout à partir du XVI^e siècle que la doctrine savante se développe dans les hautes écoles suisses, notamment à Bâle avec l'arrivée des humanistes⁷². Même si on peut trouver en Suisse plusieurs avocats et docteurs en droit excellemment formés, la proportion de juges avec une formation juridique reste cependant faible, et ce jusqu'à la fin du XVIII^e siècle encore⁷³.

⁶⁰ SECRÉTAN, p. 12 ; GSCHWEND, *Fremde Richter*, N 8.

⁶¹ WEBER, p. 16 ; ANEX-CABANIS, p. 237.

⁶² KÖLZ, Tome I, p. 13.

⁶³ ANEX-CABANIS, p. 238. Cf. ég. LUMINATI/CONTARINI, p. 223.

⁶⁴ GSCHWEND, *Die Entwicklung*, N 9. Pour une présentation des diverses juridictions de l'Ancien Régime, cf. PAHUD DE MORTANGES, pp. 117 ss.

⁶⁵ MEUWLI, p. 20.

⁶⁶ LANGER, N 19.

⁶⁷ Cf. DUPUIS, pp. 69 ss.

⁶⁸ MEUWLI, pp. 22 et 46. Cf. ég. BARAT, pp. 255 s.

⁶⁹ GSCHWEND, *Die Entwicklung*, N 9 ; DUNAND, p. 230.

⁷⁰ FRITZSCHE, *Les procès*, p. 344. A ce titre, Jean-Philippe DUNAND, pp. 230-231, raconte une anecdote tout à fait symptomatique du climat de l'époque : au XVI^e siècle en Thurgovie, devant le tribunal de Frauenfeld, un avocat zurichois titulaire d'un doctorat en droit avait basé sa plaidoirie sur les sources romaines et d'autres références scolaires, notamment des fameux commentateurs Bartolus et Baldus. Quelque peu irrité, le président du tribunal répondit à l'avocat que ces références « n'étaient pas connues dans nos Etats fédérés, car nous avons nos propres lois et coutumes » (notre traduction).

⁷¹ CARONI Pio, *Ius romanum in Helvetia : a che punto siamo ?*, in : Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini, Florence 2011, pp. 55 ss, p. 62 (notre traduction), cité par LUMINATI/CONTARINI, pp. 223-224, n. 101.

⁷² WINIGER, p. 2 ; DUNAND, p. 230.

⁷³ GSCHWEND, *Die Entwicklung*, N 9 ; LANGER, N 25. Cf. ég. ATF 134 I 16, consid. 4.1.

- 34 En revanche, l'accès aux charges supérieures de l'Etat est encore réservé aux gens des couches sociales privilégiées qui se nomment entre eux⁷⁴. De même, la séparation des pouvoirs, et en conséquence l'indépendance du pouvoir judiciaire, n'est ni institutionnelle ni personnelle⁷⁵. C'est alors qu'apparaît progressivement, dans certains cantons, sous l'influence des penseurs des Lumières, l'idée d'une Constitution écrite qui déterminera, notamment, la façon dont les organes de l'Etat seront nommés et les fonctions qui leur seront dévolues, tout en mentionnant le principe de la séparation des pouvoirs⁷⁶. Tel est le cas, en 1794, de Genève⁷⁷, qui se dote d'une Constitution écrite laquelle prévoit l'élection des juges par le peuple⁷⁸. C'est toutefois l'avènement de la République helvétique qui instaure une véritable organisation judiciaire à notre pays.

1.3. La République helvétique (1798-1803)

1.3.1. L'arrivée des troupes de Napoléon et la Constitution helvétique du 12 avril 1798

- 35 En 1798, les troupes napoléoniennes envahissent la Suisse. La France impose alors à notre pays une nouvelle structure étatique. Dans la Constitution helvétique du 12 avril 1798, calquée sur la Constitution française, un Etat unitaire est formé (art. 1 : « La République helvétique est une et indivisible »). Les cantons sont transformés en départements et les bailliages des anciens cantons deviennent des cantons-départements comme les autres⁷⁹. En outre, les principes de liberté et d'égalité, déjà mentionnés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sont reconnus, du moins implicitement⁸⁰.
- 36 La Constitution helvétique de 1798 ne mentionne nulle part explicitement le principe de la séparation des pouvoirs, mais elle se base pourtant bien sur ce principe⁸¹. Le pouvoir législatif est exercé par deux Conseils distincts – le Sénat et le Grand Conseil – séparés et indépendants l'un de l'autre. Le Directoire helvétique, composé de cinq membres, constitue l'organe exécutif.

1.3.2. L'organisation judiciaire de la République helvétique

- 37 La justice, qui est calquée sur le modèle français, comprend trois niveaux organisés de façon strictement hiérarchique. En première instance, on trouve les tribunaux de districts, qui sont composés de neuf juges nommés pour six ans par les électeurs cantonaux⁸² ; le préfet du Directoire désigne leurs présidents. Les tribunaux cantonaux sont constitués de treize juges, également nommés par les électeurs cantonaux ; leurs présidents sont désignés par le préfet national, qui peut d'ailleurs participer aux audiences, avec voix consultative⁸³. Par ailleurs, deux juges sont remplacés chaque année⁸⁴. En outre, le Directoire a le droit de destituer les juges élus des tribunaux de districts et des tribunaux cantonaux puis de nommer leurs remplaçants⁸⁵. On peut donc constater qu'en réalité l'indépendance institutionnelle des tribunaux et l'indépendance personnelle des juges font

⁷⁴ KÖLZ, Tome I, p. 28.

⁷⁵ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 10.

⁷⁶ KÖLZ, Tome I, p. 60. Sur le concept de séparation des pouvoirs, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 1.2.

⁷⁷ Qui n'avait toutefois pas encore rejoint la Confédération ; ce qu'il fit en 1815.

⁷⁸ WEBER P., p. 17.

⁷⁹ MAHON, Institutions, N 64.

⁸⁰ KÖLZ, Tome I, pp. 117 ss.

⁸¹ *Idem*, p. 125.

⁸² Les électeurs cantonaux, c'est-à-dire les membres des assemblées électorales cantonales, sont élus, chaque année, par les assemblées primaires composées, dans chaque village comprenant au moins 100 électeurs, des citoyens (de sexe masculin) âgés de vingt ans au moins et résidant dans la commune depuis cinq ans au moins. Cela dit, tous les élus ne deviennent pas électeurs, la moitié d'entre eux est éliminée par tirage au sort. *Idem*, p. 124. Pour les détails de cette procédure, cf. MELLINA, pp. 202 ss.

⁸³ KÖLZ, Tome I, pp. 131-132.

⁸⁴ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 14.

⁸⁵ *Ibid.* ; KÖLZ, Tome I, p. 132.

défaut⁸⁶. Enfin, comme innovation importante, on relève l'instauration des audiences publiques des tribunaux⁸⁷, tout comme l'apparition des juges de paix⁸⁸.

Tout en haut de l'échelle judiciaire, le Tribunal suprême de la République helvétique est composé d'un juge par canton, nommé par les électeurs cantonaux. Un juge suppléant pour chaque poste est également nommé par chaque canton. Tous les quatre ans, un quart des juges doit être remplacé⁸⁹. Le tirage au sort est utilisé afin de décider quel juge restera dans la fonction ou devra au contraire la quitter⁹⁰. Le Directoire désigne le président du Tribunal suprême, ainsi que son greffier et son procureur. Le Tribunal suprême est l'instance d'appel pour les jugements prononcés par les tribunaux cantonaux dans des causes pénales graves. Il fonctionne aussi comme instance de cassation dans les causes civiles ou pénales. Enfin, il est compétent pour examiner la mise en accusation d'un membre du pouvoir exécutif ou législatif⁹¹.

La République helvétique ne résiste toutefois pas aux pressions internes exercées par les fédéralistes. C'est ainsi que Napoléon BONAPARTE est contraint d'élaborer, en 1801, un nouveau projet de Constitution (dite de la Malmaison), puis, en 1802, une seconde Constitution, laissant aux cantons une plus grande marge de manœuvre⁹². Le Tribunal suprême est toutefois maintenu⁹³.

En définitive, malgré la grande instabilité politique du pays, la période bonapartiste aura eu le mérite, entre autres, comme le relève Alfred KÖLZ, de créer « une organisation de la justice rationnelle, claire et fixée par écrit, qui se démarquait de façon bénéfique de la confusion qui régnait dans le système judiciaire de l'Ancien Régime et qui, naturellement, amena aussi l'abolition de la vénalité des charges, d'origine féodale [...]. C'est surtout l'activité du Tribunal suprême de la République helvétique qui a montré aux Suisses les avantages que comporte une dernière instance de cassation centrale, se fondant sur des principes rationnels et demeurant à l'écart des querelles des coteries locales »⁹⁴. En revanche, le système des juges élus, et souvent non professionnels, qui s'est maintenu dans les cantons, s'oppose à une réception plus conséquente du modèle français⁹⁵.

1.4. L'Acte de médiation et la Restauration (1803-1830)

1.4.1. Le contexte politique

En été 1802, la France retire ses troupes de Suisse. Les forces fédéralistes et contre-révolutionnaires prennent alors le pouvoir. Il s'en suit une période d'instabilité politique, qui contraint BONAPARTE à imposer sa « médiation »⁹⁶. Le premier Consul promulgue alors, en février 1803, l'Acte de médiation, document écrit rétablissant une structure confédérale. Ce document reprend les Constitutions de chacun des dix-neuf cantons et comprend un chapitre, intitulé « Acte fédéral », réglant le partage des compétences entre la Confédération et les cantons et définissant l'organisation politique de la Confédération⁹⁷. Six nouveaux cantons⁹⁸ rejoignent la Confédération. Les cantons sont alors mis sur un pied d'égalité⁹⁹.

Mais la situation politique reste fragile partout en Europe. Entre 1813 et 1815, BONAPARTE essuie plusieurs défaites militaires. La France, qui est alors la « puissance tutélaire » de la Suisse, se voit remplacée dans cette

⁸⁶ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 14. Cf. ég. KRADOLFER, pp. 109-115.

⁸⁷ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 15.

⁸⁸ KÖLZ, Tome I, pp. 132- 133.

⁸⁹ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 13.

⁹⁰ Cf. MELLINA, pp. 207 ss.

⁹¹ KÖLZ, Tome I, p. 132.

⁹² MAHON, Institutions, N 64.

⁹³ KÖLZ, Tome I, p. 154.

⁹⁴ *Idem*, p. 133.

⁹⁵ HALPÉRIN, p. 53.

⁹⁶ MAHON, Institutions, N 64.

⁹⁷ *Idem*, N 66. Cf. ég. KÖLZ, Tome I, pp. 163 ss.

⁹⁸ Argovie, Thurgovie, Tessin, Vaud, Saint-Gall et les Grisons.

⁹⁹ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 18.

fonction par les Etats d'Europe centrale et orientale (Autriche, Prusse, Russie). Or, ces pays ne sont pas vraiment sensibles à la pensée des Lumières. De la sorte, la réaction contre-révolutionnaire continue à progresser en Suisse et l'Acte de médiation, vu comme un diktat, est dénoncé par les milieux conservateurs¹⁰⁰.

- 43 Le Traité de Vienne de 1815 redéfinit la configuration politique de l'Europe, y compris de la Suisse dont la neutralité est reconnue par les puissances européennes. Genève, Neuchâtel et le Valais rejoignent également la Confédération. Les 22 cantons concluent, entre eux, le 7 août 1815, le Pacte fédéral qui rétablit, comme avant 1798, une organisation confédérale avec un organe commun, la Diète¹⁰¹.
- 44 Enfin, s'agissant de l'organisation judiciaire cantonale, tous les cantons connaissent un double degré de juridiction : des tribunaux de districts et un tribunal d'appel. Leurs Constitutions prévoient une séparation entre l'activité administrative et celle judiciaire, ce qui leur était encore inconnu avant 1798¹⁰². Les nouveaux cantons se sont d'ailleurs dotés d'un tribunal administratif chargé de régler les contentieux entre les citoyens et l'administration¹⁰³. En revanche, les Constitutions des anciens cantons disposent que dans certains cas, les membres du Grand Conseil peuvent siéger simultanément au sein des tribunaux d'appel. La séparation des pouvoirs n'est dès lors pas encore tout à fait acquise¹⁰⁴.

1.4.2. L'organisation judiciaire et la séparation des pouvoirs dans les cantons

- 45 La période dite de « Restauration », qui s'étale jusqu'en 1830, est marquée par un retour aux principes de gouvernement caractéristiques de l'Ancien Régime¹⁰⁵. Il en va également de la composition des tribunaux.
- 46 A Berne, le Grand Conseil nomme les juges de la Cour d'appel et ceux des tribunaux matrimoniaux. La Cour d'appel est composée d'un président, qui doit être membre du Petit Conseil (qui est élu par le Grand Conseil), et de quatorze membres, qui doivent être membres du Grand Conseil. Un préfet de district, nommé par le Grand Conseil, est chargé de la justice de première instance. Les autres cantons-villes aristocratiques de Lucerne et de Fribourg sont dotés d'un Tribunal d'appel composé de membres du Petit Conseil. A Soleure, la Cour d'appel est composée majoritairement de membres du Grand Conseil. A Zurich, la Cour suprême, plus haute instance judiciaire cantonale, est composée, outre du bourgmestre, de treize juges que le Grand Conseil choisit dans ses propres rangs. On constate donc, dans ces cantons, que le principe de la séparation des pouvoirs est clairement mis à l'écart¹⁰⁶.
- 47 Les Constitutions des nouveaux cantons (Argovie, Thurgovie, Saint-Gall, Tessin et Vaud) sont certes également marquées par l'esprit de la Restauration, mais dans certains domaines – notamment l'organisation du système judiciaire – elles se montrent plus progressistes que celles des anciens cantons. Elles n'exigent plus que les juges de la cour supérieure cantonale soient choisis parmi les députés au Grand Conseil – sans l'exclure pour autant. En outre, la Constitution argovienne exige que les membres de la Cour d'appel aient des compétences juridiques, ce qui témoigne, du moins en partie, que la fonction judiciaire n'est pas considérée comme un simple instrument de pouvoir¹⁰⁷. Enfin, la Constitution vaudoise prévoit un recrutement censitaire des juges, ce « qui n'aurait certainement pas choqué les conseillers de Bonaparte »¹⁰⁸.
- 48 Les cantons à *Landsgemeinde* d'Uri, de Schwyz, d'Obwald, de Nidwald, de Glaris, de Zoug et des deux Rhodes d'Appenzell, auxquels on peut joindre les Grisons, restent réfractaires au modèle français¹⁰⁹. On ne trouve pas de séparation claire entre les fonctions législatives, administratives et judiciaires. Cette dernière fonction est

¹⁰⁰ KÖLZ, Tome I, pp. 193 s.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² GSCHWEND, Die Entwicklung, N 19.

¹⁰³ *Ibid.* ; KÖLZ, Tome I, p. 162.

¹⁰⁴ KÖLZ, Tome I, p. 161 ; GSCHWEND, Die Entwicklung, N 19.

¹⁰⁵ MAHON, Institutions, N 66.

¹⁰⁶ KÖLZ, Tome I, pp. 203 ss ; GSCHWEND, Die Entwicklung, N 21 ; SEILER, Gewaltenteilung, pp. 413.

¹⁰⁷ KÖLZ, Tome I, p. 212.

¹⁰⁸ HALPÉRIN, p. 45.

¹⁰⁹ *Ibid.*

exercée par la *Landsgemeinde*, par le *Landrat* et par quelques tribunaux. Les juges restent, d'ailleurs, exclusivement laïcs¹¹⁰.

En Valais, les juges de première et de deuxième instances sont élus, pour deux ans, par les hommes âgés de 18 ans au moins. La Diète (du canton) nomme, pour deux ans, les membres du Tribunal suprême, qu'elle peut choisir dans ses propres rangs ou hors de ceux-ci. Enfin, la Constitution valaisanne mentionne explicitement que les charges judiciaires et administratives ne sont pas incompatibles¹¹¹.

Dans la nouvelle Constitution de Genève, considérée comme un mixte d'idées conservatrices et libérales, la justice est, du point de vue personnel, partiellement liée au Conseil d'Etat (exécutif) et au Conseil représentatif (législatif) qui l'élit, car le président du Tribunal civil ainsi que celui de la Cour suprême doivent être membres du Conseil d'Etat. En outre, la Cour suprême comprend deux conseillers d'Etat parmi ses juges et le Tribunal civil un¹¹².

En résumé, pendant la période de Restauration, les tribunaux cantonaux sont généralement composés de membres du Petit Conseil ou du Grand Conseil. Ces organes élisent les juges dans leurs propres rangs. Comme au temps de l'Ancien Régime, les membres des tribunaux continuent, en outre, à être recrutés parmi les classes sociales privilégiées¹¹³. En revanche, l'organisation judiciaire d'inspiration française, à trois niveaux et hiérarchisée, incluant des juges de paix, a pu se maintenir, surtout en Suisse romande et dans les nouveaux cantons¹¹⁴.

1.5. La Régénération (1831-1848)

1.5.1. Le contexte politique

En juillet 1830, une nouvelle révolution éclate à Paris, qui entraîne la destitution des Bourbons au profit de la famille d'Orléans. De nombreuses réformes d'inspiration libérale se mettent en place également en Suisse. C'est le début de la période dite de « Régénération », véritable renaissance politique et intellectuelle dans laquelle les principes de démocratie, de séparation des pouvoirs et de consécration des libertés fondamentales progressent partout en Europe¹¹⁵.

En Suisse, cette évolution se dessine principalement dans les cantons industriels et protestants, à savoir Zurich, Berne, Lucerne, Fribourg, Soleure, Bâle-Campagne¹¹⁶, Schaffhouse, Saint-Gall, Argovie, Thurgovie et Vaud, qui s'attèlent, dès 1831, à la rédaction d'une nouvelle Constitution¹¹⁷. Les cantons à *Landsgemeinde*, catholiques et ruraux, se méfient toutefois d'un tel renouveau politique, de sorte que ce mouvement libéral reste peu ou prou sans effet¹¹⁸.

1.5.2. Les théories politiques de la Régénération

Durant la Régénération, les théories politiques ont un rôle essentiel dans le développement des nouvelles Constitutions cantonales. Dès 1819, émigrent en Suisse de nombreux intellectuels provenant des Etats allemands et italiens, de France et de Pologne. Parmi ceux-ci, Samuel Ludwig SNELL. Ce juriste allemand développe un projet de Constitution qui a une influence importante dans certains cantons (Zurich, Thurgovie, Saint-Gall et Bâle). En matière d'organisation judiciaire, SNELL juge nécessaire de séparer complètement le système judiciaire du pouvoir exécutif. Au niveau supérieur, les membres de la Cour suprême seraient nommés par le Grand

¹¹⁰ KÖLZ, Tome I, p. 214 ; GSCHWEND, Die Entwicklung, N 22.

¹¹¹ KÖLZ, Tome I, p. 217.

¹¹² *Idem*, p. 219.

¹¹³ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 27.

¹¹⁴ KÖLZ, Tome I, p. 329.

¹¹⁵ MAHON, Institutions, N 66 ; KÖLZ, Tome I, pp. 233 ss.

¹¹⁶ C'est lors de l'adoption de la Constitution de 1831 que le canton de Bâle se divise : Bâle-Campagne devient un canton de la Régénération, alors que Bâle-Ville rejoint le camp des cantons conservateurs.

¹¹⁷ KÖLZ, Tome I, p. 236.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 242 ss.

Conseil et ils choisiraient eux-mêmes leur président. Au niveau intermédiaire, chaque tribunal de district devrait être complètement indépendant des autorités administratives du district ; ses membres seraient élus au scrutin indirect par les citoyens du district. Chaque commune serait, en outre, dotée d'un juge de paix¹¹⁹. Enfin, le libéral allemand voit l'élection à vie des magistrats comme une condition pour garantir une jurisprudence constante¹²⁰.

55 La pensée politique du Vaudois de naissance Benjamin CONSTANT a également eu un rôle important dans les Constitutions de la Régénération, avant tout en Suisse romande¹²¹. Selon CONSTANT, le principe de la souveraineté du peuple est incontestable. Cela dit, contrairement à Jean-Jacques ROUSSEAU, il estime que cette souveraineté doit être soumise à certains garde-fous. Il plaide ainsi pour un système représentatif, couplé à une éligibilité soumise à des conditions censitaires¹²². S'agissant de la justice, il estime que seule l'inamovibilité des juges la rendrait véritablement indépendante. A cet égard, l'élection périodique par le peuple ou une nomination à durée déterminée par l'exécutif porte atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire¹²³. Cependant, tout comme SNELL, il ne sera, comme on le verra¹²⁴, à quelques exceptions près, pas suivi, en Suisse, s'agissant de la désignation à vie¹²⁵.

56 Le professeur et juge zurichois Friedrich Ludwig KELLER milite, quant à lui, pour une structure judiciaire moderne dans laquelle officieraient des juristes diplômés. Il plaide pour la démystification des juges laïcs, encore très présents dans les tribunaux¹²⁶. Ce disciple du juriste allemand Friedrich Carl VON SAVIGNY a toutefois un certain nombre d'opposants qu'ils lui reprochent sa vision élitiste des institutions helvétiques¹²⁷.

1.5.3. La séparation des pouvoirs et l'élection des juges dans les cantons

1.5.3.1. Une consolidation de l'indépendance de la justice

57 Les Constitutions de la Régénération se caractérisent par une stricte séparation entre les fonctions judiciaires et exécutives – sans qu'elles dissocient toutefois aussi strictement le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. De ce fait, sous l'égide des libéraux, la justice devient plus indépendante et puissante¹²⁸. En effet, malgré les critiques de certains qui dénoncent le « despotisme des juges », « les juristes de la nouvelle génération, qui avaient reçu en Allemagne, sous l'égide de Savigny, une formation rigoureuse en droit romain, fini[ssent] par s'imposer »¹²⁹.

58 Les Constitutions cantonales prévoient généralement deux à trois instances judiciaires. Tout en haut de la hiérarchie, la Cour suprême ou la Cour d'appel est compétente pour toutes les affaires civiles et pénales. En dessous, les tribunaux de districts ou tribunaux d'instance sont les juridictions de première instance pour les causes civiles et pénales. Enfin, les cantons maintiennent, ou réintroduisent, les juges de paix¹³⁰.

59 Par ailleurs, la majorité des cantons régénérés interdit explicitement – dans la Constitution ou dans la loi – l'exercice simultané d'une charge de juge et d'un mandat à l'exécutif. Toutefois, à l'exception de la Constitution vaudoise, aucune Constitution ne prohibe aux parlementaires d'occuper une charge de juge, même à la

¹¹⁹ *Idem*, pp. 284 s. Cf. ég. KRADOLFER, pp. 172-180.

¹²⁰ SCHEFOLD, p. 343.

¹²¹ KÖLZ, Tome I, p. 257.

¹²² *Ibid.*, p. 260.

¹²³ Cf. WEBER P., p. 20 et la référence citée.

¹²⁴ Cf. *infra*, N 64 ss.

¹²⁵ Il est vrai que quand il plaide pour l'inamovibilité de magistrats, CONSTANT semble davantage se référer aux monarchies. Dans cette forme de gouvernement, le juge doit, en effet, être à l'abri de toutes influences de la part du souverain, ce que permet précisément une nomination à vie. Cf. KRADOLFER, p. 235 et les références citées.

¹²⁶ GSCHWEND, N 28 ; KRADOLFER, pp. 186 ss.

¹²⁷ La Suisse serait ainsi un pays « rude, fermé et inculte » (notre traduction). Cf. LUMINATI/CONTARINI, p. 225 et la référence citée.

¹²⁸ KÖLZ, Tome I, p. 394 ; GSCHWEND, N 30.

¹²⁹ KÖLZ, Tome I, pp. 394 s.

¹³⁰ *Ibid.* ; KRADOLFER, pp. 233 s.

Cour suprême¹³¹. Les penseurs libéraux de l'époque se soucient, en effet, assez peu de la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire¹³². A cet égard, le Grand Conseil des cantons exerce également la haute surveillance sur la justice¹³³.

1.5.3.2. La désignation des juges

Pendant la Régénération, la majorité des cantons confie l'élection des juges des tribunaux supérieurs au Grand Conseil. Les cantons de Schwyz, de Glaris, d'Appenzell Rhodes-Intérieures et Extérieures, d'Obwald et de Nidwald, en revanche, continuent d'attribuer cette compétence à la *Landsgemeinde*¹³⁴.

Les membres des tribunaux de district ou tribunaux d'instance sont, quant à eux, désignés par différents organes selon les cantons. Le peuple élit les juges dans les cantons de Suisse orientale, de Berne et de Lucerne¹³⁵. L'élection populaire ne fait toutefois, de loin, pas l'unanimité au sein des forces politiques de l'époque, qui se méfient de l'ingérence de la population dans les affaires judiciaires¹³⁶. Les autorités locales veulent également s'assurer que des personnes compétentes accèdent aux charges judiciaires¹³⁷. Ainsi, les juges des tribunaux inférieurs sont parfois directement élus par le Grand Conseil¹³⁸, certaines fois après propositions de la part du peuple ou d'une assemblée populaire¹³⁹. Ces autorités soumettent parfois leurs propositions au Gouvernement cantonal, qui nomme à son tour les juges¹⁴⁰. Les tribunaux supérieurs sont quelquefois compétents pour élire les juges des tribunaux inférieurs, généralement après avis (contraignant) de la part du peuple¹⁴¹ ou en concertation avec le Gouvernement¹⁴². A Neuchâtel, les officiers de juridiction et les membres du tribunal souverain sont proposés à Sa Majesté par le Conseil d'Etat. Au sein des juridictions locales, les cours de justice proposent une liste de deux, voire trois candidats au Conseil d'Etat qui les choisit¹⁴³. Avant 1848, les officiers de juridictions et les justiciers sont nommés à vie¹⁴⁴.

1.5.3.3. La persistance du juge laïc

Comme on l'a dit¹⁴⁵, la figure du juge non professionnel a longtemps occupé une place centrale dans la composition des tribunaux helvétiques. Ceci s'explique par le fait qu'un corps professionnel de juristes ayant une formation académique s'est constitué assez tardivement sur l'ensemble du territoire¹⁴⁶. En ce sens, comme le relève Regina KIENER, selon les idées bourgeoises-libérales du XIX^e siècle, la présence d'éléments laïcs dans la magistrature est destinée à contrôler les juges professionnels et de la sorte soutenir l'indépendance de la justice. Ces juristes engagés par l'Etat sont, en effet, suspectés de suivre parfois les ordres de l'exécutif¹⁴⁷. Dans ce contexte, il est intéressant de faire remarquer que la Constitution du canton de Schaffhouse de 1831 interdit expressément aux avocats l'accès à la justice¹⁴⁸ ; signe de rendre celle-ci accessible à tout un chacun. En outre, Michele LUMINATI et Filippo CONTARINI racontent que l'opposition majoritaire et ininterrompue

¹³¹ KÖLZ, Tome I, p. 396 ; KRADOLFER, p. 234.

¹³² KÖLZ, Tome I, p. 399.

¹³³ SCHEFOLD, p. 346.

¹³⁴ *Idem*, p. 344 ; KRADOLFER, p. 235.

¹³⁵ SCHEFOLD, p. 345.

¹³⁶ *Idem*, pp. 344 s. ; KRADOLFER, p. 235.

¹³⁷ SCHEFOLD, p. 346.

¹³⁸ A Genève, à Soleure et à Lucerne pour les présidents des tribunaux de district. SCHEFOLD, p. 345 n. 66.

¹³⁹ En Argovie, au Tessin et dans le canton de Vaud. *Idem*, p. 345, n. 67.

¹⁴⁰ A Berne pour le président du Tribunal d'instance, à Bâle-Ville pour les juges civils de district et dans le canton de Vaud pour les juges de paix. *Ibid.*

¹⁴¹ A Schaffhouse et en Argovie pour les juges de paix. *Idem*, p. 345, n. 68.

¹⁴² A Fribourg et Vaud. *Idem*, p. 345, n. 69.

¹⁴³ MATILE, N 37 s.

¹⁴⁴ JACOTTET, N 251.

¹⁴⁵ Cf. *supra*, N 32 s.

¹⁴⁶ FRITZSCHE, Rechtspflege, p. 21. Cf. ég. ATF 134 I 16 consid. 4.2.

¹⁴⁷ KIENER, Unabhängigkeit, p. 264. Cf. ég. HAJAS, p. 14.

¹⁴⁸ FRITZSCHE, Rechtspflege, p. 20 ; HAJAS, pp. 13-14. A noter que cette disposition sera abrogée en 1873. BOHNET/MARTENET.

aux juges professionnels durant le XIX^e siècle peut être considérée comme une expression de la préservation des positions de pouvoir des dignitaires¹⁴⁹.

- 63 Partant, en 1840, la très grande majorité des cantons n'exige des juges aucune qualification juridique¹⁵⁰. Néanmoins, conséquemment à la création de facultés de droit au sein de certaines universités, comme à Berne ou à Zurich¹⁵¹, quelques cantons ont fait de la titularité d'un diplôme en droit un prérequis à toute fonction judiciaire¹⁵², du moins au sein des tribunaux d'appel ou des cours suprêmes. Il en va ainsi des cantons de Bâle-Ville, d'Argovie, de Thurgovie, du Tessin¹⁵³ et de Vaud¹⁵⁴. Dans ce contexte, Alfred KÖLZ nous raconte que « [l]orsqu'on objecta contre cette disposition qu'elle donnerait naissance à une aristocratie de juristes, Bornhauser¹⁵⁵ répliqua sans se troubler : « Il y aura toujours une aristocratie de l'esprit »¹⁵⁶. Enfin, une expérience de plusieurs années au sein de tribunaux ou dans l'administration peut également être requise¹⁵⁷.

1.5.3.4. Une limitation de la durée de fonction

- 64 Les forces constituantes de la Régénération se méfient d'une durée de fonction à vie des magistrats et par conséquent de leur inamovibilité. Elles se distinguent sur ce point des théories de Ludwig SNELL et de Benjamin CONSTANT. Partant, la très grande majorité des Constitutions cantonales limite – comme au temps de la Restauration – la durée de fonction des juges. L'élection à temps déterminé doit, en effet, garantir un contrôle politico-démocratique sur les tribunaux¹⁵⁸.
- 65 Selon une recherche de Matthias KRADOLFER¹⁵⁹, les juges des tribunaux supérieurs cantonaux sont élus pour une durée variant d'un à quinze ans. La durée de mandat est d'un an dans deux cantons¹⁶⁰, de trois ans dans deux cantons¹⁶¹, de quatre ans dans cinq cantons¹⁶², de six ans dans trois cantons¹⁶³, de huit ans dans un canton¹⁶⁴, de neuf ans dans un canton¹⁶⁵, de douze ans dans un canton¹⁶⁶ et de quinze ans dans un canton¹⁶⁷. A l'inverse de cette tendance, Bâle-Ville et Fribourg prévoient la désignation à vie des juges de la Cour d'appel¹⁶⁸. A ce titre, la Constituante du canton de Fribourg justifie la nomination à vie en déclarant que « l'indépendance du juge est une garantie dont la société ne saurait être privée »¹⁶⁹.

¹⁴⁹ LUMINATI/CONTARINI, p. 224.

¹⁵⁰ Cf. KRADOLFER, pp. 278-280.

¹⁵¹ Qui ont souffert pendant plusieurs années du manque d'étudiants. La raison principale réside dans le fait que les futurs juristes suisses effectuaient (encore) une partie de leur formation à l'étranger, notamment à Heidelberg en Allemagne. Cf. LUMINATI/CONTARINI, pp. 224 s.

¹⁵² GSCHWEND, Die Entwicklung, N 28.

¹⁵³ Qui exigeait même le titre de docteur en droit pour sept juges sur treize de la Cour d'appel.

¹⁵⁴ Cf. KRADOLFER, pp. 278-280.

¹⁵⁵ 1799-1856, pasteur et homme politique thurgovien, il fut membre de l'Assemblée constituante de son canton. KÖLZ, Tome I, p. 253 n. 5.

¹⁵⁶ KÖLZ, Tome I, p. 396.

¹⁵⁷ KRADOLFER, pp. 278-280.

¹⁵⁸ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 31 ; KRADOLFER, p. 235.

¹⁵⁹ KRADOLFER, pp. 278-280.

¹⁶⁰ Nidwald et Zoug.

¹⁶¹ Bâle-Campagne et les Grisons.

¹⁶² Lucerne, Uri, Schaffhouse, Argovie (partiellement) et le Tessin.

¹⁶³ Zurich, Schwyz et Saint-Gall.

¹⁶⁴ Genève.

¹⁶⁵ Thurgovie.

¹⁶⁶ Vaud.

¹⁶⁷ Berne.

¹⁶⁸ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 31 ; KRADOLFER, p. 235.

¹⁶⁹ KÖLZ, Tome I, p. 396.

1.6. La Constitution fédérale du 12 septembre 1848

1.6.1. Le contexte politique : la guerre du Sonderbund

Au cours des années 1840, des tensions se font vives entre les partisans de la Régénération et les défenseurs des principes de la Restauration. Ces discordes culminent, fin 1847, dans la guerre du Sonderbund qui oppose les cantons alliés conservateurs et catholiques aux cantons régénérés protestants, majoritaires au sein de la Diète. Cette guerre se solde par la victoire des seconds qui obtiennent, en quelques semaines, la reddition des premiers. Cette guerre, qui fait une centaine de morts, marque un tournant décisif qui débouchera sur la Constitution fédérale du 12 septembre 1848¹⁷⁰.

66

1.6.2. Un nouvel Etat fédéral

La Diète se réunit courant 1848 afin de réviser le Pacte fédéral. Bien plus qu'une révision, il s'agit d'un profond changement de l'Etat, avec l'instauration d'un nouvel ordre politique. La Suisse devient alors un Etat fédéral doté de compétences substantielles et d'autorités qui lui sont propres. Le nouveau texte est accepté par dix-sept cantons et rejeté par huit d'entre eux. La Confédération suisse, telle qu'on la connaît aujourd'hui, est née¹⁷¹.

67

Le pouvoir législatif est confié à l'Assemblée fédérale, composée de deux Chambres : le Conseil national, représentant du peuple et élu au suffrage universel (masculin) tous les trois ans, et le Conseil des Etats, qui représente les cantons. Le bicaméralisme est parfait. S'agissant du pouvoir exécutif, la Constitution institue le Conseil fédéral, composé de sept membres, élus par l'Assemblée fédérale en Chambres réunies. Enfin, une juridiction suprême, le Tribunal fédéral, s'étendant à tout le pays – qui avait disparu depuis la fin de la République helvétique – refait son apparition.

68

1.6.3. Le « premier » Tribunal fédéral

1.6.3.1. Un tribunal non permanent et avec des compétences limitées

Le Tribunal fédéral ne se calque pas sur le modèle de la Cour suprême américaine, qui symbolise une justice forte. « On préfère] s'inspirer des modèles de l'Ancienne Confédération et de la Révolution française, qui cherchaient à limiter le pouvoir des juges, par souci de préserver les fondements démocratiques de l'Etat »¹⁷². C'est ainsi qu'un tribunal non permanent, doté de compétences relativement restreintes, est instauré. Le pouvoir juridictionnel au niveau fédéral est, en effet, principalement exercé par l'Assemblée fédérale, autorité de recours contre les décisions du Conseil fédéral dans les litiges de droit public¹⁷³. Cette limitation des attributions du Tribunal fédéral peut s'expliquer par la méfiance des autorités politiques à l'égard de la fonction du juge. A cet égard, Sophie WEERTS a étudié les travaux préparatoires¹⁷⁴ qui ont amené notamment à l'élaboration de la Constitution fédérale de 1848. Il ressort de cet examen que le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir fait l'objet d'une attention particulière, contrairement aux autres organes que sont l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral¹⁷⁵. Il en résulte également une certaine crainte que le Tribunal fédéral se mêle des questions politiques qui sont du ressort de l'Assemblée fédérale, ce qui peut dévoiler une rivalité entre la démocratie

69

¹⁷⁰ MAHON, Institutions, N 66 s.

¹⁷¹ *Idem*, N 68 s. ; KÖLZ, Tome I, pp. 609 ss.

¹⁷² KÖLZ, Tome I, p. 630.

¹⁷³ Le Parlement peut ensuite déférer le cas au Tribunal fédéral, ce qu'il ne fait qu'une fois entre 1848 et 1878. WURZBURGER, Tribunal fédéral, pp. 9 s. ; AUBRY GIRARDIN, p. 10 ; KÖLZ, Tome II, pp. 467 s. pour les détails. S'agissant de l'activité juridictionnelle du Tribunal fédéral durant cette période, cf. aussi SEFEROVIC Goran, Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874 – Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, thèse, Zurich 2010.

¹⁷⁴ En particulier le Protocole de la Commission chargée le 16 août 1847 par la Haute Diète fédérale de la Révision du Pacte fédéral du 7 août 1815.

¹⁷⁵ WEERTS, p. 399.

représentative – le Parlement – et les juges. Enfin, l'activité du Tribunal fédéral est susceptible de porter atteinte à la souveraineté des cantons¹⁷⁶. Ces éléments à propos de notre (future) Haute Cour ont fait d'ailleurs dire, un siècle plus tard, au Professeur William RAPPARD que « [l]es auteurs de son statut paraissaient moins préoccupés d'assurer son indépendance que sa docilité »¹⁷⁷.

1.6.3.2. L'élection des juges et les incompatibilités

- 70 Le Tribunal fédéral compte onze membres¹⁷⁸ et onze suppléants¹⁷⁹. Peut être élu tout citoyen suisse éligible au Conseil national¹⁸⁰. Il n'y a pas d'autres conditions d'éligibilité. A ce titre, le Professeur Hans FRITZSCHE indique que la commission chargée de la rédaction d'une nouvelle Constitution fédérale « entendait simplifier le problème le plus possible, persuadée que les citoyens et l'Assemblée fédérale sauraient employer le tact nécessaire »¹⁸¹. Les conditions d'éligibilité des membres du Tribunal fédéral doivent donc être les mêmes que celles des membres du Conseil fédéral¹⁸².
- 71 Les juges, y compris le président, sont désignés par l'Assemblée fédérale¹⁸³, prérogative qui n'a jamais vraiment été remise en question¹⁸⁴. A ce titre, la nomination par l'exécutif – à l'instar du modèle américain – n'a guère été prise en considération, du fait, notamment, que le Conseil fédéral n'est pas élu directement par le peuple. Ainsi, une légitimation démocratique « directe » fait défaut¹⁸⁵. Par ailleurs, les constituants tiennent à une stricte séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, davantage qu'entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire¹⁸⁶. En outre, une élection du Tribunal fédéral par une seule des deux Chambres fédérales n'a jamais été réellement envisagée au vu du système bicaméral du nouvel Etat¹⁸⁷. Il en va de même d'une élection par le peuple. Dans ce dernier cas, on craignait que les magistrats soient recrutés selon des critères purement politiques, système dans lequel les capacités personnelles et professionnelles seraient ignorées¹⁸⁸.
- 72 Du reste, les forces constitutives du nouvel Etat fédéral considèrent – comme lors de l'élaboration des Constitutions cantonales de la Régénération – que l'indépendance de la justice n'est menacée que lorsque les juges ont des liens personnels avec les membres de l'exécutif. On décide alors de prohiber aux conseillers fédéraux de siéger au Tribunal fédéral. En revanche, cette incompatibilité ne s'applique pas aux membres de l'Assemblée fédérale qui demeurent autorisés à être simultanément juges fédéraux¹⁸⁹. D'ailleurs, les parlementaires fédéraux sont majoritaires au sein du Tribunal fédéral – une trentaine¹⁹⁰ d'entre eux y siègent entre 1848 et 1874. Par la suite, six¹⁹¹ deviendront même conseillers fédéraux¹⁹². En effet, à l'époque, un engagement politique actif pouvait parfaitement se combiner avec une activité judiciaire¹⁹³.
- 73 Les onze premiers juges fédéraux sont élus le 17 novembre 1848. Huit sont parlementaires fédéraux (quatre

¹⁷⁶ *Idem*, pp. 399 ss.

¹⁷⁷ RAPPARD, p. 164.

¹⁷⁸ Art. 95 de la Constitution fédérale de 1848.

¹⁷⁹ Art. 1 de la loi fédérale, du 5 juin 1849, sur l'organisation judiciaire fédérale.

¹⁸⁰ Art. 97 al. 1 de la Constitution fédérale de 1848. Par Suisses, on n'entend que les hommes. Jusqu'en 1971, les femmes n'étaient pas éligibles au niveau fédéral. Mme Margrith BIGLER-EGGENBERGER est alors la première femme à accéder au Tribunal, d'abord en 1972 en tant que suppléante, puis en 1974 comme juge à temps plein.

¹⁸¹ FRITZSCHE, Organisation judiciaire, p. 171.

¹⁸² Jonas FURRER, lui-même avocat, devenu plus tard le premier membre élu du Conseil fédéral, était d'ailleurs favorable à cette solution. Cf. LUMINATI/CONTARINI, pp. 227 s.

¹⁸³ Art. 96 al. 1, 1^{ère} phrase de la Constitution fédérale de 1848.

¹⁸⁴ FISCHBACHER, p. 18.

¹⁸⁵ *Ibid.* et la référence citée.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ KÖLZ, Tome I, p. 632 ; GSCHWEND, Die Entwicklung, N 32.

¹⁹⁰ 38 selon WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 9 ; 33 selon GSCHWEND, Die Entwicklung, N 34.

¹⁹¹ Cinq selon GSCHWEND, Die Entwicklung, N 34.

¹⁹² WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 9.

¹⁹³ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 34.

conseillers nationaux et quatre conseillers aux Etats)¹⁹⁴, deux sont conseillers d'Etat et un est journaliste¹⁹⁵. Les élections au Tribunal fédéral sont d'ailleurs souvent disputées et l'on assiste à des luttes électorales opposant de nombreux candidats lors de plusieurs tours de scrutin¹⁹⁶. Par ailleurs, les juges fédéraux ont presque tous fait des études de droit, notamment en Allemagne. Mais, comme l'affirme Alain WURZBURGER – probablement un peu trop sévèrement à l'égard des Allemands –, « ils n'emportèrent pas les conceptions dogmatiques de ce pays et la jurisprudence ne prit pas une allure trop « scientifique », trait qu'elle a gardé jusqu'à nos jours »¹⁹⁷. Enfin, par son caractère temporaire, le Tribunal fédéral n'a pas de siège propre. Il ne se réunit que lorsqu'il est saisi, en règle générale à Berne¹⁹⁸.

1.6.3.3. La durée de fonction des juges

Les juges du Tribunal fédéral sont élus, par l'Assemblée fédérale, pour une durée de trois ans¹⁹⁹, la même que celle des membres du Conseil national et du Conseil fédéral. Ainsi, du fait qu'ils ne sont en fonction qu'à titre accessoire, les juges doivent se soumettre tous les trois ans à une élection dite *de confirmation*²⁰⁰.

La brièveté de la période de fonction des juges témoigne de la forte dépendance du Tribunal fédéral à l'égard du Parlement²⁰¹. Ce choix marque également un retour en arrière par rapport aux Constitutions (cantonales) de la Régénération qui prévoyaient des durées de fonctions généralement plus longues²⁰². Il peut s'expliquer notamment par la volonté du Constituant de s'assurer que le peuple suisse garde un contrôle effectif de l'activité étatique, tant exécutive, législative que judiciaire²⁰³. La confiance que le peuple place dans ces organes doit ainsi être périodiquement renouvelée. En outre, comme on l'a dit, le Tribunal fédéral de la Constitution de 1848 détient des compétences très limitées de sorte qu'une durée de fonction plus longue n'aurait pas un grand impact sur l'indépendance de ses membres²⁰⁴. Pour ces raisons, une élection à vie est encore moins concevable.

1.7. La Constitution fédérale du 29 mai 1874

1.7.1. La nécessité d'une révision totale

La nécessité de réviser la Constitution de 1848 se fait rapidement sentir. On assiste, en effet, progressivement à plusieurs mouvements visant, d'une part, à attribuer de nouvelles compétences législatives à la Confédération, et d'autre part, à développer l'initiative et le référendum populaires, alors connus dans la plupart des cantons. On propose, dans un premier temps, quelques révisions partielles en 1866, lesquelles échouent cependant dans leur grande majorité en votation populaire. Puis, dès 1869, le Conseil fédéral s'empare d'un projet de révision constitutionnelle, lequel entend donner plusieurs compétences à la Confédération, notamment unifier l'ensemble du droit civil et du droit pénal. La majorité de la population et des cantons rejette, toutefois, cette proposition jugée trop centralisatrice²⁰⁵.

En 1874, un second projet de Constitution – cette fois moins centralisateur – est remis à l'ordre du jour. Le peuple et les cantons acceptent cette révision totale qui donne alors moins de compétences au législateur fédéral ; seuls le droit des obligations et quelques autres domaines du droit civil sont unifiés. En outre, comme

¹⁹⁴ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 9 ; FISCHBACHER, p. 467.

¹⁹⁵ FISCHBACHER, p. 467.

¹⁹⁶ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 9.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 10.

¹⁹⁸ KÖLZ, Tome II, p. 466 ; WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 9. A noter que selon une étude de Goran SEFEROVIC, Bundesgericht, p. 20, le Tribunal fédéral a traité, de 1848 à 1874, 1122 cas, dont 855 expropriations.

¹⁹⁹ Cf. art. 96 al. 1, 2^e et 3^e phrases de la Constitution fédérale de 1848.

²⁰⁰ DONZALLAZ, N 182 ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 2 ad art. 9.

²⁰¹ KÖLZ, Tome II, p. 466.

²⁰² Cf. *supra*, N 65.

²⁰³ FISCHBACHER, pp. 18 s. et les références citées.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ MAHON, Institutions, N 71 ; KÖLZ, Tome II, pp. 482 ss.

l'avait déjà proposé en 1872 le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral se voit doté de nouvelles compétences ; il devient permanent et plus indépendant, caractéristiques essentielles qu'il a gardées jusqu'à nos jours.

1.7.2. Un Tribunal fédéral permanent et indépendant

1.7.2.1. Un véritable organe juridictionnel

- ⁷⁸ La volonté d'unifier la législation ainsi que celle de réduire le poids politico-juridique de l'Assemblée fédérale vis-à-vis du pouvoir judiciaire conduit à la mise en place d'un véritable organe juridictionnel fédéral²⁰⁶. On ne trouve toutefois pas que des partisans de cette réforme. En effet, ses adversaires considèrent que « le peuple préfère le domaine de sa législation, qu'il connaît de longue date et dont il peut mieux se rendre compte, avec ses juges rapprochés de lui, moins savants, mais aussi moins doctrinaires »²⁰⁷. La réforme rallie finalement la majorité des Suisses.
- ⁷⁹ Le Tribunal fédéral de 1874 se dote de compétences nouvelles. Il connaît désormais notamment les conflits de compétences entre les cantons et la Confédération, les différends entre les cantons, et surtout les recours des particuliers contre les actes normatifs cantonaux²⁰⁸ – tâche qui, « pendant presque un demi-siècle, rest[e] unique en Europe »²⁰⁹. En raison du fort attachement au principe démocratique, une extension de sa compétence aux actes des autorités fédérales est cependant inimaginable²¹⁰.
- ⁸⁰ Le « nouveau » Tribunal fédéral compte initialement neuf juges permanents et neuf juges suppléants qui sont élus, par l'Assemblée fédérale – laquelle reste compétente à cet égard – pour la première fois le 22 octobre 1874. Cette première élection est particulièrement disputée, car elle nécessite presque vingt tours de scrutin, ce qui reflète déjà la volonté des groupes parlementaires de soutenir à tout prix leurs candidats²¹¹. Deux tiers des juges font partie des divers mouvements radicaux-démocratiques de l'époque, ou sont soutenus par ceux-ci ; un tiers est appuyé par les libéraux²¹². Sept d'entre eux sont députés fédéraux, deux sont avocats²¹³. Est élu comme président Johann Jakob BLUMER (libéral) qui était déjà en fonction en tant que juge fédéral, et simultanément comme conseiller aux Etats²¹⁴. Le Tribunal fédéral entre en fonction le 1^{er} janvier 1875. Sept villes se disputent son siège. C'est finalement Lausanne qui est choisie par le Conseil national, proposition à laquelle le Conseil des Etats se rallie – après avoir préféré initialement Lucerne²¹⁵.

1.7.2.2. Des juges à plein temps et plus indépendants

a) Les conditions d'éligibilité

- ⁸¹ Le Tribunal fédéral étant devenu une institution permanente, les juges doivent dorénavant se consacrer pleinement à leur fonction. Comme en 1848, pour être élu juge fédéral, il suffit d'avoir le droit de vote en matière fédérale, une formation juridique n'étant pas exigée par la loi. Toutefois, les nouveaux juges élus disposent

²⁰⁶ Cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale, FF 1870 II 777, p. 806 ; FISCHBACHER, p. 20 ; WEERTS, pp. 402 s.

²⁰⁷ FF 1870 II 777, p. 807.

²⁰⁸ A vrai dire, l'art. 59 de loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874 mentionnait uniquement les recours contre « les décisions d'autorités cantonales ». Par une interprétation extensive de cette notion, le Tribunal fédéral est arrivée à la conclusion que celle-ci englobait les lois cantonales (ATF 13 113, consid. 1.). Cf. AUBRY GIRARDIN, p. 11.

²⁰⁹ KÖLZ, Tome II, p. 546 ; cf. ég. WEERTS, p. 405.

²¹⁰ KÖLZ, Tome II, p. 546.

²¹¹ Cf. FISCHBACHER, p. 22.

²¹² WÜTHRICH, N 48 et les références citées ; FISCHBACHER, p. 468. Pour un aperçu des divers courants politiques de cette période, cf. KÖLZ, Tome II, pp. 487 ss.

²¹³ FISCHBACHER, p. 468.

²¹⁴ WÜRZBURGER, Tribunal fédéral, pp. 11 s.

²¹⁵ *Ibid.* La ville de Suisse centrale deviendra en 1917 le siège du Tribunal fédéral des assurances.

tous d'un titre académique en droit²¹⁶. Cela étant, l'absence de concrétisation constitutionnelle ou légale de « juges professionnels » révèle l'attachement du Constituant helvétique à une justice proche du citoyen²¹⁷. On comprend alors mieux lorsqu'il est dit, au cours des débats parlementaires sur le Tribunal fédéral, qu'« il serait même convenable de ne pas le composer de professeurs de droit, d'autant plus qu'il existe une grande différence entre les fonctions scientifiques et abstraites du professorat et l'application de la loi à une espèce déterminée. Il devra en être de même avec des avocats pratiquants, attendu qu'on ne saurait vouloir exposer au danger de voir une question juridique tranchée à un point de vue particulier »²¹⁸.

Ensuite, l'art. 107 al. 2, 2^e phrase aCst dispose que l'Assemblée fédérale doit prendre en compte les trois langues officielles de la Confédération dans la composition du Tribunal fédéral. Lors des débats parlementaires concernant la révision totale de 1872, ensuite échouée, il avait déjà été mis en exergue le fait que toutes les langues officielles devaient être représentées au sein du Tribunal fédéral. Le Conseil fédéral avait par la suite estimé que la Constitution ne nécessitait pas de disposition spécifique, avis partagé par le Conseil national, mais pas par la Chambre des cantons, qui a impulsé cette disposition constitutionnelle²¹⁹.

Enfin, la disposition qui permet uniquement aux laïcs d'être élus au Tribunal fédéral – et qui prohibe donc l'élection des ecclésiastiques – est maintenue (art. 75 aCst. en relation avec art. 108 al. 1 aCst.). La raison est la crainte d'une trop grande influence de l'Eglise, en particulier catholique, sur la politique²²⁰.

b) Les incompatibilités

L'indépendance de la justice est également renforcée dans la nouvelle Constitution. C'est ainsi que les juges fédéraux ne peuvent plus être simultanément membres de l'Assemblée fédérale, pas plus que du Conseil fédéral (art. 108 al. 2 aCst.). Cette règle est, en même temps, un signal adressé aux cantons où les juges supérieurs pouvaient souvent siéger au Parlement cantonal²²¹. Le conseiller national neuchâtelois Jules PHILIPPIN – qui est président de la commission nommée par le Conseil national en vue de la révision de la Constitution fédérale – souhaitait, avec la minorité de la commission, pousser les incompatibilités encore plus loin, en interdisant aux juges toute activité professionnelle, ceci dans l'intérêt de l'indépendance de la justice. Cette proposition passe la rampe du Conseil national, mais pas celle du Conseil des Etats. On laisse alors au législateur le soin de déclarer incompatibles « d'autres fonctions ou professions »²²², ce qu'il fait à partir de 1893²²³.

c) La durée de fonction

L'allongement de la durée de fonction des juges du Tribunal fédéral est débattu devant l'Assemblée fédérale ; dans un premier temps lors du projet de Constitution de 1872. Alors, une nomination à vie des juges, à l'instar du modèle américain, est écartée au motif qu'elle ne s'accorderait pas avec les coutumes et les institutions suisses²²⁴. Cela dit, la volonté de renforcer l'indépendance du Tribunal fédéral ainsi que de garantir une certaine constance dans la jurisprudence reste une préoccupation – même si mineure – pour les membres des organes politiques. Le conseiller fédéral Jakob DUBS suggère alors que les juges soient désignés pour une période de neuf ans avec un renouvellement par tiers tous les trois ans du Tribunal fédéral. Cette proposition

²¹⁶ FISCHBACHER, p. 29.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Procès-Verbaux des délibérations des Chambres fédérales relativement à la Révision de la Constitution, 1873-1874, p. 180, passage citée par WEERTS, p. 405.

²¹⁹ FISCHBACHER, pp. 29 s.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ KÖLZ, Tome II, p. 545.

²²² *Ibid.*

²²³ Cf. FISCHBACHER, p. 31.

²²⁴ Bulletin des délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la révision de la Constitution, Conseil national, 1872, p. 228 : « cette institution ne conviendrait pas chez nous ». Cf. ég. FISCHBACHER, p. 28 ; WEERTS, p. 403 ; RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 12.

n'est toutefois pas accueillie favorablement par l'Assemblée fédérale « pour des raisons de démocratie et de pouvoir »²²⁵.

86 Le Conseil fédéral propose une alternative dans son Message concernant la loi sur l'organisation judiciaire de 1874. Il estime qu'entre une nomination à vie – qu'on retrouve aux Etats-Unis et dans plusieurs grands pays européens – et une nomination pour trois ans, il y a un moyen terme : une durée de six ans. Celle-ci correspond d'ailleurs au double du mandat des membres des autres organes fédéraux²²⁶. L'art. 6 al. 1 de la loi d'organisation judiciaire du 27 juin 1874 prévoit ainsi une durée de fonction de six ans, durée qui n'est cependant pas constitutionnalisée jusqu'à la révision totale de la Constitution de 1999.

87 La durée de fonction de six ans va donc perdurer jusqu'à nos jours. A noter que lors de la révision totale de la loi d'organisation judiciaire de 1943, le Conseil fédéral remet à l'ordre du jour la question de l'élection à vie, mais uniquement pour les anciens juges fédéraux, qui auraient été appelés – subsidiairement aux suppléants ordinaires – à siéger au Tribunal fédéral en cas de nécessité : « [e]n vertu de cette réglementation, un juge élu pour six ans par l'Assemblée fédérale verra, du fait de sa démission, la durée de ses fonctions prolongée à vie de par la loi, bien qu'en qualité de suppléant extraordinaire »²²⁷. Une telle disposition ne trouve finalement pas sa place dans la législation, tant une élection à vie – même indirecte – est étrangère à nos institutions²²⁸.

1.8. L'évolution relative à l'élection et au statut des juges dans quelques cantons depuis 1848 et un aperçu au niveau fédéral

1.8.1. Une méfiance toujours marquée à l'égard de la justice

88 Dans les cantons régénérés, les tribunaux cantonaux acquièrent une position dominante. Cette évolution n'est toutefois pas considérée comme favorable aux yeux de certains radicaux et conservateurs. « La justice passait pour être éloignée du peuple et excessivement coûteuse, les offices judiciaires, de même que les études d'avocats, pour des prébendes de la classe dirigeante libérale et, dans certains cas, la jurisprudence pour unilatéralement complaisante à son égard »²²⁹. Il en découle ainsi une méfiance, toujours marquée, à l'égard du juge.

89 A Zurich se forme un solide réseau de libéraux, avec Alfred ESCHER en tant que chef de file, qui distribue des positions et des avantages aux personnes qui s'intègrent dans ce « système ». Par conséquent, les libéraux, majoritaires au Parlement, n'élisent au Tribunal cantonal que des juristes fidèles à leur ligne ; le Tribunal cantonal, en retour, par des gestes « d'arrogance prétorienne » (pour reprendre les termes du radical soleurois Simon KAISER), apporte un appui discret au « système »²³⁰. C'est dans ce contexte que le démocrate et procureur zurichois Friedrich LOCHER publie dès 1866 plusieurs pamphlets dans lesquels il critique la manipulation des élections judiciaires, l'insuffisance de formation juridique chez les juges, le manque d'éthique dans leur fonction (« *Amtsethos* ») ainsi que la prise en compte d'intérêts étrangers dans la justice²³¹.

1.8.2. Les règles d'incompatibilités

90 Les Constitutions cantonales des années 1830 ont vu se déployer une conception marquée de la séparation des pouvoirs dans l'organisation judiciaire²³². Toujours est-il qu'il reste compliqué d'y intégrer une véritable indépendance des juges ainsi que de s'affranchir de toutes influences extérieures. Ceci en particulier, car la plupart des juges – étant non professionnels – exercent leurs fonctions accessoirement²³³. Dès 1848, la majorité

²²⁵ KÖLZ, Tome II, p. 545.

²²⁶ FF 1874 I 989, p. 992.

²²⁷ FF 1943 I 106, p. 110.

²²⁸ Cf. FISCHBACHER, p. 29.

²²⁹ KÖLZ, Tome II, p. 71.

²³⁰ *Ibid.*, p. 47.

²³¹ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 33.

²³² Cf. *supra*, N 57 ss.

²³³ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 33.

des cantons introduit des règles d'incompatibilités entre les fonctions judiciaires et exécutives, puis progressivement entre celles judiciaires et législatives²³⁴. Ces dispositions n'ont toutefois qu'un impact modéré sur la dépolitisation de l'élection compte tenu du fait que les partis politiques continuent à proposer des candidats, certes théoriquement indépendants, mais qui leur sont néanmoins proches²³⁵.

1.8.3. Une élection restant de la compétence d'un organe politique

L'élection des juges reste du ressort d'un organe politique, à savoir le peuple ou le Parlement. A Zurich, la Constitution de 1869 maintient l'élection populaire des juges de districts. Mais, la proposition d'élection directe des membres et des greffiers du Tribunal cantonal – à l'instar de ce qu'avait fait Bâle-Campagne – est rejetée. Le Parlement reste donc compétent à cet égard²³⁶. En Thurgovie, la Constitution de 1869 prévoit que les juges du Tribunal cantonal restent élus par le Grand Conseil, tandis que les juges de première instance le sont par le peuple²³⁷. A Neuchâtel, en 1867, les juges des tribunaux de première instance et le président de la Cour d'appel sont désignés par le Grand Conseil²³⁸.

A Fribourg, après la guerre du Sonderbund, ce sont les radicaux qui s'emparent du pouvoir. Ils élaborent, en 1848, une nouvelle Constitution de tendance anticléricale. Une question qui suscite de longs débats est celle de savoir si les juges, alors élus à vie, doivent dorénavant être soumis à une réélection périodique. On décide alors d'instaurer une élection à durée déterminée, revenant ainsi aux choix effectués à la fin du XVIII^e siècle. S'agissant des autorités de désignation, c'est le Grand Conseil qui élit, pour huit ans, les juges cantonaux, lesquels nomment, à leur tour, en concertation avec le Conseil d'Etat, les juges de districts²³⁹.

Au début du XX^e siècle, l'élection par un organe politique se maintient partout en Suisse. En 1919, les autorités de désignation diffèrent selon les cantons. Les juges tant de première que de deuxième instances sont élus par le peuple dans sept cantons²⁴⁰ et par le Parlement dans trois cantons²⁴¹. Onze cantons²⁴² suivent un système mixte : l'élection populaire pour les juges des tribunaux inférieurs et l'élection par le Parlement pour les juges des tribunaux supérieurs. Un seul canton (Obwald) prévoit, au contraire, l'élection populaire pour le Tribunal suprême et l'élection par le Parlement pour les juges de districts. Dans les cantons du Valais et de Vaud, les juges des tribunaux inférieurs sont élus par le Tribunal cantonal. Enfin, à Fribourg, les juges inférieurs sont désignés en commun par le Tribunal cantonal et le Conseil d'Etat. Une nomination exclusivement par le Gouvernement ne se retrouve nulle part²⁴³. Quant à la durée de fonction, elle varie également selon les cantons. Deux cantons élisent leurs juges pour une année, cinq cantons pour trois ans, neuf cantons pour quatre ans, sept cantons pour six ans et deux cantons pour huit ans. La nomination à vie est alors inexistante²⁴⁴.

1.8.4. Une lente professionnalisation du métier du juge

L'exigence d'un diplôme pour accéder à la profession judiciaire est encore peu courante dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Le modèle de juge de milice, couplé à la rémunération modeste qui en résulte, complique considérablement la professionnalisation du métier. De plus, certaines fois, les juges exercent, en même temps, comme avocat au barreau, ce qui encourage les conflits d'intérêts potentiels²⁴⁵. Ainsi, la tradition du juge laïc

²³⁴ *Idem*, N 34.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ KÖLZ, Tome II, p. 72.

²³⁷ *Ibid.*, p. 81.

²³⁸ JACOTTET, N 264 s.

²³⁹ KÖLZ, Tome II, p. 318.

²⁴⁰ Appenzell Rhodes-Extérieures (par la *Landsgemeinde* ; cependant le Tribunal criminel est élu par le Parlement), Appenzell Rhodes-Intérieures (par la *Landsgemeinde*), Bâle-Ville, Glaris (par la *Landsgemeinde*), le Tessin, Uri (par la *Landsgemeinde*) et Zoug.

²⁴¹ Genève, Neuchâtel et Nidwald.

²⁴² Argovie, Bâle-Campagne, Berne, les Grisons, Lucerne, Schaffhouse, Schwyz (en partie : le Tribunal criminel est élu par le peuple), Soleure, Saint-Gall, Thurgovie et Zurich.

²⁴³ REICHEL, p. 4

²⁴⁴ *Idem*, p. 5.

²⁴⁵ GSCHWEND, Die Entwicklung, N 35.

reste diffuse en Suisse durant la première moitié du XX^e siècle, surtout au sein des tribunaux inférieurs. Les juges sans formation juridique exercent avant tout dans un collège, au côté de juges professionnels ou parfois seuls dans les affaires de bagatelles. En outre, les juges non professionnels ont tendance à remporter l'élection au détriment des juristes²⁴⁶.

- 95 Cela dit, commencent à accéder aux charges judiciaires – surtout au sein des tribunaux supérieurs –, en majorité, des juristes de formation. Certaines Constitutions ou législations cantonales exigent même expressément une formation juridique. C'est le cas du canton d'Argovie en 1852 et de Berne en 1893²⁴⁷, puis dès le début du XX^e siècle, d'autres cantons, comme Bâle-Ville²⁴⁸. L'hégémonie des laïcs au détriment des juristes commence dès lors peu à peu à s'estomper²⁴⁹. Ce phénomène est d'autant plus marqué au sein du Tribunal fédéral.

1.8.5. Le XX^e siècle au Tribunal fédéral : du « juge-politicien » au « juge-juriste »²⁵⁰

- 96 La juridiction fédérale suprême assiste depuis 1848 à une mutation du profil de ses membres. Jusqu'au début du XX^e siècle, le Tribunal fédéral était dominé par des personnalités que Michele LUMINATI qualifie de « juges-politiciens ». Il s'agissait de juges possédant une formation en droit et qui avaient été actifs dans le domaine juridique – parfois également dans les tribunaux –, mais qui, avant leur élection, avaient occupé des postes politiques importants au sein du pouvoir exécutif ou législatif²⁵¹. Au cours du XX^e siècle, ces « juges-politiciens » sont progressivement remplacés par des « juges-juristes ». Ceux-ci sont élus à la Cour suprême fédérale, même s'ils sont membres ou sympathisants d'un parti politique. Ils exercent principalement une activité juridique dans l'avocature, la recherche académique ou dans les tribunaux. Le profil du juge fédéral devient aussi plus scientifique, plus bureaucratique, et donc moins politique²⁵².

1.9. Synthèse

- 97 Le système d'élection des juges tient son origine d'une tradition séculaire. Déjà dans le Pacte fondateur de 1291 on peut voir la revendication des trois cantons fondateurs de se voir garantir des juges issus de leur contrée²⁵³. A ce propos, la figure du juge laïc, issu de la communauté et qui doit mettre tout son savoir à son service, reste prédominante dans les mentalités et, de surcroît, dans les institutions. En effet, on part de l'idée que le peuple ou ses représentants doivent rester libres d'élire des personnes de confiance et de capacité en leur sein²⁵⁴. Au même titre, les juges, en tant que membres d'un organe étatique, ne doivent pas être vus comme une caste totalement éloignée des préoccupations quotidiennes des citoyens. Les Suisses sont, dans une certaine mesure, allergiques au syndrome de « la tour d'ivoire »²⁵⁵. C'est alors seulement à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, voire du début du siècle suivant, que les juristes de formation commencent peu à peu à s'imposer, surtout au niveau des juridictions supérieures.
- 98 Dans ce contexte, la désignation des juges ne peut qu'être confiée à la population – organisée dans une *Landsgemeinde* dans les cantons alpins – ou à ses représentants, dans les villes. Une nomination par l'exécutif est cependant inconcevable. L'élection populaire est remplacée progressivement par une élection par le Parlement, organe plus susceptible de sélectionner des personnes compétentes pour la fonction judiciaire. Les membres des tribunaux supérieurs cantonaux sont dès lors désignés, dans la majorité des cantons, par l'organe législatif. C'est également le choix que fait le Constituant fédéral en 1848, puis en 1872, lors de l'instauration

²⁴⁶ LUMINATI/CONTARINI, p. 230.

²⁴⁷ LANGER, N 30.

²⁴⁸ REICHEL, p. 57.

²⁴⁹ LUMINATI/CONTARINI, p. 286.

²⁵⁰ Les termes « juge-politicien » et « juge-juriste » sont empruntés au Professeur Michele LUMINATI qui utilise ceux de « *Politiker-Richter* » et de « *Jurist-Richter* ». Cf. LUMINATI/CONTARINI, pp. 285 s. et les références citées.

²⁵¹ *Ibid.* Pour les détails concernant les biographies, souvent surprenantes, des divers juges du Tribunal fédéral pendant cette période, cf. AERSCHMANN, pp. 41 ss.

²⁵² LUMINATI/CONTARINI, pp. 285 s. et les références citées

²⁵³ Pour plus de détails, cf. GSCHWEND, *Fremde Richter*, N 5 ss.

²⁵⁴ FRITZSCHE, *Les procès*, p. 344.

²⁵⁵ A noter toutefois que pendant l'Ancien Régime, ainsi que dans une moindre mesure pendant la Restauration, les juges étaient recrutés presque exclusivement parmi les classes sociales privilégiées.

du Tribunal fédéral. Dans ces années-là, les élections des juges fédéraux sont d'ailleurs particulièrement disputées, cet organe étant considéré peu à peu aussi comme un instrument de pouvoir.

La confiance que le peuple ou ses représentants placent dans les institutions judiciaires doit toutefois être renouvelée. C'est ainsi que les juges sont élus pour une durée déterminée, plus ou moins longue. Cela est le cas tant au niveau fédéral que cantonal – à l'exception des cantons de Fribourg et de Bâle-Ville qui optent, provisoirement pendant la période de Régénération, pour une nomination à vie. D'ailleurs, en 1872, une élection à durée indéterminée pour les juges du Tribunal fédéral – bien qu'elle soit discutée – est rapidement écartée au motif qu'elle ne s'accorderait pas avec les coutumes suisses. La durée de fonction passera toutefois de trois à six ans.

Enfin, on relèvera que les incompatibilités entre les fonctions judiciaires et les autres charges de l'Etat se sont peu à peu accrues. Alors que pendant longtemps ces incompatibilités étaient peu ou prou inexistantes – et la double fonction même commune – on commence, au début du XIX^e siècle, à interdire aux juges d'être simultanément membres du Gouvernement. Puis, ce n'est que dès la deuxième moitié du XIX^e siècle que les incompatibilités s'étendent, dans certains cantons, également aux fonctions législatives. L'évolution est plus lente au niveau fédéral. On considère, encore en 1848, que l'indépendance de la justice n'est menacée que lorsque celle-ci a des liens avec l'exécutif, de sorte qu'on prohibe uniquement aux conseillers fédéraux de siéger au Tribunal fédéral. Celui-ci est ainsi composé, dans ces premières années, en majorité de parlementaires fédéraux. Ce n'est qu'en 1874 que le double mandat de juge et de membre du Parlement est prohibé.

Chapitre 2 : La désignation des juges fédéraux

2.1. Présentation et démarche

Comme nous venons de le voir, l'élection politique des juges est fortement liée à l'histoire constitutionnelle de notre pays. Le système de désignation par l'Assemblée fédérale n'a d'ailleurs pas été modifié depuis la Constitution de 1848, et ce malgré les révisions totales de 1874 et de 1999. La réforme de l'organisation judiciaire fédérale dans les années 2000 n'a pas non plus remis en cause ce mode de désignation.

Il convient ici de présenter les modes de désignation des juges sur le plan fédéral. La première partie, qui est également la plus importante, sera consacrée au Tribunal fédéral, cour suprême de la Confédération (ch. 2.2.). Nous présenterons alors les diverses étapes permettant d'accéder à la fonction de juge de « Mon-Repos ». Dans un premier temps, nous évoquerons les conditions et les critères d'éligibilité (ch. 2.2.1.), puis nous examinerons la préparation de l'élection avec les modalités que celle-ci implique (ch. 2.2.2.). Ensuite, nous nous attarderons sur l'élection proprement dite avec la procédure correspondante (ch. 2.2.3.). Nous présenterons également le statut des juges (ch. 2.2.4.), les incompatibilités de fonction qui les concernent (ch. 2.2.5.) et les divers cas de figure mettant fin à leur fonction (ch. 2.2.6.). Dans la deuxième partie du chapitre, nous présenterons les règles, souvent communes, qui régissent la désignation des juges des autres tribunaux fédéraux (Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral, Tribunal fédéral des brevets, Tribunal militaire de cassation) (ch. 2.3.). Nous terminerons ce chapitre par une synthèse générale (ch. 2.4.).

2.2. La désignation des juges du Tribunal fédéral

2.2.1. Les conditions et critères d'éligibilité

2.2.1.1. La titularité du droit de vote en matière fédérale comme seule condition d'éligibilité

Tant la Constitution fédérale (art. 143 Cst.) que la loi (art. 5 al. 2 LTF) déclarent éligible au Tribunal fédéral toute personne qui a le droit de vote en matière fédérale, c'est-à-dire qui réunit les trois conditions constitutionnelles cumulatives suivantes : la nationalité suisse, la majorité civique (dix-huit ans) et l'absence d'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit (art. 136 al. 1 Cst.)²⁵⁶. On entend par interdits au sens de cette disposition, « les personnes qui, en raison d'une incapacité durable de discernement, sont protégées par une curatelle de portée générale ou par un mandat pour cause d'incapacité » (art. 2 LDP)²⁵⁷.

Si une personne candidate ne remplit pas l'une de ces conditions, elle ne doit en aucun cas être proposée aux Chambres fédérales et son nom doit d'office être retiré des listes²⁵⁸. Le moment déterminant pour l'éligibilité

²⁵⁶ DONZALLAZ, N 122 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 9 ad art. 5. A l'art. 136 Cst., le Constituant a préféré la formule de « droits politiques » (*politische Rechte*) à celle de « droit de vote » (*Stimmrecht*). Le motif était que les possibilités de participation des citoyens ne sont pas limitées aux votes et aux élections, mais couvrent aussi d'autres facultés, par exemple celle de signer des initiatives et des demandes de référendum. Cf. AUBERT, Petit commentaire, N 1 ad art. 136.

²⁵⁷ Cette disposition a été modifiée suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, du nouveau droit de protection de l'adulte. RO 2011 725 ; FF 2006 6635. On notera que plusieurs auteurs jugent l'exclusion des interdits du droit de vote comme « la dernière grave discrimination de notre droit constitutionnel » et plaident donc pour son abrogation. Cf. à ce sujet, les contributions de BORGHI Marco et de TANQUEREL Thierry, in : Weerts Sophie et al. (éd.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Bâle 2018, pp. 241 ss et 244 ss.

²⁵⁸ DONZALLAZ, N 122.

est le jour de l'élection²⁵⁹. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie ce jour-là, une éventuelle élection est nulle (effet *ex tunc*)²⁶⁰. Si l'une de ces conditions vient, par contre, à faire défaut durant la période de fonction du magistrat, la charge de celui-ci prend fin de plein droit²⁶¹.

2.2.1.2. Les critères additionnels

- 105 La loi et la Constitution ne prévoient pas d'autres conditions d'éligibilité. Toutefois, les organes de sélection²⁶² et d'élection²⁶³ des juges prendront en compte d'autres critères, qui pourront avoir un rôle déterminant.

a) La langue

- 106 Le critère linguistique ne figure actuellement dans aucune disposition légale ou constitutionnelle. L'alinéa 4 de l'art. 188 Cst., qui prévoyait que « lors de l'élection des juges du Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale veille à ce que les langues officielles soient représentées » a été abrogé suite à la réforme de la justice²⁶⁴. La règle de l'art. 1 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, qui indiquait ce même critère, n'a pas non plus été reprise dans la loi sur le Tribunal fédéral²⁶⁵. Du reste, il ne s'agissait pas d'une condition d'éligibilité, mais plutôt « d'une prescription d'ordre, d'une directive de nature politique »²⁶⁶.
- 107 Dans son Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale²⁶⁷, le Conseil fédéral argumente que « la composition de l'Assemblée fédérale fournit une garantie suffisante que cette autorité veillera à une représentation équitable des différentes parties de la Suisse au sein du Tribunal fédéral »²⁶⁸. En outre, il faut tenir compte que « le cercle des juristes romanches est bien trop restreint pour que l'on puisse obliger l'Assemblée fédérale à élire au moins un juge romanche. A l'inverse, une disposition qui ne mentionnerait que les langues allemande, française et italienne serait discriminatoire à l'égard des Romanches [...] »²⁶⁹.
- 108 En tout état de cause, dans la pratique, l'Assemblée fédérale veille à une représentation équitable des langues officielles au sein du Tribunal fédéral²⁷⁰. Du reste, cela est indispensable au bon fonctionnement du tribunal et se déduit même de l'art. 18 al. 2 LTF qui impose à la Cour plénière de tenir compte de la représentation des langues officielles lors de la constitution des cours²⁷¹. Par ailleurs, l'art. 54 LTF qui prescrit que la procédure est conduite dans l'une des langues officielles – en règle générale dans la langue de la décision attaquée – entraîne indirectement l'obligation de tenir compte des langues officielles dans le choix des juges²⁷². Au 1^{er} janvier 2020, le Tribunal fédéral comptait, comme juges à plein temps, 23 germanophones, douze franco-phones et trois italophones²⁷³. La langue romanche n'est plus représentée²⁷⁴.

²⁵⁹ AUBERT, Petit Commentaire, N 3 ad art. 143.

²⁶⁰ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 20 ad art. 5 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 9 ad art. 5. Cf. ég. ATF 136 I 207 consid. 5.5.

²⁶¹ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 20 ad art. 5 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 9 ad art. 5 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 10 ad art. 5.

²⁶² La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (art. 40a LParl). Cf. *infra*, N 118 ss.

²⁶³ L'Assemblée fédérale (art. 168 Cst). Cf. *infra*, N 140 ss.

²⁶⁴ MAHON, Petit commentaire, N 17 ad art. 188.

²⁶⁵ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 25 ad art. 5.

²⁶⁶ DONZALLAZ, N 127.

²⁶⁷ FF 2001 4000.

²⁶⁸ FF 2001 4000, p. 4079.

²⁶⁹ *Ibid.* Depuis 1996, « [l]e romanche est aussi langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche » (art. 70 al. 1 Cst). Cf. MAHON, Petit commentaire, N 4 ad art. 70.

²⁷⁰ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 25 ad art. 5 ; MAHON, Petit commentaire, N 17 ad art. 188 ; MARTI, Commission judiciaire, N 9 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 11 ad art. 5.

²⁷¹ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 11 ad art. 5.

²⁷² FISCHBACHER, p. 275. A ce sujet, cf. PAPAUX Alexandre, La langue de la justice civile et pénale en droit suisse et comparé, thèse, Bâle/Neuchâtel 2012, pp. 247 ss.

²⁷³ [<https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter.htm>] (dernière consultation : 28.01.2020).

²⁷⁴ Elle l'a été de 1989 à 2006 par l'intermédiaire du juge fédéral Giuseppe Nay, qui a d'ailleurs présidé le Tribunal fédéral les deux dernières années de sa carrière. M. NAY a participé à l'élaboration du premier arrêt en langue romanche (ATF 122 I 93).

b) L'origine cantonale

Dans la pratique, ne sont pas seulement prises en compte les régions linguistiques, mais également les cantons²⁷⁵. C'est notamment par le concours du Conseil des Etats dans la procédure d'élection²⁷⁶ qu'une représentation proportionnelle des diverses sensibilités cantonales dans les instances judiciaires fédérales est garantie²⁷⁷. Une représentation cantonale est instituée au sein de tous les organes fédéraux. Cela dit, en pratique, aucune clé de répartition précise n'a pu être établie²⁷⁸. Pour le surplus, ces dernières années, l'origine cantonale tend à perdre en importance.

109

c) La religion

Traditionnellement, le Parlement accordait aussi une représentation proportionnelle aux deux principales confessions chrétiennes de la Suisse²⁷⁹, à savoir la catholique romaine et la réformée évangélique (ou protestante). Toutefois, depuis plusieurs décennies, ce critère ne joue plus vraiment de rôle²⁸⁰.

110

d) Le sexe

En revanche, le critère du sexe gagne en importance. A compétences égales, le Parlement tend, en effet, à privilégier les candidatures féminines, en raison de la sous-représentation des femmes au sein du Tribunal fédéral²⁸¹. Au 1^{er} janvier 2020, notre haute Cour était composée, pour ce qui est des juges à plein temps, de quinze femmes et de 23 hommes²⁸². La parité n'est donc pas acquise et l'amélioration reste lente, d'autant que toute solution de quotas publics ne fait de loin pas l'unanimité²⁸³.

111

e) Les compétences professionnelles ou l'absence de formation obligatoire

L'éligibilité au Tribunal fédéral n'est subordonnée à aucune formation professionnelle initiale ou examen d'aptitude obligatoire²⁸⁴. Cependant, dans la pratique, le Parlement n'élit que des juristes chevronnés, parmi les juges cantonaux de deuxième instance²⁸⁵, les membres des tribunaux fédéraux de première instance, les professeurs d'université²⁸⁶, les greffiers du Tribunal fédéral, les fonctionnaires fédéraux ou cantonaux ou, plus rarement, les avocats au barreau²⁸⁷.

112

²⁷⁵ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 26 ad art. 5 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 12 ad art. 5 ; FISCHBACHER, p. 282.

²⁷⁶ Cf. art. 168 al. 1 et 148 al. 2 Cst.

²⁷⁷ FISCHBACHER, pp. 423 s.

²⁷⁸ DONZALLAZ, N 125 ; FISCHBACHER, p. 282.

²⁷⁹ MAHON, Petit commentaire, N 17 ad art. 188 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 26 ad art. 5.

²⁸⁰ FISCHBACHER, p. 284 ; LANGER, N 20-21. A titre anecdotique, relevons que jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution du 18 avril 1999, les ecclésiastiques n'avaient pas le droit de briguer de siège au sein du Tribunal fédéral ; cette interdiction est, cependant, tombée lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. AUBERT, Petit commentaire, N 6 ad art. 143.

²⁸¹ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 13 ad art. 5.

²⁸² [<https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter.htm>] (dernière consultation : 28.01.2020).

²⁸³ Ainsi, en 2000, l'initiative pour « une représentation équitable des femmes dans les autorités fédérales (Initiative du 3 mars) » a clairement été rejetée par le peuple (82% de non) ainsi que par tous les cantons. Cf. FF 1997 III 537. En 2013, une initiative parlementaire demandant la représentation d'au moins 40% de femmes au sein des tribunaux fédéraux a été retirée, suite au refus de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (initiative parlementaire de Margret KIENER NELLEN, n° 13.482).

²⁸⁴ Ceci contrairement à la formation poussée qui est souvent exigée à l'étranger. Cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.5.

²⁸⁵ Environ la moitié des juges du Tribunal fédéral actuellement en place était auparavant en fonction auprès d'une juridiction cantonale de deuxième instance. KIENER, Basler Kommentar BGG, N 23 ad art. 5. En septembre 2019, l'Assemblée fédérale a cependant élu au Tribunal fédéral deux juges cantonaux de première instance. BO AF 2019 V 2008.

²⁸⁶ Cela est moins le cas depuis quelques années. Sont principalement invoqués la surcharge du Tribunal fédéral, le lieu de son siège, les aspects financiers ou encore l'interdiction des activités accessoires ; tous des aspects difficilement compatibles avec la recherche académique. Cf. KIENER, Basler Kommentar BGG, N 23 ad art. 5 ; SPÜHLER, BGG Praxiskommentar, N 10 ad art. 5. Voir cependant l'élection, en juin 2019, de Julia HÄNNI, professeure assistante à l'Université de Lucerne. Cf. *infra*, N 156.

²⁸⁷ DONZALLAZ, N 126, p. 117 ; MAHON, Institutions, N 213 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 23 ad art. 5 ; FISCHBACHER, p. 277 ; SPÜHLER, BGG Praxiskommentar, N 10 ad art. 5.

- 113 Dans tous les cas, les compétences des candidats dans les matières traitées par le Tribunal fédéral (droit civil, droit pénal, droit public) jouent un rôle important en pratique²⁸⁸. Du reste, lorsqu'un juge en place démissionne, la Commission administrative du Tribunal fédéral examine si le poste devenu vacant peut être occupé par un transfert interne et en informe la Commission judiciaire²⁸⁹ (art. 28 al. 3 RTF). Le procédé permet à celle-ci de prévoir, lors de la mise au concours, à quelle cour sera vraisemblablement affecté le nouveau membre, puis de sélectionner les candidatures compte tenu des compétences requises pour le poste à repourvoir²⁹⁰.
- 114 Par ailleurs, l'art. 18 al. 2 LTF prévoit que la Cour plénière tient compte des compétences des juges dans la constitution des cours. Cette disposition a ainsi pour but de renforcer l'efficacité du tribunal, en privilégiant l'expérience professionnelle du juge nouvellement élu plutôt que l'ancienneté ou la préférence exprimée par le juge le plus ancien dans la fonction²⁹¹. Comme l'indique le Conseil fédéral dans son Message, cela a pour conséquence que « [s]i par exemple une place se libère dans une cour d'assurance sociale à Lucerne et que l'Assemblée fédérale élit un juge spécialisé en assurances sociales, le Tribunal fédéral ne pourra pas faire abstraction de cette expérience même si par hypothèse un juge d'une cour civile souhaite passer dans cette cour d'assurance sociale. Rien n'empêche toutefois le Tribunal fédéral d'informer à l'avance l'Assemblée fédérale de la cour à laquelle le nouvel élu devrait être attribué, de manière à permettre à l'Assemblée fédérale de choisir en conséquence le nouveau juge. De la sorte, la libre circulation des juges entre les cours ne serait restreinte que dans l'hypothèse où l'Assemblée fédérale s'opposerait à ce qu'un juge déjà élu vienne occuper le poste qui s'est libéré (p. ex. dans une cour d'assurances sociales) et élirait, en connaissance de cause, un spécialiste de cette branche (dans notre exemple, des assurances sociales) »²⁹².

f) Les qualités personnelles

- 115 De manière générale, l'indépendance de la justice requiert d'être insensible à toutes influences extérieures. Cela suppose que le juge possède les connaissances juridiques nécessaires, mais également certaines qualités humaines, à savoir des compétences sociales élevées (capacités d'écoute et d'autocritique, force psychologique, etc.), une ouverture d'esprit, une certaine « expérience de la vie » (« *Lebenserfahrung* »)²⁹³, une aptitude à travailler en collège, des compétences communicatives ainsi que le courage de prendre des décisions impopulaires en dépit de la pression populaire²⁹⁴. Toutes ces qualités devraient être prises en compte lors du choix du juge appelé à siéger au Tribunal fédéral.

g) L'affiliation politique

- 116 Dans la pratique, l'affiliation politique du candidat joue un rôle fondamental dans le processus de désignation des juges fédéraux. Selon le principe de concordance (*Konkordanz*), l'Assemblée fédérale procède à la répartition des sièges du Tribunal fédéral proportionnellement à la force des partis politiques qui la composent²⁹⁵. Cette répartition, stricte, s'effectue souvent « à la virgule près ».
- 117 L'appartenance à un parti politique et le soutien d'un groupe parlementaire sont donc des conditions de fait pour être élu au Tribunal fédéral²⁹⁶. Comme l'indique Katrin MARTI, ancienne secrétaire de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (ci-après : CJ), organe chargé de préparer les élections des juges fédéraux²⁹⁷, « [d]ans les faits, la plupart des personnes qui postulent à un poste de juge sont membres ou sympathisantes d'un parti. Le cas des candidates et candidats qui ne veulent pas se reconnaître dans l'une de ces catégories est

²⁸⁸ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 24 ad art. 5.

²⁸⁹ Pour la présentation de la Commission judiciaire. Cf. *infra*, N 118 ss.

²⁹⁰ MARTI, Commission judiciaire, N 27 s. ; SPÜHLER, BGG Praxiskommentar, N 5 ad art. 5.

²⁹¹ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 12 ad art. 18.

²⁹² FF 2001 4000, p. 4079.

²⁹³ L'âge d'élection des juges fédéraux se situe entre 40 et 55 ans. Cf. WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 58.

²⁹⁴ KIENER, Unabhängigkeit, pp. 265 s. ; GASS, p. 602 ; FISCHBACHER, p. 424.

²⁹⁵ KIENER, Unabhängigkeit, p. 269 ; ROTHMAYR ALLISON/VARONE, p. 226.

²⁹⁶ MARTI, Commission judiciaire, N 40 ; GASS, p. 602.

²⁹⁷ Cf. *infra*, N 118 ss.

plutôt rare pour les tribunaux de première instance et tout à fait exceptionnel pour le Tribunal fédéral. Cela est bien compréhensible, la plupart des juristes suisses connaissent l'importance de l'appartenance à un parti pour l'élection à un poste de juge. Les personnes n'ayant aucune attache partisane ne se présentent donc pas, alors qu'une grande partie de celles et ceux qui envisagent une carrière de juge adhère rapidement à un parti. Les intéressées et intéressés savent du reste que les groupes parlementaires jouent un rôle important dans l'élection et, en même temps qu'ils envoient leur dossier à la CJ – parfois même avant –, ils le font également parvenir au groupe parlementaire²⁹⁸. Ce procédé a pour conséquence qu'un candidat sans parti n'a pratiquement aucune chance de devenir juge fédéral²⁹⁹. Il en va de même pour un juriste hautement qualifié affilié à un petit parti³⁰⁰. Ce critère tacite peut alors dissuader des candidats de valeur à postuler à la fonction de juge³⁰¹. Nous reviendrons longuement sur cette question dans la troisième partie de notre étude³⁰².

2.2.2. La préparation de l'élection

2.2.2.1. La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale

Depuis 2003, la préparation de l'élection des juges des tribunaux fédéraux est confiée à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (art. 40a al. 1 let. a LParl) (ci-après : CJ), organe créé dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale³⁰³. La Commission judiciaire est également chargée de préparer la réélection des juges sortants (cf. art. 136 LParl), le terme « élection » étant compris dans un sens large³⁰⁴.

Auparavant, soit depuis la moitié des années 1980, cette compétence incombait au « groupe de travail interpartis pour la préparation de l'élection des juges »³⁰⁵. Cet organisme, dont les tâches n'étaient pas définies dans la loi, examinait les propositions des groupes parlementaires pour l'élection des juges et évaluait les compétences professionnelles et personnelles des candidats³⁰⁶. Le critère politique restait, toutefois, de mise, les vacances de postes de juges n'étant communiquées qu'aux partis politiques³⁰⁷.

La Commission judiciaire se compose de dix-sept membres, douze du Conseil national et cinq du Conseil des Etats³⁰⁸. Chaque groupe parlementaire³⁰⁹ a droit à un siège au moins (art. 40a al. 5 LParl). Ses membres sont élus, pour quatre ans, par les bureaux de leurs conseils respectifs (Conseil national et Conseil des Etats) tandis que le président et le vice-président sont élus, pour deux ans, par la Conférence de coordination, organe composé des bureaux des deux conseils. Le président et le vice-président ne peuvent pas être membres de la même

²⁹⁸ MARTI, Commission judiciaire, N 39.

²⁹⁹ Cf. entre autres WURZBURGER, Commentaire LTF, N 16 ad art. 5 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 28 ad art. 5.

³⁰⁰ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 57 ; DONZALLAZ, N 123. On peut toutefois relativiser cette affirmation au vu de l'élection de Felix SCHÖBI, le 28 septembre 2011, alors que son parti détenait à l'Assemblée fédérale, au moment de son élection, seulement six sièges.

³⁰¹ AMOOS PIGUET, N 25.

³⁰² Cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 2.4.

³⁰³ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 12 ad art. 5.

³⁰⁴ MARTI, Kommentar ParlG, N 10 ad art. 40a.

³⁰⁵ En allemand : « *Interfraktionelle Arbeitsgruppe für die Vorbereitung der Richterwahlen* ». Avant la création de cet « organe », les discussions étaient purement informelles entre les groupes parlementaires de l'Assemblée fédérale. Avant chaque élection, chacun d'eux proposait un nom qu'il faisait circuler auprès des autres groupes. Des objections quant à la compétence de la personne proposée conduisaient généralement à son retrait, tandis que celles sur le droit aux sièges du parti pouvaient conduire à des batailles électorales. Cf. LUMINATI/CONTARINI, p. 277 et la référence citée ; MARTI, Kommentar ParlG, N 11 ad art. 40a.

³⁰⁶ ZAPPELLI, Le juge, p. 100 ; MARTY, Conseil de la magistrature, N 5. Les « lignes directrices pour l'élection des membres des tribunaux fédéraux » de 1987 sont documentées. Elles soulignent que ce groupe de travail a été créé « afin de s'assurer que les candidats disponibles pour l'élection ou la réélection remplissent les hautes exigences professionnelles et de moralité de la fonction ». A noter encore qu'en 1994-1995 le député du Parti des démocrates suisses Markus RUF lançait une initiative parlementaire pour l'instauration d'une commission permanente de sélection des juges. Mais face à l'opposition des autres partis, l'initiative fut retirée. Cf. LUMINATI/CONTARINI, pp. 280 s. et les références citées.

³⁰⁷ MARTY, Conseil de la magistrature, N 5.

³⁰⁸ MARTI, Commission judiciaire, N 1.

³⁰⁹ Pour la législature 2019-2024, les groupes parlementaires sont les suivants : Groupe de l'Union démocratique du centre (V), Groupe socialiste (S), Groupe libéral radical (RL), Groupe du centre PDC-PEV-PBD (M-CEB), Groupe des Verts (G) et Groupe vert libéral (GL).

Chambre. La composition de la Commission judiciaire dépend de la force de chaque groupe politique au Parlement. Dans la mesure du possible, sont prises également en compte les langues nationales et les régions. Une réélection est possible, sauf pour la présidence³¹⁰.

2.2.2.2. La procédure

a) *La mise au concours et les contacts avec les groupes parlementaires*

- ¹²¹ La Commission judiciaire est tenue de mettre au concours les postes de juges vacants (art. 40a al. 2 LParl). Cette obligation tient son origine d'un projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, laquelle souhaitait instaurer un Conseil de la magistrature³¹¹. Malgré l'échec du projet, l'obligation de mettre au concours les postes de juge n'a jamais vraiment été remise en cause³¹². Les annonces des postes vacants se font généralement dans la presse quotidienne, dans le registre électronique des postes vacants de la Confédération et sur le site internet du Parlement. L'annonce précise, dans la mesure du possible, le taux d'occupation, la cour du tribunal concernée – ou la matière que celle-ci traite – et la langue maternelle demandée des candidats³¹³. Les compétences nécessaires à la fonction (formation juridique complète, expérience de plusieurs années au sein d'un tribunal, du barreau ou d'une administration, compétences sociales) sont également décrites. Depuis 2010, la Commission judiciaire mentionne, par souci de transparence, quels partis politiques sont sous-représentés dans le tribunal concerné³¹⁴. Cela est également conforme au principe de la bonne foi (art. 9 Cst.)³¹⁵. Le délai de candidature est usuellement d'un mois³¹⁶.
- ¹²² Lorsqu'un juge en place démissionne, la Commission judiciaire consulte le tribunal en question pour connaître la cour dans laquelle le poste est repourvu et quels sont ses besoins linguistiques. Du reste, l'art. 28 al. 3 RTF prévoit que la Commission administrative du Tribunal fédéral examine si le poste devenu vacant peut être occupé par un transfert interne et en informe la Commission judiciaire. Ce procédé permet à celle-ci de prévoir, lors de la mise au concours, à quelle cour sera vraisemblablement affecté le nouveau membre, puis de sélectionner les candidatures compte tenu des compétences requises pour le poste à repourvoir. Dans l'objectif de préserver son indépendance, la Commission judiciaire ne recueille pas d'autres informations auprès des tribunaux³¹⁷.
- ¹²³ Parallèlement à la mise au concours, la Commission judiciaire avise tous les groupes parlementaires des deux conseils du poste vacant et leur communique la clé de répartition des partis politiques au sein du tribunal. Cette procédure permet de déterminer quels groupes parlementaires peuvent revendiquer un poste de juge³¹⁸. Une fois les candidatures reçues, les dossiers de membres ou sympathisants d'un parti sont mis à la disposition des groupes parlementaires, pour qu'ils puissent confirmer qu'ils ont eu connaissance des candidatures émanant de leurs membres³¹⁹. Les candidats sont alors, parfois, conviés à une rencontre, qu'on peut qualifier d'audition, avec les parlementaires du parti auquel ils appartiennent. Cette étape ne vise pas tant à apprécier les qualités professionnelles du candidat, mais à évaluer sa motivation, ses connaissances linguistiques et sa vision de la

³¹⁰ WÜTHRICH, p. 9 ; FISCHBACHER, pp. 246 s. Dans sa configuration actuelle (législature 2019-2024), la CJ est composée des conseillers nationaux Mattias AEBISCHER (vice-président) (S/BE), Thomas AERSCHI (V/ZG), Sibel ARSLAN (S/BS), Kathrin BERTSCHI (GL/BE), Lorenz HESS (M-CEB/BE), Christian LÜSCHER (RL/GE), Nicolo PAGANINI (M-CEB/SG), Léonore PORCHET (G/VD), Ursula SCHNEIDER SCHÜTTEL (S/FR), Pirmin SCHWANDER (V/SZ) et Susanne VINCENZ-STAUFFACHER (RL/SG) ainsi que des conseillers aux Etats Andrea CARONI (président) (RL/AR), Hannes GERMANN (S/SH), Beat RIEDER (M-CEB/VS), Hans STÖCKLI (S/BE) et Mathias ZOPFI (G/GL). Liste disponible : [<https://www.parlament.ch/fr/organe/commissions/autres-commissions/commission-cj>] (dernière consultation : 10.05.2020).

³¹¹ Cf. *infra*, N 131 ss.

³¹² MARTI, Commission judiciaire, N 3.

³¹³ *Idem*, N 19.

³¹⁴ *Ibid.* ; WÜTHRICH, N 27 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 13 ad art. 5.

³¹⁵ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 13 ad art. 5.

³¹⁶ MARTI, Commission judiciaire, N 19.

³¹⁷ *Idem*, N 27.

³¹⁸ *Idem*, N 20.

³¹⁹ *Idem*, N 21 ; WÜTHRICH, N 27.

fonction qu'il entend briguer³²⁰. Par contre, les candidats ne passent pas un examen « politique », partant du principe qu'ils partagent globalement l'idéologie de leur parti³²¹.

b) L'audition et l'évaluation des candidats

A la réception des dossiers de candidatures et une fois le délai écoulé, une sous-commission, composée de huit membres, procède à un examen préliminaire. Cet organe est chargé d'effectuer une première évaluation des candidats puis de décider lesquels devront être auditionnés par la Commission judiciaire *in corpore*³²². L'audition dure une vingtaine de minutes et est conduite par le président ou la présidente de la Commission judiciaire. Les candidats ne passent pas d'examen de capacités. La Commission judiciaire ne fait pas recours à une instance externe pour évaluer les candidatures. Elle souhaite, en effet, d'une part, garantir la confidentialité des candidatures et, d'autre part, ne pas accorder trop de poids à des experts extérieurs, ce qui restreindrait sa liberté de décision³²³. Par contre, elle exige, depuis 2010, la mention d'au moins deux personnes de référence et les contacte systématiquement si les candidats sont appelés pour une audition³²⁴. 124

Suite à l'audition, la Commission judiciaire évalue les candidatures lors d'une discussion interne et élabore des recommandations de votes (non contraignantes) à l'intention des groupes parlementaires³²⁵. Depuis le début de la législature 2011-2015, la Commission judiciaire ne recommande qu'une seule personne par poste vacant, même aux postes disputés politiquement, et non plus un panel de candidats – le cas échéant avec un ordre de préférence – comme elle le faisait, parfois, précédemment³²⁶. Le but de la Commission judiciaire est, en effet, d'éviter dans la mesure du possible que les groupes parlementaires se livrent bataille lors de l'élection à l'Assemblée fédérale, ce qui multiplierait les tours de scrutins³²⁷. 125

c) Les propositions à l'Assemblée fédérale

Les groupes parlementaires débattent d'une élection pendant la session au cours de laquelle le vote aura lieu, puis communiquent à la Commission judiciaire le nom des personnes qu'ils soutiendront. Quelques jours avant l'élection, celle-ci prend connaissance des avis transmis par les groupes parlementaires et choisit définitivement les candidats qu'elle va proposer à l'Assemblée fédérale en vue de l'élection (art. 40a al. 3 LParl). Ces propositions sont rendues publiques par un bref communiqué de presse. La Commission judiciaire rédige alors un rapport écrit à l'intention de l'Assemblée fédérale, qui est ensuite publié dans le Bulletin officiel³²⁸. 126

2.2.2.3. Un choix restant ancré dans le respect de la répartition politique

Malgré l'instauration de la Commission judiciaire, le rôle des groupes parlementaires dans la procédure de sélection des candidats reste fondamental. Il est largement admis que le choix véritable des juges s'effectue sur la base d'un accord entre les différentes forces politiques du Parlement, qui se répartissent les postes au sein des tribunaux fédéraux³²⁹. En d'autres termes, il existe un accord implicite entre les partis politiques qui se reconnaissent mutuellement un certain droit d'être représenté, instituant ainsi un système proportionnel de 127

³²⁰ BACHER, p. 92.

³²¹ *Ibid.*

³²² MARTI, Commission judiciaire, N 22.

³²³ *Idem*, N 15.

³²⁴ *Idem*, N 48.

³²⁵ *Idem*, N 24 ; FISCHBACHER, p. 251.

³²⁶ MARTI, Commission judiciaire, N 48. Cette pratique s'est maintenue depuis lors.

³²⁷ *Idem*, N 34.

³²⁸ *Idem*, N 25 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 14 ad art. 5. Le rapport de la CJ mentionne souvent le contexte de l'élection (généralement la démission ou la mise à la retraite d'un juge en fonction), la mise du poste au concours, le nombre de candidatures reçues, le nombre de candidats auditionnés, le nom de la personne recommandée aux groupes parlementaires ainsi qu'à l'Assemblée fédérale, l'éventuelle modification ou le statu quo dans la configuration actuelle du Tribunal fédéral s'agissant des forces politiques, des langues et du sexe, un bref descriptif du parcours professionnel du candidat et le curriculum vitae de celui-ci.

³²⁹ ZAPPELLI, Le juge, pp. 100 s. ; MARTI, Commission judiciaire, N 36 ; WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 57.

fait³³⁰. En outre, les qualités scientifiques des candidats sont souvent d'ores et déjà appréciées au sein même du parti qui propose son candidat³³¹. Les principaux groupes parlementaires de l'Assemblée fédérale disposent, en effet, tous d'une commission judiciaire interne dont le rôle est d'auditionner les candidats membres ou sympathisants de leur parti³³².

128 Par ailleurs, bien qu'elle s'efforce de garder une certaine neutralité vis-à-vis des appartenances partisans des candidats, la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale garde une claire composante politique. « Les candidats hors parti sont rarement auditionnés et en général seulement lorsque la commission peut estimer sur la base des dossiers qui lui sont parvenus qu'aucune personne liée à un parti ne remplira les exigences »³³³. D'ailleurs, pour l'élection au Tribunal fédéral, la Commission judiciaire a toujours présenté aux groupes parlementaires des membres ou des sympathisants de partis³³⁴.

129 Comme le souligne Katrin MARTI, nous sommes loin d'une dépolitisation. Tel en serait le cas si la Commission judiciaire présentait des candidats hors parti ou soutenus par un groupe parlementaire surreprésenté ; ceci en privilégiant des critères non politiques (compétences professionnelles, qualités personnelles, langue, genre, etc.)³³⁵. Or, un candidat sans parti n'a encore jamais été présenté pour l'élection du Tribunal fédéral³³⁶. Il en va en principe de même d'un candidat appartenant à un parti surreprésenté³³⁷.

130 En tout état de cause, la création de la Commission – et la conséquente introduction de la mise au concours des postes – a indéniablement contribué à faire gagner en transparence la procédure de sélection. « [E]lle garantit davantage qu'auparavant la prise en compte des qualités professionnelles des candidats, éléments objectifs dont les partis politiques ne peuvent s'affranchir impunément, sous peine de mettre en danger leur crédibilité »³³⁸.

2.2.2.4. La tentative avortée d'instaurer un Conseil de la magistrature

131 L'instauration de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale reste toutefois une version allégée du projet, plus ambitieux, d'un Conseil de la magistrature. En 2001, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (ci-après : CAJ-E) proposait, en effet, à cette Chambre l'instauration d'un tel organe³³⁹. Les buts poursuivis par la CAJ-E étaient « de dépolitiser partiellement l'élection, d'assurer une meilleure transparence par la mise au concours des postes et une plus grande indépendance par rapport aux partis, sans qu'il y ait des risques de «renvoi d'ascenseur» lorsque les juges seront en fonction »³⁴⁰, en plus d'alléger les tâches de l'Assemblée fédérale.

132 Le Conseil aurait été composé de sept membres, à savoir un président (« personnalité reconnue qui dispose d'une expérience de magistrat »), quatre autres membres issus des milieux académiques, judiciaires et du barreau – dont un au moins ayant des connaissances d'économie d'entreprise – ainsi que d'un conseiller aux Etats et d'un conseiller national. Ces deux derniers membres auraient été élus par leur Conseil respectif, tandis que

³³⁰ BIAGGINI/BIANCHI, *Légitimité*, p. 128.

³³¹ DONZALLAZ, N 123. Pour les détails, cf. FISCHBACHER, pp. 278 ss.

³³² Cf. BACHER, p. 92. Pour les détails dans les différents partis, cf. FISCHBACHER, pp. 254 ss.

³³³ MARTI, Commission judiciaire, N 37.

³³⁴ *Idem*, N 38.

³³⁵ *Idem*, N 45.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.* Cf. toutefois l'élection de Julia HÄNNI en juin 2019. Cf. *infra*, N 156.

³³⁸ ZAPPELLI, Le juge, p. 101. Cf. ég. MAHON/SCHALLER, Election, p. 13.

³³⁹ En allemand: *Justizkommission*. Dick MARTY, qui était alors membre de cette commission, nous indique que « le terme de *Rat* en *Justizrat* conférait aux yeux de plusieurs membres alémaniques une trop grande importance à cette institution, *Rat* étant réservé aux plus hautes institutions de la Confédération (*Bundesrat*, *Ständerat* et *Nationalrat*). Doit-on en déduire que le terme de *Rat* ne sied pas au pouvoir judiciaire ? Pour des raisons analogues, on a renoncé, en français, à la dénomination de *Conseil supérieur de la magistrature* ; là aussi, le *supérieur* apparaissait de trop à maints parlementaires ». MARTY, Conseil de la magistrature, N 3, n. 4.

³⁴⁰ Intervention de M. le Conseiller aux Etats Simon EPINEY, président de la CAJ-E, in : BO CE 2001, p. 908. Pour les développements, cf. le rapport additionnel de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats relatif au projet de loi fédérale sur le Conseil de la magistrature (LCM), FF 2002 1128.

l'Assemblée fédérale aurait désigné les cinq autres³⁴¹.

Le Conseil de la magistrature aurait eu, essentiellement, deux tâches. En premier lieu, participer à la préparation de l'élection et de la réélection des juges du Tribunal fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal militaire de cassation (ainsi que du Tribunal administratif fédéral, une fois celui-ci créé). Ensuite, appuyer l'Assemblée fédérale dans l'exercice de la haute surveillance sur le Tribunal pénal fédéral (ainsi que sur le Tribunal administratif fédéral, une fois celui-ci créé)³⁴². Selon le projet de loi, le Conseil de la magistrature aurait procédé à la mise au concours des postes de juges³⁴³ et aurait fait des propositions à la commission compétente de l'Assemblée fédérale pour l'élection et la réélection des juges³⁴⁴. Par ailleurs, s'il entendait proposer à l'Assemblée fédérale de ne pas réélire un juge, il en aurait informé celui-ci avant l'échéance de la période de fonction et lui aurait donné la possibilité de s'exprimer. Sa prise de position aurait ensuite été transmise à la commission compétente de l'Assemblée fédérale³⁴⁵.

Bien que ce projet avait été unanimement soutenu par la CAJ-E³⁴⁶ – et que le Conseil fédéral s'était d'ailleurs rallié à cette proposition³⁴⁷ – il n'a finalement pas passé la rampe du Conseil des Etats, qui a décidé de renvoyer le projet à la CAJ-E le 6 décembre 2001, par 22 voix contre 18³⁴⁸. Les principales causes de cette décision étaient, selon Dick MARTY, les craintes émises par les ténors des différents partis politiques de l'époque, en particulier de la part de Carlo SCHMID (PDC/AI), ainsi que par le président et des membres du groupe de travail interpartis pour la préparation de l'élection des juges. Selon l'ancien sénateur et procureur tessinois, « [l]a méfiance envers ce nouvel organisme a prévalu et tout laisse penser que les partis politiques ont craint de perdre le contrôle sur l'élection des juges et le pouvoir de déterminer leur « juste » répartition politique »³⁴⁹.

A ce sujet, il nous semble intéressant de retranscrire une partie des débats du 6 décembre 2001 au sein du Conseil des Etats. Parmi les opposants, Bruno FRICK (PDC/SZ) notait :

« Es ist darum sachgerecht, wenn für Bundesrichter die Nominationen wie bisher durch die Fraktionen erfolgen. Die Aufgabe der parlamentarischen Richterwahlkommission ist es dann, die Kandidaten vorzuprüfen. Wo aber ein zusätzlicher Überprüfungsbedarf besteht, weil es nicht auf der Hand liegt, ob sich ein Kandidat eignet, soll die Justizkommission beigezogen werden. [...] »

Das soll weiterhin Aufgabe der Fraktionen sein. Sie haben das Vorschlagsrecht, so wie es auch einzelne Parlamentarier haben. Die Wahl erfolgt durch die Vereinigte Bundesversammlung. Ich glaube, das ist ein sachgerechtes Vorgehen. [...] »

Ein letztes Wort zur Zusammensetzung des Richterwahlgremiums. Wir selber sind überzeugt, dass ein Vertreter pro Fraktion in die Richterwahlkommission gehört. Alle Fraktionen, die darin auch Vertreter haben, sollen mitsprechen können, insbesondere wenn es um die fachliche Prüfung ihrer Kandidaten geht.»³⁵⁰

Quant à Carlo SCHMID (PDC/AI), il relevait :

« [...] Einen weiteren Vorbehalt habe ich gegenüber der Aufgabe dieser Kommission als Vorbereitungsgremium für die Richterwahlen, wie das in der Vorlage vorgesehen ist. Wenn Sie mit einem derart hoch qualifizierten und hochrangigen Gremium arbeiten, wird dieses Vorschläge zuhanden des Parlamentes machen, und dann werden Sie »

³⁴¹ Art. 2 du projet de « [l]oi fédérale sur le Conseil de la magistrature » (LCM), FF 2002 1128, p. 1146.

³⁴² MARTY, Conseil de la magistrature, N 4.

³⁴³ Art. 14 projet-LCM.

³⁴⁴ Art. 13 projet-LCM.

³⁴⁵ Art. 15 projet-LCM.

³⁴⁶ Cf. notamment les interventions de Messieurs les Conseillers aux Etats Dick MARTY, Simon EPINEY et Hermann BÜRGI, membres de la CAJ-E, in : BO CE 2001, pp. 904 ss. BÜRGI : « Die Zusammensetzung der Justizkommission garantiert der Bundesversammlung im Übrigen eine effiziente und qualitativ einwandfreie Justizaufsicht und eine sorgfältige Auswahl der Richterinnen und Richter » (BO CE 2001, p. 907).

³⁴⁷ Cf. l'intervention de Madame la Conseillère fédérale Ruth METZLER, BO CE 2001, p. 910 : « Mit der Justizkommission, wie sie von Ihrer Kommission vorgeschlagen wird, wird dem Anliegen des Bundesrates zur Auswahl der Richterinnen und Richter Rechnung getragen. Deshalb kann sich (sic) der Bundesrat eine solche Justizkommission befürworten »

³⁴⁸ BO CE 2001, p. 917.

³⁴⁹ MARTY, Conseil de la magistrature, N 5. Cf. ég. DONZALLAZ, N 124.

³⁵⁰ BO CE 2001, pp. 908 s.

zur Kenntnis nehmen müssen, dass das nicht x-beliebige Vorschläge sind, über die Sie in voller Freiheit entscheiden können. Ich bin ganz klar der Auffassung, dass sowohl der Kommissionssprecher, Herr Bürgi, als auch die Vorredner die Funktion und die Stellung dieser Kommission eindeutig zu tief ansetzen, wenn sie sagen, es sei ein reines Hilfsorgan des Parlamentes. Denn die Wahlmöglichkeit des Parlamentes wird aufgrund von Vorschlägen dieser Kommission faktisch eindeutig eingeschränkt. Sie werden keine leichte Stellung haben, den Anträgen einer solchen Kommission nicht zu folgen. Oder es wird zu unliebsamen Spannungen zwischen der Bundesversammlung und diesem Gremium von "eminent persons" kommen. Ob wir uns das einhandeln müssen, ist eine Frage, gerade im Zusammenhang mit der Wahl von seren obersten und erstinstanzlichen Bundesrichtern. Ausserdem: Dieses Fachgremium von ausgezeichneten Juristen ist als ein unpolitisches Organ konzipiert. Dieses Organ wird Richter in der gleichen Art und Weise vorschlagen, wie man Universitätsprofessoren vorschlägt, nach rein fachlichen Gesichtspunkten. Ich sage Ihnen mit Bezug auf die oberste Instanz unseres Landes, das Bundesgericht: Das wäre ein Fehler. Höchste Richter sind keine unpolitischen Subsumptionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure. Wenn Sie eine bestimmte Zusammensetzung dieser Justizkommission haben, dann werden Sie immer die gleichen Leute mit der gleichen Denkart, mit einer - ich sage es aus meiner Sicht - streng justiziellen Denkart erhalten, bei denen die Gerichtsbarkeit stets vor der Demokratie steht, die dem Verfassungsdenken mehr und entscheidenderes Gewicht beimessen werden als dem demokratischen Denken. [...] »³⁵¹

137 Fritz SCHIESSER (PLR/GL), un autre opposant, mentionnait:

« [...] Das Parlament kann als Wahlorgan nicht einfach zur Absegnungsinstanz werden, sondern es muss auch willens sein, faktisch und nicht nur rechtlich im Auswahlprozedere die Verantwortung zu tragen. Ich meine, dass das mit dem vorgeschlagenen System - nach den Erfahrungen, die ich gemacht habe - nicht mehr der Fall wäre. »³⁵²

138 Et Dick MARTY (PLR/TI) de répondre :

« [...] Il faudra que M. Schiesser explique à l'opinion publique pourquoi les groupes politiques, les cuisines des partis, seraient mieux à même de sélectionner les candidats plutôt qu'une commission d'experts élue par le Parlement. Je crois qu'il y a là un problème d'image et de crédibilité de la justice. Je crois aussi qu'il faut dire haut et fort que des magistrats qui ne se reconnaissent pas dans l'un ou l'autre des partis politiques ont aussi le droit d'être considérés lors de l'élection d'un juge fédéral de première ou de deuxième instance. On a le devoir de souligner ces faits. On ne peut pas seulement se rincer la gorge avec les termes "séparation des pouvoirs", "indépendance de la justice". Je crois que l'indépendance de la justice passe aussi par la dignité de la façon dont sont sélectionnés les juges. La sélection des juges prend - et M. Schweiger et d'autres aussi l'ont très bien dit - une dimension totalement différente. La justice fédérale aura environ 200 juges désormais. Cela veut dire qu'il y aura toute une sélection à faire. Cela veut dire que chaque citoyen aura le droit de présenter sa candidature et que chaque candidature aura le droit d'être examinée d'une façon compétente et efficace.

C'est à cause de ce problème que nous avons imaginé ce modèle. Nous ne l'avons pas imaginé, nous l'avons repris, mais considérablement affaibli. J'émet des réserves sur le Conseil de la magistrature tel qu'il se présente aujourd'hui, pour des motifs absolument opposés à ceux qui ont été émis aujourd'hui. Selon moi, il fallait lui donner plus de pouvoir pour qu'il puisse être vraiment un interlocuteur de la magistrature avec les autres pouvoirs, une sorte de porte-parole pour exprimer les problèmes, les préoccupations, les attentes d'un pouvoir étatique qui n'a pas les possibilités de s'exprimer qu'ont l'exécutif ou le Parlement.

[...] Que des groupes politiques fassent eux-mêmes la sélection des candidats au poste de juge fédéral n'est plus digne d'un Etat moderne; cela ne se passe nulle part ailleurs. »³⁵³

³⁵¹ *Idem*, pp. 910 ss.

³⁵² *Idem*, pp. 914 s.

³⁵³ *Idem*, p. 915.

Le projet d'un Conseil de la magistrature est définitivement enterré le 19 mars 2002³⁵⁴, au profit de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale. A noter que la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats avait proposé, initialement, que la Commission judiciaire soit assistée dans son travail de recrutement par un organe consultatif externe composé de spécialistes du droit. La consultation de celui devait être obligatoire pour l'élection des juges fédéraux de première instance, facultative pour les juges du Tribunal fédéral et du Tribunal militaire de cassation. Le Conseil des Etats avait initialement approuvé cette version alors que le Conseil national n'en voulait pas, de sorte que la première Chambre y a finalement renoncé³⁵⁵. 139

2.2.3. L'élection des juges

2.2.3.1. Une compétence de l'Assemblée fédérale

Les juges du Tribunal fédéral – qu'ils soient ordinaires ou suppléants – sont élus par l'Assemblée fédérale (art. 168 al. 1 Cst. ; art. 5 al. 1 LTF). L'élection se déroule Chambres réunies, sous la direction du président ou de la présidente du Conseil national (art. 157 al. 1 let. a Cst.)³⁵⁶. 140

L'élection par le Parlement permet à tout magistrat de disposer d'une certaine légitimité démocratique³⁵⁷, principe fortement ancré dans la culture politique suisse³⁵⁸. Elle engendre cependant une politisation du système de désignation ainsi qu'une tension entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, susceptible de mettre à mal l'indépendance de ce dernier³⁵⁹. Nous y reviendrons, largement, dans la troisième partie de notre étude³⁶⁰. 141

2.2.3.2. La procédure

La procédure d'élection est régie par la loi sur Parlement (ci-après : LParl). Les règles sont sensiblement différentes s'il est procédé au renouvellement intégral des tribunaux (art. 135 et 136 LParl) ou si une élection complémentaire est organisée (art. 137 LParl). 142

a) Le renouvellement intégral des tribunaux fédéraux

Le renouvellement intégral du Tribunal fédéral « a lieu par réélection des membres sortants et en cas de vacance ou de non-réélection, par une élection complémentaire » (art. 135 al. 2 LParl). L'Assemblée fédérale élit les juges avant la fin de la période administrative en cours (art. 135 al. 1 LParl). Depuis 2003, le renouvellement intégral du Tribunal fédéral a lieu généralement lors de la session d'automne du Parlement³⁶¹. Auparavant, il se déroulait en hiver. Ce changement s'explique essentiellement par le souhait des juges en fonction de savoir avec certitude s'ils seront encore en place au début de la nouvelle période administrative³⁶². 143

L'Assemblée fédérale procède à l'élection tribunal par tribunal, avec à chaque fois un scrutin pour les juges et un scrutin pour les juges suppléants (art. 135 al. 1 LParl). Le vote se déroule à bulletin secret (art. 130 al. 1 LParl). La liste des noms des titulaires qui sont à nouveau candidats, présentés par ordre d'ancienneté, est mise à disposition des membres de l'Assemblée fédérale (art. 136 al. 1 LParl). Les députés peuvent biffer le nom de certains candidats. Les noms ajoutés sur la liste ne sont pas pris en compte (art. 136 al. 2, 1^{ère} et 2^e phrases LParl). En conséquence, contrairement à l'élection complémentaire d'un juge fédéral³⁶³ ou encore à celle d'un 144

³⁵⁴ BO CE 2002, pp. 196 ss ; MARTY, Conseil de la magistrature, N 6.

³⁵⁵ MARTY, Conseil de la magistrature, N 5 ; DONZALLAZ, N 124 ; MARTI, Commission judiciaire, N 14.

³⁵⁶ AUBERT, Petit commentaire, N 2 ad art. 168 ; DONZALLAZ, N 121.

³⁵⁷ KIENER, Unabhängigkeit, p. 262 ; FISCHBACHER, p. 242. Sur cette notion, cf. *infra*, N 938 ss.

³⁵⁸ MARTY, Tentatives, N 4.

³⁵⁹ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV, N 10 ad art. 168.

³⁶⁰ Cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 2.

³⁶¹ MARTI, Kommentar ParlG, N 6 ad art. 135.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Cf. *infra*, N 146.

conseiller fédéral³⁶⁴, les juges ne sont pas, lors de la réélection, en concurrence directe avec un autre candidat éligible. La règle rend donc impossible, lors d'un seul tour de scrutin, l'élection d'un candidat à la place du juge en fonction. Cela dit, dans l'hypothèse où l'Assemblée fédérale comptait effectivement ne pas réélire le juge actuellement en fonction, elle devra d'abord se prononcer contre celui-ci dans un scrutin, puis dans un deuxième temps – lors de l'élection complémentaire – élire une autre personne à cette fonction³⁶⁵. Le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de désignation est donc considérablement limité par rapport à la première élection³⁶⁶.

- 145 Les bulletins de vote sur lesquels tous les noms ont été biffés sont valables et sont pris en compte dans le calcul de la majorité absolue (art. 136 al. 2, 3^e phrase LParl). Il n'y a qu'un tour de scrutin et les candidats qui n'ont pas obtenu la majorité absolue peuvent se présenter à l'élection complémentaire (art. 136 al. 3 LParl).

b) L'élection complémentaire

- 146 Lorsqu'un siège est vacant ou qu'un juge n'est pas réélu, une élection complémentaire est organisée (art. 135 al. 2 et 137 al. 1 LParl). « Si, à la veille du scrutin, le Bureau de l'Assemblée fédérale n'a pas enregistré plus de candidatures qu'il n'y a de sièges à pourvoir et si tous les candidats sortants sont réélus, une liste des noms des candidats présentés par ordre alphabétique tient lieu de bulletin de vote ; dans le cas contraire, le bulletin consiste en une liste vierge de toute indication, comportant uniquement une série de lignes dont le nombre correspond à celui des sièges à pourvoir » (art. 137 al. 2 LParl). « Aux deux premiers tours de scrutin, les députés peuvent voter pour les personnes éligibles de leur choix » (art. 137 al. 3, 1^{ère} phrase LParl), qui remplissent les conditions de l'art. 143 Cst., même s'il ne s'agit pas d'un candidat officiel. « A partir du troisième tour de scrutin, aucune nouvelle candidature n'est admise » (art. 137 al. 3, 2^e phrase LParl)³⁶⁷. Ainsi, contrairement au renouvellement intégral, il peut y avoir une bataille électorale pour accéder au prestigieux fauteuil de juge fédéral.

- 147 Les groupes parlementaires peuvent décider de ne pas suivre la candidature soutenue par la Commission judiciaire. Ils ont également la possibilité, en vertu de l'art. 62 al. 2 LParl, de soumettre d'autres propositions à l'Assemblée fédérale³⁶⁸. Un parlementaire seul pourrait également, en vertu de son droit de proposition, suggérer un candidat directement en plénum, même si celui-ci n'a pas participé à la mise au concours et à la procédure de sélection³⁶⁹. Ce procédé devrait toutefois rester une exception, eu égard aux principes de transparence et d'égalité de traitement, tout comme du respect du droit d'éligibilité passif des citoyens³⁷⁰. Cette question reste toutefois assez théorique, l'Assemblée fédérale ayant, du moins ces dernières années, toujours suivi les recommandations d'élection de la Commission judiciaire³⁷¹.

c) La majorité requise

- 148 La personne qui réunit plus de la moitié des bulletins valables est élue (art. 130 al. 2 LParl ; art. 159 al. 2 Cst.). Il s'agit ici d'une majorité absolue et simple : les abstentions, les bulletins blancs et les bulletins nuls ne sont

³⁶⁴ Cf. art. 132-134 LParl.

³⁶⁵ MARTI, Kommentar ParlG, N 4 ad art. 136.

³⁶⁶ FISCHBACHER, p. 244.

³⁶⁷ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 15 ad art. 5 ; FISCHBACHER, p. 244 ; WÜTHRICH, N 46.

³⁶⁸ MARTI, Commission judiciaire, N 26 ; WÜTHRICH, N 31.

³⁶⁹ Cf. art. 160 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 1 et art. 137 al. 3 LParl ; FISCHBACHER, p. 243 ; WÜTHRICH, n. 46. Cf. ég. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 69.3/2003, ch. II.2 : « [Z]um anderen ist die Vorprüfung einer Bewerbung durch die Gerichtskommission keine Wählbarkeitsvoraussetzung für Richterinnen und Richter im Bund. [...] Die Wahl einer Richterin oder eines Richters durch die Vereinigte Bundesversammlung ist somit auch dann gültig, wenn das Bewerbungsverfahren nicht über die Gerichtskommission gelaufen ist. Dies ist dann von Bedeutung, wenn - etwa infolge politischer Absprachen zwischen den Fraktionen - ganz kurzfristig vor dem Wahltermin neue Vorschläge eingebracht werden. Art. 160 Abs. 2 BV räumt jedem Parlamentsmitglied das Recht ein, zu einem hängigen Geschäft eigene Anträge zu stellen. Art. 137 Abs. 3 ParlG präzisiert dieses Recht für Wahlen in eidgenössische Gerichte. Eine Einschränkung durch Art. 54^{bis} und Art. 54^{ter} GVG (bzw. ab 1. Dezember 2003 durch Art. 40a ParlG) ist offensichtlich nicht gewollt ».

³⁷⁰ MARTI, Commission judiciaire, N 10 ; WÜTHRICH, n. 46 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, JAAC 69.3/2003, ch. II.2, précité.

³⁷¹ MARTI, Commission judiciaire, N 48.

pas pris en compte dans le calcul de la majorité absolue (art. 130 al. 3 LParl)³⁷². Est automatiquement éliminée toute personne qui, à partir du deuxième tour de scrutin, obtient moins de dix voix ; et à partir du troisième tour, et pour autant que le nombre des candidats excède le nombre des sièges encore à pourvoir, obtient le moins de voix, sauf si ces voix se répartissent de façon égale sur plusieurs candidats (art. 137 al. 4 let. a et b LParl). Le résultat de l'élection est établi par les scrutateurs et les scrutateurs suppléants des deux conseils (art. 41 al. 2 LParl)³⁷³.

d) *Le serment ou la promesse solennelle*

Une élection par l'Assemblée fédérale nécessite le consentement de la personne élue³⁷⁴. Celle-ci doit par la suite, immédiatement après l'élection, prêter serment³⁷⁵ ou faire une promesse solennelle³⁷⁶ devant l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) (art. 3 al. 2 LParl). Pour les juges du Tribunal fédéral, ces formalités sont toutefois effectuées devant la cour attribuée par la Cour plénière, sous la présidence du président du Tribunal fédéral (art. 10 al. 2 LTF). Le serment ou la promesse solennelle ne sont pas des conditions de validité de l'élection, les rapports juridiques étant nés par l'élection et non pas par l'accomplissement de ces formalités³⁷⁷. Cela dit, leur refus implique une renonciation à la fonction (art. 3 al. 3 LParl)³⁷⁸.

149

e) *La durée de fonction*

Les juges du Tribunal fédéral sont élus pour une période de six ans (art. 145 Cst. ; art. 9 al. 1 LTF). Ils sont rééligibles (cf. art. 135 al. 2 et 136 LParl). Cette durée de fonction a été constitutionnalisée lors de la dernière révision totale de la Constitution fédérale. Elle n'a pas vraiment été remise en question, bien que certains milieux (Tribunal fédéral des assurances, Association suisse des magistrats) aient préconisé, lors de la procédure de consultation, une durée de mandat plus longue³⁷⁹. En général, les juges s'arrêtent après deux à trois périodes de fonction ; la durée moyenne est de 13.8 ans³⁸⁰.

150

f) *L'élection du président et du vice-président*

L'Assemblée fédérale élit, parmi les juges ordinaires, le président et le vice-président du Tribunal fédéral (art. 138 LParl ; art. 14 al. 1 LTF). Ces personnes sont élues pour deux ans et peuvent être reconduites une fois dans leur fonction (art. 14 al. 2 LTF). En vertu de l'art. 15 al. 1 let. e LTF, la Cour plénière du Tribunal fédéral peut proposer à l'Assemblée fédérale des candidatures pour ces postes. En règle générale, le Parlement suit les propositions du Tribunal fédéral, mais il peut parfois s'en écarter. Pour éviter de telles difficultés, la Commission judiciaire convoque les juges proposés par le tribunal pour un entretien avant de les proposer, à son tour, au Parlement³⁸¹.

151

Les qualités requises pour accéder à ces postes sont de bonnes capacités de direction et de communication,

152

³⁷² AUBERT, Petit commentaire, N 9 s. ad art. 159 ; FISCHBACHER, p. 245.

³⁷³ FISCHBACHER, p. 245 ; WÜTHRICH, N 47.

³⁷⁴ SÄGESSER, N 568 : « [d]ie Wahl ist ein mitwirkungsbedürftiger Akt, welcher der Zustimmung der Betroffenen bedarf ». Cf. aussi BIAGGINI, N 6 ad art. 168. Ce dernier auteur cite, à titre illustratif, l'élection au Conseil fédéral, le 3 mars 1993, de M. Francis MATTHEY, lequel a finalement renoncé à son élection, notamment au profit de Mme Ruth DREIFUSS, élue une semaine après.

³⁷⁵ La formule du serment est la suivante : « Je jure devant Dieu tout-puissant d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge » (art. 3 al. 4 LParl).

³⁷⁶ La formule de la promesse solennelle est la suivante : « Je promets d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge » (art. 3 al. 5 LParl).

³⁷⁷ EHRENZELLER, St Galler Kommentar BV, N 5 ad art. 168 ; FISCHBACHER, p. 245 ; SÄGESSER, N 580.

³⁷⁸ EHRENZELLER, St Galler Kommentar BV, N 5 ad art. 168 ; SÄGESSER, N 580, p. 330. Plus nuancé : BIAGGINI, N 7 ad art. 168 et N 11 ad art. 149, qui considère cette sanction comme une restriction disproportionnée au droit d'éligibilité actif et passif.

³⁷⁹ FF 1997 I 380.

³⁸⁰ Entre 1978 et 2011. ROTHMAYR ALLISON/VARONE, p. 226.

³⁸¹ MARTI, Commission judiciaire, N 27 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 5 ad art. 14.

ainsi que des solides connaissances des questions administratives et financières. Au moins quatre ans de pratique au sein du Tribunal fédéral et un âge maximal de 64 ans sont également demandés. Ces critères mettent, en conséquence, au deuxième plan ceux de la langue, du sexe et de l'appartenance politique, tout comme celui de l'ancienneté³⁸².

2.2.3.3. La composition du Tribunal fédéral : quelques éléments politico-historiques

- 153 Selon la loi, le nombre de juges fédéraux ordinaires doit être compris entre 35 et 45 (art. 1 al. 3 LTF). Actuellement, les juges ordinaires sont au nombre de 38, plus 19 suppléants³⁸³. Sur le plan de la répartition politique, au 1^{er} janvier 2020, la Cour suprême fédérale était composée de treize juges ordinaires de l'UDC, sept du PS, sept du PDC, sept du PLR, deux des Verts, un du PBD et un du PVL³⁸⁴. Les partis représentés au Conseil fédéral ne sont donc plus les seuls à être pris en considération afin de pourvoir les postes de juges. Or, cela était autrefois la règle³⁸⁵. D'ailleurs, la majorité des premiers juges fédéraux appartenait tous au même parti, en l'occurrence le Parti radical, puisque tous les conseillers fédéraux étaient radicaux³⁸⁶.
- 154 Aujourd'hui, on ne trouve désormais plus de juge sans parti au Tribunal fédéral. Alors que la part des juges non partisans était encore de près de 30% dans les années 1920, elle a radicalement chuté dans les années 1940³⁸⁷. C'est en 1942 que fut élu au Tribunal fédéral le dernier magistrat n'appartenant à aucun parti, en l'occurrence Paul LOGOZ³⁸⁸.
- 155 On l'a dit, l'élection des juges fédéraux ne fait généralement guère l'objet d'âpres batailles devant le Parlement. On peut toutefois citer un cas relevé par Michele LUMINATI et Filippo CONTARINI. Il s'agit de l'élection en 1986 de Karl SPÜHLER, candidat de l'UDC, choisi par l'Assemblée fédérale au détriment du socialiste Jürg NEUMANN, pourtant recommandé par le Groupe interpartis pour l'élection des juges. NEUMANN perdit ensuite au second tour contre Heinz AEMISEGGER (PDC)³⁸⁹.
- 156 Une élection récente a suscité une polémique, soit celle pour le remplacement, en juin 2019, du juge fédéral Peter KARLEN, membre de l'UDC. Pour lui succéder, la Commission judiciaire avait décidé de préavisier la candidature de Julia HÄNNI, membre du PDC, parti pourtant (légèrement) surreprésenté au sein de la Haute Cour. Elle sera ensuite élue par l'Assemblée fédérale. Cette élection a fait l'objet de fortes critiques de la part de l'UDC, qui, avec le PLR et le PBD, avaient soutenu la candidature de Thomas MÜLLER (UDC). Celui-ci a toutefois retiré sa candidature juste avant l'élection³⁹⁰.

³⁸² URSPRUNG/RIEDI HUNOLD, Basler Kommentar BGG, N 3 ad art. 14.

³⁸³ Art. 1 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les postes de juge au Tribunal fédéral, du 30 septembre 2011 (RS 173.110.1).

³⁸⁴ <http://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter.htm> (dernière consultation: 28.01.2020)

³⁸⁵ L'exception était l'élection en 1980 au Tribunal fédéral des assurances de Hans Ulrich WILLI, membre de l'Alliance des Indépendants (AdI), parti non-gouvernemental.

³⁸⁶ WÜTHRICH, N 48 et les références citées.

³⁸⁷ VATTER/ACKERMANN, p. 529.

³⁸⁸ Paul LOGOZ avait toutefois été proposé par le groupe libéral. De plus, entre 1926-1931, il avait été conseiller national, certes sans parti, mais membre de l'Union de défense économique, mouvement bourgeois. LUMINATI/CONTARINI, p. 279.

³⁸⁹ LUMINATI/CONTARINI, p. 283 et les références citées.

³⁹⁰ La réaction de l'UDC fut houleuse, dénonçant une violation de la concordance. Thomas AESCHI, chef du groupe UDC réagit ainsi : « [d]ie SVP hatte in der Vergangenheit auch nicht immer Freude an den Bundesgerichtskandidaten von Mitte-Links. Trotzdem haben wir die Regeln respektiert und auch Personen ans Bundesgericht gewählt, die uns politisch alles andere als nahestanden. Was wäre die Konsequenz, wenn Sie nun dem Entscheid Ihrer Gerichtskommission folgen und die CVP-Kandidatin statt des SVP-Kandidaten unterstützen würden? Jede Wahl ans Bundesgericht würde zu einem parteitaktischen Spiel verkommen. Die SVP-Fraktion hätte keinen Grund mehr, grüne oder SP-Richter zu wählen, weil diese Parteien die SVP-Kandidaten ja auch nicht unterstützt haben. Doch in einem solchen Spiel gibt es nur Verlierer. Verlierer wären die Gerichtskommission und die Vereinigte Bundesversammlung als Ganzes, denn vor jeder Wahl käme es zu einem parteipolitischen Hickhack. Verlierer wären die gutqualifizierten Kandidaten, denn es würde nicht mehr die Qualität zählen, sondern lediglich parteitaktische Überlegungen. Verlierer wäre auch die Judikative in unserem Land, weil die Besetzung der eidgenössischen Richterstellen nicht mehr nach sachlichen Gesichtspunkten, sondern nach Parteikalkül erfolgen würde ». BO AF 2019 IV 1376. A noter que Thomas MÜLLER fut ensuite élu au Tribunal fédéral quelques mois plus tard. BO AF 2019 V 2008.

On relèvera enfin l'étude des politologues Adrian VATTER et Maya ACKERMANN qui ont procédé à l'analyse empirique des élections au Tribunal fédéral de 1848 à 2013. Il ressort de cette recherche que, durant cette période, les phases de hausse et de baisse de la force électorale des partis politiques au sein de l'Assemblée fédérale se reflètent dans la composition du Tribunal fédéral. En particulier, pendant la deuxième moitié du XX^e siècle, période correspondant à l'âge d'or de la démocratie de concordance³⁹¹, les élections au Tribunal fédéral se caractérisent par une représentation proportionnelle précise des partis politiques du Parlement. Cependant – et c'est ce qui paraît le plus intéressant – les modifications de la répartition des sièges au sein du Parlement ne se répercutent pas immédiatement sur la composition du Tribunal fédéral, mais seulement une fois que des sièges deviennent vacants au sein de celui-ci³⁹². Cette situation peut ainsi conduire à une surreprésentation temporaire de certaines forces politiques³⁹³. De la même manière, il est extrêmement rare qu'un juge membre d'un parti surreprésenté au Tribunal fédéral soit évincé lors d'un renouvellement intégral au profit d'un autre magistrat soutenu par une force politique sous-représentée³⁹⁴.

2.2.4. Le statut des juges

2.2.4.1. Des magistrats bien rémunérés

A l'instar des conseillers fédéraux, les juges du Tribunal fédéral sont des magistrats³⁹⁵. Ils ne sont pas employés de la Confédération ni soumis à la loi fédérale sur le personnel (art. 2 al. 2 let. a LPers)³⁹⁶. 158

La loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats³⁹⁷ s'applique aux juges fédéraux. Leur traitement annuel s'élève à 80% de celui d'un membre du Conseil fédéral³⁹⁸, soit, au 1^{er} janvier 2021, 363'664.80 francs. Ce montant est adapté au renchérissement. Tous les juges ont ainsi le même salaire, sans égard aux considérations d'ancienneté ou de mérite, « ce qui évite du reste toute querelle inutile »³⁹⁹. 159

Lorsqu'ils quittent le Tribunal fédéral après au moins quinze ans d'activité ou préalablement pour des raisons de santé, les juges ont droit à une retraite complète équivalente à la moitié de leur traitement annuel⁴⁰⁰. Lorsqu'un juge démissionne prématurément (c'est-à-dire sans avoir droit à la rente complète), sa retraite est réduite à raison d'un pour cent du traitement d'un magistrat en fonction pour chaque année complète qu'il aurait encore dû accomplir pour avoir quinze ans d'activité⁴⁰¹. 160

Toutes ces conditions, particulièrement favorables en comparaison internationale⁴⁰², doivent permettre aux juges de statuer « en toute sérénité et de se consacrer pleinement à leur tâche sans soucis financiers »⁴⁰³. Elles sont d'ailleurs conformes à la Recommandation Rec (2010) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe 161

³⁹¹ Sur cette notion, cf. *infra*, N 1015 s.

³⁹² VATTER/ACKERMANN, pp. 521 ss.

³⁹³ Elle s'est produite dans les mois qui ont suivi les élections fédérales (législatives) d'octobre 2019 (législature 2019-2023) lorsque les Verts et le PVL ont pratiquement doublé leur représentation au Parlement. Or, un mois plus tôt, deux juges du Tribunal fédéral appartenant aux Verts avaient précisément été remplacés par des juges membres de l'UDC, parti alors sous-représenté à ce moment-là (BO 2019 V 2008), mais qui, un mois après, perdit des voix lors de ces élections.

³⁹⁴ Cf. ég. *infra*, N 1177.

³⁹⁵ DONZALLAZ, N 118 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 2 ad art. 5 ; KIENER, Basler Kommentar, N 30 ad art. 5.

³⁹⁶ Il en va ainsi au sens de cette disposition de « toutes les personnes élues par l'Assemblée fédérale en vertu de l'art. 168 de la Constitution », c'est-à-dire également des juges des autres tribunaux fédéraux.

³⁹⁷ RS 172.121.

³⁹⁸ Art. 1a let. b de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats, du 6 octobre 1989 (RS 172.121.1).

³⁹⁹ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 61.

⁴⁰⁰ Cf. art. 3 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats.

⁴⁰¹ Cf. art. 4 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats.

⁴⁰² Les magistrats suisses sont ainsi les mieux rémunérés au sein des pays membres du Conseil de l'Europe ; le salaire moyen des juges des plus hautes instances judiciaires (Cour suprême, Cour constitutionnelle) des Etats européens est de 96'102 euros par année. Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 123.

⁴⁰³ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 61.

relative à l'indépendance, l'efficacité et aux responsabilités du juge, du 17 novembre 2010, laquelle prévoit que la rémunération des juges professionnels devrait être fixée dans la loi (§ 53) et être « à la mesure de leur rôle et de leurs responsabilités, et être de niveau suffisant pour les mettre à l'abri de toute pression visant à influencer sur leurs décisions » (§ 54). Les juges du Tribunal fédéral ne jouissent toutefois pas d'autres avantages (comme une voiture de fonction), à l'exception du remboursement des frais de leurs rares déplacements de service⁴⁰⁴.

- 162 Les juges suppléants sont moins bien lotis – ce qui va de soi, car leur tâche ne constitue pas leur activité principale. Ils ont droit à une indemnité journalière (variant de 1'000 francs à 1'300 francs selon leur statut) pour chaque jour qu'ils consacrent aux audiences du tribunal ainsi que des indemnités de déplacement de leur lieu de domicile au siège des séances. Pour l'instruction, l'étude de dossiers et l'élaboration de rapports, les juges suppléants reçoivent un forfait horaire. Celui-ci s'élève à 180 francs s'ils exercent une activité lucrative indépendante et à 110 francs s'ils sont salariés⁴⁰⁵.

2.2.4.2. Un domicile en Suisse

- 163 Les juges, qu'ils soient ordinaires ou suppléants, doivent résider en Suisse⁴⁰⁶. Il ne s'agit toutefois pas d'une condition d'éligibilité. Cela dit, le juge qui habiterait à l'étranger devrait se déplacer en Suisse avant d'entrer en fonction⁴⁰⁷. Les juges ordinaires ne sont pas obligés de résider à Lausanne⁴⁰⁸ ou à Lucerne⁴⁰⁹, mais doivent pouvoir rejoindre « rapidement » le tribunal (art. 12 LTF), c'est-à-dire dans les trois heures environ⁴¹⁰.

2.2.5. Les incompatibilités

2.2.5.1. Le principe et les buts de l'incompatibilité

- 164 L'incompatibilité suppose l'existence d'un conflit d'intérêts entre des activités antagoniques ou, plus généralement, entre l'intérêt public et les intérêts privés⁴¹¹. Elle présuppose qu'une personne ne puisse exercer simultanément deux fonctions (fonctions incompatibles) ou une fonction avec une autre activité professionnelle (activités économiques incompatibles)⁴¹². Il peut également s'agir d'une relation entre deux personnes et une même fonction (incompatibilité à raison de la personne). Tel est le cas, par exemple, quand deux parents ou deux conjoints siègent dans la même autorité⁴¹³.
- 165 Les motifs à la base de l'incompatibilité visent principalement à préserver la séparation des pouvoirs et à éviter les conflits d'intérêts⁴¹⁴. L'incompatibilité doit également servir à assurer l'intégrité de la fonction publique et à renforcer la confiance des citoyens dans les institutions⁴¹⁵, ainsi qu'à préserver la jurisprudence des influences extérieures⁴¹⁶. Les règles sur l'incompatibilité sont mentionnées à l'art. 144 Cst. ; elles ont été détaillées, s'agissant des juges du Tribunal fédéral, aux art. 6 à 8 LTF.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Cf. art. 1 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les indemnités journalières et les indemnités de déplacement des juges du Tribunal fédéral, du 23 mars 2007 (RS 172.121.2).

⁴⁰⁶ Cf. art. 12 LTF.

⁴⁰⁷ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 1 ad art. 12.

⁴⁰⁸ Siège du Tribunal fédéral, art. 4 al. 1 LTF.

⁴⁰⁹ Où doivent siéger une ou plusieurs cours, art. 4 al. 2 LTF. Actuellement, les deux cours de droit social siègent dans cette ville de Suisse centrale.

⁴¹⁰ HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 2b ad art. 12 ; DONZALLAZ, N 217 ; SPÜHLER, BGG Praxiskommentar, N 4 ad art. 12. En 1 ou 2 heures au plus selon WURZBURGER, Commentaire LTF, N 4 ad art. 12.

⁴¹¹ BUFFAT, p. 27.

⁴¹² SCHAUB, Basler Kommentar BV, N 2 ad art. 144.

⁴¹³ AUBERT, Petit commentaire, N 2 ad art. 144.

⁴¹⁴ DONZALLAZ, N 131.

⁴¹⁵ SCHAUB, Basler Kommentar BV, N 5 ad art. 144 ; KIENER, Unabhängigkeit, pp. 225 s.

⁴¹⁶ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 4 ad art. 6.

2.2.5.2. Les effets de l'incompatibilité

L'inéligibilité doit être distinguée de l'incompatibilité. Tandis que la première est une cause d'invalidité de l'élection, à savoir produit un effet *ex tunc*⁴¹⁷, la seconde n'invalide pas l'élection ou la nomination à une seconde charge⁴¹⁸. Elle oblige seulement la personne à choisir entre son occupation antérieure et sa nouvelle fonction⁴¹⁹. Aussi, les intéressés peuvent très bien se soumettre à l'élection sans devoir quitter au préalable l'activité incompatible et donc ne renoncer à cette dernière qu'en connaissance de cause⁴²⁰. Partant, pour entrer en fonction, le juge nouvellement élu devra renoncer à la fonction ou à l'activité prohibée⁴²¹. Quant à l'incompatibilité entre deux personnes, elle oblige l'une des deux à renoncer à la fonction, faute de quoi (uniquement) la première élue garde sa place⁴²². Le respect de ces règles est garanti en premier lieu par le Tribunal fédéral, à savoir par les juges eux-mêmes, puis par la Commission administrative de celui-ci (art. 17 al. 4 let. h LTF)⁴²³. En dernier ressort est réservée la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (art. 169 al. 1 LTF)⁴²⁴. 166

2.2.5.3. Les incompatibilités à raison de la fonction

a) Incompatibilités avec une charge au sein d'une autorité politique de la Confédération

L'art. 6 al. 1 LTF prévoit que les juges ne peuvent simultanément être membres de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral. Il s'agit, ici, d'une concrétisation des prescriptions de l'art. 144 al. 1 Cst.⁴²⁵. L'incompatibilité entre les autorités politiques (Parlement, Gouvernement) d'une part, et les autorités judiciaires d'autre part, se rattache à l'idée de la séparation personnelle des pouvoirs, et en conséquence à l'indépendance des juges⁴²⁶. Ces incompatibilités s'étendent tant aux juges ordinaires qu'aux juges suppléants⁴²⁷. 167

b) Incompatibilités avec une autre fonction au sein de la Confédération ou d'un canton

Les juges au Tribunal fédéral assumant une charge complète ne peuvent revêtir d'autre fonction au service de la Confédération (art. 144 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 1 LTF) ou d'un canton (art. 144 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 4, 1^{ère} phrase LTF). Ces incompatibilités ont pour but d'assurer le bon fonctionnement des autorités et d'éviter les conflits d'intérêts⁴²⁸. Elles s'appliquent aux magistrats qui doivent tout leur temps professionnel à leur fonction, c'est-à-dire exclusivement aux juges fédéraux à temps complet⁴²⁹. Elles ne visent donc pas les juges suppléants qui exercent souvent un autre métier⁴³⁰. 168

On entend comme « fonction au service de la Confédération » tous les rapports de travail, qu'ils soient soumis au droit public ou au droit privé⁴³¹, qu'ils soient rémunérés ou non, ou encore qu'ils soient à temps complet ou partiel⁴³². Entrent également dans cette catégorie, les fonctions au sein d'unités administratives décentralisées ainsi que d'organisations situées en dehors de l'administration fédérale, mais qui remplissent des tâches fédérales officielles ; peu importe qu'elles soient organisées selon le droit public ou le droit privé⁴³³. Un juge du 169

⁴¹⁷ Cf. *supra*, N 104.

⁴¹⁸ BIAGGINI, BV Kommentar, N 3 ad art. 144 ;

⁴¹⁹ AUBERT, Petit Commentaire, N 3 ad art. 144.

⁴²⁰ BUFFAT, p. 30.

⁴²¹ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 22 ad art. 6 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 30 ad art. 6.

⁴²² AUBERT, Petit Commentaire, N 3 ad art. 144.

⁴²³ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 22 ad art. 6 et N 11 ad art. 8.

⁴²⁴ Cf. *infra*, N 192 s.

⁴²⁵ DONZALLAZ, N 135.

⁴²⁶ AUBERT, Petit commentaire, N 6 ad art. 144. Pour le développement de ces concepts, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 1.

⁴²⁷ AUBERT, Petit commentaire, N 7 ad art. 144 ; DONZALLAZ, N 137.

⁴²⁸ AUBERT, Petit commentaire, N 8 ad art. 144 ; SCHAUB, Basler Kommentar BV, N 11 ad art. 144.

⁴²⁹ AUBERT, Petit commentaire, N 8 ad art. 144.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 8 ad art. 6.

⁴³² SCHAUB, Basler Kommentar BV, N 12 ad art. 144 et les références citées.

⁴³³ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 8 ad art. 6 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 10 ad art. 6.

Tribunal fédéral ne peut notamment pas être en fonction au sein d'autres tribunaux fédéraux ou encore exercer une activité au sein d'un service du Parlement⁴³⁴ ou de la Chancellerie fédérale⁴³⁵. L'art. 6 al. 1 LTF ne permet pas non plus d'être simultanément juge et greffier d'un tribunal de la Confédération⁴³⁶.

170 Les fonctions accessoires sont également prohibées, en tout cas si elles ont un caractère permanent, par exemple l'enseignement régulier dans une haute école ou un institut fédéral ou la participation à une commission extraparlamentaire permanente⁴³⁷. Il en va de même des mandats ou des contrats d'entreprise exigeant un engagement régulier⁴³⁸ et substantiel et qui donneraient ainsi l'apparence d'un contrat de travail⁴³⁹. Toutefois, des interventions ponctuelles sont admises, par exemple la participation à une commission d'experts, un mandat pour la rédaction d'un projet de loi ou un enseignement ponctuel (ceci dans les limites de l'art. 7 LTF pour ce qui concerne les juges ordinaires)⁴⁴⁰. Dans tous les cas, le juge ne doit pas se trouver dans un rapport de subordination vis-à-vis de l'autre partie (le mandant ou le maître de l'ouvrage). Il doit notamment pouvoir organiser son temps de travail comme il l'entend et ne recevoir des instructions de l'autre partie que par rapport aux services confiés⁴⁴¹.

171 Les juges ordinaires ne peuvent pas non plus exercer de fonction au service d'un canton (art. 6 al. 4 LTF), que ce soit à titre lucratif ou non. Cette exclusion, qui doit être comprise de manière large, inclut toutes les fonctions au sein des pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif, tout comme la participation à des commissions⁴⁴². Le but de cette disposition vise à assurer que le juge du Tribunal fédéral défende exclusivement les intérêts fédéraux, à l'exclusion de ceux cantonaux. Cette règle se justifie d'autant plus que Tribunal fédéral doit précisément statuer sur des recours dirigés contre les décisions rendues par les autorités cantonales de dernière instance (art. 75 LTF ; art. 80 LTF ; art. 86 LTF) ainsi que contre les actes normatifs cantonaux (art. 82 let. b LTF)⁴⁴³. Toutes les entités cantonales entrent dans ce champ d'application, à savoir également les communes, les districts, les cercles, les corporations de droit public cantonal et les organisations intercantionales⁴⁴⁴.

c) *L'interdiction d'exercer une activité lucrative privée*

172 Les juges ordinaires ne peuvent pas exercer d'autres activités lucratives, que ce soit à titre dépendant ou indépendant (art. 144 al. 2 Cst. ; art. 6 al. 4 LTF). Cette règle vise à éviter les conflits d'intérêts ainsi qu'à garantir que le juge consacre toute son énergie à son activité⁴⁴⁵. L'art. 6 al. 4, 2^e phrase LTF ajoute comme motif d'incompatibilité le fait d'être membre « de la direction, de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de révision d'une entreprise commerciale ». Il importe peu que cette activité soit rémunérée ou non⁴⁴⁶. Est en revanche autorisée la participation à une entreprise commerciale sous d'autres formes, par exemple comme actionnaire, associé ou commanditaire, « pour autant que ne soient pas liées à ce statut des activités de direction des affaires équivalant à un statut de directeur ou d'administrateur »⁴⁴⁷. Les juges ordinaires peuvent également être membres d'organes dirigeants d'associations, de fondations ou d'autres entités qui ont un but d'intérêt général, caritatif ou culturel, par exemple⁴⁴⁸.

⁴³⁴ Au sens de l'art. 3 al. 1 let. b de la LPers, l'Assemblée fédérale est considérée comme employeur en ce qui concerne les services du Parlement.

⁴³⁵ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 8 ad art. 6 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 10 ad art. 6.

⁴³⁶ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 5 ad art. 6.

⁴³⁷ *Idem*, N 8 ad art. 6 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 4 ad art. 6.

⁴³⁸ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 8 ad art. 6.

⁴³⁹ KIENER, Basler Kommentar BV, N 13 ad art. 6 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 4 ad art. 6.

⁴⁴⁰ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 8 ad art. 6 ; DONZALLAZ, N 139. Pour le surplus, cf. *infra*, N 173 s.

⁴⁴¹ Pour la distinction, parfois très infime, entre contrat de travail et contrat de mandat : cf. not. MÜLLER Christoph, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N 1910.

⁴⁴² DONZALLAZ, N 155 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 15 ad art. 6.

⁴⁴³ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 4 ad art. 6.

⁴⁴⁴ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 19 ad art. 6.

⁴⁴⁵ AUBERT, Petit commentaire, N 8 ad art. 144 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 24 ad art. 6.

⁴⁴⁶ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 21 ad art. 6.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

d) Les activités accessoires

Selon l'art. 7 al. 1 LTF, « [l]e Tribunal fédéral peut autoriser les juges ordinaires à exercer une activité accessoire à but non lucratif, pour autant que le plein exercice de leur fonction ainsi que l'indépendance du tribunal et sa réputation n'en soient pas affectés ». On entend par activité accessoire l'accomplissement d'une tâche tout comme l'exercice d'une fonction ayant une certaine intensité à côté de l'activité de juge « et en dehors de purs loisirs »⁴⁴⁹. 173

L'activité accessoire nécessite une autorisation de la Commission administrative sur préavis de la Conférence des présidents (art. 17 al. 4 let. f LTF). Les conditions de son octroi sont fixées dans un règlement (art. 7 al. 2 LTF), plus précisément aux art. 18 à 23 du règlement du Tribunal fédéral (ci-après : RTF). L'art. 19 al. 1 RTF énumère les différentes activités envisageables nécessitant une autorisation⁴⁵⁰. Aucune autorisation n'est par contre exigée pour les activités mentionnées à l'art. 19 al. 2 RTF⁴⁵¹. Du reste, l'art. 23 RTF prévoit que lorsque le total des rétributions, défraiement compris, provenant d'activités accessoires autorisées ou non soumises à autorisation excède 10'000 francs par an, le juge reverse à la caisse du Tribunal fédéral l'excédant. 174

2.2.5.4. Les incompatibilités à raison de la personne (art. 8 LTF)

L'art. 8 LTF règle les incompatibilités à raison de la personne, « c'est-à-dire l'interdiction faite à deux personnes ayant des liens d'une certaine intensité d'être en même temps juges au Tribunal fédéral dans certains cas fixés par la loi »⁴⁵². L'art. 8 al. 1 LTF détermine les liens de parenté qui ne sont pas admis au sein du Tribunal fédéral, ni pour les juges ordinaires ni pour les suppléants. Ne peuvent donc être en même temps juges de la Haute Cour fédérale : « les conjoints, les partenaires enregistrés et les personnes qui font durablement ménage commun (let. a) ; les conjoints et les partenaires enregistrés de frères et sœurs ainsi que les personnes qui font durablement ménage commun avec un frère ou une sœur (let. b) ; les parents en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale (let. c) ; les alliés en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale (let. d) ». 175

Ces règles visent notamment à éviter la concentration de pouvoir au sein de quelques grandes familles de juristes, ce qui rappellerait l'Ancien Régime⁴⁵³, tout comme à préserver l'indépendance d'esprit des juges⁴⁵⁴. 176

2.2.6. La cessation de la fonction

En cours de période, la cessation de fonction d'un juge du Tribunal fédéral peut intervenir par suite de décès, de la perte d'une condition d'éligibilité, d'atteinte de la limite d'âge ou de démission. Dans ces hypothèses, l'Assemblée fédérale procède alors à une élection complémentaire afin de repourvoir le siège vacant (art. 137 LParl)⁴⁵⁵. A la fin de la période de fonction, il est également envisageable que le juge ne se représente pas pour une nouvelle législature ou, encore, qu'il ne soit pas réélu. 177

2.2.6.1. La limite d'âge

La limite d'âge d'un juge du Tribunal fédéral est fixée à 68 ans ; sa période de fonction s'achève à la fin de 178

⁴⁴⁹ *Idem*, N 4 ad art. 7.

⁴⁵⁰ Il s'agit de mandats d'arbitre, de la collaboration à des organes juridictionnels et à des commissions d'experts, ainsi que des mandats de médiation et d'expertise, pour autant qu'il existe un intérêt public (art. 19 al. 1 let. a RTF), des enseignements ponctuels, publications de commentaires, de séries et de revues spécialisées (art. 19 al. 1 let. b RTF) ainsi que la participation à des organes d'associations, de fondations ou d'autres organisations sans but économique (art. 19 let. c RTF).

⁴⁵¹ Rédaction d'ouvrages et d'articles, présentation d'exposés ou participation à des congrès ou à des journées juridiques.

⁴⁵² WURZBURGER, Commentaire LTF, N 2 ad art. 8.

⁴⁵³ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 5 ad art. 8.

⁴⁵⁴ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 3 ad art. 8 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 6 ad art. 8.

⁴⁵⁵ Cf. *supra*, N 146.

l'année civile où il a atteint cet âge (art. 9 al. 2 LTF). Il n'est pas nécessaire qu'il présente sa démission⁴⁵⁶. A noter que la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) ne fixait pas de limite d'âge. Cela dit, d'après un « *gentlemen's agreement* » entre l'Assemblée fédérale et les tribunaux fédéraux, les juges donnaient leur démission au plus tard pour la fin du mois où ils atteignaient 70 ans révolus, limite abaissée ensuite par le législateur à 68 ans⁴⁵⁷.

- 179 La question de savoir si un juge peut être élu au-delà de l'année civile où il a atteint 68 ans est controversée. Pour Alain WURZBURGER, une telle élection serait impossible, donc nulle, un juge ne pouvant simultanément être élu et cesser ses fonctions⁴⁵⁸. Thomas HUGI YAR et Andreas KLEY voient de ce fait l'art. 9 al. 2 LTF comme une condition d'éligibilité⁴⁵⁹. Selon Hansjörg SEILER, une élection serait possible, mais illégale, de sorte que le juge devrait immédiatement démissionner⁴⁶⁰. Au contraire, pour Yves DONZALLAZ, l'art. 9 al. 2 LTF ne s'appliquerait pas dans l'hypothèse où l'Assemblée fédérale élirait un juge âgé de plus de 68 ans⁴⁶¹. A notre sens, une élection après ce terme serait possible, mais ne prendrait en réalité jamais effet, car le juge cesserait immédiatement, *de jure*, ses fonctions.

2.2.6.2. La démission, le décès et la perte d'éligibilité

- 180 Un juge fédéral peut démissionner avant la fin de sa période de fonction. Ce cas de figure se produit rarement avant que le juge ait accompli une quinzaine d'années au tribunal ou avant qu'il ait atteint l'âge de 65 ans⁴⁶². En revanche, l'Assemblée fédérale ne peut contraindre un juge fédéral à démissionner⁴⁶³.
- 181 La perte de l'une des conditions d'éligibilité (art. 143 Cst.)⁴⁶⁴ et le décès⁴⁶⁵ du magistrat entraînent également la perte de sa fonction.

2.2.6.3. La non-réélection⁴⁶⁶

- 182 Les juges du Tribunal fédéral sont rééligibles à la fin de leur période de fonction de six ans (cf. art. 135 al. 2 et 136 LParl)⁴⁶⁷. Selon la doctrine⁴⁶⁸ et la jurisprudence⁴⁶⁹, il n'existe pas de prétentions juridiques à la réélection. Cela dit, les juges qui se représentent sont généralement réélus⁴⁷⁰. Malgré cette « inamovibilité de fait »⁴⁷¹, la réélection périodique – justifiée en pratique par le renouvellement des institutions – alimente le débat depuis quelques années. Les auteurs qui critiquent ce système avancent, en particulier, la pression que les partis politiques sont susceptibles d'exercer sur les juges à travers la menace de non-réélection ainsi que le manque de garantie de procédure⁴⁷².

⁴⁵⁶ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 6 ad art. 9.

⁴⁵⁷ *Ibid* ; FF 2001 4080.

⁴⁵⁸ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 6 ad art. 9.

⁴⁵⁹ HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 7 ad art. 9.

⁴⁶⁰ SEILER, Handkommentar BGG, N 9 ad art. 9.

⁴⁶¹ DONZALLAZ, N 189.

⁴⁶² WURZBURGER, Commentaire LTF, N 5 ad art. 9.

⁴⁶³ DONZALLAZ, N 184. Pour une illustration, cf. *infra*, N 189 ss.

⁴⁶⁴ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 9 ad art. 5 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 7 ad art. 5. Cf. *supra*, N 103.

⁴⁶⁵ A ce jour, 48 juges du TF sont décédés durant leur mandat. Cf. HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 4a ad art. 9.

⁴⁶⁶ Il s'agit ici d'une introduction à la problématique, laquelle sera longuement développée dans la 3^e partie, chapitre 4.

⁴⁶⁷ A noter qu'avant l'institution d'un Tribunal fédéral permanent en 1874, les juges n'étaient en fonction qu'à titre accessoire de sorte qu'ils devaient se soumettre tous les trois ans à une élection dite de confirmation. Cf. *supra*, N 74.

⁴⁶⁸ Cf. notamment SEILER, Handkommentar BGG, N 4 ad art. 9 ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3a ad art. 9 ; DONZALLAZ, N 186 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 33 ; MARTI, Kommentar ParlG, N 6 ad art. 136 ; KIENER, Erneuerungswahl, p. 359.

⁴⁶⁹ Cf. l'arrêt du TF 8C_199/2014 du 05.09.2014, consid. 6.5 qui ne concerne toutefois pas spécifiquement la réélection de juges du Tribunal fédéral mais des membres de la « *Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen* ».

⁴⁷⁰ ZAPPELLI, Le juge p. 90 : « [O]n peut dire que la réélection est la règle, la non-réélection l'exception ». Cf. entre autres SEILER, Handkommentar BGG, N 4 ad art. 9 ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3 ad art. 9 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 33. Cf. ég. FF 2002 1128, p. 1135. Pour les rares cas de non-réélections, cf. *infra*, N 1187 ss.

⁴⁷¹ AUBERT, Traité, N 1609. Cf. également GASS, p. 606 ; DONZALLAZ, N 186 ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 285.

⁴⁷² Notamment RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 5 ss. ; FONJALLAZ, p. 56 ; BOLLE, p. 146 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 31 s. ; SPÜHLER, Der Richter, p. 32 ; CORBOZ, Réélection périodique, N 13 s. ; GASS, pp. 287 s. ; KIENER, Unabhängigkeit, pp. 285 s.

Au vu notamment des risques potentiels que pose une (non-)réélection, la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale – qui est également compétente pour préparer la (non-)réélection des juges du Tribunal fédéral (art. 40a al. 1 LParl)⁴⁷³ – a édicté, le 3 mars 2011, des « Principes d'action concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection »⁴⁷⁴. Ces principes s'appuient sur deux avis de droit rédigés par la Professeure Regina KIENER sur les questions de révocation des juges fédéraux de première instance⁴⁷⁵ et de réélection des juges fédéraux⁴⁷⁶. L'art. 2 al. 2 de ces principes est applicable en matière de non-réélection (l'art. 15 al. 1 « Principes d'action »). Nous reviendrons, plus en détail, sur ces principes dans la troisième partie de notre travail⁴⁷⁷.

183

En revanche, contrairement aux juges fédéraux de première instance⁴⁷⁸, les juges du Tribunal fédéral n'ont droit, actuellement, à aucune indemnité en cas de non-réélection⁴⁷⁹.

184

2.2.6.4. La révocation

a) Une absence de réglementation

Aucune disposition constitutionnelle ou législative ne prévoit la révocation ou la destitution d'un juge du Tribunal fédéral⁴⁸⁰. Cependant, selon Bernhard EHRENZELLER, l'Assemblée fédérale détiendrait une compétence de révocation si un juge du Tribunal fédéral ne remplissait plus les conditions d'éligibilité ou perdait de manière durable la faculté d'exercer sa fonction⁴⁸¹. Pierre TSCHANNEN mentionne également l'hypothèse d'une incompatibilité qui ne serait pas éliminée⁴⁸². Pour d'autres auteurs, si l'une des conditions de l'art. 136 al. 1 Cst. venait à faire défaut durant la période de fonction du magistrat (par exemple en cas de mise sous curatelle de portée générale selon l'art. 398 CC), la charge de celui-ci prendrait fin de plein droit et sans qu'il y ait donc besoin d'une révocation⁴⁸³.

185

Du reste, la préparation de la révocation par la Commission judiciaire, au sens de l'art. 40a al. 1 let. a et al. 3 LParl⁴⁸⁴, ne concerne pas les juges du Tribunal fédéral, bien que cette disposition mentionne « les juges des tribunaux fédéraux »⁴⁸⁵. On voit mal, en effet, comment la Commission judiciaire pourrait préparer la révocation d'un juge du Tribunal fédéral, puis soumettre sa proposition à l'Assemblée fédérale (cf. art. 40 al. 3 LParl)

186

⁴⁷³ MARTI, Kommentar ParlG, N 10 ad art. 40a LParl.

⁴⁷⁴ RO 2011 521 ; FF 2012 1091. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 26 et n. 27, indiquent que ces principes avaient d'abord été publiés au Recueil officiel mais qu'ils ont par la suite été « déclassés », probablement au vu du fait qu'ils ne constituent pas des règles de droit. Cf. é.g. PELLATON, N 838 et n. 1269.

⁴⁷⁵ KIENER, Amtsenthebung.

⁴⁷⁶ KIENER, Erneuerungswahl.

⁴⁷⁷ Cf. *infra*, N 1223.

⁴⁷⁸ Cf. *infra*, N 218.

⁴⁷⁹ Des discussions semblent toutefois avoir été entamées aux Chambres fédérales afin de combler cette lacune, cf. JURIA, Ständerat will Regeln für Abgangsentschädigung von Richtern, in : « Justice – Justiz – Giustizia », 2015/2.

⁴⁸⁰ MAHON, Destitution, N 13 et N 16 ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3f ad art. 9 ; FF 2018 4713, p. 4734. Le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national concernant l'initiative parlementaire « Droit parlementaire. Modifications diverses », du 21 février 2008, FF 2008 1687, p. 1704, explique cette absence de réglementation comme suit : « Les travaux préparatoires relatifs à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale laissent à penser que le silence du législateur sur ce point visait à mettre en évidence l'indépendance de la plus haute autorité judiciaire du pays. Il n'y a par ailleurs aucune raison pratique ou politique d'intégrer les juges fédéraux dans le présent projet : contrairement au Conseil fédéral, qui compte sept personnes, ou à la Chancellerie fédérale, qui compte trois dirigeants, l'absence d'un juge au Tribunal fédéral porte en effet moins à conséquence, étant donné que son travail peut être plus facilement réparti entre ses collègues (38 juges ordinaires et 19 juges suppléants). Surtout, une élection complémentaire au Tribunal fédéral ne soulève pas toute la problématique de la modification des rapports de force entre les partis comme notamment au Conseil fédéral, lorsqu'un siège doit soudain être repourvu parce que son titulaire a manifestement perdu la capacité d'exercer sa fonction ».

⁴⁸¹ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV, N 20 ad art. 168. En outre, l'Assemblée fédérale a la compétence de décider la suspension provisoire d'un juge lors de poursuite pénale en raison d'infractions en rapport direct avec leur activité ou situation officielle (cf. art. 14 LRCP).

⁴⁸² TSCHANNEN, Staatsrecht, N 23a ad § 41.

⁴⁸³ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 9 ad art. 5 ; SEILER, Handkommentar BGG, N 10 ad art. 5.

⁴⁸⁴ Cf. *infra*, N 215.

⁴⁸⁵ Cette disposition semble ainsi concerner uniquement la préparation de l'élection (et de la réélection) des juges du Tribunal fédéral et non leur révocation. Cf. MARTI, Kommentar LParl, N 9 ad art. 40a. *Contra* : PELLATON, N 845.

alors même que celle-ci ne détient aucune compétence dans ce domaine. Le Parlement pourrait néanmoins décider de ne pas réélire le juge. Par ailleurs, les « Principes d'action concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection »⁴⁸⁶ ne s'appliquent précisément pas à la procédure de révocation des juges du Tribunal fédéral (art. 1 *a contrario*).

187 En outre, aucune mesure disciplinaire en cas de simple négligence ou de violation de simples devoirs de fonction ne justifiant « ni une révocation ni une non-réélection » n'est prévue par le droit fédéral. Dans son Message du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral a par ailleurs renoncé à proposer au Parlement l'élaboration d'une réglementation spécifique en matière disciplinaire, car « des procédures disciplinaires pendantes seraient susceptibles d'affaiblir le pouvoir judiciaire »⁴⁸⁷.

188 Néanmoins, on relèvera que le règlement du Tribunal fédéral prévoit une procédure interne de règlement des conflits. L'art. 24 RTF dispose que la résolution des conflits se fait, en premier lieu, à l'interne par un dialogue entre les 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). En cas d'échec, la Commission administrative du Tribunal fédéral informe l'Assemblée fédérale s'il s'agit d'une affaire importante pouvant relever de la haute surveillance (art. 25 RTF)⁴⁸⁸. A cet égard, Nicolas PELLATON indique que les juges du Tribunal font effectivement « l'objet d'une forme de surveillance disciplinaire même si celle-ci n'est pas expressément désignée comme telle »⁴⁸⁹.

b) L'exemple de l'affaire « Schubarth »

189 Cela étant, l'absence de pouvoir de révocation de la part de l'Assemblée fédérale à l'encontre des juges du Tribunal fédéral peut être problématique dans certaines situations. L'affaire « Schubarth » est symptomatique à cet égard. En février 2003, le juge fédéral Martin SCHUBARTH est accusé d'avoir, dans le hall d'entrée du Tribunal fédéral, craché en direction d'un journaliste de la *Neue Zürcher Zeitung*, atteignant par la même occasion un greffier du Tribunal fédéral qui s'entretenait avec celui-ci. Quelques jours plus tard, les juges du Tribunal fédéral se réunissent et décident de décharger avec effet immédiat le juge SCHUBARTH de ses tâches jurisprudentielles et l'invitent à démissionner. Dans le même temps, d'autres cas de dysfonctionnements au sein de la Cour de cassation pénale présidée par le juge SCHUBARTH sont révélés. Le Parlement réagit à son tour. Les commissions de gestion des deux Chambres ouvrent alors une enquête et rendent leur rapport le 6 octobre 2003, lequel confirme les faits qui sont reprochés au juge. Constatant l'absence de base légale pour procéder à la révocation d'un juge du Tribunal fédéral, les commissions invitent alors Martin SCHUBARTH à démissionner sous menace de révocation par voie d'arrêté fédéral soumis au référendum (cf. art. 29 al. 2 LParl). L'affaire en est restée là, Martin SCHUBARTH ayant finalement décidé de démissionner pour la fin janvier 2004⁴⁹⁰.

190 Dans le cadre de cette affaire, les juges de Mon-Repos se sont basés sur les compétences organisationnelles du Tribunal fédéral afin de décharger M. SCHUBARTH de ses tâches jurisprudentielles. La loi ne prévoit, en effet, 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 jurisprudentielles. Il faut cependant que la situation

⁴⁸⁶ Cf. *supra*, N 183.

⁴⁸⁷ FF 2018 4713, p. 4737. Cette position fait notamment suite au 4^e rapport d'évaluation du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) qui avait (pourtant) recommandé aux autorités suisses de mettre en place une procédure disciplinaire visant à sanctionner les éventuels manquements des juges fédéraux à leurs devoirs professionnels par d'autres sanctions que la révocation. Cf. *infra*, N 441 ss.

⁴⁸⁸ PELLATON, N 843 s. ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3i ad art. 9.

⁴⁸⁹ PELLATON, N 847.

⁴⁹⁰ Enquête sur des événements particuliers survenus au sein du Tribunal fédéral – Rapport des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats, FF 2004 5305.

soit grave à un point tel qu'une mesure moins incisive – comme l'attribution à une autre section ou cour – ne soit pas suffisante »⁴⁹¹.

Plus tard, l'Office fédéral de la justice a été chargé de rédiger un avis de droit sur la responsabilité disciplinaire des juges fédéraux. L'Office est arrivé notamment à la conclusion que le droit de la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (cf. art. 169 Cst.)⁴⁹² ne comprenait aucune compétence disciplinaire envers les juges fédéraux. De plus, cette absence de responsabilité disciplinaire ne constituait pas une lacune qui pourrait être comblée de *lege lata*. Par ailleurs, il serait également problématique d'édicter une loi s'appliquant à un cas unique, considérant qu'elle porterait atteinte à l'indépendance des juges et à l'interdiction de la rétroactivité. La personne concernée ne pourrait, en outre, pas participer à la procédure, n'aurait pas le droit d'être entendue et ne pourrait pas recourir contre cet arrêté fédéral⁴⁹³.

191

2.2.6.5. *Excursus* : la haute surveillance de l'Assemblée fédérale

La surveillance disciplinaire doit être distinguée de la haute surveillance qu'exerce, au niveau fédéral, l'Assemblée fédérale sur les tribunaux fédéraux (art. 169 al. 1 Cst.)⁴⁹⁴. De manière générale, la haute surveillance est un instrument de contrôle essentiellement politique, par lequel le Parlement peut formuler des critiques, des recommandations ou des conseils sur la gestion et le fonctionnement de l'activité judiciaire⁴⁹⁵. Toutefois, l'autorité législative ne peut ni casser les actes des tribunaux ni les modifier⁴⁹⁶. Contrairement à la surveillance disciplinaire, l'autorité exerçant la haute surveillance ne se fonde pas sur une supériorité hiérarchique. Cela dit, cette distinction est floue, la surveillance pouvant parfois se subsister à la haute surveillance⁴⁹⁷.

192

On distingue traditionnellement trois conceptions de la haute surveillance, lesquelles sont qualifiées de stricte, élargie et étendue⁴⁹⁸. Sans entrer dans les détails⁴⁹⁹, nous relèverons qu'au regard du principe d'indépendance de la justice⁵⁰⁰, la haute surveillance doit porter essentiellement sur la gestion administrative et financière du pouvoir judiciaire, à l'exclusion donc d'interventions dans le contenu de la jurisprudence ainsi que de critiques quant au comportement individuel d'un juge⁵⁰¹. Le Parlement peut toutefois être renseigné sur l'évolution des tendances jurisprudentielles, notamment à travers le rapport annuel que lui soumet le Tribunal fédéral. Ces informations lui permettent ainsi d'examiner si la législation doit être modifiée ou complétée⁵⁰².

193

⁴⁹¹ FF 2004 5305, pp. 5329 s.

⁴⁹² Cf. *infra*, N 192 s.

⁴⁹³ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten vom 14.8.2003, in : JAAC 68/2004, n° 49. Cf. ég. HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3g ad art. 9.

⁴⁹⁴ AUBERT, Petit commentaire, N 2 ad art. 169 ; FONJALLAZ, p. 53.

⁴⁹⁵ BIAGGINI, N 10 ad art. 169. Pour une étude récente à ce sujet, cf. FREY HAESLER Mirjam, Aufsicht über die Justiz, thèse, Bâle 2017.

⁴⁹⁶ AUBERT, Petit commentaire, N 2 ad art. 169 ; KIENER, Unabhängigkeit, pp. 298 ss. Cf. ég. l'art. 26 al. 4 LParl : « La haute surveillance ne confère pas la compétence d'annuler ou de modifier une décision. Il ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires ni des décisions du Ministère public de la Confédération ».

⁴⁹⁷ Cf. FONJALLAZ, p. 52.

⁴⁹⁸ COMMISSION DE GESTION DU CONSEIL DES ETATS, Rapport du 28 juin 2012, « Haute surveillance parlementaire sur les tribunaux fédéraux », FF 2002 7077 ; CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DE L'ADMINISTRATION (CPA ; organe parlementaire de contrôle de l'administration), Rapport du 11 mars 2013, « La portée de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux – les avis de la doctrine juridique », FF 2002 7141.

⁴⁹⁹ Il est renvoyé pour le surplus aux rapports susmentionnés et à la doctrine citée.

⁵⁰⁰ Sur ce principe cardinal, cf. *infra*, N 881 ss.

⁵⁰¹ Cf. FONJALLAZ, pp. 54 ss.

⁵⁰² *Ibid.* ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 300. Cf. ég. WEERTS, pp. 406 ss.

2.3. La désignation des juges des autres tribunaux fédéraux

2.3.1. La désignation des juges fédéraux de première instance

2.3.1.1. Le Tribunal administratif fédéral

- ¹⁹⁴ Les juges du Tribunal administratif fédéral – juridiction qui a remplacé, le 1^{er} janvier 2007, dans le cadre de la réforme de la justice, les 36 commissions fédérales et services départementaux de recours – sont désignés par l’Assemblée fédérale, Chambres réunies (art. 168 al. 2 Cst. ; art. 5 al. 1 LTAF).
- ¹⁹⁵ Dans le projet de loi initial, il était prévu que le Conseil fédéral se charge de la désignation des nouveaux juges du Tribunal administratif fédéral, comme il le faisait auparavant pour les membres des autorités de recours fédérales. Ce choix était principalement dû à la volonté de décharger l’Assemblée fédérale, compte tenu du nombre considérable de juges qui seraient élus par elle⁵⁰³. Lors de la procédure de consultation, les juges de Mon-Repos avaient cependant émis des doutes quant à une élection par l’exécutif, en se ralliant à la solution déjà préconisée par la commission d’experts chargée de préparer une révision totale de la loi fédérale d’organisation judiciaire. En effet, « [l]es Tribunaux fédéraux de rang inférieur sont appelés à examiner des décisions de l’administration fédérale et des ordonnances des autorités d’instruction. Le Conseil fédéral dirige l’administration fédérale (art. 178 al. 1 Cst.). Lui confier la mission d’élire les juges des Tribunaux fédéraux de première instance n’est donc pas une bonne solution. Cela ferait naître à tout le moins l’apparence que le Conseil fédéral pourrait être enclin, sur proposition de l’administration, à choisir comme juges des personnes proches de celle-ci et bien disposées à son égard. Un juge en fonction devrait craindre éventuellement pour sa réélection en cas de jugements donnant tort à l’administration »⁵⁰⁴. La position du Tribunal fédéral a finalement été suivie par l’Assemblée fédérale qui, sur recommandation de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, a décidé qu’elle élirait elle-même les juges du Tribunal administratif fédéral⁵⁰⁵.
- ¹⁹⁶ La préparation des élections des juges du Tribunal administratif fédéral incombe à la Commission judiciaire de l’Assemblée fédérale (art. 40a al. 1 let. a LParl). Celle-ci procède, fondamentalement, aux mêmes étapes que pour la sélection des juges du Tribunal fédéral⁵⁰⁶, à la différence près que lors de la mise au concours elle publie un profil de compétence plus précis⁵⁰⁷. Elle propose également un seul candidat par poste vacant, ce qui a pu parfois entraîner des luttes électorales⁵⁰⁸.
- ¹⁹⁷ La seule condition pour être élu au Tribunal administratif fédéral reste le fait d’être titulaire du droit de vote en matière fédérale (art. 5 al. 2 LTAF)⁵⁰⁹. Néanmoins, lors de la création de cette juridiction, la Commission judiciaire – qui a été appelée à préparer l’élection des premiers juges à siéger au Tribunal administratif fédéral – a pris d’autres critères en considération. Il s’agissait, en premier lieu, des qualifications professionnelles des candidats. En deuxième lieu, il fallait une représentation équilibrée des langues. En troisième lieu, il fallait tenir compte de l’orientation politique des candidats. « La Commission a prévu que tous les candidats seraient interrogés sur leur orientation politique ; toutefois, elle n’a pas souhaité que l’appartenance à un parti politique soit une condition préalable à la participation aux élections, ni que l’offre d’emploi évoque cette question »⁵¹⁰.

⁵⁰³ FF 2001 4339.

⁵⁰⁴ Prise de position du Tribunal fédéral du 23 février 2001 au sujet du projet de message relatif à la révision totale de l’organisation judiciaire fédérale et des projets de lois sur le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral, p. 3. Disponible : [<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege/stgn-bger-f.pdf>] (dernière consultation : 23.05.2020).

⁵⁰⁵ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N 30 ad art. 168.

⁵⁰⁶ Cf. *supra*, N 121 ss.

⁵⁰⁷ MARTI, Commission judiciaire, N 19. On rappellera que lors de la création de la CJ, il avait été proposé que celle-ci consulte obligatoirement une commission consultative d’experts externes pour l’élection des juges fédéraux de première instance. Face aux réticences des partis politiques, le projet avait par la suite été abandonné. Cf. *supra*, N 139.

⁵⁰⁸ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N 30 ad art. 168.

⁵⁰⁹ Cf. *supra*, N 103.

⁵¹⁰ Rapport de la Commission judiciaire du 20 juin 2006 sur la préparation de l’élection des juges du Tribunal administratif fédéral, p. 4. Disponible : [<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/gk-wahl-bverw-gericht-2006-f.pdf>] (consulté le 23.05.2020).

Cette dérogation s'explique par le fait que bon nombre de personnes travaillant dans une commission fédérale de recours ou d'un service de recours d'un département n'étaient pas affiliées à des partis politiques. La Commission judiciaire ne voulait donc pas les désavantager dans la procédure de sélection ni les obliger à s'affilier à un parti⁵¹¹. C'est ainsi qu'un petit nombre de ces juges n'a pas souhaité se rallier à un parti politique. La Commission judiciaire n'a cependant pas voulu mettre de côté ces personnes et les a proposées aux Chambres, lesquelles ont élu six d'entre elles, parmi les 71 nouveaux juges⁵¹². Depuis lors, ce cas ne s'est plus reproduit⁵¹³. L'appartenance à une formation politique ou le soutien d'un groupe parlementaire reste donc un facteur essentiel pour être élu au Tribunal administratif fédéral⁵¹⁴.

La procédure d'élection est la même que pour le Tribunal fédéral, les art. 135 à 139 LParl s'appliquant à tous les tribunaux fédéraux⁵¹⁵, tout comme les règles d'incompatibilité (art. 6 à 8 LTAF)⁵¹⁶ et la durée de fonction (six ans) (art. 9 LTAF).

198

2.3.1.2. Le Tribunal pénal fédéral

Les juges du Tribunal pénal fédéral – organe créé, comme le Tribunal administratif fédéral, dans le cadre de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale – sont désignés par l'Assemblée fédérale pour une durée de six ans (art. 42 al. 1 et 48 al. 1 LOAP). Le projet initial de loi prévoyait également que le Conseil fédéral était compétent pour l'élection des juges du Tribunal pénal fédéral. L'Assemblée fédérale n'a pas non plus suivi cette proposition et a gardé ses prérogatives en matière d'élection judiciaire⁵¹⁷.

199

La compétence pour préparer les élections des juges du Tribunal pénal fédéral est de la Commission judiciaire (art. 40 al.1 let. a LParl). Celle-ci a notamment été appelée, courant 2003, à préparer l'élection des premiers juges à siéger au sein de cette juridiction⁵¹⁸. Bien que le législateur eût prévu comme seule condition d'éligibilité l'exercice du droit de vote (cf. art. 42 al. 2 LOAP), la Commission judiciaire a souhaité prendre en compte d'autres critères d'évaluation. C'est ainsi que la première annonce de mise en concours mentionnait les critères suivants : « diplôme universitaire de droit, de préférence un brevet d'avocat ou un titre de docteur ; expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine du droit ; connaissances approfondies en droit pénal et procédure pénale ainsi qu'expérience judiciaire »⁵¹⁹. Il n'était toutefois pas indiqué les liens avec un parti politique ou l'appartenance à celui-ci⁵²⁰. Cela dit, bien que le critère politique n'était pas impératif, la Commission judiciaire tenait, en réalité, à une répartition proportionnelle des groupes parlementaires au sein du Tribunal pénal fédéral, ce que plusieurs candidats non retenus ont regretté⁵²¹. En l'occurrence, sur les 24 candidats proposés par la Commission judiciaire aux groupes parlementaires, six n'appartenaient à aucun parti politique. Suite aux auditions, la Commission judiciaire a proposé à l'Assemblée fédérale onze candidats, parmi lesquelles trois n'étaient pas membres d'un parti politique, mais avaient toutefois reçu le soutien total d'un groupe parlementaire⁵²². Ces candidats ont ensuite été élus, le 1^{er} octobre 2013, aux postes de juge fédéral à Bellinzone. Actuellement, la représentation des partis politiques au sein du Tribunal pénal fédéral reste plus

200

⁵¹¹ *Idem*, p. 5.

⁵¹² MARTI, Commission judiciaire, N 37.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ WÜTHRICH, N 50 ; ROTHMAYR ALLISON/VARONE, p. 227. Pour le profil des juges : [https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/juges-et-greffiers/juges.html] (dernière consultation : 23.05.2020).

⁵¹⁵ MARTI, Kommentar ParlG, N 4 s ad art. 135.

⁵¹⁶ Cf. *supra*, N 164 ss.

⁵¹⁷ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N 30 ad art. 168.

⁵¹⁸ Voir le rapport de la Commission judiciaire du 18 juin 2004 sur la préparation de l'élection des juges du Tribunal pénal fédéral. Disponible : [https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/gk-vorbereitung-wahlen-bundesstrafgericht-f.pdf] (dernière consultation : 06.05.2020).

⁵¹⁹ *Idem*, p. 3.

⁵²⁰ Dans leur lettre de candidature, seules 19 personnes (sur 68) avaient ainsi informé la CJ qu'elles étaient membres d'un parti. *Idem*, p. 6.

⁵²¹ « Plusieurs candidats ont fait remarquer que la communication de la commission n'avait pas été suffisamment claire quant au fait que, visiblement, outre les critères cités dans le courrier, des considérations liées aux partis politiques ont joué un rôle important voire déterminant pour la recommandation d'un candidat ». *Idem*, p. 16.

⁵²² *Idem*, p. 12.

ou moins proportionnelle à leur force au sein du Parlement fédéral⁵²³. On notera néanmoins que l'UDC est actuellement surreprésentée, en particulier au sein de la présidence du tribunal⁵²⁴.

- 201 Pour le reste, il faut relever que la procédure d'élection par l'Assemblée fédérale est la même que pour les autres tribunaux fédéraux (art. 135 à 138 LParl). Il en va de même des règles sur l'incompatibilité qui reprennent celles de la LTF (art. 43 à 46 LOAP).

2.3.1.3. Le Tribunal fédéral des brevets

- 202 Depuis sa création en janvier 2012, l'Assemblée fédérale élit les juges du Tribunal fédéral des brevets (art. 9 al. 1 LTFB) ; ceci pour une durée de six ans (art. 13 al. 1 LTFB). Compte tenu de la compétence très spécialisée de ce tribunal, le législateur a fixé des critères devant guider le choix de l'Assemblée fédérale et partant, de la Commission judiciaire⁵²⁵. Ainsi, la loi prévoit, à côté de la condition *sine qua non* de l'exercice du droit de vote en matière fédérale (art. 9 al. 2 LTFB), que « [l]'Assemblée fédérale et la Commission judiciaire veillent à une représentation équitable des domaines techniques et des langues officielles » (art. 9 al. 3 LTFB). Par ailleurs, « l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), les organisations spécialisées et les milieux intéressés actifs dans le domaine des brevets peuvent être consultés lors de la préparation de l'élection » (art. 9 al. 4 LTFB). De plus, « [l]es juges doivent disposer de connaissances attestées en droit des brevets » (art. 8 al. 1, 2^e phrase LTFB). Ces exigences valent tant pour les juges ayant une formation juridique que pour ceux ayant une formation technique⁵²⁶.
- 203 Face aux connaissances techniques des candidats, le critère de l'appartenance partisane passe donc clairement au second plan. La nature particulière de ce tribunal requiert, en effet, des juges exerçant à temps partiel et spécialisés dans des domaines très pointus : droit des brevets, physique, chimie ou mécanique⁵²⁷. C'est ainsi que lors des premières élections au Tribunal fédéral des brevets intervenues en 2010, les critères politiques n'ont joué aucun rôle. D'ailleurs, la Commission judiciaire n'a même pas pris la peine de se renseigner sur les appartenances partisans des candidats⁵²⁸.
- 204 L'art. 10 LTBF régit l'incompatibilité à raison de la fonction. Les règles en la matière sont essentiellement les mêmes que pour les autres tribunaux fédéraux. Il en va de même pour les règles relatives à l'incompatibilité à raison de la personne (art. 12 LTBF).

2.3.2. La désignation des juges du Tribunal militaire de cassation

- 205 Le président, les juges et les juges suppléants sont élus par l'Assemblée fédérale, pour une période de quatre ans (art. 14 al. 1 PPM)⁵²⁹. La Commission judiciaire est compétente pour préparer leur élection⁵³⁰.
- 206 Pour être élus, les juges du Tribunal militaire de cassation doivent remplir certaines conditions définies par la loi. C'est ainsi que « [l]es juges et les juges suppléants doivent être des militaires ou des membres du corps des gardes-frontière. Ils doivent être titulaires d'une licence en droit ou d'un master en droit délivrés par une université suisse ou être titulaires d'un brevet d'avocat cantonal. Les officiers de la justice militaire peuvent

⁵²³ WUTHRICH, N 50 ; ROTHMAYR ALLISON/VARONE, p. 227.

⁵²⁴ Cf. *Le Temps* (online) du 18.12.2019, « Deux UDC alémaniques très mal élus à la tête du Tribunal pénal fédéral ».

⁵²⁵ MARTI, Commission judiciaire, N 11.

⁵²⁶ *Ibid.* Cf. art. 8 al. 1, 1^{ère} phrase LTFB. Pour le profil des juges du TFB : [<https://www.bundespatentgericht.ch/fr/le-tribunal/juges/>] (dernière consultation : 06.05.2020) où on notera qu'une bonne partie des juges sont actifs (en tant qu'employé ou indépendant) dans un cabinet spécialisé dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ces informations doivent notamment servir à « déterminer si un juge, son employeur, ou son cabinet a des liens avec des personnes qui pourraient être des parties au procès ou qui pourraient entretenir des relations d'affaire avec de telles parties susceptibles d'affecter l'indépendance du juge ». Cf. à ce propos le document concernant l'indépendance des juges disponible sur la même page internet.

⁵²⁷ MARTI, Commission judiciaire, N 42.

⁵²⁸ *Idem*, N 47.

⁵²⁹ Les présidents, les juges et les juges suppléants des tribunaux militaires et des tribunaux militaires d'appel sont toutefois nommés, pour quatre ans, par le Conseil fédéral (art. 7 al. 1 et 11 al. 1 PPM).

⁵³⁰ *Idem*, N 12.

aussi être nommés » (art. 14 al. 2 PPM). A côté de ces critères professionnels, le soutien d'un groupe parlementaire est indispensable afin d'être élu⁵³¹.

2.3.3. **Excursus : la désignation du procureur général de la Confédération et de l'Autorité de surveillance sur le Ministère public de la Confédération**

Depuis le 1^{er} janvier 2011, l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) élit le procureur général de la Confédération et les procureurs généraux suppléants de la Confédération (art. 20 al. 1 LOAP), pour une période de quatre ans (art. 20 al. 3 LOAP). Le procureur général nomme les autres procureurs (art. 20 al. 2 LOAP).

Le Ministère public de la Confédération est surveillé par une autorité indépendante, l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (AS-MPC), dont les membres sont également élus par le Parlement fédéral (Chambres réunies) (art. 23 al. 1 LOAP), pour une durée de quatre ans (art. 25 al. 1 LOAP). L'AS-MPC est composé de sept membres : un juge du Tribunal fédéral, un juge du Tribunal pénal fédéral, deux avocats inscrits dans un registre cantonal des avocats et trois spécialistes qui n'appartiennent pas à un tribunal fédéral et qui ne sont pas inscrits dans un registre cantonal des avocats (art. 23 al. 2 LOAP). Ces membres ne peuvent pas être membres de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral ni exercer aucune autre fonction au service de la Confédération (art. 24 al. 1 LOAP).

La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale est compétente pour la préparation de l'élection, y compris de la réélection, ainsi que de la révocation des membres du Ministère public et de l'AS-MPC (art. 40a al. 1 let. b et c LParl). Les postes de procureur général et de procureurs suppléants sont obligatoirement mis au concours (cf. art. 40a al. 2 LParl), contrairement à ceux de membres de l'AS-MPC⁵³².

Aucune clé de répartition n'a été créée pour la désignation du procureur général et des membres de l'AS-MPC. L'appartenance partisane ou le soutien d'un groupe politique n'est pas non plus une condition pour être élu, même si l'affiliation ou la sensibilité politique d'un candidat peut avoir des conséquences sur le résultat de l'élection⁵³³.

« Si l'autorité de surveillance constate que le procureur général de la Confédération ou un de ses suppléants a enfreint ses devoirs de fonction, elle peut prononcer les mesures disciplinaires suivantes : a. avertissement; b. blâme; c. réduction de salaire de 10% au maximum pendant un an au plus »⁵³⁴. La décision de l'autorité de surveillance peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 31 al. 3 LOAP). « Si l'autorité de surveillance conclut de l'enquête disciplinaire que les conditions d'une révocation sont réunies, elle propose celle-ci à la Commission judiciaire. Elle joint à sa proposition la prise de position du procureur général de la Confédération ou de son suppléant »⁵³⁵. La Commission judiciaire soumet, le cas échéant, à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) ses propositions pour la révocation du procureur général (art. 40a al. 3 LParl).

Tout récemment, le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance ont été au centre de l'attention. En mai 2019, l'AS-MPC avait ouvert une procédure disciplinaire concernant le procureur général Michael LAUBER, suite à des rencontres informelles qu'il avait eues avec le président de la FIFA lors d'une enquête. Le 2 mars 2020, l'AS-MPC avait sanctionné le procureur général par une réduction de son salaire annuel de 8% pour une durée d'un an⁵³⁶. Michael LAUBER avait fait recours contre cette sanction auprès du Tribunal administratif fédéral, qui a confirmé une partie des reproches formulés, mais a réduit la sanction à

⁵³¹ *Idem*, N 37.

⁵³² MARTI, Commission judiciaire, N 46.

⁵³³ *Idem*, N 47.

⁵³⁴ Art. 16 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant l'organisation et les tâches de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (RS 173.712.24). Cf. ég. art. 31 al. 2 LOAP.

⁵³⁵ 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 (RS 173.712.24). Cf. ég. art. 31 al. 1 LOAP.

⁵³⁶ Cf. communiqué de presse de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, du 04.03.2020. Disponible : http://www.ab-ba.ch/downloads/MM_AB-BA_04_03_2020_fr.pdf (dernière consultation : 26.05.2020)

trois points de pourcentage⁵³⁷. Quelques mois avant, le 20 mai 2020, la Commission judiciaire avait ouvert une procédure de révocation à l'encontre du procureur général (cf. art. 21 LOAP)⁵³⁸. Le 24 juillet 2020, Michael Lauber démissionne. Cette décision du procureur général finit par « régler » la difficile articulation entre la sanction disciplinaire prononcée par l'AS-MPC, en partie confirmée par le Tribunal administratif fédéral, et l'ouverture d'une procédure de révocation par la Commission judiciaire. En effet, on aurait pu se demander si cette dernière autorité pouvait alors se saisir du rapport de l'AS-MPC, apprécier les mêmes faits reprochés au procureur général et proposer à l'Assemblée fédérale sa révocation, alors que l'autorité de surveillance avait renoncé à proposer à la Commission judiciaire cette sanction⁵³⁹. La Commission judiciaire avait déclaré vouloir attendre l'issue du recours pour une partie des faits. En revanche, pour d'autres faits intervenus postérieurement à l'enquête disciplinaire, elle avait décidé de lancer de nouvelles investigations⁵⁴⁰. On relèvera que Michael LAUBER avait pourtant été réélu en septembre 2019 pour un nouveau mandat par l'Assemblée fédérale avec 129 voix (majorité absolue de 122 voix) malgré la recommandation négative de la Commission judiciaire⁵⁴¹, et ce en dépit des manquements qui lui étaient reprochés⁵⁴².

- 213 On notera qu'il ne s'agissait pas de la première fois que le Ministère public de la Confédération était dans la tourmente. En juin 2011, le procureur général Erwin BEYELER n'avait pas été réélu par l'Assemblée fédérale, à cinq voix près, et ce malgré la recommandation positive (mais selon un résultat serré) de la Commission judiciaire⁵⁴³.

2.3.4. La révocation et la non-réélection des juges fédéraux de première instance

- 214 A la différence des juges du Tribunal fédéral⁵⁴⁴, les juges du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets peuvent être révoqués par l'Assemblée fédérale avant la fin de leur période de fonction. Tel est le cas lorsqu'ils ont gravement violé – de manière intentionnelle ou par négligence grave – leurs devoirs de fonction ou s'ils ont durablement perdu la capacité d'exercer leur fonction (art. 26 LOAP ; 10 LTAF ; 14 let. b LTFB).
- 215 La préparation de la révocation – tout comme de la (non-)réélection – des juges des tribunaux fédéraux de première instance incombe à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (art. 40a al. 1 LParl), qui soumet à l'Assemblée fédérale ses propositions (art. 40a al. 3 LParl). Par ailleurs, l'article 40a al. 6 LParl prévoit que les Commissions de gestion et la Délégation des finances de l'Assemblée fédérale peuvent informer la Commission judiciaire lorsqu'elles ont des sérieuses raisons de mettre en doute les compétences professionnelles ou personnelles des juges.
- 216 En outre, lorsque la révocation d'un membre d'un tribunal de première instance entre en ligne en compte, la Commission administrative du Tribunal fédéral peut ordonner une enquête préalable. Si à la suite de celle-ci,

⁵³⁷ Arrêt A-2138/2020 du 22 juillet 2020.

⁵³⁸ Cf. communiqué de presse de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, du 20.05.2020. Disponible : [<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-gk-2020-05-20.aspx?lang=1033>] (dernière consultation : 26.05.2020).

⁵³⁹ Cf. MANSOUR Fati, « Le problème Lauber », *Le Temps*, 5 mai 2020, p. 6.

⁵⁴⁰ ALDER Kathrin, « Die Luft für Lauber wird dünn », *NZZ*, 21 mai 2020, p. 11 ; GYR Marcel, « Eine Freistellung von Bundesanwalt Michael Lauber ist längst überfällig », *NZZ* (online), 20 mars 2020.

⁵⁴¹ BO AF 2019 V 1212.

⁵⁴² Sur la question de la coordination hautement problématique entre la (non-)réélection et la révocation, cf. *infra*, N 1255.

⁵⁴³ Cf. MARTI, Kommentar ParlG, N 7 ad art. 136. BO AF 2011 V 1304.

⁵⁴⁴ Et du Tribunal fédéral militaire de Cassation, qui n'est pas une juridiction de première instance.

une procédure de révocation paraît nécessaire, la Commission administrative saisit la commission parlementaire compétente⁵⁴⁵. Néanmoins, le Tribunal fédéral ne dispose d'aucun pouvoir disciplinaire sur les juges des cours fédérales de première instance, faute de base légale⁵⁴⁶.

Les « Principes d'action concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection »⁵⁴⁷ 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 (art. 1 « Principes d'action »). Les dispositions régissant la procédure de révocation sont applicables par analogie en matière de non-réélection (art. 15 al. 1 « Principes d'action »). Toutefois, aucune voie de recours n'est prévue s'agissant des décisions de révocation des juges fédéraux de première instance prononcées par l'Assemblée fédérale sur la base de motifs disciplinaires (cf. art. 189 al. 4 Cst.)⁵⁴⁸.

S'agissant des conséquences financières d'une non-réélection ou d'une révocation, une indemnité se montant jusqu'à un an de salaire peut être accordée par la commission administrative ou la direction du tribunal concerné (art. 15a al. 1 OJuges). L'indemnité est notamment exclue lorsque la non-réélection ou la révocation sont motivées par une violation grave des devoirs de fonction (art. 15a al. 3 let. b OJuges).

2.4. Synthèse

Comme nous l'avons vu dans ce second chapitre de la première partie, l'accès aux charges judiciaires fédérales passe par plusieurs étapes. Tout d'abord, pour prétendre être juge fédéral, il faut être titulaire du droit de vote en matière fédérale (art. 143 Cst. ; art. 5 al. 2 LTF ; art. 5 al. 2 LTAF ; art. 42 al. 2 LOAP ; art. 9 al. 2 LTFB). La Constitution ou la loi ne prévoit pas d'autres conditions d'éligibilité pour ces juges. Font exceptions les juges du Tribunal fédéral des brevets qui, en raison de la compétence très spécialisée de ce tribunal, doivent avoir des connaissances suffisantes en droit des brevets (cf. art. 8 al. 1, 2e phrase LTFB)⁵⁴⁹. D'autres critères non légaux sont toutefois pris en compte par l'Assemblée fédérale, à savoir la langue, l'origine, le sexe ainsi que l'affiliation politique. Avec cela, la diversité de la société helvétique est reflétée. En dépit de l'absence d'obligation de suivre une formation juridique, des qualités professionnelles et personnelles remarquables sont, en outre, indispensables pour accéder aux charges judiciaires fédérales, avant tout à celle de juge de la Haute Cour fédérale de Lausanne.

Une fois ces critères remplis – et en cas de poste de vacant – un candidat pourra tenter d'accéder aux fonctions judiciaires fédérales. En premier lieu, il devra passer l'examen de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, qui procédera à l'étude de son dossier, l'auditionnera puis le proposera (ou non) aux Chambres fédérales. Bien que la création de la Commission judiciaire, en 2002, ait indéniablement contribué à dépolitiser le processus de sélection, du moins partiellement, sa composition exclusivement partisane implique que le candidat qui n'est pas membre ou sympathisant d'un parti n'est quasiment jamais auditionné ni encore moins présenté aux Chambres fédérales. L'emprise des partis politiques sur l'élection des juges fédéraux est ainsi évidente⁵⁵⁰. Cela vaut pour tous les tribunaux fédéraux, à l'exception du Tribunal fédéral des brevets, pour lequel les connaissances techniques du candidat passent en premier plan.

Par la suite, le candidat sera proposé à l'Assemblée fédérale, organe compétent en matière d'élection judiciaire (cf. art. 168 Cst.), qui procédera à la désignation selon la procédure prévue aux art. 135 ss LParl. A relever que le Parlement reste libre d'élire des candidats qui ne seraient pas proposés par la Commission judiciaire, ce qui

⁵⁴⁵ Art. 8 du Règlement du Tribunal fédéral relatif à la surveillance du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets, du 11 septembre 2016 (RSTF ; RS 173.110.132).

⁵⁴⁶ Arrêts du Tribunal fédéral (Commission administrative), 12T_4/2012 du 27 août 2012, consid. 3 avec référence citée, et 12T_4/2014 du 10 décembre 2014, consid. 2. Cf. ég. FF 2018 4713, p. 4736.

⁵⁴⁷ RO 2011 521 ; FF 2012 1091. Cf. *supra*, N 183.

⁵⁴⁸ PELLATON, N 837. Sur cette question, cf. *infra*, N 1231 ss et 1281.

⁵⁴⁹ On peut encore y ajouter les juges du Tribunal militaire de Cassation qui doivent être des militaires ou des membres des gardes-frontière. Ils doivent, en outre, être titulaires d'une licence ou d'un master en droit délivrés par une université suisse ou être titulaires d'un brevet d'avocat cantonal (art. 14 al. 2 PPM).

⁵⁵⁰ Cette crainte d'une dépolitisation marquée s'est d'ailleurs fait ressentir lors des débats qui ont animé le projet (finalement abandonné) d'instauration d'un Conseil de la magistrature, lequel aurait été composé en grande partie d'experts externes, cf. *supra*, N 134 ss.

n'arrive toutefois pratiquement jamais. La décision de l'Assemblée fédérale ne peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 189 al. 4 Cst.)⁵⁵¹.

- 222 Les juges fédéraux sont élus pour une durée de six ans (art. 145 Cst. ; art. 9 al. 1 LTF ; art. 9 al. 1 LTAF ; art. 48 al. 1 LOAP ; art. 13 al. 1 LTFB), à l'exception des membres du Tribunal militaire de cassation, qui le sont pour une durée de quatre ans (art. 14 al. 1 PPM).
- 223 Une fois élu, le juge se soumettra à certaines règles, notamment à celles relatives aux incompatibilités, que ce soit en raison de la fonction qu'il occupe ou en raison des relations, notamment familiales, qu'il entretient. Ces règles visent notamment à garantir la séparation des pouvoirs ainsi qu'à préserver l'indépendance et l'impartialité des juges.
- 224 La fonction d'un juge fédéral pourra prendre fin, en cours de législature, à la suite de son décès, de la perte d'une condition d'éligibilité, de l'atteinte de la limite d'âge (68 ans) ou encore de sa démission. En revanche, seuls les juges des tribunaux fédéraux de première instance pourront être révoqués par l'Assemblée fédérale. Dans toutes ces hypothèses, celle-ci procèdera alors à une élection complémentaire afin de repourvoir le siège vacant. A la fin de la période de fonction, quand sera renouvelé intégralement le tribunal, il est également envisageable que le juge ne se représente pas pour une nouvelle législature ou, encore, qu'il ne soit pas réélu. Bien que ce dernier cas de figure soit plutôt rare, le fait, pour un magistrat judiciaire, de devoir se soumettre aux urnes est susceptible de mettre à mal son indépendance. A ce titre, certaines garanties procédurales à respecter lors d'une non-réélection ont été instituées par la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale⁵⁵².

⁵⁵¹ Ce qui ne va pas sans poser de problèmes. Cf. *infra*, N 1231 ss.

⁵⁵² Cf. *infra*, N 1223.

Chapitre 3 : La désignation des juges dans les cantons

3.1. Présentation et démarche

Dans ce chapitre, nous exposerons les modes de désignation des juges au sein des diverses entités fédérées de notre pays. Le système fédéraliste suisse implique que chaque canton a sa propre organisation judiciaire, définie selon son propre droit. De ce fait, les différences cantonales peuvent parfois être significatives.

Nous procéderons, dans un premier temps, à une présentation du système de désignation des juges dans les 26 cantons qui composent la Confédération suisse (ch. 3.2.). Une attention particulière sera donnée aux conditions d'éligibilité (ch. 3.2.1.), à la préparation de l'élection (ch. 3.2.2.), aux autorités de désignation (ch. 3.2.3.), à la durée de la fonction (ch. 3.2.4.) et à la réélection (ch. 3.2.5). De la sorte, nous pourrions relever les diverses tendances cantonales (ch. 3.2.6). Dans un second temps, nous analyserons plus en détail les modes de désignation dans certains cantons (ch. 3.3.). Le choix s'est porté sur les cantons latins, qui représentent un panel significatif des différents modes de désignation que l'on peut retrouver dans notre pays (ch. 3.3.1. à 3.3.8.). Zurich, en tant que canton le plus peuplé de Suisse et qui présente d'ailleurs des points communs avec d'autres cantons suisses alémaniques, sera également examiné (ch. 3.3.9.). Nous insisterons, pour chaque canton étudié, sur les conditions d'éligibilité des juges, leur sélection, leur désignation, la durée de leur fonction, les incompatibilités auxquelles ils sont soumis ainsi que leur surveillance disciplinaire, en particulier en lien avec leur révocation. Cela fait, nous pourrions synthétiser les éléments étudiés (ch. 3.3.10.).

3.2. Un aperçu des modes de désignation cantonaux

3.2.1. Les conditions d'éligibilité

Actuellement, environ un tiers des cantons⁵⁵³ ne prévoit aucune condition d'éligibilité pour ses juges professionnels, en dehors de la titularité du droit de vote⁵⁵⁴. Les autres cantons imposent, en revanche, certaines conditions, que nous examinerons ci-après.

3.2.1.1. Le suivi d'une formation spécifique

Plus de la moitié des cantons⁵⁵⁵ impose des qualifications pour ses juges professionnels⁵⁵⁶. Il s'agit le plus souvent de l'obtention d'une licence ou d'un Master en droit. Dans une dizaine de cantons, cette formation doit être complétée par un brevet d'avocat⁵⁵⁷ ou, alternativement, par un brevet de notaire du canton en question⁵⁵⁸, d'une formation jugée équivalente au brevet d'avocat⁵⁵⁹, d'un doctorat en droit ou d'un titre équivalent à celui-ci⁵⁶⁰.

⁵⁵³ Appenzell Rhodes-Intérieures, Glaris, les Grisons, Neuchâtel, Nidwald, Schaffhouse, Thurgovie et Uri.

⁵⁵⁴ KÜNG, p. 22.

⁵⁵⁵ Argovie, Berne, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Fribourg, Genève, Jura, Lucerne, Obwald, Saint-Gall, Soleure, Tessin, Vaud, Valais, Zoug et Zurich (pour les juges de districts).

⁵⁵⁶ Pour un résumé, cf. KÜNG, p. 22. Pour les détails, cf. KRAUSKOPF, pp. 196 ss.

⁵⁵⁷ Argovie, Genève, les Grisons, Obwald et Soleure.

⁵⁵⁸ Berne et Jura.

⁵⁵⁹ Lucerne.

⁵⁶⁰ Tessin.

- 229 En outre, certains cantons demandent que leurs magistrats suivent des formations particulières⁵⁶¹. C'est notamment le cas du canton de Thurgovie qui impose que les juges nouvellement élus suivent, dans les trois ans après leur nomination, un cours d'introduction approprié⁵⁶². Ce type de formation est notamment organisé, depuis 2009, par l'Académie suisse de la magistrature et permet d'obtenir un certificat d'études approfondies en magistrature (CAS en magistrature)⁵⁶³. C'est le cas également du canton de Fribourg où le Conseil de la magistrature a édicté des directives concernant la formation des magistrats. Ces directives prévoient notamment que les nouveaux juges suivent la formation de base auprès de l'Académie suisse de la magistrature⁵⁶⁴. A Berne, il est également demandé aux présidents des tribunaux de première instance qu'ils soient titulaires d'un diplôme de formation postgrade (CAS en magistrature par exemple)⁵⁶⁵. A Genève, depuis 2014, les juges nouvellement élus doivent suivre une formation obligatoire préparée par le secteur formation du pouvoir judiciaire⁵⁶⁶.
- 230 Cela dit, dans la pratique, même dans les hypothèses où la loi n'exige pas de formation pour devenir juge, il est très rare qu'une personne ne disposant pas d'une formation universitaire en droit soit élue ou nommée comme juge professionnel. Par ailleurs, de nombreux cantons comptent des juges de carrière titulaires d'un brevet d'avocat et/ou parfois d'un doctorat en droit, sans qu'une telle exigence soit prévue dans la loi⁵⁶⁷. Il en va autrement pour les assesseurs ou les juges prud'hommes qui n'ont parfois pas de formation juridique⁵⁶⁸.

3.2.1.2. L'expérience professionnelle

- 231 Après l'obtention du diplôme exigé, certains cantons⁵⁶⁹ requièrent des candidats une expérience pratique, parfois de plusieurs années, généralement dans les domaines de compétence du tribunal. D'ailleurs, des cantons⁵⁷⁰ publient parfois les profils de compétence pour les postes mis au concours, notamment quant aux qualifications requises.

3.2.1.3. Les langues

- 232 Certains cantons bi⁵⁷¹- ou trilingues⁵⁷² exigent, en outre, la connaissance de leurs langues officielles.

3.2.1.4. L'absence de condamnation pénale, d'actes de défaut de biens ou de faillite

- 233 Plusieurs cantons⁵⁷³ prévoient expressément, dans leur législation, l'absence de condamnation pour des actes contraires à la probité ou à l'honneur. Ils exigent aussi que les juges n'aient pas fait l'objet d'un acte de défaut de biens ou ne soient pas en état de faillite, ou encore qu'ils jouissent d'une bonne réputation⁵⁷⁴.

⁵⁶¹ KÜNG, p. 22.

⁵⁶² § 6 al. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege, du 27 mai 2010 (RS/TG: 271.11).

⁵⁶³ Sur le CAS en magistrature, cf. *infra*, N 1361 ss.

⁵⁶⁴ Cf. [<http://www.fr.ch/cmaga/fr/pub/formation.htm>] (dernière consultation : 07.05.2020).

⁵⁶⁵ Exceptionnellement cette formation peut être accomplie après-coup, cf. [http://www.gr.be.ch/gr/fr/index/hintergrund/hintergrund/aufgaben/richterwahlen.assetref/dam/documents/GR/Parlamentsdienste/fr/richterwahlen/stellenprofil/anforderungsprofil_gerichtspraesident-1n-erster-instan-1n-fr.pdf] (dernière consultation: 02.05.2020).

⁵⁶⁶ Cf. *infra*, N 287.

⁵⁶⁷ KRAUSKOPF, pp. 198 s.

⁵⁶⁸ Sur la question des juges laïcs, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.2.2.

⁵⁶⁹ Argovie, Fribourg, Genève, Obwald et Saint-Gall. Pour plus de détails, cf. KRAUSKOPF, pp. 196 ss.

⁵⁷⁰ Notamment Berne, Lucerne et Schwyz.

⁵⁷¹ Berne et le Valais.

⁵⁷² Les Grisons.

⁵⁷³ Par exemple, Fribourg, Genève et Obwald.

⁵⁷⁴ BOHNET, p. 129 ; KÜNG, p. 22.

3.2.1.5. L'obligation de domicile

Certains cantons⁵⁷⁵ conditionnent l'accès à la fonction de juge à une obligation de domicile sur le territoire cantonal. Cette obligation constitue une atteinte à la liberté d'établissement garantie par l'art. 24 Cst. (et l'art. 12 du Pacte ONU II), liberté qui peut toutefois être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst., notamment si un intérêt public la justifie et si cette mesure est proportionnée. S'agissant des fonctionnaires et autres employés des collectivités publiques, la jurisprudence n'apparaît pas homogène, le Tribunal fédéral ayant parfois admis l'obligation de domicile, alors que d'autres fois il l'a refusée⁵⁷⁶. Dans tous les cas, une obligation de résidence doit être déterminée en raison des besoins liés à l'activité ou des relations étroites nécessaires avec la communauté. Une limitation pour des raisons purement fiscales est en revanche exclue⁵⁷⁷. 234

3.2.1.6. L'appartenance à un parti politique

Comme cela est le cas au niveau fédéral, pour postuler à une fonction judiciaire, il faut être membre d'un parti, ou, du moins, en être suffisamment proche au point d'accepter d'être présenté par celui-ci. Il en va ainsi en particulier pour les juges cantonaux de seconde instance⁵⁷⁸. La règle n'est pas absolue pour les juges de première instance⁵⁷⁹, notamment dans les petits cantons où le peuple les élit. Dans ce cas, la personnalité du candidat est parfois plus importante que son appartenance politique⁵⁸⁰. Cependant, seuls quelques cantons, tels que Lucerne⁵⁸¹, Soleure⁵⁸² et Vaud⁵⁸³, mentionnent expressément dans leur Constitution une prise en compte des différentes forces politiques lors d'une élection judiciaire. 235

Souvent, les partis politiques cantonaux ont leur propre commission interne chargée d'évaluer leurs membres ou sympathisants se portant candidat à un poste de magistrat. Des primaires au sein du parti peuvent également être organisées dans l'optique de désigner le candidat jugé le plus apte à exercer la fonction. Cette personne devrait être susceptible de recueillir le plus grand nombre de voix auprès de l'autorité d'élection⁵⁸⁴. 236

3.2.2. La préparation de l'élection

Tant pour les juges de première que de seconde instances, une quinzaine de cantons prévoient l'intervention d'autorités plus ou moins indépendantes de l'organe politique d'élection. Les tâches de ces instances « neutres » varient selon les cantons, mais le plus souvent elles mettent au concours le poste vacant, sélectionnent et évaluent les candidats, puis formulent un préavis à l'autorité compétente pour les élire. Ces autorités peuvent être un conseil de la magistrature, une commission de présentation ou une commission judiciaire, notamment. Elles sont généralement composées principalement de parlementaires, auxquels s'ajoutent parfois des magistrats, des experts du droit (par ex. professeurs d'université) ou encore des avocats au barreau⁵⁸⁵. A l'inverse, une véritable procédure de sélection dans les cantons où les juges sont élus par le peuple fait souvent défaut⁵⁸⁶. 237

⁵⁷⁵ Notamment Genève, le Jura, Neuchâtel, Vaud (sauf pour le Tribunal neutre) et Zurich.

⁵⁷⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 783 ss et la jurisprudence citée, not. ATF 108 Ia 248 (admis) et ATF 111 Ia 214 (refus).

⁵⁷⁷ BOHNET, p. 129. Cf. par ex. ATF 128 I 34 s'agissant de l'obligation de résidence d'un préfet bernois.

⁵⁷⁸ ZAPPELLI, Le Juge, p. 89.

⁵⁷⁹ Par exemple, dans les cantons du Valais et de Vaud, où les juges de première instance sont élus par le Tribunal cantonal. Cf. *infra*, N 357 et N 369 ss.

⁵⁸⁰ KIENER, Judicial Independence, p. 415.

⁵⁸¹ « Bei seinen Wahl berücksichtigt der Kantonsrat die Vertretung der politischen Parteien in angemessener Weise » (§ 44 al. 3 Cst./LU) (RS 131.213).

⁵⁸² « Öffentliche Ämter sind durch die am besten geeigneten Personen zu besetzen. Nach Möglichkeit sind die verschiedenen Bevölkerungskreise, namentlich die Regionen und die politischen Richtungen, angemessen zu berücksichtigen » (§ 60 Cst./SO) (RS 131.221).

⁵⁸³ « [...] Le Grand Conseil veille, en outre, à une représentation équitable des différentes sensibilités politiques » (art. 131 al. 3, 2^e phrase Cst./VD).

⁵⁸⁴ ZAPPELLI, Le Juge, p. 89.

⁵⁸⁵ MAHON/SCHALLER, Election, p. 12 et le tableau aux pp. 15 à 19.

⁵⁸⁶ KÜNG, p. 25.

3.2.3. Les autorités de désignation

3.2.3.1. Des juges de première instance

- 238 Les juges de première instance sont élus, dans la très grande majorité des cantons, par un organe politique, à savoir le peuple, dans quatorze cantons⁵⁸⁷, et le Parlement, dans dix cantons⁵⁸⁸.
- 239 Vaud⁵⁸⁹ et le Valais⁵⁹⁰ font figure d'exceptions à cette élection politique, puisque les juges de première instance sont désignés, dans ces cantons, par un organe judiciaire, à savoir le Tribunal cantonal. A Zurich, les juges suppléants des *Bezirksgerichte* sont élus par l'*Obergericht*⁵⁹¹. A Berne, les juges en chef du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, du Tribunal pénal économique, du Tribunal des mineurs, des tribunaux régionaux et des autorités régionales de conciliation sont, quant à eux, désignés par la Cour suprême⁵⁹².

3.2.3.2. Des juges de seconde instance

- 240 Quant aux juges de seconde instance, ils sont élus, dans la plupart des cantons, par le Parlement. Tel est le cas dans dix-huit cantons⁵⁹³. Une élection populaire est, quant à elle, prévue, dans huit cantons⁵⁹⁴.

3.2.3.3. Les élections tacites

- 241 En outre, dans certains cantons qui pratiquent l'élection populaire, une élection tacite est possible, tant pour les juges de première que de deuxième instances. Les principaux partis politiques s'entendent pour ne pas présenter davantage de candidats que de postes à repourvoir, de sorte que l'autorité d'élection n'est pas appelée aux urnes. Cette pratique est largement répandue⁵⁹⁵.

3.2.4. La durée de la fonction

- 242 Dans la quasi-totalité des cantons, les juges sont élus pour une durée déterminée, laquelle varie d'un canton à l'autre. Font exceptions les juges fribourgeois, lesquels sont élus pour une durée indéterminée⁵⁹⁶.
- 243 Les juges de première instance sont élus pour une durée variant de deux à dix ans. La durée du mandat est de deux ans dans un seul canton⁵⁹⁷, de quatre ans dans un peu plus de la moitié des cantons (quatorze)⁵⁹⁸, de cinq

⁵⁸⁷ Appenzell Rhodes-Intérieures (par la *Bezirksgemeinde*), Argovie ; Bâle-Ville, Genève (sauf pour les juges des prud'hommes), Glaris (par la *Landsgemeinde*), les Grisons, Obwald, Saint-Gall, Soleure, Schwyz (sauf le *Strafgericht* et quelques autres tribunaux), Thurgovie, Uri, Zoug et Zurich (état au 01.05.2020). Cf. ég. GRODECKY, Corps électoral, N 47 qui ne prend cependant pas en compte la modification intervenue à Bâle-Campagne le 1^{er} avril 2019.

⁵⁸⁸ Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne (sauf pour les juges de paix), Berne, Fribourg, Jura, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, Schaffhouse et le Tessin (état au 01.05.2020). Cf. MAHON/SCHALLER, Election, pp. 15-19 ; AUER, Staatsrecht, N 272 ss.

⁵⁸⁹ Art. 133 al. 2 let. b Cst./VD.

⁵⁹⁰ Art. 10 al. 4 LOJ/VS.

⁵⁹¹ Art. 75 al. 2 Cst./ZH.

⁵⁹² Art. 39 al. 2 let. e LOJM/BE.

⁵⁹³ Argovie, Berne, Bâle-Campagne, Fribourg, les Grisons, le Jura, Lucerne, Neuchâtel, Nidwald, Saint-Gall, Schaffhouse, Soleure, Schwyz (pour le président et trois juges), Thurgovie, le Tessin, le Valais, Vaud et Zurich (état au 01.05.2020).

⁵⁹⁴ Appenzell Rhodes-Intérieures (par la *Landsgemeinde*), Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Ville, Genève, Glaris (par la *Landsgemeinde*), Obwald, Uri et Zoug (état au 01.05.2020). Cf. MAHON/SCHALLER, Election, pp. 15-19 et AUER, Staatsrecht, N 272 ss.

⁵⁹⁵ KIENER, Unabhängigkeit, p. 256 ; BUSER, N 23. Le Tribunal fédéral (ATF 112 Ia 233 cons. 2) a considéré que l'élection tacite ne violait pas en soi les droits politiques des citoyens lorsque les électeurs ont été suffisamment informés de l'éventualité d'une élection tacite et de leur droit de proposer des candidats. Cf. *infra*, N 944.

⁵⁹⁶ Art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase Cst./FR. Cf. *infra*, N 275 ss.

⁵⁹⁷ Appenzell Rhodes-Intérieures.

⁵⁹⁸ Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Glaris, les Grisons, Lucerne, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, Soleure, Schwyz, Thurgovie, Uri et le Valais (état au 01.05.2020).

ans dans deux cantons⁵⁹⁹, de six ans dans sept cantons⁶⁰⁰ et de dix ans dans un canton⁶⁰¹.

Quant aux juges de deuxième instance, ils sont généralement élus pour la même durée que celle des magistrats de première instance ; à l'exception du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, où ils sont élus pour un an (contre deux pour les magistrats de première instance)⁶⁰².

3.2.5. La réélection

A part Fribourg, tous les cantons prévoient une procédure de réélection au terme de la durée de fonction des magistrats. Dans ce cas, l'autorité compétente en matière de réélection est généralement la même que celle de la (première) désignation. Certains cantons prévoient également l'intervention d'une autorité plus ou moins indépendante de celle de l'élection, généralement un conseil de la magistrature ou une commission judiciaire, dont les tâches consistent à préavisier la réélection des magistrats⁶⁰³. Par ailleurs, la procédure de réélection est généralement identique à celle de l'élection. Elle est souvent simplifiée, en ce sens que, par exemple, les postes dont les titulaires se représentent ne sont pas mis au concours, et les juges réélus tacitement⁶⁰⁴.

Par ailleurs, il convient de relever la particularité du canton de Soleure s'agissant de la réélection des présidents des tribunaux d'arrondissement. Ceux-ci sont, en effet, les seuls autorisés à se présenter, au premier tour, devant le peuple. C'est uniquement s'ils ne remportent pas la majorité absolue des voix qu'un second tour est organisé et ouvert à d'autres candidats potentiels⁶⁰⁵.

3.2.6. Tendances et évolution

Comme le relevaient déjà Pierre ZAPPELLI en 2007⁶⁰⁶, puis Pascal MAHON et Roxane SCHALLER en 2013⁶⁰⁷, on tend, ces dernières années, à attribuer au Parlement en lieu et place du peuple la désignation des juges, en particulier pour les juridictions de deuxième instance⁶⁰⁸. Cela dit, l'élection populaire reste encore majoritaire en Suisse, en particulier dans les cantons alémaniques (en Suisse romande, seul le canton de Genève pratique encore ce mode de scrutin⁶⁰⁹). Ce mode de désignation est symptomatique d'un fort attachement au principe démocratique de l'élection directe des membres des (trois) pouvoirs étatiques, ceux-ci bénéficiant de davantage de légitimité⁶¹⁰.

En outre, une tendance réside dans l'augmentation de la durée de fonction des magistrats. Plusieurs cantons sont, en effet, passés de cinq à six, voire dix ans, alors que beaucoup préoyaient une durée de trois ou, en majorité, quatre ans en 1994⁶¹¹.

Enfin, on l'a dit, on peut constater dans certains cantons des tentatives de « dépolitisation » et de « professionnalisation » des procédures d'élection et de réélection des juges ; que ce soit par la mise en place d'instances plus ou moins neutres, chargées de sélectionner les candidats ou de préavisier l'élection ou la réélection, ou

⁵⁹⁹ Le Jura et Vaud.

⁶⁰⁰ Berne, Bâle-Campagne, Genève, Neuchâtel, Saint-Gall, Zoug et Zurich.

⁶⁰¹ Le Tessin.

⁶⁰² MAHON/SCHALLER, Réélection, N 16.

⁶⁰³ *Idem*, N 19 s.

⁶⁰⁴ *Ibid.* Notamment à Genève et à Zurich, cf. *infra*, N 297 et N 391.

⁶⁰⁵ § 45 de la *Gesetz über die politischen Rechte* (GPR ; RS/SO 113.111) par renvoi du § 88 de la *Gesetz über die Gerichtsorganisation* (GO ; RS/SO 125.12). Cf. à ce sujet, l'arrêt du Tribunal fédéral 143 I 211. Pour le surplus, cf. *infra*, N 1206 ss.

⁶⁰⁶ ZAPPELLI, Le juge, pp. 85 ss, qui compare la situation de 2007 à celle de 1994.

⁶⁰⁷ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 23.

⁶⁰⁸ *Ibid.* Mais également en première instance. Le 25 novembre 2018, les citoyens de Bâle-Campagne ont, en effet, accepté que les juges des cours civiles de première instance soient désignés par le Parlement au lieu du peuple (abrogation du § 25 al. 1 let. c et d). Cette modification est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019. Cf. FF 2019 I 6511.

⁶⁰⁹ Cf. *infra*, N 293 ss.

⁶¹⁰ GONIN/BIGLER, Sélection, p. 31.

⁶¹¹ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 24, qui comparent la situation de 2013 à celle décrite, en 1994, par SPÜHLER, Richter, pp. 33-34. ZAPPELLI, Le Juge, p. 89, relevait déjà, en 2007, une tendance assez nette à l'augmentation de la durée de fonction. La situation est stable depuis 2013.

encore par la promulgation d'ensembles de principes ou de règles de procédure⁶¹². A noter toutefois qu'une procédure de sélection (plus ou moins objective) dans les cantons où les juges sont élus par le peuple fait souvent défaut⁶¹³.

3.3. La désignation des juges dans quelques cantons en particulier

3.3.1. Berne

3.3.1.1. Les conditions d'éligibilité

250 Outre le fait d'avoir la jouissance du droit de vote dans le canton de Berne (cf. art. 67 al. 1 Cst./BE), les juges doivent être titulaires du brevet de notaire bernois ou d'un brevet d'avocat (art. 29 al. 1 LOJM/BE). L'autorité de désignation demande également aux présidents des tribunaux de première instance qu'ils soient titulaires d'un diplôme de formation postgrade (CAS ou MAS Forensics, CAS en magistrature de l'Académie suisse de la magistrature ou une formation équivalente)⁶¹⁴.

251 Par ailleurs, les membres des autorités judiciaires énumérés à l'art. 29 al. 2 let. a à i LOJM⁶¹⁵ doivent comprendre et parler les deux langues officielles du canton de Berne, à savoir l'allemand et le français (cf. art. 6 Cst./BE). Les juges et les membres suppléants de la Cour des affaires de langue française du Tribunal administratif doivent, en outre, être de langue maternelle française (art. 48 al. 3 LOJM/BE).

3.3.1.2. La sélection des candidats

252 A Berne, la préparation de l'élection des juges est du ressort de la Commission de justice du Grand Conseil (art. 21a al. 1 LOJM/BE), plus précisément de sa section IV. Au sein de celle-ci, chaque groupe parlementaire est représenté. Le poste est mis au concours par la publication dans la feuille officielle et sur le site de l'administration, ainsi que dans la presse quotidienne. Parallèlement à la mise au concours, la section IV informe toutes les fractions politiques du Grand Conseil du poste vacant⁶¹⁶.

253 Les candidats sont présélectionnés par la section IV sur la base de leur dossier. Ils sont ensuite auditionnés par cet organe⁶¹⁷. La loi prévoit, par ailleurs, que diverses entités soient entendues, à savoir la Cour suprême, le Tribunal administratif, le Parquet général, l'Association des avocats bernois ainsi que l'Association des juges et procureurs bernois (art. 21a al. 2 LOJM/BE). Ces autorités donnent alors leurs avis quant aux compétences professionnelles et personnelles des candidats ainsi que sur leurs expériences. Ce préavis est un élément central

⁶¹² MAHON/SCHALLER, Réélection, N 25.

⁶¹³ KÜNG, p. 25.

⁶¹⁴ Exceptionnellement cette formation peut être accomplie après-coup, cf. [http://www.gr.be.ch/gr/fr/index/hintergrund/hintergrund/aufgaben/richterwahlen.assetref/dam/documents/GR/Parlamentsdienste/fr/richterwahlen/stellenprofil/anforderungsprofil_gerichtspraesident-1n-erster-instan-1n-fr.pdf] (dernière consultation: 02.05.2020).

⁶¹⁵ A savoir : les membres à titre principal de la Cour suprême, les membres du Tribunal administratif, les membres du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, les membres du Tribunal pénal économique, les membres à titre principal du Tribunal des mineurs, le président ou la présidente et le vice-président ou la vice-présidente de la Commission des recours en matière fiscale, le président ou la présidente de la Commission de recours contre les mesures administratives prononcées en vertu de la loi sur la circulation routière, le président ou la présidente de la Commission d'estimation en matière d'expropriation, le président ou la présidente de la Commission des améliorations foncières, le président ou la présidente de l'Autorité régionale de conciliation de Berne-Mittelland, le procureur général ou la procureure générale ainsi que les procureurs généraux suppléants et les procureures générales suppléantes.

⁶¹⁶ LAGGER-DEUTSCH, p. 27 ; WÜTHRICH, N 76.

⁶¹⁷ Cf. art. 55-56 du *Reglement der Justizkommission des Grossen Rates (Reglement Juko)* du 28.02.2018 (non disponible en français). Ce règlement n'est pas publié au Recueil officiel des lois bernoises (ROB).

dans le choix des candidatures, d'autant plus si ces entités ont déjà eu à faire avec ces candidats⁶¹⁸. La Commission judiciaire recommande ensuite la candidature au Grand Conseil (art. 21 al. 1 LOJM/BE). Cette recommandation n'est toutefois pas contraignante pour celui-ci, qui garde sa liberté⁶¹⁹.

A côté des compétences professionnelles et personnelles des candidats, le critère politique joue un rôle important, dans ce sens que les juges sont élus selon une clé de répartition déterminée à l'avance. Cela dit, il n'y a pas de règles – écrites ou non – qui obligerait les candidats à être sympathisants ou membres d'un parti politique. En outre, une modification des forces politiques au sein du Parlement lors d'une nouvelle législature n'a pas d'effet sur la clé de répartition. Le critère politique ne semble dès lors pas si fondamental, surtout en première instance. Certains juges suppléants, mais également quelques juges ordinaires, ne sont d'ailleurs pas membres d'un parti politique⁶²⁰.

Enfin, le recrutement des juges appelés à siéger dans certains tribunaux spécialisés (en matière de bail, de travail, de commerce et d'assurances sociales) est opéré par les organisations concernées, qui proposent directement les candidatures à la Commission de justice (art. 21a al. 3 LOJM/BE). Il n'y a donc ni mise au concours des postes ni audition des candidats par cette commission⁶²¹.

3.3.1.3. La désignation des juges

Les présidents de la Cour suprême et du Tribunal administratif ainsi que les autres membres des tribunaux sont élus par le Grand Conseil (art. 77 al. 1 let. d et e Cst./BE ; art. 21 LOJM/BE). Les juges en chef du Tribunal cantonal des mesures de contrainte, du Tribunal pénal économique, du Tribunal des mineurs, des tribunaux régionaux et des autorités régionales de conciliation sont, quant à eux, désignés par la Cour suprême (art. 39 al. 2 let. e LOJM/BE ; cf. ég. art. 82, 83 et 86 LOJM/BE).

3.3.1.4. La durée de fonction et la réélection

La période de fonction des juges est de six ans (art. 24 al. 1 LOJM/BE). Au terme de celle-ci, la Commission de justice du Grand Conseil décide des candidats sortants qui doivent être proposés au Parlement pour la réélection (art. 21a al. 2 LOJM/BE). Dans ce cas, elle prend contact avec les mêmes autorités que lors de la (première) élection⁶²².

Par ailleurs, l'art. 39 al. 2 LPers/BE prévoit que « [l]orsque 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 de son intention ». Cette procédure est susceptible de mettre à mal les droits procéduraux du magistrat⁶²³.

3.3.1.5. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

Les membres des autorités judiciaires cantonales ne peuvent être simultanément membres du Grand Conseil (art. 68 al. 1 let. b Cst./BE ; art. 27 al. 1 LOJM/BE). Ils ne peuvent pas non plus simultanément être membres du Conseil exécutif ni appartenir à l'administration cantonale (art. 68 al. 2 Cst./BE ; art. 27 al. 1 LOJM/BE). En outre, « [e]xception faite des juges spécialisés en droit du travail, les membres d'un tribunal régional ne peuvent faire partie d'une autorité régionale de conciliation » (art. 27 al. 2 LOJM/BE).

⁶¹⁸ LAGGER-DEUTSCH, p. 28.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ LAGGER-DEUTSCH, p. 30 ; WÜTHRICH, N 74.

⁶²¹ LAGGER-DEUTSCH, p. 30.

⁶²² Cf. *supra*, N 256.

⁶²³ PELLATON, N 871. Même si l'art. 53 al. 1 du *Reglement Juko* (non publié au Recueil officiel bernois) prévoit que la commission entend le magistrat si sa réélection est remise en cause.

260 Par ailleurs, les juges à titre principal doivent être au bénéfice d'une autorisation pour exercer des activités annexes ou des charges publiques (art. 30 al. 1 LOJM/BE). L'autorisation peut être donnée par diverses juridictions cantonales (cf. art. 30 al. 2 LOJM/BE). En outre, « [l]es juges à titre principal ne peuvent représenter professionnellement des tiers devant une autorité judiciaire ou une autorité administrative du canton » (art. 30 al. 3 LOJM/BE).

b) Incompatibilités à raison de la personne

261 « Les conjoints, les partenaires enregistrés, les personnes menant de fait une vie de couple et les parents en ligne directe ne peuvent être simultanément juges du même tribunal, ni présidents ou présidentes de la même autorité de conciliation, ni procureurs ou procureures du Parquet général » (art. 28 LOJM/BE).

3.3.1.6. La surveillance disciplinaire

262 Dans le canton de Berne, la Cour suprême et le Tribunal administratif sont placés sous la haute surveillance du Grand Conseil (art. 78 Cst./BE ; art. 13 al. 1 LOJM/BE)⁶²⁴. Quant à l'exercice de la surveillance des autorités judiciaires inférieures, elle est partagée entre la Cour suprême (art. 13 al. 2 LOJM/BE) et le Tribunal administratif (art. 13 al. 3 LOJM/BE).

263 Les droits et devoirs des collaborateurs des autorités judiciaires sont régis, sauf disposition contraire de la LOJM/BE, par la législation sur le personnel (art. 3, 1^{ère} phrase RPersJ/BE). Selon l'art. 41 al. 1 LPers/BE, la résiliation des rapports de travail en cours de période fonction « est prononcée par jugement du tribunal de révocation, sur proposition de l'autorité compétente », en l'occurrence la Commission de justice du Grand Conseil (art. 41 al. 4 let. a LPers/BE). Cette dernière « 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).

264 La Cour suprême fait office de 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 de conciliation. Le Tribunal administratif est compétent dans tous les autres cas (art. 41 al. 2 LPers/BE). Pour les membres de la Cour suprême, la compétence de révocation semble apparemment attribuée à la Commission de justice du Grand Conseil (cf. art. 38 let. a et 41 al. 1 LPers/BE) qui procède à la mesure après proposition du plénum de la Cour suprême⁶²⁵. Cette compétence paraît problématique, car aucune voie de recours n'est expressément prévue s'agissant des décisions de révocation prononcées sur la base de motifs disciplinaires⁶²⁶.

3.3.2. Fribourg

3.3.2.1. Les conditions d'éligibilité

265 Aux termes de l'art. 9 LJ/FR, « sont éligibles en qualité de juges les personnes qui : ont la citoyenneté active sur le plan cantonal ou qui, étant de nationalité étrangère, sont titulaires d'une autorisation d'établissement (al. 1 let. a) ; ne font pas l'objet d'actes de défaut de biens (al. 1 let. b) ; n'ont pas été condamnées pénalement pour des faits incompatibles avec la fonction de juge (al. 1 let. c). En outre, les personnes de nationalité étrangère doivent être domiciliées dans le canton depuis au moins cinq ans (al. 2). Les articles 16 et 17 sont réservés (al. 3) ».

⁶²⁴ Pour la définition de la haute surveillance et la distinction, parfois infime, avec la surveillance disciplinaire, cf. *supra*, N 192 s.

⁶²⁵ PELLATON, N 866.

⁶²⁶ *Idem*, N 870.

Une formation juridique est également requise puisque « [l]es juges professionnels doivent soit être titulaires du brevet d'avocat ou d'avocate, soit être titulaires d'une licence ou d'un master en droit. Ils doivent faire preuve de connaissances pratiques suffisantes pour l'exercice de la fonction envisagée » (art. 10 al. 1 LJ/FR). Par ailleurs, le Conseil de la magistrature a édicté des directives concernant la formation des magistrats, qui prévoient notamment que les nouveaux magistrats suivent une formation de base auprès de l'Académie suisse de la magistrature (CAS en magistrature)⁶²⁷.

266

3.3.2.2. La sélection des candidats

Une nouvelle Constitution a été adoptée par le peuple fribourgeois le 16 mars 2004. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Cette Charte fondamentale prévoit certaines modifications quant à l'organisation du pouvoir judiciaire⁶²⁸. Une de celles-ci est la mise en place d'un Conseil de la magistrature, qui est chargé notamment de préavisier les candidatures aux fonctions judiciaires (art. 128 Cst./FR)⁶²⁹.

267

Le Conseil de la magistrature, plus précisément la Commission des élections, composée de trois membres (cf. art. 2 al. 3 RCM/FR), met les postes au concours par publication d'annonces dans la feuille officielle et dans d'autres médias en fonction du poste à pourvoir (art. 12 al. 1 LJ/FR ; art. 28 al. 1 RCM/FR). Les organisations légalement concernées sont averties par écrit de la mise au concours (art. 28 al. 2 RCM/FR). Les candidatures doivent être accompagnées d'une lettre de motivation, d'un bref curriculum vitae, d'un extrait du casier judiciaire et de l'office des poursuites récents ainsi que d'un formulaire ad hoc dûment rempli (art. 29 al. 2 RCM/FR). L'appartenance politique éventuelle est demandée⁶³⁰. Après vérification des conditions d'éligibilité, la Commission des élections du Conseil de la magistrature procède à une première évaluation des candidatures (art. 11 RCM/FR). Elle tient compte « des critères constitutionnels (formation, expérience professionnelle, qualités personnelles des candidats et candidates) et, le cas échéant, de l'âge, du sexe, de la langue et de la représentation régionale, ainsi que des résultats de ses éventuelles auditions » (art. 30 al. 1 RCM/FR). Il est intéressant de relever que la représentation politique n'est pas mentionnée. Depuis quelques années, les candidats doivent passer un test de la personnalité, sous format électronique. Ce test est suivi d'un entretien avec l'expert qui l'a élaboré ainsi qu'avec trois membres du Conseil. Ensuite, sur proposition de la Commission des élections, le Conseil plénier (du Conseil de la magistrature) préavisie les candidatures pour le Grand Conseil. Il établit une liste des personnes préavisées favorablement et un bref curriculum vitae de celles-ci (art. 5 RCM/FR ; art. 31 RCM/FR).

268

Le Conseil de la magistrature a estimé qu'il était de son devoir d'aider le Grand Conseil à élire le candidat qui remplissait le mieux les critères définis par la Constitution, à savoir « la formation, l'expérience professionnelle et les qualités personnelles » (art. 128 Cst./FR). En règle générale, « le Conseil de la magistrature propose le choix entre les deux (ou trois) candidats qui lui paraissent les plus aptes au poste »⁶³¹. Le cas échéant, un ordre de classement est établi. Cela dit, le Grand Conseil garde toute sa liberté malgré les avis qui lui sont transmis⁶³². De ce fait, le critère politique peut parfois prendre le dessus, de sorte que ce ne sont pas toujours les candidats préavisés (favorablement) par le Conseil de la magistrature qui sont élus⁶³³.

269

Le Conseil de la magistrature est une autorité indépendante vis-à-vis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (art. 125 Cst./FR ; art. 90 al. 1 et 2 LJ/FR)⁶³⁴. 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, une ou un professeur ordinaire de la Faculté de droit de l'Université, un membre du Ministère

270

⁶²⁷ [<http://www.fr.ch/cmrag/fr/pub/formation.htm>] (dernière consultation: 08.05.2020). S'agissant de la présentation du CAS en Magistrature, cf. *infra*, N 1361 ss.

⁶²⁸ A vrai dire, les modifications en question sont entrées en vigueur pour les postes à repourvoir à partir du 1^{er} janvier 2008 (art. 152 al. 3, let. c Cst./FR).

⁶²⁹ COLLIARD, N 1 ; VALLET, N 11 ; DE WECK, N 32.

⁶³⁰ [<https://www.fr.ch/cmrag/institutions-et-droits-politiques/justice/fonctions-judiciaires-vacantes>] (dernière consultation: 25.05.2020).

⁶³¹ DE WECK, N 33.

⁶³² COLLIARD, N 36.

⁶³³ JODRY (interview HAYOZ), p. 32 ; AMOOS PIGUET, N 38.

⁶³⁴ Pour le surplus, cf. VOLLERY, N 6 ss.

public, un membre des autorités judiciaires de première instance. S’y ajoutent deux autres membres⁶³⁵ (art. 126 al. 1 Cst./FR). Cette composition mixte est un gage de transparence⁶³⁶ et d’indépendance⁶³⁷. Actuellement, il est composé de trois commissions permanentes, de trois membres chacune : la Commission de surveillance administrative, la Commission des élections et la Commission de surveillance disciplinaire (art. 2 RCM/FR).

- 271 Tous les membres du Conseil de la magistrature sont élus par le Grand Conseil, pour une durée de cinq ans. Les sept premiers cités le sont sur la proposition de l’autorité ou du groupe de personnes dont ils font partie, les deux autres, sur la proposition du Conseil de la magistrature (art. 126 Cst. al. 2 et 3 Cst./FR). Pour les membres proposés par l’autorité ou le groupe qu’ils représentent, le Grand Conseil n’a qu’un pouvoir de veto et ne peut élire que la personne qui est proposée. Cette procédure garantit une certaine indépendance et une moindre politisation du Conseil de la magistrature⁶³⁸.

3.3.2.3. La désignation des juges

- 272 Les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus par le Grand Conseil (art. 103 al. 1 let. e Cst./FR). Sur ce point, la nouvelle Constitution fribourgeoise de 2004 a changé, en partie, le système de désignation puisque, auparavant, les juges de première instance étaient élus par le Collège électoral, organe composé des sept conseillers d’Etat et des sept juges du Tribunal cantonal. Les juges cantonaux étaient, pour leur part, élus par le Grand Conseil⁶³⁹.
- 273 Le projet initial de la commission 6 de la Constituante prévoyait que le Conseil de la magistrature nomme les membres des autorités judiciaires de première instance et délivre un préavis ayant force obligatoire pour le Grand Conseil lequel aurait élu les juges du Tribunal cantonal⁶⁴⁰. Cette proposition, « sans doute trop innovante et trop étrangère aux traditions helvétiques »⁶⁴¹, n’a de loin pas fait l’unanimité ; avant tout auprès de certains partis politiques qui estimaient que le Conseil de la magistrature « n’avait pas de légitimité puisque ses membres étaient élus par leurs pairs respectifs, qu’il y avait incompatibilité entre les fonctions d’élection et de surveillance et que sa composition formée majoritairement d’acteurs du système en faisait *« une caste judiciaire totalement déconnectée de la réalité et de la population »* »⁶⁴². C’est donc la solution du préavis non contraignant à l’intention du Grand Conseil qui a été retenue par le Constituant. Cette modification est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 (art. 152 al. 3 let. c Cst./FR).
- 274 Malgré cette relative dépolitisation de la procédure, la répartition des postes judiciaires selon l’appartenance politique semble rester de mise⁶⁴³. Le critère politique sert, en effet, à départager des candidats à compétences égales, ce qui préserve le rôle des partis dans le processus⁶⁴⁴. Par ailleurs, comme on l’a dit, il est arrivé que le Grand Conseil décide d’élire un candidat qui n’était pas préavisé (positivement) par le Conseil de la magistrature⁶⁴⁵.

3.3.2.4. L’absence de réélection

- 275 C’est assurément dans la durée de la fonction du magistrat que le canton de Fribourg est innovateur puisque, depuis le 1^{er} janvier 2008, ses juges sont élus pour une durée indéterminée (art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase Cst./FR).

⁶³⁵ Actuellement un juge de paix et un syndic d’une commune fribourgeoise.

⁶³⁶ DE WECK, N 7.

⁶³⁷ AMOOS PIGUET, N 38.

⁶³⁸ DE WECK, N 31.

⁶³⁹ *Idem*, N 17.

⁶⁴⁰ VALLET, N 26. A noter que l’idée d’une élection populaire a été rapidement abandonnée, système que le peuple fribourgeois n’avait d’ailleurs pas voulu en 1989. Cf. COLLIARD, N 12.

⁶⁴¹ VALLET, N 26.

⁶⁴² DE WECK, N 20.

⁶⁴³ Cf. JODRY (interview HAYOZ), p. 33.

⁶⁴⁴ AMOOS PIGUET, N 38.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

Il s'agit du premier – et pour l'instant du seul – canton qui a renoncé à la réélection périodique de ses magistrats⁶⁴⁶.

Lors des travaux d'élaboration de la nouvelle Constitution fribourgeoise, la commission 6 de la Constituante s'est interrogée sur le but de la réélection des membres des autorités judiciaires, le canton n'ayant, en effet, jamais connu une non-réélection de juge⁶⁴⁷. Au vu des pressions extérieures que les magistrats pouvaient subir peu avant leur réélection, la commission 6 a conclu, dans son rapport final, que tous les membres du pouvoir judiciaire devraient être élus pour une durée indéterminée. Il en allait du renforcement de l'indépendance judiciaire⁶⁴⁸. Par ailleurs, ce mode d'élection a fait l'objet d'un important consensus, puisqu'il n'a jamais été remis en question durant les trois lectures du projet de Constitution⁶⁴⁹. En outre, pour les constituants, l'abandon de la réélection devait consolider les qualités intrinsèques du candidat à la fonction judiciaire au détriment de l'appartenance politique. En effet, au vu de l'absence d'une réélection potentiellement sanctionnable pour le juge en place, le Grand Conseil devrait être attentif à élire la personne la plus compétente pour le poste en question⁶⁵⁰. En définitive, le modèle fribourgeois, – pour l'instant – unique en Suisse, « peut être considéré comme un essai réussi de lier les anciens acquis à des innovations susceptibles de durer »⁶⁵¹.

Une élection pour une durée indéterminée ne veut toutefois pas dire une élection à vie. A cet égard, le législateur a prévu que « [l]es fonctions des juges professionnels expirent à la fin de l'année civile au cours de laquelle ils ont atteint 65 ans révolus et celles des juges non professionnels, à la fin de l'année civile au cours de laquelle ils ont atteint 70 ans révolus. Le Conseil de la magistrature peut admettre des exceptions pour des cas particuliers, notamment pour permettre au ou à la juge de mener à terme une affaire importante » (art. 6 al. 2 LJ/FR).

3.3.2.5. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

Selon l'art. 87 al. 1 Cst./FR, les fonctions de membre du Grand Conseil, de membre du Conseil d'Etat et de juge professionnel sont incompatibles. L'art. 15 LOJ/FR ajoute la fonction de préfet comme étant incompatible avec celle de juge professionnel.

L'art. 17 LOJ/JU mentionne les activités incompatibles. En particulier, les juges professionnels ne peuvent exercer aucune autre activité rémunérée (art. 17 al. 2 LOJ/FR). L'article 17 LOJ/FR autorise toutefois le Conseil de la magistrature à admettre des dérogations à cette disposition pour autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'administration de la justice et que l'indépendance de celle-ci ne soit pas mise en danger (art. 17 al. 3 LOJ/FR).

b) Incompatibilités à raison de la personne

En vertu de l'art. 16 al. 1 LOJ/FR, « ne peuvent être membres simultanément de la même autorité judiciaire, au titre de juge, de greffier ou greffière : a) les parents en ligne directe ; b) les conjoints et les partenaires enregistrés ; c) les alliés au premier degré (beau-père ou belle-mère et gendre ou bru) ; d) les frères et sœurs germains, consanguins et utérins ; e) les parents et alliés au troisième degré (oncle, tante, neveu et nièce) ; f) les cousins germains ; g) les alliés au deuxième degré (beaux-frères, belles-sœurs) ; h) les personnes dont les conjoints ou les partenaires enregistrés sont frères et sœurs » (art. 16 al. 1 LOJ/FR). « Ces incompatibilités de parenté ou d'alliance s'appliquent également aux personnes menant de fait une vie de couple » (art. 16 al. 2 LOJ/FR). « Si une incompatibilité selon l'alinéa 1 ou 2 survient, la personne qui revêt la fonction concernée depuis moins longtemps est considérée comme démissionnaire, à moins que les deux personnes ne trouvent

⁶⁴⁶ A noter que ce canton prévoyait déjà une élection à durée indéterminée pendant une partie du XIX^e siècle. Cf. *supra*, N 65.

⁶⁴⁷ DE WECK, N 45.

⁶⁴⁸ *Idem*, N 47.

⁶⁴⁹ *Idem*, N 48.

⁶⁵⁰ VALLET, N 28.

⁶⁵¹ PÖDER, p. 112.

un accord » (art. 16 al. 3 LOJ/FR). « Le Conseil de la magistrature peut prévoir des exceptions pour les greffiers et greffières » (art. 16 al. 4 LOJ/FR). Ces exceptions ne sont pas mentionnées dans le règlement du Conseil de la magistrature.

3.3.2.6. La surveillance disciplinaire

- 281 En contrepartie de l'élection de juges pour une durée indéterminée, le Constituant a prévu que les juges puissent « faire l'objet d'une révocation par l'autorité d'élection⁶⁵² dans les cas prévus par la loi » (art. 121 al. 2, 2^e phrase Cst./FR).
- 282 La compétence disciplinaire est partagée entre le Conseil de la magistrature et le Grand Conseil. Le premier – dans le cadre de sa compétence d'autorité de surveillance du pouvoir judiciaire (art. 127 al. 1 Cst./FR) – mène une enquête lorsque le juge « enfreint ses devoirs de fonction » ou a « une conduite incompatible avec la dignité de sa fonction » (art. 103 LJ/FR). L'examen préliminaire des plaintes est la tâche de sa Commission de surveillance disciplinaire (art. 12 et 33 ss RCM/FR). Si les documents réunis indiquent une infraction aux devoirs de fonction ou une conduite incompatible avec la dignité de la fonction de juge, la Commission de surveillance disciplinaire propose au Conseil de la magistrature d'ouvrir une enquête (art. 34 al. 1 RCM/FR). Lorsque celui-ci estime, au terme de son enquête, que les faits peuvent justifier une révocation, il transmet le dossier au Grand Conseil qui le remet à la Commission de justice pour préavis (art. 105 al. 2 LJ/FR). Outre la révocation disciplinaire, le juge est destitué « a) si une condition d'éligibilité n'est plus remplie ; b) en cas d'incapacité ou pour tout autre motif ne permettant pas son maintien en fonction ; c) si l'obligation de domicile selon l'article 7⁶⁵³ n'est pas respectée » (art. 107 al. 1 LJ/FR). « Si les circonstances le permettent, la révocation est précédée d'un avertissement écrit » (art. 107 al. 2 LJ/FR). Dans les deux cas de figure, la personne concernée est informée de l'ouverture de l'enquête. Elle est entendue oralement par le Conseil de la magistrature. Au terme de l'enquête, elle peut également déposer un mémoire justificatif et demander un complément d'enquête (art. 104 LJ/FR ; cf. ég. art. 108 LJ/FR).
- 283 Le Conseil de la magistrature est compétent pour prononcer un rappel à l'ordre ou un blâme (art. 103 al. 1 let. a et b LJ/FR). Ce dernier peut être accompagné d'une menace de révocation (art. 103 al. 2 LJ/FR). Ses sanctions sont susceptibles d'un recours au Tribunal cantonal⁶⁵⁴. Comme le relève Luc VOLLERY, cette solution n'est cependant pas idéale, car elle implique que ce soit le surveillé (le Tribunal cantonal) qui contrôle les décisions du surveillant (le Conseil de la magistrature)⁶⁵⁵. Un recours peut ensuite (et dans tous les cas) être déposé au Tribunal fédéral⁶⁵⁶.
- 284 La procédure de révocation devant le Grand Conseil est régie par l'art. 109 LJ/FR. Selon cette disposition, « la Commission de justice examine le dossier, entend la personne concernée et fait une proposition au plénum (al. 1). Les débats ont lieu à huis clos et le vote, au bulletin secret (al. 2). La décision est communiquée au Conseil de la magistrature. Elle est définitive » (al. 3).
- 285 Le droit disciplinaire judiciaire fribourgeois présente assurément certains avantages dès lors que le Conseil de la magistrature mène préalablement une enquête disciplinaire complète lors de laquelle le magistrat est entendu⁶⁵⁷. Toutefois, la compétence de révocation attribuée au Grand Conseil est susceptible d'ajouter une composante politique à cette procédure⁶⁵⁸. En outre, l'absence de recours contre la décision de révocation par le Grand Conseil est problématique dans la mesure où celui-ci ne constitue, en principe, pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 § 1 CEDH⁶⁵⁹.

⁶⁵² C'est-à-dire le Grand Conseil (art. 103 al. 1 let. e Cst./FR)

⁶⁵³ Selon l'art. 7 LJ/FR, « [L]es juges doivent être domiciliés dans le canton. Les assesseur-e-s doivent être domiciliés dans la circonscription judiciaire concernée, à l'exception des assesseur-e-s de justices de paix. Le Conseil de la magistrature peut autoriser des dérogations temporaires à cette règle, à la condition qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'administration de la justice ».

⁶⁵⁴ Cf. HAYOZ, N 24 ; PELLATON, N 882.

⁶⁵⁵ VOLLERY, N 4, 19, 33.

⁶⁵⁶ HAYOZ, N 27.

⁶⁵⁷ PELLATON, N 883.

⁶⁵⁸ DE WECK, N 51 ; GENNER, p. 21.

⁶⁵⁹ PELLATON, N 883. Sur cette question, cf. *infra*, N 1277 ss.

3.3.3. Genève

3.3.3.1. Les conditions d'éligibilité

La législation genevoise est particulièrement stricte en matière d'éligibilité. Selon l'art. 5 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE), « peut être élu à la charge de magistrat du pouvoir judiciaire toute personne qui, cumulativement : a) est citoyen suisse ; b) a l'exercice des droits politiques dans le canton de Genève ; c) est domiciliée dans le canton de Genève ; d) est titulaire du brevet d'avocat ; e) possède 3 ans au moins de pratique professionnelle utile au poste, stage d'avocat non compris ; f) jouit d'une bonne réputation et ne fait l'objet d'aucune condamnation pour un crime ou un délit relatif à des faits portant atteinte à la probité ou à l'honneur ; g) ne fait pas l'objet d'un acte de défaut de biens et n'est pas en état de faillite ». Les exigences posées à l'art. 5 al. 1, lettres a à e LOJ/GE ne s'appliquent pas aux juges prud'hommes (art. 5 al. 3 LOJ/GE), qui sont soumis à d'autres règles⁶⁶⁰. Enfin, demeurent réservées les dispositions légales imposant d'autres qualités particulières aux magistrats (art. 5 al. 4 LOJ/GE).

Les magistrats élus à partir du 1^{er} janvier 2014 doivent, en outre, suivre une formation. Celle-ci aborde des thématiques en lien avec les activités du juge et comprend des cours sur la déontologie, la vie institutionnelle, la rédaction juridique, la tenue des audiences, les techniques d'audition, la gestion de sa charge de travail et la communication avec les médias⁶⁶¹.

L'art. 5 al. 2 LOJ/GE prévoit certains allègements pour les juges assesseurs, lesquels n'ont pas besoin d'être titulaires du brevet d'avocat ni de posséder trois ans au moins de pratique professionnelle utile au poste. Ce type de juge est particulièrement présent au sein des autorités judiciaires genevoises. On les retrouve dans les tribunaux des baux et loyers, du Tribunal de protection de l'enfant et de l'adulte, du Tribunal des mineurs, du Tribunal criminel, du Tribunal administratif de première instance, ou encore de la Cour de justice⁶⁶². Le recours fréquent à des personnes n'ayant pas de formation juridique peut notamment s'expliquer par la volonté du législateur de faire participer des experts de divers domaines (médecine, travail social, éducation) au processus judiciaire⁶⁶³.

3.3.3.2. La sélection des candidats

Le 14 octobre 2012, le canton de Genève s'est doté d'une nouvelle Constitution, laquelle a remplacé celle datant de 1847. Une des nouveautés introduites par la Charte fondamentale est la préparation des élections judiciaires par le Conseil supérieur de la magistrature⁶⁶⁴.

Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) est composé de sept à neuf membres et peut comprendre des membres suppléants (art. 126 al. 1 Cst./GE). Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, seule une minorité des membres du Conseil supérieur de la magistrature doit être issue du pouvoir judiciaire (art. 126 al. 2 Cst./GE)⁶⁶⁵. L'art. 17 al. 1 LOJ/GE précise que le Conseil supérieur de la magistrature est composé « a) du procureur général ; b) du président de la Cour de justice ; c) de 2 magistrats titulaires élus par les magistrats titulaires en fonction ; d) de 3 membres désignés par le Conseil d'Etat, qui ne peuvent être magistrats ou avocats et e) de deux avocats au barreau, élus par les avocats inscrits au registre cantonal ». Au 1^{er} janvier 2020, le CSM était composé de neuf membres : la présidente de la Cour de justice, le procureur général, un

⁶⁶⁰ Cf. art. 121 de la Loi cantonale genevoise sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP ; RSG A 4 05).

⁶⁶¹ Cf. ROSSI, N 1 ss.

⁶⁶² Cf. GONIN/BIGLER, Sélection, p. 28.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ MAHON/SCHALLER, p. 12. Auparavant l'élection était préparée exclusivement par une commission judiciaire rassemblant notamment, au sein de chaque parti représenté au Grand Conseil, des militants, avocats, magistrats et autres juristes. Les candidats ainsi sélectionnés par les partis étaient ensuite proposés à une commission interpartis composée d'un représentant par fraction parlementaire. Cf. ZAPPELLI, Le Juge, p. 94 ; WEBER P., pp. 26 ss.

⁶⁶⁵ Cf. GAVIN, N 3 ; GRODECKY, Réflexions, N 2.

juge de la Cour de justice, un juge du Tribunal pénal, deux avocats, une professeure de l'Université de Genève, une ancienne juge du Tribunal administratif de première instance et l'ancien sautier du Grand Conseil⁶⁶⁶.

291 Avant chaque élection judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature évalue les compétences des candidats puis formule un préavis (art. 127 Cst./GE). La loi a concrétisé cette disposition constitutionnelle : « [L]e préavis porte sur les compétences du candidat et son aptitude à devenir magistrat ou à être élu ou réélu dans la catégorie de fonction concernée. Lorsque le préavis est négatif, il est sommairement motivé et mentionne la position du candidat. Lorsque le préavis porte sur un magistrat en fonction, il mentionne les sanctions disciplinaires prononcées contre lui et les procédures disciplinaires en cours » (art. 22 al. 2 LOJ/GE). « Le Conseil peut confier aux services centraux du pouvoir judiciaire la mission de réunir des informations sur le candidat et celle de l'assister dans sa tâche. En cas de préavis négatif, le conseil doit avoir préalablement entendu lui-même le candidat » (art. 22 al. 3 LOJ/GE). Le préavis n'est pas sujet à recours⁶⁶⁷.

292 Malgré l'instauration de cet organe, le recrutement des magistrats reste largement politique. Les candidats doivent, en effet, figurer sur une liste de candidats soutenue par un parti politique ou d'autres associations ou groupements (pour les juges des prud'hommes ou des baux par exemple) (cf. art. 24 LEDP). En outre, la commission judiciaire interpartis du Grand Conseil, composée d'un représentant de chaque formation politique, examine les candidatures, en veillant à un équilibre dans la représentation partisane.

3.3.3.3. La désignation des juges

293 A Genève, les magistrats du pouvoir judiciaire sont élus par le peuple (art. 52 al. 1 let. c et 122 Cst./GE). La notion de magistrat du pouvoir judiciaire s'entend largement ; elle comprend tous les membres des juridictions⁶⁶⁸, à savoir aussi bien les magistrats titulaires que les magistrats suppléants, ainsi qu'en principe les magistrats assesseurs⁶⁶⁹. Doivent être élus par le peuple les nouveaux juges d'un tribunal nouvellement créé⁶⁷⁰, mais non les magistrats nommés suite à l'augmentation de postes dans un tribunal déjà existant⁶⁷¹.

294 En dehors des élections générales qui ont lieu tous les six ans (art. 122 al. 1 Cst./GE), le Grand Conseil se charge des élections. Il peut s'agir d'une non-acceptation de poste, d'une démission, d'une vacance ou d'un décès⁶⁷². Les élections sont alors indirectes⁶⁷³. Les juges des prud'hommes sont également élus par le Parlement genevois (art. 123 al. 1 Cst./GE).

295 Genève est le seul canton romand qui pratique (encore) l'élection populaire⁶⁷⁴. Dans sa nouvelle Constitution du 14 octobre 2012, le canton a décidé de conserver ce mode d'élection⁶⁷⁵, à contre-courant de la tendance nationale à attribuer au Parlement en lieu et place du peuple l'élection des magistrats⁶⁷⁶. Alors que l'Assemblée constituante – instituée en 2008 et appelée à proposer un projet de nouvelle Constitution cantonale – était, dans un premier temps, tentée d'attribuer l'élection des magistrats au Grand Conseil, l'intervention de l'Association genevoise des magistrats l'a orientée à maintenir le *statu quo*. Les membres de cette association s'étaient, en

⁶⁶⁶ <http://ge.ch/justice/conseil-superieur-de-la-magistrature-csm> (dernière consultation : 08.05.2020).

⁶⁶⁷ GRODECKY, *Réflexions*, N 27.

⁶⁶⁸ ATF 130 I 106, consid. 2.3.

⁶⁶⁹ GRODECKY/JORDAN, *Code annoté*, N 1152.

⁶⁷⁰ Art. 119 al. 2 de la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP), du 15 octobre 1982 (RS/GE A 5 05). Cf. ég. ATF 130 I 106, consid. 2.3.

⁶⁷¹ TF 1C_23/2007 du 20 août 2007, consid. 2.

⁶⁷² Art. 119 al. 1 de la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP), du 15 octobre 1982 (RS/GE A 5 05).

⁶⁷³ GRODECKY/JORDAN, *Code annoté*, N 1154.

⁶⁷⁴ On peut quelque peu nuancer cette affirmation, les juges de commune valaisans étant élus par les électeurs de la commune (art. 63/3 Cst./VS). Cf. *infra*, N 357.

⁶⁷⁵ L'élection par le peuple fait suite à une initiative constitutionnelle votée en 1908 par laquelle le droit d'élire les juges a été transféré au corps électoral. Auparavant, « l'élection des juges a été l'occasion de luttes et de marchandages au sein d'un groupuscule de caciques, si bien qu'à plusieurs reprises des personnages très contestés ont pu accéder à la magistrature », P. WEBER, p. 26. On notera qu'afin de lutter contre les brigues, fut introduite, en 1691, l'élection au tirage au sort des auditeurs, officiers de ville qui servaient dans la cour du lieutenant, avec qui ils jugeaient en première instance les procès civils, et instruisaient sous la direction d'un syndic les affaires pénales. Ce système dura 40 ans. Cf. BARAT, pp. 252 ss.

⁶⁷⁶ GRODECKY, *Réflexions*, N 25.

effet, déclarés attachés au système de l'élection populaire, « notamment par souci de parallélisme et de légitimité entre les trois pouvoirs »⁶⁷⁷.

Le maintien de l'élection populaire a fait l'objet de critiques par une partie de la doctrine⁶⁷⁸. Ce mode de désignation conduit, en effet, des candidats à un poste de magistrat à se lancer dans une véritable campagne électorale, difficilement compatible avec leur futur statut. Les juges se retrouvent dès lors dans un état politisé avant même d'avoir commencé leurs fonctions⁶⁷⁹. Il en va en particulier des élections du procureur général, lors desquelles a lieu un « combat politique acharné et très médiatisé »⁶⁸⁰.

Néanmoins, dans les faits, ces cas de figure se produisent rarement. En effet, à l'exception de celles du procureur général, comme on l'a vu, les élections des magistrats de l'ordre judiciaire sont le plus souvent tacites, les partis se mettant d'accord pour qu'il n'y ait pas plus de candidats que de postes à repourvoir (cf. art. 55 al. 4 Cst./GE). Ces élections, qui passent dès lors la plupart du temps inaperçues⁶⁸¹, sont critiquables attendu que ce sont, dans les faits, les partis qui élisent les juges.

3.3.3.4. La durée de fonction et la réélection

Les juges genevois sont élus pour une durée de six ans (art. 122 al. 1 Cst./GE). Leur réélection se déroule selon la même procédure que pour la première désignation. Le magistrat en fonction doit notamment demander un préavis au Conseil supérieur de la magistrature (cf. art. 127 Cst./GE ; art. 22 al. 1 LOJ/GE). Le préavis porte sur les compétences du candidat et son aptitude à être réélu dans la catégorie de fonction concernée. « Lorsque le préavis est négatif, il est sommairement motivé et mentionne la position du candidat. Ce dernier doit avoir été préalablement entendu par le conseil et peut se faire assister d'un avocat. Lorsque le préavis porte sur un magistrat en fonction, il mentionne les sanctions disciplinaires prononcées contre lui depuis la dernière élection des magistrats du pouvoir judiciaire et les procédures disciplinaires en cours » (art. 22 al. 2 LOJ/GE). Une (ré)élection tacite est possible si le nombre de candidatures est égal au nombre de postes à repourvoir (art. 55 al. 4 Cst/GE).

La limite d'âge des magistrats du pouvoir judiciaire est fixée à 65 ans (art. 10 al. 1 LOJ/GE). Elle est portée à 72 ans pour les juges prud'hommes, les juges assesseurs, les juges suppléants et les juges à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire (art. 10 al. 2 LOJ/GE).

3.3.3.5. Les incompatibilités

a) *Incompatibilités à raison de la fonction*

Selon l'art. 6 al. 1 LOJ/GE, « les magistrats du pouvoir judiciaire ne peuvent : a) être membres du Conseil national ou du Conseil des Etats ; b) être membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes ; c) être membres des organes d'une commune suisse ; d) exercer quelque fonction officielle pour un autre canton suisse ; e) exercer quelque fonction officielle pour un Etat étranger ni accepter des titres ou des décorations octroyées par une autorité étrangère ; f) siéger simultanément dans plus d'une juridiction ; g) exercer quelque autre activité lucrative ; h) exercer des fonctions de commissaire ou de membre d'une commission de surveillance, d'une commission des créanciers ou d'une administration spéciale, au sens de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 ; i) être membres d'une commission officielle

⁶⁷⁷ GAVIN, N 2. Cf. ég. BORLA, N 20.

⁶⁷⁸ ZAPPELLI, Réaction, N 7 ss ; GRODECKY, Réflexions, N 25 ss.

⁶⁷⁹ ZAPPELLI, Réaction, N 8 ; GRODECKY, Réflexions, N 2. Cf. également P. WEBER, pp. 28 ss

⁶⁸⁰ ZAPPELLI, Réaction, N 1 ; P. WEBER, pp. 28 s. Tel fut le cas en 2002, 2008, 2012 et 2014 mais pas en 2020, le procureur général en place ayant été réélu tacitement.

⁶⁸¹ Cf. ZAPPELLI, Réaction, N 1 qui nous apprend aussi que depuis 1967, date de l'introduction de l'élection tacite, le peuple s'est rendu cinq fois aux urnes, d'abord « pour désigner 5 juges du Tribunal administratif créé cette année-là, puis pour élire un procureur général en 1990 (il y avait 3 candidats), un juge d'instruction en 1996, en remplacement d'un magistrat en place évincé par les partis politiques, mais qui s'était présenté seul sur une liste hors parti, et enfin, par trois fois un procureur général en 2002, 2008 et 2012 ». On peut encore y ajouter l'élection du procureur général en 2014.

au sens de la loi sur les commissions officielles, du 18 septembre 2009, sauf lorsque la loi prévoit que l'un d'eux est membre de droit d'une commission ». Les lettres c, g et i de l'alinéa 1 ne s'appliquent pas aux juges prud'hommes, aux juges assesseurs ainsi qu'aux juges de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire (art. 6 al. 2 LOJ/GE) ; les lettres c et g de l'alinéa 1 ne s'appliquent pas aux juges suppléants (art. 6 al. 3 LOJ/GE). « Les magistrats du pouvoir judiciaire ne peuvent exercer quelque activité susceptible de nuire à leur indépendance, à la dignité de leur fonction ou à l'accomplissement de leur charge » (art. 6 al. 5 LOJ/GE). Les art. 7 LOJ/GE (activités accessoires soumises à autorisation) et 8 LOJ/GE (activités accessoires non soumises à autorisation) sont réservés (art. 6 al. 6 LOJ/GE).

b) Incompatibilités à raison de la personne

- 301 L'art. 9 LOJ/GE règle les incompatibilités à raison de la personne. Selon l'alinéa 1, « (n)e peuvent être simultanément membres d'une même juridiction : a) les conjoints, les partenaires enregistrés et les personnes qui font durablement ménage commun ; b) les conjoints et les partenaires enregistrés de frères et sœurs ainsi que les personnes qui font durablement ménage commun avec un frère ou une sœur ; c) les parents en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclusivement, en ligne collatérale ; d) les alliés en ligne directe et, jusqu'au troisième degré inclusivement, en ligne collatérale. L'alinéa 1, lettre d, s'applique par analogie aux personnes qui font durablement ménage commun (al. 2). Les restrictions susmentionnées ne s'appliquent pas à la Cour de justice, pour autant toutefois que les magistrats concernés ne siègent pas dans la même cour (al. 3 let. a) et aux juges prud'hommes pour autant toutefois que les juges concernés ne siègent pas dans le même groupe » (al. 3 let. b).

3.3.3.6. La surveillance disciplinaire

- 302 Les magistrats du pouvoir judiciaire sont soumis à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature (art. 125 al. 1 Cst./GE ; art. 15 LOJ/GE). Celui-ci 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 prévues aux art. 20 et 21 LOJ/GE⁶⁸². Comme sanction disciplinaire, le Conseil supérieur de la magistrature peut notamment destituer « un magistrat qui, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa charge, adopte un comportement portant atteinte à la dignité de la magistrature ou ne respecte pas les décisions du conseil » (art. 20 al. 1 let. d LOJ/GE). De plus, en tant que mesure, il « relève de sa charge tout magistrat qui a) ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'éligibilité ; b) est frappé par un motif d'incompatibilité ; c) est incapable de l'exercer, notamment en raison de son état de santé » (art. 21 al. 1 LOJ/GE).
- 303 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 est composée de trois juges et d'autant de suppléants (art. 135 al. 1 et 2 LOJ/GE). Elle n'est pas soumise à la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature (art. 138 let. a LOJ/GE).

3.3.4. Le Jura

3.3.4.1. Les conditions d'éligibilité

- 304 Selon l'art. 7 LOJ/JU, « [e]st éligible en qualité de juge et de procureur toute personne : a) qui a l'exercice des droits civils ; la personne étrangère doit en outre avoir l'exercice des droits politiques en matière cantonale ; b) qui est titulaire d'un brevet d'avocat délivré par un canton suisse ou du brevet de notaire de la République et Canton du Jura ; c) qui ne fait pas l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec cette fonction, à moins que cette condamnation ne figure plus sur l'extrait privé du casier judiciaire et ; d) qui ne fait pas l'objet d'un acte de défaut de biens (al. 1). Les juges permanents et les procureurs sont en principe

⁶⁸² PELLATON, N 888.

tenus d'élire domicile dans le canton. Le Conseil de surveillance de la magistrature peut autoriser des dérogations pour de justes motifs (al. 2) ».

3.3.4.2. La sélection des candidats

Depuis le 1^{er} mars 2016, le Conseil de surveillance de la magistrature prépare et préavise l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire (art. 8a al. 1 LOJ/JU). Auparavant, il n'y avait pas de règles déterminant la procédure de sélection des candidats à un poste de magistrat judiciaire. Cette modification législative fait suite à une motion du député Christophe SCHAFFTER⁶⁸³, qui demandait qu'un organe neutre émette, après examen des candidatures, un préavis à l'attention de l'autorité d'élection, à savoir le Parlement. Le but était ainsi de dépolitisier quelque peu la procédure de sélection des magistrats judiciaires⁶⁸⁴.

Le Conseil de surveillance de la magistrature – qui était déjà chargé du pouvoir disciplinaire sur les magistrats de l'ordre judiciaire – est composé du président du Parlement, du chef du département chargé des relations avec les autorités judiciaires, du président du Tribunal cantonal, du président du Tribunal de première instance, du bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et du procureur général (art. 66 al. 2 LOJ/JU). Le Conseil de surveillance est une autorité indépendante présentant les caractéristiques d'une autorité administrative⁶⁸⁵.

Le Conseil de surveillance de la magistrature procède à la mise au concours des postes de magistrat, examine les candidatures, puis adresse son préavis motivé au Parlement et présente une proposition de candidature par poste à pourvoir (cf. art. 8a al. 2 et 3 LOJ/JU). Lors de l'examen des candidatures, il tient compte, en outre, de la formation, de l'expérience professionnelle et des qualités personnelles des candidats (art. 8a al. 4 LOJ/JU). Les candidats qui remplissent les conditions d'éligibilité sont en principe auditionnés (art. 8a al. 5 LOJ/JU).

3.3.4.3. La désignation des juges

Les juges jurassiens sont élus par le Parlement cantonal (art. 84 let. a Cst./JU ; art. 8 LOJ/JU).

3.3.4.4. La durée de fonction et la réélection

Les juges sont élus pour une durée de cinq ans (art. 65 al. 1 Cst./JU)⁶⁸⁶. Ils sont librement rééligibles (art. 66 al. 4 Cst./JU). A ce titre, en prévision des élections pour une nouvelle législature, le Conseil de surveillance de la magistrature invite les magistrats en fonction à lui communiquer s'ils sollicitent leur réélection (art. 8b al. 1 LOJ/JU). « Si le Conseil de surveillance de la magistrature envisage de ne pas proposer la réélection d'un magistrat, il en informe l'intéressé, au moins six mois avant la date de l'élection avec indication des motifs, et l'entend personnellement. S'il maintient sa position, il adresse un préavis motivé au Parlement au moins trente jours avant la date de l'élection » (art. 8b al. 2 LOJ/JU).

A noter que le Gouvernement jurassien n'a pas souhaité intégrer au projet de révision de la loi d'organisation judiciaire une réélection tacite des magistrats, souhait qui avait été pourtant formulé par les représentants des autorités judiciaires lors de la procédure de consultation. Les arguments invoqués à l'appui de cette proposition portaient sur le renforcement de l'indépendance des autorités judiciaires ainsi que sur la possibilité pour les magistrats de voir leur carrière se dérouler avec moins de risques. Le Gouvernement n'a pas suivi cette position considérant qu'il était « prioritaire de conserver la légitimité démocratique dont bénéficient les juges et les procureurs au travers d'une réelle élection. La justice est en effet l'un des trois pouvoirs de l'Etat et joue à ce titre un rôle clé dans l'équilibre entre ceux-ci. La réélection ordinaire, telle que connue actuellement, assure

⁶⁸³ Motion n° 984 « Pour plus d'indépendance dans l'élection des magistrats de l'autorité judiciaire ».

⁶⁸⁴ GOUVERNEMENT (JU), Message relatif au projet de révision partielle de divers textes législatifs concernant la justice et la procédure judiciaire, du 9 juin 2015, p. 2.

⁶⁸⁵ MORITZ, N 7.

⁶⁸⁶ Le peuple jurassien a accepté, le 7 mars 2010, une modification de la Constitution cantonale portant la durée des diverses législatures de quatre à cinq ans, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2010. FF 2011 2737.

un sain lien démocratique entre les pouvoirs législatif et judiciaire et représente, aux yeux des citoyens, l'expression du contrôle démocratique et permet de renouveler la confiance placée dans l'autorité »⁶⁸⁷.

- 311 A relever encore que les juges permanents ne peuvent exercer leur fonction au-delà du mois au cours duquel ils atteignent l'âge de 65 ans. Cette limite est élevée à 70 ans pour les juges suppléants et extraordinaires (art. 8 al. 2 LOJ/JU).

3.3.4.5. Les incompatibilités

a) *Incompatibilités à raison de la fonction*

- 312 Les cas d'incompatibilité sont réglementés par la Constitution cantonale. Ainsi, les juges permanents ne peuvent être simultanément députés au Parlement, membres du Gouvernement, procureur (art. 62 al. 1 Cst./JU) ou encore parlementaire fédéral (art. 62 al. 4 Cst./JU). Ils ne peuvent pas non plus faire partie d'une autorité communale ou d'une autre autorité de district (art. 63 al. 3 Cst./JU). La loi règle les cas d'incompatibilité s'agissant des juges non permanents et des fonctionnaires (art. 62 al. 5 Cst./JU).
- 313 A ce titre, la loi d'incompatibilité⁶⁸⁸ a été édictée. Elle mentionne à son article 3 qu'« [u]ne personne ne peut occuper simultanément, à titre permanent, deux fonctions administratives ou judiciaires dont l'une est subordonnée à l'autre ». En outre, les juges, lorsqu'ils sont élus par le parlement⁶⁸⁹, ne peuvent être députés ou suppléants au Parlement (art. 6). Les magistrats de l'ordre judiciaire ne peuvent pas non plus être parlementaires fédéraux (art. 8) ni être membre d'une autorité communale (art. 10). L'art. 7 al. 1 prévoit que « [l]es ministres et le personnel de l'administration cantonale ne peuvent exercer aucune fonction judiciaire. Demeure réservé l'engagement d'un greffier en qualité de juge ». De plus, « [l]es juges du Tribunal de première instance ne peuvent exercer une autre fonction judiciaire au service de l'Etat qu'en qualité de juge suppléant à la Cour administrative et à la Cour des assurances du Tribunal cantonal » (art. 7 al. 2 de la loi d'incompatibilité). Par ailleurs, l'art. 12 al. 2 LOJ/JU mentionne que « [l]es fonctions de juge et de procureur, à l'exception de celles de président du Tribunal des mineurs, de juge extraordinaire et de procureur extraordinaire, sont incompatibles avec l'exercice du barreau ». L'art. 11 al. 1 de la loi d'incompatibilités institue un règlement des cas d'incompatibilité tenant à la fonction. Dans cette hypothèse, « un délai d'option est imparti par le Gouvernement. Passé ce délai, le président du Tribunal cantonal procède à un tirage au sort auquel les intéressés sont invités ».

b) *Incompatibilités à raison de la personne*

- 314 Selon l'art. 5 al. 1 de loi d'incompatibilité, « [l]es parents en ligne directe et collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement et les alliés en ligne directe et collatérale jusqu'au deuxième degré inclusivement ne peuvent occuper simultanément des fonctions administratives ou judiciaires dont l'une est immédiatement subordonnée à l'autre ». En outre, les parents ou alliés jusqu'au troisième degré inclusivement ne peuvent appartenir simultanément, notamment, au même tribunal (art. 5 al. 2 loi d'incompatibilité).
- 315 En cas d'élection de deux personnes s'excluant au sens de ces dispositions, « est réputée élue, faute de désistement volontaire, celle qui a obtenu le plus grand nombre de voix, pour autant que l'élection ait eu lieu selon le même système. En cas d'égalité, le président du Tribunal cantonal procède au tirage auquel les intéressés sont invités. Il en va de même lorsque deux personnes, entre lesquelles il y a incompatibilité, ont été élues simultanément selon un système électoral différent et lorsqu'elles n'ont pas su se mettre d'accord dans le délai fixé par le président du Tribunal cantonal » (art. 11 al. 2 loi d'incompatibilité). En outre, « [l]orsque du fait d'une personne déjà en fonction, un nouvel élu tombe sous le coup de l'article 5, l'élection est nulle si la personne en fonction ne se retire pas » (art. 11 al. 3 loi d'incompatibilité).

⁶⁸⁷ GOUVERNEMENT (JU), Message relatif au projet de révision partielle de divers textes législatifs concernant la justice et la procédure judiciaire, du 9 juin 2015, p. 5.

⁶⁸⁸ Loi d'incompatibilité, du 29 février 1982 (RSJU 171.21).

⁶⁸⁹ On entend donc également ici les juges suppléants.

3.3.4.6. La surveillance disciplinaire

Le pouvoir disciplinaire sur les magistrats judiciaires est exercé par le Conseil de surveillance de la magistrature (art. 66 al. 1 LOJ/JU). Les sanctions dont les magistrats peuvent écoper vont de l'avertissement à la destitution (art. 67 let. d LOJ/JU). La procédure est régie par les art. 68 à 70 LOJ/JU. La décision du Conseil de surveillance de la magistrature est sujette à recours à la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 69 c al. 3 LOJ/JU). Comme le relève Nicolas PELLATON, cette dernière compétence peut paraître problématique étant donné que les juges « [...] procédant au contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de surveillance de la magistrature sont eux-mêmes soumis à la surveillance dudit conseil »⁶⁹⁰.

316

3.3.5. Neuchâtel

3.3.5.1. Les conditions d'éligibilité

La législation neuchâteloise est particulièrement souple en matière d'accès aux charges judiciaires. Elle pose, en effet, comme seule condition d'éligibilité l'exercice des droits civils pour les Suissesses et les Suisses (art. 3 LMSA/NE). Cela dit, l'absence d'actes de défaut de bien ou de faillite constitue indirectement une condition d'éligibilité dans la mesure où la législation prévoit que « [l]e membre de la magistrature de l'ordre judiciaire qui tombe en faillite ou contre lequel un acte de défaut de biens est délivré est suspendu de plein droit » (art. 69 al. 1 LMSA/NE). « Il est déchu de plein droit de ses fonctions si, dans les trois mois à compter de la date de la suspension, la faillite n'est pas révoquée ou l'acte de défaut de biens n'est pas racheté ou annulé » (art. 69 al. 2 LMSA/NE).

317

La loi n'exige pas des magistrats qu'ils habitent dans le canton au moment de leur élection. Toutefois, ils doivent y être domiciliés pendant toute la durée de leurs fonctions, sous peine de destitution (art. 5 al. 1 LMSA/NE). Par conséquent, un magistrat qui n'habiterait pas dans le canton au moment de son élection devrait déplacer son domicile lors de son entrée en fonction, sous peine de destitution par le Conseil de la magistrature (cf. art. 5 al. 2 LMSA/NE)⁶⁹¹.

318

3.3.5.2. La sélection des candidats

La préparation de l'élection est confiée à la Commission judiciaire du Grand Conseil. Cet organe politique, composé de six membres – tous députés du Grand Conseil – met au concours les postes vacants, fait passer des entretiens aux candidats (il invite un ou plusieurs membres de la magistrature de l'ordre judiciaire à y participer), puis communique oralement au Grand Conseil les résultats des préparatifs de l'élection (cf. art. 14 à 19 et 24 LHS/NE). Les candidatures sont également mises en consultation auprès de la Commission administrative des autorités judiciaires et des associations professionnelles cantonales des avocats (art. 18 LHS/NE). L'appartenance ou la tendance politique est généralement demandée au candidat. Cependant, l'affiliation partisane tend à perdre de son importance, en particulier s'agissant des juges de première instance.

319

⁶⁹⁰ PELLATON, N 907. Sur cette question, cf. *infra*, N 1284 ss.

⁶⁹¹ A noter que l'art. 5 al. 1 LMSA disposait auparavant que « les membres de l'ordre [devaient] être domiciliés dans le canton ». Cette disposition a été fortement discutée il y a quelques années suite à la domiciliation hors canton d'un magistrat durant son mandat. S'est donc posée la question de maintenir ou non l'obligation de résidence. Le législateur a finalement opté pour le maintien, mais en y apportant quelques modifications. Cf. Rapport de la commission législative au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant sur la modification de la loi sur la magistrature de l'ordre judiciaire et la surveillance des autorités judiciaires, du 17 mars 2014. Disponible : https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2014/14603_com.pdf (dernière consultation : 11.05.2020).

3.3.5.3. La désignation des juges

- 320 Les magistrats de l'ordre judiciaire sont élus par le Grand Conseil (art. 60 Cst./NE)⁶⁹². Cette prérogative parlementaire a été maintenue lors la révision totale de la Constitution neuchâteloise, du 24 septembre 2000. Elle a été partiellement critiquée lors la procédure de consultation compte tenu des liens existants entre les candidats et les partis politiques⁶⁹³. Toutefois, la Commission « Constitution » a considéré « que ces liens étaient plus nominaux que réels, que les partis avaient un intérêt évident à soutenir des personnes de talent plutôt que des serviteurs dévoués et que rien ne permettait d'affirmer que les tribunaux neuchâtelois seraient mieux composés s'ils procédaient de la cooptation ou du choix d'une commission de spécialistes »⁶⁹⁴.
- 321 Le Grand Conseil suit généralement les recommandations de la Commission judiciaire. Cette règle n'est toutefois pas absolue comme l'ont démontré deux élections complémentaires de juges du Tribunal cantonal, en 2017. En effet, tant dans sa séance du 21 février⁶⁹⁵, que dans celle du 26 septembre⁶⁹⁶, le Grand Conseil a décidé d'élire un candidat, qui n'avait pas été recommandé par la Commission.
- 322 Le canton de Neuchâtel a également introduit un système de « mobilité » qui donne la faculté (mais non l'obligation) au Conseil de la magistrature, lorsqu'un poste devient vacant, d'ouvrir une procédure permettant de repourvoir le poste par voie de candidature interne et non d'élection judiciaire, ou encore à deux juges d'échanger leurs postes (art. 38 ss LMSA/NE)⁶⁹⁷.

3.3.5.4. La durée de fonction et la réélection

- 323 Selon l'art. 84 al. 1 Cst./NE, « [l]es magistrats de l'ordre judiciaire sont élus pour une période de six ans. Ils sont rééligibles ». Avec la nouvelle Constitution cantonale, la période de fonction des juges a été portée de quatre à six ans, dans le but de renforcer leur indépendance. Une élection à durée indéterminée n'a toutefois pas été envisagée par le Constituant⁶⁹⁸.
- 324 La préparation de la réélection est partagée entre la Commission judiciaire du Grand Conseil et le Conseil de la magistrature. Créé par la loi instituant un Conseil de la magistrature du 30 janvier 2007, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008⁶⁹⁹, ce dernier organe est composé de sept membres (art. 49 al. 1 LMSA/NE). Il comprend quatre membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (désignés par la conférence judiciaire, lesquels ne peuvent simultanément être membres ou suppléants de la commission administrative des autorités judiciaires) ; une avocate ou un avocat inscrit au registre cantonal des avocats et des avocates (désigné par ses pairs) ; la présidente ou le président de la commission judiciaire du Grand Conseil ou un de ses membres (qu'elle désigne) ; un membre désigné par le Conseil d'Etat (qui ne peut être inscrit à un registre cantonal des avocats et des avocates) (art. 49 al. 2 LMSA/NE). Ses membres sont désignés pour la durée de la législature et leur mandat n'est reconductible qu'une seule fois (art. 52 LMSA/NE).
- 325 En premier lieu, la Commission judiciaire du Grand Conseil demande aux titulaires, dix mois au moins avant la fin de la période de fonction des autorités judiciaires, s'ils se représentent (art. 20 al. 1 LHS/NE). Si tel n'est pas le cas, le poste du magistrat qui ne se représente pas est mis au concours (art. 20 al. 2 LHS/NE). Par ailleurs, le Conseil de la magistrature adresse à la commission un rapport en vue des réélections (art. 20a LHS/NE ; art. 78 al. 1 LMSA/NE). Le Conseil dispose alors de la faculté de « contester la réélection d'un magistrat » (art. 78 al. 2 LMSA/NE) ; intervention qui peut être comprise comme un pouvoir de proposer une non-réélection⁷⁰⁰.

⁶⁹² Pour la procédure, cf. les art. 317 à 319 et 325 OGC/NE.

⁶⁹³ BAUER, surveillance, p. 22.

⁶⁹⁴ GRAND CONSEIL (NE), Bulletin du Grand Conseil (BGC) 165/III p. 2669.

⁶⁹⁵ GRAND CONSEIL (NE), Procès-verbal de la session du Grand Conseil du 21 février 2017, pp. 16-17. Disponible : [http://www.ne.ch/autorites/GC/sessions/PV_Bulletins/PV/PV_170221.pdf] (dernière consultation: 10.05.2020).

⁶⁹⁶ GRAND CONSEIL (NE), Procès-verbal de la session du Grand Conseil du 26 septembre 2017, pp. 20-21. Disponible : [http://www.ne.ch/autorites/GC/sessions/PV_Bulletins/PV/PV_170926_13h30.pdf] (dernière consultation : 10.05.2020).

⁶⁹⁷ DE MONTMOLLIN, N 13.

⁶⁹⁸ BAUER, surveillance, pp. 22 s.

⁶⁹⁹ La loi a ensuite été abrogée suite à l'entrée en vigueur de la LMSA/NE le 1^{er} janvier 2011. Cf. PELLATON, N 910.

⁷⁰⁰ PELLATON, N 916.

Cette compétence attribuée au Conseil de la magistrature fait néanmoins double-emploi avec sa compétence de destituer le magistrat (art. 63 al. 1 let.e LMSA/NE)⁷⁰¹. Elle est ainsi problématique dans le sens que cette autorité disposerait de la possibilité de contourner une procédure de révocation disciplinaire, laquelle garantit, contrairement à la non-réélection, certains droits fondamentaux aux juges concernés⁷⁰².

Pour le surplus, l'art. 21 al. 1 LHS/NE prévoit que « [s]i la réélection d'un ou d'une titulaire qui se représente est contestée ou qu'elle paraît controversée ou douteuse au vu des constatations de la commission ou de plaintes qui lui ont été adressées, la commission (judiciaire) en informe immédiatement la personne concernée et elle l'entend ». Dans ce cas de figure, le Conseil de la magistrature est également entendu (art. 21 al. 2 LHS/NE).

En cas de non-réélection par le Grand Conseil, le membre de l'ordre judiciaire qui ne remplit pas les conditions donnant droit au versement d'une pension de retraite, a droit à des indemnités (cf. art. 28 LMSA/NE). Celles-ci ne sont pas versées si, au moment de sa non-réélection, il « fait l'objet d'une procédure disciplinaire pour des faits dont la nature ou la gravité est telle qu'une destitution était concrètement envisageable » (art. 29 al. 1 LMSA/NE). Enfin, à noter que l'âge limite de fonction des magistrats est celui fixé par la LAVS (art. 7a LMSA/NE).

3.3.5.5. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

En vertu de l'art. 48 al. 1, 1^{ère} phrase Cst./NE, « nul ne peut être membre simultanément du Grand Conseil, du Conseil d'Etat ou d'une autorité judiciaire ». Il s'agit de la règle ordinaire en Suisse⁷⁰³. La deuxième phrase de l'art. 48 al. 1 Cst./NE prévoit des exceptions pour les membres non permanents d'une autorité judiciaire, lesquels peuvent être membres du Grand Conseil. Il s'agit, pour l'essentiel, des représentants siégeant à la Chambre de conciliation (art. 12 OJN), ainsi que des membres de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 18 OJN) et des assesseurs au Tribunal pénal des mineurs (art. 21 OJN)⁷⁰⁴. En outre, les membres du personnel de l'administration cantonale ne peuvent être simultanément membres d'une autorité judiciaire, sous réserve d'exceptions fixées par la loi (art. 48 al. 2, 1^{ère} phrase Cst./NE). La loi ne prévoit, cependant, plus d'exceptions pour ces personnes⁷⁰⁵.

Selon l'art. 48 al. 3 Cst./NE, la loi peut prévoir d'autres cas d'incompatibilités. C'est notamment le cas de l'art. 9 LMSA/NE, qui interdit aux « membres de la magistrature de l'ordre judiciaire d'exercer « directement ou indirectement, à titre dépendant ou indépendant, une activité même occasionnelle, incompatible avec l'exercice indépendant et irréprochable de leurs fonctions » (al. 1), notamment la « représentation devant les autorités judiciaires et administratives cantonales » et les « autorités de recours pour les décisions rendues en dernière instance cantonale », « la profession de notaire », ainsi que « les emplois et fonctions permanents au service des collectivités publiques du canton et de leurs établissements, à l'exception de l'enseignement » (al. 2).

b) Incompatibilités à raison de la personne

L'art. 10 LMSA/NE prévoit les incompatibilités à raison de la personne dans la composition des autorités judiciaires. Selon cette disposition, « les époux, les personnes liées par un partenariat enregistré fédéral ou cantonal, les personnes qui mènent de fait une vie de couple, les parents et alliés jusqu'au troisième degré

⁷⁰¹ Cf. *infra*, N 331 s.

⁷⁰² PELLATON, N 615. A ce sujet, voir la non-réélection le 23 juin 2020 d'une magistrate de l'ordre judiciaire et les débats qui ont suivis au Grand Conseil. Cf. *infra*, N 1189 et 1252. Sur la problématique générale de la non-réélection utilisée comme sanction disciplinaire, cf. *infra*, N 1250 ss.

⁷⁰³ GRAND CONSEIL (NE), BGC 165/III, p. 2662.

⁷⁰⁴ BAUER, Constitution annotée, p. 117.

⁷⁰⁵ *Idem*, p. 119.

inclusivement ne peuvent siéger ensemble (al. 1). Ils ne peuvent pas non plus faire partie ensemble du même tribunal ou du ministère public (al. 2) ».

3.3.5.6. La surveillance disciplinaire

331 Le Conseil de la magistrature exerce la surveillance disciplinaire des membres de la magistrature de l'ordre judiciaire (art. 14 et 60 LMSA/NE). Il peut prononcer les sanctions mentionnées à l'art. 63 LMSA/NE, notamment la destitution du magistrat (art. 63 al. 1 let. e LMSA/NE), « lorsque celui-ci, intentionnellement ou par négligence, viole les devoirs de sa fonction ou lorsque sa conduite compromet la dignité de la magistrature » (art. 62 LMSA/NE). Depuis l'entrée en vigueur, le 30 novembre 2014, du nouvel art. 50a Cst./NE, la procédure de destitution de la LMSA a désormais une assise constitutionnelle.

332 La procédure est régie par les art. 70 à 74 LMSA/NE. Le Conseil instruit l'affaire et rend une décision. Il peut déléguer l'instruction du dossier à un ou plusieurs de ses membres (art. 72 LMSA/NE). L'art. 73 al. 1 LMSA/NE indique que « [l]es décisions du Conseil de la magistrature peuvent faire l'objet d'un recours en dernière instance cantonale auprès du Tribunal de recours, composé pour l'occasion des trois membres de l'ordre judiciaire les plus anciens en fonction ». L'art. 73 al. 2 LMSA/NE précise que le siège de ce tribunal est au greffe du Tribunal cantonal. L'accès au juge garanti par l'art. 29a Cst. est ainsi respecté. Toutefois, cette compétence du « Tribunal du recours » est problématique « dans la mesure où les magistrats procédant au contrôle juridictionnel des décisions du Conseil de la magistrature sont eux-mêmes soumis à la surveillance dudit Conseil »⁷⁰⁶.

3.3.6. Le Tessin

3.3.6.1. Les conditions d'éligibilité

333 Selon l'art. 17 de la *Legge sull'organizzazione giudiziaria*, du 10 mai 2016 (LOG/TI) sont éligibles en qualité de magistrats de l'ordre judiciaire les citoyens en possession d'un doctorat en droit ou d'un titre équivalent ou du brevet d'avocat (al. 1). Ces conditions ne sont toutefois pas nécessaires pour être élu en tant que juge de paix ou suppléant de celui-ci ; l'exercice des droits civils est, en effet, suffisant dans ces cas (al. 2)⁷⁰⁷.

3.3.6.2. La sélection des candidats

334 Le 1^{er} janvier 1998 est entrée en vigueur la nouvelle Constitution du canton du Tessin. Une des nouveautés de celle-ci est la mise au concours obligatoire des nouveaux postes de magistrats ainsi que l'introduction d'une Commission d'experts indépendants (*Commissione di esperti indipendenti*) chargée d'examiner et de préavisier les nouvelles candidatures (art. 36 al. 2 Cst./TI ; art. 3 à 5 LOG/TI)⁷⁰⁸. Les buts de ces mesures étaient d'éviter une obligation d'affiliation politique pour tout futur magistrat ainsi que d'encourager une sélection des candidats fondée sur leurs qualités intrinsèques et non sur des critères purement politiques⁷⁰⁹.

335 La Commission d'experts est composée de cinq membres, nommés par le Grand Conseil tous les six ans. Ne peuvent en faire partie les membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du Conseil de la magistrature, du pouvoir judiciaire cantonal et de l'administration cantonale (art. 5 al. 2 LOG/TI)⁷¹⁰. La Commission est relativement libre dans l'évaluation des candidatures du moment que la loi lui permet de recueillir des informations sur celles-ci et de faire appel à des avis externes (art. 6 al. 2 LOG/TI). Elle a donc élaboré son propre règlement

⁷⁰⁶ PELLATON, N 920. Cf. ég. dans ce sens BAUER, Surveillance, p. 33 et BOHNET, N 163. Pour le surplus, cf. *infra*, N 1284 ss.

⁷⁰⁷ Sur la problématique de l'absence de l'obligation de formation juridique des juges de paix tessinois, cf. *infra*, N 1309, n. 2814.

⁷⁰⁸ BORLA, N 39 ; CHIESA, N 5 ss.

⁷⁰⁹ NOSEDA, p. 9.

⁷¹⁰ Pour la législature 2019-2025, la Commission d'experts indépendants est composée de deux anciennes juges d'appel du canton, d'un ancien secrétaire d'Etat, d'un juge du Tribunal pénal fédéral et d'un ancien juge du Tribunal fédéral.

(cf. art. 6 al. 1 LOG/TI)⁷¹¹. Celui-ci prévoit que la Commission auditionne le candidat, en particulier sur sa formation juridique, ses expériences professionnelles et ses motivations relatives au poste mis au concours. Si nécessaire, elle peut faire passer un examen au candidat pour vérifier ses connaissances juridiques en relation avec le poste mis au concours (art. 4 du règlement). L'évaluation du candidat se fait par rapport à son aptitude à exercer la fonction. A ce titre, sont prises en considération la personnalité du candidat, sa formation, ses spécialisations, son expérience professionnelle ainsi que sa capacité à accomplir, avec sérieux et efficacité, son activité de magistrat (art. 5 du règlement). Par ailleurs, dans l'hypothèse où le candidat exerce une activité professionnelle dans le secteur privé ou public, la Commission prend contact avec son supérieur hiérarchique afin de connaître ses qualités et ses éventuelles carences⁷¹².

En outre, certains groupes politiques du Grand Conseil ont leur propre commission judiciaire interne qui évalue la compétence du candidat annoncé comme membre ou sympathisant du parti, en parallèle de l'examen par la Commission d'experts indépendants⁷¹³.

La Commission d'experts indépendants rend ensuite sa décision par un rapport écrit et motivé pour chaque candidature, qui vaut préavis pour l'autorité de désignation. Le rapport doit être motivé de manière complète et circonstanciée quant à l'aptitude (*idoneità*) du candidat à remplir la fonction de magistrat. Il est ensuite transmis à l'*Ufficio presidenziale* du Grand Conseil. Une copie du préavis est également transmise au candidat (art. 6 al. 3 et 4 LOG/TI ; cf. ég. art. 6 et 7 du règlement de la Commission d'experts). Bien qu'elle puisse, en théorie, participer à l'élection, la personne préavisée négativement retire généralement sa candidature⁷¹⁴.

Le préavis positif de la Commission d'experts ne lie pas le Parlement, lequel peut toujours refuser d'élire la personne proposée⁷¹⁵. Par contre, reste controversée la question de savoir s'il peut, dans ce cas, désigner un autre candidat jugé non idoine par la Commission. A ce titre, deux visions s'opposent⁷¹⁶. D'une part, celle du Grand Conseil, qui, en qualité d'autorité de désignation (art. 36 Cst./TI ; art. 2 LOG/TI), retient qu'il est de son bon droit d'élire n'importe quel candidat qui remplisse les conditions requises par la loi (cf. art. 17 LOG/TI)⁷¹⁷. D'autre part, celle de certains auteurs qui retiennent que le Parlement doit s'abstenir d'élire un juge déclaré non idoine par la Commission⁷¹⁸. Une telle élection serait, en effet, pour le moins contraire au but de l'art. 36 al. 2 Cst./TI⁷¹⁹.

3.3.6.3. La désignation des juges

Une fois reçu le préavis de la Commission d'experts indépendants, le Grand Conseil élit les magistrats de l'ordre judiciaire (art. 36 al. 1 Cst./TI). Tous les candidats, même préavisés négativement, peuvent participer à l'élection⁷²⁰. La désignation par le Parlement a été introduite lors de la révision totale de la Constitution cantonale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Jusqu'alors, le canton du Tessin avait un double système qui prévoyait la compétence du Grand Conseil pour l'élection des juges d'instruction, des procureurs, des juges des mineurs et des juges des expropriations, alors que le peuple élisait les juges du Tribunal d'appel et les *Pretori*. Cela dit, l'élection populaire était le plus souvent tacite dans ce sens que les partis politiques s'accordaient par avance pour ne pas présenter davantage de candidats que de postes à repourvoir. Une répartition proportionnelle des postes en fonction de la force politique des différents partis du Grand Conseil était donc

⁷¹¹ *Regolamento della Commissione d'esperti indipendenti per l'esame e il preavviso delle nuove candidature all'elezione dei magistrati, del 23 giugno 2000* (RS/TI 2.4.1.2.1).

⁷¹² BORLA, N 41 ; CHIESA, N 8.

⁷¹³ BORLA, N 49.

⁷¹⁴ *Idem*, N 45.

⁷¹⁵ AMOOS PIGUET, N 28 et les références citées.

⁷¹⁶ BORLA, N 47.

⁷¹⁷ Cette situation s'est produite, en juin 2011, lorsque le Grand Conseil a élu un candidat retenu non idoine par la Commission, au détriment d'un autre candidat préavisé favorablement par celle-ci. Il s'agissait toutefois d'une circonstance exceptionnelle. Cf. BORLA, N 46 et 48.

⁷¹⁸ Cf. not. CHIESA, N 9 ; BORGHI, Mainmise, pp. 188 s.

⁷¹⁹ NOSEDA, p. 11 ; BIANCHI, p. 43.

⁷²⁰ NOSEDA, p. 10.

effectuée en amont⁷²¹. Les juges de paix sont quant à eux (toujours) élus par le peuple dans la circonscription électorale correspondant à leur juridiction (art. 2 LOG/TI).

3.3.6.4. Une dépolitisation manquée ?

340 Le nouveau système tessinois est toutefois critiqué par certains auteurs, en particulier par Marco BORGHI, lequel a d'ailleurs été membre de la Commission d'experts indépendants. Selon lui, cette réforme a entraîné une forte réduction des candidatures, car « lorsqu'un poste est à repourvoir, ne participent au concours que les candidats adhérant au parti revendiquant ce poste avec l'accord tacite des autres, car il est évident qu'aucun autre candidat ne pourrait jamais obtenir le nombre nécessaire de voix au Grand Conseil et risquerait même de sacrifier inutilement son image, les résultats étant publics »⁷²². De plus, il est arrivé, dans quelques cas, que le Grand Conseil ne suive pas les préavis motivés de la Commission qui avait jugé apte un candidat. Au contraire, le Parlement avait décidé d'élire une autre personne déclarée non compétente par la Commission. Ces élections ont suscité de vives réactions de la part de la presse et des milieux intéressés⁷²³. Certains auteurs ont ainsi proposé que le préavis de la Commission soit obligatoire pour le Grand Conseil⁷²⁴ ou que ce dernier ne puisse pas élire un candidat jugé non apte par la Commission⁷²⁵. Enfin, il faut relever que l'élection par le Grand Conseil des membres de la Commission engendre inévitablement une certaine politisation, dans la mesure où sont choisies souvent des personnes déjà membres d'un parti ou partageant les idées de celui-ci.

341 Afin de remédier aux défauts du système, diverses modifications législatives ont été proposées par des membres des partis politiques visant à redonner la compétence d'élection au peuple, à l'attribuer au Conseil de la magistrature, ou encore à la laisser au Parlement, mais en obligeant, dans ce dernier cas, les candidats à suivre une école de magistrature. Une première période de fonction « à l'essai » pour les magistrats a également été présentée⁷²⁶. Le 22 juin 2015, le Grand Conseil a institué une *Commissione speciale per la procedura di elezione dei magistrati* afin d'évaluer ces différentes propositions. Dans son rapport du 3 octobre 2017, la majorité de la Commission a estimé que la procédure de désignation ne devait pas être fondamentalement modifiée. Toutefois, elle a conclu que le préavis de la Commission d'experts indépendants ne serait plus transmis à l'*Ufficio presidenziale*, mais à la Commission judiciaire, composée d'un membre par groupe parlementaire, laquelle serait chargée de donner également son préavis sur le candidat⁷²⁷. En revanche, la minorité de la Commission spéciale était favorable à réintroduire l'élection par le peuple des juges du Tribunal d'appel, des membres du Tribunal des expropriations et des juges des mineurs⁷²⁸. Le Grand Conseil a demandé, en octobre 2017, le renvoi en Commission du rapport.

3.3.6.5. La durée de fonction et la réélection

342 Tous les magistrats de l'ordre judiciaire sont élus pour une période de dix ans (art. 81 al. 1 Cst./TI). La durée était précédemment de six ans avant que le peuple accepte, le 25 septembre 2005, son allongement⁷²⁹. Le but de la réforme était de garantir une meilleure indépendance des magistrats. Partant, le Tessin est le canton qui

⁷²¹ BORLA, N 35; NOSEDA, p. 8. A deux reprises (en 1982 et 1992), les juges du Tribunal d'Appel ont toutefois été contraints de participer à une campagne électorale dite « éprouvante ». Cf. CHIESA, N 1.

⁷²² BORGHI, Mainmise, p. 188, n. 46.

⁷²³ *Ibid.* ; BORLA, N 46 et 48.

⁷²⁴ BORGHI, Inconstituzionalità, N 17.

⁷²⁵ BORLA, N 99.

⁷²⁶ Cf. CONSEIL D'ETAT (TI), Message du 12 novembre 2014. Disponible : [<http://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/M7002.pdf>] (dernière consultation : 24.05.2020).

⁷²⁷ Cf. *Rapporto di maggioranza della Commissione speciale per la procedura di elezione dei magistrati*, du 3 octobre 2017. https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/rapporti/21710_5880R7002R-magg.pdf (dernière consultation : 10.05.2020).

⁷²⁸ Cf. *Rapporto di minoranza della Commissione speciale per la procedura di elezione dei magistrati*, du 3 octobre 2017. https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/rapporti/21708_5880R7002R-min.pdf (dernière consultation : 10.05.2020).

⁷²⁹ A noter qu'il s'agissait, en quelque sorte, de rétablir la situation antérieure, car l'ancienne Constitution cantonale de 1830 prévoyait déjà une élection de dix ans pour les juges de paix, les *Pretori* et les juges du Tribunal d'appel. Cf. la brochure du Conseil d'Etat tessinois concernant la votation cantonale du 25 septembre 2005, p. 7. Disponible : [http://www4.ti.ch/fileadmin/GENERALE/DIRITTIPOLITICI/votazioni/pdf/2005/25-09-2005_Opuscolo-C.pdf] (dernière consultation : 24.05.2020).

prévoit, pour ses juges, la durée de fonction déterminée la plus longue. Dans tous les cas, la fonction du magistrat cesse au 31 décembre de l'année lors de laquelle il atteint l'âge de 70 ans, respectivement au 30 juin s'il atteint cet âge au premier semestre (art. 21 al. 1 LOG/TI).

Au terme de la durée de fonction, le juge qui sollicite une nouvelle élection doit passer l'examen du *Consiglio della magistratura*. Depuis le 1^{er} septembre 2007, cet organe est doté d'une compétence nouvelle lui permettant de préavisier les candidatures de magistrats qui sollicitent une réélection (cf. art. 79 al. 2 let. f LOG/TI). La tâche du *Consiglio della magistratura* consiste essentiellement à procéder à une évaluation concrète de l'activité du magistrat, en tenant compte de la qualité et de la quantité du travail fourni⁷³⁰.

Le *Consiglio della magistratura* est composé de sept membres et de cinq suppléants (art. 75 LOG/TI). Trois membres et deux suppléants doivent être désignés parmi les magistrats en activité à temps plein par l'assemblée des magistrats qui désigne aussi, parmi les magistrats ainsi élus, le président et le vice-président du Conseil de la magistrature. Les quatre autres membres et suppléants sont élus par le Parlement ; ils sont choisis parmi les autres magistrats en fonction, d'anciens magistrats ou d'autres citoyens actifs. Au maximum deux membres et un suppléant peuvent être choisis parmi les avocats inscrits à l'Ordre des avocats tessinois (art. 77 LOG/TI). La fonction de membre ou de suppléant est incompatible avec celle de Conseiller d'Etat, député aux Chambres fédérales, membre du Grand Conseil et fonctionnaire de l'administration cantonale, fédérale ou des communes (art. 76 LOG/TI).

3.3.6.6. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

Les magistrats de l'ordre judiciaire ne peuvent être simultanément membres du Conseil d'Etat ou député au Grand Conseil (art. 54 al. 1 Cst./TI). En outre, ils ne peuvent être simultanément ni membres du Conseil des Etats ou du Conseil national, ni d'une municipalité (art. 54 al. 2 Cst./TI). Les magistrats à temps plein sont tenus de dédier tout leur temps à la fonction judiciaire (art. 19 al. 1 LOG/TI). En vertu de l'art. 19 al. 2 LOG/TI, ils ne peuvent : a) exercer l'activité d'avocat ou de notaire ; b) assumer des charges fédérales ou cantonales ou des emplois avec des honoraires annuels fixes ; c) exercer une profession, un commerce ou une industrie, ni même à titre accessoire ou occasionnel, ou encore sous forme de mandat ; d) occuper un poste de directeur, gérant, administrateur et membre d'un organe de révision ou de contrôle d'une société, instituts, entreprises qui ont une activité lucrative, ni accomplir pour eux une activité, même à titre gratuit. En outre, les juges ne peuvent exercer en tant qu'avocat (art. 19 al. 3 LOG/TI). Avec l'accord du Conseil d'Etat, et après préavis du Conseil de la magistrature, les magistrats à temps plein peuvent assumer des emplois donnés par des autorités fédérales, cantonales ou communales ou par des entités paraétatiques cantonales et fédérales, ou exercer comme arbitre ou expert (art. 19 al. 4 LOG/TI)⁷³¹.

b) Incompatibilités à raison de la personne

En vertu de l'art. 18 al. 1 LOG/TI, ne peuvent notamment faire partie du même tribunal l'ascendant et le descendant, le mari et l'épouse, les partenaires enregistrés, les concubins, les frères, l'oncle et les neveux consanguins ainsi que le beau-père et le gendre. Les mêmes incompatibilités valent pour les degrés de parenté équivalents pour les femmes.

⁷³⁰ TUONI, N 13 ; ZAPPELLI, Le juge, p. 95.

⁷³¹ Pour plus de détails s'agissant des incompatibilités des magistrats dans le canton du Tessin, avec notamment certaines données empiriques, cf. ANNOVAZZI Mattia, Le incompatibilità per attività dei magistrati a tempo pieno, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2017/3.

3.3.6.7. La surveillance disciplinaire

- 347 Selon l'art. 74 al. 1 LOG/TI, le pouvoir disciplinaire et la surveillance sur les magistrats et les personnes qui exercent des fonctions judiciaires sont attribués au *Consiglio della magistratura*. Celui-ci est notamment chargé de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des magistrats judiciaires (art. 79 al. 2 let. c LOG/TI) et de relever de leur charge ceux qui, en cas de maladie physique ou mentale, ou pour d'autres motifs, ne peuvent assumer de manière adéquate leurs devoirs (art. 79 al. 2 let. d LOG/TI). Dans ce dernier cas s'appliquent les règles de la *legge sull'ordinamento degli impiegato dello Stato e dei docenti*⁷³² relatives à la cessation des rapports de travail (art. 79 al. 3 LOG/TI).
- 348 Le *Consiglio della magistratura* peut infliger des sanctions disciplinaires à l'encontre du magistrat qui ne remplit pas correctement sa fonction ou qui par son comportement offense la dignité de la magistrature (80 al. 1 let. a à d LOG/TI). La sanction la plus sévère est la destitution (art. 80 al. 1 let. d LOG/TI). Dans ce cas, le magistrat devient inéligible à une fonction judiciaire (art. 80 al. 3 LOG/TI). Les art. 81 ss LOG/TI réglementent la procédure disciplinaire. L'art. 85a al. 1 LOG/TI prévoit notamment que les décisions du Conseil de la magistrature sont attaquables, dans les 30 jours, devant une *commissione di ricorso sulla magistratura*. La décision de cette dernière ne peut pas faire l'objet d'un recours et est immédiatement exécutoire. La *commissione di ricorso* est composée d'un président, de deux membres et de deux suppléants élus par le Grand Conseil qui doivent répondre aux exigences d'éligibilité prévues à l'art. 17 al. 1 LOG/TI (art. 85a al. 2 LOG/TI).

3.3.7. Le Valais

3.3.7.1. Les conditions d'éligibilité

- 349 Dans le canton du Valais, l'art. 27 LOJ/VS dispose que « pour être nommé juge cantonal, juge de district, juge des mesures de contrainte, juge de l'application des peines et mesures, procureur général, procureur général adjoint, premier procureur, procureur, substitut, suppléant de ces magistrats ou greffier, il faut être titulaire du brevet d'avocat (al. 1). Les titulaires d'une licence, master ou doctorat en droit, ou d'un titre universitaire équivalent sont éligibles à condition de justifier d'une formation pratique suffisante » (al. 2). Pour la fonction de juge ou de vice-juge de la commune municipale, la citoyenneté suisse est cependant suffisante (art. 179 LDP/VS).
- 350 La Constitution valaisanne⁷³³ prévoit, en outre, à son art. 63 al. 2 que « [l]es membres du Tribunal cantonal doivent connaître les deux langues nationales », c'est-à-dire la langue française et la langue allemande (art. 12 Cst./VS)⁷³⁴. L'art 29 LOJ/VS détermine les exigences de représentativité. Ainsi, « [l]es langues, les régions et les forces politiques doivent être équitablement représentées au sein des autorités judiciaires cantonales, de première et de deuxième instances, et du ministère public » (al. 1). En outre, l'autorité de nomination prend en compte le principe de l'égalité des sexes » (al. 2).

3.3.7.2. L'institution récente du Conseil de la magistrature

- 351 Le 25 septembre 2016, la population valaisanne a accepté l'introduction d'un nouvel article 65bis Cst. instituant un Conseil de la magistrature. L'art. 65bis Cst./VS (recte 65a) est libellé comme suit :

¹Le Conseil de la magistrature est une autorité indépendante de surveillance de la Justice.

⁷³² RS/TI 2.5.4.1

⁷³³ On notera que la Constitution valaisanne datant de 1907 est en voie de révision totale. Le 4 mars 2018, la population valaisanne a accepté l'initiative populaire en faveur d'une révision totale de la Constitution cantonale et a décidé de confier les travaux à une Constituante. [<https://www.vs.ch/web/constituante>] (dernière consultation : 10.05.2020).

⁷³⁴ L'expression curieuse de « langues nationales » découle de toute évidence de l'ancienneté de la Constitution valaisanne. Par cette formulation, on entend, en effet, vraisemblablement les langues de la « nation » valaisanne (art. 12 Cst./VS) et non celles de la « nation » suisse (en 1907, la Constitution fédérale comptait, par ailleurs, trois langues nationales, à savoir l'allemand, le français et l'italien).

²Il exerce la surveillance administrative et disciplinaire sur les autorités judiciaires cantonales et les magistrats du ministère public. Est réservée la compétence exclusive du Grand Conseil de révoquer, pour de justes motifs, les magistrats qu'il a élus.

³Il est soumis à la haute surveillance du Grand Conseil.

⁴Le Grand Conseil élit les membres du Conseil de la magistrature qui ne sont pas désignés par la loi.

⁵Pour le surplus, la loi fixe:

- a. la composition, le mode de désignation et l'organisation du Conseil de la magistrature;
- b. la voie de recours contre les décisions du Conseil de la magistrature;
- c. les rapports du Conseil de la magistrature avec le Grand Conseil, le Tribunal cantonal et le Ministère public;
- d. la collaboration du Conseil de la magistrature aux élections judiciaires.

Le 13 septembre 2019, le Grand Conseil valaisan a adopté, en deuxième lecture, la loi sur le Conseil de la magistrature (LCDM/VS). Elle n'a pas été attaquée par référendum. Son entrée en vigueur est prévue pour l'automne 2020⁷³⁵. 352

Cet organe comprend neuf membres : trois membres de droit, qui sont le procureur général, un membre du Conseil de l'Ordre des avocats valaisans désigné par celui-ci et un membre de la commission administrative du Tribunal cantonal désigné par celle-ci (art. 4 et 5 LCDM/VS). 353

Les six autres membres sont élus par le Grand Conseil, pour une période de quatre ans renouvelable deux fois. Il s'agit d'« a) un avocat, sur proposition du Conseil de l'Ordre des avocats valaisans ; b) un juge de première instance, sur proposition de la Conférence des juges de première instance ; c) un procureur, sur proposition du Bureau du ministère public ; d) un membre du Grand Conseil, qui ne fait pas partie de la commission de justice, sur proposition du Bureau ; e) deux membres disposant de connaissances spéciales, sur proposition du Conseil d'Etat, le Conseil de la magistrature [étant] entendu quant aux compétences recherchées. Ces membres ne peuvent pas appartenir à une institution publique étatique ni être inscrits dans un registre cantonal ou un tableau public des avocats » (art. 6 al. 1 LCDM/VS). En outre, « [d]ans le cadre de la procédure d'élection, le Grand Conseil dispose d'un droit de veto ; il ne peut cependant pas émettre de contre-propositions » (art. 6 al. 3 LCDM/VS). Cela signifie qu'il peut refuser les propositions qui lui sont faites, mais ne peut pas désigner lui-même, spontanément, une autre personne à la place de celle proposée. Il doit, dans ce cas, demander aux diverses autorités de proposer une nouvelle personne pour la fonction. Ce système inédit en Suisse vise à dépolitiser la désignation des membres du Conseil de la magistrature, et accroître ainsi leur indépendance vis-à-vis de l'organe législatif⁷³⁶. 354

3.3.7.3. La sélection des juges du Tribunal cantonal

La loi sur le Conseil de la magistrature prévoit que celui-ci collabore aux élections judiciaires. Cet organe met au concours les postes vacants, le délai de candidature étant de 30 jours (art. 47 al. 1 et 2 LCDM/VS). Il examine les candidatures reçues (art. 47 al. 3 LCDM/VS), c'est-à-dire « a) vérifie que les conditions d'éligibilité arrêtées par la LOJ, ainsi que les exigences d'honorabilité et de solvabilité liées à la fonction sont réalisées ; b) vérifie l'incidence de chaque candidature sur les exigences de représentativité arrêtées par la LOJ ; c) évalue les candidatures ; d) auditionne les candidats qu'elle (sic) a retenus sur la base des dossiers, et e) soumet son rapport à la commission de justice ». Cette dernière – composée de treize membres du Grand Conseil – soumet ensuite ses propositions au Grand Conseil (art. 47 al. 4 LCDM/VS ; cf. ég. art. 43 al. 1 RGC/VS). 355

⁷³⁵ Selon les informations que nous avons pu avoir de la part du canton. Loi actuellement disponible sur la page suivante : [\[https://lex.vs.ch/app/fr/referendums/expired\]](https://lex.vs.ch/app/fr/referendums/expired) (dernière consultation : 11.05.2020).

⁷³⁶ CONSEIL D'ETAT (VS), Message du 23 mai au Grand Conseil concernant le projet de la loi sur le Conseil de la magistrature, p. 4 ; GRAND CONSEIL (VS), Débats concernant la loi sur le Conseil de la magistrature (*première lecture*), Bulletin des séances du Grand Conseil (BSGC) 13 et 15 novembre 2018, p. 25. Pour le surplus, cf. MAHON/RUSSO, Constitutionnalité, N 17 ss et les (autres) références citées.

356 En première lecture figurait dans le projet de loi sur le Conseil de la magistrature une disposition prévoyant que le Conseil de la magistrature soumettait ses propositions de candidatures au Grand Conseil⁷³⁷. Celui-ci disposait alors « d'un droit de veto ; il ne [pouvait] cependant pas émettre de contre-propositions »⁷³⁸. Ce dernier article, qui visait à dépolitiser la procédure de désignation des juges, a fait l'objet d'un âpre débat en plénum, certains députés estimant que l'instrument du droit de veto, sans possibilité pour le Grand Conseil de faire de contre-propositions, n'était pas compatible avec sa compétence d'élection confiée par la Constitution cantonale (art. 39 al. 2 Cst./VS)⁷³⁹. Un avis de droit visant à éclaircir, entre autres, cette question avait alors été commandé au Professeur Pascal MAHON, lequel est arrivé à la conclusion, avec quelques nuances, que cette disposition n'était pas contraire à la Constitution⁷⁴⁰. En deuxième lecture, le Grand Conseil a cependant décidé d'écarter définitivement le droit de veto, et ce malgré l'avis favorable de la Commission des institutions et de la famille. Pour la majorité du Parlement, il était, en effet, essentiel que la Commission de justice continue à donner son avis sur les candidatures et que le Grand Conseil ne se contente pas de ratifier les choix du Conseil de la magistrature⁷⁴¹.

3.3.7.4. La désignation des juges : quatre diverses autorités

357 Le canton du Valais connaît un système complexe, dans lequel coexistent bien quatre autorités de désignation différentes⁷⁴². Au sommet de la hiérarchie judiciaire cantonale, les juges du Tribunal cantonal sont élus par le Grand Conseil (art. 39 al. 2 Cst./VS) ; une élection tacite est possible (art. 115 RGC/VS). Le Tribunal cantonal est lui-même compétent pour la nomination des juges de districts (art. 10 al. 4 LOJ/VS) et des juges des mineurs (art. 13 al. 2 LOJ/VS). Quant aux juges de communes, ils sont élus par les électeurs de la commune (art. 63 al. 3 Cst./VS). Enfin, les juges des tribunaux de police sont nommés par le Conseil municipal, c'est-à-dire l'organe exécutif communal (art. 6bis al. 3 LOJ/VS). On retrouve ainsi dans le système valaisan, la désignation par le peuple, le Parlement, le pouvoir judiciaire lui-même (cooptation) et l'exécutif.

3.3.7.5. La durée de fonction et la réélection

358 Selon l'art. 85 al. 1 Cst./VS, sont nommés pour une période de quatre ans « les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ». On entend par ce terme les juges ainsi que les membres du ministère public et leurs suppléants. Les juges du Tribunal cantonal sont librement rééligibles. Il en va de même pour les juges élus par ce même organe « dans la mesure il n'y a pas de motifs de refus de nouvelle nomination »⁷⁴³. Dans ce cas de figure, « une décision écrite et motivée doit toutefois être notifiée à l'intéressé six mois avant la fin de la période administrative. L'intéressé doit avoir la possibilité de se déterminer préalablement »⁷⁴⁴.

3.3.7.6. Les incompatibilités

a) *Incompatibilités à raison de la fonction*

359 Le Grand Conseil valaisan a adopté, le 11 février 1998, la loi sur les incompatibilités⁷⁴⁵. L'art. 9 de celle-ci mentionne que « [n]e peuvent être juges [cantonaux] à plein temps : a) les membres du Grand Conseil ; b) les membres du Conseil d'Etat ; c) les membres des Chambres fédérales ; d) les préfets et leurs substituts ; e) les membres d'une autorité municipale ». En outre, les membres du Tribunal cantonal « [...] doivent tout leur

⁷³⁷ Art. 47 al. 3 let. e projet LCDM.

⁷³⁸ Art. 47 al. 4 projet LCDM.

⁷³⁹ GRAND CONSEIL (VS), Débats concernant la loi sur le Conseil de la magistrature (*première lecture*), Bulletin des séances du Grand Conseil (BSGC) 13 et 15 novembre 2018, pp. 43 ss.

⁷⁴⁰ Cf. MAHON/RUSSO, Constitutionnalité, N 28 ss.

⁷⁴¹ GRAND CONSEIL (VS), Débats concernant la loi sur le Conseil de la magistrature (*deuxième lecture*), BSGC 10 et 12 septembre 2019, pp. 302-327.

⁷⁴² BORLA, N 31.

⁷⁴³ Art. 3 al. 1 du règlement d'organisation des tribunaux valaisans, du 21 décembre 2010 (RSVS 173.100).

⁷⁴⁴ Art. 3 al. 2 du règlement d'organisation des tribunaux valaisans, du 21 décembre 2010 (RSVS 173.100).

⁷⁴⁵ RS/VS 160.5.

temps à leur fonction. Ils ne peuvent assumer aucune autre fonction, ni exercer une autre activité professionnelle » (art. 13 al. 1 de la loi sur les incompatibilités). Les juges et vice-juges de commune ne peuvent, quant à eux, ni être membres du conseil général, municipal et bourgeoisial ni fonctionnaires et employés des communes municipales et bourgeoisiales (art. 20 de la loi sur les incompatibilités).

S'agissant des conséquences de ces incompatibilités, la loi prévoit que lorsqu'une personne est élue ou nommée à deux fonctions qui sont incompatibles, elle doit choisir entre l'une ou l'autre, dans les six jours qui suivent la survenance de l'incompatibilité (art. 3 al. 1 de la loi sur les incompatibilités). Passé ce délai, il est procédé à un tirage sort (art. 3 al. 2 de la loi sur les incompatibilités) qui est effectué au plan communal, par le président de la municipalité, respectivement de la bourgeoisie, et sur le plan cantonal par le président du Conseil d'Etat (art. 4 al. 1 de la loi sur les incompatibilités). Le tirage au sort a lieu également lorsqu'une incompatibilité surgit en cours de fonction, en l'absence de dispositions légales expresses ou à défaut de désistement volontaire (art. 4 al. 2 de la loi sur les incompatibilités).

b) Incompatibilités à raison de la personne

S'agissant des juges cantonaux, l'art. 12 al. 1 de la loi sur les incompatibilités proscribit que les conjoints, les parents en ligne directe et collatérale jusqu'au troisième degré, les alliés en ligne directe et collatérale jusqu'au deuxième degré puissent être simultanément membres d'un même tribunal. Les règles sont identiques pour les juges et vice-juges de commune (art. 22 al. 1 de la loi sur les incompatibilités).

L'art. 2 de la loi sur les incompatibilités règle les conséquences des incompatibilités à raison de la personne. Ainsi, « [l]orsque deux personnes sont élues ou nommées successivement à une fonction qu'elles ne peuvent exercer ensemble, celle qui a créé l'incompatibilité est réputée ne pas être élue ou nommée (al. 1). Lorsque deux personnes sont élues simultanément à une fonction qu'elles ne peuvent exercer ensemble, est réputée élue celle qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages. Si elles ont obtenu le même nombre de voix ou si elles ont été élues selon des systèmes différents, il est procédé à un tirage au sort (al. 2). Dans tous les cas, chacun peut renoncer volontairement à sa fonction au profit de l'autre. Le désistement doit intervenir dans les six jours qui suivent l'acte d'élection ou de nomination (al. 3) ».

3.3.7.7. La surveillance disciplinaire

Lorsque sera entrée en vigueur la LCDM, la surveillance disciplinaire sur les juges et les procureurs sera de la compétence du Conseil de la magistrature (art. 23 ss LCDM/VS). Auparavant, cette prérogative était exercée par le Tribunal cantonal⁷⁴⁶. La procédure est régie par l'art. 24 LCDM/VS. Elle comporte une enquête sur la personne concernée, qui est entendue, et peut déposer un mémoire ou demander une enquête complémentaire. L'enquêteur, qui peut être le président du Conseil de la magistrature ou un membre désigné par le Conseil de la magistrature, transmet ensuite son rapport final à ce dernier. Les sanctions disciplinaires vont du blâme écrit à la révocation disciplinaire (art. 26 LCDM/VS).

« Lorsque le Conseil de la magistrature estime, au terme de son enquête, que les faits peuvent justifier la révocation disciplinaire d'un juge ou d'un procureur élu par le Grand Conseil, il transmet le dossier au Grand Conseil qui le remet à la commission de justice pour préavis. La commission de justice examine le dossier, entend la personne concernée et fait une proposition au plénum. Les débats ont lieu à huis clos et le vote à bulletins secrets. Le Grand Conseil peut prononcer la révocation disciplinaire ou renoncer à toute sanction si une démission est présentée. A défaut, il renvoie le dossier au Conseil de la magistrature comme objet de sa compétence » (art. 27 LCDM/VS). Le Conseil de la magistrature peut prononcer les révocations disciplinaires qui ne sont pas de la compétence du Grand Conseil (art. 28 al. 1 let. a LCDM/VS).

La compétence de statuer contre les décisions du Conseil de la magistrature (art. 32 let. b LCDM/VS) et contre la révocation disciplinaire prononcée par le Grand Conseil (art. 32 let. c LCDM/VS) est attribuée à une commission de recours. Celle-ci comprend « 3 membres et 2 suppléants élus par le Grand Conseil et assermentés

⁷⁴⁶ Cf. PELLATON, N 943.

par celui-ci » (art. 33 al. 1 LCDM/VS). « Ne peuvent être élus [ni] les juges et procureurs en fonction dans le canton [ni] les employés des tribunaux et du ministère public en fonction dans le canton, [ni même] les membres en fonction du Conseil d'Etat et du Grand Conseil du canton du Valais » (art. 33 al. 2 LCDM/VS). Selon le Conseil d'Etat, « on pourrait imaginer une commission de recours composée d'un professeur d'Université dont les origines seraient valaisannes, d'un juge à la retraite, qui aurait travaillé plusieurs années au sein des autorités valaisannes [et] d'un juge hors canton »⁷⁴⁷. Enfin, « [l]es membres et les suppléants doivent être titulaires du brevet d'avocat. Les titulaires d'une licence, master ou doctorat en droit, ou d'un titre universitaire équivalent, sont éligibles à condition de justifier d'une formation pratique suffisante » (art. 33 al. 3 LCDM/VS).

3.3.8. Vaud

3.3.8.1. Les conditions d'éligibilité

366 Dans le canton de Vaud, peuvent accéder à la magistrature « [l]es personnes majeures, de nationalité suisse, qui ont l'exercice des droits civils et qui n'ont pas subi de condamnation pour des actes contraires à la probité ou à l'honneur. Le magistrat qui n'est pas domicilié dans le canton lors de sa nomination doit y prendre domicile dans le délai fixé par l'autorité de nomination. Sous réserve de cas exceptionnels, les magistrats professionnels⁷⁴⁸ et les juges suppléants au Tribunal cantonal doivent disposer d'une formation juridique » (art. 16 LOJV/VD). « Le Grand Conseil vérifie les conditions d'éligibilité pour les juges et les juges suppléants du Tribunal cantonal ; le Tribunal cantonal les vérifie pour les autres magistrats » (art. 26 al. 1 LOJV/VD). Par ailleurs, une activité préalable comme greffier au sein d'une juridiction cantonale semble être une condition préalable pour l'accès à plusieurs fonctions judiciaires.

3.3.8.2. La sélection des juges du Tribunal cantonal

367 La nouvelle Constitution vaudoise du 14 avril 2003 a introduit une « Commission de présentation » chargée de préavisier l'élection des juges du Tribunal cantonal (et des membres de la Cour des comptes)⁷⁴⁹. Elle est composée de neuf députés et de quatre experts indépendants (les experts ne sont pas les mêmes qu'il s'agisse de l'élection du Tribunal cantonal ou de la Cour des comptes). Chaque groupe politique est représenté au sein de la Commission. Les membres de celle-ci sont élus par le Grand Conseil (art. 131 al. 2 Cst./VD). Les experts indépendants sont désignés compte tenu de « leurs qualifications, qui doivent être propres à assurer que les juges du Tribunal cantonal remplissent les conditions posées par la loi » (art. 160 LGC/VD). Les experts sont le plus souvent des avocats, les magistrats judiciaires en fonction n'étant pas ou peu associés au processus⁷⁵⁰.

368 Après la mise au concours des postes vacants, la Commission de présentation auditionne les candidats afin de vérifier si les conditions posées par la loi sont remplies (art. 161 LGC/VD). Elle peut renoncer à entendre les candidats qui ne correspondent objectivement pas aux qualifications requises. En cas de doutes sur les aptitudes d'un candidat auditionné, elle peut procéder à une seconde audition. Sa décision est prise au deux tiers des membres présents⁷⁵¹. « Les membres députés adoptent, à la majorité simple et hors la présence des experts, le préavis de la Commission. Les députés minorisés peuvent demander que leur opinion dissidente soit mentionnée dans le rapport de la Commission au Grand Conseil. Avant de prendre leur décision, les membres députés consultent les membres experts. Ces derniers se prononcent à l'unanimité ou à la majorité. Il est fait

⁷⁴⁷ CONSEIL D'ETAT (VS), Message concernant le projet de loi sur le conseil de la magistrature, du 15 novembre 2018, p. 12. Pour l'appréciation de ce système, cf. *infra*, N 1286.

⁷⁴⁸ C'est-à-dire les juges cantonaux, les présidents des tribunaux d'arrondissement, les présidents du Tribunal des mineurs, les présidents du Tribunal des baux, les juges de paix, les juges d'application des peines et les juges du Tribunal des mesures de contrainte (art. 17 al. 1 LOJV).

⁷⁴⁹ MAHON/SCHALLER, Election, p. 12.

⁷⁵⁰ WEBER P., p. 25.

⁷⁵¹ Art. 6 § 2 du règlement interne de la Commission de présentation, du 1^{er} septembre 2017. Disponible : [<https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/grand-conseil/commissions-parlementaires/commission-de-presentation/>] (dernière consultation : 11.05.2020).

état de l'opinion des experts dans le rapport de la Commission. Le préavis est soumis au secrétariat du Grand Conseil »⁷⁵². « Préalablement à la transmission du rapport de la Commission au Grand Conseil, tout candidat est informé de la teneur du préavis qui le concerne. En cas de préavis négatif, il peut se retirer sans qu'il soit nommément fait mention de sa candidature dans le rapport »⁷⁵³. A noter que la Constitution vaudoise prévoit que « [l]e choix des candidats au Tribunal cantonal se fonde essentiellement sur leur formation juridique et leur expérience » (art. 131 al. 3, 1^{ère} phrase Cst./VD).

3.3.8.3. La désignation des juges : un double système

Le canton de Vaud présente une certaine particularité, dans ce sens que les juges sont désignés par une autorité différente selon qu'ils sont appelés à siéger en première ou en deuxième instance. En effet, alors que les juges du Tribunal cantonal sont élus par le Grand Conseil, sur préavis de la Commission de présentation (art. 106 let. b et 131 al. 1 Cst./VD)⁷⁵⁴, les autres magistrats – essentiellement les juges des tribunaux d'arrondissement et les juges de paix – sont nommés par le Tribunal cantonal (art. 133 al. 2 let. b Cst./VD ; art. 17 al. 2 et 24 LOJV/VD), plus précisément par sa Cour plénière, sur préavis de la Cour administrative⁷⁵⁵.

Pour l'élection des juges du Tribunal cantonal, le critère politique joue un rôle significatif. A cet effet, la Constitution du canton de Vaud mentionne expressément que « le Grand Conseil veille [...] à une représentation équitable des différentes sensibilités politiques » (art. 131 al. 3 Cst./VD). A ce titre, une modification de cette disposition a été proposée il y a quelques années par le député Marc-Olivier BUFFAT, lequel a déposé un postulat visant à ce que les choix des candidats au Tribunal cantonal se fondent essentiellement sur leur formation juridique, leur expérience et leurs qualités intrinsèques et non pas sur leur appartenance partisane⁷⁵⁶. Toutefois, suivant la recommandation de la majorité de la commission des affaires judiciaires, le Grand Conseil a, le 16 septembre 2014, par 94 voix contre 30 et 3 absences, refusé la prise en considération du postulat⁷⁵⁷.

S'agissant des magistrats des juridictions inférieures, leur nomination par le Tribunal cantonal a pour effet de mettre au second plan leur appartenance politique⁷⁵⁸. Il n'en demeure pas moins, comme le relève Dick MARTY dans son rapport du 14 novembre 2014⁷⁵⁹, que la désignation de ces juges, ainsi que leur confirmation chaque cinq ans, par la juridiction cantonale supérieure « constitue une atteinte à leur indépendance ou, du moins, à la perception d'indépendance que le justiciable peut en avoir »⁷⁶⁰. En effet, le Tribunal cantonal détient un cumul de compétence qui paraît problématique étant donné qu'il « est ainsi l'instance cantonale suprême qui dit le droit, qui nomme les magistrats des juridictions inférieures devant périodiquement être réélus, qui exerce sur eux la surveillance et le pouvoir disciplinaire et, *last but not least*, qui constitue l'autorité de recours contre leurs décisions »⁷⁶¹. Les magistrats des juridictions inférieures peuvent donc apparaître, aux yeux des justiciables, comme des « fonctionnaires » du Tribunal cantonal. Pour ces raisons, l'ancien procureur général du canton du Tessin et parlementaire fédéral propose que ces juges soient « élus par le Grand Conseil, voire au niveau de leur juridiction, ou encore par un autre organisme indépendant »⁷⁶².

⁷⁵² Art. 7 du règlement interne de la Commission de présentation. Cf. ég. TF 1B_460/2012 du 25 septembre 2012, consid. 3.3.

⁷⁵³ Art. 9 du règlement interne de la Commission de présentation.

⁷⁵⁴ Pour la procédure d'élection, cf. art. 154 à 156 LGC/VD.

⁷⁵⁵ Art. 4 du règlement d'administration de l'ordre judiciaire (RAOJ ; RSV 173.03.1) et art. 59 du règlement organique du Tribunal cantonal (ROTC ; RSV 173.31.1).

⁷⁵⁶ [<http://www.vd.ch/autorites/grand-conseil/seances-precedentes/annee-2014/seance-du-16-septembre-2014/postulat-marc-olivier-buffat-et-consorts-modification-de-lart-131-al-3-de-la-constitution-vaudoise-appartenance-politique-des-juges-cantonaux-en-question/>] (dernière consultation : 11.05.2020).

⁷⁵⁷ Grand Conseil (VD), BGC n° 85, pp. 243 ss. Les arguments des partisans du *statu quo* avaient trait essentiellement au fait que le système en vigueur garantit la représentation des diverses sensibilités politiques ainsi qu'une certaine transparence. En outre, il permet d'éviter les problèmes liés à la cooptation.

⁷⁵⁸ MARTY, Haute surveillance, p. 13.

⁷⁵⁹ Ce rapport résulte d'un mandat donné à Dick MARTY par le Conseil d'Etat. Il faisait suite à l'affaire « Claude D. » et avait notamment pour but de permettre au Gouvernement 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 juges. Cf. PELLATON, N 972.

⁷⁶⁰ MARTY, Haute surveillance, p. 20.

⁷⁶¹ *Idem*, p. 13. Cf. toutefois ATF 131 I 31, consid. 2.1.2.

⁷⁶² *Idem*, p. 20.

3.3.8.4. La durée de fonction et la réélection

- 372 Les juges du Tribunal cantonal sont élus pour une période de cinq ans (art. 131 al. 1 Cst./VD ; art. 23 al. 1 LOJV/VD). Leur réélection est expressément admise. Dans ce cas, le préavis de la Commission de présentation est requis (art. 154 al. 2 LGC/VD). Si elle envisage de donner un préavis négatif, elle entend le candidat concerné (art. 162 LGC/VD). Néanmoins, elle peut « renoncer à l'audition d'un candidat si tous ses membres se prononcent, d'emblée et sans réserve, en faveur de sa réélection »⁷⁶³. Quant aux juges de première instance, ils sont également nommés pour une durée de cinq ans et « rééligibles » (art. 24 al. 1 LOJV/VD), selon la même procédure⁷⁶⁴.
- 373 La Caisse de pension du Canton de Vaud, auprès de laquelle les magistrats judiciaires sont généralement affiliés, détermine les conditions donnant le droit à la retraite (cf. art. 48 al. 1 LOJV/VD). Les magistrats qui n'y sont pas affiliés sont tenus de résigner leurs fonctions à l'âge de 65 ans révolus (art. 48 al. 2 LOJV/VD). Font exception les assesseurs, qui peuvent exercer leurs fonctions jusqu'à l'âge de 70 ans révolus (art. 23 al. 3 LOJV/VD). Toutefois, « avec l'accord de l'intéressé, le Tribunal cantonal peut prolonger au-delà de 65 ans les fonctions d'un magistrat nommé par lui. Cette prolongation, valable pour une année et renouvelable, ne peut aller au-delà de 70 ans révolus » (art. 48 al. 3 LOJV/VD).

3.3.8.5. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

- 374 Les fonctions de membres d'une autorité judiciaire sont incompatibles avec celles de membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ainsi que de celle de médiateur ou de médiatrice (art. 90 al. 1 Cst./VD). Les employés de l'administration cantonale ne peuvent pas être membres d'une autorité judiciaire, sous réserve des exceptions prévues par la loi (art. 90 al. 3 Cst./VD ; art. 18a al. 1 LOJ/VD). Les greffiers, greffiers substituts et greffiers ad hoc ainsi que les membres du corps enseignant de l'Université de Lausanne peuvent être des magistrats judiciaires (art. 18a al. 2 et 3 LOJ/VD). Les collaborateurs de l'Etat de Vaud peuvent toutefois être nommés juges assesseurs dans les tribunaux de prud'hommes et au Tribunal des baux ainsi que juges au Tribunal des mineurs (art. 18 al. 4 LOJ/VD).
- 375 L'art. 19 LOJ/VD mentionne que « [l]es magistrats judiciaires ne peuvent participer à aucune activité ni exercer aucune profession qui soit de nature à nuire à l'exercice de leur charge, à compromettre leur situation officielle ou à gêner leur indépendance. Le Tribunal cantonal veille à l'application de cette disposition, limite et contrôle le nombre de mandats privés qui leur sont confiés » (al. 1). Même en charge à temps partiel, les juges cantonaux, les présidents des tribunaux d'arrondissement, les présidents du Tribunal des mineurs, les présidents du Tribunal des baux, les juges de paix, les juges d'application des peines et les juges du Tribunal des mesures de contrainte ne peuvent exercer la profession d'avocat, d'avocat-conseil, de notaire et d'agent d'affaires breveté. S'agissant des autres postes de magistrats judiciaires, les avocats et agents d'affaires brevetés ne peuvent plaider devant la juridiction à laquelle ils sont rattachés » (al. 2). Enfin, « [l]es magistrats judiciaires professionnels ne peuvent assumer aucun mandat politique. Les autres magistrats ne peuvent siéger ni au Grand Conseil, ni au Conseil d'Etat, à l'exception des jurés » (art. 20 LOJV/VD).

b) Incompatibilités à raison de la personne

- 376 L'art. 18 LOJV/VD détermine les liens de parenté et d'alliance prohibés au sein des autorités judiciaires. Selon l'al. 1, « [n]e peuvent appartenir comme magistrats à la même autorité judiciaire : a) les époux, les partenaires enregistrés, les personnes menant de fait une vie de couple ; b) une personne et le frère ou la sœur de son conjoint, de son partenaire enregistré ou de la personne menant de fait une vie de couple avec elle ; c) les

⁷⁶³ Art. 6 § 3 du règlement interne de la Commission de présentation.

⁷⁶⁴ Il convient encore de noter que dans son rapport du 14 novembre 2014 Dick MARTI propose, comme piste de réflexion visant à renforcer l'indépendance de la justice, une élection à durée indéterminée des juges, couplée d'une possible révocation. Subsidiativement, une élection pour une durée de dix ans pourrait également être instituée. MARTY, Haute surveillance, p. 26.

parents et alliés en ligne direct, et dans la ligne collatérale, les parents et alliés jusqu'au troisième degré inclusivement ». L'al. 2 invoque les liens prohibés lorsqu'une personne siège au Conseil d'Etat et, en même temps son parent ou allié, au Tribunal cantonal. Enfin, « [c]elui qui donne lieu à une alliance d'un degré prohibé est réputé démissionnaire » (al. 3).

3.3.8.6. La surveillance disciplinaire

Le Tribunal cantonal, en qualité d'autorité administrative, dirige et surveille l'ordre judiciaire (art. 133 al. 2 let. a Cst./VD ; cf. ég. art. 8 al. 1 LOJV/VD et art. 1 al. 2 ROTC/VD). Il surveille les juges des autres autorités judiciaires du canton, par l'intermédiaire d'une autorité de surveillance (art. 8 al. 2, 1^{ère} phrase, 31 al. 1 LOJV/VD). Celle-ci est composée de trois juges du Tribunal cantonal (art. 31a LOJV/VD).

L'autorité de recours contre les décisions de l'autorité de surveillance est le Tribunal neutre (art. 31c al. 1 LOJ/VD, 45 al. 1 LOJV/VD). Cette autorité judiciaire (cf. art. 2 al. 1 ch. 1 let. b LOJV/VD) exerce également la surveillance disciplinaire sur les juges du Tribunal cantonal. Dans ce dernier cas, elle statue sans recours (au niveau cantonal) (art. 31c al. 2, 2^e phrase LOJV/VD).

Le Tribunal neutre siège à cinq juges (art. 86 al. 4 LOJV/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). La loi ne prévoit pas de conditions d'éligibilité spécifiques pour les membres de ce tribunal si ce n'est que les juges, juges suppléants, assesseurs et greffiers du Tribunal cantonal ne peuvent pas y siéger (art. 86 al. 2 LOJV/VD). « Les juges du Tribunal neutre ne sont pas tenus d'avoir leur domicile dans le canton; ils peuvent siéger jusqu'à 75 ans révolus » (art. 86 al. 3 LOJ/VD).

L'autorité de surveillance du Tribunal cantonal et le Tribunal neutre peuvent prononcer les sanctions prévues à l'art. 32 LOJV/VD, qui peuvent aller jusqu'à la destitution du magistrat. Ils peuvent également décider le renvoi du magistrat avec effet immédiat pour justes motifs. « Sont considérés comme telles toutes les circonstances même non imputables à faute, qui, selon les règles de la bonne foi, excluent la poursuite des fonctions » (art. 32a LOJV/VD).

Les art. 33 ss LOJV/VD régissent de manière assez détaillée la procédure. Il est notamment prévu que 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 (art. 37 al. 1 let. b LOJV/VD). Le magistrat impliqué doit être entendu, sauf s'il y renonce par écrit ou s'il ne peut pas être atteint. Il peut être assisté d'un avocat (art. 40 al. 1 LOJV/VD). Il a le droit de consulter le dossier avant la clôture de l'enquête et de requérir des compléments d'instructions (art. 40 al. 2 LOJV/VD). Une fois l'enquête terminée, le magistrat est cité à comparaître devant l'autorité compétente. Il peut présenter sa défense par écrit ou oralement et se faire assister d'un avocat (art. 43 al. 1 LOJV/VD).

On relèvera encore qu'au vu de la double fonction du Tribunal cantonal, lequel agit tant comme autorité de recours que comme autorité de surveillance, aussi bien Thierry TANQUEREL⁷⁶⁵ que Dick MARTY⁷⁶⁶ préconisent, dans leurs rapports respectifs, l'instauration d'un Conseil de la magistrature. Une telle institution contribuerait ainsi à renforcer l'indépendance de la justice. En mai 2020, le Conseil d'Etat a mis en consultation un avant-projet de loi sur le Conseil de la magistrature. Il est notamment prévu que cet organe soit chargé de la surveillance disciplinaire sur tous les magistrats judiciaires et du Ministère public (ses décisions, y compris la destitution sont sujettes à un recours auprès du Tribunal neutre). Le Conseil de la magistrature collaborerait également aux élections des juges cantonaux, en préavisant les candidatures, en sus de la Commission de présentation⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ TANQUEREL, Commission de haute surveillance, pp. 27 ss.

⁷⁶⁶ MARTY, Haute surveillance, pp. 22 s.

⁷⁶⁷ Voir à ce sujet, l'avant-projet de loi sur le Conseil de la magistrature ainsi que le rapport explicatif, disponible : <https://www.vd.ch/toutes-les-actualites/news/13176i-lavant-projet-de-loi-sur-le-conseil-de-la-magistrature-est-en-consultation/> (dernière consultation : 21.01.2021).

3.3.9. Zurich

3.3.9.1. Très brève présentation de l'organisation judiciaire zurichoise

383 Le canton de Zurich est doté, en deuxième instance, de trois « tribunaux suprêmes cantonaux » (« *oberste kantonale Gerichte* ») : l'*Obergericht*, le *Verwaltungsgericht* et le *Sozialversicherungsgericht* (art. 74 al. 2 Cst./ZH). On peut encore y ajouter deux tribunaux administratifs spéciaux : le *Baurekursgericht* et le *Steuerrekursgericht* (cf. § 13 let. e KRG/ZH ZH). Douze tribunaux de districts (*Bezirksgerichte*) fonctionnent comme autorités judiciaires de première instance. Le tribunal de commerce (*Handelsgericht*) est une instance cantonale unique⁷⁶⁸.

3.3.9.2. Les conditions d'éligibilité

384 La législation zurichoise prévoit comme condition d'éligibilité aux charges judiciaires l'exercice du droit de vote en matière cantonale, tant pour les membres « des tribunaux suprêmes du canton » (« *oberste kantonale Gerichte* ») (art. 40 al. 1 Cst./ZH) que pour ceux des tribunaux de districts (*Bezirksgerichte*) (cf. § 2 let. b GPR/ZH). Tous les magistrats doivent être citoyens suisses et avoir 18 ans révolus (§ 3 al. 1 let. a et b GPR/ZH). Ils doivent, en outre, être domiciliés dans le canton (§ 23 al. 1 GPR/ZH)⁷⁶⁹. Par ailleurs, dans sa pratique, l'*Interfraktionelle Konferenz* (IFK) ne représente pas, pour l'*Obergericht*, un juge qui, au début de la législature, a atteint l'âge de 65 ans⁷⁷⁰.

385 En outre, depuis le 1^{er} juin 2017, les juges de districts doivent être titulaires d'une licence ou d'un master en droit (cf. § 8 al. 2 GOG/ZH). Auparavant, un certain nombre de juges non professionnels (*Laienrichter*) – c'est-à-dire ne possédant pas de formation juridique – étaient élus au sein des instances cantonales inférieures. Suite à l'acceptation de cette modification législative par les citoyens zurichois, cette catégorie de magistrats n'existera bientôt plus⁷⁷¹.

386 Aujourd'hui, les juges qui accèdent aux fonctions judiciaires zurichoises sont pour la plupart des juristes. Outre l'obtention du brevet cantonal d'avocat, l'exercice de l'activité de greffier (*Gerichtsschreiber-in*) pendant quelques années au sein d'un tribunal zurichois semble devenu une étape préalable obligatoire pour accéder à la fonction de juge. Après une expérience de minimum deux ans dans cette fonction, les greffiers peuvent prétendre être nommés juges suppléants, puis juges ordinaires au sein d'un tribunal de district, et enfin au Tribunal cantonal⁷⁷².

3.3.9.3. La sélection des candidats

387 Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2006, de la nouvelle Constitution cantonale, la *Justizkommission* du *Kantonsrat* – composée actuellement de onze membres⁷⁷³ – examine les candidatures aux postes de juges des tribunaux suprêmes du canton (art. 75 al. 1, 2^e phrase Cst./ZH ; § 49c al. 3 KRG/ZH) ainsi que du *Handelsgericht* (§ art. 36 al. 2 GOG/ZH). Quand un poste devient vacant, la *Justizkommission* le met au concours. A ce stade, les groupes parlementaires sont informés du poste qu'ils peuvent revendiquer. La Commission examine

⁷⁶⁸ <http://www.gerichte-zh.ch/organisation.html> (dernière consultation : 15.05.2020).

⁷⁶⁹ HAUSER/ERHARD/LIEBER, GOG Kommentar, N 3 ad § 5.

⁷⁷⁰ Cf. 1C_295/2019, 1_357/2019 du 16.07.2020, consid. 5 et 6 (publication ATF prévue).

⁷⁷¹ Cette réforme faisait suite à une initiative parlementaire acceptée par le Grand Conseil zurichois en août 2015 et contre laquelle l'UDC avait lancé un référendum. Pour les opposants à cette modification, les *Laienrichter* contribuaient au bon fonctionnement de la justice et garantissaient une meilleure acceptation des jugements au sein de la population. Au contraire, pour les partisans de la réforme, la présence de ces magistrats – dont l'origine remonte au XIX^e siècle – ne trouvait plus de justification, notamment face à la complexité des questions juridiques actuelles. Cf. à ce propos HÜRLIMANN Brigitte, *Laienrichter sollen abgeschafft werden*, NZZ, 17.08.2015. A noter qu'en 2007 encore, il semblait que lors des élections populaires, les candidats sans formation juridique avaient tendance à l'emporter face aux juristes. Cf. KRAUSKOPF, p. 201. S'agissant des juges laïcs et le rapport avec leur indépendance, cf. *infra*, N 1307 ss.

⁷⁷² GRÜNSTÄUDL, *Richterauswahl*, pp. 249 ss ; LICHTI ASCHWANDEN, N 4. Cf. *ég. infra*, N 1352.

⁷⁷³ [<http://www.kantonsrat.zh.ch/organisation/Kommissionen.aspx?GruppeID=443b65af-0d62-4d95-85b1-53a3e80f587e#>] (dernière consultation : 11.05.2020).

les compétences personnelles et professionnelles des candidats. Pour ce faire, elle leur fait passer des entretiens. Elle peut également se renseigner auprès de tiers. Elle communique ensuite aux groupes parlementaires ainsi qu'à l'*Interfraktionelle Konferenz* (IFK) les résultats de son examen (§ 59b al. 1 à 4 GR-KR/ZH). Les candidats à leur réélection ne sont pas examinés (§ 59b al. 2, 2^e phrase GR-KR/ZH)⁷⁷⁴. Les recommandations de la *Justizkommission* ne sont pas contraignantes pour l'autorité de désignation⁷⁷⁵.

Auparavant, l'examen des candidatures était effectué d'une part, par les partis politiques eux-mêmes, et d'autre part, par l'*Interfraktionelle Konferenz* (IFK)⁷⁷⁶. Cet organe, composé actuellement de dix-huit membres du *Kantonsrat* (deux par groupes parlementaires, § 56 KRG/ZH) a pour but de vérifier – encore aujourd'hui – qu'uniquement les candidats jugés compétents soient élus. Par l'accord de l'IFK, le candidat est proposé au *Kantonsrat*. Lorsqu'un candidat n'est pas soutenu par les autres partis, il est présenté par le parti « légitimé » à proposer une candidature⁷⁷⁷.

Les candidats aux postes de juges au sein des *Bezirksgerichte* sont, quant à eux, sélectionnés par l'*Interparteiliche Konferenz* (IPK) du district en question. Cet organisme, rassemblant les partis politiques du district, évalue les candidats en se fondant sur leurs compétences professionnelles et personnelles puis les propose au peuple sur une liste commune. La répartition politique des postes est particulièrement stricte, un candidat sans parti n'ayant pratiquement aucune chance d'être élu⁷⁷⁸.

3.3.9.4. La désignation des juges

Le *Kantonsrat* élit les membres et les membres suppléants des tribunaux dont la compétence s'étend à l'ensemble du territoire cantonal (art. 75 al. 1 Cst./ZH). On entend par là les trois tribunaux suprêmes cantonaux, soit l'*Obergericht*, le *Verwaltungsgericht* et le *Sozialversicherungsgericht*, ainsi que le *Baurekursgericht* et le *Steuerrekursgericht* (cf. § 13 let. b et d KRG/ZH)⁷⁷⁹. Le *Kantonsrat* élit également les juges de l'*Handelsgericht* (§ 36 ss GOG/ZH).

Les membres des autres tribunaux sont élus par le peuple (art. 75 al. 2, 1^{ère} phrase Cst./ZH). Il s'agit notamment des membres des *Bezirksgerichte* ainsi que des assesseurs des *Arbeitsgerichte* et des *Mietgerichte* (§ 39 let. b GPR/ZH). Ces magistrats sont élus par les électeurs du district en question (art. 80 al. 1 let. c Cst./ZH). Les juges de paix sont également élus par le peuple (§ 40 al. 1 let. a ch. 5 et 41 al. 1 let. c GPR/ZH). Des élections tacites sont possibles s'il n'y a notamment pas plus de candidats que de postes à repourvoir (§ 54 GPR/ZH), ce qui se produit la plupart du temps⁷⁸⁰.

La Cour plénière de l'*Obergericht* élit son président et son vice-président (art. 75 al. 2 Cst./ZH ; § 37 GOG/ZH) ainsi que les juges suppléants des *Bezirksgerichte* (§ 11 GOG/ZH). Les *Bezirksgerichte* élisent leurs présidents et leurs juges uniques ainsi que les présidents de l'*Arbeitsgericht*, du *Mietgericht* et du *Jugendgericht* (§ 9 et 10 GOG/ZH). Ils nomment également les juges de paix suppléants (§ 55 al. 1 GOG/ZH).

3.3.9.5. La durée de fonction et la réélection

Tous les juges zurichois sont élus pour une durée de six ans (art. 41 al. 2 Cst./ZH ; § 32 al. 1 GPR). A noter que lors des discussions qui ont animé la révision de la Constitution cantonale, une minorité de la commission compétente, suivie par le Conseil d'Etat, avait proposé que les juges des tribunaux suprêmes cantonaux soient élus pour une durée indéterminée (avec possibilité de révocation). Cette solution n'a finalement pas été retenue⁷⁸¹.

⁷⁷⁴ NOTTER, p. 23 ; WÜTHRICH, N 67 ; GRÜNSTÄUDL, pp. 265 ss.

⁷⁷⁵ N. SCHMID, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, N 8 ad art. 75.

⁷⁷⁶ LIVSCHITZ, pp. 97 ss.

⁷⁷⁷ WÜTHRICH, N 69 ; NOTTER, p. 21.

⁷⁷⁸ Pour une analyse détaillée et critique des pratiques de l'IPK, cf. LIVSCHITZ, pp. 97 ss et GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, pp. 466 ss.

⁷⁷⁹ NOTTER, p. 22.

⁷⁸⁰ GRÜNSTÄUDL, pp. 235 et 467.

⁷⁸¹ NOTTER, p. 22 ; HAUSER/ERHARD/LIEBER, GOG Kommentar, N 15 ad § 5.

- 394 Les juges sont tous rééligibles. Dans ce cas de figure, les juges cantonaux ne sont toutefois pas examinés à nouveau par la *Justizkommission* (§ 59b al. 2, 2^e phrase GR-KR/ZH). Une réélection tacite est, par ailleurs, possible pour les juges de première instance (§ 54 GPR/ZH).

3.3.9.6. Les incompatibilités

a) Incompatibilités à raison de la fonction

- 395 En vertu de l'art. 42 al. 1 Cst./ZH, les fonctions de membre du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, des tribunaux suprêmes du canton et celle de médiateur cantonal sont incompatibles. Les juges suppléants des tribunaux suprêmes du canton n'entrent pas dans cette catégorie ni le personnel juridique et administratif de ces tribunaux⁷⁸². Le législateur peut prévoir d'autres incompatibilités (art. 42 al. 2 Cst./ZH). Celles-ci sont mentionnées aux § 25 à 29 GPR/ZH.

b) Incompatibilités à raison de la personne

- 396 En vertu de la délégation prévue à l'art. 42 al. 2 Cst./ZH, le législateur a édicté le paragraphe 28 GPR/ZH, lequel mentionne que ne peuvent pas être membres de la même section du tribunal (*Gerichtsabteilung*) les personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré (al. 1 let. a), les parents, enfants et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés (al. 1 let. b), les frères et sœurs et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés (al. 1 let. c). Les personnes vivant dans une union de fait sont considérées comme des conjoints, respectivement des partenaires enregistrés (al. 2).

3.3.9.7. La surveillance disciplinaire

- 397 Les tribunaux zurichois font l'objet d'une (haute) surveillance selon un système en cascade, système qu'on retrouve au sein de nombreux cantons alémaniques⁷⁸³. Le *Kantonsrat* est chargé de la haute surveillance des tribunaux cantonaux supérieurs (art. 57 al. 1 Cst./ZH). Cette haute surveillance est distincte de la surveillance (disciplinaire) (cf. art. 34g al. 4 KRG/ZH ; cf. pour le surplus les art. 34a à 34n KRG/ZH). L'*Obergericht* est chargé de la surveillance de ses propres Chambres (y compris du *Handelsgericht*) ainsi que de différentes autorités – civiles et pénales – inférieures (cf. § 80 al. 1 GOG/ZH). Les *Bezirksgerichte*, qui font partie des autorités inférieures au sens précité, surveillent quant à eux d'autres instances – civiles et pénales – de niveau (plus) inférieur (cf. § 81 al. 1 GOG/ZH)⁷⁸⁴. Les décisions de l'*Obergericht* en matière de surveillance ne semblent pas susceptibles de faire l'objet d'un recours (cf. art. 84 al. 1 GOG/ZH *a contrario*)⁷⁸⁵.

3.3.10. Synthèse

3.3.10.1. Les conditions d'éligibilité

- 398 S'agissant tout d'abord des conditions d'éligibilité, contrairement à la Confédération, certains cantons exigent de leurs juges professionnels, en plus de la titularité du droit de vote (cantonal et/ou fédéral), la détention d'un titre académique (licence ou maîtrise) en droit et/ou d'un brevet d'avocat ou de notaire cantonal⁷⁸⁶. Une expérience professionnelle de quelques années utile au poste peut également être requise⁷⁸⁷. La majorité des cantons

⁷⁸² HALLER, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, N 5 ad art. 42.

⁷⁸³ PELLATON, N 980. Pour la définition de la haute surveillance et sa distinction avec la surveillance disciplinaire, cf. *supra*, N 192 s.

⁷⁸⁴ *Idem*, N 975. Pour l'examen détaillé du système très complexe de surveillance disciplinaire dans le canton de Zurich, cf. PELLATON, N 980 ss.

⁷⁸⁵ *Idem*, N 988.

⁷⁸⁶ Berne, Fribourg, Genève, Tessin, Valais et Vaud.

⁷⁸⁷ Fribourg, Genève et Valais.

examinés⁷⁸⁸ prévoit une obligation de domicile cantonal. En outre, certains cantons⁷⁸⁹ exigent de leurs juges qu'ils n'aient pas été condamnés pour des faits incompatibles avec la fonction exercée ou encore qu'ils ne fassent pas l'objet d'actes de défauts de biens. L'affiliation partisane et/ou le soutien d'un parti sont généralement une condition de fait pour être élu, en particulier au sein des tribunaux de seconde instance.

3.3.10.2. La préparation de l'élection

La préparation de l'élection est attribuée, depuis quelques années, à des autorités plus ou moins indépendantes de l'organe (politique) d'élection. Ces autorités sont chargées de mettre au concours les postes vacants, d'auditionner les candidats puis de les proposer au Parlement ou au peuple. Elles sont, pour la plupart, composées de parlementaires, auxquels peuvent s'ajouter des magistrats, des avocats, des professeurs d'université ou encore de hauts fonctionnaires de l'administration cantonale. Ces autorités peuvent être classées en trois catégories : les conseils de la magistrature, les commissions *ad hoc* et les commissions judiciaires.

Premièrement, dans les cantons de Genève, de Fribourg, du Jura et du Valais, c'est un conseil (supérieur ou de surveillance) de la magistrature qui est chargé – outre la surveillance disciplinaire – de la sélection des candidats. La composition de ces conseils varie selon les cantons, mais généralement ils ne comportent qu'un nombre restreint de membres d'autorités politiques, voire n'en comportent aucun. Leurs membres sont la plupart du temps élus directement par le Parlement, parfois sur proposition de l'autorité ou du groupe de personnes dont ils font partie (Ordre des avocats, Bureau du ministère public, etc.), ou sont, plus rarement, nommés par une autorité externe. Le canton du Valais présente une particularité puisque le Grand Conseil ne dispose que d'un droit de veto sur les propositions faites par des autorités externes. Cela signifie qu'il peut soit les accepter soit les refuser, mais ne peut pas élire une autre personne à la place de celle qui était proposée (art. 6 al. 3 LCDM/VS). Enfin, on peut retrouver, dans ces organes, des membres de droit (procureur général, président du Conseil d'Etat, président de l'ordre des avocats, etc.).

Deuxièmement, les cantons de Vaud (pour le Tribunal cantonal) et du Tessin ont institué des commissions *ad hoc* chargées de préavisier l'élection des juges. Dans le canton de Vaud, c'est la tâche de la Commission de présentation, composée de neuf parlementaires et de quatre experts indépendants. Au Tessin, c'est le rôle de la Commission d'experts indépendants composée de cinq membres, dont aucun ne peut faire partie du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du Conseil de la magistrature, du pouvoir judiciaire cantonal ou de l'administration cantonale. Tous les membres de ces commissions sont élus par le Grand Conseil.

Troisièmement, les cantons de Berne, de Neuchâtel et de Zurich (uniquement pour les juges de deuxième instance) ont confié la préparation de l'élection des juges à leurs commissions judiciaires respectives. Celles-ci sont exclusivement composées de députés du Grand Conseil, ce qui ne permet pas vraiment de dépolitiser la procédure.

3.3.10.3. La désignation

Dans la majorité des cantons étudiés, la compétence d'élire les juges de première instance appartient – sauf rares exceptions – au Parlement cantonal (Grand Conseil). C'est le cas dans les cantons de Berne, du Jura, de Neuchâtel, de Fribourg et du Tessin (sauf pour les juges de paix). Deux cantons, soit Genève et Zurich, attribuent au peuple la compétence d'élire les magistrats de première instance. L'élection est le plus souvent tacite⁷⁹⁰. Dans les cantons de Vaud et du Valais (sauf pour les juges de commune), les juges de première instance sont nommés par une autorité judiciaire, à savoir le Tribunal cantonal. Il en va de même du canton de Berne qui a confié la compétence de nommer certains juges de première instance à la Cour suprême cantonale. A Zurich, les juges suppléants des *Bezirksgerichte* sont élus par l'*Obergericht*.

⁷⁸⁸ Genève, Jura, Neuchâtel, Vaud et Zurich.

⁷⁸⁹ Fribourg, Genève, Neuchâtel, Jura et Vaud.

⁷⁹⁰ Ce fut le cas à Genève lors des dernières élections du 26 avril 2020. Cf. [https://www.ge.ch/elections/20200426/PJ/] (dernière consultation : 11.05.2020).

- 404 Quant aux juges de seconde instance, ils sont désignés, dans les cantons examinés, par le Parlement cantonal, à l'exception des magistrats judiciaires genevois, qui sont élus – souvent tacitement – par le peuple.

3.3.10.4. La durée de fonction et la réélection

- 405 Dans chaque canton, les juges de première et de deuxième instances sont élus pour la même durée. Elle varie entre quatre (en Valais) et dix ans (au Tessin). Comme c'est le cas au niveau fédéral, plusieurs cantons (Neuchâtel, Genève, Berne et Zurich) ont prévu une durée de législature de six ans. Le Jura et Vaud élisent leurs juges pour cinq ans.
- 406 La tendance est, on l'a dit, à l'augmentation de la durée de fonction des magistrats⁷⁹¹. Par exemple, le canton du Tessin est passé, en 2005, de six à dix ans et le Jura, en 2010, de quatre à cinq ans. Enfin, le canton de Fribourg fait figure d'exception notable en Suisse, ayant opté pour une élection à durée indéterminée depuis 2008. La limite maximale de fonction est généralement celle de la retraite ou quelques années plus tard.
- 407 La procédure de réélection est généralement la même que pour la (première) désignation. Elle prévoit alors l'intervention de la même autorité, laquelle est compétente pour préavisier la réélection. En revanche, dans deux cantons, cette prérogative appartient à un autre organe. A Neuchâtel, la réélection est partagée entre la Commission judiciaire et le Conseil de la magistrature. Au Tessin, c'est le *Consiglio della magistratura* qui préavise la réélection des juges.
- 408 Diverses législations cantonales prévoient, en outre, des dispositions spécifiques quant à la procédure à suivre par l'autorité de préavis en cas de non-réélection. L'autorité informe en principe le magistrat si elle entend donner un préavis négatif à sa réélection, afin qu'il puisse se prononcer. C'est le cas dans les cantons de Berne, de Neuchâtel, du Jura, du Valais et de Vaud. Du reste, le préavis peut mentionner parfois les sanctions disciplinaires qui ont (déjà) été prononcées contre le magistrat en question et les procédures disciplinaires en cours.
- 409 Enfin, les cantons de Genève et du Zurich permettent la réélection tacite des magistrats si le nombre de candidatures est égal au nombre de postes à pourvoir.

3.3.10.5. Les incompatibilités

- 410 L'incompatibilité entre les fonctions de membres d'une autorité judiciaire et celles de membres de l'organe exécutif ou législatif cantonal est la règle en Suisse. Il s'agit d'un principe fondamental de la séparation personnelle des pouvoirs. Du reste, les juges ne peuvent être simultanément fonctionnaires cantonaux et, parfois, communaux. Ils ne sont, souvent, pas non plus autorisés à siéger en tant que membre du Parlement fédéral (Conseil national ou Conseil des Etats). En outre, les juges permanents doivent consacrer tout leur temps à leur fonction. Dès lors, ils ne peuvent exercer une autre activité professionnelle, notamment celle d'avocat ou de notaire. Toutefois, une autorité compétente peut parfois autoriser, dans certains cas exceptionnels, l'exercice d'une activité accessoire. Enfin, les législations cantonales prévoient des dispositions quant aux incompatibilités à raison de la personne (parenté). Ces règles sont similaires d'un canton à l'autre. Ces incompatibilités sont réglées par un renoncement à la fonction, une destitution, voire un tirage au sort.

3.3.10.6. La surveillance disciplinaire

- 411 Les juges sont, le plus souvent, surveillés par un conseil de la magistrature. C'est le cas dans les cantons de Fribourg, de Genève, du Jura, de Neuchâtel, du Tessin et récemment du Valais. Les membres des tribunaux bernois et zurichois font l'objet d'une (haute) surveillance selon un système en cascade, c'est-à-dire que le Grand Conseil surveille les tribunaux supérieurs alors que ceux-ci surveillent à leur tour les tribunaux inférieurs. Enfin, dans le canton de Vaud, c'est le Tribunal neutre qui surveille les membres du Tribunal cantonal, alors que celui-ci surveille les juges de première instance.

⁷⁹¹ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 24.

Les autorités disciplinaires sont généralement composées de magistrats, auxquels peuvent s'ajouter des membres issus du pouvoir législatif et exécutif, des professeurs d'université et des avocats au barreau. Ces membres sont désignés par une autorité législative (Grand Conseil) ou exécutive (Conseil d'Etat), une autorité appartenant ou liée au pouvoir judiciaire ou encore, pour les avocats au barreau, par leurs pairs. Enfin, certains peuvent également être membres de droit, de par leur fonction ; comme dans les cantons du Jura et du Valais⁷⁹². 412

Les autorités disciplinaires peuvent infliger des sanctions disciplinaires aux magistrats, lesquelles peuvent aller jusqu'à la révocation disciplinaire⁷⁹³. Dans ce cas, une véritable procédure est menée par l'autorité disciplinaire⁷⁹⁴. La décision de celle-ci est parfois sujette à recours, que ce soit auprès du tribunal cantonal de seconde instance (à Genève et au Jura), auprès du « Tribunal de recours » (à Neuchâtel), auprès du Tribunal neutre (dans le canton de Vaud, pour les juges de première instance) ou encore auprès d'une commission de recours (au Tessin et en Valais). Les juges fribourgeois sont destitués par le Grand Conseil ; dans ce cas, il n'y a pas de voie de recours, du moins pas au niveau cantonal⁷⁹⁵. 413

⁷⁹² Pour plus de détails sur la question de la composition de l'autorité disciplinaire, cf. PELLATON, N 1016 ss.

⁷⁹³ Pour plus de détails sur les sanctions disciplinaires, cf. *idem*, N 460 ss.

⁷⁹⁴ Pour plus de détails sur la procédure disciplinaire, cf. *idem*, N 1155 ss.

⁷⁹⁵ Cf. *supra*, N 280.

Deuxième partie :

Les modes de désignation des juges sous l'angle du droit comparé

Après cette première partie qui nous a permis d'abord de présenter les sources historiques de la désignation des juges en Suisse puis de dresser le portrait des règles la régissant, règles qui paraissent intrinsèquement politiques, il convient maintenant d'étudier les dispositions constitutionnelles et légales en matière de désignation et de statut des magistrats en droit comparé. Cette seconde partie nous permettra d'une part de relever les points communs et les différences entre les systèmes étudiés et, d'autre part, d'identifier les solutions visant à perfectionner le système suisse d'élection judiciaire. Le chapitre 1 est consacré à l'étude de l'ensemble des recommandations et principes internationaux en matière d'indépendance du juge, notamment en relation avec son mode de désignation et sa carrière, en particulier ceux émis par le Conseil de l'Europe et les Nations Unies. Cette partie nous consentira notamment d'examiner si les solutions adoptées en Suisse sont compatibles avec ces « standards internationaux ». Le chapitre 2 sera dédié à la désignation des juges à l'étranger, notamment dans les pays membres du Conseil de l'Europe. A cet effet, un accent particulier sera mis sur la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, pays qui recouvrent un large éventail des différents modèles existants en matière d'accès à la magistrature. Ces trois systèmes seront comparés puis confrontés avec le système suisse. Enfin, le chapitre 3 sera voué à la désignation des membres des principales instances juridictionnelles supranationales.

Chapitre 1 : Les standards internationaux

1.1. Présentation et démarche

Depuis une vingtaine d'années, on assiste, sur le plan international, à une prise de conscience de la nécessité d'une justice indépendante et impartiale dans un Etat de droit. Certains organismes internationaux et associations de magistrats ont donc consacré leurs efforts à mettre en place des règles visant à assurer et à promouvoir l'indépendance du juge, notamment en relation avec son mode de désignation et sa carrière⁷⁹⁶. Ces règles font également suite aux bouleversements liés à l'effondrement du bloc de l'Est dès la fin des années 80 ; les anciens Etats communistes nécessitaient alors un appui dans la réforme de leurs institutions. Ces modèles et principes peuvent être lus et interprétés comme « une mosaïque, un cadre complexe constituant un véritable *corpus juris* international et transnational sur le statut des magistrats »⁷⁹⁷. Les diverses règles se recoupent d'ailleurs très souvent d'un texte à un autre, quel que soit l'organe qui les a émises. En outre, bien qu'elles relèvent généralement des sources non contraignantes du droit international – de la *soft law* – ces règles sont parfois prises en compte par les autorités politiques de certains pays – en particulier les membres du Conseil de l'Europe – dans l'élaboration de leurs réglementations relatives à l'indépendance de la magistrature. Autrement dit, elles sont utiles dans une perspective de réalisation du droit positif. Elles sont, en outre, régulièrement reprises par les juridictions internes et internationales, tendant ainsi à la formation d'un *ius commune*⁷⁹⁸.

414

Dans ce contexte, nous allons, dans un premier temps, traiter des recommandations et des avis édictés dans le cadre du Conseil de l'Europe, en particulier les recommandations du Comité des Ministres et les avis et rapports du Conseil consultatif des juges européens, de la Commission de Venise et du Groupe d'Etats contre la corruption (ch. 1.2.). Nous citerons, dans un deuxième temps, les règles adoptées par quelques autres organismes internationaux, notamment les Nations Unies et des associations internationales de magistrats (ch. 1.3.). Nous terminerons ce chapitre par une synthèse et une confrontation de ces standards internationaux avec le système suisse (ch. 1.4.).

415

1.2. Le Conseil de l'Europe

1.2.1. Présentation

Le Conseil de l'Europe est une organisation internationale créée le 5 mai 1949 par le Traité de Londres. Elle a son siège à Strasbourg. Elle rassemble 47 Etats du continent européen, dont la Suisse depuis 1963. Sa mission consiste à promouvoir la démocratie et à protéger les droits de l'homme et l'Etat de droit⁷⁹⁹. Ses organes statutaires sont le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire. Le premier est l'organe de décision du Conseil de l'Europe. Chaque Etat membre y dispose d'un représentant – le Ministre des Affaires étrangères en règle générale. Il adopte, sur recommandation de l'Assemblée parlementaire ou de sa propre initiative, les mesures propres à réaliser le but du Conseil de l'Europe. Ses conclusions peuvent revêtir la forme de recommandations aux gouvernements⁸⁰⁰. La seconde est composée de 324 membres (et de 324 suppléants) élus par

416

⁷⁹⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 44 ; *Idem*, Election, p. 6.

⁷⁹⁷ OBERTO, p. 13. Pour un recueil de ces textes internationaux, cf. GASS Stephan/KIENER Regina/STADELMANN Thomas, *Standards on Judicial Independence*, Berne 2012.

⁷⁹⁸ PAYCHÈRE, p. 162.

⁷⁹⁹ [<https://www.coe.int/>].

⁸⁰⁰ Cf. art. 13 ss du Statut du Conseil de l'Europe, du 5 mai 1949 (RS 0.192.030).

les parlements nationaux des Etats membres. Elle adopte des recommandations ou des résolutions (non contraignantes) pour les Etats. Elle élit également les membres de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 22 § 1 CEDH).

417 A côté de ces institutions existent un certain nombre d'organes consultatifs, dont le Conseil consultatif des juges européens (CCJE) et la Commission européenne pour la démocratie et le droit (Commission de Venise), qui ont adopté un certain nombre d'avis et de rapports en matière d'indépendance de la justice. Le Conseil de l'Europe offre également le cadre et le soutien à l'élaboration de certains textes, comme l'est la Charte européenne sur le statut du juge, adoptée par les participants à la réunion multilatérale sur le statut des juges en Europe les 8-10 juillet 1998. Enfin, le Conseil de l'Europe a institué le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), chargé de procéder à l'évaluation des Etats membres en matière de corruption.

1.2.2. Le Comité des Ministres

1.2.2.1. Recommandation CM/Rec(94)

418 Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 13 octobre 1994 la Recommandation n° R (94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges. Ce texte mentionne certains principes concernant la sélection et la carrière des magistrats :

« [t]oute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs, et la sélection et la carrière des juges devraient se fonder sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité. L'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du Gouvernement et de l'administration. Pour garantir son indépendance, des dispositions devraient être prévues pour veiller, par exemple, à ce que ses membres soient désignés par le pouvoir judiciaire et que l'autorité décide elle-même de ses propres règles de procédure. Toutefois, lorsque la Constitution, la législation ou les traditions permettent au Gouvernement d'intervenir dans la nomination des juges, il convient de garantir que les procédures de désignation des juges ne soient pas influencées par d'autres motifs que ceux qui sont liés aux critères objectifs susmentionnés (Principe I, ch. 2, lettre c).

[l]es juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat » (Principe I, ch. 3). »

1.2.2.2. Recommandation CM/Rec(2010)

419 Le 17 novembre 2010, le Comité des Ministres a mis à jour la Recommandation de 1994 en adoptant la Recommandation CM/Rec(2010)12 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, laquelle prévoit des règles sur la sélection des juges, leur inamovibilité, les procédures disciplinaires et la formation⁸⁰¹.

420 S'agissant de la sélection et de la carrière du juge, la Recommandation mentionne les règles suivantes :

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

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

⁸⁰¹ Cf. MARTY, Haute surveillance, pp. 16 ss.

juge ou un candidat à une fonction judiciaire doit être un ressortissant de l'Etat concerné ne devrait pas être considérée comme discriminatoire.

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

47. Toutefois, lorsque les dispositions constitutionnelles ou législatives prévoient que le chef de l'Etat, le Gouvernement ou le pouvoir législatif prennent des décisions concernant la sélection et la carrière des juges, une autorité indépendante et compétente, composée d'une part substantielle de membres issus du pouvoir judiciaire [...] devrait être habilitée à faire des propositions ou à émettre des avis que l'autorité pertinente de nomination suit dans la pratique.

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

S'agissant de la durée de fonction des juges, la Recommandation rappelle ce qui suit :

421

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

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

51. Lorsque la procédure de recrutement prévoit une période probatoire ou une durée déterminée, la décision relative à la confirmation ou à la reconduction de la nomination ne devrait être prise que conformément au paragraphe 44, afin d'assurer pleinement le respect de l'indépendance judiciaire.

52. Un juge ne devrait recevoir une nouvelle affectation ou se voir attribuer d'autres fonctions judiciaires sans y avoir consenti, sauf en cas de sanctions disciplinaires ou de réforme de l'organisation du système judiciaire. »

Pour ce qui est de la procédure disciplinaire :

422

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

1.2.3. L'Assemblée parlementaire

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est également penchée, à plusieurs reprises, sur l'ingérence du pouvoir politique sur la justice. A ce titre, elle a adopté, le 30 septembre 2009, la Résolution 1685 (2009) concernant les allégations d'abus du système de justice pénale motivées par des considérations politiques dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Le texte mentionne que « le recrutement et la promotion des juges doivent être fondés sur le seul mérite (qualifications, intégrité, compétence, performance) (ch. 3.1.1.) ; la protection contre toute sanction disciplinaire (notamment contre la révocation) doit être efficace (ch. 3.1.2.). « Les conseils de la magistrature doivent avoir une influence décisive en matière de recrutement et de promotion des juges et des procureurs, ainsi qu'en matière de mesures disciplinaires à leur encontre, sans préjudice de toute voie de recours judiciaire requise par certaines Constitutions » (ch. 3.3.1.).

423

1.2.4. Le Conseil consultatif des juges européens (CCJE)

1.2.4.1. Présentation

424 Le Conseil consultatif des juges européens est un organe consultatif du Conseil de l'Europe s'agissant des questions ayant trait à l'indépendance, à l'impartialité et à la compétence des juges. Il est composé exclusivement de magistrats provenant des 47 pays du Conseil de l'Europe⁸⁰². A ce titre, le CCJE adopte, depuis 2001, annuellement, des avis à l'attention du Comité des Ministres visant à l'amélioration du statut des juges et à l'exercice de leurs fonctions⁸⁰³. Nous mentionnerons, ci-après, certains de ces textes par ordre chronologique.

1.2.4.2. Avis n° 1 (2001) sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges

425 S'agissant des bases de nomination ou de promotion, tout d'abord le CCJE rappelle les principes suivants :

« 19. [d]ans certains pays, la nomination des juges obéit constitutionnellement à des critères politiques. Lorsque les juges sont élus (par le peuple comme au niveau cantonal en Suisse ou par le Parlement au niveau de l'Etat fédéral suisse [...]), cette procédure vise sans doute à donner aux juges dans l'exercice de leurs fonctions une certaine justification démocratique directe. Il n'est pas envisageable que la nomination ou la promotion des juges soient soumises à des strictes considérations des partis politiques. S'il y a un moindre risque que cela se produise, ou puisse être utilisé, la méthode peut s'avérer plus dangereuse qu'avantageuse. »

426 Le CCJE recommande aux Etats membres qu'ils adoptent des règles objectivant la sélection et la qualification (§ 25 et 37) et « préconise l'intervention (au sens suffisamment large pour couvrir une opinion, recommandation ou proposition, ainsi qu'une décision effective) d'une instance indépendante composée dans une grande mesure de représentants des juges choisis démocratiquement par d'autres juges » (§ 45).

427 Pour ce qui est de la durée de fonction, « le CCJE estime que l'inamovibilité des juges devrait être un élément exprès de l'indépendance consacrée au niveau interne le plus élevé » (§ 60). Toutefois, « [s]i la nomination est provisoire ou pour une durée limitée, l'instance responsable de l'objectivité et la transparence de la méthode employée pour la nomination ou la reconduction à une fonction de juge à temps plein, sont d'une importance capitale » (§ 53).

1.2.4.3. Avis n° 3 (2002) sur l'éthique et la responsabilité des juges

428 Cet avis traite notamment, à ses paragraphes 30 à 34, de la participation des juges à des activités politiques.

« 33. Les débats au sein du CCJE ont montré qu'il fallait assurer un équilibre entre la liberté d'opinion et d'expression du juge et l'exigence de neutralité. Il apparaît dès lors nécessaire que le juge, même si son adhésion à un parti politique ou sa participation au débat public sur les grands problèmes de société ne peut être écartée, s'abstienne au moins d'une activité politique de nature à compromettre son indépendance et à porter atteinte à son image d'impartialité.

34. Le juge devrait pouvoir participer à certains débats concernant la politique judiciaire de l'Etat. Il devrait pouvoir être consulté, et participer activement à l'élaboration des dispositions législatives concernant son statut et plus généralement, le fonctionnement de la justice. Cet aspect de l'activité des juges pose la question de la participation à une organisation syndicale. La liberté d'expression et d'opinion permet au juge d'exercer des droits syndicaux (d'association), mais des réserves peuvent être posées quant au droit de grève. »

⁸⁰² A ce propos, François PAYCHÈRE relève que « [l]e CCJE étant composé uniquement de magistrats du siège, il ne saurait échapper totalement au reproche de la défense d'intérêts catégoriels ». PAYCHÈRE, p. 169.

⁸⁰³ Pour l'ensemble de ces textes : <https://www.coe.int/fr/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta> (dernière consultation : 10.05.2020). Son pendant est le Conseil consultatif procureurs européens (CCPE).

1.2.4.4. Avis n° 10 (2007) sur le Conseil de la Justice au service de la société

Ce texte aborde la pertinence d'instaurer un Conseil de la Justice, qui peut prendre la forme d'un conseil de la magistrature par exemple, et des règles relatives à sa composition, à son mode d'élection et à ses compétences. « Un Conseil de la Justice devrait être mis en place afin de protéger l'indépendance à la fois du système judiciaire et de chaque juge » (§ 8). Afin d'éviter le corporatisme et de refléter les différents courants d'opinion de la société, cet organe devrait avoir une composition mixte comprenant une majorité substantielle de juges, même si certaines tâches peuvent être réservées à une formation constituée uniquement de juges. Le Conseil de la Justice peut également être composé exclusivement de juges (cf. § 15 à 20). « Qu'ils soient juges ou non-juges, les futurs membres du Conseil de la Justice ne devraient pas être des responsables politiques, des membres du Parlement, de l'exécutif ou de l'administration » (§ 23). Les membres juges devraient être élus par le pouvoir judiciaire (§ 25). En outre, des règles traitent de la sélection, de la nomination et de la promotion des juges.

« 48. Pour maintenir l'indépendance du système judiciaire, il est essentiel que la sélection et la promotion des juges soient effectuées de manière indépendante, hors de la compétence du pouvoir législatif ou exécutif, et de préférence par le Conseil de la Justice.

49. Si on peut admettre que, compte tenu de la place importante du juge dans la société et pour souligner le caractère éminent de sa fonction, la nomination ou la promotion prenne la forme d'un acte officiel émanant du Chef de l'Etat, il importe que celui-ci soit lié par une proposition faite par le Conseil de la Justice. Il ne suffit pas en effet que cet organe soit consulté pour avis sur un projet de nomination préparé par le pouvoir exécutif, car le seul fait que le projet émane d'une autorité politique est de nature à affecter l'image d'indépendance du juge, quelles que soient les qualités personnelles du candidat proposé à la nomination.

50. Si ce système de nomination et de promotion est essentiel, il n'est pas pour autant suffisant. Il faut aussi assurer une totale transparence quant aux conditions de sélection des candidats, afin que l'ensemble des juges et, au-delà, la société elle-même, puissent vérifier que cette sélection soit exclusivement fondée sur les mérites des candidats, appréciés au regard de leurs qualifications, compétence, intégrité, esprit d'indépendance, impartialité et efficacité. A cette fin, il est indispensable que, conformément à la pratique instaurée dans certains Etats, des critères publics de nomination et de promotion soient diffusés par chaque Conseil de la Justice. Le Conseil de la Justice doit également permettre, dans son rôle concernant en particulier la gestion des tribunaux et la formation, que les procédures de nomination et de promotion basées sur le mérite soient ouvertes à un panel de candidats aussi divers et représentatif de la société que possible.

51. En outre, pour les postes les plus importants, en particulier ceux de chefs de juridictions, il importe que le Conseil de la Justice diffuse, par voie officielle, des profils généraux décrivant les spécificités du poste à pourvoir et les qualités attendues des candidats, pour permettre un choix transparent et responsable, qui sera effectué par l'autorité de nomination, ce choix devant intervenir exclusivement sur la considération des mérites du candidat et non sur des données plus subjectives, amicales, politiques, associatives ou syndicales. »

1.2.4.5. Magna carta des juges

A l'occasion de son 10^e anniversaire, le CCJE a adopté, lors de sa 11^e réunion plénière (Strasbourg, 17-19 novembre 2010), une Magna Carta des juges (Principes fondamentaux) synthétisant et codifiant les principales conclusions des avis qu'il a adoptés jusque-là. Dans la mesure où plusieurs de ces principes ont déjà été mentionnés ci-dessus, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

1.2.4.6. Avis n° 18 (2015) sur la place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'Etat dans une démocratie moderne

431 Dans cet avis, le CCJE rappelle l'importance de l'indépendance judiciaire et de la séparation des pouvoirs comme fondements d'un Etat de droit. A ce titre, il insiste sur le dialogue constructif et dans un respect mutuel que doivent entretenir les trois pouvoirs de l'Etat, afin de préserver l'indépendance et l'impartialité du juge.

« 35. La pleine reconnaissance des garanties fondamentales de l'indépendance de la justice, telles que l'inamovibilité, l'interdiction d'un changement de fonction ou d'un déplacement sans le consentement du juge, l'absence d'influence politique sur les nominations et les promotions, une rémunération suffisante et la sécurité des personnes et des biens, constituent une condition préalable à tout débat constructif entre les trois pouvoirs de l'Etat.

36. [...]. Il est inadmissible que d'autres pouvoirs de l'Etat critiquent des décisions de justice d'une manière qui sape l'autorité judiciaire et encourage la désobéissance, voire la violence à l'encontre des juges. Il est également inacceptable qu'un membre du pouvoir judiciaire soit démis de ses fonctions par l'un des autres pouvoirs de l'Etat pour avoir exprimé dans le cadre de celles-ci des critiques justifiées au sujet d'un de ces autres pouvoirs ou de l'un de ses membres.

44. Les décisions, même déguisées, qui suppriment les garanties fondamentales de l'indépendance de la justice sont inacceptables. Par exemple, une nouvelle majorité parlementaire ou un nouveau Gouvernement ne doivent pas remettre en question la nomination ou le mandat de juges ayant déjà été nommés dans les règles. Le mandat des juges ne peut être remis en question que s'il a été dûment établi, au terme d'une procédure judiciaire, que le juge a enfreint des règles disciplinaires ou le droit pénal.

52. Lors des campagnes électorales, les responsables politiques ne devraient pas user d'arguments simplistes ou démagogiques afin de critiquer le pouvoir judiciaire pour le seul plaisir de la controverse ou afin de détourner l'attention de leurs propres lacunes. Les juges ne devraient pas plus subir d'attaques personnelles. Les responsables politiques ne doivent en aucun cas encourager le non-respect des décisions judiciaires, et encore moins, comme cela s'est produit dans certains Etats, la violence envers les juges. Les pouvoirs exécutif et législatif ont l'obligation de fournir toute protection nécessaire et adéquate si la mission des tribunaux est menacée par des atteintes ou des intimidations dirigées contre les membres du pouvoir judiciaire. La critique sans nuance de la part de responsables politiques est irresponsable et elle représente un sérieux problème, car la confiance du public dans le système judiciaire peut ainsi être involontairement ou délibérément mise à mal. »

1.2.4.7. Avis n° 21 (2018) – Prévenir la corruption parmi les juges

432 Dans cet avis, la CCJE insiste sur la nécessité de bénéficier de juges intègres, à l'abri des risques potentiels de corruptions.

« 26. [...]. En ce qui concerne la sélection, la nomination et la promotion des juges, le CCJE estime qu'il est très important que le processus soit fondé sur des conclusions objectives relatives aux compétences juridiques et extra-juridiques des candidats. Les décisions devraient être fondées sur le mérite et prises par des organes essentiellement apolitiques, avec au moins une majorité de membres issus du système judiciaire. Quelle que soit la méthode adoptée par l'Etat membre, les candidats non retenus devraient avoir le droit de faire appel de la décision ou au moins de la procédure selon laquelle la décision a été prise, afin de garantir l'objectivité et la transparence du processus. Le grand public devrait avoir un aperçu général de la procédure de sélection et de nomination. »

1.2.4.8. Rapport sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les Etats membres

Au cours de sa 12^e réunion plénière (Strasbourg, 7-9 novembre 2011), la CCJE a adopté un rapport sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Ce rapport synthétise les informations transmises au CCJE concernant les allégations de violations par les Etats membres des normes relatives au statut des juges et à l'exercice de leurs fonctions. Le CCJE a réalisé ce travail à la demande d'organes judiciaires et d'associations de magistrats des Etats membres, de membres du CCJE lui-même et de diverses associations européennes de magistrats. Ce rapport est mis à jour tous les deux ans⁸⁰⁴. Les violations alléguées vont des atteintes au statut, à l'indépendance et à l'inamovibilité des juges au manque de ressources pour les magistrats, en passant par l'absence de critères objectifs pour l'évaluation du travail des juges. Nous reviendrons à la fin de ce chapitre sur les allégations qui concernent spécifiquement la Suisse⁸⁰⁵.

433

1.2.5. La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

La Commission dite de Venise – du nom de la ville où elle se réunit – est un organe consultatif du Conseil de l'Europe. Elle comprend ses 47 membres et quatorze autres pays. Les membres individuels sont des experts internationaux éminents, nommés pour quatre ans, en raison de leur expérience des institutions démocratiques⁸⁰⁶.

434

Dans son rapport du 16 mars 2010 sur l'indépendance du système judiciaire, la Commission de Venise rappelle principalement les textes déjà existants en la matière.

435

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

37. La Commission de Venise considère que la fixation de périodes d'essai peut porter atteinte à l'indépendance des juges, car ceux-ci peuvent avoir le sentiment de faire l'objet de pressions pour statuer d'une certaine manière (cf. ch. 40 du CDL-AD(2007)028).

38. En résumé, la Commission de Venise recommande vivement que les juges ordinaires⁸⁰⁷ soient nommés à titre permanent jusqu'à leur retraite. Dans le cas des juges en exercice, les périodes d'essai posent problème du point de vue de l'indépendance. »

En outre, dans son rapport des 16 et 17 mars 2016 sur les nominations judiciaires, la Commission de Venise rappelle que « le Parlement est indéniablement beaucoup plus absorbé par les jeux politiques et les nominations de juges pourraient aboutir à un marchandage politique au Parlement où chaque député venant d'une circonscription ou d'une autre voudra avoir son propre juge » (ch. 21). Elle préconise ainsi les règles suivantes.

436

« 22. Les nominations des juges de droit commun n'ont pas à être soumises au vote du Parlement parce qu'on ne peut pas exclure que des considérations politiques l'emportent sur les mérites objectifs d'un candidat.

⁸⁰⁴ [<https://www.coe.int/fr/web/ccje/status-and-situation-of-judges-in-member-states>] (dernière consultation : 13.05.2020).

⁸⁰⁵ Cf. *infra*, N 466 s.

⁸⁰⁶ [<https://www.venice.coe.int/>]

⁸⁰⁷ Semblent par-là y faire exception les juges des cours constitutionnelles, au vu de leur statut particulier, cf. § 35.

25. Un conseil de la magistrature devrait avoir une influence décisive sur la nomination et l'avancement des juges [...]. Il devrait être possible de saisir un tribunal indépendant d'un recours contre des mesures disciplinaires. »

1.2.6. La Charte européenne sur le statut des juges

437 Ce document informel adopté par les participants à la réunion multilatérale organisée sous l'égide du Conseil de l'Europe, les 8-10 juillet 1998, prévoit pour toute décision affectant la sélection, le recrutement, la nomination, le déroulement de la carrière ou la cessation de fonctions d'un juge « 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 » (ch. 1.3). Elle exclut « qu'un candidat ou une candidate puissent être écartés sur une considération déterminante tenant à leur sexe, à leur origine ethnique ou sociale ainsi qu'à leurs opinions philosophiques et politiques et à leurs convictions religieuses » (ch. 2.1). Elle ajoute que « lorsque le recrutement s'effectue pour une durée limitée pouvant être renouvelée, la décision de ne pas nommer définitivement ou de ne pas renouveler ne peut être prise que par l'instance indépendante visée au point 1.3 ou sur sa proposition ou sa recommandation ou avec son accord ou après son avis » (ch. 3.3).

438 En outre, « [l]e manquement par un juge ou une juge à l'un des devoirs expressément définis par le statut ne peut donner lieu à une sanction que sur la décision, suivant la proposition, la recommandation ou avec l'accord d'une juridiction ou d'une instance comprenant au moins pour moitié des juges élus, dans le cadre d'une procédure à caractère contradictoire où le ou la juge poursuivis peuvent se faire assister pour leur défense. L'échelle des sanctions susceptibles d'être infligées est précisée par le statut et son application est soumise au principe de proportionnalité. La décision d'une autorité exécutive, d'une juridiction ou d'une instance visée au présent point prononçant une sanction est susceptible d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel » (ch. 5.1).

1.2.7. Le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)

1.2.7.1. Présentation

439 Le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) a été créé en 1999 par le Conseil de l'Europe, dont l'objectif était d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en s'assurant qu'ils se conforment aux normes anticorruption. Le GRECO aide les Etats à identifier des dysfonctionnements dans leurs politiques nationales anticorruption, les incitant à mettre en œuvre les réformes législatives, institutionnelles et pratiques nécessaires. Le GRECO est actuellement composé des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, du Belarus et des Etats-Unis d'Amérique.

440 Tous les membres sont soumis, dans un premier temps, à une procédure d'évaluation, laquelle aboutit à des recommandations dont le but est la poursuite de réformes nécessaires dans les domaines législatif, institutionnel et pratique. La mise en œuvre de ces recommandations par les Etats membres est ensuite contrôlée par le biais d'une procédure de conformité. Les évaluations se font par des cycles, lesquels couvrent chacun des thèmes spécifiques⁸⁰⁸.

1.2.7.2. Quatrième cycle d'évaluation : les rapports sur la Suisse

a) *Le rapport d'évaluation du 2 décembre 2016*

441 Dans le cadre du quatrième cycle d'évaluation portant sur la « Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs », le GRECO a publié, le 15 mars 2017, un rapport d'évaluation sur la Suisse du 2

⁸⁰⁸ [<http://www.coe.int/fr/web/greco/about-greco>] (dernière consultation : 10.05.2020).

décembre 2016⁸⁰⁹. Pour l'élaborer, le GRECO s'est appuyé sur les réponses de la Suisse au questionnaire d'évaluation. En outre, une équipe d'évaluation du GRECO (dénommée ci-après « EEG »), a effectué une visite en Suisse du 30 mai au 3 juin 2016, lors de laquelle elle a rencontré des députés, des juges, des procureurs fédéraux et autres professionnels du droit.

Il ressort du rapport du GRECO que le système suisse⁸¹⁰ d'élection des juges peut être compris en raison de l'histoire et de la tradition politiques de la démocratie helvétique. Cela dit, il n'en est pas moins perfectible. C'est ainsi que l'organe du Conseil de l'Europe a formulé plusieurs recommandations à l'intention des autorités suisses.

442

« Tout d'abord, il s'agit de faciliter l'accès des candidats les plus compétents, et non les plus recommandés, aux fonctions judiciaires. Ensuite, pour mieux ouvrir les juridictions aux candidats n'ayant aucun soutien politique, mais dotés d'une forte compétence, il est nécessaire de les inciter à se présenter, en créant les conditions d'une représentation plus équilibrée au sein des tribunaux de la Confédération entre ceux qui sont plus ou moins proches de partis politiques et ceux qui ne le sont pas. Par conséquent, le GRECO recommande que des mesures soient prises afin de renforcer et de rendre plus effectives la qualité et l'objectivité du recrutement des juges au sein des juridictions de la Confédération (**recommandation vi**)⁸¹¹ » (§ 99).

Ensuite, l'EEG a constaté que les juges fédéraux conservaient, bien après leur élection, des liens avec les forces politiques, que ce soit au travers de leur réélection ainsi que par le versement d'une partie fixe ou d'un pourcentage de leur traitement au parti que les a soutenus⁸¹².

443

« S'agissant de cette dernière pratique, même si les juges rencontrés par l'EEG ont souligné qu'elle avait lieu sur la base du volontariat, c'est une forme de rétrocession clairement contraire au principe d'indépendance et à celui qu'il implique d'impartialité » (§ 100).

« La brièveté relative du mandat des juges des tribunaux de la Confédération – six ans – et la nécessité de réélection par l'Assemblée fédérale, par l'intermédiaire de la Commission judiciaire, place en outre les juges, déjà membres d'une juridiction lors de leur renouvellement, dans un rapport avec le pouvoir politique dont la compatibilité avec les garanties qui doivent entourer l'exercice des fonctions judiciaires est très discutable. Il faut aussi remarquer que, si les juges des tribunaux de la Confédération ont jusqu'à présent toujours été réélus en bloc, certains des juges du TF et du TAF n'ont récemment pas recueilli l'unanimité des voix de l'Assemblée fédérale. Les scores de réélection étant publics, il s'agissait pour l'un des groupes politiques de marquer sa désapprobation envers certaines des décisions prises par ces juges au cours de leur mandat, notamment en matière d'asile. De l'avis de l'EEG, cette remise en cause du fond des décisions judiciaires est clairement contraire à l'indépendance de la justice. En outre, en cas de polarisation plus grande du débat politique à l'avenir, on pourrait craindre que de telles pratiques ne s'étendent et ne fassent peser un risque sur la réélection des juges. Néanmoins, la stabilité du système, le principe de concordance et le mode d'élection du parlement à la proportionnelle constituent jusqu'à présent des garde-fous importants et effectifs. En somme, s'il faut reconnaître une légitimité, en raison de l'histoire et la tradition helvétiques, traversées par « l'esprit de concordance », au principe de désignation des juges par le parlement, en fonction des forces politiques en présence, il est en revanche difficile d'admettre que le déroulement de la carrière des juges demeure lié, en dehors de l'exercice des libertés reconnues à chaque citoyen – notamment celle d'être membre d'un parti – à la vie ou aux décisions de la formation politique à laquelle les juges sont affiliés.

Le GRECO recommande donc (i) de supprimer la pratique consistant pour les juges des tribunaux de la Confédération à verser une partie fixe ou proportionnelle du mon-

⁸⁰⁹ GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse. Pour un commentaire du rapport, cf. not. RASELLI Niccolò, Bemerkungen zum Evaluationsbericht GRECO 2016/17, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2017/2.

⁸¹⁰ Le rapport du GRECO ne traite que de la justice fédérale. Néanmoins, certaines recommandations du GRECO « peuvent être des sources d'inspiration pour les cantons dans le but d'adapter leurs propres dispositifs » (§ 84).

⁸¹¹ C'est nous qui mettons en gras, cela également dans les prochaines recommandations du rapport.

⁸¹² Sur cette pratique, cf. *infra*, 3^e partie, ch. 3.3.

tant de leur traitement aux partis politiques ; (ii) de veiller à ce qu'aucune non-réélection des juges des tribunaux de la Confédération par l'Assemblée fédérale ne soit motivée par les décisions prises par ces juges et (iii) d'envisager de réviser ou de supprimer la procédure de réélection de ces juges par l'Assemblée fédérale (**recommandation vii**) » (§ 101).

- 444 Le rapport du GRECO a été discuté au sein des commissions des affaires juridiques du Conseil des Etats et du Conseil national, en été et en automne 2017. Ces deux organes n'ont pas vu la nécessité de légiférer dans ces domaines, considérant que le système fonctionne convenablement et correspond pour le surplus aux particularités institutionnelles suisses⁸¹³.
- 445 Pour sa part, l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) a salué les recommandations du GRECO, qui « rejoignent en grande partie ses prises de position visant à améliorer et sauvegarder l'indépendance des juges suisses en repensant le recrutement et la réélection des juges, leur relation après l'élection avec le parti politique qui les a présentés et en développant davantage les règles déontologiques des juges. L'ASM [...] entend activement concourir à la réalisation des recommandations formulées par le GRECO »⁸¹⁴.

b) Le rapport de conformité du 22 mars 2019

- 446 En date du 13 juin 2019, le GRECO a rendu public son rapport de conformité du 22 mars 2019⁸¹⁵. L'institution du Conseil de l'Europe parvient à la conclusion que sa **recommandation vi** visant à demander aux autorités suisses de prendre des mesures afin de renforcer la qualité et l'objectivité du recrutement des juges n'a pas été mise en œuvre. Cette recommandation partait, en effet, du constat que les candidats sans appartenance politique n'avaient aucune chance d'accéder à un poste judiciaire, ce qui pouvait faire craindre que le critère politique prévale sur celui de la compétence.
- 447 En outre, selon le GRECO, la **recommandation vii** a été partiellement mise en œuvre. S'agissant de la première partie de celle-ci, à savoir la suppression de la pratique consistant pour les juges à verser une partie du montant de leur traitement aux partis politiques⁸¹⁶, le GRECO constate que le Gouvernement suisse s'est bien penché sur cette problématique. Toutefois, bien que reconnaissant que ces contributions soulèvent « diverses questions quant à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à sa perception par la population », le Conseil fédéral a estimé que leur suppression « se heurterait actuellement à une opposition politique importante », de sorte qu'il a renoncé à proposer de légiférer⁸¹⁷. Le GRECO a regretté cette décision et a invité les autorités suisses à revenir sur leur position (§ 60).
- 448 Par ailleurs, s'agissant de la deuxième partie de la recommandation vii, soit le fait de veiller à ce qu'aucune non-réélection soit guidée par des motifs politiques, le GRECO constate qu'elle a partiellement été mise en œuvre. Il se félicite que depuis le dernier rapport d'évaluation aucune non-réélection pour ces raisons n'est intervenue. Toutefois, le GRECO note que cela n'est « pas suffisant pour dissiper ses craintes et souhaite continuer à suivre ce point » (§ 61).
- 449 Quant à la troisième partie de la recommandation vii, soit le fait d'envisager de réviser ou de supprimer la procédure de réélection des juges, le GRECO a constaté que cette question avait bien été traitée par le Conseil fédéral. Toutefois, celui-ci a décidé d'en rester au statu quo, étant donné que la réélection « procède d'une longue tradition et constitue un aspect du système démocratique de la Suisse. [Elle] renforce ainsi la légitimité démocratique des juges »⁸¹⁸. Tout en regrettant cette décision, le GRECO note que cette partie de la recommandation est mise en œuvre de manière satisfaisante (§ 62). La Suisse a jusqu'au 30 septembre 2020 pour

⁸¹³ Cf. STADELMANN Thomas, Vierter Evaluationsbericht Schweiz der GRECO – wie weiter?, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2018/1.

⁸¹⁴ Disponible : [<http://www.svr-asm.ch/fr/2017.htm>] (dernière consultation : 10.05.2020).

⁸¹⁵ GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport de conformité sur la Suisse. Cf. ég. STADELMANN Thomas, Compliance Report Schweiz der GRECO, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2020/1.

⁸¹⁶ Sur cette problématique, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 3.

⁸¹⁷ Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), du 15 juin 2018, FF 2018 4713, p. 4735.

⁸¹⁸ FF 2018 4713, p. 4734.

mettre en œuvre les recommandations vi et vii (première et seconde parties). Un deuxième rapport de conformité suivra en 2021.

1.3. Les autres organismes internationaux

1.3.1. The Syracuse Draft Principles on the Independence of the Judiciary (1981)

Un comité d'experts mis en place par l'association internationale de droit pénal et la commission internationale des juristes s'est réunie à Syracuse du 25-29 mai 1981 afin de formuler des principes sur l'indépendance de la justice. Les participants étaient des juges et autres juristes qui représentaient les différentes régions et systèmes légaux du globe⁸¹⁹.

450

« Applicants [...] should have equality of access to judicial office (art. 4)

Selection for the appointment should be made without distinction of any kind such race, colour, sex, language or religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or status. (art. 5)

All judges, whether selected by appointment or elected, should have guaranteed tenure until a mandatory retirement age, subject only to removal for incapacity or serious illness. » (art. 12)

1.3.2. Les Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature (1985)

Du 26 août au 6 septembre 1985, s'est tenu, à Milan, le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, lors duquel ont été adoptés les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature. Ceux-ci ont été ensuite confirmés par l'Assemblée générale dans ses résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985. Ces principes influenceront les futures dispositions élaborées notamment par le Conseil de l'Europe.

451

« 10. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes. Toute méthode de sélection des magistrats doit prévoir des garanties contre les nominations abusives. La sélection des juges doit être opérée sans distinction de race, de couleur, de sexe, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de richesse, de naissance ou de situation [...]. »

« 12. Les juges, qu'ils soient nommés ou élus, sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat. »

1.3.3. Le Statut universel du juge de l'Union internationale des magistrats (1999)

L'Union internationale des magistrats (UIM) est une organisation internationale professionnelle apolitique qui regroupe des associations nationales de magistrats – dont l'Association suisse des Magistrats (ASM). Le 17 novembre 1999, à Taïpeh, elle a adopté le Statut universel du juge.

452

« Le juge est nommé sans limitation de durée ou pour une période limitée dans des conditions déterminées, sous réserve que cela ne puisse compromettre l'indépendance de la justice. » (art. 8 § 2)

« Le recrutement et chacune des nominations du juge doivent se faire selon des critères objectifs et transparents fondés sur la capacité professionnelle. Lorsque cela n'est pas déjà assuré par d'autres voies résultant d'une tradition établie et éprouvée, le choix doit être assuré par un organe indépendant comportant une part substantielle et représentative de juges. » (art. 9)

⁸¹⁹ Cf. GASS/KIENER/STADELMANN, Standards, p. 35.

1.3.4. Les Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (2002)

453 Le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice, groupe informel de présidents de cours suprêmes et de juges de juridictions supérieures du monde, s'est réuni à Bangalore (Inde) en 2001 afin d'élaborer un projet de principes sur la déontologie judiciaire. Ce projet a été révisé puis adopté suite à la consultation de juges de plus de 80 pays représentant toutes les traditions juridiques, lors de la table ronde des premiers présidents des cours suprêmes tenue à la Haye les 25-26 novembre 2002. Dans sa résolution 2006/23 du 27 juillet 2006, le Conseil économique et social des Nations Unies a invité les Etats membres « à encourager, dans le cadre de leurs systèmes juridiques internes, à prendre en considération les Principes de Bangalore lorsqu'ils examineront ou élaboreront des règles relatives au comportement professionnel et éthique des membres des professions judiciaires » (§ 2).

454 Les Principes de Bangalore s'articulent autour de six valeurs fondamentales : indépendance, impartialité, intégrité, convenances, égalité ainsi que compétence et diligence.

« 1.2. Le juge sera indépendant vis-à-vis de la société en général et des parties prenantes des différends sur lesquels il est chargé de statuer.

1.3. Non seulement le juge s'abstiendra d'entretenir toute relation inappropriée avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et se défendra contre toute influence de leur part, mais il devra également apparaître aux yeux d'un observateur raisonnable comme respectant ces principes.

1.4. Dans l'exercice de ses tâches judiciaires, le juge sera indépendant vis-à-vis de ses collègues magistrats dans les décisions qu'il sera tenu de prendre de façon indépendante. »

455 Ces principes ont fait l'objet, en 2013, d'un commentaire de la part du Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice, sous l'égide de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. En voici un extrait :

« Toutes les responsabilités et tous les intérêts que le juge a pu avoir au cours de sa carrière professionnelle avant sa nomination au sein du système judiciaire peuvent être pris en considération pour évaluer son impartialité. Dans les pays où les juges sont issus de la profession d'avocat, un juge aura probablement exercé une fonction ou occupé un poste où il aura pu exprimer publiquement certains points de vue ou agi pour des parties ou intérêts donnés. Il en sera nécessairement ainsi s'il a participé à la vie politique. Toute expérience hors du domaine du droit, que ce soit en politique ou dans le cadre de toute autre activité, peut raisonnablement être considérée comme étant de nature à améliorer les qualifications du juge plus qu'à leur nuire. Mais il faut admettre et accepter que le juge doive oublier et laisser de côté ses affiliations politiques ou ses intérêts partisans au moment où il prête serment pour s'engager à exercer ses fonctions judiciaires en toute indépendance et impartialité. C'est là l'une des considérations qui devrait peser dans l'esprit d'une personne raisonnable, impartiale et informée lorsqu'elle devra décider s'il y a ou non crainte raisonnable de partialité » (§ 88).

1.3.5. Le Comité des droits de l'homme : Observation générale n° 32 sur l'article 14 (2007)

456 Le Comité des droits de l'homme est un organe composé d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) par les Etats parties⁸²⁰. Le Comité publie notamment des observations générales concernant l'interprétation du contenu des dispositions du Pacte.

457 Dans son Observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte ONU II (droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et droit à un procès équitable)⁸²¹, publiée le 23 août 2007, le Comité des droits de l'homme

⁸²⁰ Entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2).

⁸²¹ Selon l'art. 14 § 1 Pacte ONU II « [t]ous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du

des Nations Unies s'exprime comme suit :

« 19. [l]a garantie de compétence, d'indépendance et d'impartialité du tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 est un droit absolu qui ne souffre aucune exception. La garantie d'indépendance porte, en particulier, sur la procédure de nomination des juges, les qualifications qui leur sont demandées et leur inamovibilité jusqu'à l'âge obligatoire de départ à la retraite ou l'expiration de leur mandat pour autant que des dispositions existent à cet égard ; les conditions régissant l'avancement, les mutations, les suspensions et la cessation de fonctions ; et l'indépendance effective des juridictions de toute intervention politique de l'exécutif et du législatif. Les Etats doivent prendre des mesures garantissant expressément l'indépendance du pouvoir judiciaire et protégeant les juges de toute forme d'ingérence politique dans leurs décisions par le biais de la Constitution ou par l'adoption de lois qui fixent des procédures claires et des critères objectifs en ce qui concerne la nomination, la rémunération, la durée du mandat, l'avancement, la suspension et la révocation des magistrats, ainsi que les mesures disciplinaires dont ils peuvent faire l'objet. Une situation dans laquelle les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent pas être clairement distinguées et dans laquelle le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier est incompatible avec le principe de tribunal indépendant. Il est nécessaire de protéger les magistrats contre les conflits d'intérêts et les actes d'intimidation. Afin de préserver l'indépendance des juges, leur statut, y compris la durée de leur mandat, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite sont garantis par la loi. »

« 20. Les juges ne peuvent être révoqués que pour des motifs graves, pour faute ou incompétence, conformément à des procédures équitables assurant l'objectivité et l'impartialité, fixées dans la Constitution ou par la loi. La révocation d'un juge par le pouvoir exécutif, par exemple avant l'expiration du mandat qui lui avait été confié, sans qu'il soit informé des motifs précis de cette décision et sans qu'il puisse se prévaloir d'un recours utile pour la contester, est incompatible avec l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il en va de même lorsque, par exemple, le pouvoir exécutif révoque des juges supposés être corrompus sans respecter aucune des procédures légales. »

1.3.6. The Mount Scopus International Standards of Judicial Independence (2008)

L'*International Association of Judicial Independence and World Peace*, qui réunit un certain nombre d'experts internationaux du monde judiciaire et académique, a notamment pour but de « promouvoir le principe d'indépendance judiciaire comme fondement central de la démocratie et de la paix »⁸²². A cette fin, elle a édicté un certain nombre de règles, parmi lesquelles les *Mont-Scopus International Standards of Judicial Independence*, du 9 mars 2008. S'agissant de la désignation des magistrats, ces standards mentionnent ce qui suit :

« 4.1. [t]he method of judicial selection shall safeguard against judicial appointments for improper motives and shall not threaten judicial independence.

4.2. a) *The principle of democratic accountability should be respected and therefore it is legitimate for the Executive and the Legislature to play a role in judicial appointments provided that due consideration is given to the principle of Judicial Independence.*

4.2. b) *The recent trend of establishing judicial selection boards or commissions in which members or representatives of the Legislature, the Executive, the Judiciary and the legal profession take part, should be viewed favourably, provided that a proper balance is maintained in the composition of such boards or commissions of each of the branches of government.*

4.3. *Judicial appointments should generally be for life, subject to removal for cause and compulsory retirement at an age fixed by law at the date of appointment.*

bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. [...]. »

⁸²² [<https://www.jiwp.org/>] (dernière consultation : 13.05.2020).

4.3.1. *Retirement age shall not be reduced for existing judges.*

4.4. *Judicial appointments and promotions shall be based on transparency of the procedures and standards and shall be based on professional qualifications, integrity, ability and efficiency.*

4.5. *Judges should not be appointed for probationary periods except in legal systems in which appointments of judges do not depend on having practical experience in the profession as a condition of appointment, and provided that permanent appointment will be guaranteed on merit. »*

1.3.7. **Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia (2010)**

459 Dans le but d'aider les pays de l'Europe de l'Est, du Caucase du Sud et de l'Asie centrale à renforcer leurs règles concernant l'indépendance de la justice, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) – dont la Suisse est membre – et le *Max Planck Minerva Research Group on Judicial Independence* ont organisé à Kiev du 23 au 25 juin 2010 une réunion d'experts sur le sujet. Ce document, qui ne s'applique donc pas, en principe, à la Suisse, constitue cependant un des textes les plus détaillés de ces dernières années concernant la procédure de désignation des magistrats. Voici quelques points saillants :

« 3. *[u]nless there is another independent body entrusted with this task, a separate expert commission should be established to conduct written and oral examinations in the process of judicial selection (see also para 8). In this case the competence of the Judicial Council should be restricted to verifying that the correct procedures have been followed and to either appoint the candidates selected by the commission or recommend them to the appointing authority.*

4. *Alternatively, Judicial Councils or Qualification Commissions or Qualification Collegia may be responsible directly for the selection and training of judges. In this case it is vital that these bodies are not under executive control and that they operate independently from regional governments.*

8. *Members of special commissions for judicial selection (see para 3) should be appointed by the Judicial Council from the ranks of the legal profession, including members of the judiciary. Where Judicial Councils, Qualification Commissions or Qualification Collegia are responsible directly for judicial selection (see para 4), the members should be appointed to fixed terms of office. Apart from a substantial number of judicial members in this selection body, the inclusion of other professional groups is desirable (law professors, advocates) and should be decided on the basis of the relevant legal culture and experience. Its composition shall ensure that political considerations do not prevail over the qualifications of a candidate for judicial office.*

21. *In order to ensure transparency in the selection process, the procedure and criteria for judicial selection must be clearly defined by law. The vacancy note, as well as the terms and conditions, should be publicly announced and widely disseminated. A list of all candidates applying (or at least a short list) should be publicly available. The selection body should be independent, representative and responsible towards the public (see paras 3-4). It should conduct an interview at least with the candidates who have reached the final round, provided that both the topic of the interview and its weight in the process of selection is predetermined.*

23. *Where the final appointment of a judge is with the State President, the discretion to appoint should be limited to the candidates nominated by the selection body (e.g. Judicial Council, Qualification Commission or Expert Commission; see paras 3-4). Refusal to appoint such a candidate may be based on procedural grounds only and must be reasoned. In this case the selection body should re-examine its decision. One option would be to give the selection body the power to overrule a presidential veto by a qualified majority vote. All decisions have to be taken within short time limits as defined by law.»*

1.4. Synthèse et confrontation avec le système suisse

Trois éléments fondamentaux transparaissent de cette compilation de recommandations et autres principes internationaux : la nomination des juges doit être fondée sur des critères objectifs préétablis par la loi et non discriminatoires, notamment par rapport aux opinions politiques du candidat (i) ; une autorité indépendante, idéalement un conseil de la magistrature, composée d'une part substantielle de magistrats, doit avoir une influence décisive sur la nomination, la promotion et la révocation des juges (ii) ; et les juges doivent être inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat (iii).

Comme nous l'avons laissé entendre en introduction du chapitre, ces textes internationaux révèlent un souci de dépolitisation de la procédure de sélection et de désignation des juges⁸²³. On peut ainsi constater que notre pays, par son système prévoyant une désignation des juges par un organe politique, pour une durée limitée et fondée en grande partie sur des critères politiques, se trouve, dans son ensemble, en porte à faux par rapport à la très grande majorité de ces règles⁸²⁴.

Premièrement, on peut constater qu'en Suisse, la seule condition légale d'éligibilité est, pour la plupart des juges fédéraux et pour près d'un tiers des magistrats cantonaux, la titularité du droit de vote⁸²⁵. Cela dit, très souvent, tant au niveau fédéral que cantonal, la composante politique joue un rôle prépondérant en matière de désignation des juges, alors que seuls quelques cantons mentionnent expressément dans leur Constitution une prise en compte des différentes forces politiques lors d'une élection judiciaire. Les candidats non membres d'un parti politique ou non soutenus par celui-ci ont ainsi peu de chances, pour ne pas dire aucune chance, d'être désignés, surtout au sein des instances supérieures. D'ailleurs, dans son rapport d'évaluation du 15 mars 2017 sur la Suisse, le GRECO note, tout en reconnaissant la légitimité du système en raison « de l'histoire et de la tradition politiques de la démocratie helvétique », que « pour mieux ouvrir les juridictions aux candidats n'ayant aucun soutien politique, mais dotés d'une forte compétence, il est nécessaire de les inciter à se présenter, en créant les conditions d'une représentation équilibrée [...] entre ceux qui sont plus ou moins proches des partis politiques et ceux qui ne le sont pas »⁸²⁶. On peut également se demander si la procédure de désignation en Suisse n'est pas discriminatoire étant donné qu'elle exclut très souvent les candidats qui ne sont pas membres ou sympathisants d'un parti politique⁸²⁷.

Deuxièmement, s'agissant de l'intervention d'une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif dans la sélection du candidat, on peut observer qu'au niveau fédéral, c'est à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ) qu'incombe la compétence de sélectionner les candidats avant de les recommander au Parlement. On ne peut guère affirmer que cette autorité soit réellement indépendante. Elle relève de l'Assemblée fédérale et est composée exclusivement de parlementaires. Par ailleurs, bien qu'elle suive la très grande majorité du temps les recommandations de la CJ, l'Assemblée fédérale peut parfaitement élire une autre personne aux fonctions fédérales⁸²⁸.

Sur le plan cantonal, seuls Vaud⁸²⁹ et le Valais⁸³⁰, même si en partie seulement, respectent réellement ces exigences étant donné que, dans ces cantons, ce sont les juges du Tribunal cantonal qui élisent leurs collègues des tribunaux de première instance. Dans tous les autres cas, les juges sont élus par le peuple ou le Parlement, à savoir des organes politiques et non représentatifs des juges au sens des recommandations internationales⁸³¹. Cela dit, on relèvera qu'une quinzaine de cantons prévoient l'intervention d'autorités (généralement des commissions parlementaires) autres que l'organe politique d'élection, chargées de sélectionner les candidats avant de les proposer au Parlement ou, plus rarement, au peuple. Seuls les cantons de Genève, du Jura, de Fribourg

⁸²³ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 50.

⁸²⁴ *Idem*, N 44 ss ; ZAPPELLI, Le juge, pp. 108 s. ; GASS, p. 595 ; EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV, N 3 ad art. 168 ; HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3b ad art. 9.

⁸²⁵ Cf. *supra*, N 219 et 227.

⁸²⁶ GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse, § 99.

⁸²⁷ Sur cette question, cf. *infra*, N 1050 ss.

⁸²⁸ Cf. *supra*, N 147.

⁸²⁹ Cf. *supra*, N 369 ss.

⁸³⁰ Cf. *supra*, N 357.

⁸³¹ Cf. BOLLE, p. 145.

et récemment du Valais confient la sélection des magistrats à leur conseil de la magistrature. La proportion de magistrats au sein de ces conseils dépend des cantons, mais les juges sont presque toujours minoritaires. Quant aux cantons du Vaud et du Tessin, ils ont institué des commissions ad hoc⁸³².

465 On peut donc voir que seuls quelques cantons latins respectent, plus ou moins, la nécessité d'un organe indépendant en matière de sélection des candidats, même si ces organes ne disposent pas d'une majorité de magistrats élus par leurs pairs. Cela dit, ces autorités n'ont qu'un rôle consultatif pour la désignation des juges, la décision finale appartenant à l'autorité politique (Parlement ou peuple).

466 Troisièmement, pour ce qui est de l'inamovibilité des magistrats, on peut constater que seul le canton de Fribourg respecte cette exigence puisqu'il a opté, depuis 2008, pour une élection à durée indéterminée⁸³³. La Confédération et les autres cantons prévoient une élection à terme, d'une durée variant d'un à dix ans, même si la durée de fonction tend à s'allonger ces dernières années. A ce propos, il convient de mettre en exergue la lettre que l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) a adressée, en date du 10 octobre 2011, au Conseil consultatif des juges européens (CCJE) au sujet de la compatibilité de la réélection avec le principe de l'indépendance du juge. Cette missive, citée par Bernard CORBOZ⁸³⁴, a la teneur suivante :

« [m]ême s'il y a rarement des cas où un juge n'est pas réélu, ce système – qui semble unique en Europe – n'est pas compatible avec les exigences internationales. Il contredit la Recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, ch. 49 qui dit que l'inamovibilité constitue un des éléments clés de l'indépendance des juges et qu'en conséquence les juges devraient être inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite, s'il en existe un. Cela va aussi à l'encontre du principe selon lequel la durée de fonction des juges devrait être établie par la loi et il ne devrait être mis fin à une nomination définitive qu'en cas de manquement grave d'ordre disciplinaire ou pénal établi par la loi, ou lorsque le juge ne peut plus accomplir ses fonctions judiciaires (v. Recommandation CM/Rec (2010) 12 ch. 50). Il nous semble important de discuter le système suisse, étant donné que la pression sur les juges a augmenté au cours des dernières années et que des membres du Parlement ont commencé à menacer des juges de non-réélection suite à des jugements politiquement indésirables. »

467 Dans son rapport du 9 novembre 2011 sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, le CCJE a pris position comme suit au sujet de la lettre de l'ASM : « [l]'élection des juges, bien que n'étant pas une pratique généralisée en Europe, doit, dans tous les Etats qui ont opté pour cette méthode de nomination, être soigneusement utilisée sans mettre en cause le principe de l'indépendance. Utiliser un mécanisme de réélection pour écarter les juges de leurs fonctions est contraire à ces principes » (§ 8 et 9)⁸³⁵. Plus tard, dans son rapport du 16 octobre 2015, la CCJE a par ailleurs constaté, à propos du système suisse de réélection, que « certains députés [ont] mena[cé] de ne pas réélire de juges ayant rendu des arrêts jugés défavorables par les politiques. Personne n'a proposé d'organiser un débat général sur la transformation du système de réélection des juges en Suisse. L'exercice de pressions indues par certains députés n'a pas empêché la réélection de juges, mais ce processus a parfois servi à critiquer indirectement des décisions judiciaires impopulaires. Ainsi, dans le cadre des dernières réélections, les juges de la Cour suprême ayant statué que le droit international pouvait l'emporter sur les normes constitutionnelles ont sans équivoque obtenu moins de voix⁸³⁶ » (§ 19). D'ailleurs, dans son quatrième rapport d'évaluation, le GRECO a recommandé à la Suisse « d'envisager de réviser ou de supprimer la procédure de réélection de ces juges par l'Assemblée fédérale ».

468 Ces différentes règles internationales insistent, en outre, sur la distance que doivent mettre les juges avec les partis politiques, même si une affiliation à ceux-ci ne peut être totalement exclue. Ici aussi, on peine à voir la

⁸³² Cf. *supra*, N 400 s.

⁸³³ Cf. *supra*, N 275 ss.

⁸³⁴ CORBOZ, Réélection périodique, N 1.

⁸³⁵ *Idem*, N 2 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 50.

⁸³⁶ ATF 139 I 16. Concernant cette jurisprudence et ses réactions, cf. *infra*, N 1200.

compatibilité du statut du juge suisse avec les règles préconisées par les instances internationales, comme l'illustrent les cotisations versées par les juges aux partis politiques auxquelles ils sont affiliés⁸³⁷.

En revanche, on relèvera que même si le système d'élection suisse est en contradiction avec la plupart des principes internationaux invoqués, il n'a jamais été condamné en tant que tel par les organes les ayant émis⁸³⁸. Ainsi, la Charte européenne sur le statut des juges reconnaît que « [b]eaucoup de dispositions de la Charte ne peuvent s'appliquer dans les systèmes où les juges sont directement élus par les citoyens. [...] La Charte ne se propose pas non plus « d'invalider » en quelque sorte les systèmes d'élection qui peuvent être regardés, par les ressortissants des pays où ils sont mis en œuvre, comme la quintessence de la démocratie » (ch. 1.1).

Cela ne signifie pas encore que ces règles internationales ne doivent pas être observées. Elles constituent, en effet, des standards minimaux visant à assurer et à promouvoir l'indépendance des magistrats de l'ordre judiciaire⁸³⁹. Le Tribunal fédéral a par ailleurs précisé que si les recommandations du Conseil de l'Europe – et a *fortiori* leurs commentaires – ne sont que des directives à intention des Etats membres, il s'agit cependant – en tant que reflet des traditions communes à ces Etats – de la concrétisation des droits fondamentaux garantis par la Constitution et la CEDH. Ces règles sont ainsi relativement contraignantes pour les autorités⁸⁴⁰. La Cour européenne des droits de l'homme se réfère en outre régulièrement à différentes règles non contraignantes édictées par des organismes européens, en matière d'indépendance du système judiciaire⁸⁴¹.

⁸³⁷ BOLLE, pp. 146 s. Sur la question des *Parteisteuern*, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 3.3.

⁸³⁸ ZAPPELLI, Le juge, p. 108 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 37.

⁸³⁹ GASS, p. 596.

⁸⁴⁰ Cf. not. ATF 141 I 141, consid. 6.3.3 et la jurisprudence citée = RDAF 2016 I 289 ss avec note de RUSSO Alfio (conditions de détention au sein de la prison de Champ Dollon ; fouilles corporelles). Cf. aussi GRODECKY, Réflexions, N 35.

⁸⁴¹ Cf. par ex CourEDH, arrêt *Volkov c. Ukraine* du 09.01.2013, requête n° 217222/11, § 109, 114 et 183 ; CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 121.

Chapitre 2 : Les modes de désignation des juges à l'étranger

2.1. Présentation et démarche

2.1.1. L'intérêt de la démarche comparative

Le système suisse de désignation des juges affiche une certaine originalité dans le concert des nations. Pour reprendre les termes de Dick MARTY, il « suscite une stupéfaction générale lorsqu'on l'expose à des juristes ou à des parlementaires étrangers », voire « scandalise la plupart des observateurs étrangers »⁸⁴². A ce titre, il est particulièrement pertinent de se pencher sur la désignation des magistrats par une démarche comparatiste. C'est, en effet, la confrontation avec d'autres systèmes juridiques qui nous permettra de nous interroger sur notre propre droit, et ainsi déceler ses forces et ses faiblesses. Le comparatisme suppose donc un détachement des connaissances acquises et une résistance « aux préjugés de sa propre culture juridique »⁸⁴³. Selon Horatia MUIR-WATT, le comparatisme remplit plusieurs fonctions : il permet d'« élargir la perspective traditionnelle, [d']enrichir le discours juridique et [de] lutter contre les pensées sclérosantes »⁸⁴⁴. Il s'engage aussi « contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays), selon laquelle les catégories et les concepts nationaux sont les seuls envisageables »⁸⁴⁵. Par-tant, l'approche comparative consent à cultiver une certaine « modestie face au droit national »⁸⁴⁶. En ce sens, même s'il n'effacera jamais complètement les disparités constitutionnelles nationales, le comparatisme a du moins le mérite, comme le fait remarquer Francis DELPÉRÉE, de nous « sauve[r] de nos provincialismes »⁸⁴⁷.

René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI et Marie GOURET regroupent les intérêts du droit comparé sous quatre chefs. « Le droit comparé est utile dans les recherches historiques ou philosophiques concernant le droit ; il permet de mieux connaître et améliorer notre droit national ; il est nécessaire pour comprendre les peuples étrangers et donner un meilleur régime aux relations de la vie internationale ; il est indispensable pour toute tentative d'harmonisation ou d'uniformisation du droit »⁸⁴⁸.

Le droit comparé présuppose de quitter le terrain facilement identifiable du droit positif et de mobiliser des grilles de lectures aussi différentes que l'histoire, la sociologie, l'anthropologie, la science politique ou encore la philosophie ; ceci dans le but de comprendre l'autre, d'expliquer ses différences et d'en saisir la dynamique⁸⁴⁹. A ce titre, Marie-Claire PONTHEUREAU nous invite à explorer les cultures politique et constitution-nelle de chaque pays « ce qui permet de marquer l'identité d'un système juridique et donc sa différence par rapport aux autres »⁸⁵⁰. Du reste, l'avantage de la comparaison réside dans « le pouvoir sonder ses propres résistances au changement »⁸⁵¹. Elle ne doit pas nécessairement déboucher sur le mimétisme, mais peut, au contraire, contribuer à écarter des aspects qui tiennent à des raisons culturelles profondes⁸⁵².

⁸⁴² MARTY, Tentatives, N 3.

⁸⁴³ PONTHEUREAU, Cultures constitutionnelles, p. 223.

⁸⁴⁴ HUIR-WATT, p. 506.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ DRAGO, p. 456.

⁸⁴⁷ DELPÉRÉE, p. 26.

⁸⁴⁸ DAVID/JAUFFRET-SPINOSI/GOURET, p. 3.

⁸⁴⁹ HUIR-WATT, p. 518 ; PONTHEUREAU, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), pp. 226 ss.

⁸⁵⁰ PONTHEUREAU, Cultures constitutionnelles, p. 223.

⁸⁵¹ HUIR-WATT, p. 519.

⁸⁵² *Ibid.*

- 474 La démarche comparative permet, en outre, de renforcer la science du droit constitutionnel qui entend précisément « se placer en position d'extériorité par rapport au droit, en adoptant sur un lui un point de vue réflexif et critique »⁸⁵³. Par ailleurs, tout comme la philosophie ou la science politique, l'étude de droit constitutionnel comparé peut être guidée par la recherche de « principes transcendants », tels que la justice et l'équité⁸⁵⁴.
- 475 Enfin, on précisera que la présente étude n'entend pas s'inscrire dans une méthode ou une école de comparaison spécifique⁸⁵⁵, mais plutôt employer une pluralité d'approches. Dans ce sens, la comparaison sera vue, plus modestement, comme « un instrument, parmi d'autres, pour une compréhension critique du droit »⁸⁵⁶.

2.1.2. Bref exposé du plan et justification des systèmes juridiques examinés

- 476 Dans ce chapitre, il convient tout d'abord de présenter brièvement les divers modes de désignation existants au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ces différents systèmes seront illustrés à travers les exemples de certains pays (ch. 2.2.). Puis, une analyse plus approfondie sera consacrée à la France (ch. 2.3.), au Royaume-Uni (ch. 2.4.) et aux Etats-Unis d'Amérique (ch. 2.5.). Ces trois Etats ont été choisis afin de recouvrir de la manière la plus large possible l'ensemble des modes nationaux de désignation des magistrats. En effet, la doctrine distingue traditionnellement deux modèles de magistrature : le modèle bureaucratique (ou continental) d'une part, et le modèle professionnel (ou de *common law*), d'autre part⁸⁵⁷. Alors que la magistrature française incarne le mieux le premier modèle, la magistrature anglaise se rapproche le plus du second⁸⁵⁸. D'ailleurs, par leur passé de colonisateurs, tant la France que le Royaume-Uni ont fortement influencé les systèmes constitutionnels, notamment l'organisation de la justice, de nombreux Etats du globe. Les Etats-Unis se sont toutefois distancés de la couronne britannique et ont instauré un système de désignation sensiblement différent et plus politisé. Par ailleurs, l'histoire constitutionnelle de ces trois Etats a fortement influencé le développement constitutionnel de la Suisse⁸⁵⁹. Cela fait, il conviendra de procéder à la comparaison des systèmes étudiés (ch. 2.6.), puis de confronter le modèle suisse à ceux-ci (ch. 2.7.). Ce processus nous permettra de déceler les similitudes et les différences entre les divers modes de désignation, et d'expliquer, dans la mesure du possible, les motifs de celles-ci.

2.2. Les Etats membres du Conseil de l'Europe

2.2.1. Introduction

- 477 Dans une perspective comparatiste, il est essentiel d'avoir un panorama des modes de désignation judiciaire des pays qui nous entourent. A ce titre, l'étude la plus complète à ce sujet est celle de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), organe composé d'experts qualifiés des Etats membres du Conseil de l'Europe, qui a pour tâche d'évaluer l'efficacité et la qualité des divers systèmes judiciaires et de proposer aux Etats membres des mesures et outils concrets pour les améliorer. A cette fin, la CEPEJ procède, depuis 2004, à la comparaison des systèmes judiciaires nationaux et publie, tous les deux ans, une étude portant sur ce sujet. L'étude publiée en octobre 2018 se fonde sur les données récoltées en 2016 auprès des 47 Etats

⁸⁵³ CHEVALLIER, p. 282.

⁸⁵⁴ JACKSON, Methodologies, p. 60.

⁸⁵⁵ Une partie de la doctrine distingue, en effet, deux principales « écoles de droit comparé ». D'un côté, celle « fonctionnaliste » qui vise à comparer les solutions apportées par d'autres systèmes juridiques jugés comparables à un problème commun, afin d'apprécier, puis le cas échéant, améliorer son propre système juridique (comparatisme d'évaluation). De l'autre, celle « culturaliste » (ou encore de « *Law as culture* »), qui consiste à étudier des systèmes juridiques, cette fois différents, afin de « dégager des invariants et des matrices qui servent à la construction de modèles théoriques ». Cf. VERDUSSEN, Droit constitutionnel comparé, pp. 1644 ss. Ces méthodes ne sont pas pour autant figées, puisqu'on voit apparaître certaines variantes, telle que le « fonctionnalisme contextualisé », qui vise à partir de concepts similaires mais sans négliger toute prise en compte des différences. Cf. JACKSON, Methodologies, p. 72.

⁸⁵⁶ PONTHEUREAU, Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s), p. VI.

⁸⁵⁷ Nous reviendrons sur cette distinction plus bas, au chapitre 2.6 de cette 2^e partie de thèse.

⁸⁵⁸ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 66.

⁸⁵⁹ Cf. KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, pp. 33 ss, qui choisit également d'examiner, dans son ouvrage, la Grande-Bretagne, les Etats-Unis et la France, outre la Suisse.

membres (séparément pour l'Angleterre et le Pays de Galles ainsi que l'Ecosse), le Maroc et Israël. Les études de la CEPEJ sont d'ailleurs prises en compte par la Cour européenne des droits de l'homme dans son analyse visant le respect de l'indépendance de la justice dans les Etats parties⁸⁶⁰.

L'étude de la CEPEJ distingue les modalités de recrutement (ch. 2.2.2.), l'autorité compétente pour le recrutement initial (ch. 2.2.3.), l'autorité de nomination (ch. 2.2.4.), la formation initiale des juges professionnels (ch. 2.2.5.) et la durée de fonction (ch. 2.2.6.). Une fois ces éléments mentionnés, il sera possible de mettre en exergue quelques tendances observées (ch. 2.2.7.). Enfin, nous consacrerons un chapitre spécifique aux juges de quelques cours constitutionnelles, dont les règles de nomination diffèrent souvent par rapport aux juges ordinaires (ch. 2.2.8.).

2.2.2. Les modalités de recrutement

Selon le rapport 2018 de la CEPEJ, le concours est le mode de recrutement le plus répandu au sein des pays membres du Conseil de l'Europe. Seize Etats⁸⁶¹ optent exclusivement pour ce système, tandis que huit Etats⁸⁶² font appel à une procédure de recrutement de professionnels de la justice ayant une longue expérience dans le domaine. Dix-sept⁸⁶³ pays réunissent les deux systèmes ; dix-huit utilisent une autre procédure, mais qui présente des traits communs avec les autres⁸⁶⁴.

La majorité des Etats membres combine ainsi la voie du concours avec des modes alternatifs de recrutement, basés principalement sur l'expérience pratique du magistrat. Par exemple, en Belgique, les candidats ayant une expérience pratique passent des examens d'entrée à la magistrature moins conséquents que ceux qui ne possèdent pas une telle expérience⁸⁶⁵. Aux Pays-Bas, les candidats titulaires d'un diplôme en droit et possédant au moins six ans d'expérience professionnelle comme avocats peuvent accéder à la magistrature en suivant une formation initiale plus courte en comparaison de celle de six ans – alliant stages en juridictions et cours théoriques – pour les autres candidats⁸⁶⁶. En France, les candidats ayant une expérience de plusieurs années dans le monde judiciaire, administratif ou académique peuvent accéder à la magistrature sans entreprendre de formation auprès de l'Ecole nationale de la magistrature⁸⁶⁷.

Parmi les pays ayant d'autres modalités de recrutement, on peut citer les pays scandinaves. La Finlande et la Suède présentent la particularité que les juges sont, la plupart du temps, nommés après un cours de formation au sein même de l'appareil judiciaire. La formation pratique implique l'exercice de différentes fonctions telles que stagiaire, référendaire et juge à titre temporaire, avant la nomination définitive. Au Danemark, les examens passés dans une faculté de droit sont le critère essentiel de sélection ; l'entretien n'est accessible qu'aux candidats ayant obtenu les meilleurs résultats universitaires⁸⁶⁸.

L'Allemagne présente la spécificité que le processus de recrutement est le même pour un grand nombre de candidats aux professions judiciaires et administratives (juges, procureurs, avocats, notaires, hauts fonctionnaires), qui doivent tous passer trois étapes avec succès. Premièrement, à l'issue de leur formation juridique universitaire, ils doivent réussir le Premier Examen d'Etat (*Erste Staatsprüfung*). Il s'agit d'une étape indispensable pour avoir le droit d'assister à une période de cours et de stages préparatoires (*Vorbereitungsdienst*), de deux ans et organisée par chaque *Land*, qui peut être effectuée, en tout ou en partie, auprès d'un tribunal, d'un parquet, d'un cabinet d'avocats ou d'un service de l'administration. Cette période de stage achevée, les

⁸⁶⁰ Cf. par ex. CourEDH, arrêt *Aydogdu c. Turquie* du 30.08.2016, requête n° 40448, § 121.

⁸⁶¹ Albanie (pour certains juges), Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche (pour certains juges), Bulgarie, République Tchèque, France, Espagne, Grèce, Italie, République de Moldova, Monaco, Roumanie, Serbie et Turquie.

⁸⁶² Albanie (pour certains juges), Autriche (pour certains juges), Irlande, Malte, Norvège, Suisse, Angleterre et Pays de Galles et Ecosse. On peut encore y ajouter Israël.

⁸⁶³ Allemagne, Andorre, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Géorgie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Turquie, Ukraine. On peut encore y ajouter le Maroc.

⁸⁶⁴ CEPEJ, Rapport 2018, p. 94.

⁸⁶⁵ Cf. CHARBONNIER, pp. 45 s.

⁸⁶⁶ *Idem*, pp. 313 ss.

⁸⁶⁷ Cf. *infra*, N 541.

⁸⁶⁸ CEPEJ, Rapport 2018, p. 94.

juristes ont le droit de se présenter au Second Examen d'Etat (*Zweite Staatsprüfung*) qui est organisé en général par le ministère de la Justice du *Land* en question⁸⁶⁹. Une fois cet examen réussi, les étudiants sont aptes à exercer les professions judiciaires. Cela dit, seuls les candidats qui ont obtenu des notes supérieures à la moyenne accèdent à la magistrature⁸⁷⁰.

2.2.3. L'autorité responsable du recrutement initial

483 Dans la grande majorité des Etats (39), l'autorité compétente pour le recrutement est composée de juges et de non-juges⁸⁷¹. Dans six Etats⁸⁷², elle est composée uniquement de juges et dans quatre Etats⁸⁷³ uniquement de non-juges. En Allemagne et en Suisse, les trois types d'autorités sont présents au niveau des entités fédérées⁸⁷⁴.

484 L'autorité compétente pour le recrutement et la nomination des juges est le plus souvent un conseil de la magistrature ou de la justice⁸⁷⁵ ou une commission spécialement créée à cet effet⁸⁷⁶. Ces institutions sont souvent composées d'une « majorité de membres du corps judiciaire – garantie essentielle de leur indépendance – et de praticiens du droit dont la participation est un gage de légitimité démocratique »⁸⁷⁷. Le degré d'intervention des conseils varie de la compétence de proposition (pour la grande majorité des Etats membres) à celle de nomination formelle⁸⁷⁸. Dans la quasi-totalité des Etats, les recommandations du conseil de la justice lient l'autorité de nomination formelle, « si ce n'est en droit, du moins dans les faits »⁸⁷⁹.

2.2.4. L'autorité de nomination

2.2.4.1. L'exécutif

485 Dans la grande majorité des Etats, la nomination formelle des juges est du ressort du chef de l'Etat agissant sur proposition d'un conseil de la magistrature ou d'un organe similaire⁸⁸⁰. Elle peut aussi être de la responsabilité du gouvernement⁸⁸¹, plus précisément du ministre de la Justice⁸⁸² ou d'un autre ministre⁸⁸³.

⁸⁶⁹ Cf. § 5 à 7 et 9 *Deutsches Richtergesetz*. CHARBONNIER, pp. 169 s ; KEMPFLER, N 3 ss.

⁸⁷⁰ CHARBONNIER, p. 170. Pour le surplus, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.5.3.

⁸⁷¹ Allemagne (selon l'entité fédérée), Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Espagne, Grèce, Islande, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, République de Moldova, Monaco, Monténégro, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Fédération de Russie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse (selon l'entité fédérée), « ex-République yougoslave de Macédoine » (renommée entretemps Macédoine du Nord), Turquie, Ukraine, Angleterre et Pays de Galles, Ecosse, ainsi qu'Israël et Maroc.

⁸⁷² Chypre, Allemagne (selon l'entité fédérée), Hongrie, Lettonie, Lituanie et Suisse (selon l'entité fédérée).

⁸⁷³ Andorre, République Tchèque, Allemagne (selon l'entité fédérée) et Suisse (selon l'entité fédérée).

⁸⁷⁴ CEPEJ, Rapport 2018, p. 96.

⁸⁷⁵ Albanie, Andorre, Arménie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, France, Géorgie, Hongrie, Italie, Lituanie, République de Moldova, Monaco, Monténégro, Pologne, Portugal, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suisse (selon l'entité fédérée).

⁸⁷⁶ Azerbaïdjan, Danemark, Estonie, Finlande, Irlande, Lituanie, Lettonie, Luxembourg, Norvège, Fédération de Russie, Suède, Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord, Ecosse et Israël.

⁸⁷⁷ CEPEJ, Rapport 2018, p. 96.

⁸⁷⁸ Andorre, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Chypre (sauf pour les juges de la Cour suprême), Espagne, Monténégro, Slovénie et Turquie.

⁸⁷⁹ CEPEJ, Rapport 2018, p. 97.

⁸⁸⁰ Albanie (sauf pour les juges de la Cour suprême), Arménie, Autriche (pour les juges suprêmes), Danemark (la Reine agit sur recommandation d'une commission de sélection judiciaire), France, Finlande (par le président sur recommandation du ministre de la Justice, conseillé par le comité des nominations), Hongrie, Irlande, Islande, République de Moldova, Monaco (la nomination est faite par ordonnance souveraine, sur rapport du directeur des services judiciaires, après avis du Haut Conseil de la magistrature), Fédération de Russie (en ce qui concerne les juges fédéraux), Slovaquie, Ukraine et Israël.

⁸⁸¹ Allemagne (au niveau de certaines entités fédérées), Norvège et Suède.

⁸⁸² Autriche (pour les juges autres que les juges suprêmes), Allemagne (pour un nombre important de *Länder*) et Italie.

⁸⁸³ En Islande, le ministre de l'Intérieur détient cette compétence à l'égard des juges des tribunaux de districts. En Angleterre et au Pays de Galles, le *Lord Chancellor* nomme les juges supérieurs sur recommandation d'une commission indépendante de nomination. Cf. *infra*, N 629.

En Allemagne, la plupart des juges commencent leur carrière dans les juridictions des *Länder*, de sorte que le pouvoir de nomination appartient généralement au Gouvernement du *Land*, plus précisément du président de celui-ci ou du ministre de la Justice. Dans certains *Länder*, des commissions de sélection composées de membres du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire ainsi que d'avocats sélectionnent les candidats avant de les proposer au ministre compétent⁸⁸⁴.

Les juges fédéraux⁸⁸⁵ allemands (à l'exception des juges constitutionnels⁸⁸⁶) sont, quant à eux, nommés conjointement par le ministre fédéral compétent (généralement le ministre de la Justice) et une commission chargée de la sélection des juges (*Richterwahlausschuss*), composée des seize ministres compétents des *Länder* et d'un nombre équivalent de membres élus par le *Bundestag*⁸⁸⁷. Ce système mixte, dans lequel des représentants du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif travaillent ensemble, vise à donner aux membres des plus hautes juridictions du pays la meilleure légitimation possible et reflète en même temps la structure fédérale de l'Etat⁸⁸⁸. Ce mode d'élection est parfois critiqué, d'une part en raison de son manque de transparence – les délibérations de la commission de sélection n'étant pas publiques – et d'autre part du fait de l'influence grandissante qu'exercent les partis politiques en amont de l'élection. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine plaide pour une plus forte participation du pouvoir judiciaire dans le processus de sélection⁸⁸⁹.

En Autriche, les membres des tribunaux civils et pénaux sont élus par le président de la République sur proposition du Gouvernement fédéral⁸⁹⁰. Le président de la République a cependant délégué sa compétence de nomination de nombreux juges au ministre de la Justice. Les juges des *Landesverwaltungsgerichten* sont, quant à eux, nommés par les gouvernements de chaque *Land* (entité fédérée)⁸⁹¹.

2.2.4.2. Le législatif

Plus rarement, les juges sont élus par le pouvoir législatif. Tel est le cas en Slovénie⁸⁹², en Serbie⁸⁹³, en Lituanie⁸⁹⁴, en Estonie⁸⁹⁵, dans la Fédération de Russie⁸⁹⁶, en Suisse⁸⁹⁷ et, en partie, en Islande⁸⁹⁸.

2.2.4.3. Le judiciaire

Le droit de proposition, voire de nomination formelle par certaines juridictions, est assez rare. En Suisse, deux cantons (Vaud et le Valais) prévoient la nomination de leurs juges de première instance par la juridiction de deuxième instance⁸⁹⁹. En Estonie, les magistrats de première et de deuxième instance sont nommés par le

⁸⁸⁴ SEIBERT-FOHR, *Judicial Independence in Germany*, p. 467 ; GASS, pp. 596 s ; GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*, N 6.

⁸⁸⁵ *Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgerichtshof, Bundesfinanzgerichtshof, Bundesarbeitsgerichtshof et Bundessozialgerichtshof*.

⁸⁸⁶ Cf. *infra*, N 504.

⁸⁸⁷ Art. 95 al. 2 *Grundgesetz*.

⁸⁸⁸ KEMPLE, N 18.

⁸⁸⁹ Cf. SEIBERT-FOHR, *Judicial Independence in Germany*, pp. 509 ss.

⁸⁹⁰ Art. 86 al. 1 *Bundes-Verfassungsgesetz*.

⁸⁹¹ Cf. GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*, N 5 et les références citées.

⁸⁹² L'Assemblée nationale élit les juges sur proposition du Conseil de la Justice.

⁸⁹³ L'élection par le Parlement ouvre une période initiale de trois ans à l'expiration de laquelle le Conseil supérieur de la Justice nomme les magistrats de manière définitive.

⁸⁹⁴ Les juges de la Cour Suprême sont élus par le *Seimas* sur proposition du président de la République.

⁸⁹⁵ Les juges de la Cour Suprême sont élus par le Parlement sur proposition du *Chief Justice* (élu par le Parlement sur proposition du chef d'Etat).

⁸⁹⁶ Les juges de la Cour suprême sont élus par la Chambre haute du Parlement russe sur recommandation du chef de l'Etat et au regard de l'avis du président de la Cour suprême. Au niveau des entités fédérées, les juges sont élus par le pouvoir législatif sur proposition soit du président de la juridiction concernée, soit du gouverneur de l'entité respective.

⁸⁹⁷ Cf. *supra*, N 140, 238 et 240.

⁸⁹⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2018, les membres de la Cour d'appel, *Landsréttur*, sont nommés par le président de l'Etat, mais le Parlement doit approuver au préalable les propositions de nomination du ministre de la Justice.

⁸⁹⁹ Cf. *supra*, N 357 et 369 ss.

président de la République sur proposition de l'Assemblée plénière de la Cour suprême. En Espagne, les candidats passent une série d'examens devant un tribunal de recrutement composé de magistrats de différents niveaux et autres praticiens du droit, avant d'être nommés par le *Consejo General del Poder Judicial*⁹⁰⁰.

2.2.5. La formation initiale des juges professionnels

491 La grande majorité des Etats ou des entités (42) a mis en place une formation obligatoire pour les magistrats. Elle n'est facultative que dans quatre Etats⁹⁰¹. On peut faire la distinction entre une formation initiale obligatoire suivie avant la nomination des candidats juges ayant réussi les examens d'entrée (c'est le cas dans une grande majorité d'Etats ayant recours à un concours d'admission) et une formation initiale obligatoire suivie après la nomination des magistrats⁹⁰².

492 La formation initiale des magistrats est assurée dans la grande majorité des Etats (37) par des institutions spécialisées, rattachées principalement au ministère de la Justice ou au pouvoir judiciaire. En général, dans les pays qui ont institué une école de la magistrature, la formation est relativement longue⁹⁰³ alors qu'elle ne dure que quelques jours dans les Etats où les juges sont issus des rangs des professionnels expérimentés (Royaume-Uni, Irlande)⁹⁰⁴. En outre, la totalité des Etats ou entités prévoit une formation continue pour les juges, celle-ci étant obligatoire dans 26 d'entre eux⁹⁰⁵.

2.2.6. La durée de fonction

493 Dans la quasi-totalité des Etats (46 sur 48), les juges sont nommés jusqu'à l'âge de la retraite, qui varie entre 65 et 72 ans. Certains Etats prévoient la possibilité de repousser cet âge de quelques années sur demande du magistrat (Italie, par ex.). Seules la Principauté d'Andorre et la Suisse désignent leurs magistrats pour une durée déterminée, la première pour une durée de six ans et la seconde pour une durée variant d'un à dix ans⁹⁰⁶.

494 Dans dix-huit Etats, les juges doivent toutefois se soumettre préalablement à une période probatoire, avant la nomination à durée indéterminée. Il peut s'agir soit d'une période dans laquelle le futur magistrat suit une période de formation obligatoire (par ex. France, Espagne) avant d'être affecté à une juridiction spécifique, soit d'une période d'exercice de la fonction juridictionnelle limitée dans le temps (« à l'essai »). C'est le cas en Allemagne où les jeunes magistrats accomplissent un stage préparatoire qui dure généralement trois ans (et qui peut être prolongé jusqu'à cinq ans) en tant que juge « à l'essai » (*Proberichter*), avant d'être nommés à vie⁹⁰⁷.

495 Enfin, l'ensemble des législations nationales prévoit des dérogations au principe d'inamovibilité, en énumérant les motifs de révocation ou de destitution des juges⁹⁰⁸.

2.2.7. Résumé et tendances

496 Premièrement, s'agissant des modalités de recrutement, on peut constater que le concours – longtemps prépondérant en Europe méridionale – n'est plus la seule voie d'accès à la magistrature. En effet, la réussite d'un examen d'entrée est souvent complétée par une expérience pratique. Bien qu'il soit à l'origine une des caractéristiques des pays de *common law*, le critère professionnel est mis en avant dans la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe. Selon les pays, l'expérience professionnelle est prise en compte soit comme

⁹⁰⁰ CEPEJ, Rapport 2018, p. 97.

⁹⁰¹ Finlande, Serbie, Suède et Suisse.

⁹⁰² Estonie, France, Irlande, Lituanie, Fédération de Russie et Slovaquie.

⁹⁰³ Bulgarie – 9 mois, France – 31 mois, Croatie – 2 ans, Autriche – 4 ans.

⁹⁰⁴ CEPEJ, Rapport 2018, pp. 99 s.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ *Idem*, pp. 119 s, en particulier le tableau 3.19.

⁹⁰⁷ OBERTO, p. 87 ; KEMPFFLE, N 9.

⁹⁰⁸ CEPEJ, Rapport 2018, p. 120.

un atout supplémentaire, soit comme une condition obligatoire à satisfaire parmi d'autres, soit comme le critère unique de sélection. A ce propos, la CEPEJ relève que « ce paramètre d'évaluation fondé sur la compétence ne peut que favoriser une meilleure qualité des jugements et une efficacité accrue de la justice rendue »⁹⁰⁹.

Deuxièmement, un consensus européen de plus en plus marqué se dégage quant à la place et à l'importance d'un conseil de la magistrature ou d'une commission spéciale, de composition mixte (juges et non-juges), chargé notamment de sélectionner les candidats avant de les proposer à l'autorité de nomination. La création d'un tel organe apolitique est d'ailleurs prônée par les instances européennes et internationales en matière d'indépendance et d'impartialité de la justice⁹¹⁰.

Troisièmement, bien que la compétence de nomination formelle appartienne le plus souvent au Gouvernement, il apparaît que celui-ci ne s'écarte pas, dans la quasi-totalité des Etats, des recommandations du conseil de la magistrature⁹¹¹. L'élection par le pouvoir législatif reste toutefois rare, tout comme la nomination par le pouvoir judiciaire lui-même. L'élection par le peuple paraît, quant à elle, inexistante au niveau des Etats membres du Conseil de l'Europe⁹¹², si ce n'est dans certains cantons suisses⁹¹³.

Quatrièmement, on peut constater que la création d'institutions chargées d'assurer la formation initiale des juges tend à se généraliser en Europe.

Cinquièmement, on observe que dans la quasi-totalité des Etats membres, les juges sont désignés jusqu'à l'âge de la retraite et déclarés inamovibles, avec parfois une première période probatoire. Selon le rapport de la CEPEJ datant de 2018, seules Andorre et la Suisse prévoient une désignation pour une durée déterminée et renouvelable. A ce titre, il faut relever, au niveau européen, une légère tendance à mettre en place un système de nomination à durée indéterminée puisque, selon le rapport de 2014, outre ces deux pays, la Lettonie, l'Ukraine et la Géorgie (avant la réforme constitutionnelle de 2013) avaient indiqué élire leurs juges pour une durée limitée ; ce qui ne semble plus être le cas aujourd'hui⁹¹⁴.

En définitive, il apparaît que les standards européens en matière de désignation des juges semblent être observés dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe⁹¹⁵. Comme le relève par ailleurs la CEPEJ, « [l]es garanties d'indépendance relatives aux autorités de recrutement, à la procédure suivie, au rôle du Conseil de la Justice ou d'un organe similaire, ainsi qu'aux conditions auxquelles est soumis l'accès à la profession de magistrats, sont bien présentes et cela, quel que soit le mode de nomination choisi et la conception en droit interne du principe de la séparation des pouvoirs »⁹¹⁶.

2.2.8. Les juges des cours constitutionnelles : une catégorie à part

Il convient encore de consacrer une partie spécifique à la désignation des membres de certaines cours constitutionnelles, étant donné que les Etats qui possèdent une telle juridiction connaissent, en règle générale, une procédure de désignation différente que celle valable pour les tribunaux ordinaires. A ce titre, nous décrirons les situations en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Espagne, en France, en Italie et au Portugal.

2.2.8.1. L'autorité de désignation

Les membres des juridictions constitutionnelles sont désignés – du moins dans les pays qui ont un système de

⁹⁰⁹ *Idem*, pp. 99 s.

⁹¹⁰ Cf. *supra*, 2e partie, chapitre 1.2

⁹¹¹ CEPEJ, Rapport 2018, p. 97.

⁹¹² BORLA, N 20.

⁹¹³ Cf. *supra*, N 238 et 240.

⁹¹⁴ Cf. CEPEJ, Rapport 2014, p. 336 comparé à CEPEJ, Rapport 2018, pp. 119 s.

⁹¹⁵ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 51.

⁹¹⁶ CEPEJ, Rapport 2018, p. 101.

contrôle concentré de la constitutionnalité des lois – soit en totalité, soit en majorité, par des organes politiques⁹¹⁷. Ces modes de désignation découlent de la nécessité d'assurer à ces organes politico-juridictionnels une légitimité démocratique renforcée, en raison du rôle essentiel qu'ils exercent sur la scène politique nationale⁹¹⁸. La désignation des juges constitutionnels se distingue ainsi substantiellement de celle des juges ordinaires qui, pour la plupart, accèdent à une véritable carrière judiciaire⁹¹⁹.

504 En Allemagne, les seize juges du *Bundesverfassungsgericht* sont élus pour moitié par chacune des Chambres du Parlement fédéral (*Bundestag* et *Bundesrat*)⁹²⁰. La loi prévoit un quorum de deux tiers des membres du *Bundestag* et de deux tiers des voix du *Bundesrat*⁹²¹. Le vote du *Bundestag* est précédé d'une proposition de la part de sa commission électorale, composée de douze membres de cette Chambre⁹²². Les juges sont ensuite formellement nommés par le président de la République⁹²³. Partant, il est largement admis qu'un candidat doit être soutenu par un parti politique pour avoir de réelles chances d'être élu⁹²⁴.

505 En Autriche, les quatorze membres du *Verfassungsgerichtshof* sont nommés par le président de la République, huit sur proposition du Gouvernement fédéral et six sur proposition des deux Chambres du Parlement (*Nationalrat* et *Bundesrat*), à raison de trois membres chacune⁹²⁵.

506 La Cour constitutionnelle de Belgique (jusqu'en 2007, la Cour d'arbitrage) est composée de douze juges : six juges d'expression française et six juges d'expression néerlandaise, représentant les deux groupes linguistiques du pays⁹²⁶. Ils doivent avoir 40 ans accomplis. Au sein de chaque groupe linguistique, trois juges sont nommés sur la base de leur expérience juridique, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir occupé, pendant au moins cinq ans, la fonction « a) soit de conseiller, de procureur général, de premier avocat général ou d'avocat général à la Cour de cassation ; b) soit de conseiller d'Etat ou d'auditeur général, d'auditeur général adjoint ou de premier auditeur ou de premier référendaire au Conseil d'Etat ; c) soit de référendaire à la Cour constitutionnelle ; d) soit de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge »⁹²⁷. Les trois autres membres doivent avoir une expérience de cinq ans au moins comme « membre du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un parlement de communauté ou de région »⁹²⁸. La présence de ces politiciens, qui ne doivent pas avoir de qualification juridique, vise à limiter le « risque d'un enfermement dans des « raisonnements étroitement juridiques » et permettre que l'interprétation de la Constitution soit équilibrée, « entre le droit abstrait et la pratique », et menée « dans une optique dynamique »⁹²⁹. Les juges sont nommés par le Roi sur la base d'une liste double présentée alternativement par la Chambre des représentants et par le Sénat. Elle est adoptée à la majorité des deux tiers des suffrages des membres présents⁹³⁰. La majorité et l'opposition « se partagent les postes à pourvoir au prorata de leur influence respective »⁹³¹. Enfin, la composition de la Cour vise à un équilibre entre les différents sexes⁹³².

⁹¹⁷ BON, p. 210. La situation est similaire concernant la désignation des membres des cours constitutionnelles en Amérique Latine. cf. ESCOBAR PACHECO/RUSO, pp. 635 s.

⁹¹⁸ BON p. 211 ; SHETREET, p. 33 ; JACKSON, *Judicial Independence*, p. 69.

⁹¹⁹ SHETREET, p. 31.

⁹²⁰ Art. 94 al. 1 *Grundgesetz* et § 5 ss de la Loi sur la Cour constitutionnelle, du 12 mars 1951 (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

⁹²¹ § 6 al. 1, 2^e phrase et 7 *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*.

⁹²² § 6 al. 1, 1^{ère} phrase et al. 2 *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*.

⁹²³ § 10 *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*.

⁹²⁴ SEIBERT-FOHR, *Judicial Independence in Germany*, p. 513 ; FISCHBACHER, pp. 360 ss.

⁹²⁵ Art. 147 al. 2 *Bundes-Verfassungsgesetz*, du 1^{er} octobre 1920. A ces quatorze juges, il convient d'ajouter six juges suppléants, trois nommés par le président de la République sur proposition du Gouvernement fédéral, deux sur proposition du *Nationalrat* et un sur proposition du *Bundesrat*.

⁹²⁶ Art. 31 § 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁹²⁷ Art. 34 § 1^{er} 1^o de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁹²⁸ Art. 34 § 1^{er} 2^o de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle

⁹²⁹ VERDUSSEN, Cour constitutionnelle, p. 328 et les travaux parlementaires cités. Saisie d'une question préliminaire de la part du Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle belge a estimé que le fait qu'elle soit composée de plusieurs membres d'origine parlementaire ne justifie pas la récusation de ceux-ci. En effet, une représentation équilibrée des sensibilités politiques nationales garantit l'impartialité de la Cour ; une paralysie de la Cour serait en outre préjudiciable à la garantie des droits fondamentaux. Décision 157/2009 du 13 octobre 2009 citée par SHETREET, p. 32.

⁹³⁰ Art. 32 al. 1 de loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁹³¹ BON, p. 213.

⁹³² Art. 34 § 5 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

- En Espagne, le *Tribunal Constitucional* est composé de douze membres nommés par le Roi, quatre sur proposition du Congrès des députés, à la majorité des trois-cinquièmes de ses membres, quatre sur proposition du Sénat, selon la même majorité et choisis, depuis 2007, parmi les candidats présentés par les assemblées législatives des Communautés autonomes, deux sur proposition du Gouvernement et deux sur proposition du Conseil général du pouvoir judiciaire (*Consejo General del Poder Judicial*)⁹³³. Les partis politiques – pendant longtemps les deux partis traditionnels du post-franquisme, soit le *partido socialista* et le *partido popular* – tendent à se partager, proportionnellement à leur poids électoral, la nomination des membres du *Tribunal Constitucional*⁹³⁴. 507
- En France, le Conseil constitutionnel se compose, outre des membres de droit (les anciens présidents de la République)⁹³⁵, de neuf membres désignés à raison de trois chacun, par une décision séparée du président de la République, du président du Sénat et de celui de l'Assemblée nationale⁹³⁶. 508
- En Italie, les quinze membres de la *Corte costituzionale* sont élus pour un tiers par le président de la République, pour un tiers par le Parlement, en Chambres réunies (*Camera dei deputati* et *Senato della Repubblica*) et pour un tiers par les juridictions les plus élevées (trois par la Cour de cassation, un par le Conseil d'Etat et un par la Cour des comptes)⁹³⁷. La Cour est composée principalement de professeurs de droit public et de magistrats. Certains ont également exercé, par le passé, une fonction législative ou exécutive. A noter que la *Corte costituzionale* n'appartient pas à la branche juridictionnelle, mais constitue un organe de la Constitution⁹³⁸. 509
- Enfin, au Portugal, les membres du *Tribunal Constitucional* sont élus, pour dix d'entre eux, par le Parlement et les trois membres restants cooptés par les premiers⁹³⁹. 510

2.2.8.2. La durée de fonction

- Un mode différent de la désignation jusqu'à l'âge de la retraite est souvent appliqué pour les juges des tribunaux supérieurs, spécialement des cours constitutionnelles, en ce sens qu'ils sont élus pour une durée déterminée, sans que leur mandat ne puisse être renouvelé⁹⁴⁰. C'est le cas en Allemagne où les juges du *Bundesverfassungsgericht* sont élus pour une durée de douze ans, non renouvelable⁹⁴¹. Il en va de même en Espagne⁹⁴², en France⁹⁴³, en Italie⁹⁴⁴ et au Portugal⁹⁴⁵, où les juges des cours constitutionnelles sont désignés pour un mandat de neuf ans, non renouvelable. Le but de cette règle est de pouvoir garantir aux magistrats leur indépendance durant l'exercice de leur fonction. En ce sens, ils ne dépendent pas de l'autorité de nomination, laquelle est susceptible d'exercer certaines pressions sur eux par l'instrument de la réélection⁹⁴⁶. La nécessité de renouveler les membres de ces institutions constitue également un argument justifiant ce système. Dans le même ordre d'idées, les juges constitutionnels espagnols et français sont renouvelés par tiers tous les trois ans. En 511

⁹³³ Article 159 § 1 de la Constitution du 29 décembre 1978. BON, pp. 207 s.

⁹³⁴ Les arrêts récents de la Cour s'agissant de l'autonomie de la Catalogne ont mis en exergue sa dimension politique. Cf. FERRAIUOLO Gennaro, Le juge constitutionnel face au conflit politique : le cas du processus souverainiste catalan, Cahiers de civilisation espagnole contemporaine, 17/2016.

⁹³⁵ Qui n'ont cependant pas l'obligation d'y siéger.

⁹³⁶ Art. 56 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour les développements, cf. *infra*, N 568 ss.

⁹³⁷ Art. 135 § 1 de la Constitution du 22 décembre 1947.

⁹³⁸ SHETREET, p. 33.

⁹³⁹ Art. 12 de la *lei 28/82, de 15 de novembre : Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*.

⁹⁴⁰ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 55.

⁹⁴¹ § 4 de la loi sur la Cour constitutionnelle, du 12 mars 1951 (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

⁹⁴² Art. 159 § 3 de la Constitution du 29 décembre 1978.

⁹⁴³ Art. 56 al. 1 de la Constitution du 4 octobre 1958. Sauf les membres de droit qui siègent à vie.

⁹⁴⁴ Art. 135 § 3 de la Constitution du 22 décembre 1947.

⁹⁴⁵ Art. 21 de la *lei 28/82, de 15 de novembre : Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*.

⁹⁴⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 55.

revanche, la Belgique nomme à vie ses juges de la Cour constitutionnelle⁹⁴⁷ et l'Autriche jusqu'à l'âge de 70 ans révolus⁹⁴⁸.

2.3. La France⁹⁴⁹

2.3.1. Quelques éléments historiques

2.3.1.1. L'Ancien Régime : la vénalité des offices de judicature

- 512 Durant l'Ancien Régime, la plupart des fonctions publiques – et donc également celle judiciaire – sont attribuées moyennant paiement. Pour devenir juge, il faut donc acheter une charge de judicature au roi (« vénalité des offices »). La charge instituée fait partie du patrimoine du magistrat et est transmise, à son décès, à ses héritiers⁹⁵⁰. Cette taxe, parfois appelée « Paulette », est instaurée en 1604 sous le règne d'HENRI IV.
- 513 Le système de vénalité des offices présente le double inconvénient d'entretenir des préjugés de caste et de faire dépendre l'accès à la magistrature de considérations exclusivement de fortune, ce qui ne constitue pas la meilleure garantie du point de vue des connaissances techniques des juges⁹⁵¹. Cependant, dans le même temps, il leur confère une certaine indépendance, garantie notamment à travers leur inamovibilité, ce qui leur permet de s'affirmer peu à peu face au pouvoir royal. Ainsi, la justice, constituée par les parlements, s'érige progressivement en contre-pouvoir face à l'absolutisme royal⁹⁵². Cette lutte est illustrée en premier lieu par le fréquent recours – surtout dans la seconde moitié du XVIII^e siècle – de la part des parlements, au droit de remontrance, c'est-à-dire au refus d'enregistrer les ordonnances royales⁹⁵³. La réaction de LOUIS XVI est d'enregistrer, le 13 avril 1771, en « lit de justice » la suppression des anciennes charges judiciaires⁹⁵⁴. Ces relations conflictuelles entretenues avec la royauté vont ainsi alimenter la méfiance des révolutionnaires à l'encontre du pouvoir judiciaire et, plus largement, celle des constituants successifs⁹⁵⁵.

2.3.1.2. La période révolutionnaire : des juges désormais élus

- 514 Les révolutionnaires français abolissent, par le décret des 4 et 11 août 1789, la vénalité des offices, institution symbolisant les privilèges que détenaient sous l'Ancien Régime les classes sociales privilégiées. Désormais, le recrutement doit s'effectuer selon le critère du mérite et non plus de la fortune⁹⁵⁶. A cet égard, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce que « [l]a Loi est l'expression de la volonté générale [...]. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

⁹⁴⁷ Art. 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁹⁴⁸ Art. 147 al. 6 *Bundes-Verfassungsgesetz* du 1^{er} octobre 1920.

⁹⁴⁹ Ce chapitre se base, en partie, sur notre contribution : RUSSO Alfio, La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ?, in : Bahar Rashid/Kadner Graziano Thomas (éd.), *Le droit comparé et le droit suisse*, Genève 2018, pp. 87-109.

⁹⁵⁰ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 335.

⁹⁵¹ *Ibid.* Un magistrat toulousain, Bernard DE LA ROCHE FLAVIN (1552-1627), critique ainsi dans ses « *Treize livres de parlemens de France* » l'hérédité des charges en donnant plusieurs exemples de collègues reçus à l'examen malgré leur insuffisance notable car ils sont eux-mêmes fils de magistrat. Ce pamphlet lui valut d'ailleurs d'être condamné à l'exclusion du parlement. A ce sujet, cf. DELPRAT Carole, *Savoirs et déboires d'un juriste, Bernard de La Roche Flavin (1552-1627)*, in : *Histoire, économie et société*, 2000, 19^e année, n° 2, pp. 163-184.

⁹⁵² DELALOY, pp. 16 s. ; PLUEN, N 108 ss. En revanche, les procureurs (magistrature debout) sont délégués du pouvoir central. Ils sont considérés comme indépendants à l'égard des juges (magistrature assise) et ne doivent rendre compte qu'au roi (« gens du Roy ») dont ils relèvent directement. PELLATON, N 57 citant GUICHETEAU G. *De la discipline dans la magistrature*, Rennes 1875, pp. 125, 183.

⁹⁵³ HOURQUEBIE, p. 11. Sur le pouvoir des parlements de l'Ancien Régime, cf. ROYER, chapitre 1.

⁹⁵⁴ MÉTAIRIE, p. 29.

⁹⁵⁵ HOURQUEBIE, p. 11.

⁹⁵⁶ Cf. MÉTAIRIE, p. 35, en particulier, en notes de bas de page, les extraits des cahiers et des archives parlementaires de l'époque.

515

Reste à décider selon quelles modalités les juges du nouveau régime vont être désignés. Dans la logique d'épuration du passé, la désignation par la royauté est rapidement écartée par les constituants, un tel système donnant à l'exécutif une influence trop importante sur le pouvoir judiciaire. L'élection populaire apparaît ainsi le seul moyen de rendre la justice aux citoyens⁹⁵⁷. Elle ne fait par ailleurs l'objet d'aucune controverse, tant l'Assemblée post-révolutionnaire est persuadée qu'elle est le seul moyen adéquat pour véritablement rompre avec le passé⁹⁵⁸. En outre, l'élection donne au nouveau « pouvoir judiciaire » une légitimité populaire, comparable à celle des autres pouvoirs⁹⁵⁹. Dans la loi des 16 et 24 août 1790, il est dès lors écrit que « les juges seront élus par le justiciable ».

516

Par ailleurs, les constituants révolutionnaires refusent que les juges tiennent leur volonté en échec comme ils l'avaient fait avec le roi sous l'Ancien Régime. Le juge n'étant, selon la phrase célèbre de MONTESQUIEU, que la « bouche de la loi », il doit en être le serviteur fidèle, en se bornant à l'appliquer⁹⁶⁰. Non seulement le juge ne peut pas participer à l'activité législative, mais encore il lui est interdit, selon la loi des 16 et 24 août 1790, de « connaître des contentieux relatifs à l'administration », symbole de la conception quelque peu dogmatique qu'on se fait en ce temps de la séparation des pouvoirs⁹⁶¹.

517

Se pose ensuite la question de la durée du mandat des juges. Là aussi, une élection à vie rappelle trop la pérennité des charges d'Ancien Régime. Selon les constituants de l'époque, un tel système présenterait un certain nombre d'inconvénients : « trop certains de conserver leur place, [les magistrats] seraient invinciblement conduits à la négligence, voire à la paresse » et « ne tarderaient pas à se couper du commun des justiciables, comme à s'approprier leur fauteuil face au pouvoir exécutif »⁹⁶². La méfiance envers la justice reste donc bien de mise chez les révolutionnaires, qui considèrent que des juges à vie auraient le dangereux pouvoir de « substituer la jurisprudence du tribunal à la jurisprudence nationale » et de « mettre un Code extra-législatif à côté du Code des législateurs »⁹⁶³. C'est ainsi que les constituants décident que les juges doivent être élus pour une durée limitée, laquelle est fixée à six ans, avec possibilité de réélection⁹⁶⁴. En revanche, durant leur mandat, ils ne peuvent « être destitués que pour forfaiture légalement jugée, ni suspendus que par une accusation admise »⁹⁶⁵. En d'autres termes, ils sont inamovibles⁹⁶⁶.

518

Toutefois, le système adopté ne signifie pas pour autant que tout citoyen peut se présenter devant le peuple dans le but d'accéder à la magistrature. Au contraire, les députés établissent deux barrières. D'une part, l'élection des juges a lieu au suffrage censitaire et, d'autre part, la loi exige des nouveaux élus qu'ils aient exercé pendant cinq ans la profession de juge ou d'homme de loi (avocats)⁹⁶⁷.

519

Mais l'enthousiasme pour l'élection est de courte durée. Si elle reste le système « officiel » en vigueur de 1790 à 1799, seules les élections judiciaires originelles de l'hiver 1790-1791 se font conformément à la loi. L'élection populaire déçoit assez vite au fur et à mesure que les événements postérieurs à la Révolution dégradent l'équilibre instauré. En conséquence, l'élection des juges est progressivement remplacée par la nomination par le pouvoir exécutif⁹⁶⁸.

⁹⁵⁷ ROYER, p. 289.

⁹⁵⁸ ROSANVALLON, pp. 246 s.

⁹⁵⁹ PLUEN, N 123 ss.

⁹⁶⁰ DELALOY, pp. 17 s.

⁹⁶¹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 37 ss. Sur le concept de séparation des pouvoirs, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 1.2.

⁹⁶² MÉTAIRIE, p. 49.

⁹⁶³ Archives parlementaires, tome XV, p. 371, citées par ROYER, p. 295.

⁹⁶⁴ ROYER, p. 296.

⁹⁶⁵ Art. 206 du titre VIII de la Constitution du 22 août 1795.

⁹⁶⁶ PLUEN, p. 115.

⁹⁶⁷ ROYER p. 297.

⁹⁶⁸ DELALOY, p. 18 ; MÉTAIRIE, pp. 61 s.

2.3.1.3. Le Consulat et le Premier Empire : le « retour » à la nomination

- 520 Dès son accession au pouvoir, d'abord comme consul en 1799, Napoléon BONAPARTE rénove le mode de désignation des juges. Le futur empereur est plutôt réfractaire à l'égard de tout mécanisme consultatif des citoyens. Le système électif des juges est donc peu à peu abandonné au profit d'une nomination pure et simple par l'exécutif⁹⁶⁹. Ainsi, selon l'art. 41 de la Constitution de l'an VIII⁹⁷⁰, le Premier consul « nomme tous les juges criminels et civils, autres que les juges de paix et les juges de cassation », ces derniers restant élus, « sans pouvoir les révoquer ».
- 521 Selon la vision napoléonienne de l'Etat, la justice, y compris ceux qui l'exercent, est un instrument essentiel du pouvoir de sorte qu'elle doit être mise en valeur. Mais la justice doit aussi être malléable. C'est alors que le juge devient un fonctionnaire, la justice hiérarchisée (selon le modèle militaire) et son contrôle effectué par la gestion des carrières et la maîtrise de l'avancement. La nomination constitue désormais l'une des bases fondamentales du nouvel édifice consulaire, puis impérial⁹⁷¹.
- 522 En ces temps, la magistrature, qui appartient au monde des notables de province, reste toutefois plutôt médiocre. On se montre, en effet, peu regardant à l'égard des connaissances juridiques des juges⁹⁷². C'est ainsi que NAPOLÉON 1^{ER} s'astreint à l'amélioration de la formation juridique des magistrats, laissée jusqu'ici de côté. Les écoles de droit (futures facultés), créées en 1804, établissent le monopole de l'Etat pour la formation juridique des juges et des avocats. Plus tard, la loi organique du 20 avril 1810 réclame des candidats à la magistrature un diplôme de licence en droit, complété par un stage de deux ans au barreau d'une cour d'appel⁹⁷³. Cela dit, l'Empereur reste plutôt réticent quant à l'instauration d'un véritable concours, craignant de perdre sa maîtrise sur les nominations⁹⁷⁴.
- 523 En outre, pour compenser l'abandon du principe électif, abandon qui peut faire craindre un poids excessif du pouvoir politique sur les nominations judiciaires, la désignation à vie est rétablie. Ainsi, l'article 68 de la Constitution de l'An VIII précise que : « [l]es juges [...] conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu'ils ne soient maintenus sur les listes d'éligibles ». La nomination à vie constitue ainsi un gage de stabilité et d'indépendance pour la magistrature⁹⁷⁵. L'immovibilité sera consacrée dans les Constitutions des régimes qui se sont succédé au cours du XIX^e siècle. Toutefois, les vastes épurations opérées contre la magistrature lors de chaque changement de régime entraîneront la mise à l'écart de cette garantie, du moins temporairement⁹⁷⁶.

2.3.2. L'organisation judiciaire : la dualité d'ordres juridictionnels

- 524 Le système judiciaire français se caractérise par l'existence de deux ordres juridictionnels distincts et parallèles, dont l'origine date de la Révolution française. D'une part, les juridictions ordinaires (ou de l'ordre judiciaire), qui sont chargées des litiges en matières civile et pénale et d'autre part, les juridictions administratives (ou de l'ordre administratif) qui connaissent des contentieux mettant en cause l'administration⁹⁷⁷. A l'intérieur de chaque ordre, les tribunaux et les cours sont organisés d'une manière pyramidale⁹⁷⁸.

⁹⁶⁹ ROYER, p. 451 ; MÉTAIRIE, p. 63.

⁹⁷⁰ Année commençant le 23 septembre 1799 et se terminant le 22 décembre 1800.

⁹⁷¹ DELALOY, pp. 18 s. ; PLUEN, N 134.

⁹⁷² ROYER, p. 458.

⁹⁷³ GUINCHARD et al., N 774 ; ROYER, pp. 454 s.

⁹⁷⁴ Plus tard, la situation est identique sous les régimes de la Monarchie de Juillet (1830-1848), de la Seconde République (1848-1851) et du Second Empire (1852-1870). Il faudra attendre l'avènement de la III^e République (dès 1875) pour qu'une première initiative pour la mise en place d'un concours aboutisse, institution qui fonctionne à intermittence jusqu'à l'adoption définitive du décret du 13 février 1908 instaurant un véritable concours. PLUEN, N 163 ss.

⁹⁷⁵ ROYER, p. 451.

⁹⁷⁶ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 368 ; DELALOY, pp. 19-20.

⁹⁷⁷ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 40.

⁹⁷⁸ Pour un aperçu général de l'organisation judiciaire française, cf. not. GUINCHARD et al., N 354.

S'agissant de l'ordre judiciaire, les juridictions dites de première instance (à savoir les tribunaux d'instance et de grande instance, les tribunaux de commerce, les conseils de Prud'hommes, etc.) constituent la base de cette organisation. Au second degré, les cours d'appel sont appelées à statuer, en fait et en droit, sur les affaires déjà jugées par les tribunaux de première instance. Enfin, au sommet de la hiérarchie, la Cour de cassation veille au respect du droit par les juridictions inférieures ; elle fait ainsi en sorte que l'interprétation des lois soit uniforme sur tout le territoire.

Les tribunaux administratifs sont les autorités de première instance. Au second degré, les cours administratives d'appel statuent sur les appels formés contre les jugements rendus par les tribunaux administratifs. Au sommet, le Conseil d'Etat est l'autorité juridictionnelle suprême qui tranche les litiges entre les particuliers et l'administration. Il est également appelé à donner son avis (non obligatoire) au Gouvernement pour les projets de lois, d'ordonnances et de décrets⁹⁷⁹. Enfin, existent également des juridictions administratives spéciales, à l'instar de la Cour des comptes.

Cette dualité se retrouve également, comme on le verra, dans le recrutement et la nomination des magistrats, avec des règles différentes selon que le magistrat exerce sa fonction dans l'ordre judiciaire ou dans l'ordre administratif.

Une juridiction particulière, le Tribunal des conflits, est chargée de trancher les conflits de compétence entre les juridictions des deux ordres. Enfin, rattaché à aucun ordre, le Conseil constitutionnel assure le contrôle de la constitutionnalité des lois du Parlement⁹⁸⁰ et veille au bon déroulement des élections et des référendums⁹⁸¹.

2.3.3. La désignation des magistrats de l'ordre judiciaire

2.3.3.1. Le recrutement et la formation

a) *L'Ecole nationale de la magistrature (ENM)*

Le premier examen professionnel d'entrée à la magistrature est institué par un décret du 13 février 1908. Pour s'y présenter, il fallait justifier d'un stage soit auprès d'un parquet, soit dans une étude d'avoué. L'accès à la magistrature a été ouvert aux femmes en 1946. Cela dit, la formation professionnelle n'était pas encore jugée suffisamment adéquate pour les jeunes licenciés en droit, de sorte que le nombre de candidatures s'affaiblissait⁹⁸². C'est ainsi que fut créé en 1958, sous l'égide de Charles DE GAULLE, un « Centre national d'études judiciaires », devenu en 1970 l'« Ecole nationale de la magistrature » (ENM)⁹⁸³.

L'ENM est un établissement public à caractère administratif placé sous la tutelle du garde des Sceaux, qui nomme d'ailleurs son directeur. Ce statut lui donne une autonomie de ses moyens d'action administratifs et financiers. La mission principale de l'ENM est d'assurer la formation des futurs magistrats de l'ordre judiciaire – tant ceux destinés au siège qu'au parquet –, appelés « auditeurs de justice ». L'Ecole organise également les concours d'accès et veille à la formation continue des magistrats en fonction ainsi qu'à la formation initiale et continue des juges non professionnels⁹⁸⁴. Son budget est d'environ 26 millions d'euros⁹⁸⁵. Elle a son siège à Bordeaux⁹⁸⁶.

⁹⁷⁹ Ce rôle de conseiller du Gouvernement était d'ailleurs sa fonction originelle, au moment de sa création par BONAPARTE ; avant que la loi du 24 mai 1872 lui donne également une compétence juridictionnelle. Il était d'ailleurs, à l'origine, l'unique juge du contentieux administratif avant qu'on assiste à une décentralisation progressive de ses attributions vers les deux échelons inférieurs. Cf. HOURQUEBIE, pp. 82 ss.

⁹⁸⁰ Art. 61 ss de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹⁸¹ Art. 58 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour plus de détails sur les compétences du Conseil constitutionnel, cf. par ex. GICQUEL/GICQUEL, pp. 768 ss.

⁹⁸² GUINCHARD et al., N 774 ; PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 345.

⁹⁸³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 348 ; BEDOUE, N 2.

⁹⁸⁴ Art. 14 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁸⁵ [<http://www.enm.justice.fr/?q=Presentation-ENM>] (dernière consultation : 14.05.2020).

⁹⁸⁶ Elle a également une antenne à Paris, qui accueille les services de la formation continue et du département international.

b) Un recrutement principalement sur concours

- 531 Pour être admis à l'Ecole nationale de la magistrature, les aspirants juges doivent s'astreindre à préparer un concours. Le nombre de places offertes à celui-ci est déterminé, chaque année, par le ministère de la Justice, en fonction des besoins prévisionnels en magistrats et des impératifs budgétaires⁹⁸⁷.
- 532 Pour être admis au concours, les candidats au statut d'auditeur de justice doivent être de nationalité française, jouir de leurs droits civiques et être de bonne moralité. Ils doivent, en outre, se trouver en situation régulière au regard des obligations du service national ; ils doivent, enfin, remplir les conditions d'aptitude physique nécessaires à l'exercice de leurs fonctions compte tenu des possibilités de compensation du handicap⁹⁸⁸.
- 533 En réalité, il n'y a pas un, mais trois concours distincts : le premier concours⁹⁸⁹ (dit aussi « concours étudiants ») est la voie principale d'accès à l'ENM⁹⁹⁰. Il est réservé aux candidats âgés de 31 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours et titulaires d'un diplôme national ou équivalent sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat ou d'un diplôme délivré par un institut d'études politiques (IEP) ; un certificat attestant la qualité d'ancien élève d'une école normale supérieure est également admis⁹⁹¹.
- 534 Le second concours (dit aussi « concours fonctionnaires ») est ouvert aux personnes âgées de 48 ans et 5 mois au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours et qui, sans être nécessairement titulaires d'un diplôme d'une université ou d'un IEP, sont fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics et qui justifient, au 1^{er} janvier de l'année du concours, de quatre années de service en ces qualités⁹⁹². « Le but de cette disposition est de favoriser la promotion interne au sein de la fonction publique »⁹⁹³.
- 535 Enfin, un troisième concours (dit aussi « concours professionnels ») est institué, depuis 1992, pour des personnes âgées de 40 ans au plus au 1^{er} janvier de l'année du concours qui, pendant huit ans, ont exercé une ou plusieurs activités professionnelles, un ou plusieurs mandats de membres d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou des fonctions juridictionnelles à titre non professionnel. Aucun diplôme n'est exigé d'elles⁹⁹⁴.
- 536 Les concours comprennent d'abord des épreuves d'admissibilité, lesquelles sont écrites et qui consistent principalement en la rédaction de compositions (dissertations) sur une question de « connaissance et compréhension du droit » et dans diverses branches du droit (droit civil, droit pénal, organisation de la justice, droit public, etc.). Une fois ces épreuves réussies, le candidat peut se présenter aux épreuves d'admission, qui comportent une mise en situation collective et un entretien avec le jury, une note de synthèse, des tests oraux en matière de droit européen et international, droit social et droit commercial et sur deux langues vivantes (anglais et une autre à choix)⁹⁹⁵. Les concours ont lieu annuellement. Aucun candidat ne se peut se présenter plus de trois fois pour chaque concours⁹⁹⁶. Ils sont très sélectifs puisque moins de 10% des inscrits sont admis⁹⁹⁷.

c) Le recrutement sur titres

- 537 Parallèlement, certaines personnes peuvent accéder directement à l'ENM, sans devoir passer de concours (recrutement sur titres). Il s'agit de celles, âgées entre 31 et 40 ans, titulaires d'une maîtrise en droit et justifiant de quatre années d'activité dans le domaine juridique, économique ou social ; de docteurs en droit possédant

⁹⁸⁷ [<http://www.enm.justice.fr/?q=Devenir-magistrat-etudiants>] (dernière consultation : 14.05.2020).

⁹⁸⁸ Art. 16-2° à 5° de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁸⁹ Art. 17-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁹⁰ Lors de la promotion 2017, 71% des auditeurs et des auditrices provenaient de ce concours. Cf. ENM, Programme pédagogique, p. 7.

⁹⁹¹ Art. 16-1° de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁹² Art. 17-2° de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁹³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 350.

⁹⁹⁴ Art. 17-3° de l'ordonnance du 22/12/1958, modifiée par la loi du 25 février 1992.

⁹⁹⁵ Pour les détails, cf. [http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/publications/Depliant_1er_concours.pdf] (dernière consultation : 14.05.2020). Cf. ég. PAYCHÈRE, p. 183.

⁹⁹⁶ [<http://www.enm.justice.fr/?q=Devenir-magistrat-etudiants>] (dernière consultation : 14.05.2020).

⁹⁹⁷ ENM, Programme pédagogique, p. 8.

un autre diplôme d'études supérieures ; enfin, de personnes ayant exercé des fonctions d'enseignement ou de recherche en droit dans un établissement public d'enseignement supérieur pendant trois ans. Le nombre d'auditeurs nommés par ce biais ne peut dépasser le tiers du nombre des auditeurs issus des concours⁹⁹⁸.

d) *La formation auprès de l'ENM*

Les auditeurs de justice bénéficient d'une formation poussée et axée sur la pratique judiciaire. Sa durée est de 31 mois, subdivisée en deux phases. Une première phase, dite « généraliste », de 100 semaines qui consiste en l'accomplissement de divers stages au sein d'études d'avocat, d'organismes partenaires de la justice (services d'enquête, administration pénitentiaire) ainsi qu'au sein de tribunaux où l'auditeur de justice participe à l'activité juridictionnelle sous la responsabilité d'un magistrat en exercice. Une période d'études se déroule également à Bordeaux où sont dispensés des enseignements (sous forme de conférences, de travaux en petits groupes, de mises en situation, de simulations d'audiences, de débats, etc.) sur les techniques spécifiques que doivent acquérir les magistrats ainsi que sur la culture judiciaire (déontologie, éthique, etc.). Les enseignements sont dispensés essentiellement par des magistrats détachés provisoirement à l'ENM. Au sein des juridictions, les auditeurs sont suivis par les coordonnateurs régionaux de formation, qui évaluent l'auditeur tout au long de sa formation⁹⁹⁹.

A l'issue de cette première phase, les auditeurs de justice doivent se soumettre à un examen d'aptitude et de classement (consistant notamment en la rédaction d'un jugement civil et un réquisitoire) devant un jury. Ce dernier se prononce alors sur l'aptitude de chaque auditeur à exercer une fonction juridictionnelle puis l'assortit d'une recommandation et, le cas échéant, de réserves sur les fonctions pouvant être exercées par cet auditeur¹⁰⁰⁰. Le jury détermine également l'ordre de classement compte tenu de toutes les épreuves subies par les auditeurs. Ces derniers choisissent alors leur première affectation sur une liste proposée par le ministère de la Justice. Commence ensuite la deuxième phase de la formation, dite de « préparation aux premières fonctions », d'une durée de dix-huit semaines, qui se termine par un stage de pré-affectation en juridiction, dans les fonctions que l'auditeur sera appelé à occuper¹⁰⁰¹.

Enfin, il convient de noter que les auditeurs de justice font partie du corps judiciaire. Ils prêtent serment dès leur entrée à l'ENM et sont astreints au secret professionnel¹⁰⁰². Ils perçoivent, d'ailleurs, une rémunération pendant toute leur formation¹⁰⁰³.

e) *Le recrutement latéral par intégration au poste ou « tour extérieur »*

Il est possible, dans certains cas, d'accéder à la magistrature sans formation initiale auprès de l'Ecole nationale de la magistrature. Ce recrutement latéral, qui vise à remédier à la pénurie des effectifs, permet en même temps d'« enrichir la magistrature d'apports extérieurs de grande qualité »¹⁰⁰⁴. Il peut s'agir soit d'une intégration à titre définitif, soit à titre temporaire. Ce mode de recrutement concerne des personnes ayant déjà exercé des fonctions judiciaires (greffiers en chef, avocats), administratives ou universitaires et justifiant d'un certain nombre d'années d'expérience dans ces postes¹⁰⁰⁵. Contrairement aux auditeurs de justice qui se trouvent nécessairement placés au niveau de base à leur sortie de l'ENM, ces personnes peuvent accéder à divers grades de la hiérarchie, compte tenu de leur qualification. Ces intégrations sont toutefois limitées au dixième des

⁹⁹⁸ Art. 18-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

⁹⁹⁹ Cf. ENM, Programme pédagogique, pp. 25 ss.

¹⁰⁰⁰ Art. 21 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

¹⁰⁰¹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 353 ; KERNALEGUEN, N 351.

¹⁰⁰² PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 354 ; OBERTO, pp. 70 ss.

¹⁰⁰³ Le traitement mensuel brut est actuellement de 1'672.24 euros, auxquels s'ajoutent des indemnités de scolarité (321 euros par mois) et de stage (18.80 euros net par jour). [http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/rub-devenir-magistrat/Remuneration_ADJ.pdf] (dernière consultation: 12.05.2020).

¹⁰⁰⁴ KERNALEGUEN, N 352.

¹⁰⁰⁵ Cf. art. 22, 23 et 40 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

promotions au premier grade intervenues au cours de l'année civile précédente et au quart de la totalité des recrutements au second grade intervenus au cours de l'année civile précédente¹⁰⁰⁶.

f) Exceptions : les juges des tribunaux de commerce et les conseillers prud'hommes

542 Le système du concours ne s'applique qu'aux juges de carrière, c'est-à-dire à ceux intégrés à la fonction publique. Tel n'est pas le cas des juges des tribunaux de commerce et des conseillers prud'hommes, lesquels exercent leur activité hors de la fonction publique. Ces magistrats, qui ne sont pas des professionnels du métier, sont alors élus par leurs pairs pour une durée limitée¹⁰⁰⁷.

543 A noter que dans son quatrième rapport d'évaluation, le GRECO¹⁰⁰⁸ a recommandé qu'une réforme soit conduite afin de renforcer l'indépendance, l'impartialité et l'intégrité de ces magistrats. Cette recommandation était due au fait que ceux-ci défendaient d'abord les intérêts catégoriels de leurs électeurs ou encore qu'ils ne suivaient aucune formation juridique de base faute de temps ou de volonté. Par ailleurs, les entreprises employant les juges consulaires continuent à leur verser leur salaire pour le temps consacré à cette activité, ce qui suscite de grandes craintes sous l'angle de l'indépendance. Dans son rapport de conformité du 3 juin 2016, le GRECO a conclu que cette recommandation a été partiellement mise en œuvre, suite à plusieurs réformes récentes ou en cours de la part du Gouvernement. Dans son deuxième rapport de conformité du 22 juin 2018, le GRECO a conclu que cette recommandation avait été mise en œuvre de façon satisfaisante, une loi obligeant dorénavant les juges de commerce à suivre une formation juridique¹⁰⁰⁹.

2.3.3.2. La nomination

544 A l'issue de leur formation et après que les nouveaux magistrats ont été affectés à leur nouveau poste, le garde des Sceaux saisit, pour avis conforme, la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)¹⁰¹⁰. Cette dernière désigne un rapporteur qui examinera alors le dossier du candidat présenté, prendra connaissance des observations des candidats non proposés et examinera éventuellement les dossiers d'autres candidats. Un vote a alors lieu au sein du CSM, puis un avis est adressé au garde des Sceaux¹⁰¹¹. Ce dernier proposera alors les auditeurs au président de la République qui les nommera, par décret, aux postes de magistrat¹⁰¹².

545 En ce qui concerne les magistrats du siège, un avis non conforme fait obstacle à la nomination, ce qui signifie que le chef de l'Etat ne pourrait pas nommer un juge contre l'avis du CSM¹⁰¹³. En revanche, le président de la République peut passer outre l'opposition de cet organe – qui n'émet qu'un avis simple – pour nommer un magistrat du parquet. Ces dernières nominations sont dès lors susceptibles de revêtir un caractère plus politique que celles des magistrats du siège¹⁰¹⁴.

2.3.3.3. Le déroulement de la carrière

a) L'inamovibilité du magistrat du siège

546 Les magistrats du siège sont inamovibles, ce qui leur garantit une certaine indépendance à l'égard du pouvoir politique. Ce principe est proclamé par la Constitution du 4 octobre 1958, à son art. 64 al. 4, et repris dans

¹⁰⁰⁶ KERNALEGUEN, N 353.

¹⁰⁰⁷ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 126.

¹⁰⁰⁸ Pour la présentation de cet organe, cf. *supra*, N 439 s.

¹⁰⁰⁹ Rapports disponibles sur la page : [http://www.coe.int/fr/web/greco/evaluations/france] (dernière consultation: 22.05.2020).

¹⁰¹⁰ Art. 26-2 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958, modifié par la loi du 5 mars 2007. Cf. *infra*, N 548 s.

¹⁰¹¹ ERRERA, N 15 ; MAHON/LIEVRE, p. 25.

¹⁰¹² Cf. art. 26-2 de l'Ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958, modifié par la loi du 5 mars 2007

¹⁰¹³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 379 ; cf. également l'art. 65 al. 4 et 5 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰¹⁴ MAHON/LIEVRE, p. 26, n. 42.

l'art. 4 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. Il signifie, en pratique, qu'un juge ne peut pas faire l'objet d'une mesure individuelle telle que le déplacement, la suspension ou la révocation, en dehors d'une procédure disciplinaire ni d'un avancement sans son consentement¹⁰¹⁵. L'inamovibilité assure au magistrat l'indépendance dont il a besoin et constitue surtout une garantie de bonne justice pour les citoyens¹⁰¹⁶. L'ina-
movibilité ne signifie toutefois pas une désignation à vie puisque les magistrats de l'ordre judiciaire exercent leur fonction jusqu'à l'âge de leur retraite, fixé actuellement à 67 ans¹⁰¹⁷.

En revanche, les magistrats du ministère public ne bénéficient pas de la garantie d'ina-
movibilité, essentielle-
ment en raison de leur rôle de garant de l'intérêt public qui les subordonne, de fait, au pouvoir exécutif¹⁰¹⁸. Cette affirmation ne fait cependant pas l'unanimité¹⁰¹⁹.

b) Le Conseil supérieur de la magistrature : composition et attributions

Afin d'assurer l'indépendance de la justice, il a été mis en place un organe indépendant, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), destiné à s'interposer entre le Gouvernement et les juges pour les décisions impor-
tantes ayant trait à la carrière de ces derniers, comme une mesure disciplinaire ou un avancement¹⁰²⁰. Cette institution a été consacrée en 1946 en réaction au régime liberticide de Vichy¹⁰²¹. Selon l'art. 64 de la Constitu-
tion de 1958, cet organe « assiste » le président de la République qui est le « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Le CSM détient d'importantes attributions en matière de nomination, de promotion et de discipline des magistrats.

Le CSM est composé de deux formations distinctes. Une formation compétente à l'égard des magistrats du siège, qui comprend le premier président de la Cour de cassation (qui en assure la présidence), cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet élus par leurs pairs, un conseiller d'Etat, un avocat et six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Ces personna-
lités sont désignées par le président de la République et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat (chacun deux). Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée¹⁰²². La seconde formation est compétente à l'égard des magistrats du parquet. Elle comprend le procureur général près de la Cour de cassa-
tion (président), cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège élus par leurs pairs, ainsi que le Conseiller d'Etat, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnées précédemment¹⁰²³. Depuis la réforme de 2008, les magistrats ne sont donc plus en majorité. Cette solution a été voulue afin de limiter le corporatisme au sein du CSM¹⁰²⁴. A l'inverse, beaucoup de magistrats voient dans sa nouvelle composition une augmentation de l'emprise du pouvoir politique¹⁰²⁵.

c) Le régime disciplinaire

L'ina-
movibilité ne fait pas des juges une caste d'intouchables. Ils sont en effet soumis à un régime discipli-
naire. L'art. 45 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 (modifié par la loi du 22 juillet 2010) énu-
mère les sanctions qui peuvent être prononcées à l'égard du juge qui a commis une faute disciplinaire. Ces

¹⁰¹⁵ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 67.

¹⁰¹⁶ GUINCHARD et al., N 111.

¹⁰¹⁷ Art. 61-1 de la loi organique n° 2010-1341 du 10 novembre 2010 relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire. A noter que l'âge de départ de la retraite du premier président de la Cour de cassation a été maintenu à 68 ans, âge jusqu'auquel certains magistrats peuvent également être gardés en activité.

¹⁰¹⁸ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 370.

¹⁰¹⁹ Cf. GRANGER Marc-Antoine, Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?, in : Actes du VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011.

¹⁰²⁰ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 48.

¹⁰²¹ MAHON/LIEVRE, p. 20 ; DELALOY, p. 21

¹⁰²² Cf. art. 65 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰²³ Art. 65 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰²⁴ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 51.

¹⁰²⁵ BUSSY/POIRMEUR, p. 82.

sanctions peuvent aller du blâme avec inscription au dossier jusqu'à la révocation du magistrat. Le Conseil supérieur de la Magistrature prononce ces sanctions ; il peut être saisi soit par le garde des Sceaux, soit par le président de la cour d'appel dont dépend le juge poursuivi, soit encore par un justiciable ayant eu affaire au magistrat dans une procédure le concernant¹⁰²⁶. La procédure est réglementée par les art. 51 à 58 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. La décision doit être motivée et rendue publique ; elle s'impose au garde des Sceaux qui est chargé de l'exécuter¹⁰²⁷. Un recours est possible au Conseil d'Etat, qui, « [d]e façon surprenante s'est arrogé le droit de considérer que le Conseil supérieur de la magistrature est une « juridiction administrative » qui à ce titre relève de son contrôle »¹⁰²⁸. Il se limite toutefois à contrôler la légalité de la décision (fonction « cassatoire »)¹⁰²⁹.

d) *L'avancement du magistrat : un système de grades*

- 551 Comme pour tout corps de fonctionnaires, la carrière du magistrat français est organisée selon un système de grades, qui lui permet de s'élever dans la hiérarchie. L'auditeur qui devient magistrat est ainsi nommé dans le deuxième grade, qui comporte huit échelons indiciaires. Il a ensuite la possibilité d'accéder au premier grade ; il peut, le cas échéant, terminer sa carrière dans le groupe des magistrats hors hiérarchie¹⁰³⁰. En conséquence, chaque changement de grade entraîne d'importantes conséquences pour le magistrat, ne serait-ce quant à son traitement. Le grade n'est pas à confondre avec les fonctions, même si certaines de celles-ci ne peuvent être exercées que si le juge est déjà parvenu à un certain grade¹⁰³¹.
- 552 Le magistrat ne peut passer du second au premier grade que s'il justifie d'une certaine ancienneté et s'il est inscrit sur un « tableau d'avancement ». Celui-ci est une liste établie chaque année sur laquelle sont inscrits par ordre alphabétique les magistrats dignes d'obtenir un avancement. Le tableau est élaboré par la « Commission d'avancement » – qui est commune aux magistrats du siège et du parquet – composée de seize magistrats (dont quatorze sont élus par leurs pairs) et de l'inspecteur général des services judiciaires¹⁰³². Pour l'établir, la Commission prend connaissance du dossier individuel du magistrat et notamment de l'évaluation de son activité professionnelle par ses supérieurs hiérarchiques, et, en ultime ressort, par le premier président de la cour d'appel dont il dépend. La procédure est contradictoire. Le tableau d'avancement est ensuite transmis à chaque magistrat concerné. Dans un souci de transparence, il est affiché au siège de chaque juridiction ; les magistrats qui n'y figurent pas peuvent ainsi demander leur inscription¹⁰³³.
- 553 Toute promotion du second au premier grade ainsi que toute nomination à de nouvelles fonctions sont faites par décret du président de la République, sur proposition du garde des Sceaux. Un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature est, en outre, nécessaire¹⁰³⁴, de sorte que le président de la République ne pourrait pas procéder à une nomination contre l'avis de cet organe¹⁰³⁵.
- 554 En revanche, pour accéder à un poste hors hiérarchie (magistrat à la Cour de cassation, premier président de cour d'appel, président de tribunal de grande instance), les règles applicables ne sont pas les mêmes. D'abord, un magistrat doit obligatoirement avoir accompli une période dite de « mobilité statutaire », d'une durée d'un an, au cours de laquelle il n'exercera pas de fonction juridictionnelle. Cette mobilité s'exerce notamment auprès d'une administration, afin que le magistrat se familiarise avec des activités extrajudiciaires proches des

¹⁰²⁶ Cf. art. 50-1 à 50-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

¹⁰²⁷ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 390.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ KERNALÉGUEN, N 356.

¹⁰³¹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 378, p. 292.

¹⁰³² Art. 35 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958.

¹⁰³³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 378.

¹⁰³⁴ Cf. art. 65 al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; art. 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958, modifié par la loi du 5 février 1994.

¹⁰³⁵ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 379.

réalités quotidiennes¹⁰³⁶. La Commission d'avancement n'intervient pas. C'est le Conseil supérieur de la magistrature lui-même qui fait la proposition de nomination au président de la République, sans passer par le ministre de la Justice¹⁰³⁷.

e) *La mobilité de corps : avantage ou inconvénient ?*

Le système français, très hiérarchisé, implique pour le juge qui veut bénéficier d'un avancement de grade une obligation de mobilité tant géographique que fonctionnelle. L'idée est que le maintien d'un magistrat dans les mêmes fonctions trop longtemps engendre indéniablement un doute quant à son impartialité. Il est, en effet, susceptible de « devenir la cible d'amitiés ou d'inimitiés locales de nature à entraver son indépendance d'esprit »¹⁰³⁸. C'est pourquoi la loi prévoit des règles limitant la durée de certaines fonctions ou prohibant les nominations dans certaines juridictions où le magistrat est déjà affecté depuis plusieurs années¹⁰³⁹.

L'exigence de mobilité géographique est aussi destinée à éviter que les magistrats s'installent dans une certaine routine. Les juges peuvent, par un renouvellement régulier de leurs pratiques, acquérir de nouvelles expériences et se confronter à d'autres environnements professionnels ou sociaux. Une mobilité fonctionnelle peut aussi répondre à cette dernière exigence. Ces critères sont essentiels dans une perspective d'avancement professionnel et sont pris en compte par le Conseil supérieur de la magistrature lors des nouvelles nominations. Enfin, la mobilité géographique entend répondre à la nécessité de pourvoir des postes géographiquement peu attractifs¹⁰⁴⁰. Il en résulte qu'un magistrat évoluant jusqu'aux emplois hors hiérarchie devra changer de juridiction cinq fois au moins durant sa carrière¹⁰⁴¹. Il devra néanmoins rester au sein d'une juridiction au minimum deux ans, durée minimale pour qu'il puisse obtenir un avancement¹⁰⁴².

Dans le même temps, la mobilité géographique comporte des inconvénients pour le magistrat qui, notamment pour des raisons familiales, veut rester en place. Dans ce cas, il devra renoncer à un avancement de grade auquel il a pourtant droit¹⁰⁴³. Ce système paraît problématique, en particulier pour les femmes en début de carrière¹⁰⁴⁴, qui en raison de ces contraintes accèdent ensuite plus rarement aux postes plus élevés¹⁰⁴⁵. Les hommes conservent ainsi la prédominance dans les postes hiérarchiquement supérieurs – et dans près des trois quarts des postes classés hors hiérarchie¹⁰⁴⁶. On déplore également une moindre compréhension des spécificités locales de la part des magistrats appelés souvent à changer de juridictions.

2.3.4. La désignation des magistrats de l'ordre administratif

2.3.4.1. Le recrutement et la formation

a) *Le recrutement ordinaire par l'Ecole nationale d'administration (ENA)*

Pendant longtemps, chaque juridiction administrative a eu son propre mode de recrutement. Cette situation a changé en 1945 quand a été créée l'Ecole nationale d'administration (ENA), laquelle avait précisément pour

¹⁰³⁶ *Idem*, N 380.

¹⁰³⁷ Cf. art. 65 al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; art. 28 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22/12/1958, modifié par la loi du 5 février 1994.

¹⁰³⁸ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 373.

¹⁰³⁹ Voir par exemple l'art. 2 de l'Ordonnance du 22/12/1958, modifié par la loi n°2007-287 du 25 juin 2001.

¹⁰⁴⁰ CSM, Rapport d'activité 2012, p. 197 ; PLUEN, N 329 ss.

¹⁰⁴¹ CSM, Rapport d'activité 2012, p. 201.

¹⁰⁴² PLUEN, N 331.

¹⁰⁴³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 373.

¹⁰⁴⁴ La magistrature française est majoritairement féminine. A titre d'exemple, la promotion 2017 comptait près de 74% de femmes (proportion stable depuis 2004). Cf. ENM, Programme pédagogique, p. 11.

¹⁰⁴⁵ CSM, Rapport d'activité 2012, pp. 201 ss.

¹⁰⁴⁶ ROYER, p. 1209.

but d'unifier les divers modes de recrutement dans la fonction publique¹⁰⁴⁷. L'ENA a son siège à Strasbourg depuis 1991 (précédemment à Paris).

559 L'entrée à l'ENA se fait sur concours : le concours « externe », ouvert aux jeunes candidats titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur (maîtrise, diplôme d'un institut d'études supérieures) ; le concours « interne », réservé aux fonctionnaires justifiant de quatre ans au moins d'activité au sein du service public ; enfin, le « troisième concours », ouvert aux personnes justifiant de l'exercice durant huit années au total d'une activité dans le secteur privé ou comme membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale¹⁰⁴⁸. Comme pour l'entrée à l'ENM, chaque candidat doit subir des épreuves d'admissibilité, qui sont écrites. Une fois celles-ci réussies, il peut se présenter aux épreuves d'admission, lesquelles sont orales¹⁰⁴⁹. Dès leur admission à l'ENA, les candidats deviennent « fonctionnaires stagiaires » et perçoivent à ce titre une rémunération.

560 La scolarité au sein de l'ENA dure 22 mois. Elle comporte des stages pratiques dans des administrations et des entreprises en France et à l'étranger. Chaque stage fait l'objet d'une note. Après la phase de stage, commence une phase d'approfondissement et de professionnalisation dans les locaux de l'ENA. Les élèves sont évalués tout au long de leur formation. A l'issue de celle-ci, un classement final est établi. Il permet aux élèves de choisir leur première affectation en se déterminant par ordre de mérite et après avoir recueilli l'avis de leur employeur potentiel¹⁰⁵⁰.

561 Contrairement aux auditeurs de justice de l'ENM, l'élève admis à l'ENA n'a aucune garantie de pouvoir accéder à un poste de juge à l'issue de sa scolarité. En effet, l'ENA préparant à l'exercice de la fonction publique en général, l'élève pourra se diriger soit vers l'administration active, soit vers la juridiction administrative. Le choix dépendra des postes disponibles ainsi que de son rang dans le classement final. Les différences de carrières sont donc déjà bien marquées dès la sortie de l'ENA, ceci à la différence de l'ENM où l'auditeur de justice commencera son activité tout en bas de l'échelle¹⁰⁵¹.

b) Le recrutement latéral ou « tour extérieur »

562 Le recrutement latéral – appelé aussi « tour extérieur » – occupe une place extrêmement importante dans l'ordre administratif, plus encore que dans l'ordre judiciaire. Ce type de recrutement présente en effet l'avantage d'assurer la liaison entre la juridiction administrative et l'administration active par l'accession aux fonctions judiciaires de fonctionnaires expérimentés. Il permet également de pallier à l'insuffisance de personnel dans les tribunaux administratifs¹⁰⁵².

2.3.4.2. Le déroulement de la carrière

a) L'inamovibilité

563 L'inamovibilité de l'art. 64 al. 4 de la Constitution française ne concerne que les magistrats de l'ordre judiciaire. Cela dit, pour les membres du Conseil d'Etat, bien qu'aucune disposition législative ne mentionne expressément leur inamovibilité, celle-ci « existe en vertu d'une *coutume séculaire* qui a autant de force, sinon

¹⁰⁴⁷ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 360.

¹⁰⁴⁸ *Idem*, N 361.

¹⁰⁴⁹ Pour les détails, cf. [<http://www.ena.fr/Concours-Prepas-Concours/Les-concours-de-l-ENA/Concours-externe/Epreuves>] (dernière consultation: 17.05.2020).

¹⁰⁵⁰ [<http://www.ena.fr/Formation-initiale/Cursus-a-l-ENA/Scolarité-et-calendrier>] (dernière consultation: 17.05.2020).

¹⁰⁵¹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 361.

¹⁰⁵² GUINCHARD et al., N 867 s.

plus, qu'une disposition législative »¹⁰⁵³. Elle est, par ailleurs, reconnue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰⁵⁴. Quant aux juges des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ils bénéficient également de la garantie d'inamovibilité, cette fois-ci expressément mentionnée dans la loi¹⁰⁵⁵.

b) *L'avancement*

A la différence des magistrats de l'ordre judiciaire qui appartiennent tous au même corps et sont donc soumis aux mêmes règles d'avancement, les magistrats de l'ordre administratif appartiennent à des corps différents suivant leurs fonctions. Ainsi, chaque corps a sa propre hiérarchie et son propre système d'avancement¹⁰⁵⁶.

Au sein du Conseil d'Etat, la juridiction administrative suprême, les promotions sont faites par décret du président de la République, sur proposition du garde des Sceaux. Mais seuls peuvent être nommés ceux dont les noms sont présentés par le vice-président du Conseil d'Etat délibérant avec les présidents de section et après avis de la Commission consultative du Conseil d'Etat. Il n'est établi aucun tableau d'avancement. Bien que les promotions se fassent au choix, l'usage est de faire les présentations dans l'ordre du tableau, c'est-à-dire en suivant les règles de l'ancienneté¹⁰⁵⁷.

Aux échelons inférieurs, l'avancement des juges des tribunaux administratifs et cours administratives d'appels – qui forment un corps unique – a lieu au choix après l'inscription sur un tableau d'avancement. Celui-ci est établi sur proposition du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel¹⁰⁵⁸, dont le rôle est quelque peu comparable à celui du Conseil supérieur de la magistrature. En raison de la séparation des corps, un accès au Conseil d'Etat ne peut se faire que sous certaines conditions relativement strictes¹⁰⁵⁹.

c) *Le régime disciplinaire*

Tout comme les magistrats de l'ordre judiciaire, les juges de l'ordre administratif sont soumis à un régime disciplinaire. Ainsi, s'agissant des membres du Conseil d'Etat, l'art. L. 136-1 du Code de justice administrative énumère les sanctions qui peuvent être prises, allant de l'avertissement à la révocation. Dans ce dernier cas, la sanction est prononcée par décret sur proposition du garde des Sceaux, après avis consultatif d'une commission du Conseil d'Etat. Quant aux membres des autres corps administratifs, ils sont placés sous le contrôle du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appels qui pourra, en cas de manquements graves du magistrat, proposer sa révocation à l'autorité chargée de la gestion du corps¹⁰⁶⁰. Celle-ci va généralement retenir la sanction proposée par le Conseil¹⁰⁶¹.

2.3.5. La désignation des membres du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel – qui n'appartient à aucun des ordres précités – se compose de deux catégories de membres : les membres nommés et les membres de droit.

La première catégorie est désignée par une décision séparée du président de la République, du président du

¹⁰⁵³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 371.

¹⁰⁵⁴ Décision 119 DC du 22/07/1980.

¹⁰⁵⁵ Art. L. 231-3 du Code de justice administrative.

¹⁰⁵⁶ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 381.

¹⁰⁵⁷ KERNALEGUEN, N 376.

¹⁰⁵⁸ Composé de douze membres : quatre fonctionnaires membres de droit (dont trois appartiennent au Conseil d'Etat), cinq juges appartenant au corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appels élus par leurs pairs et trois personnalités désignées par le président de la République et par les présidents des deux Chambres du Parlement.

¹⁰⁵⁹ Cf. PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 383.

¹⁰⁶⁰ Cf. art. L. 236-1 et ss du Code de justice administrative.

¹⁰⁶¹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 395.

Sénat et du président de l'Assemblée nationale – qui nomment chacun trois membres¹⁰⁶². La nomination de ces personnes présente une dimension inévitablement partisane¹⁰⁶³. Cette emprise du pouvoir politique sur la désignation des membres du Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs accrue ces quinze dernières années¹⁰⁶⁴. Le critère politique se manifeste d'autant plus lors de la nomination, par le président de la République, du président du Conseil constitutionnel, lequel a une voix prépondérante en cas de partage¹⁰⁶⁵. Aussi, une partie de la doctrine plaide pour une réforme du système, notamment à travers la désignation d'une partie du Conseil par des juridictions ordinaires suprêmes¹⁰⁶⁶ ou encore moyennant l'obligation pour une partie de ses membres d'être des juristes de profession, à l'instar de certaines cours constitutionnelles étrangères¹⁰⁶⁷.

570 Une fois nommés, les membres du Conseil constitutionnel jouissent toutefois d'une certaine indépendance. Ils sont désignés pour une période de neuf ans, non renouvelable et ils sont irrévocables. Ils bénéficient donc de l'inamovibilité. Par ailleurs, ils sont renouvelés par tiers tous les trois ans, afin d'éviter une rupture de méthodes et de jurisprudence suite à une alternance politique¹⁰⁶⁸.

571 Enfin, les anciens présidents de la République sont membres de droit, et donc à vie, du Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁹, ce qui présente « une singularité en droit comparé et, aux yeux des observateurs étrangers (et pas seulement), [et] jette la suspicion sur l'impartialité du Conseil »¹⁰⁷⁰. Ils n'ont cependant pas l'obligation d'y siéger, ce qu'ils font d'ailleurs rarement¹⁰⁷¹.

2.3.6. Synthèse et brève appréciation du système

2.3.6.1. Un recrutement initial pas aussi méritocratique qu'il y paraît ?

572 Hérité de l'attachement que la Révolution française a toujours porté au critère du mérite, le concours – d'ailleurs commun à la plupart des fonctions publiques – a assurément l'avantage de permettre le recrutement de candidats mis sur un pied d'égalité, sans considération, en théorie, de critères économiques, politiques ou sociaux¹⁰⁷². Il est souvent considéré comme le meilleur moyen d'assurer une sélection de qualité tout en garantissant l'indépendance du corps judiciaire¹⁰⁷³.

573 Cela dit, on peut nuancer quelque peu ces propos en considérant que, statistiquement, les enfants dont les parents ont obtenu un diplôme de niveau élevé ont davantage de chances de faire eux-mêmes des études prolongées que ceux dont les parents n'ont pas fait d'études universitaires¹⁰⁷⁴. Par exemple, tant les étudiants de l'ENM que de l'ENA proviennent majoritairement de familles aux origines socio-professionnelles supérieures (cadres d'entreprises et de la fonction publique, professions libérales, enseignants, etc.)¹⁰⁷⁵. En effet, on sait depuis les travaux de Pierre BOURDIEU et de Jean-Claude PASSERON qu'une fille ou un fils de cadre moyen ou supérieur aura beaucoup plus de chances d'entrer à l'université qu'un enfant de salarié agricole ou d'ouvrier¹⁰⁷⁶. A cet égard, « [l]es familles transmettent de manière diffuse, et seulement partiellement contrôlée et intentionnelle, des ressources culturelles diverses – que l'on peut regrouper et désigner sous le nom de « capital culturel » – qui favorisent la réussite scolaire de leurs enfants aux divers niveaux. Dans un second temps, cette

¹⁰⁶² Art. 56 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰⁶³ HOURQUEBIE, pp. 105 ss.

¹⁰⁶⁴ GICQUEL/GICQUEL, N 1537.

¹⁰⁶⁵ Art. 56 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰⁶⁶ BON, p. 220.

¹⁰⁶⁷ *Idem*, pp. 222 ss ; HOURQUEBIE, pp. 110 s.

¹⁰⁶⁸ GICQUEL/GICQUEL, N 1540.

¹⁰⁶⁹ Art. 56 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁰⁷⁰ BON, p. 219.

¹⁰⁷¹ Seul Valéry GISCARD D'ESTAING y siège encore.

¹⁰⁷² GAXIE, p. 7 ; PAYCHÈRE, p. 183 ; HAJAS, p. 43.

¹⁰⁷³ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 40.

¹⁰⁷⁴ GAXIE, p. 8.

¹⁰⁷⁵ Cf. ENM, Programme pédagogique, pp. 13-14.

¹⁰⁷⁶ BOURDIEU Pierre/PASSERON Jean-Claude, *Les Héritiers. Les étudiants, la culture*, Paris 1964, p. 12

réussite scolaire va favoriser la réussite sociale, c'est-à-dire l'accès aux positions sociales privilégiées [...] »¹⁰⁷⁷.

Par ailleurs, la préparation aux concours d'entrée passe inévitablement par le suivi de classes au sein d'instituts d'études judiciaires (IEJ), rattachés à la plupart des facultés de droit, ou d'instituts d'études politiques ; formations que les candidats cumulent souvent avec des « prépas » privées¹⁰⁷⁸. Etant donné que l'inscription à ces classes est relativement onéreuse, leur suivi – qui peut prendre plusieurs années et sans aucune rémunération – remet en cause le principe d'égalité des chances d'accès aux hautes fonctions publiques¹⁰⁷⁹. En conséquence, pour éviter que les considérations liées à la fortune soient aussi décisives, tant l'ENM¹⁰⁸⁰ que l'ENA¹⁰⁸¹ ont mis en place des classes préparatoires dites d'« égalité des chances » ayant pour but de favoriser la diversité du recrutement dans la magistrature de candidats méritants et motivés issus de milieux sociaux défavorisés¹⁰⁸². En définitive, il n'est pas dit que le concours contribue réellement à la réduction de l'inégalité des chances. Au contraire, il peut bien constituer « l'archétype d'un système dans lequel réussiront le mieux ceux qui auront le mieux assimilé les codes sociaux pertinents »¹⁰⁸³.

574

2.3.6.2. La prédominance des connaissances « scolaires » au détriment de l'expérience pratique

L'ENM et l'ENA sont incontestablement des institutions prestigieuses. Leur suivi permet d'acquérir de solides connaissances préparant les élèves à exercer de hautes charges au sein de l'Etat. D'ailleurs, l'ENM a servi de modèle aux Etats qui ont fait le choix de créer une école de formation pour leurs magistrats¹⁰⁸⁴. Les effets bénéfiques des formations dispensées par ces entités sont constitués du mixte de stages pratiques au sein de plusieurs organismes (études d'avocats, tribunaux, administration, etc.) et de cours donnés par des magistrats et basés sur la technique judiciaire ou administrative. Une évaluation du futur magistrat est, par ailleurs, effectuée durant toute sa formation. Le juge sortant de ces écoles est indéniablement assuré d'avoir accompli une formation de grande qualité¹⁰⁸⁵.

575

En revanche, ce système trouve également un certain nombre de détracteurs, qui relèvent que les auditeurs de justice sont recrutés trop jeunes¹⁰⁸⁶ – c'est-à-dire peu après la fin de leurs études universitaires – et sont ainsi dépourvus de l'expérience que procure une vie plus avancée¹⁰⁸⁷. De la sorte, le Professeur Serge GUINCHARD propose « un système mixte, mi-concours étudiants, mi-mode de recrutement de candidats expérimentés »¹⁰⁸⁸, lequel permettrait de confier les clés de la magistrature à des juristes confirmés tant en droit qu'en humanisme. D'ailleurs, l'intégration d'éléments extérieurs, venus sur le tard avec une expérience pratique des réalités quotidiennes, contribuerait à limiter le danger d'une magistrature excessivement coupée du monde extérieur¹⁰⁸⁹. Un tel modèle est toutefois critiqué par une partie de la magistrature elle-même qui craint de voir accéder à des postes prestigieux ces nouvelles personnes, au détriment des jeunes magistrats qui ont fait carrière dans la magistrature dès le début¹⁰⁹⁰.

576

¹⁰⁷⁷ GAXIE, p. 7. Cela fait d'ailleurs dire à certains auteurs que la formation des élites n'a jamais été aussi inégalitaire. Cf. à ce sujet, les divers articles de la revue « Pouvoirs », la France et ses élites, 2017/02, n° 161.

¹⁰⁷⁸ Cf. ENM, Programme pédagogique pp. 19 s.

¹⁰⁷⁹ ROYER, p. 1210.

¹⁰⁸⁰ [<http://www.enm.justice.fr/?q=classes-preparatorioires-ENM>] (dernière consultation : 17.05.2020).

¹⁰⁸¹ [<https://www.ena.fr/Concours-Prepas-Concours/preparer-reussir-concours/Classe-preparatoire-Egalite-des-chances>] (dernière consultation : 17.05.2020).

¹⁰⁸² ROYER, p. 1210.

¹⁰⁸³ PAYCHÈRE, p. 186.

¹⁰⁸⁴ BEDOUET, N 7. Après l'Espagne et le Portugal, l'Italie a mis également en place, en 2012, une *Scuola superiore della magistratura*.

¹⁰⁸⁵ Pour le surplus, cf. *infra*, N 1331 s.

¹⁰⁸⁶ L'âge moyen de la promotion de 2017 (tout concours confondu) était de 28 ans ; il reste stable depuis 2012. Cf. ENM, Programme pédagogique, p. 12.

¹⁰⁸⁷ KERNALEGUEN, p. 216 ; GUINCHARD et al., N 124.

¹⁰⁸⁸ GUINCHARD et al., N 124.

¹⁰⁸⁹ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 337.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

577 Ce besoin de réforme s'est accentué suite à l'affaire dite d'« Outreau », du nom d'une petite ville du nord de la France, qui avait révélé au grand public de graves dysfonctionnements au sein de la justice française¹⁰⁹¹. Suite à cette affaire, certains auteurs ont proposé des réformes visant à encourager l'introduction dans la magistrature de juristes expérimentés qui ne passeraient pas par le moule de l'ENM, qui « prédispose par son existence même à la pensée unique, à une sensibilité trop commune »¹⁰⁹². A ce titre, la loi du 5 mars 2007 a fait passer le « tour extérieur » à un quart de la totalité des recrutements au second grade au lieu d'un cinquième. En outre, la formation initiale au sein de l'ENM intègre depuis lors un stage de six mois en cabinet d'avocat. Pour ce qui est du concours d'entrée, le décret du 31 décembre 2008 a également introduit, lors des épreuves orales, une mise en situation d'entretien avec le jury qui disposera, à partir de test de personnalité, de l'avis d'un psychologue portant sur la capacité du candidat à acquérir des compétences fondamentales dans la magistrature¹⁰⁹³.

2.3.6.3. Une méfiance persistante à l'égard de la justice

578 Bien que l'indépendance du juge français à l'égard du pouvoir politique soit depuis longtemps acquise, on peut relever que la défiance à l'égard de la justice (et de ses juges) – héritée de l'Ancien Régime puis de la période post-révolutionnaire – s'est, quant à elle, bien maintenue. A ce propos, il est révélateur que le titre VIII de la Constitution de 1958 parle d'« autorité judiciaire » et non de « pouvoir judiciaire », témoignant ainsi d'une certaine hostilité à la reconnaissance d'un tel pouvoir et plaçant la magistrature dans un rapport de subordination à l'égard du pouvoir politique¹⁰⁹⁴. Dans ce sens, on peut dire que l'histoire française a « construit la République contre les juges »¹⁰⁹⁵.

579 On assiste dès lors depuis plusieurs années à de vives tensions – d'ailleurs presque quotidiennement relayées par les médias – entre les responsables politiques et les juges¹⁰⁹⁶. Sur le plan institutionnel, cette confrontation s'est manifestée lors de la révision constitutionnelle de 2008, laquelle faisait notamment suite à l'affaire d'« Outreau »¹⁰⁹⁷. Depuis lors, les magistrats siégeant au sein du Conseil supérieur de la magistrature ne sont plus qu'une minorité. Cette réforme a ainsi accru le poids du pouvoir politique au sein du CSM, en limitant par la même occasion la suspicion de corporatisme au sein de cet organe¹⁰⁹⁸. A ce sujet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a invité la France « à envisager de rétablir une majorité de juges et de procureurs au sein du CSM ou à veiller à ce que, parmi les membres nommés par les organes politiques, figurent également des représentants de l'opposition »¹⁰⁹⁹.

580 Cette méfiance à l'égard de la justice n'est pas seulement incarnée par le pouvoir politique, mais également par le justiciable. Dans ce contexte, la majorité des sondages menés auprès des Français au sujet de la justice montre globalement une crise de confiance à l'égard de cette institution¹¹⁰⁰. On peut d'ailleurs situer cette

¹⁰⁹¹ En 2001, dix-huit personnes habitant cette ville avaient été mises en examen pour viols et agressions sexuelles sur mineurs. La plupart d'entre elles avaient également subi une détention provisoire de longue durée. Le magistrat ayant instruit le dossier était Fabrice BURGAUD, jeune juge d'instruction sorti de l'ENM depuis six mois seulement. Après quatre ans de procédure, dix-sept personnes avaient finalement été acquittées, ce qui fit réagir l'ensemble de la classe politique française. Le président de la République évoqua même le terme de « catastrophe judiciaire ». L'Assemblée nationale décida, quant à elle, de créer une commission d'enquête « sur les dysfonctionnements de la justice », qui a notamment relevé, dans son rapport, le problème que peut poser l'inexpérience d'un juge récemment sorti de l'ENM dans un dossier aussi lourd. Le CSM prononça ensuite, une réprimande, contre le jeune juge d'instruction. Pour plus de détails, cf. ROYER, pp. 1196 ss et GUINCHARD et al., N 124 et les différentes références citées.

¹⁰⁹² Cf. GUINCHARD et al., N 124.

¹⁰⁹³ ROYER, p. 1214.

¹⁰⁹⁴ DELALOY, pp. 21 s.

¹⁰⁹⁵ GARAPON/PAPADOPOULOS, p. 171.

¹⁰⁹⁶ Cf. notamment l'essai de Bertrand MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux 2015.

¹⁰⁹⁷ HOURQUEBIE, pp. 20 ss.

¹⁰⁹⁸ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 53.

¹⁰⁹⁹ Résolution n° 1685, 30 sept. 2009, « Allégations d'abus du système de justice pénale, motivée par des considérations politiques, dans le Etats membres du Conseil de l'Europe », art. 5.3.4.

¹¹⁰⁰ HOURQUEBIE, pp. 23 s. ; GUINCHARD et al., N 196 ; ROYER, p. 1200.

défiance dans le contexte général de dénigrement des élites (nommé parfois « élites-*bashing* ») ayant actuellement cours dans la majorité des pays occidentaux¹¹⁰¹. La récente déclaration du président Emmanuel MACRON qui envisage de supprimer l'ENA, coupable de former des hauts fonctionnaires ne représentant plus la société française, trouve son point d'ancrage dans ce débat qu'on peut parfois qualifier de populiste¹¹⁰².

Afin de réconcilier la cité avec la justice, on propose parfois que les juges soient désormais élus, ce qui leur conférerait davantage de légitimité démocratique¹¹⁰³. Bien qu'elle présente certains avantages, cette solution est toutefois décriée tant par la magistrature¹¹⁰⁴ que par une bonne partie de la doctrine¹¹⁰⁵, en raison notamment des dangers qu'elle engendrerait dans un Etat où toute consultation populaire prend inévitablement la tournure d'une lutte politique. Il serait alors à craindre que l'élection conduise les candidats à mener des campagnes électorales en prenant des positions partisans, ceci en contradiction avec le concept d'indépendance de la justice¹¹⁰⁶. D'ailleurs, il convient d'éviter « que la politique ne fasse son entrée dans les prétoires et que les tribunaux deviennent une tribune pour les idéologies les plus diverses »¹¹⁰⁷. Du reste, dans un pays où la concordance politique n'est pas vraiment dans les gênes, on peut bien imaginer que la tentation pour le parti au pouvoir de monopoliser les sièges des instances judiciaires serait très forte¹¹⁰⁸.

581

2.3.6.4. Un juge français vraiment apolitique ?

Même si le recrutement français implique, de toute évidence, l'exclusion de tout soutien politique au candidat-magistrat, on ne peut bien entendu exclure qu'il ait lui-même une sensibilité partisane. Celle-ci se manifeste le plus souvent durant sa carrière, bien que la loi interdise au corps judiciaire « toute délibération politique » ainsi que « toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du Gouvernement de la République »¹¹⁰⁹. En effet, la plupart des magistrats sont affiliés à des syndicats de magistrats, qui diffèrent selon leur couleur politique¹¹¹⁰. Or, ces associations n'hésitent parfois pas à entrer en conflit ouvert avec le Gouvernement sur des questions touchant à l'activité de leurs membres¹¹¹¹, allant jusqu'à prôner des suspensions d'audience et des grèves¹¹¹². L'affaire dite du « *Mur des cons* », révélée en 2013, a ouvert la « boîte de Pandore »¹¹¹³.

582

2.3.6.5. Un système hiérarchique très prononcé

On l'a dit, le corps judiciaire français se caractérise par une hiérarchie très forte. Le juge qui voudra progresser sera évalué par ses supérieurs qui décideront de son avenir professionnel – et en conséquence de sa rémunération. Ce système engendre dès lors un certain état de subordination psychologique, susceptible d'affaiblir l'indépendance interne du juge¹¹¹⁴. En effet, celui qui espérera un avancement devra par la force des choses se conformer aux attentes du pouvoir, de ses supérieurs hiérarchiques, du CSM ou encore du garde des

583

¹¹⁰¹ Cf. à ce sujet Patrick HETZEL, Comment lutter contre l'élite-bashing ?, in : Revue « Pouvoirs » 2017/02, n° 161, pp. 51-60.

¹¹⁰² Cf. WERLI Richard, « Selon les énarques, c'est l'Etat qui va mal en France, pas l'ENA », *Le Temps*, 26.04.2019.

¹¹⁰³ Cf. not. KRYNEN, pp. 7 ss ; LE POURHIET, p. 46 ; HAJAS, p. 55.

¹¹⁰⁴ Voir notamment les réactions virulentes des syndicats de la magistrature contre la proposition, en 2010, de la part du ministre de l'Intérieur Brice HORTEFEUX de faire élire par le peuple les juges d'application des peines, voire les présidents de tribunaux correctionnels. « Hortefeux propose de faire élire certains juges », *Libération*, 17.09.2010.

¹¹⁰⁵ Notamment PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 343 ; ROUSSEAU D., p. 20.

¹¹⁰⁶ ROUSSEAU D., p. 20

¹¹⁰⁷ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 343.

¹¹⁰⁸ Cf. ZAPPELLI, *Le juge*, p. 119.

¹¹⁰⁹ Art. 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. Pour les membres du Conseil d'Etat, voir l'art. L 131-3 C. du code de justice administrative.

¹¹¹⁰ On trouve deux principaux syndicats de magistrats en France : l'Union syndicale des magistrats (USM) et le syndicat de la magistrature (SM). Alors que le premier représente près de 70% des magistrats et se revendique neutre et apolitique, le second, représentant près de 20% des magistrats, est orienté à gauche. De leur côté, les juges administratifs ont formé le Syndicat de la juridiction administrative (SJA).

¹¹¹¹ Cf. PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 400 et les références citées ; ZAPPELLI, *Le juge*, p. 116.

¹¹¹² Cf. GUINCHARD et al., N 129.

¹¹¹³ En 2013, les médias avaient diffusé des images des locaux du Syndicat de la Magistrature où apparaissait un panneau, sur lequel étaient collés les portraits de différentes personnalités du monde politique, artistique et intellectuel – généralement classées à droite. La présidente du Syndicat de la Magistrature avait été ensuite renvoyée en correctionnelle.

¹¹¹⁴ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 373.

Sceaux, dans l'attente fébrile d'une promotion méritée¹¹¹⁵. Par ailleurs, comme on l'a vu, une progression passe nécessairement par une mobilité géographique ou fonctionnelle, ce qui ne va pas sans poser de problème, en particulier pour la vie privée des magistrats¹¹¹⁶. Afin de limiter les effets de ce phénomène, on a supprimé des échelons ; mais certains auteurs vont plus loin en proposant de supprimer tout classement des tribunaux et toute promotion, ou du moins de maintenir les promotions que pour deux classes¹¹¹⁷.

2.4. Le Royaume-Uni

2.4.1. Présentation

584 Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) est constitué de quatre nations : l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Ecosse et l'Irlande du Nord¹¹¹⁸. Il est composé de trois organisations judiciaires distinctes. Celle de l'Angleterre et du Pays de Galles, d'une part, de l'Ecosse, d'autre part, et, enfin, de l'Irlande du Nord¹¹¹⁹. Les règles de désignation des juges sont susceptibles de varier d'une entité à l'autre, même si elles présentent de nombreuses similarités. Elles feront ainsi l'objet d'une présentation distincte. Avant cela, il convient toutefois de présenter certains aspects relatifs à l'histoire de la justice au Royaume-Uni.

2.4.2. Quelques éléments historiques

2.4.2.1. La conquête normande et le développement d'une justice royale

585 La conquête de l'Angleterre¹¹²⁰ par les Normands en 1066 marque un profond changement des institutions. Le roi devient « *fountain of justice* »¹¹²¹. Il peut se prononcer sur tout litige qu'un justiciable porterait devant lui, quand bien même une juridiction compétente existerait¹¹²². Le roi est assisté, à partir du XII^e siècle, dans sa fonction judiciaire, par des *Justiciars*, choisis souvent parmi les membres de la *Curia Regis* (le conseil privé du roi). Ces officiels sont itinérants, voyageant dans tout le pays afin de rendre la justice au nom du roi, mais aussi et surtout afin de percevoir ses impôts. Leurs missions sont définies dans une lettre de service (*commission*) portant le sceau royal¹¹²³. Une fois rentrés de leur voyage, les juges itinérants, bientôt appelés juges de

¹¹¹⁵ DELALOY, p. 46 ; GUINCHARD et al., N 125 ; GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 65.

¹¹¹⁶ Cf. *supra*, N 555 ss.

¹¹¹⁷ GUINCHARD et al., N 125.

¹¹¹⁸ A l'heure d'achever ce travail, le Royaume-Uni vit une période mouvementée. Lors du référendum du 23 juin 2016, ses citoyens ont décidé de quitter l'Union européenne (processus dit de « *Brexit* »). Suite à cela, le Royaume-Uni a notifié au Conseil européen son intention de quitter l'Union européenne (art. 50 TUE). Après de longues et difficiles négociations entre les deux entités, un accord de retrait a pu finalement être conclu ; il est devenu effectif le 1^{er} février 2020. L'Ecosse, qui s'était déclarée contraire à la sortie de l'Union européenne, pourrait, à court ou moyen terme, tenir un référendum sur son indépendance (un précédent référendum avait été tenu le 18 septembre 2014 ; les Ecossais avaient alors décidé de rester dans le Royaume-Uni à 55.3%). La situation politique en Irlande du Nord est également (à nouveau) instable, en particulier s'agissant des réglementations douanières entre le sud et le nord de l'île.

¹¹¹⁹ Pour un résumé en schéma : [<https://www.supremecourt.uk/docs/supreme-court-and-the-uks-legal-system.pdf>] (dernière consultation: 18.05.2020).

¹¹²⁰ Notons qu'il s'agissait alors bien de l'Angleterre et non du Royaume-Uni comme nous le connaissons aujourd'hui. En effet, le Pays de Galles est incorporé à l'Angleterre en 1536. L'Ecosse conclut un traité avec l'Angleterre en 1707 (*Act of Union*) fusionnant les deux royaumes. Le Parlement de la Grande-Bretagne à Westminster remplace alors les deux Parlements nationaux (Par la *devolution*, l'Ecosse retrouvera son Parlement en 1999). Toutefois, l'Ecosse gardera ses propres lois civiles (de courant romaniste et continental) et pénales ainsi que son système judiciaire. Quant à l'Irlande, qui était alors sous domination anglaise, il faudra attendre l'année 1800 pour qu'un traité (*Act of Union*) soit conclu avec le Parlement britannique. C'est ainsi le 1^{er} janvier 1801 qu'est créé le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande. Plus tard, en 1920, le *Gouvernement of Ireland Act* établit une partition entre le nord (à majorité protestante) et le sud (à majorité catholique) de l'île irlandaise. L'Irlande du Sud proclamera finalement son indépendance juridique en 1949. Quant à l'Irlande du Nord, elle restera une entité du Royaume-Uni, qui devient ainsi Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Pour plus de détails, cf. not. GONIN O., pp. 121 ss.

¹¹²¹ PLUEN, N 220 ; WEERTS, p. 397.

¹¹²² CUNIBERTI, p. 63.

¹¹²³ CARTY RENNA, p. 17.

circuit (*circuit judges*), partagent leur expérience quant aux diverses solutions données aux litiges selon la coutume de la localité. Ce procédé permet une uniformisation du droit. C'est ainsi qu'est établi, au cours du XII^e siècle, le *common law*, droit commun à toutes les régions d'Angleterre et du Pays de Galles¹¹²⁴. Parallèlement, le roi délègue sa fonction de juger à de hauts personnages (évêques, barons), qui s'installent à Westminster¹¹²⁵.

En Ecosse, au XII^e siècle, le roi DAVID I^{er} apparaît comme justicier davantage que comme guerrier. Il ne se fait pas « représenter sur son sceau en guerrier à cheval, comme la plupart des grands féodaux, mais en robe longue, semée de fleurs de lys et tenant la main de justice »¹¹²⁶. Il institue cependant des *Sheriffs*. Ceux-ci sont des représentants du pouvoir central que le roi place dans ses châteaux forts afin qu'ils puissent l'assister dans ses fonctions militaire, financière et judiciaire. Contrairement aux juges itinérants anglais, les *Sheriffs* exercent leur juridiction – qui comprend tant le droit civil que criminel – au même endroit, trois fois par an. Mais dès le XIII^e siècle, le roi doit nommer comme *Sheriffs* des barons déjà puissants, et peu à peu, leur charge devient héréditaire. En outre, ces magistrats se désintéressent de ce service de justice¹¹²⁷. À côté de ces juridictions locales, le roi se fait assister dans sa fonction de justicier par les puissants du royaume qui forment la *Curia Regis*. Enfin, comme en Angleterre, apparaissent au XII^e siècle, des *Justiciars*, nommés par le roi, et envoyés pour tenir sur place des cours de justice et surveiller les juges locaux. Leur charge ne se transmet pas¹¹²⁸.

586

2.4.2.2. Un recrutement judiciaire s'opérant parmi les avocats

Les juges appelés à sillonner le pays anglais se révèlent être souvent des juristes médiocres. Dès le XIII^e siècle, le roi doit donc faire appel à des membres de la profession juridique¹¹²⁹. Il instaure une justice permanente, les *Courts of Common Law*. Les membres de celles-ci sont recrutés dans les milieux des praticiens les plus expérimentés, puis après la création des ordres et des confréries un siècle plus tard, parmi les avocats les plus renommés. L'accès au *Bench* est ainsi l'aboutissement logique et envié d'une belle carrière d'avocat¹¹³⁰. À la même période, sont également créés les *Inns of Court*, centres d'études juridiques dirigés par les juges, ce qui accroît les liens confraternels entre ces derniers et les *barristers*¹¹³¹. C'est ainsi un véritable système de coopération qui se met en place, les tribunaux réglant pratiquement eux-mêmes leur recrutement¹¹³². Ce lien étroit entre juges et avocats peut s'expliquer par un dessein commun qui les unissait : le développement d'un véritable droit commun¹¹³³.

587

Partant, à la différence d'autres Etats européens, le droit romain ne s'implante pas en Angleterre. En effet, contrairement à leurs homologues continentaux, les juristes anglais ne vont pas suivre d'enseignements universitaires. Ceux-ci se développent au Royaume-Uni qu'au cours du XIX^e siècle. Jusqu'alors, le droit s'apprend au sein d'écoles professionnelles instituées par les professions juridiques anglaises¹¹³⁴.

588

En revanche, dès le XIV^e siècle, les juristes écossais vont étudier dans les universités du Continent. Ils reçoivent une éducation de droit romain et, une fois revenus en Ecosse, diffusent leur savoir. Une fois devenus *advocates*, les meilleurs d'entre eux sont, dès 1605, nommés juges¹¹³⁵.

589

¹¹²⁴ FRISON, Histoire constitutionnelle, p. 32.

¹¹²⁵ *Ibid.* Pour plus de détails sur la fonction du juge aux XII^e et XIII^e siècles, cf. BRAND Paul, Judges and Judging 1176-1307, in : Brand Paul/Getzler Joshua (éd.), Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law : from Antiquity to Modern Times, Cambridge 2012, pp. 3 ss.

¹¹²⁶ DAVID H., p. 114.

¹¹²⁷ *Idem*, pp. 110 s.

¹¹²⁸ *Idem*, p. 115.

¹¹²⁹ VALOIS, p. 240.

¹¹³⁰ LÉVY-ULLMANN, p. 154.

¹¹³¹ PLUEN, N 220, p. 186.

¹¹³² LÉVY-ULLMANN, pp. 161 s.

¹¹³³ *Idem*, pp. 154 s.

¹¹³⁴ CUNIBERTI, p. 66 ; PONTTHOREAU, Droit(s) constitutionnel(s) comparés(s), p. 132.

¹¹³⁵ DAVID H., p. 155 ss.

2.4.2.3. L'avènement progressif de l'indépendance totale des juges

- 590 En revanche, les juges anglais ne tiennent leurs fonctions qu'au bon plaisir du souverain (« *during the King's pleasure* ») et peuvent être révoqués par ce dernier¹¹³⁶. Plus précisément, il existe trois procédures de destitution. La première, dite procédure de « *scire facias* », est utilisée dans les hypothèses d'inconduites simples (*misbehaviour*), et aboutit à l'annulation des lettres patentes de nomination. La seconde, l'information criminelle, est enclenchée par le *General Attorney* en cas de délit (*misdeemeanour*). La dernière, l'*impeachment*, est mise en œuvre en cas de crime¹¹³⁷. En Ecosse, les *Sheriffs* peuvent également être destitués par le roi¹¹³⁸.
- 591 Après une période de relative stabilité, les juges entrent en conflit avec la monarchie sous le règne de la Maison des Stuart (1603-1714)¹¹³⁹. Les rois Stuart considèrent, en effet, les juges comme de simples fonctionnaires royaux chargés d'exécuter leurs ordres. Ils n'hésitent pas à révoquer leur charge lorsqu'ils rendent des jugements nuisant au développement du pouvoir royal¹¹⁴⁰. Afin d'apaiser ces tensions, les *Lords* et les membres de la *House of Commons* demandent au roi, en 1642, que les juges soient nommés « *quamdiu se bene gesserint* » (*during good behaviour*), ce que le souverain CHARLES I^{er} est contraint d'accepter¹¹⁴¹. Son successeur, CHARLES II, rétablit toutefois, en 1668, la nomination « *during pleasure* »¹¹⁴².
- 592 Ce n'est que lors de la succession de GUILLAUME III qu'est finalement consacrée l'inamovibilité des magistrats, principe omis lors de la rédaction du *Bill of Rights*, en 1689¹¹⁴³. L'*Act of Settlement* de 1701, texte encore en vigueur aujourd'hui, dispose dans son article 7, que les juges seront nommés « *quandium bene gesserint* » (*during good behaviour*), à savoir qu'ils exerceront leurs fonctions tant qu'ils auront bonne conduite. En outre, ils ne pourront être démis de leurs fonctions que sur requête des deux Chambres du Parlement¹¹⁴⁴. Outre le fait que ce texte sanctionne définitivement la primauté du Parlement sur le souverain¹¹⁴⁵, il affirme surtout l'indépendance des juges vis-à-vis de ce dernier¹¹⁴⁶.
- 593 En revanche, une règle coutumière admet que les juges sont considérés comme révoqués à la mort du souverain, et que leur reconduction nécessite une nouvelle nomination. Ce n'est qu'en 1761 qu'une nouvelle loi met définitivement fin à ce principe¹¹⁴⁷. Depuis lors, il est communément admis que les juges sont nommés à vie ; règle qui perdure jusqu'à l'adoption du *Judicial Pension Act* en 1959, fixant un âge de cessation de fonctions¹¹⁴⁸.
- 594 Quant aux Shérifs écossais, leur statut est profondément réformé par le *Heritable Jurisdiction Act* de 1747. Premièrement, les juridictions héréditaires sont abolies. Deuxièmement, les *Sheriffs* sont désormais des techniciens, des juristes ; ils doivent obligatoirement être des avocats ayant déjà trois ans de pratique. Troisièmement, ils sont nommés « *ad vitam aut culpam* » (*for life or until misbehavior*)¹¹⁴⁹.

2.4.2.4. La réforme constitutionnelle de 2005

- 595 Le *Constitutional Reform Act* de 2005 (ci-après : CRA 2005) entraîne une importante réforme des institutions

¹¹³⁶ FRISON, Institutions, p. 169.

¹¹³⁷ PLUEN, N 227.

¹¹³⁸ DAVID, p. 111.

¹¹³⁹ PLUEN, N 220.

¹¹⁴⁰ VALOIS, p. 255.

¹¹⁴¹ MAZZA, p. 922 ; PLUEN, N 220.

¹¹⁴² PLUEN, N 220.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ « *that [...] judges' commissions be made quamdiu se bene gesserint [...], but upon the address of both Houses of Parliament it may lawful to remove them* ».

¹¹⁴⁵ PLUEN, N 221.

¹¹⁴⁶ LÉVY-ULLMANN, p. 156 ; CARTY RENNA, pp. 51 s.

¹¹⁴⁷ LÉVY-ULLMANN, p. 157 ; PLUEN, N 221.

¹¹⁴⁸ PLUEN, N 221.

¹¹⁴⁹ DAVID, p. 112.

judiciaires britanniques. Il s'inscrit dans le cadre d'un vaste remaniement institutionnel mené par les travail-
listes depuis leur arrivée au pouvoir en 1997¹¹⁵⁰ : adoption du *Human Rights Act* 1998 incorporant la Conven-
tion européenne des droits de l'homme dans le droit interne du Royaume-Uni¹¹⁵¹, ainsi que des lois de dévo-
lution qui transfèrent un certain nombre de compétences à l'Ecosse, au Pays de Galles et à l'Irlande du Nord¹¹⁵².
Mais surtout, ce texte répond à une volonté de renforcer l'indépendance de la justice, en séparant le pouvoir
judiciaire du pouvoir exécutif, et ainsi se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de
l'homme en la matière¹¹⁵³.

Premièrement, le CRA 2005 modifie de manière substantielle les fonctions du *Lord Chancellor*. Deuxième-
ment, il établit une nouvelle *Supreme Court*, qui reprend les fonctions juridictionnelles de la *House of Lords*
et du *Judicial Committee of the Privy Council*. Enfin, il crée une *Judicial Appointments Commission* chargée
de la sélection des candidats pour les postes de juge. Nous reviendrons sur les différents aspects de cette ré-
forme suivant les points abordés dans notre travail.

596

2.4.3. L'Angleterre et le Pays de Galles

2.4.3.1. L'organisation judiciaire

a) Présentation schématique

Avant d'aborder la question de la désignation des juges proprement dite, il convient de présenter l'organisation
judiciaire anglaise et galloise, relativement complexe.

597

¹¹⁵⁰ MALLESON, Appointment, p. 117 ; DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, p. 291.

¹¹⁵¹ Cf. à ce sujet notamment CARTY RENNA, pp. 159 ss.

¹¹⁵² Cf. à ce sujet notamment GONIN O., pp. 168 ss.

¹¹⁵³ LEYLAND, p. 197 ; OLIVER, pp. 330 ss ; DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, p. 293.

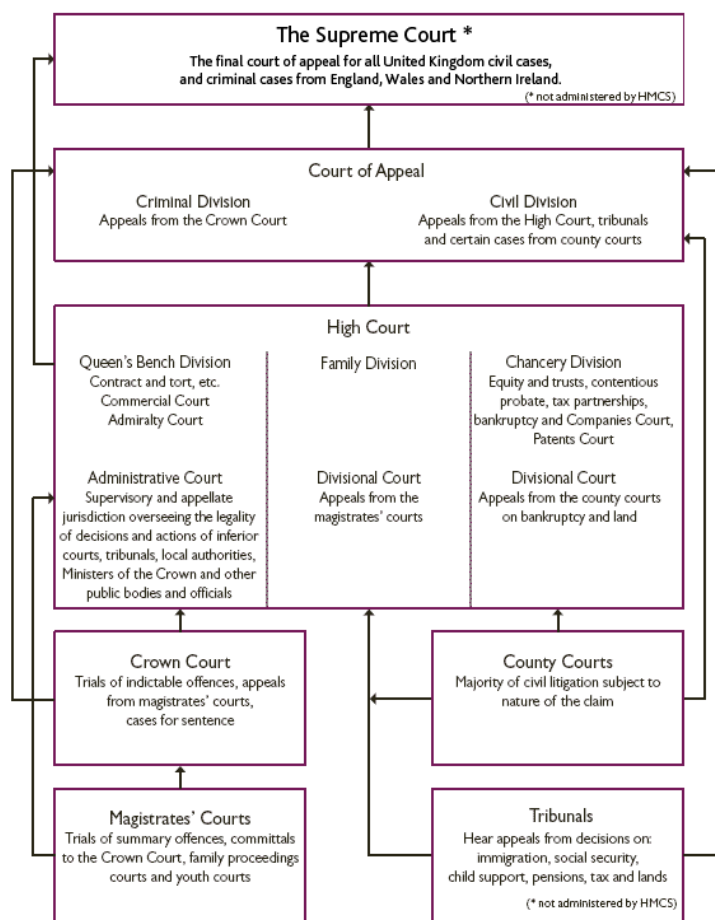


Schéma 1 : *Her Majesty's Courts Service*. Disponible : [http://new.justcite.com/kb/editorial-policies/terms/uk-court-structure/] (dernière consultation : 10.05.2020).

b) Les juridictions inférieures

598 La majorité des affaires civiles est jugée en première instance par les *County Courts* (cours de comté). Ces juridictions sont compétentes pour statuer sur les affaires portant sur une faible valeur litigieuse. Ces litiges sont traités par un juge de district siégeant seul. Quant aux affaires pénales, elles débutent devant une *Magistrates' Court*, qui est également compétente pour les affaires familiales. Ces juridictions sont composées, en règle générale, de deux ou plusieurs juges non professionnels (*Magistrates*) ou, dans certaines grandes villes, d'un seul juge professionnel (*District Judge*). Elles constituent les cours de justice inférieures.

c) Les juridictions supérieures

599 S'agissant des cours de justice supérieures, la *Crown Court* détient, en première instance, une compétence exclusive pour statuer sur les infractions pénales importantes et qui ne sont pas de la compétence des *Magistrates' Courts* (comme les vols, les agressions sexuelles graves, etc.). En deuxième instance, elle statue sur les appels contre des décisions prononcées par ces dernières. En général, la *Crown Court* se compose, en première instance, d'un juge professionnel et d'un jury de douze personnes ; en deuxième instance, d'un juge professionnel et de deux à quatre juges non professionnels.

600 La *High Court of Justice* est compétente, en première instance, pour des affaires civiles d'une valeur litigieuse élevée ainsi qu'en deuxième instance pour les appels interjetés contre les décisions rendues par les juridictions inférieures. Elle est basée à Londres, mais peut siéger dans d'autres régions d'Angleterre et du Pays de Galles. La *High Court* est composée de trois divisions. La *Queen's Bench Division*, compétente en matière de responsabilité contractuelle et non contractuelle et incluant notamment l'*Administrative Court* et d'autres cours de justice spécialisées comme la *Commercial Court*. La *Chancery Division*, compétente notamment en matière

de successions, d'impôts, de trust, de liquidations de biens et de sociétés. Enfin, la *Family Division*, compétente quant aux litiges relevant du droit de la famille. Ces divisions peuvent statuer, comme on l'a dit, soit en première, soit en deuxième instance.

La *Court of Appeal* est l'autorité de deuxième, voire de troisième instance, en matière civile et pénale. Elle comporte deux divisions : une civile, qui statue sur les décisions rendues par (les trois divisions de) la *High Court*, la *County Courts* et d'autres tribunaux ; une pénale, qui tranche les appels contre les jugements de la *Crown Court*. La section pénale est présidée par le *Lord Chief Justice* et celle civile par le *Master of the Rolls*, respectivement premier et deuxième juge dans la hiérarchie des tribunaux anglais et gallois¹¹⁵⁴.

Enfin, depuis le 1^{er} octobre 2009, la *Supreme Court* statue en dernière instance sur les appels contre les décisions des *Civil* et *Criminal Divisions* de la *Court of Appeal* et, dans certains cas, de la *High Court*. Nous y reviendrons plus en avant¹¹⁵⁵.

d) Les tribunaux spécialisés

Il n'existe pas de juridictions proprement administratives même si les *Tribunals*, créés par le « *Tribunal, Courts and Enforcement Act 2007* », jugent certaines affaires en la matière. Plus précisément ont été instaurés deux nouveaux tribunaux spécialisés, le *First-tier Tribunal* (Tribunal de première instance) et le *Upper Tribunal* (Tribunal supérieur). Alors que le premier est compétent dans les domaines portant sur la sécurité sociale, l'éducation, l'immigration et l'environnement notamment, le second statue, lui, dans les affaires portant sur la fiscalité, l'administration et le droit foncier, tout en étant la juridiction d'appel pour les décisions du *First-tier Tribunal*. Les décisions du *Upper Tribunal* peuvent, à leur tour, faire l'objet d'un appel à la *Court of Appeal*¹¹⁵⁶.

2.4.3.2. Le « nouveau » *Lord Chancellor*

Le *Lord Chancellor* – dont l'origine remonte au XI^e siècle et peut-être même plus tôt¹¹⁵⁷ – exerçait, jusqu'à la révision constitutionnelle de 2005, à la fois des fonctions exécutives, législatives et judiciaires. Dans sa fonction législative, le *Lord Chancellor* était le président (*Speaker*) de la Chambre des Lords, la Chambre Haute du Parlement britannique, où il était notamment chargé de faire adopter par les Lords les projets de loi du Gouvernement. Quant à ses fonctions judiciaires, elles ont également été abolies par la réforme constitutionnelle de 2005. Jusqu'alors, le *Lord Chancellor* était le *Head of the Judiciary*¹¹⁵⁸, le président de la Chambre des Lords dans sa fonction judiciaire (*the Appellate Committee of the House of Lords*) et le membre (le plus éminent) du Comité judiciaire du Conseil privé (*the Judicial Committee of the Privy Council*), les deux juridictions suprêmes du Royaume-Uni. Par ailleurs, il était chargé de la sélection et de la nomination de la grande majorité des juges anglais et gallois et de certains juges nord-irlandais et écossais¹¹⁵⁹.

Cette abondance des rôles constituait une « anomalie constitutionnelle »¹¹⁶⁰, unique dans les démocraties modernes. Elle était surtout une entorse au principe de la séparation des pouvoirs, qui était plutôt bien acceptée, car le fruit d'une longue tradition¹¹⁶¹. Toutefois, dès la fin des années 1980, cette institution semblait peu à peu anachronique pour un bon nombre d'universitaires, de juges, d'avocats et de politiciens qui s'organisèrent afin

¹¹⁵⁴ CHARBONNIER, pp. 444 s. ; CJCE, pp. 619 ss ; CARTY RENNA, pp. 110 ss ; FRISON, Institutions, pp. 101 ss.

¹¹⁵⁵ Cf. *infra*, N 672.

¹¹⁵⁶ CARTY RENNA, pp. 113 s.

¹¹⁵⁷ LEYLAND, p. 196.

¹¹⁵⁸ D'Angleterre et du Pays de Galles ainsi que de l'Irlande du Nord. Il détenait également certaines fonctions en Ecosse.

¹¹⁵⁹ FRISON, Institutions britanniques, p. 163 ; LEYLAND, p. 197.

¹¹⁶⁰ OLIVER, p. 335.

¹¹⁶¹ DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, p. 292.

de demander des réformes constitutionnelles¹¹⁶². Le Royaume-Uni pouvait également craindre une nouvelle condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme après l'affaire du *bailli* de Guernesey en 2001¹¹⁶³.

606 C'est ainsi que depuis la révision de 2005, le *Lord Chancellor* n'exerce plus que la fonction exécutive, à savoir celle de membre du Gouvernement et du cabinet du Premier ministre, qui le choisit parmi les sympathisants de son parti. Il dirige également le ministère de la Justice. Par ailleurs, alors que l'on considérait que le *Lord Chancellor* devait être un juriste de haut-niveau, « capable de susciter le respect et même la crainte auprès des avocats, politiciens et agents publics »¹¹⁶⁴, le CRA de 2005 prévoit uniquement qu'il soit « *qualified by experience* »¹¹⁶⁵. Partant, c'est désormais un juge, le *Lord Chief Justice*, qui est à la tête du système judiciaire (*Head of the Judiciary*) de l'Angleterre et du Pays de Galles. Cependant, le *Lord Chancellor*, ainsi que les autres ministres, doivent soutenir continuellement l'indépendance du pouvoir judiciaire¹¹⁶⁶ et s'abstenir de chercher à influencer certaines décisions¹¹⁶⁷.

2.4.3.3. Le recrutement des juges

a) Un choix traditionnellement opéré parmi les praticiens du droit

607 Au Royaume-Uni, la magistrature professionnelle n'est pas une carrière ouverte aux jeunes juristes. On l'a vu, traditionnellement, on y entrait non pas à travers la réussite d'un examen, mais par un choix opéré parmi les praticiens du droit qui ont réussi dans leur profession¹¹⁶⁸.

608 La profession juridique en Angleterre est divisée en deux catégories principales : celle des *solicitors* et celles des *barristers*. Le futur juriste doit décider tôt, déjà lorsqu'il est étudiant en droit, laquelle des deux branches de la profession il exercera, car les études diffèrent l'une de l'autre. Les *solicitors* exercent principalement des fonctions non contentieuses ; ils fournissent des conseils à leurs clients, notamment en matière successorale et immobilière. Plus rarement, ils plaident devant les cours de justice, essentiellement celles inférieures¹¹⁶⁹. En cas de procédure contentieuse, le *solicitor* prépare le dossier, réunit les éléments de preuve puis saisit un *barrister*.

609 Les *barristers* sont spécialistes d'un domaine du droit en particulier et plaident les affaires devant les cours supérieures (*advocacy*). Ils sont presque dix fois moins nombreux que les *solicitors*, ce qui conforte leur prestige. Après une dizaine d'années de pratique, le *barrister* talentueux pourra être nommé *Queen's Counsel* (QC), titre qui lui permettra de plaider vêtu d'une robe en soie (« *to take silk* ») et de consacrer tout son temps aux plaidoiries ; par ailleurs, ses honoraires augmenteront de façon considérable¹¹⁷⁰. Les *barristers* QC constituent, ainsi, la grande majorité des juges nommés au sein des cours supérieures¹¹⁷¹.

b) Une sélection longtemps restée vague, non exempte d'influence politique, et homogène

610 Comme on l'a vu, jusqu'en 2005, le *Lord Chancellor* était responsable de la sélection et de la nomination de la quasi-totalité des juges d'Angleterre et du Pays de Galles. Ce système, reconnu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale comme garantissant un choix méritocratique et exempt de toute influence politique, faisait

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ CourEDH, *McGonnell c. Royaume-Uni* du 08.02.2000, requête n° 28488/9. Dans cette affaire, le Royaume-Uni avait été condamné pour violation de l'art. 6 § 1 CEDH au motif que le *bailli* de Guernesey détenait des pouvoirs à la fois législatifs et judiciaires. Or, la Cour aurait pu en dire de même du *Lord Chancellor*. Cf. DE BEAUSSE DE LA HOUGUE, p. 293.

¹¹⁶⁴ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 36 (notre traduction).

¹¹⁶⁵ *Section 2(1) CRA 2005*.

¹¹⁶⁶ *Section 3(1) CRA 2005*.

¹¹⁶⁷ *Section 3(5) CRA 2005*.

¹¹⁶⁸ Cf. *supra*, N 587.

¹¹⁶⁹ Depuis la réforme de 1990 sur les tribunaux et les services juridiques, les *solicitors* qui en demandent et obtiennent l'autorisation ont le droit de plaider devant les juridictions supérieures. Ces cas de figure restent toutefois encore peu fréquents.

¹¹⁷⁰ CUNIBERTI, N 2010.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

peu à peu l'objet de critiques substantielles¹¹⁷². Jusqu'à la fin des années 1990, le processus de sélection se distinguait alors par un défaut d'annonces de poste vacant, de descriptions de postes, d'entretiens formels ainsi que de critères de sélection¹¹⁷³. Ces recrutements, qui étaient effectués parfois au moyen d'une simple « *tap of the shoulder* »¹¹⁷⁴, s'apparentaient même, selon certains, aux « conclaves du Vatican »¹¹⁷⁵.

Par ailleurs, la fonction de membre de l'exécutif exercé par le *Lord Chancellor* engendrait inévitablement un soupçon de politisation dans la sélection des juges. Du reste, le Premier ministre était également consulté lorsqu'il s'agissait de choisir les hauts magistrats¹¹⁷⁶. Une interférence du pouvoir politique dans la sélection des juges n'était ainsi pas exclue, d'autant plus depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* 1998 qui accentua les tensions entre les pouvoirs exécutif et judiciaire¹¹⁷⁷. Par la force des choses, cette procédure de sélection était susceptible de remettre en cause l'apparence d'une justice indépendante et impartiale¹¹⁷⁸.

Le manque d'hétérogénéité dans la sélection des juges était également critiqué. En effet, la grande majorité des juges était des hommes blancs, *barristers*, d'un certain âge, des classes moyennes supérieures et ayant étudié à « Oxbridge »¹¹⁷⁹. La réussite au barreau et le prestige social constituaient donc les critères déterminants dans le choix des magistrats¹¹⁸⁰. Par la même occasion, la proportion de femmes dans la magistrature – qui n'ont pu y entrer qu'à partir de 1965 – restait extrêmement faible¹¹⁸¹. Il en allait de même des minorités ethniques qui étaient – et le sont toujours – sous-représentées¹¹⁸². La magistrature britannique ne reflétait ainsi pas la société dans son ensemble, de sorte qu'on pouvait regretter un déficit de légitimité démocratique¹¹⁸³.

c) L'instauration de la *Judicial Appointments Commission* (JAC)

Pour remédier à ces problèmes, le Gouvernement de Tony BLAIR entame, à partir de 2003, un processus de réforme de la sélection des juges professionnels anglais et gallois. La création, en 2002, d'un bureau chargé de la sélection judiciaire en Ecosse ainsi que le projet d'une commission du même type en Irlande du Nord la même année, donnent également une impulsion à ce changement¹¹⁸⁴. Cela dit, bien que le besoin d'assurer un recrutement basé exclusivement sur le mérite et sans aucune influence partisane fût prôné depuis quelques années, la décision du Gouvernement travailliste prit par surprise les milieux juridiques et politiques¹¹⁸⁵.

Le *Constitutional Reform Act* 2005 instaure une commission de sélection, la *Judicial Appointments Commission* (JAC)¹¹⁸⁶. Celle-ci est un organisme public non gouvernemental (*Non Departmental Public Body*)¹¹⁸⁷. Elle est composée de quinze membres : un président qui doit être un *lay member* (membre laïc) – c'est-à-dire n'avoir jamais exercé en tant que juge ou avocat –, cinq juges professionnels¹¹⁸⁸, deux juges non professionnels (un *magistrate* et un *tribunal judge*), cinq autres *lay members* et deux avocats (*barristers* ou *solicitors*)¹¹⁸⁹. Les

¹¹⁷² MALLESON, Appointment, p. 119.

¹¹⁷³ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, Judicial Independence, p. 161 ; OBERTO, p. 106.

¹¹⁷⁴ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, Judicial Independence, p. 161.

¹¹⁷⁵ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 33.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

¹¹⁷⁷ MALLESON, Appointment, p. 119.

¹¹⁷⁸ DE BEAUSSE DE LA HOGUE, p. 304.

¹¹⁷⁹ TURENNE, p. 156 ; MALLESON, Appointment, Discipline and Removal of Judges, p. 120. Selon une étude citée par DE VERGOTTINI, p. 280, en 2004, 75% des juges provenaient de classes supérieures et 76% d'entre eux avaient étudié à « Oxbridge » (mot-valise souvent utilisé pour désigner à la fois l'Université d'Oxford et l'Université de Cambridge).

¹¹⁸⁰ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 34.

¹¹⁸¹ TURENNE, pp. 157 s.

¹¹⁸² *Ibid.* ; OLIVER, pp. 338 ss ; LEYLAND, p. 200.

¹¹⁸³ Cf. OLIVER, pp. 339 ss et les différentes propositions formulées par la doctrine à pour remédier à ce problème, notamment la mise en place de *positive actions*.

¹¹⁸⁴ MALLESON, Appointment, p. 118. Cf. ég. *infra*, N 649 et 663.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ <https://judicialappointments.gov.uk> (dernière consultation : 18.05.2020).

¹¹⁸⁷ CHARBONNIER, p. 455.

¹¹⁸⁸ Un *Lord Justice of Appeal*, un *puisne judge of the High Court*, un *senior tribunal office-holder member*, un *circuit judge* et un juge d'un *first-tier tribunal*.

¹¹⁸⁹ Cf. *Section 4 Judicial Appointments Commission Regulations* 2013 ; TURENNE, p. 158.

membres sont élus par la Reine sur recommandation du *Lord Chancellor*¹¹⁹⁰. Le *Lord Justice of Appeal* et le *puisne judge of the High Court* sont préalablement sélectionnés par le *Judges' Council* ; le *tribunal judge* par le *Tribunal Judges' Council*¹¹⁹¹. Quant aux douze autres membres, ils sont sélectionnés « *through open competition* » par le *Lord Chancellor*¹¹⁹². Pour déterminer son choix, celui-ci consulte une commission composée du *Lord Chief Justice*, le président de la JAC (une fois celui-ci nommé) et un membre laïc¹¹⁹³. Les membres de la JAC sont désignés pour une durée non supérieure à cinq ans et ne peuvent siéger plus de dix ans au sein de la Commission¹¹⁹⁴. Généralement, ils exercent leur fonction entre trois et cinq ans¹¹⁹⁵. Ils peuvent, en outre, être révoqués, en tout temps, par la Reine sur proposition du *Lord Chancellor*¹¹⁹⁶. Afin de garantir la pleine indépendance de la JAC, aucun employé du service public ne peut être nommé au sein de celle-ci¹¹⁹⁷. La charge de travail de la JAC est considérable puisqu'elle fait entre 600 et 700 recommandations de nominations par année¹¹⁹⁸.

- 615 La composition de la JAC permet une représentation équilibrée de la population et du monde judiciaire¹¹⁹⁹. En théorie, toute influence politique est écartée puisqu'aucun membre du Parlement ne peut faire partie de la Commission¹²⁰⁰. Par ailleurs, la forte présence des professions légales (juges, avocats) est contrebalancée par le fait que six membres, dont le président, sont des « laïcs », à savoir n'ont jamais exercé de professions légales, ce qui permet une approche pluridisciplinaire dans la sélection des juges¹²⁰¹.
- 616 On notera encore qu'une implication du Parlement – même d'une commission parlementaire – dans la procédure de recrutement, à l'instar du système fédéral américain, a été rejetée, en raison du risque de politisation que ce processus pouvait engendrer¹²⁰². Ce danger est renforcé par le bipartisme du système politique britannique¹²⁰³. De surcroît, une commission du Parlement n'apparaissait pas plus capable qu'un autre organe – moins politique – pour évaluer les compétences des candidats¹²⁰⁴. Toutefois, le débat n'est pas (encore) clos et une implication majeure du Parlement à moyen terme n'est pas exclue¹²⁰⁵.

d) Les conditions d'éligibilité

i. En général : une sélection basée sur le mérite, la bonne moralité et la diversité

- 617 Tout d'abord, pour être éligible, il faut avoir la citoyenneté du Royaume-Uni, d'un autre pays du *Commonwealth* ou de la République d'Irlande. Ensuite, il faut avoir le titre de *barrister* ou de *solicitor* et avoir exercé une de ces professions depuis un certain nombre d'années. Depuis 2005, la qualification de « *chartered legal executive* » donne également le droit à être nommé juge dans certaines juridictions¹²⁰⁶. Dans certains cas, une expérience jugée suffisante peut également ouvrir les portes de la magistrature pour les professeurs d'université et les avocats d'Etat (*Government Lawyers*)¹²⁰⁷.

¹¹⁹⁰ *Schedule 12 part 1 (1) CRA 2005.*

¹¹⁹¹ *Section 10 et 11 Judicial Appointments Commission Regulations 2013.*

¹¹⁹² Cf. *Schedule 12 part 1 CRA 2005.*

¹¹⁹³ TURENNE, pp. 158 s. ; MALLESON, *Appointment*, p. 124.

¹¹⁹⁴ TURENNE, p. 158, n. 45.

¹¹⁹⁵ LEYLAND, p. 201.

¹¹⁹⁶ *Schedule 12, part 15 (1) (b) CRA 2015.*

¹¹⁹⁷ TURENNE, p. 158.

¹¹⁹⁸ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 164.

¹¹⁹⁹ *Idem*, p. 159.

¹²⁰⁰ MALLESON, *Appointment*, p. 124. Cf.

¹²⁰¹ TURENNE, p. 159. Les *lay's members* sont notamment des mathématiciens, des experts financiers, des psychologues ou encore des médecins.

¹²⁰² LEYLAND, p. 199 ; OLIVER, p. 342 ; MALLESON, *Appointment*, pp. 122 s.

¹²⁰³ LEYLAND, p. 199.

¹²⁰⁴ OLIVER, p. 342.

¹²⁰⁵ Cf. MALLESON, *Appointment*, pp. 122 s.

¹²⁰⁶ TURENNE, p. 152.

¹²⁰⁷ [<https://www.judicialappointments.gov.uk/eligibility>] (dernière consultation : 18.05.2020).

618

En outre, le CRA 2005 précise que le choix opéré par la JAC doit être fondé exclusivement sur le mérite (« *selection must be solely on merit* »)¹²⁰⁸. Ce critère est traditionnellement mesuré en référence au succès professionnel en tant qu'avocat, profession considérée comme la meilleure préparation pour devenir juge¹²⁰⁹. Plus précisément, la JAC a identifié les cinq qualités et compétences requises liées au mérite : les capacités intellectuelles (connaissances juridiques élevées), les qualités personnelles (intégrité, indépendance, objectivité, volonté d'apprendre), la capacité à comprendre et à traiter les affaires de manière équitable, l'autorité et les compétences communicatives et enfin l'efficacité (aptitude à travailler rapidement et sous pression ainsi qu'en groupe de manière constructive). Le but de cette liste est de mettre en avant les qualités personnelles du candidat plutôt que ses connaissances purement juridiques¹²¹⁰.

619

La Commission doit, en outre, s'assurer du « *good character* » du candidat¹²¹¹, à savoir de sa bonne moralité, respectivement de sa bonne réputation dans ses activités professionnelles antérieures¹²¹². A cet effet, la JAC a édicté un guide qui énumère les différents actes susceptibles de remettre en cause cette condition : condamnation pénale définitive ou procès en cours, insolvabilité et dettes, fautes professionnelles antérieures ou encore actions disciplinaires¹²¹³. L'examen de ces conditions a ainsi pour but de garantir au public une certaine confiance envers la justice. De surcroît, la JAC doit encourager la diversité dans le recrutement des candidats qui remplissent tous les critères d'éligibilité¹²¹⁴. Enfin, des conditions supplémentaires sont parfois requises selon la catégorie de juge. Nous les reprendrons ci-après.

ii. Les Magistrates

620

A l'exception des conditions de mérite et de bonne moralité, précitées, aucune autre exigence ne s'applique pour les juges non professionnels (*Magistrates*). Ceux-ci sont 29'000 environ et jugent près de 97% des affaires pénales de première instance ainsi que plusieurs affaires de droit de la famille. Ces magistrats, qui n'ont généralement pas de formation juridique, exercent leur profession à temps partiel et ne sont pas ou peu rémunérés¹²¹⁵. Ils reçoivent une formation de la part du *Judicial College*¹²¹⁶. Ils sont nommés par le *Lord Chancellor*, après accord du *Lord Chief Justice*. Celui-ci aura consulté des comités consultatifs locaux (*Local Advisory Committees*), composés de magistrats et de personnalités politiques¹²¹⁷. La JAC n'intervient donc pas ici de sorte que la politisation est plus marquée ; certains dénonçant, par ailleurs, la forte représentation de juges de tendance conservatrice¹²¹⁸.

iii. Les Tribunal Members

621

Les membres des *Tribunals*, juridictions mises en place en avril 2011, n'ont généralement aucune formation juridique, à l'exception des présidents (*Tribunal Judges*). Ils sont rémunérés¹²¹⁹. Il s'agit de la catégorie de magistrats la plus souvent recommandée par la JAC¹²²⁰.

¹²⁰⁸ Section 63(2) CRA 2005.

¹²⁰⁹ TURENNE, p. 155.

¹²¹⁰ *Idem*, p. 156.

¹²¹¹ Section 63(3) CRA 2005.

¹²¹² MAZZA, p. 930.

¹²¹³ Disponible : [https://www.judicialappointments.gov.uk/good-character] (dernière consultation : 18.05.2020).

¹²¹⁴ Section 64 CRA 2005. Cf. aussi [https://www.judicialappointments.gov.uk/news/jac-publishes-latest-diversity-update] (dernière consultation : 18.05.2020).

¹²¹⁵ TURENNE, p. 153.

¹²¹⁶ Cf. *infra*, N 641.

¹²¹⁷ TURENNE, p. 153 ; OBERTO, p. 106.

¹²¹⁸ TURENNE, p. 153.

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Ibid.*

iv. Les **Recorders**

- 622 Il s'agit d'avocats nommés à la fonction de juge à temps partiel auprès de la *Crown Court*. Ils sont rémunérés pour exercer cette activité¹²²¹. La condition requise est celle d'avoir au moins dix ans d'expérience en tant qu'avocat devant les tribunaux de comté ou la *Crown Court*¹²²².

v. Les juges de district (*District Judges*)

- 623 Pour être nommé en tant que juge de district, qui siège dans les *County courts*, le candidat doit avoir le droit de plaider (*right of audience*) depuis sept ans comme avocat au sein de cette juridiction. Une expérience de fonctionnaire ou de greffier homologué peut également être jugée suffisante¹²²³.

vi. Les juges de circuit (*Circuit Judges*)

- 624 Les juges de circuit exercent leur fonction à plein temps. Ils ne font pas partie des membres des juridictions supérieures. Ils peuvent statuer tant dans les procédures civiles que pénales ; ils siègent aussi bien dans les tribunaux de comté (*County Courts*) qu'à la *Crown Court*. Les juges de circuit doivent être recrutés parmi les *barristers* ou les *solicitors* ayant au moins dix ans d'expérience professionnelle devant les tribunaux de comté ou la Cour d'Appel¹²²⁴. Les *Recorders* et les *District Judges* ayant trois ans d'expérience professionnelle peuvent également devenir *Circuit Judges*.

vii. Les juges de la *High Court*

- 625 Les juges de la *High Court*, appelés aussi « *puisne judges* », sont choisis parmi les *barristers* ou les *solicitors* ayant au moins sept ans d'expérience devant la *High Court* ou encore parmi les juges de circuits ayant au moins deux ans de pratique¹²²⁵.

viii. Les juges de la Cour d'appel (*Lords Justices of Appeal*)

- 626 Ces juges sont recrutés parmi les *barristers*, plus rarement les *solicitors*, ayant au moins sept ans d'expérience professionnelle devant la *Court of Appeal* ou parmi les juges de la *High Court* ayant deux ans d'expérience au moins¹²²⁶. Une fois nommés, ils sont faits chevaliers (« *they are knighted* ») et reçoivent le titre de *Lady* ou de *Lord*.

e) La procédure de sélection

- 627 Lorsqu'un poste devient vacant, le *Lord Chancellor* en informe la JAC. Il doit préalablement consulter le *Lord Chief Justice* afin de spécifier les critères d'éligibilité¹²²⁷. L'annonce est publiée dans la presse nationale et spécialisée ainsi que sur le site internet de la JAC. Elle indique le délai de candidature et les conditions et compétences requises pour le poste en question¹²²⁸. La procédure de recrutement se déroule en trois phases principales : le dépôt, l'examen et la sélection des candidatures¹²²⁹. Tout d'abord, les personnes remplissent leur candidature au moyen d'un formulaire sur le site internet de la JAC, en indiquant le cas échéant leurs références. Ils doivent également prouver leur bonne moralité (« *good character* »), c'est-à-dire l'absence

¹²²¹ *Idem*, p. 155.

¹²²² CHARBONNIER, p. 455.

¹²²³ *Idem*, p. 444 s.

¹²²⁴ *Idem*, p. 454.

¹²²⁵ Section 10 (3) (c) *Senior and Courts Act* 1981.

¹²²⁶ Section 10 (3) (b) *Senior and Courts Act* 1981. Cf. CHARBONNIER, p. 454.

¹²²⁷ Section 87(2) CRA 2005.

¹²²⁸ CHARBONNIER, p. 455 ; MAZZA, p. 931.

¹²²⁹ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, pp. 172 ss ; CHARBONNIER, p. 455.

de condamnation pénale ou de dettes. Un guide est prévu à cet effet. Une présélection est ensuite effectuée sur la base d'un test (en ligne) d'aptitude (jusqu'aux *circuit's judges*) ou d'une épreuve écrite sélective (pour les juges des juridictions supérieures). Un entretien téléphonique avec le candidat est opéré par un membre de la JAC. Une fois présélectionnés, les candidats passent un entretien avec trois membres de la JAC visant à tester les compétences requises pour le poste en question. A la suite de cet entretien, la JAC opère sa sélection¹²³⁰.

La Commission doit consulter le *Lord Chief Justice* (pour les postes de juges de la *High Court* et en dessus) ainsi qu'une autre personne qui a déjà une expérience significative ou ayant déjà occupé le poste en question. La JAC n'a pas l'obligation de suivre l'avis de ces personnes, mais elle doit motiver ses raisons si elle ne le fait pas¹²³¹. A vrai dire, la grande majorité des fois, elle suit effectivement l'avis de ces magistrats¹²³². Une fois la sélection établie, la JAC fait une recommandation et l'accompagne d'un rapport, soit au *Lord Chancellor*, soit au *Lord Chief Justice*, soit au *Senior President of Tribunals*, l'autorité compétente dépendant de la fonction que le juge occupera dans la hiérarchie judiciaire.

Jusqu'en octobre 2013, les recommandations de la JAC étaient toutes faites au *Lord Chancellor*. Depuis l'entrée en vigueur du *Crime and Courts Act 2013*, elles sont faites au *Lord Chief Justice* pour les juges officiants dans une cour en dessous de la *High Court* (*Crown Court*, *County Courts*, *Magistrates' Courts*)¹²³³ ou au *Senior President of Tribunals* pour les juges des tribunaux¹²³⁴. Le *Lord Chancellor* a gardé cette prérogative pour la sélection des juges de la *High Court* et de la *Court of Appeal*. Le but de cette réforme était d'améliorer l'indépendance de la justice et accroître la confiance du public dans le processus de nomination. Le Gouvernement considérait en effet que le *Lord Chief Justice* et le *Senior President of Tribunals* étaient mieux à même d'évaluer les compétences des candidats¹²³⁵.

Ces diverses autorités ont alors trois options : accepter la recommandation de la JAC (ce qu'ils font la grande majorité des cas)¹²³⁶, la rejeter ou encore lui demander de reconsidérer sa décision¹²³⁷. Elles ne peuvent rejeter la recommandation que si elles estiment la personne sélectionnée pas compétente (« *not suitable* ») pour exercer la fonction en question¹²³⁸. Elles peuvent demander une reconsidération à la JAC s'il y a des indices qui font penser que la personne candidate n'est pas compétente pour le poste ou n'est pas la plus « méritante » (« *that the person is not the best candidate on merit* »)¹²³⁹. Dans ces deux derniers cas, elles doivent motiver leur décision par écrit¹²⁴⁰, ce qui constitue un important garde-fou contre tout abus du pouvoir politique¹²⁴¹ ou judiciaire. Lorsque ces autorités rejettent une candidature, la JAC ne peut pas, à nouveau, sélectionner la personne rejetée. Lorsqu'elles requièrent la reconsidération de la décision, la Commission peut, par contre, sélectionner la même personne. Les autorités n'ont toutefois pas la possibilité de nommer un autre candidat. Enfin, toute contestation quant au déroulement de la procédure de sélection peut être adressée au *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman*¹²⁴².

En revanche, pour la sélection des juges aux postes élevés (*Senior Judges*) – *Lord Chief Justice*, *Senior President of Tribunals*, présidents des *High Court divisions* et *Lords Justices of Appeal* – la JAC n'intervient pas. Dans ces cas, une commission spéciale de sélection (*ad hoc selection panel*), dont la composition dépend du poste vacant, est instituée¹²⁴³. Ces diverses commissions doivent être constituées d'un nombre impair de

¹²³⁰ *Ibid.* Cf. aussi <https://www.judicialappointments.gov.uk/overview-selection-process> (dernière consultation: 18.05.2020).

¹²³¹ *Section 89(2) CRA 2005.*

¹²³² GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 174.

¹²³³ *Schedule 13*, part. 4, § 29 (3) *Crime and Courts Act 2013*.

¹²³⁴ *Schedule 13*, part. 4, § 29 (5) *Crime and Courts Act 2013*.

¹²³⁵ Cf. not. MALLESON/GEE, *Lower level judicial appointments*.

¹²³⁶ LEYLAND, p. 201. Entre 2006 et 2013, le *Lord Chancellor* a par exemple exercé son veto seulement cinq fois sur près de 3000 recommandations. Cf. MALLESON/GEE, *Lower level judicial appointments*.

¹²³⁷ Cf. *sections 70, 71, 73 et 90 CRA 2005*.

¹²³⁸ *Section 91(1) CRA 2005*. A noter que ce système est actuellement en révision.

¹²³⁹ *Section 91(2) CRA 2005*.

¹²⁴⁰ *Section 91(3) CRA 2005*.

¹²⁴¹ TURENNE, p. 160.

¹²⁴² *Section 62 et Schedule 13 CRA 2005*.

¹²⁴³ CHARBONNIER, p. 456.

membres (généralement cinq), avec cependant une majorité de « laïcs ». Plus précisément, elles sont généralement composées de deux *senior judges*, le président (laïc) de la JAC, un membre laïc et un cinquième membre choisi par le *Lord Chief Justice* (pour le recrutement des autres juges que son successeur) ou par le président de la JAC (pour le recrutement du *Lord Chief Justice*)¹²⁴⁴. La procédure à suivre est déterminée par ce panel qui, aux termes de ces travaux, fait une recommandation au *Lord Chancellor*. Celui-ci peut soit l'accepter, soit la rejeter, soit encore demander sa reconsidération¹²⁴⁵.

2.4.3.4. La nomination

632 La procédure de nomination varie selon la catégorie de juges. Les juges des *Senior Courts*, à savoir le *Lord Chief Justice*, le *Master of the Rolls*, le président de la *Queen's Bench Division*, le président de la *Family Division* ou *Chancellor of the High Court*, les *Lords Justices of Appeal* et les juges de la *High Court* (*puisne judges*) sont nommés par la Reine sur recommandation du *Lord Chancellor*¹²⁴⁶. Les autres juges des cours (*Circuit Judges*, *District Judges*, *Recorders*, etc.) et des *Tribunals* sont aussi nommés par Sa Majesté, mais sur recommandations du *Lord Chief Justice* (pour les premiers)¹²⁴⁷ ou du *Senior President of Tribunals* (pour les seconds)¹²⁴⁸.

2.4.3.5. Le déroulement de la carrière

a) L'inamovibilité

633 Les juges bénéficient d'une certaine indépendance vis-à-vis du pouvoir politique puisqu'ils sont nommés jusqu'à l'âge de leur retraite, fixé actuellement à 70 ans¹²⁴⁹. Cette inamovibilité est toutefois à géométrie variable puisque les règles diffèrent selon que le juge exerce sa fonction au sein des cours de justice supérieures (*Senior Courts*)¹²⁵⁰ ou inférieures¹²⁵¹.

634 Sur la base de l'*Act of Settlement* de 1701¹²⁵², les membres des cours de justice supérieures sont inamovibles, pour autant qu'ils se conduisent décemment (« *during good behaviour* »). Ils ne peuvent être révoqués que par décision du souverain, à la requête des deux Chambres du Parlement¹²⁵³. Ces dispositions ont été reprises à l'art. 11 al. 3 du *Senior Courts Act* 1981. Cette procédure – parfois appelée *address*¹²⁵⁴ – est toutefois tombée en désuétude. Jusqu'à ce jour, elle n'a été utilisée qu'une seule fois, en 1830, à l'encontre d'un juge (irlandais) reconnu coupable de détournement de fonds¹²⁵⁵.

635 En revanche, les juges des cours de justice inférieures ne sont pas (complètement) inamovibles, c'est-à-dire qu'ils peuvent être révoqués (*removed*) par le *Lord Chancellor* pour incapacité ou mauvaise conduite (*incapacity or misbehaviour*)¹²⁵⁶. Quant aux *Lay Magistrates*, ils peuvent être révoqués à tout moment par la même autorité¹²⁵⁷. Avant 2005, le *Lord Chancellor* détenait seul le pouvoir de révocation. Il a gardé cette compétence avec l'entrée en vigueur du CRA 2005, mais doit désormais consulter préalablement le *Lord Chief Justice*.

¹²⁴⁴ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 183.

¹²⁴⁵ *Ibid.* A noter qu'en 2012, le *Lord Chancellor* Kennet CLARK a proposé que le *Lord Chancellor* siège au sein du panel de sélection. La JAC et la *House of Lords* s'y sont toutefois opposées.

¹²⁴⁶ Section 10 (1) et (2) *Senior Courts Act* 1981.

¹²⁴⁷ Schedule 13, part. 4, § 29 (3) *Crime and Courts Act* 2013.

¹²⁴⁸ Schedule 13, part. 4, § 30 (3) *Crime and Courts Act* 2013.

¹²⁴⁹ Section 2 *Judicial Pensions Act* 1959, complétée par le *Judicial Pensions and Retirement Act* 1993.

¹²⁵⁰ C'est-à-dire la *Court of Appeal*, la *High Court of Justice* et la *Crown Court* (section 1 *Senior Courts Act* 1981).

¹²⁵¹ *County Courts, magistrates' Courts*.

¹²⁵² Cf. *supra*, N 592.

¹²⁵³ FRISON, *Institutions britanniques*, p. 169 ; MALLESON, *Appointment*, p. 127.

¹²⁵⁴ MAZZA, p. 931.

¹²⁵⁵ En 1994, le *Lord Chancellor* Mac Kay of Clashfern avait d'ailleurs affirmé assez fièrement: « *I am happy to say that no English judge have ever been removed in this way* », cité par MAZZA, p. 932.

¹²⁵⁶ TURENNE, p. 164. Cf. section 17(4) *Courts Act* 1981.

¹²⁵⁷ Section 5 du *Justices of the peace Act* 1997.

Cette procédure est le fruit d'un compromis (appelé « *Concordat* ») entre deux personnalités, Lord FALCONER et Lord WOOLF, qui exerçaient ces fonctions respectives entre 2003 et 2005¹²⁵⁸.

b) *Le régime disciplinaire*

Traditionnellement, le pouvoir disciplinaire était exercé par le *Lord Chancellor* en étroite collaboration avec le juge incriminé qui, sur conseil de ses pairs, démissionnait en cas de manquement fautif¹²⁵⁹. La révocation d'un juge était ainsi peu fréquente. Depuis l'entrée en vigueur du CRA 2005, les plaintes contre les juges sont traitées par un nouvel organisme, le *Judicial Conduct Investigations Office* (JCIO), qui a remplacé le 1^{er} octobre 2013 l'*Office for Judicial Complaints* (OJC) dans cette fonction. Le JCIO est chargé de réceptionner les plaintes contre un juge¹²⁶⁰ puis de déterminer s'il y a matière à ouvrir une enquête. Si tel est le cas, le *Lord Chief Justice* nomme un juge chargé de l'enquête, qui doit être au moins du même rang que le juge examiné. Ensuite, le juge enquêteur rapportera au *Lord Chancellor* et au *Lord Chief Justice* s'il y a besoin de mener une enquête plus approfondie ou si, au contraire, un classement est suffisant. Dans la première hypothèse, un nouveau juge est nommé à son tour, qui recommandera aux organes compétents de prononcer des sanctions ou non à l'encontre du juge¹²⁶¹. Le JCIO tient, en outre, informé le juge investigué du déroulement de l'enquête. Ce dernier peut, par ailleurs, adresser une réclamation quant au déroulement de la procédure disciplinaire au *Judicial Appointments and Conduct Ombudsman*¹²⁶².

Toute sanction à l'encontre d'un juge est prise conjointement par le *Lord Chief Justice* et le *Lord Chancellor*. Toutefois, seul ce dernier peut prononcer la révocation d'un juge d'une cour inférieure¹²⁶³. Avec l'accord du *Lord Chancellor*, le *Lord Chief Justice* peut prononcer des sanctions moins lourdes (un avertissement formel ou une réprimande) à l'encontre du juge¹²⁶⁴ ; il a également le pouvoir de suspendre provisoirement un juge faisant l'objet d'une procédure pénale¹²⁶⁵. Ces sanctions peuvent être prononcées tant à l'encontre d'un juge d'une cour supérieure que d'une cour inférieure¹²⁶⁶.

c) *L'avancement*

Les juges anglais et gallois n'ont généralement aucun « problème » de carrière puisqu'ils sont désignés pour exercer leur fonction au sein d'une juridiction déterminée¹²⁶⁷. Avec l'introduction de la JAC, les promotions sont désormais décidées par cet organisme suite à des candidatures déposées en réponse à une publication d'annonce¹²⁶⁸. Ce processus évite que des juges souhaitant accéder à un poste plus prestigieux rendent des jugements visant à satisfaire l'exécutif¹²⁶⁹. Bien que cette indépendance externe du juge soit plus ou moins garantie, son indépendance interne – à savoir vis-à-vis des autres magistrats, en particulier ceux de rangs plus élevés – est davantage mise en péril. En effet, comme on l'a dit, la JAC doit consulter le *Lord Chief Justice* (pour les postes de juges de la *High Court* et en dessus) ainsi qu'une autre personne qui a déjà une expérience significative ou ayant déjà occupé le poste en question.

Or, la magistrature britannique étant un corps relativement fermé, des amitiés ou des inimitiés en son sein risquent par la force des choses de jouer un rôle dans l'avancement du juge. Ce phénomène est d'ailleurs

¹²⁵⁸ MALLESON, Appointment, pp. 126 ss.

¹²⁵⁹ *Idem*, p. 129 ; TURENNE, p. 169.

¹²⁶⁰ On ne vise pas ici les *magistrates* et les membres des *Tribunals*, dont les plaintes doivent être adressées respectivement au *Local Advisory Committee* correspondant et au président de la Chambre du *Tribunal* où officie le juge.

¹²⁶¹ TURENNE, p. 170.

¹²⁶² Section 62 et Schedule 13 CRA 2005.

¹²⁶³ Cf. section 108(1) CRA 2005.

¹²⁶⁴ Section 108(3) CRA 2005.

¹²⁶⁵ Section 108(4) CRA 2005.

¹²⁶⁶ TURENNE, p. 171.

¹²⁶⁷ MAZZA, p. 931.

¹²⁶⁸ CHARBONNIER, p. 459.

¹²⁶⁹ TURENNE, p. 164.

accentué par le faible nombre de juges professionnels que comporte le *bench* britannique¹²⁷⁰. Dès lors, bien qu'il n'existe pas de notations ou d'évaluations officielles, les renseignements sur la compétence professionnelle, souvent recueillis de manière confidentielle parmi les avocats et les collègues, sont versés dans un dossier et utilisés lorsqu'un poste vacant est à pourvoir¹²⁷¹. A noter encore que les postes à la Cour d'appel et à la Cour suprême sont traditionnellement pourvus par des juges au niveau hiérarchique immédiatement inférieur, bien qu'il ne s'agisse pas là d'une exigence spécifique¹²⁷².

d) La formation

640 Par le fait que les nouveaux juges anglais et gallois sont au bénéfice d'une carrière professionnelle antérieure, une formation initiale et obligatoire strictement juridique n'est pas prévue. Toutefois, depuis quelques années, on constate outre-Manche, un mouvement vers une entrée plus précoce dans la profession judiciaire. Par la même occasion, la demande de formation pour les nouveaux magistrats s'est accrue, en particulier quant aux « *soft skills* » nécessaires pour exercer la fonction¹²⁷³. Le terme « *judgecraft* » désigne notamment la capacité à être « équitable, humain et courtois » à l'égard des parties au litige. Or, ces compétences ne peuvent guère s'acquérir dans la profession d'avocat, par exemple, de sorte qu'elles nécessitent un enseignement spécifique lors de l'entrée en fonction et durant toute la carrière du juge¹²⁷⁴.

641 La formation est du ressort du *Judicial College*, appelé autrefois *Judicial Studies Board*, qui est responsable à la fois de la formation initiale et continue ainsi que de la recherche dans le domaine judiciaire. Le *Judicial College* est sous la responsabilité du *Lord Chief Justice*. La formation est menée par les juges eux-mêmes, ceci afin d'empêcher un contrôle de l'exécutif sur la formation, ce qui affaiblirait l'indépendance de la justice. Elle est basée sur l'acquisition de compétences pratiques (simulations de procès) et la déontologie. Il existe également des formations plus poussées pour les *magistrates*, c'est-à-dire les personnes n'ayant pas de formation juridique préalable¹²⁷⁵.

2.4.4. L'Ecosse

2.4.4.1. L'organisation judiciaire

a) Une organisation judiciaire autonome

642 L'Ecosse présente une organisation judiciaire autonome par rapport aux autres entités du Royaume-Uni. En effet, bien que l'*Act of Union* de 1707 ait dissous les Parlements des deux royaumes anglais et écossais pour former un seul Parlement commun (le Parlement écossais sera toutefois restauré en 1999), il n'a pas pour autant unifié les deux systèmes judiciaires¹²⁷⁶.

b) Présentation schématique

643 Afin de comprendre l'organisation judiciaire écossaise, une présentation schématique de son fonctionnement s'impose.

¹²⁷⁰ En 2016, l'Angleterre et le Pays de Galles avaient 1760 juges professionnels et l'Ecosse 200. Cela correspond à respectivement 3 et 4 juges pour 100'000 habitants. Ce sont les chiffres les plus bas en comparaison européenne (la moyenne est de 22 juges pour 100'000 habitants). Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 103.

¹²⁷¹ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 48.

¹²⁷² CHARBONNIER, p. 459.

¹²⁷³ PAYCHÈRE, p. 172 ; THOMAS, pp. 13 et 132.

¹²⁷⁴ PAYCHÈRE, p. 173. Cf. *ég. infra*, N 1343.

¹²⁷⁵ CHARBONNIER, p. 456 ss ; TURENNE, pp. 162 ss.

¹²⁷⁶ GONIN O., p. 136.

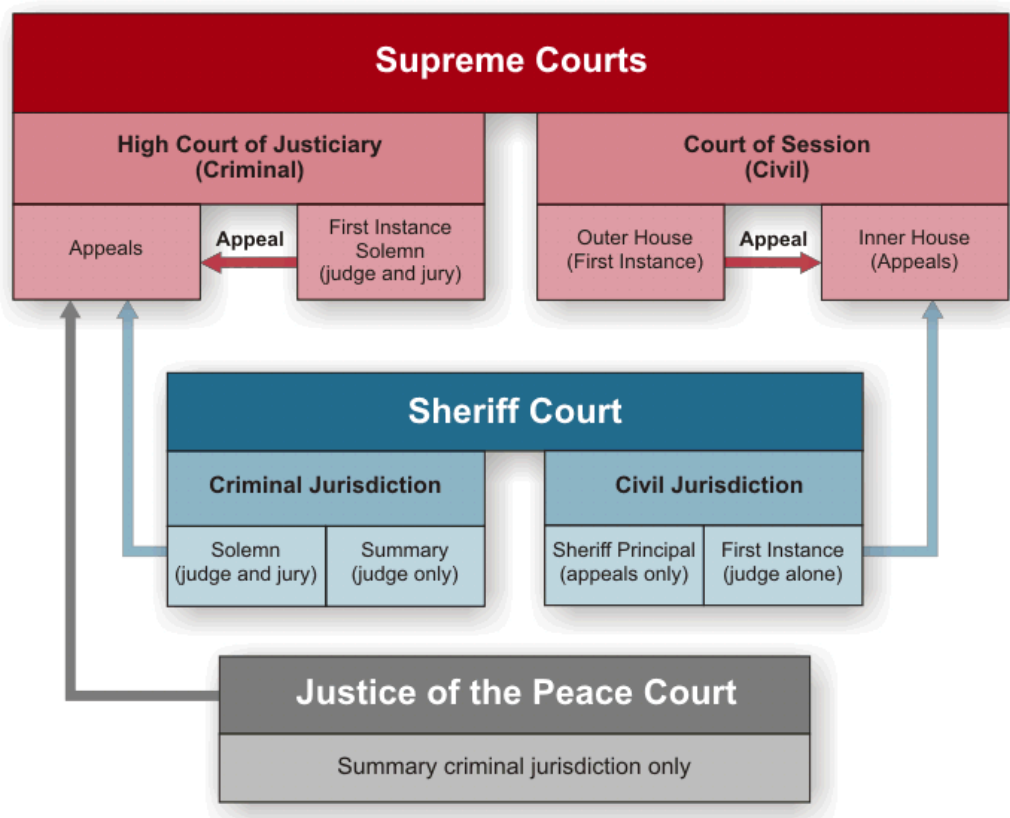


Schéma 2 : *Judiciary of Scotland*. Disponible : [<http://www.scotland-judiciary.org.uk/Upload/Images/Org-Chart.gif>] (dernière consultation : 10.05.2020).

c) Les juridictions pénales

Tout en bas de la hiérarchie, la *Justice of the Peace Court*, composée de divers tribunaux locaux, connaît des infractions pénales mineures. Ces juridictions sont composées d'au moins un juge de paix (*Justice of the Peace*), magistrat non professionnel n'ayant reçu aucune formation juridique, sauf à Glasgow où ne siègent que des juges professionnels et rémunérés. Les *Sheriff Courts* jugent, quant à elles, toutes les affaires pénales qualifiées de sérieuses. Le shérif siège seul dans les affaires moins graves ; il est assisté par un jury de quinze personnes désignées par un tirage au sort, dans les affaires plus graves¹²⁷⁷.

644

La *High Court of Justiciary* est la plus haute et la dernière juridiction pénale d'Ecosse. Elle siège à Edimbourg, mais peut se déplacer dans diverses localités écossaises. En tant que juridiction de première instance, la Haute cour a une compétence exclusive pour connaître certains crimes et délits particulièrement graves (meurtres, viols, trahisons, etc.). Elle est également juridiction d'appel contre les décisions de la *Justice of the Peace Court* ainsi que des *Sheriff Courts*¹²⁷⁸. Contrairement aux décisions de la *Court of Session*, les jugements de la *High Court of Justiciary* ne peuvent pas faire l'objet d'un appel à la *Supreme Court of the United Kingdom*.

645

d) Les juridictions civiles

En matière civile, la plupart des affaires sont, en première instance, du ressort des *Sheriff Courts*. Dans les affaires civiles, le shérif siège seul. A l'exception des cas de divorce, les appels contre ses décisions sont interjetés devant le shérif principal (*Sheriff Principal*) siégeant, lui aussi, seul. A noter que des cours spécialisées ayant une compétence propre (en droit agricole, en expropriation, en droit du travail, en sécurité sociale et en droit fiscal) ont été instituées¹²⁷⁹.

646

¹²⁷⁷ CJCE, pp. 629 ss.

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ *Ibid.*

647 La *Court of Session* est la plus haute juridiction civile d'Ecosse. Elle a son siège à Edimbourg et est compétente sur tout le territoire écossais. En réalité, il s'agit d'une des cours suprêmes d'Ecosse, l'autre étant la *High Court of Justiciary*, compétente en matière pénale. La *Court of Session* est composée de deux Chambres : une Chambre extérieure (*Outer House*) et une Chambre intérieure (*Inner House*). La Chambre extérieure peut traiter, en première instance, en juge unique, n'importe quelle affaire civile pourvu qu'elle ne soit pas expressément exclue de sa compétence. La Chambre extérieure est compétente pour statuer sur les appels interjetés contre les décisions rendues par un juge de la Chambre intérieure siégeant seul en première instance, par la *Sheriff Court* et par les cours et tribunaux à compétences spéciales¹²⁸⁰. Enfin, les décisions de la *Court of Session* peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la *Supreme Court* du Royaume-Uni à Londres.

2.4.4.2. Le recrutement et la nomination des juges

a) Les conditions d'éligibilité

648 Tout d'abord, pour être éligible, le candidat doit être citoyen du Royaume-Uni ou d'un autre pays du *Commonwealth*. Il doit, en outre, avoir exercé un certain nombre d'années en tant qu'*advocate* ou *solicitor* ou bien comme juge ou *Sheriff* auprès d'une autre juridiction¹²⁸¹. En outre, la sélection des juges doit être fondée exclusivement sur le mérite¹²⁸². La diversité doit être encouragée.

b) La procédure de recrutement et la nomination

649 Depuis 2002, la grande majorité des magistrats¹²⁸³ est recrutée par le *Judicial Appointments Board for Scotland* (JABS), devenu un organisme public non gouvernemental, le 1^{er} juin 2009, suite à l'adoption du *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*. La création de cet organisme a constitué une réforme radicale étant donné que le *Lord Advocate*, membre de l'exécutif écossais, était jusqu'alors responsable du recrutement et de la nomination de tous les juges d'Ecosse¹²⁸⁴. Le siège du JABS est à Edimbourg. Il n'est pas soumis à la Couronne (« *is not a servant of the Crown* »)¹²⁸⁵. Il est constitué de douze membres : quatre magistrats (deux juges, un *sheriff principal* et un *sheriff*), un *advocate*, un *solicitor* et six laïcs, le président étant inclus dans cette dernière catégorie¹²⁸⁶. Les membres des autorités judiciaires sont nommés par le *Lord President*, le plus haut magistrat écossais, tandis que les autres membres le sont par « les ministres écossais »¹²⁸⁷. La durée maximale du (premier) mandat est de quatre ans, renouvelable ; un membre ne peut cependant siéger plus de huit ans¹²⁸⁸.

650 La procédure de sélection des juges se fait en plusieurs étapes. En premier lieu, après réception des candidatures pour le poste vacant, un premier tri est effectué par un panel de sélection (*Sift Panel Members*). Les critères du mérite et du « *good character* » du candidat sont alors examinés attentivement. Une réunion a ensuite lieu avec les autres membres afin de déterminer une première liste de candidats potentiels. Les références sont également prises en considération. Les candidats présélectionnés sont alors invités pour un entretien avec le panel de sélection. Seuls les membres judiciaires (juges, *sheriffs*) et « légaux » (*advocate*, *solicitor*) du *Board* ont le droit d'apprécier les compétences juridiques des candidats¹²⁸⁹. Le panel décide ensuite quel candidat sera recommandé et le transmet au JABS. Celui-ci prend alors sa décision finale et recommande le candidat au Premier ministre écossais, qui peut l'accepter ou le rejeter. Dans cette dernière hypothèse, le *Board*

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² *Section 12 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

¹²⁸³ *Judge of the Court of Session, Chair of the Scottish Land Court, Sheriff Principal, Sheriff, Part-time Sheriff, Summary Sheriff.* Cf. *section 10 (a) et Schedule 1 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

¹²⁸⁴ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 244.

¹²⁸⁵ *Schedule 1 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

¹²⁸⁶ [<https://www.judicialappointments.scot/>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹²⁸⁷ *Schedule 2 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

¹²⁸⁸ Cf. *schedule 6 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

¹²⁸⁹ *Section 13 Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008.*

doit reconsidérer sa recommandation et en faire une nouvelle (qui peut porter sur la même personne)¹²⁹⁰. Le Premier ministre écossais consulera également le *Lord President* avant de faire sa recommandation formelle à la Reine, qui procédera à la nomination¹²⁹¹. Par ailleurs, en fonction des besoins, des juges temporaires à la *Court of Session* peuvent être nommés par le Premier ministre d'Ecosse après consultation du *Lord President*. Ces juges sont nommés pour cinq ans¹²⁹².

La procédure est différente s'agissant du recrutement des membres des plus hautes fonctions judiciaires (*Senior Judiciary*). On entend par-là le *Lord President* (*Head of the Judiciary* et président de la *Court of Session*) et le *Lord Justice Clerk* (président de la *High Court of Justiciary*). Ces juges sont, en effet, recrutés par une commission de sélection ad hoc nommée par le Premier ministre écossais¹²⁹³. La commission est composée notamment du président du JABS, de membres laïcs de celui-ci et de juges¹²⁹⁴. Après examen des candidatures, la Commission de sélection fera une recommandation au Premier ministre écossais qui arrêtera la candidature¹²⁹⁵. Celui-ci la soumettra ensuite au Premier ministre du Royaume-Uni, qui recommandera finalement le candidat à Sa Majesté pour la nomination ; il ne peut toutefois recommander quelqu'un d'autre.

651

2.4.4.3. Le déroulement de la carrière

a) *L'inamovibilité*

Tout comme pour les magistrats en Angleterre et au Pays de Galles, les juges des cours de justice supérieures écossaises – *Court of Session* et *High Court of Justiciary* – sont inamovibles. Ils ne peuvent être révoqués que par la Reine sur recommandation du Premier ministre écossais et après une résolution en ce sens du Parlement écossais¹²⁹⁶.

652

Les *Sheriffs* sont également inamovibles, mais révocables en raison de mauvaise conduite, manquement au devoir ou incapacité¹²⁹⁷. Il en va de même des juges temporaires¹²⁹⁸. La procédure de révocation est régie au chapitre 5 du *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*. Le Premier ministre écossais doit, sur requête du *Lord President*, constituer un tribunal chargé d'investiguer au sujet d'un juge soupçonné de mauvaise conduite, manquement au devoir ou incapacité. Le rapport écrit et motivé du tribunal doit être adressé au Premier ministre écossais qui prononcera, le cas échéant, la révocation du juge. Aucun vote du Parlement écossais n'est requis dans ce cas, bien que le Premier ministre écossais doive lui mettre à disposition le rapport du tribunal de révocation¹²⁹⁹.

653

b) *Le régime disciplinaire*

Avant la réforme de 2008, les présidents de chaque cour étaient responsables de la discipline des juges de leur propre juridiction. Désormais, le *Lord President*, le plus haut magistrat d'Ecosse, détient la responsabilité disciplinaire sur tous les juges écossais pour des affaires qui ne sont pas suffisamment graves pour entraîner

654

¹²⁹⁰ Section 11 *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*. Depuis sa création et jusqu'en 2015, sur une centaine de recommandations du JABS, le Premier ministre écossais n'en avait refusé qu'une et ce, pour des raisons de vice procédural. Cf. GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 244.

¹²⁹¹ CHARBONNIER, p. 491.

¹²⁹² Sections 20A ss du *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹²⁹³ Section 19(2) *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹²⁹⁴ Cf. schedule 2 § 1 *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹²⁹⁵ Section 19 (3) *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹²⁹⁶ Section 95 *Scotland Act 1998*.

¹²⁹⁷ Section 12(E) *Sheriff Courts (Scotland) Act 1971*.

¹²⁹⁸ Section 39 du *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹²⁹⁹ Section 39 du *Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

une révocation¹³⁰⁰. Il peut ainsi, après investigation, sanctionner le juge par un « conseil formel », un avertissement formel ou une réprimande¹³⁰¹. En revanche, la seule sanction existante à l'égard du *Lord President* est la révocation par la Reine¹³⁰².

c) *L'avancement*

655 Les juges écossais peuvent progresser dans leur carrière en déposant leur candidature auprès du JABS pour des postes plus élevés qui sont vacants. Il y a toutefois une exception pour la promotion des *Senators of College of Justice* de la Chambre extérieure (*Outer House*) à la Chambre intérieure (*Inner House*) de la *Court of Session*, qui se fait à l'interne¹³⁰³.

d) *La formation*

656 The *Judicial Institute* est chargé, depuis 2013, de la formation continue des magistrats écossais. De 1997 à 2013, cette tâche était exercée par le *Judicial Studies Committee*. Le *Judicial Institute* est présidé par le *Lord President* qui en supervise la formation. Celle-ci est essentiellement de nature pratique. Elle couvre des questions comme la communication, le prononcé des décisions ou encore les instructions données au jury. Des cours sont également donnés sous forme de simulations de procès¹³⁰⁴.

2.4.5. L'Irlande du Nord

2.4.5.1. L'organisation judiciaire

a) *Une organisation judiciaire autonome*

657 Dès 1783, l'Irlande – qui était alors sous domination britannique – obtient son indépendance (judiciaire) à l'égard de la Couronne¹³⁰⁵. L'*Act of Union* de 1800 conclu entre le Parlement irlandais et celui de Westminster, qui crée alors un Parlement unique, ne remettra guère en cause cette autonomie. Celle-ci sera également préservée au moment de la scission de l'île dès 1920 ; l'Irlande du Nord restera rattachée au Royaume-Uni alors que l'Irlande du Sud, devenu indépendante, créera ses propres institutions, inspirées toutefois de celles déjà existantes.

b) *Présentation schématique*

658 Avant toute chose, une présentation en schéma de l'organisation judiciaire nord-irlandaise est nécessaire.

¹³⁰⁰ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 237.

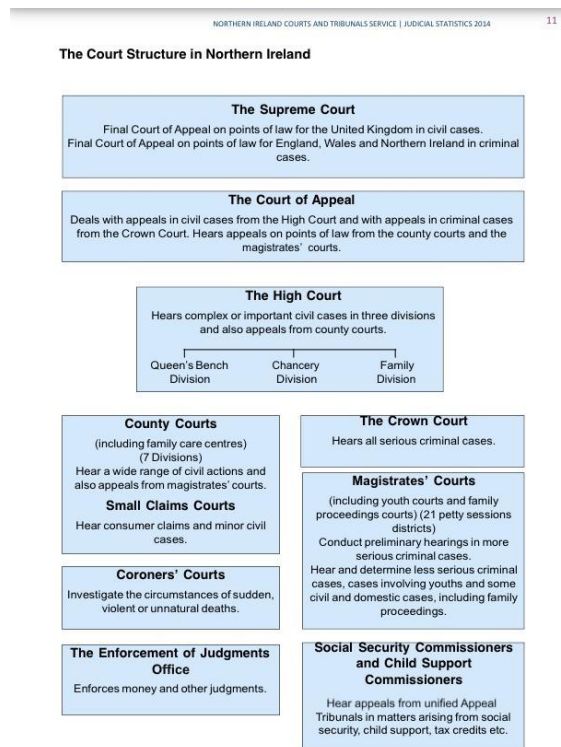
¹³⁰¹ *Section 29(1) Judiciary and Courts (Scotland) Act 2008*.

¹³⁰² GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 238. Cf. *supra*, N 652.

¹³⁰³ CHARBONNIER, p. 494.

¹³⁰⁴ [<http://www.scotland-judiciary.org.uk/59/0/Judicial-Training>] (Dernière consultation : 19.05.2020).

¹³⁰⁵ GONIN O., p. 143.

Schéma 3: *Northern Ireland Courts and Tribunals service.*

Disponible : [<https://brianjohnspencer.tumblr.com/post/122509247103/the-court-structure-in-northern-ireland-via>] (dernière consultation: 10.05.2020).

c) *Les juridictions civiles et pénales*

Les *Magistrates' Courts* sont compétentes, en première instance, tant au civil qu'au pénal. Au niveau civil, elles connaissent certaines affaires, notamment en lien avec le droit de la famille. Au niveau pénal, elles statuent sur les infractions pénales les moins graves, y compris celles impliquant des mineurs¹³⁰⁶. Les *Coroners' Courts* s'occupent d'investiguer quant aux circonstances de morts soudaines, violentes ou non naturelles. La *Crown Court* (Cour de la couronne) s'occupe de toutes les affaires pénales qui lui sont déférées pour jugement par les *Magistrates' Courts* après une audience préliminaire de mise en accusation du prévenu. La Cour statue à juge unique ou avec jury selon la nature de l'infraction. La *Crown Court* statue également en appel sur les décisions rendues par les *Magistrates' Courts* en première instance¹³⁰⁷. Les *County Courts* (Cours de comté) sont des tribunaux locaux de première et de seconde instance. En première instance, elles connaissent la plupart des affaires civiles. En seconde instance, elles statuent sur les appels formés contre les décisions des *Magistrates' Courts* en matière civile, plus rarement en matière pénale¹³⁰⁸.

La *High Court* est une juridiction civile de première et de seconde instance. Elle compte trois divisions : la *Queen's Bench Division* tranche en première instance les litiges portant, notamment, sur les contrats ou sur la responsabilité délictuelle – le tribunal de commerce fait également partie de la *Queen's Bench Division* – ; la *Family Division* statue en première instance sur les litiges relevant du droit de la famille ; la *Chancery Division* juge les contentieux commerciaux et financiers, en lien avec les trusts, les successions litigieuses, la fiscalité et les faillites d'entreprise¹³⁰⁹.

¹³⁰⁶ CJCE, pp. 642 ss.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ *Ibid.*

661 Plus haute juridiction nord-irlandaise, la *Court of Appeal* (Cour d'appel) statue sur les appels interjetés contre les décisions des *County Courts* et des *Magistrates' Courts* en matière civile ou pénale. Elle ne revoit pas les faits, mais que le droit. En matière pénale, la *Court of Appeal* connaît des appels contre les décisions rendues par la *Crown Court* dans certaines hypothèses. Elle siège à trois juges¹³¹⁰. Enfin, les décisions de la *Court of Appeal* (et, plus rarement, de la *High Court*) peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la *Supreme Court* à Londres.

2.4.5.2. Le recrutement des juges

a) Les conditions d'éligibilité

662 Tout d'abord, pour être éligible comme juge, il faut être citoyen du Royaume-Uni, d'un autre pays du *Commonwealth* ou de la République d'Irlande¹³¹¹. De plus, il faut avoir un diplôme de droit et un nombre déterminé d'années d'expérience comme *barrister* ou *solicitor* en Irlande du Nord¹³¹². La sélection doit par ailleurs être fondée exclusivement sur le mérite¹³¹³ et la diversité également encouragée.

b) La procédure de sélection

663 Depuis 2005, la sélection des juges est de la compétence de la *Northern Ireland Judicial Appointments Commission* (NIJAC), instituée par les *Justice (NI) Acts* de 2002 et de 2004¹³¹⁴. Cette commission est composée de treize membres : le *Lord Chief Justice of Northern Ireland* – qui en est le président –, cinq juges professionnels, un *barrister*, un *solicitor* et cinq laïcs. Les cinq membres des autorités judiciaires et les membres laïcs sont nommés, conjointement, par le Premier ministre nord-irlandais et son vice-premier ministre. Le *barrister* et le *solicitor* sont nommés par leur association professionnelle respective¹³¹⁵. En conséquence, parmi les trois commissions de recrutement judiciaire du Royaume-Uni, la NIJAC est celle avec la représentation judiciaire la plus importante ; cette composition était voulue afin de limiter l'emprise du pouvoir politique sur la nomination judiciaire¹³¹⁶.

664 La procédure de recrutement est similaire à celle effectuée par la JAC pour l'Angleterre et le Pays de Galles. En premier lieu, l'annonce du poste vacant est publiée dans la presse locale, les revues des associations d'avocats et le site internet de la NIJAC. La procédure de présélection est dirigée par un comité de sélection, composé d'un magistrat professionnel, d'un laïc et d'un expert indépendant coopté. L'évaluation des candidatures s'opère par un test écrit et/ou un entretien¹³¹⁷. Une fois cette étape franchie, le candidat est invité pour l'évaluation finale, qui peut prendre plusieurs formes : entretien, rédaction d'un jugement et/ou jeu de rôle. Des références sont également demandées au candidat¹³¹⁸. Un *feedback* est donné au candidat après chaque étape¹³¹⁹.

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ CHARBONNIER, p. 472.

¹³¹² Section 18 *Justice (NI) Act* 2002 : dix ans pour un *Chief Justice*, un an pour un *Lord Justice of Appeal* ; un an pour *judge of the High Court* ainsi que pour un *County Courts judge* et *deputy judge* ; sept ans pour un *resident magistrate* ; cinq ans pour un *coroner*.

¹³¹³ Section 5(8) *Justice (NI) Act* 2002.

¹³¹⁴ MAZZA, p. 931.

¹³¹⁵ [<https://www.nijac.gov.uk/about-nijac>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹³¹⁶ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 240.

¹³¹⁷ [<https://www.nijac.gov.uk/shortlisting-methods>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹³¹⁸ [<https://www.nijac.gov.uk/final-assessment>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹³¹⁹ [<https://www.nijac.gov.uk/feedback>] (dernière consultation : 19.05.2020).

2.4.5.3. La nomination des juges

Deux catégories de juges existent en Irlande du Nord : les juges gradés (qui sont le *Lord Chief Justice* et les *Lords Justice of Appeal*) et les autres magistrats (juges de la *High Court*, de la *Crown Court*, des *County courts*, etc.). La procédure de nomination diverge selon la catégorie¹³²⁰. Les juges gradés sont nommés par la Reine sur proposition du Premier ministre britannique après consultation conjointe du Premier ministre nord-irlandais et de son vice-premier ministre ainsi que du *Lord Chief Justice* d'Irlande du Nord¹³²¹. Quant aux juges des cours inférieures (en dessous de la *Cour d'appel*)¹³²², ils sont également nommés par Sa Majesté, mais sans intervention du Premier ministre britannique et sur recommandations conjointes du Premier ministre d'Irlande du Nord et de son vice-premier ministre¹³²³. A noter que jusqu'en 2010, le *Lord Chancellor* avait le pouvoir de refuser ou de demander la reconsidération d'une recommandation de la NIJAC. Tel n'est plus le cas depuis l'acte de dévolution de la justice de 2009 (*Northern Ireland Act 2009*) qui lui a enlevé ses prérogatives en la matière, de sorte qu'il n'est désormais plus que la « boîte postale » de la Reine¹³²⁴.

665

2.4.5.4. Le déroulement de la carrière

a) L'inamovibilité

Le *Justice (Northern Ireland) Act 2002* prévoit une garantie permanente de l'indépendance de la justice. Les juges professionnels sont nommés jusqu'à l'âge obligatoire de la retraite, fixé à 70 ans¹³²⁵.

666

b) Le régime disciplinaire

En Irlande du Nord, le pouvoir judiciaire conserve une influence importante dans tous les stades de la procédure disciplinaire¹³²⁶. Les juges hiérarchiquement en dessous de la *High Court* ne peuvent être suspendus ou révoqués sans l'accord du *Lord Chief Justice* d'Irlande du Nord. Avant cela, une juridiction spécialisée (*tribunal*) est mise en place afin de mener une enquête et déterminer si le juge doit être révoqué ou suspendu pour faute ou incapacité à exercer ses fonctions. A ce titre, le *tribunal* adresse un rapport au Premier ministre et au vice-premier ministre d'Irlande du Nord qui prononceront la mesure¹³²⁷.

667

Quant au *Lord Chief Justice*, aux juges de la *Court of Appeal* et à ceux de la *High Court*, ils peuvent être révoqués par la Reine après avis du Premier ministre du Royaume-Uni et du *Lord Chancellor*, qui auront eux-mêmes consulté un tribunal chargé de l'enquête. Plus précisément, les juges sont révoqués, comme en Angleterre et au Pays de Galles¹³²⁸, par le truchement de l'*address* (requête commune des deux Chambres du Parlement du Royaume-Uni à la Reine)¹³²⁹. En outre, une procédure spéciale s'applique pour des plaintes à l'encontre du *Lord Chief Justice* d'Irlande du Nord : les plaintes sérieuses sont référées à un juge gradé du Royaume-Uni (*Lord President*, *Lord Chief Justice* d'Angleterre et du Pays de Galles, ou un *Justice* de la Cour suprême)¹³³⁰.

668

¹³²⁰ CHARBONNIER, p. 472.

¹³²¹ Section 4 *Justice (NI) Act 2002*.

¹³²² Voir la liste au Schedule 1 du *Justice (NI) Act 2002*.

¹³²³ Section 5 (1) et Schedule 3 du *Justice (Northern Ireland) Act 2002*.

¹³²⁴ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 241.

¹³²⁵ CHARBONNIER, p. 471.

¹³²⁶ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 238.

¹³²⁷ Section 7 *Justice (Northern Ireland) Act 2002*.

¹³²⁸ Cf. *supra*, N 634.

¹³²⁹ Section 6 *Justice (Northern Ireland) Act 2002*.

¹³³⁰ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 238.

c) *L'avancement*

669 Tout comme pour le reste du Royaume-Uni, il n'existe pas de système particulier de promotion en Irlande du Nord. Pour obtenir un poste de grade plus élevé, les juges doivent déposer leur candidature auprès du NIJAB quand ces postes deviennent disponibles¹³³¹.

d) *La formation*

670 La formation continue des juges est assurée par le *Judicial Studies Board* (JSB) d'Irlande du Nord, créé en 1994¹³³². Cette entité a pour tâche de dispenser des cours tant aux magistrats professionnels qu'aux membres laïcs de la magistrature (*lay magistrates*). Une personne ne peut d'ailleurs être nommée comme *lay magistrate* sans avoir suivi un certain nombre de cours¹³³³.

2.4.6. La Cour suprême du Royaume-Uni

2.4.6.1. Rôle et compétences

671 La *Supreme Court of the United Kingdom*¹³³⁴ est entrée en fonction le 1^{er} octobre 2009, suite au *Constitutional Reform Act* de 2005. Elle a remplacé l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords, jusqu'alors la dernière instance judiciaire étatique en matière pénale et civile. Cette dernière formation juridictionnelle siégeait, pour des raisons historiques, au sein de la Chambre haute du Parlement de Westminster. Or, même si les *Law Lords* ne prenaient plus part aux débats législatifs par coutume¹³³⁵, cette confusion des genres pouvait poser problème au regard de la séparation des pouvoirs, tout comme de l'indépendance de la justice. Cela a conduit le Gouvernement travailliste à proposer la création d'une nouvelle juridiction¹³³⁶. Ainsi, sur les douze *Law Lords*, dix d'entre eux sont devenus les premiers membres de la Cour suprême¹³³⁷.

672 La *Supreme Court* statue en dernière instance sur les appels contre les décisions des juridictions de tout le Royaume-Uni, tant en matière civile que pénale, à l'exception des affaires pénales en Ecosse, où la *High Court of Justiciary* reste la juridiction de dernière instance¹³³⁸. En outre, la Cour suprême a repris les fonctions juridictionnelles du *Judicial Committee of the Privy Council*, à savoir celles de statuer sur les appels contre les décisions de certaines juridictions du *Commonwealth* ainsi que sur des questions de délégation de compétences aux autorités régionales (« *devolution issues* »)¹³³⁹. La *Supreme Court* n'a cependant pas été instaurée en tant que Cour constitutionnelle¹³⁴⁰. En vertu du principe de la souveraineté du Parlement, elle n'a (toujours) aucun pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, à l'exception, depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* 1998, de celles incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁴¹. La *Supreme Court* siège dans le bâtiment de Middlesex Guildhall à Londres, ce qui lui garantit également une indépendance administrative¹³⁴².

¹³³¹ CHARBONNIER, p. 474.

¹³³² <https://judiciaryni.uk/who-are-judicial-studies-board> (dernière consultation : 30.05.2020).

¹³³³ Cf. *Section 9 Justice (Northern Ireland) Act* 2002.

¹³³⁴ [<https://www.supremecourt.uk>].

¹³³⁵ BACHERT, p. 200.

¹³³⁶ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, pp. 194 s.

¹³³⁷ BACHERT, p. 200.

¹³³⁸ Cela était également le cas avant la création de la Cour suprême lorsque les décisions de la *High Court of Scotland* ne pouvaient pas, pour autant, faire l'objet d'un recours auprès de la Chambre des Lords de Westminster.

¹³³⁹ BACHERT, p. 200.

¹³⁴⁰ LEYLAND, p. 200.

¹³⁴¹ Elle ne peut toutefois annuler ou modifier la disposition violée mais uniquement la déférer au Parlement et au Gouvernement afin de les inciter à la modifier. Sur cette question, cf. entre autres CARTY RENNA, pp. 169 ss.

¹³⁴² GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 195.

2.4.6.2. Les conditions d'éligibilité

Pour être nommé juge à la Cour suprême, il faut soit avoir exercé comme juge pendant deux ans auprès d'une des plus hautes juridictions du Royaume-Uni (*High Court* ou *Court of Appeal* d'Angleterre et du Pays de Galles, ou d'Irlande du Nord, et *Court of Session* d'Ecosse¹³⁴³), soit être un praticien qualifié depuis au moins quinze ans¹³⁴⁴. Est considéré comme tel un *barrister* ou un *solicitor* anglais ou gallois qualifié pour plaider auprès des juridictions supérieures, un *advocate* ou un *solicitor* écossais qualifié pour plaider auprès de la *Court of Session* et de la *High Court of Justiciary* ou encore un membre du barreau d'Irlande du Nord ou *solicitor* de la *Court of Judicature* d'Irlande du Nord¹³⁴⁵.

Auparavant, avant de pouvoir être nommé *Lord of Appeal in Ordinary* (c'est-à-dire juge auprès de la Chambre des Lords dans sa formation judiciaire), il fallait, le plus souvent, avoir exercé en tant que juge auprès de la *Court of Appeal* d'Angleterre et du Pays de Galles. En pratique, deux membres provenaient d'Ecosse et un d'Irlande du Nord¹³⁴⁶. A ce titre, le *Constitutional Reform Act* 2005 mentionne expressément que la commission de sélection doit s'assurer que les juges de la Cour suprême aient une connaissance large ainsi qu'une expérience pratique du droit de chaque « partie » du Royaume-Uni¹³⁴⁷. Une fois nommés, les juges sont appelés *Justices* ; ils reçoivent le titre honorifique de *Lord* ou de *Lady*¹³⁴⁸. La Cour suprême est actuellement composée de neuf juges anglais ou gallois, deux juges écossais et un juge nord-irlandais¹³⁴⁹.

2.4.6.3. La sélection des juges

Les *Law Lords* étaient désignés par la Reine sur recommandation du Premier ministre qui agissait sur les conseils du *Lord Chancellor*. Depuis l'entrée en vigueur du *Crime and Court Act* 2013, la sélection des membres de la Cour suprême est dorénavant opérée par une commission *ad hoc* composée d'au moins une personne non-juriste (*lay member*), d'au moins un membre de la Cour (suprême) et d'au moins un représentant de chacune des trois commissions régionales de recrutement des juges¹³⁵⁰. La présence de ces derniers permet donc une répartition équitable des diverses entités décentralisées du Royaume-Uni¹³⁵¹.

La sélection des juges doit être fondée sur le mérite¹³⁵². La procédure est régie par les sections 25 à 31 du *Constitutional Reform Act*. Après la mise au concours du poste vacant, la Commission de sélection auditionne les candidats qui ont postulé sur le site de la Cour suprême. Une fois les auditions effectuées, la Commission consulte les juges exerçant les plus hautes fonctions au sein du Royaume-Uni¹³⁵³ ainsi que le *Lord Chancellor*, le Premier ministre écossais, le Premier ministre gallois et la *Judicial Appointment Commission* d'Irlande du Nord¹³⁵⁴. En revanche, le pouvoir législatif ne prend pas part au processus de sélection. Les parlementaires ne peuvent notamment pas auditionner les candidats avant leur nomination. Dans son rapport de mars 2012, la Commission constitutionnelle de la Chambre des Lords justifiait cette absence d'interférence politique aux

¹³⁴³ BACHERT, p. 202.

¹³⁴⁴ Section 25(1)(b) CRA 2005.

¹³⁴⁵ Cf. section 25(2) CRA 2005, partiellement modifiée par le *Tribunal and Enforcement Act* 2007.

¹³⁴⁶ TURENNE, p. 154.

¹³⁴⁷ BACHERT, p. 202. Section 27(8) CRA 2005 : « *In making selections for the appointment of judges of the Court the commission must ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom* ».

¹³⁴⁸ BACHERT, p. 202.

¹³⁴⁹ Pour les biographies des *Justices*, cf. [<https://www.supremecourt.uk/about/biographies-of-the-justices.html>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹³⁵⁰ Schedule 13, part 4, 1B *Crime and Court Act* 2013 ; Section 27 (1B) CRA 2005.

¹³⁵¹ BACHERT, p. 200. Initialement, le *Constitutional Reform Act* 2005 prévoyait la présence dans la Commission de sélection du président et du vice-président de la Cour suprême. Cette composition a été modifiée par le *Crime and Court Act* 2013, suite à un rapport de la commission constitutionnelle de la Chambre des Lords, qui préconisait de ne pas faire participer ces magistrats au processus ; ceci afin de garantir une sélection basée sur le mérite et non sur des préférences amicales. *House of Lords Select Committee on the Constitution*, « *Judicial Appointments* », 28 mars 2012, 25^e rapport de la session 2010-2012, pt. 144, cité par BACHERT, p. 201.

¹³⁵² Section 27(5) CRA 2005.

¹³⁵³ Définis à l'art. 60(1) CRA 2005.

¹³⁵⁴ Section 27(2) CRA 2005 ; Section 18 (1) *The Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations*.

motifs « qu'au Royaume-Uni, la légitimité des juges découle de leurs compétences et non d'un mandat démocratique »¹³⁵⁵.

677 La Commission retient ensuite une candidature, qu'elle soumet au *Lord Chancellor*. Celui-ci peut soit l'accepter, soit la rejeter, soit encore demander un nouvel examen. Il ne peut la rejeter que s'il considère que la personne sélectionnée n'est pas compétente pour la fonction (« *is not suitable for the office concerned* »). Il ne peut demander une reconsidération que lorsqu'il n'y a pas assez d'éléments qui prouvent que la personne est compétente pour la fonction (« *there is not enough evidence that the person is suitable for the office concerned* »), qu'il y des éléments qui prouvent qu'elle n'est pas la plus méritante (« *there is evidence that the person is not the best candidate on merit* ») ou lorsqu'il n'y a pas assez d'éléments qui prouvent que si le candidat était nommé, les juges de la Cour suprême auraient une connaissance et une expérience de la pratique du droit de chaque partie du Royaume-Uni. Le *Lord Chancellor* doit motiver ses décisions de rejet ou de demande de reconsidération par écrit. Lorsqu'il rejette une candidature, la Commission ne peut pas, à nouveau, sélectionner la personne rejetée. Lorsqu'il requiert la reconsidération de la décision, la Commission peut, par contre, sélectionner la même personne¹³⁵⁶. Le *Lord Chancellor* peut exercer trois fois son droit de veto pour chaque nomination, mais lors de la troisième recommandation faite par la Commission, il devra obligatoirement choisir une des trois propositions formulées¹³⁵⁷.

2.4.6.4. La nomination des juges

678 Une fois que le *Lord Chancellor* a accepté le nom du candidat proposé par la Commission, il le transmet au Premier ministre du Royaume-Uni. Ce dernier est obligé de le recommander à la Reine, sans possibilité de proposer un autre candidat¹³⁵⁸. Sa Majesté nommera alors formellement le nouveau *Justice* de la Cour suprême.

679 Comme les autres juges des cours supérieures du Royaume-Uni, les membres de la *Supreme Court* sont inamovibles. Cela signifie qu'ils gardent leur fonction pour autant qu'ils se conduisent décemment (« *during good behaviour* ») ; ils peuvent être révoqués que par décision du Souverain, à la requête des deux Chambres du Parlement du Royaume-Uni¹³⁵⁹. Ils ne sont pourtant pas nommés à vie, puisque l'âge de leur retraite, qui signifie la fin de leur fonction, est actuellement fixé à 70 ans¹³⁶⁰.

2.4.7. Synthèse et brève appréciation du système

2.4.7.1. Une fonction prestigieuse réservée à une élite financière et intellectuelle

680 Suivant une tradition qui remonte au Moyen Âge et qui se poursuit jusqu'à nos jours, le système britannique repose sur la prémisse que seuls les juristes les plus chevronnés, ayant généralement exercé une dizaine d'années au moins comme *barrister*, plus rarement comme *solicitors*, accèdent à la magistrature professionnelle. Ainsi, les capacités professionnelles antérieures des candidats, leur préparation culturelle élevée et leur relation sociopolitique avec la société (réputation) sont prises en compte lors de leur désignation¹³⁶¹. La magistrature professionnelle du Royaume-Uni reste donc réservée à une élite financière et intellectuelle. Les critères choisis pour la sélection des juges répondent à l'exigence de ne consentir l'accès à la magistrature « qu'à des sujets dotés d'un certain professionnalisme et qui se reconnaissent dans des valeurs sociales consolidées »¹³⁶². Ce rayonnement provient tant de leur rôle de créateur de droit que de la place privilégiée qu'ils occupent au sein

¹³⁵⁵ *House of Lords Select Committee on the Constitution*, « *Judicial Appointments* », 28 mars 2012, 25^e rapport de la session 2010-2012, point 46, cité et traduit par BACHERT, p. 201.

¹³⁵⁶ *Sections 20 à 22 The Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations 2013*.

¹³⁵⁷ BACHERT, p. 201.

¹³⁵⁸ *Section 26 (2) (3) CRA 2005*.

¹³⁵⁹ *Section 33 CRA 2005*.

¹³⁶⁰ *Section 26(4)(a) Judicial Pensions and Retirement Act 1993*, par renvoi de la *section 35(3) CRA 2005*.

¹³⁶¹ DE VERGOTTINI, p. 280.

¹³⁶² *Ibid.* (notre traduction).

de la communauté des juristes¹³⁶³. D'ailleurs, le *barrister* n'hésitera parfois pas à diminuer ses revenus afin de devenir juge¹³⁶⁴.

La conséquence de ce mode de recrutement est la création d'une classe de juges culturellement et socialement homogène qui, d'ailleurs, n'est pas très loin de celle caractérisant l'élite politique¹³⁶⁵. L'inamovibilité dont ils bénéficient ajoute d'ailleurs du prestige à leur profession¹³⁶⁶. En conséquence, on dénote une certaine uniformité au sein des professions judiciaires d'outre-Manche, les *barristers* et les juges ayant souvent fréquenté les mêmes universités prestigieuses (Oxford et Cambridge en particulier), puis les mêmes écoles de formation au barreau (*Inns of courts*). Autrement dit, ils sont formés « selon un moule unique et appartiennent au même monde »¹³⁶⁷. Les femmes restent donc largement minoritaires dans la magistrature professionnelle, particulièrement au sein des juridictions supérieures¹³⁶⁸, même si on peut constater que leur nombre a augmenté ces dernières années¹³⁶⁹. Il en va de même des *solicitors*, qui se dirigent avant tout vers les cours inférieures¹³⁷⁰. Le nombre de juges se déclarant appartenir à une minorité ethnique reste également encore assez faible¹³⁷¹.

681

2.4.7.2. Une désignation devenue plus transparente et moins politisée

Incontestablement, la mise en place de la JAC en Angleterre et au Pays de Galles, ainsi que du JABS et de la NIJAC, respectivement en Ecosse et en Irlande du Nord, a amené davantage de transparence dans la sélection des magistrats et par-là augmenté la confiance du public dans les institutions judiciaires¹³⁷². Du reste, les sites internet de ces organismes expliquent clairement les diverses étapes du processus de sélection (annonce de postes vacants, critères d'éligibilité, examens des candidatures par la commission, tests en ligne, etc.), qui faisaient défaut auparavant. Partant, le recrutement soi-disant au moyen d'une « tape sur l'épaule » semble s'amenuiser. De plus, la présence, au sein de ces commissions, de membres du pouvoir judiciaire et de « laïcs » écarte, du moins en théorie, toute immixtion du pouvoir politique dans la sélection des juges, et accroît la diversité au sein de la magistrature. Par ailleurs, le *Lord Chancellor* ne participe plus qu'à la nomination des membres des juridictions supérieures et ne peut exercer qu'un droit de veto sur les propositions des commissions de sélection. Du reste, le pouvoir législatif est exclu du processus de désignation. En Ecosse et en Irlande du Nord, les juges professionnels se trouvent (encore) plus détachés du monde politique, le *Lord Chancellor* ne jouant aucun rôle dans leur désignation¹³⁷³.

682

2.4.7.3. Une emprise toujours (trop ?) forte des juges sur la désignation de leurs pairs

Mais ce relatif retrait du pouvoir exécutif de la scène judiciaire a inexorablement accentué l'emprise du pouvoir

683

¹³⁶³ CUNIBERTI, N 206.

¹³⁶⁴ TURENNE, p. 183. Quand bien même les juges du Royaume-Uni restent parmi les mieux payés d'Europe, derrière les Suisses. Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 112.

¹³⁶⁵ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 35

¹³⁶⁶ Olivier PLUEN cite à cet égard une opinion formulée en 1970 par Lord HAILSHAM, *Lord Chancellor*, qui répondait au Parlement britannique au sujet de la démission d'un juge de la *High Court*, seulement deux ans après avoir été nommé. Lorsqu'il recevait un entretien les candidats à la magistrature, il avait pris l'habitude de leur dire qu'il voyait « leur inamovibilité par le Parlement comme une raison de concevoir leur carrière comme permanente, et qu'ils devraient aborder la magistrature avec l'enthousiasme du fiancé abordant le mariage, ou du novice abordant la prêtrise » (traduction de la part de PLUEN, p. 743 des 312 *House of Lords Debates*, 1314 nov. 1970).

¹³⁶⁷ CUNIBERTI, N 203.

¹³⁶⁸ MALLESON, Appointment, pp. 125 s. En 2019, 32% des juges au sein des *courts* anglaises et galloises étaient des femmes (et 46% dans les *tribunals*). Les femmes ne sont notamment que deux (sur douze juges) à la Cour suprême. Cf. [<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/diversity/judicial-diversity-statistics-2019/>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ *Ibid.* Ils ne sont que 33% au sein des cours de justice mais 63% au sein des *tribunals*.

¹³⁷¹ Afin d'encourager les juristes appartenant à un groupe sous-représenté (femmes, minorités ethniques) de se porter candidat, un programme de formation en ligne (*Pre-Application judicial Education programme*) a été mis en place en 2019. Cf. RIPLEY Alice, *Becoming a judge in England and Wales: An Introduction*, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2019/2, N 16 ss.

¹³⁷² MALLESON, Appointment, p. 132 ; TURENNE, p. 182.

¹³⁷³ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 230.

judiciaire, en particulier des *senior judges*, sur la désignation de leurs pairs¹³⁷⁴. Déjà entamée par la réforme constitutionnelle de 2005, la marginalisation du *Lord Chancellor* s'est intensifiée, en Angleterre et au Pays de Galles, lors de la réforme judiciaire de 2013 qui lui a ôté ses prérogatives de préavis pour la désignation des juges des cours inférieures et des tribunaux. Le *Lord Chancellor* est ainsi devenu responsable de la nomination de 3% des juges seulement¹³⁷⁵. En conséquence, certains auteurs craignent un renforcement d'une désignation par cooptation, ce qui entraînerait un retour au conservatisme et aux préférences amicales – qu'on nomme parfois « *the politics of the lawyer class* »¹³⁷⁶ – tout comme un déficit de légitimité démocratique¹³⁷⁷. Par ailleurs, malgré la présence de membres laïcs dans les commissions de sélection, l'influence des juges n'en reste pas moins significative. Les premiers sont, du reste, susceptibles d'être contagionnés par les seconds en raison de leur expérience et de leur aura¹³⁷⁸.

- 684 En conséquence, une partie de la doctrine préconise une majeure implication du Parlement, notamment d'une commission parlementaire, dans le processus de sélection des juges, ce qui renforcerait leur légitimité démocratique ainsi que la confiance du public dans les institutions judiciaires¹³⁷⁹. En outre, s'agissant des membres de la Cour suprême, une auteure propose, à l'instar du système fédéral américain, que les auditions effectuées lors du processus de sélection soient retranscrites puis publiées, ce qui garantirait une certaine transparence¹³⁸⁰.

2.5. Les Etats-Unis d'Amérique

2.5.1. Quelques éléments historiques

2.5.1.1. La Constitution des Etats-Unis et la création de la Cour suprême

- 685 Au XVIII^e siècle, le territoire nord-américain est composé de treize colonies, dépendantes de l'Angleterre. Afin de se délier de celle-ci, elles se regroupent progressivement pour aboutir à la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776. Ce lien se renforce à l'issue de leur victoire contre l'armée britannique lors de la guerre d'indépendance. Le traité de Paris de 1783 reconnaît alors la République fédérale des Etats-Unis. Toutefois, les liens entre les colonies sont encore trop lâches, et les conflits entre elles se cristallisent en raison des politiques économiques que chacune exerce au détriment des autres. Un groupe d'hommes éclairés, notamment Benjamin FRANKLIN, George WASHINGTON et James MADISON, comprend alors la nécessité de renforcer l'union entre les Etats. C'est grâce à leur obstination que 55 délégués de douze Etats (exception du Rhode Island) se réunissent au mois de mai 1787 à Philadelphie en une convention. Celle-ci aboutit, le 17 septembre 1787, à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique¹³⁸¹.
- 686 La philosophie des Pères fondateurs (*Founding Fathers*) de la nation – influencée par celle des penseurs des Lumières – est d'instituer un Etat fédéral, au sein duquel les trois pouvoirs ne seraient pas réunis entre les mains d'une seule institution ou d'un seul homme, mais, au contraire, interagiraient dans un mécanisme de contrôles et d'équilibres (*checks and balances*)¹³⁸². La Constitution reconnaît ainsi trois pouvoirs distincts : le législatif (art. I), l'exécutif (art. II) et le judiciaire (art. III). A propos de ce dernier, elle instaure une véritable justice fédérale, avec une Cour suprême, laissant au législateur le soin d'instituer d'autres cours fédérales

¹³⁷⁴ *Idem*, p. 254.

¹³⁷⁵ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 255.

¹³⁷⁶ GEE, *Judicial Selection*, p. 143.

¹³⁷⁷ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence* p. 192 ; MALLESON, *Appointment*, p. 122.

¹³⁷⁸ GEE/HAZELL/MALLESON/O'BRIEN, *Judicial Independence*, p. 177.

¹³⁷⁹ Cf. MALLESON, *Appointment*, p. 122.

¹³⁸⁰ BACHERT, p. 204.

¹³⁸¹ ZOLLER, pp. 6 ss.

¹³⁸² MAHON/BENOIT, N 8 et 53.

inférieures. Leurs juges restent en place tant qu'ils auront une « bonne conduite » (« *good behavior* »)¹³⁸³, c'est-à-dire essentiellement à vie. Ils sont nommés par le président avec l'accord du Sénat¹³⁸⁴.

2.5.1.2. Le choix du mode de désignation des juges fédéraux

De sensibilités plutôt élitistes, les Délégués présents à la Convention de Philadelphie font le choix de confier la nomination des juges au chef de l'exécutif, afin d'isoler les juges des pressions populaires et ainsi d'assurer leur indépendance¹³⁸⁵. Les Pères fondateurs doutent, en effet, de l'aptitude des citoyens à évaluer les qualifications des candidats¹³⁸⁶. Toutefois, la nomination des juges par le seul pouvoir exécutif est trop susceptible de rappeler la période coloniale durant laquelle le roi nommait, par le truchement de ses gouverneurs, les juges en Amérique¹³⁸⁷. C'est ainsi que les constituants confient au Sénat la prérogative de confirmer la nomination des juges fédéraux. Ce choix résulte d'un compromis entre ceux qui, comme James MADISON et Benjamin FRANKLIN, souhaitent donner au législatif un rôle important en la matière et ceux qui, comme Alexander HAMILTON, au contraire, sont favorables à une nomination exclusive par l'exécutif¹³⁸⁸.

En revanche, les critères d'éligibilité pour accéder à la Cour suprême ne font pratiquement l'objet d'aucun débat¹³⁸⁹. La logique des Délégués est d'ouvrir la porte de la magistrature aux plus méritants, indépendamment des conditions d'âge, de citoyenneté ou de résidence. Contrairement à l'Angleterre qui n'accepte pas les non-natifs au sein de sa magistrature, les Etats-Unis encouragent l'accès aux charges judiciaires à de nouveaux immigrants. En conséquence, trois parmi les dix premiers juges à siéger à la Cour suprême et deux parmi les 25 premiers juges de districts fédéraux sont nés hors du territoire étasunien¹³⁹⁰. Cela dit, la question des qualifications juridiques est brièvement invoquée par Benjamin FRANKLIN, pour qui le système écossais, où les avocats nomment leurs confrères plus compétents aux charges judiciaires, peut présenter certains avantages. La majorité des Délégués estime, cependant, « probablement un peu trop naïvement, mais de manière compréhensible »¹³⁹¹, que le pouvoir politique s'assurerait de nommer des juges sur la base de leur mérite. Par ailleurs, la grande majorité des juges nommés à partir de 1789 appartient à la classe supérieure, certains d'entre eux ayant même participé à la Convention de Philadelphie¹³⁹².

Du reste, la nomination des juges prend rapidement une tournure partisane. Ainsi, au cours de ses deux mandats (1789-1797), le premier président de l'Union, Georges WASHINGTON, nomme à la Cour suprême presque exclusivement des hommes susceptibles d'épouser la philosophie fédéraliste du Gouvernement. D'ailleurs, sept d'entre eux avaient participé à la Convention de Philadelphie ; et Georges WASHINGTON les connaît intimement¹³⁹³. De même, parmi les premiers juges nommés aux cours inférieures, la plupart avaient soutenu publiquement la nouvelle Constitution dans leurs conventions d'Etats respectifs¹³⁹⁴. Ce phénomène de politisation s'accroît lors des présidences de John ADAMS (1797-1801), qui nomme des fédéralistes, et de Thomas JEFFERSON (1801-1809), qui nomme des républicains (« antifédéralistes »)¹³⁹⁵. Cette alternance politique est, du reste, à l'origine du fameux arrêt de la Cour suprême *Marbury v. Madison* qui inaugure la juridiction constitutionnelle sur les lois fédérales¹³⁹⁶.

¹³⁸³ Art. III, section 1 de la Constitution.

¹³⁸⁴ Art. II, section 2 de la Constitution.

¹³⁸⁵ ZOLLER, p. 107.

¹³⁸⁶ MAYALI, p. 257.

¹³⁸⁷ REED AMAR, p. 218.

¹³⁸⁸ ABRAHAM, p. 25. On relèvera que le délégué du Massachusetts Nathaniel GORHAM, qui signe la Constitution de 1787, est le premier à proposer l'idée selon laquelle le président doit nommer les juges et le Sénat les confirmer. HUDSON, p. 3.

¹³⁸⁹ ABRAHAM, p. 25.

¹³⁹⁰ REED AMAR, p. 219.

¹³⁹¹ ABRAHAM, p. 26 (notre traduction).

¹³⁹² REED AMAR, p. 219.

¹³⁹³ ABRAHAM, pp. 71 ss.

¹³⁹⁴ REED AMAR, p. 219.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 220.

¹³⁹⁶ Les faits sont les suivants : les élections de 1800 ayant été perdues par les fédéralistes, ceux-ci s'empressent de créer de nouveaux postes de juges fédéraux, afin de renforcer leur emprise sur le pouvoir judiciaire. Les nominations du président ADAMS ont été approuvées par le Sénat mais les lettres de nominations n'ont pas pu être « notifiées » aux nouveaux élus avant la fin du mandat de John ADAMS. Dès son

2.5.1.3. Une nomination « during good behavior »

690 Il faut ensuite déterminer la durée du mandat des juges fédéraux. L'*Act of Settlement* de 1701, qui garantit l'indépendance et l'inamovibilité aux juges anglais¹³⁹⁷, n'avait alors pas été étendu aux colonies nord-américaines¹³⁹⁸. Cette situation est mal acceptée par les Américains, qui considèrent alors les juges coloniaux « comme des agents serviles du roi »¹³⁹⁹. Du reste, cette ingérence de la couronne britannique dans les affaires judiciaires d'outre-Atlantique est vigoureusement dénoncée dans la Déclaration d'Indépendance de 1776, en ces termes : « Il [le roi] a placé les juges dépendants de sa seule volonté, pour la durée de leur fonction, le montant et le paiement de leur salaire »¹⁴⁰⁰. C'est ainsi que l'inamovibilité des juges est affirmée, la même année, dans la plupart des Constitutions des nouveaux Etats autoproclamés¹⁴⁰¹.

691 Par conséquent, pendant la Convention de Philadelphie, il apparaît que la garantie d'inamovibilité des magistrats « ait fait l'objet d'un certain consensus »¹⁴⁰². Une fois ce principe proclamé dans la Constitution¹⁴⁰³, il faut toutefois le faire ratifier par les Etats. Les débats, qui font alors rage entre fédéralistes et antifédéralistes, portent également sur cette question. Un des chefs de file des premiers, Alexander HAMILTON soutient, dans la revue *The Federalist*, sous le pseudonyme de « Publius », que « l'inamovibilité assure l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir politique, comme de l'opinion publique, et garantit qu'il interprète objectivement la loi sans risques de représailles politiques »¹⁴⁰⁴. Autrement dit :

“[t]he standard of good behavior for the continuance in office of the judicial magistracy, is certainly one of the most valuable of the modern improvements in the practice of government. In a monarchy it is an excellent barrier to the despotism of the prince; in a republic it is a no less excellent barrier to the encroachments and oppressions of the representative body. And it is the best expedient which can be devised in any government, to secure a steady, upright, and impartial administration of the laws” (PUBLIUS, *The Federalist*, n° 78).

692 A l'inverse, les antifédéralistes s'opposent à cette garantie. Tel est le cas du rédacteur de la Déclaration d'Indépendance, Thomas JEFFERSON, qui considère la nomination à vie comme « *wholly inconsistent with our ordered republic* »¹⁴⁰⁵ et plaide ainsi pour un mandat de quatre ou six ans, renouvelable¹⁴⁰⁶. De même, le juge Robert YATES, sous le pseudonyme de « Brutus », dénonce la nomination à vie des juges fédéraux « *and the degree to which it separated courts from democratic accountability* »¹⁴⁰⁷.

2.5.1.4. La procédure d'*impeachment*

693 Les juges fédéraux nommés à vie seront toutefois destitués s'ils ne se montrent plus dignes d'exercer leur fonction. Conformément au système de *checks and balances* institué dans le nouvel Etat fédéral, le Congrès se voit confier le pouvoir de destituer les juges fédéraux, tout comme le président, le vice-président des Etats-

entrée en fonction, le Président antifédéraliste JEFFERSON ordonne alors à son nouveau Secrétaire d'Etat, James MADISON, de retenir ces lettres, dont celle qui devait être adressée à William MARBURY, qui avait été désigné juge pour le district de Columbia. Celui-ci s'adresse alors à la Cour suprême afin qu'elle ordonne à MADISON de lui remettre sa lettre de nomination. Le recours est rejeté par la Cour. Cf. à ce sujet, not. MAHON/BENOIT, N 65.

¹³⁹⁷ Cf. *supra*, N 592.

¹³⁹⁸ MAYALI, p. 256. A noter que le bénéfice de l'inamovibilité est toutefois accordé ponctuellement aux juges de certaines colonies, notamment au Delaware et en Pennsylvanie. PLUEN, N 222.

¹³⁹⁹ DARBY, p. 352.

¹⁴⁰⁰ Neuvième proposition, citée par MAYALI, p. 256.

¹⁴⁰¹ Caroline du Sud, Virginie, New Jersey, Delaware, Pennsylvanie, Maryland, Caroline du Nord et New York. PLUEN, N 223.

¹⁴⁰² PLUEN, N 223. PUBLIUS, *The Federalist* n° 78 : « *According to the plan of the convention, all judges who may be appointed by the United States are to hold their offices during good behavior; which is conformable to the most approved of the State constitutions and among the rest, to that of this State* ».

¹⁴⁰³ Art. III, section 1 : « *The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior* ».

¹⁴⁰⁴ Cf. PUBLIUS, *The Federalist*, n° 78, cité par CALABRESI/LINDGREN, p. 842 (notre traduction).

¹⁴⁰⁵ Lettre de Thomas JEFFERSON à William T. BARRY (2 juillet 1822), citée par CALABRESI/LINDGREN, p. 773.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.* ; GREENHOUSE, p. 35.

¹⁴⁰⁷ BRUTUS, *The Antifederalists*, n° 15 (20 mars 1788), cité par CALABRESI/LINDGREN, p. 773.

Unis et les fonctionnaires civils¹⁴⁰⁸. Les motifs d'une telle sanction sont ceux de « *treason, bribery or other high crimes misdemeanors* », ce qu'on peut traduire par « trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs ».

L'attribution de cette compétence au pouvoir législatif n'a pas été évidente de prime abord pour les Délégués, certains d'entre eux ayant proposé de donner ce pouvoir à une juridiction fédérale. Plus précisément, si la mise en accusation par la Chambre des représentants ne semble pas avoir soulevé de fortes oppositions, la question s'est posée de savoir si le jugement devait être confié à la Cour suprême plutôt qu'au Sénat. Cette dernière solution l'emporte finalement, la majorité des Délégués étant soucieuse de laisser cette prérogative exclusivement au pouvoir politique¹⁴⁰⁹. Toutefois, la présidence du procès au Sénat est confiée au président de la Cour suprême fédérale, dans le cas où l'accusé se trouverait être le président des Etats-Unis¹⁴¹⁰.

Les règles de majorité diffèrent toutefois selon les Chambres. Alors que la Chambre des représentants doit voter la mise en accusation à la majorité simple, le Sénat déclare l'accusé coupable ou non, par un vote à la majorité des deux tiers¹⁴¹¹. Le choix d'une majorité plus forte à la Chambre haute est guidé par la volonté des Pères fondateurs de contrebalancer les décisions potentiellement hâtives de la Chambre basse. Ainsi, le Sénat composé de citoyens bien instruits et plus riches est censé être capable de rendre des jugements dans le meilleur intérêt de la nation¹⁴¹².

Une autre discussion porte sur l'intitulé des motifs de destitution. Si la trahison et la corruption (*treason and bribery*) n'ont pas vraiment suscité de débat, l'expression « *high crimes and misdemeanors* » n'est adoptée qu'au terme de certaines hésitations. La première version mentionnait « *maladministration* », mais le terme avait été rejeté en raison du risque que le président soit trop facilement censuré par le Congrès et devienne ainsi trop dépendant de lui¹⁴¹³.

2.5.1.5. La prévalence de l'élection populaire dans les Etats

Au moment de la création de l'Union, l'organisation tant politique que judiciaire des Etats est confuse. Souvent, les fonctions législative, exécutive et judiciaire sont exercées par les mêmes personnes. Cet enchevêtrement des pouvoirs politique et judiciaire résulte d'une conception de la démocratie fondée sur l'expression de la volonté populaire et peu sensible aux théories constitutionnelles du Gouvernement. C'est dans cette optique qu'est introduite l'élection des juges¹⁴¹⁴. Mais c'est l'élection d'Andrew JACKSON à la présidence de l'Etat fédéral en 1829 qui transforme durablement le paysage politique américain. Premier président d'origine modeste, le « *Common Man* » inaugure une ère de démocratisation de la vie politique¹⁴¹⁵. Il insuffle un nouveau mouvement, plus populaire, voire populiste, qui « se méfie de ces juges fédéraux arrogants qui prennent prétexte de textes juridiques obscurs pour réorganiser l'ordre social selon les vues de la classe dirigeante et qui, parce qu'ils sont inamovibles, n'ont de compte à rendre à personne »¹⁴¹⁶.

Ainsi, on assiste au retour à une forme de démocratie directe, influençant toutes les branches du pouvoir. Les nouveaux Etats qui ont rejoint l'Union en 1830 s'opposent à la hiérarchie sociale et à l'élitisme en vigueur dans les premiers Etats de l'Est. Ils mettent alors en place l'élection populaire des juges¹⁴¹⁷. Le but recherché par ce système est également, semble-t-il, de promouvoir une plus grande indépendance des juges, en ce sens

¹⁴⁰⁸ Art. II, section 4 de la Constitution. A vrai dire, l'article constitutionnel ne mentionne pas les juges fédéraux, mais on admet que ceux-ci entrent dans le champ d'application de cet article. SULLIVAN/FELDMAN, p. 31

¹⁴⁰⁹ Cf. GERHARDT, pp. 5 ss.

¹⁴¹⁰ MICHAUT, p. 20.

¹⁴¹¹ Art. I, section 2, § 5, et section 3, § 6 Constitution.

¹⁴¹² GERHARDT, pp. 9 s.

¹⁴¹³ MAHON/BENOIT, N 51 ; GERHARDT, pp. 7 ss.

¹⁴¹⁴ MAYALI, pp. 257 s. Par exemple, en 1777, la Constitution de l'Etat du Vermont (chap. II, sect. 27) reconnaît à tout « homme libre » le droit de choisir les juges des juridictions de première instance.

¹⁴¹⁵ MAHON/BENOIT, N 14.

¹⁴¹⁶ ZOLLER, pp. 108 s.

¹⁴¹⁷ MAYALI, p. 259 ; TUSHNET, Judicial selection, p. 144.

qu'ils ne dépendront plus du pouvoir législatif et exécutif. Par ailleurs, les citoyens se sentiront mieux protégés des mesures oppressives de l'Etat¹⁴¹⁸.

699 Par ailleurs, ce mandat démocratique doit périodiquement être renouvelé. Le peuple a donc la possibilité de ne pas réélire le juge. C'est ainsi qu'en 1832, l'Etat du Mississippi – suivi en 1846 par New York – est le premier à instaurer dans sa nouvelle Constitution un système d'élection des juges pour une durée déterminée¹⁴¹⁹. Puis, d'autres Etats suivent cette tendance, de sorte qu'en 1861, à la veille de la guerre de Sécession, 24 Etats sur 34 appliquent l'élection populaire, et pour une durée déterminée, des juges¹⁴²⁰. Ce mode de désignation est ensuite adopté par tous les autres Etats qui rejoignent l'Union, jusqu'en 1912¹⁴²¹.

700 Toutefois, cet engouement pour une justice légitimée par la souveraineté populaire s'effrite progressivement. L'élection des juges devient extrêmement partisane. Dans certains Etats, le pouvoir judiciaire est même « confié à des politiciens partisans, incompetents et parfois corrompus »¹⁴²². Du reste, la réélection est un moyen pratique pour « remplacer des magistrats intransigeants par des personnes plus favorables au programme du parti »¹⁴²³. Le poids des partis politiques dans le processus de sélection est dénoncé, en particulier par les membres des professions juridiques. L'appareil judiciaire perd ainsi de sa crédibilité au sein de la population. En conséquence, dès 1868, certains Etats abandonnent la pratique de l'élection partisane et retournent à la nomination par l'exécutif. D'autres, notamment ceux du Nord-Ouest, adoptent des élections non partisans dans lesquelles l'affiliation politique des candidats n'est pas mentionnée¹⁴²⁴.

701 Par ailleurs, l'augmentation du nombre d'affaires portées devant les tribunaux ainsi que la complexité croissante des phénomènes économiques et sociaux réclament des juges instruits. On assiste alors, à la fin du XIX^e siècle, à la professionnalisation de l'ensemble des carrières juridiques. Dans les universités, on développe la méthode d'enseignement fondée sur l'examen des décisions judiciaires (méthode du *case book*), ce qui peut assurer, d'une certaine manière, une sélection judiciaire basée sur des critères scientifiques tenus pour objectifs¹⁴²⁵. Cela dit, aucun Etat n'exige encore de formation juridique obligatoire pour ses juges.

702 Au début du XX^e siècle, un petit groupe d'universitaires crée l'*American Judicature Society*, dont un des buts est de proposer une réforme du mode de sélection des juges étatiques. En 1914, l'un d'entre eux, Albert M. KALES, professeur à l'Université Northwestern de Chicago, propose un projet, qui se veut un compromis entre l'élection et la nomination. Connue sous le nom du « *Merit Plan* » ou du « *Missouri plan* », du nom du premier Etat qui l'adopte en 1940, ce système prévoit la nomination du juge pour une durée déterminée par l'exécutif, sur la base d'une liste de candidats sélectionnés par une commission de nomination. Puis, à la fin du mandat, a lieu une élection dite « de rétention », dans laquelle les citoyens confirment ou non le juge en place¹⁴²⁶. D'autres Etats adoptent ensuite ce mode de désignation. Nous y reviendrons dans le chapitre consacré à la désignation des juges étatiques¹⁴²⁷.

2.5.2. L'organisation judiciaire

703 Avant d'aborder la désignation des juges proprement dite, il convient de présenter le système judiciaire américain. Une des spécificités de celui-ci est la superposition de deux organisations judiciaires complètes et séparées. D'une part, les juridictions fédérales et, d'autre part, les juridictions des Etats, qui se répartissent les compétences en matière de droit fédéral et étatique¹⁴²⁸.

¹⁴¹⁸ JACKSON, *Judicial Independence*, pp. 66 s.

¹⁴¹⁹ VOLCANSEK, *Judicial Misconduct*, p. 105.

¹⁴²⁰ MAYALI, p. 259.

¹⁴²¹ VOLCANSEK, *Judicial Misconduct*, p. 105.

¹⁴²² MAYALI, p. 260.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ *Idem*, p. 261; TUSHNET, *Judicial selection*, p. 144.

¹⁴²⁵ MAYALI, p. 262.

¹⁴²⁶ *Idem*, p. 263.

¹⁴²⁷ Cf. *infra*, N 756 ss.

¹⁴²⁸ Pour un aperçu schématique, cf. par exemple DEYSINE, *Les institutions*, pp. 48 s.

2.5.2.1. L'ordre juridictionnel fédéral

Aux termes de l'art. III, section 1, de la Constitution, « le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera confié à une Cour suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra de temps à autre ordonner l'institution. [...] »¹⁴²⁹. Le Congrès a fait usage de ce pouvoir en adoptant en 1789, quelques mois après l'entrée en vigueur de la Constitution, le *Judiciary Act*, qui crée un ordre juridictionnel fédéral spécifique comportant trois degrés de juridiction¹⁴³⁰.

704

A la base du système judiciaire fédéral, on trouve 94 *District Courts* – une au minimum pour chaque Etat – qui correspondent au nombre de districts judiciaires du pays. 89 cours de districts siègent dans les Etats américains et cinq autres dans le District de Columbia, à Porto Rico et dans les territoires de Guam, des Iles Vierges et des Mariannes du Nord. A côté de ces juridictions ordinaires, on trouve des juridictions spécialisées en matière fiscale, de banqueroute ou encore de commerce international. A l'échelon supérieur, le territoire est divisé en douze circuits judiciaires, dont un pour le District de Columbia, comprenant chacun une *Court of Appeals*, compétente pour revoir sur appel les décisions des cours de districts ainsi que les décisions de certaines agences administratives fédérales de son circuit. En outre, une *Court of Appeals for the Federal Circuit* détient une compétence étendue à l'ensemble du territoire, pour revoir les décisions dans certaines matières commerciales et administratives¹⁴³¹. Enfin, la *Supreme Court of the United States*, siégeant à Washington DC, constitue la juridiction fédérale de dernière instance. Nous y reviendrons plus en détail dans un chapitre spécifique¹⁴³².

705

2.5.2.2. L'ordre juridictionnel étatique

Chacun des 50 Etats qui composent l'Union a un ordre juridictionnel autonome et complet. La plupart d'entre eux comptent trois degrés d'instance, avec des cours de districts, en première instance, des cours d'appel, en deuxième instance, et une cour suprême (de l'Etat considéré) en tant que troisième et dernière instance. Onze Etats, peu peuplés, ne proposent que deux degrés d'instances : tribunaux de première instance et cour suprême. En outre, deux Etats (l'Oklahoma et le Texas) ont deux cours suprêmes, l'une en matière civile et l'autre en matière pénale¹⁴³³. A noter que 90% des affaires sont portés devant les juridictions des Etats¹⁴³⁴.

706

2.5.2.3. Le partage vertical des compétences

Les principes et les règles régissant le partage vertical des compétences entre les Etats fédérés et l'Etat central sont relativement complexes et ne feront pas l'objet de développements plus détaillés¹⁴³⁵. Mentionnons qu'en substance, les tribunaux fédéraux tranchent les questions qui relèvent de la compétence fédérale, c'est-à-dire les questions civiles ou pénales qui mettent en cause le droit fédéral (*federal questions*), ainsi que les affaires qui concernent plusieurs Etats, en particulier les litiges opposant les citoyens américains d'Etats différents (*diversity*)¹⁴³⁶. Quant aux cours d'Etats, elles sont compétentes pour les affaires intra-étatiques, qui relèvent le plus souvent du droit des Etats, mais aussi dans certains cas du droit fédéral. Cette répartition des compétences trouve notamment son fondement dans la Constitution des Etats-Unis, au X^e amendement, qui précise que

707

¹⁴²⁹ « *The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish* ». La traduction française de la Charte, ainsi que toutes celles qui suivront, est tirée du texte français de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, disponible sur le site internet suivant : [https://constitutioncenter.org/media/files/French-Constitution-8-19.pdf] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹⁴³⁰ ZOLLER, p. 52.

¹⁴³¹ Cf. MAHON/BENOIT, N 61.

¹⁴³² Cf. *infra*, N 712 ss.

¹⁴³³ CUNIBERTI, N 322.

¹⁴³⁴ DEYSINE, La justice, p. 46.

¹⁴³⁵ Cf. notamment à ce propos, ZOLLER, pp. 60 ss. Pour une comparaison avec le système fédéral Suisse, cf. BENOIT Anne, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, thèse, Zurich 2009.

¹⁴³⁶ Art. III section 2 § 1 Constitution.

toutes les compétences qui ne sont pas déléguées par la Constitution à l'Etat central reviennent aux Etats fédérés.

2.5.3. La désignation des juges fédéraux

2.5.3.1. Des itinéraires variés à défaut de conditions légales d'éligibilité

- 708 Contrairement à d'autres charges de l'Etat, il n'y a pas de conditions d'âge, de citoyenneté ou de résidence pour devenir juge fédéral. Il n'y a même pas besoin d'être titulaire d'un diplôme universitaire. Cependant, en pratique, la quasi-totalité des juges fédéraux sont des juristes. Ils ont combiné parfois des expériences juridiques et politiques¹⁴³⁷. Les juges de districts ont le plus souvent exercé, auparavant, en tant que juges étatiques, procureurs ou avocats¹⁴³⁸ ; les juges des cours d'appel ont, pour la plus grande partie d'entre eux, déjà travaillé au sein d'une autre juridiction (fédérale ou étatique)¹⁴³⁹. A ce titre, on constate récemment une augmentation du nombre de juges ayant été « promus » depuis les cours de district¹⁴⁴⁰. Du point de vue socio-économique, la magistrature fédérale américaine révèle un profil légèrement plus jeune et moins élitiste que celle britannique. Ce phénomène est d'autant plus marqué pour les juges nommés par les démocrates¹⁴⁴¹.
- 709 Au sein de la Cour suprême des Etats-Unis, les exigences sont plus élevées puisque sont nommés « d'éminents juristes jouissant d'un grand prestige personnel fondé sur une carrière antérieure variée »¹⁴⁴². Ils ont accompli de brillantes études dans une Faculté de droit prestigieuse de l'*Ivy League* (Harvard, Yale et Columbia avant tout), où ils sont devenus rédacteurs des revues juridiques. Ensuite, ils ont exercé généralement la fonction de *Law Clerk* auprès d'un juge fédéral (d'une cour d'appel ou de la Cour suprême) avant de devenir collaborateurs puis associés dans de prestigieux cabinets d'avocats ou alors ont rejoint la branche exécutive ou législative (fédérale ou étatique). Ils ont ensuite été nommés à une cour d'appel fédérale (et/ou à une cour suprême étatique). La mobilité est fréquente. Ils ont également parfois enseigné à l'université¹⁴⁴³. Actuellement, à la Cour Suprême, huit juges sur neuf ont été membres d'une cour d'appel fédérale¹⁴⁴⁴.
- 710 Par ailleurs, depuis une quarantaine d'années, la représentation des femmes et des minorités ethniques (Afro-américains, Hispaniques) a pris de l'ampleur au sein de l'ensemble de la justice fédérale¹⁴⁴⁵, en particulier dans les nominations démocrates. C'est ainsi que par exemple Barack OBAMA a nommé deux femmes à la Cour suprême, Sonia SOTOMAYOR en 2009 (de surcroît première Hispanique à accéder à cette fonction) et Elena KAGAN en 2010, faisant passer la plus haute instance judiciaire fédérale du pays, pour la première fois, à trois femmes. En revanche, le critère régional a presque totalement disparu à la fin du XX^e siècle, tout comme, dans une moindre mesure, celui religieux¹⁴⁴⁶.

2.5.3.2. La procédure de désignation : généralités

- 711 Les juges fédéraux sont nommés par le président des Etats-Unis « sur l'avis et avec le consentement du Sénat »¹⁴⁴⁷. La procédure est la même pour les juges des cours inférieures et ceux de la Cour suprême. Quand un poste devient vacant auprès d'une cour fédérale, le président en exercice choisira un candidat qui partagera en

¹⁴³⁷ GUARNIERI/PEDERZOLI, pp. 38 s.

¹⁴³⁸ CUNIBERTI, N 247. Parmi les juges de district nommés entre 1989 et 2000, 46% étaient juges et 50% avocats.

¹⁴³⁹ DEYSINE, Cour suprême, p. 62. En 2015, 80% des juges nommés aux cours d'appel avaient une expérience antérieure au sein d'une juridiction.

¹⁴⁴⁰ TUSHNET, Judicial selection, p. 145.

¹⁴⁴¹ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 39.

¹⁴⁴² DEYSINE, Cour suprême, p. 60.

¹⁴⁴³ *Idem*, pp. 61 s ; CUNIBERTI, N 257.

¹⁴⁴⁴ [<https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>] (dernière consultation : 19.05.2020). Elena KAGAN n'a jamais été juge auparavant.

¹⁴⁴⁵ WHEELER, pp. 538 ss.

¹⁴⁴⁶ TUSHNET, Judicial selection, p. 139. La Cour suprême, longtemps exclusivement protestante, compte aujourd'hui aussi des juges de confessions juive et catholique.

¹⁴⁴⁷ Art. II, section 2 Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

principe son idéologie politique¹⁴⁴⁸. En vertu du principe de la courtoisie sénatoriale, il informera le Sénat à l'avance de son choix. Celui-ci confirmera ou non le choix du candidat (à la majorité simple) après des auditions (*hearings*) faites par sa commission judiciaire, présidée par un membre du parti majoritaire¹⁴⁴⁹. La participation tant des pouvoirs exécutif que législatif est parfois considérée comme un exemple efficace du mécanisme des *checks and balances*¹⁴⁵⁰. Toutefois, la participation du président des Etats-Unis ainsi que du Sénat engendre inévitablement un caractère politique à la désignation. Cette politisation dépend du degré de juridiction : plus le juge sera appelé à siéger au sein d'une juridiction hiérarchiquement supérieure, plus la politisation de la nomination sera élevée¹⁴⁵¹.

2.5.3.3. Les juges de la Cour suprême

a) Organisation et compétences de la Cour

La Cour suprême est la plus haute instance judiciaire du pays. Elle est, par ailleurs, la seule cour du pouvoir judiciaire fédéral expressément mentionnée dans la Constitution¹⁴⁵². Elle est composée de neuf juges, un président (*Chief Justice*) et huit juges associés (*Associate Justice*)¹⁴⁵³. Cette juridiction est compétente pour juger en dernière instance les appels contre les décisions des cours suprêmes des Etats (pour autant qu'il s'agisse d'une question de droit fédéral) et les décisions des cours d'appel fédérales (*appellate jurisdiction*). Plus rarement, elle intervient comme première et unique instance (*original jurisdiction*) dans des litiges entre Etats, et entre l'Union et les Etats¹⁴⁵⁴.

712

A l'origine, la Cour suprême était tenue d'examiner tous les appels portés devant elle. A partir de la fin du XIX^e siècle, face à l'inflation des affaires, le Congrès vota une loi donnant la possibilité à la Cour de choisir les affaires dont elle souhaitait se saisir (on dit, dans ce cas, qu'elle refuse au recourant la délivrance d'un *writ of certiorari*)¹⁴⁵⁵. Ainsi, la Cour suprême juge, aujourd'hui, un nombre très restreint de cas par année (environ le 2% des affaires portées devant elle)¹⁴⁵⁶. Le choix de se saisir ou non du cas est guidé par la nécessité d'assurer l'uniformité du droit fédéral¹⁴⁵⁷. Tel est le cas, avant tout, lors de divergences de jurisprudence au sein des cours d'appel fédérales ou des cours suprêmes des Etats, mais aussi en cas de questions importantes de droit fédéral méritant d'être tranchées ou d'erreur flagrante d'une juridiction inférieure méritant d'être réparée¹⁴⁵⁸. Elle juge avant tout des affaires de droit public¹⁴⁵⁹. La Cour suprême s'est également dotée, depuis son très fameux arrêt *Marbury v. Madison* (1803), de la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales¹⁴⁶⁰. Elle a élargi sa compétence au contrôle de la constitutionnalité des lois étatiques dans l'arrêt *Fletcher v. Peck* (1810)¹⁴⁶¹. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois sera repris un siècle plus tard par la plupart des systèmes judiciaires du vieux continent.

713

La Cour suprême, qui statue toujours en formation collégiale, rend ses arrêts sous forme d'une opinion, formulée par l'un des juges de la majorité. Les juges de la minorité peuvent exprimer leur désaccord quant au résultat dans une opinion dissidente (*dissenting opinion*) ; les juges de la majorité qui sont d'accord avec le

714

¹⁴⁴⁸ MAHON/BENOIT, p. 184 ; ZOLLER, p. 58.

¹⁴⁴⁹ DEYSINE, Cour suprême, p. 8 ; MAHON/BENOIT, p. 183.

¹⁴⁵⁰ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 36.

¹⁴⁵¹ TUSHNET, Judicial selection, p. 136

¹⁴⁵² Art. III, section 1 Constitution.

¹⁴⁵³ Initialement de 1789 à 1807, la Cour comprenait six juges, puis sept de 1807 à 1837, neuf de 1837 à 1863, dix de 1863 à 1866 puis sept de 1867 à 1869 avant d'être fixé à neuf cette même année. Cf. HUDSON, p. 19.

¹⁴⁵⁴ MAHON/BENOIT, N 62.

¹⁴⁵⁵ ZOLLER, pp. 58 s.

¹⁴⁵⁶ CUNIBERTI, N 257.

¹⁴⁵⁷ ZOLLER, p. 59.

¹⁴⁵⁸ CUNIBERTI, N 257. Voir en particulier les art. 10 à 16 des *Rules of the Supreme Court*.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ Cf. *supra*, N 689, n. 1393.

¹⁴⁶¹ Cf. not. MAHON/BENOIT, N 65.

résultat, mais pas avec certaines parties du raisonnement peuvent rédiger une opinion concurrente (*concurring opinion*)¹⁴⁶².

b) Une nomination fortement politique

- 715 Par le contrôle judiciaire qu'elle exerce sur la constitutionnalité des lois, la Cour suprême est appelée à se prononcer sur des questions d'intérêts publics majeurs, telles que le droit à l'avortement, le droit au mariage homosexuel ou encore la constitutionnalité de la peine de mort. Les juges de la Cour suprême exercent ainsi un pouvoir politique, qu'on qualifie parfois de « gouvernement des juges »¹⁴⁶³. Alexis DE TOCQUEVILLE observait déjà lors de son voyage outre-Atlantique dans les années 1830 « qu'il n'y a pas de question politique aux Etats-Unis qui ne devienne tôt ou tard une question judiciaire »¹⁴⁶⁴. Partant, la nomination des juges de la Cour suprême est considérée comme un enjeu politique majeur qui mobilise la société tout entière ainsi que les deux autres branches du pouvoir¹⁴⁶⁵.
- 716 En conséquence, les juges (appelés *justices*) sont choisis par le président des Etats-Unis pour des raisons qui tiennent, outre à leur excellence juridique, autant à leur orientation politique (conservatrice ou progressiste), à leur idéologie (en faveur ou non d'un droit à l'avortement ou au mariage homosexuel, par exemple) qu'à leur philosophie d'interprétation de la Constitution (*Originalism* versus « *living Constitution* »)¹⁴⁶⁶. Le président choisira, en règle générale, un juge dont la tendance politique est proche de la sienne, dans l'idée qu'il suivra ensuite une ligne jurisprudentielle fidèle à ses idées¹⁴⁶⁷. Partant, environ 90% des juges fédéraux – toutes juridictions confondues – ont appartenu ou ont été proches du parti du président qui les a nommés¹⁴⁶⁸. Alors que les présidents républicains nomment régulièrement des juges conservateurs, les présidents démocrates désignent des juges progressistes (*liberals*)¹⁴⁶⁹.
- 717 Du reste, considérant que ni la Constitution ni la loi ne prévoit une limite de durée du mandat des juges¹⁴⁷⁰, ceux-ci restent, en principe, en place jusqu'à ce qu'ils démissionnent ou meurent (sauf procédure d'*impeachment*¹⁴⁷¹). Or, comme le dit un fameux adage (« les juges de la Cour suprême ne démissionnent jamais et meurent rarement »), les juges restent généralement en place de nombreuses années, 25 ans en moyenne. En conséquence, l'occasion pour un président de pouvoir nommer, durant son ou ses mandats, un ou plusieurs nouveaux *justices*, et, partant, modifier les rapports de force au sein de la Cour est assez rare¹⁴⁷². Cela d'autant plus que le juge en place attendra parfois, avant de démissionner, qu'un président plus conforme à ses idéaux

¹⁴⁶² ZOLLER, p. 59.

¹⁴⁶³ MAHON/BENOIT, N 114. Le terme « *Government by judges* » a été exprimé en 1914 par le *Chief justice* de la Cour suprême de Caroline du Nord. Un auteur français, Edouard LAMBERT, a importé en Europe cette formule dans son ouvrage « Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis », Paris 1921. Cf. ROSANVALLON, p. 243.

¹⁴⁶⁴ « Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux Etats-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a ainsi pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge ; il en conclut naturellement qu'aux Etats-Unis le juge est une des premières puissances politiques ». DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la Démocratie en Amérique*, livre I, 1835, chapitre VI, cité par DEYSINE, *Les institutions*, p. 47.

¹⁴⁶⁵ DEYSINE, *Cour suprême*, p. 74.

¹⁴⁶⁶ *Idem*, p. 59. La première méthode entend interpréter la Constitution conformément à son sens originel, à l'époque de son adoption. Elle est défendue, en règle générale, par les conservateurs, notamment l'ancien juge de la Cour suprême Antonin SCALIA, décédé en 2016. La seconde thèse, qui est soutenue par les progressistes, notamment la regrettée juge Ruth BADER GINSBURG, décédée en 2020, voit, au contraire, dans la Constitution un texte non pas figé dans le passé mais qui doit suivre l'évolution sociétale. Pour plus de détails sur cette question, cf. not. VLACHOGIANNIS Apostolos, *Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, thèse, Paris 2012.

¹⁴⁶⁷ MAHON/BENOIT, N 62.

¹⁴⁶⁸ WHEELER, p. 533.

¹⁴⁶⁹ MAHON/BENOIT, N 62. Il apparaît, cependant, que la coloration de la Cour est un enjeu politique davantage pour les républicains que pour les démocrates. DEYSINE, *Cour suprême*, pp. 81 ss.

¹⁴⁷⁰ Cf. *infra*, N 730 ss pour les développements.

¹⁴⁷¹ Cf. *infra*, N 742 ss.

¹⁴⁷² MAHON/BENOIT, N 62.

soit élu¹⁴⁷³. Ainsi, les présidents ont nommé, ces dernières années, des juges toujours plus jeunes, dans le but d'influer à long terme sur l'orientation idéologique de la Cour¹⁴⁷⁴.

Cela dit, les compétences techniques et les qualités personnelles des candidats ne sont pas uniquement évaluées par le président. En effet, lorsqu'un poste de juge devient vacant, il s'entourera de ses conseillers, issus du Département de la justice ou du Bureau de la Maison-Blanche, notamment de l'*Attorney general*. Le *Federal Bureau of Investigation* (FBI) mène également des enquêtes fouillées sur les antécédents des candidats¹⁴⁷⁵. Par ailleurs, l'*American Bar Association* (ABA) a longtemps joué un rôle significatif dans le processus de nomination des juges fédéraux, à travers l'évaluation des candidatures par son bureau permanent de quinze membres. Considérée trop libérale, l'ABA n'a plus été consultée par les présidents républicains de ces dernières années, du moins pour la désignation des juges de la Cour suprême¹⁴⁷⁶.

c) La confirmation par le Sénat : une épreuve pour le candidat

Une fois le candidat choisi, le président en informe le Sénat qui doit confirmer son choix. Traditionnellement, le Sénat ratifiait le choix du président¹⁴⁷⁷. Mais, depuis une trentaine d'années, les sénateurs n'hésitent plus à s'opposer au choix du président, en particulier lorsqu'il y a *divided government*, c'est-à-dire cohabitation d'un président appartenant à un parti et un Sénat dominé par l'autre¹⁴⁷⁸. Cela dit, parfois, si le président se rend compte que son candidat risque de ne pas être confirmé par le Sénat, il le retire et le remplace par un autre, moins controversé¹⁴⁷⁹.

Concrètement, c'est la Commission judiciaire du Sénat (*Senate Judiciary Committee*), organe permanent créé en 1816, qui joue le rôle essentiel dans le processus de confirmation du candidat. Elle est composée de vingt membres du Sénat, choisis en proportion à la force politique de chaque parti au sein de celui-ci¹⁴⁸⁰. Elle est présidée par un membre du parti majoritaire. Une fois connu le nom du candidat retenu par le président, la Commission procède à une enquête approfondie. Les sénateurs se renseignent notamment auprès des employeurs précédents et d'autres associations professionnelles dont le nommé serait membre. Divers groupes d'intérêts – parmi eux, la *National Rifle Association* (NRA), le lobby des armes à feu, ou le mouvement *Pro Life* (anti-avortement) – se mobilisent afin de soutenir ou non le candidat ; ils sont prêts à dépenser d'importantes sommes d'argent à cette fin. Des professeurs de droit font également part de leur opinion sur le candidat. En outre, parallèlement à l'enquête menée par la Commission, le nommé lui-même rencontre parfois des sénateurs, membres de la Commission inclus, afin d'obtenir leur soutien¹⁴⁸¹.

L'étape successive est celle de l'audition de confirmation (*confirmation hearing*). Elle est publique. Le candidat est interrogé par le *Chairman*, puis par les autres sénateurs de la Commission. Il est notamment prié de s'exprimer sur la méthode d'interprétation qu'il préconise ou de donner son avis sur de grandes questions constitutionnelles (droit à l'avortement, droit au port d'armes, etc.)¹⁴⁸². Il est généralement interrogé sur des jugements qu'il a rendus ou des articles qu'il a rédigés. Une fois cette phase de questions-réponses passée, les groupes d'intérêts supportant ou non le candidat peuvent s'exprimer devant la Commission¹⁴⁸³. Depuis 1981,

¹⁴⁷³ DEYSINE, Cour suprême, p. 76. La juge Ruth BADER GINSBURG, née en 1933, avait plusieurs fois exclu de démissionner, malgré les pressions politiques et médiatiques, aussi longtemps qu'il n'y aurait pas un président (et une majorité du Sénat) démocrate en place. Elle décède toutefois en 2020.

¹⁴⁷⁴ TUSHNET, *The Constitution of the USA*, p. 130 ; DEYSINE, Cour suprême, p. 79. Les quatre dernières nominations en sont symptomatiques : Barack OBAMA a nommé, en 2009, Sonia SOTOMAYOR âgée de 55 ans et, en 2010, Elena KAGAN, âgée de 50 ans ; Donald TRUMP a nommé, en 2017, Neil GORSUCH, âgé de 49 ans et en 2018, Brett KAVANAUGH, âgé de 53 ans.

¹⁴⁷⁵ DEYSINE, Cour suprême, p. 78.

¹⁴⁷⁶ HUDSON, pp. 18 s. ; TUSHNET, *The Constitution of the USA*, p. 126.

¹⁴⁷⁷ Entre 1789 et 2015, le Sénat a confirmé 123 nominations et en a rejeté 26. Onze autres nominations ont été retirées par le président ou alors n'ont jamais été examinées par le Sénat. COLLINS/RINGHAND, pp. 16-17.

¹⁴⁷⁸ DEYSINE, Cour suprême, p. 85.

¹⁴⁷⁹ MAHON/BENOIT, N 62.

¹⁴⁸⁰ COLLINS/RINGHAND, p. 34.

¹⁴⁸¹ *Idem*, p. 38.

¹⁴⁸² MAHON/BENOIT, N 62.

¹⁴⁸³ COLLINS/RINGHAND, pp. 41 ss.

- les auditions sont diffusées à la télévision¹⁴⁸⁴. En outre, depuis 1992, les sénateurs se réunissent à huis clos avec le candidat afin de l'interroger sur des thèmes sensibles soulevés par le FBI ou le Comité de sélection¹⁴⁸⁵. Le nommé peut également être appelé à s'exprimer publiquement sur certains événements de sa vie personnelle qui sont susceptibles de compromettre sa confirmation¹⁴⁸⁶.
- 722 Les conceptions du rôle de sénateur pendant la phase des auditions varient. Pour certains, il doit se limiter à évaluer les compétences juridiques du candidat, laissant en arrière-plan le critère politique. Pour d'autres, il se doit de comprendre l'idéologie et la philosophie judiciaire du nommé. Partant, certains sénateurs n'hésitent parfois pas à se montrer agressifs durant la phase d'audition¹⁴⁸⁷. Il faut dire que certains d'entre eux doivent démontrer à leurs électeurs leurs attachements aux idées politiques qui ont guidé leur élection, afin que la suivante soit garantie¹⁴⁸⁸.
- 723 Les considérations politiques – souvent sous-entendues par celles liées à la philosophie d'interprétation – ont un rôle davantage décisif depuis l'échec de la désignation du juge Robert BORK en 1987. Nommé par le Président républicain Ronald REAGAN, il a été rejeté par le Sénat à majorité démocrate. Fervent défenseur de la théorie originaliste, BORK a fait l'objet d'une vaste campagne populaire – jugée, par certains, comme dénigrante – lancée contre lui par des groupes de pression libéraux¹⁴⁸⁹. Par ailleurs, il n'avait pas hésité à exprimer ses opinions devant les sénateurs, à la différence des nommés d'aujourd'hui qui éludent la plupart des questions délicates¹⁴⁹⁰.
- 724 En conséquence, comme le souligne Anne DEYSINE, on peut résumer les *hearings* comme « à la fois des joutes oratoires dans lesquelles le sénateur envoie des signaux à ses électeurs et incidemment aux groupes d'intérêts et une sorte de chorégraphie dans laquelle le candidat s'efforce d'esquiver les questions »¹⁴⁹¹. En effet, celui-ci aura d'autant plus de chance d'être confirmé par le Sénat s'il n'est pas susceptible de remettre en cause le « consensus constitutionnel actuel », c'est-à-dire l'opinion de la population sur les questions majeures contemporaines touchant la société (droit à l'avortement, droit au mariage homosexuel, droit au port d'armes, etc.)¹⁴⁹². Cela dit, le fait pour un candidat d'avoir déjà été approuvé quelques années auparavant pour un poste au sein d'une cour de circuit ou de district rend plus difficile pour les sénateurs de se désavouer. Il en va de même du fait de s'opposer à la nomination d'un juge remplaçant un autre de la même tendance politique¹⁴⁹³.
- 725 Une fois la phase d'audition terminée, la Commission se réunit une dernière fois afin de déterminer la manière dont elle devra référer au Sénat. Elle a quatre options : rapporter (*report*) favorablement la nomination ; rapporter négativement la nomination ; ne faire aucune recommandation ; ne pas rapporter de nomination du tout. Le Sénat suit les recommandations de la Commission dans plus de 90% des cas¹⁴⁹⁴. Une fois la nomination déferée au Sénat, celui-ci en débat en séance plénière. Les sénateurs ont alors la possibilité de faire une obstruction (*filibuster*)¹⁴⁹⁵ au choix présidentiel, technique qui a été souvent utilisée – par les deux camps – ces dernières décennies¹⁴⁹⁶. Logiquement, les sénateurs sont plus enclins à soutenir un candidat qui partage leur affiliation politique, et inversement. Cela dit, les nommés qui sont susceptibles d'altérer l'équilibre idéologique de la Cour ont tendance à recueillir moins de voix que ceux ayant la même tendance idéologique que leurs

¹⁴⁸⁴ *Idem*, p. 38

¹⁴⁸⁵ *Idem*, p. 43.

¹⁴⁸⁶ En 2018, Brett KAVANAUGH, juge nommé par le président Donald TRUMP, est accusé publiquement par une ancienne camarade de lycée, Christine BLASEY FORD, de l'avoir agressé sexuellement durant sa jeunesse. Les deux protagonistes sont ensuite auditionnés par la Commission. Brett KAVANAUGH sera finalement confirmé par la Commission, puis par le Sénat, à majorité républicaine.

¹⁴⁸⁷ DEYSINE, Cour suprême, pp. 87 s.

¹⁴⁸⁸ COLLINS/RINGHAND, p. 71.

¹⁴⁸⁹ CEASER, pp. 40 ss ; TUSHNET, Judicial selection, p. 140.

¹⁴⁹⁰ DEYSINE, Cour suprême, p. 85 ; COLLINS/RINGHAND, pp. 225 ss.

¹⁴⁹¹ DEYSINE, Cour suprême, p. 89.

¹⁴⁹² C'est la thèse soutenue par les professeurs Paul M. COLLINS et Lori A. RINGHAND, précités, qui ont analysé les retranscriptions des *hearings* des 70 dernières années.

¹⁴⁹³ DEYSINE, Cour suprême, p. 90.

¹⁴⁹⁴ COLLINS/RINGHAND, pp. 43 ss.

¹⁴⁹⁵ Ce moyen de blocage consiste pour les sénateurs, généralement de l'opposition, à prononcer d'interminables discours afin de retarder, ou même de bloquer une action, notamment la confirmation d'une nomination à la Cour suprême, jusqu'à la fin de la session parlementaire. Il peut être mis fin au *filibuster* par une majorité de 3/5 des sénateurs, en l'occurrence 60.

¹⁴⁹⁶ MAHON/BENOIT, N 42.

prédécesseurs¹⁴⁹⁷. Le Sénat confirmera alors ou non – à la majorité simple – la nomination du nouveau *justice*¹⁴⁹⁸.

Une fois le candidat confirmé par le Sénat, la décision de nomination est transmise à la Maison-Blanche. Le président nomme alors formellement le nouveau juge de la Cour suprême. Ce dernier prête ensuite serment¹⁴⁹⁹, procédure qui a récemment eu lieu à la Maison-Blanche et diffusée à la télévision nationale. Enfin, une cérémonie d'investiture a lieu à la Cour suprême¹⁵⁰⁰.

726

d) *La nomination comme enjeu de l'élection présidentielle : l'exemple de la « bataille » pour la succession d'Antonin SCALIA*

Mais la nomination des *justices* commence souvent bien avant la prise de fonction du président. Elle peut, en effet, être un enjeu majeur de la campagne présidentielle. La personne qui serait élue président pourrait alors nommer un ou plusieurs nouveaux juges et, partant, modifier la coloration de la Cour. Dans ces cas, on peut dire que les électeurs prennent part au processus de désignation. Le président nouvellement élu peut alors revendiquer une sorte de mandat populaire pour telle ou telle désignation¹⁵⁰¹.

727

Le cas le plus éclatant a probablement eu lieu lors de l'élection présidentielle de 2016. Le 13 février 2016, pendant les primaires démocrates et républicaines, le juge conservateur Antonin SCALIA décède subitement à l'âge de 79 ans. Brillant juriste, père de neuf enfants, nommé en 1986 par Ronald REAGAN, il est un des plus fervents défenseurs de la théorie originaliste, notamment en s'opposant à l'avortement et au mariage homosexuel, mais aussi en défendant la liberté d'expression¹⁵⁰². Le président démocrate Barack OBAMA, en place pour neuf mois encore, se met à la tâche pour lui trouver un successeur. Il propose Merrick GARLAND, président à la Cour d'appel pour le circuit du District de Columbia, de tendance progressiste modérée. Toutefois, le Sénat, à majorité républicaine, refuse de l'auditionner. Les républicains s'opposent, en effet, à ce que le président démocrate nomme un nouveau *justice*, considérant qu'il appartiendra au nouveau président qui sera élu en novembre 2016 d'exercer cette prérogative¹⁵⁰³. Ce blocage se justifie d'autant plus que la nomination du nouveau juge est susceptible de faire pencher la majorité de la Cour suprême du côté progressiste, ce que les républicains veulent éviter à tout prix. En conséquence, l'un des enjeux majeurs de la campagne présidentielle opposant la démocrate Hillary CLINTON au républicain Donald TRUMP est de remporter la victoire afin de pouvoir nommer le successeur de SCALIA qui sera plutôt conservateur ou libéral, selon quel président sera élu.

728

En novembre 2016, le républicain Donald TRUMP remporte l'élection présidentielle. Dès sa prise de fonction, il s'empresse alors de nommer un nouveau *justice*, en la personne de Neil GORSUCH, juge à la Cour d'appel pour le dixième circuit, de tendance conservatrice. La nomination est confirmée par le Sénat, contrôlée par les républicains, le 7 avril 2017, en dépit de la forte opposition démocrate. Les sénateurs du *Grand Old Party* décident alors d'utiliser la « *nuclear option* », qui permet de mettre fin au *filibuster* en abaissant de 60 à 51 le nombre de voix requis, procédé qui avait également été utilisé par les démocrates quelques années auparavant pour la nomination de certains juges fédéraux¹⁵⁰⁴. Après plus d'une année, la Cour suprême siège ainsi de nouveau à neuf membres. En 2018, le Président TRUMP aura l'occasion de nommer un nouveau juge conservateur, Brett KAVANAUGH, suite à la démission d'Anthony KENNEDY, juge-pivot dans les décisions à 5 contre 4. Tout récemment, le 18 septembre 2020, la juge progressiste Ruth BADER GINSBURG décède. Le président

729

¹⁴⁹⁷ COLLINS/RINGHAND, p. 47.

¹⁴⁹⁸ Art. II, section 2, § 2 de la Constitution.

¹⁴⁹⁹ En réalité, il y a deux serments, le premier prévu par le *Judiciary Act of 1789* et un autre par l'article VI de la Constitution et dont la teneur varie quelque peu.

¹⁵⁰⁰ COLLINS/RINGHAND, p. 54.

¹⁵⁰¹ CEASER, p. 36. L'ancien *Chief Justice* William REHNQUIST écrivait notamment que « *the institution has been constructed in such way that . . . the public will, in the person of the President of the United States . . . have something to say about the membership of the Court, and thereby indirectly about its decisions* », cité par LINDGREN/CALABRESI, p. 811.

¹⁵⁰² Cf. par ex. Antonin SCALIA, *A matter of interpretation : the federal courts and the law : an essay*, Princeton 1998.

¹⁵⁰³ Cf. HUETTEMAN Emmarie, « For Merrick Garland and Republicans, a Tango of Praise and Rejection », *The New York Times*, 09.03.2016.

¹⁵⁰⁴ DE GRAFFENRIED Valérie, « L'option nucléaire à la rescousse du juge Gorsuch », *Le Temps*, 06.04.2017.

républicain s'empresse de nommer une nouvelle juge conservatrice, Amy CONEY BARRETT, avant l'élection présidentielle du 9 novembre 2020, qu'il perdra. La Cour suprême est alors composée de six juges conservateurs et de trois juges progressistes.

e) Des juges très indépendants, car nommés à vie

730 Aux termes de l'art. III, section 1 de la Constitution, « [l]es juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils auront une bonne conduite »¹⁵⁰⁵. Cela signifie qu'une fois nommés, ils resteront en place jusqu'à ce qu'ils démissionnent ou meurent, à moins d'une procédure d'*impeachment*¹⁵⁰⁶. En d'autres termes, les juges sont nommés à vie, la Constitution pas plus que la loi ne prévoyant une limite de mandat.

731 L'idée de l'affectation à vie revient à préserver l'indépendance des juges. Une fois leur nomination confirmée, ils sont, en effet, libérés du joug présidentiel et leurs positions idéologiques peuvent évoluer au fil de leur carrière, jusqu'à parfois devenir diamétralement opposées à celles exprimées ou pressenties au moment de leur nomination¹⁵⁰⁷. Ainsi, la Cour suprême a connu plusieurs *justices* ayant évolué et changé d'idéologie, ce qui démontre leur grande indépendance vis-à-vis du président qui les a nommés¹⁵⁰⁸. Ce fut notamment le cas de quatre juges nommés par le président démocrate Franklin Delano ROOSEVELT durant ses quatre mandats (1932-1945) (il en nommera huit en tout)¹⁵⁰⁹, à savoir Hugo BLACK (désigné en août 1937), Felix FRANKFURTER (janvier 1939), William DOUGLAS (avril 1939) et Robert JACKSON (juillet 1941). Le Professeur de Harvard Noah FELDMAN a rédigé un ouvrage¹⁵¹⁰ dans lequel il retrace les parcours de ces quatre personnes, considérées parmi « les plus importants et influents [juges] ayant siégé à la Cour suprême »¹⁵¹¹, qu'il résume comme suit :

Frankfurter, « *A tiny, ebullient Jew who started as America's leading liberal and ended as its most famous judicial conservative* ». Black, « *A Ku Klux Klansman who became an absolutist advocate of free speech and civil rights*. Jackson, « *A backcountry lawyer who started off trying cases about cows and went on to conduct the most international trial ever* ». Douglas, « *A self-invented, tall-tale Westerner who narrowly missed the presidency but extended individual freedom beyond what anyone before had dreamed* »¹⁵¹².

732 Un exemple plus récent est celui du juge Anthony KENNEDY, élu par le président républicain Ronald REAGAN, mais qui penchait parfois du côté progressiste, notamment pour ce qui est du droit au mariage homosexuel et du droit à l'avortement. Il en allait de même de la républicaine Sandra O'CONNOR, jusqu'à sa démission en 2005. Nommée par REAGAN, première femme à siéger à la Cour suprême, elle devint peu à peu centriste et acquit le statut de « juge-pivot » dans les décisions prises à cinq voix contre quatre, rôle qu'a ensuite exercé Anthony KENNEDY¹⁵¹³. On peut encore mentionner John Paul STEVENS, nommé par le républicain Gerald FORD en 1975, qui s'est progressivement positionné parmi les juges les plus libéraux de la Cour, jusqu'à sa démission en 2010, à l'âge de 90 ans¹⁵¹⁴. Les exemples de juges démocrates devenus conservateurs sont, quant à eux, plus rares¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁵ « *The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior* ».

¹⁵⁰⁶ TUSHNET, *Judicial selection*, p. 135. Cf. *infra*, N 742 ss.

¹⁵⁰⁷ MAHON/BENOIT, N 62 ; DEYSINE, *Cour suprême*, pp. 60 s.

¹⁵⁰⁸ MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 7.

¹⁵⁰⁹ ROOSEVELT est le seul Président des Etats-Unis à avoir accompli plus de deux mandats. Depuis 1951, date de l'entrée en vigueur du 22^e amendement, la présidence des Etats-Unis est toutefois limitée à deux mandats. S'agissant des relations entre ROOSEVELT et la Cour suprême, cf. notamment MAHON/BENOIT, N 20.

¹⁵¹⁰ FELDMAN Noah, *Scorpions, The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, New York/Boston 2010.

¹⁵¹¹ *Idem*, p. 432 (notre traduction).

¹⁵¹² *Idem*, p. xi en introduction, cité par MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 7. Pour la biographie de ces juges, cf. aussi ABRAHAM, pp. 206 ss.

¹⁵¹³ DEYSINE, *Cour suprême*, p. 66.

¹⁵¹⁴ MAHON/BENOIT, N 62.

¹⁵¹⁵ GREENHOUSE, p. 32.

733

Malgré ce fort attachement à l'indépendance des juges de la Cour suprême, des débats ont lieu, depuis quelques années, afin de réformer leur élection à vie, sans que l'inamovibilité dont ils bénéficient soit réellement remise en cause. Ces propositions de changement sont notamment dues au fait que les *justices* restent en place jusqu'à un âge toujours plus avancé, de sorte qu'ils influent de nombreuses années – souvent un quart de siècle – non seulement sur l'orientation idéologique de la Cour, mais aussi de manière générale sur la vie politique du pays¹⁵¹⁶. La santé mentale et physique des juges en fin de carrière, parfois défaillante, peut également être problématique pour le bon fonctionnement de la Cour¹⁵¹⁷. Dès lors, comme on l'a dit, ces dernières années les présidents américains – quand ils en ont l'occasion – nomment des *justices* toujours plus jeunes.

734

Déjà en 1937, le président Franklin D. ROOSEVELT, toujours, alors triomphalement réélu pour un deuxième mandat, proposait une réforme judiciaire qui mettrait fin à la nomination à vie des juges de la Cour suprême. Cette réforme s'inscrivait dans l'affrontement que le président démocrate avait depuis quelques années avec la Cour, celle-ci déclarant inconstitutionnelles la plupart de ses lois portant sur l'organisation du *New Deal*. Exaspéré par l'attitude « conservatrice » de la Cour, ROOSEVELT présenta un projet de loi qui devait lui permettre de renverser la majorité au sein de celle-ci¹⁵¹⁸. Il s'agissait de donner au président (en l'occurrence à lui) le pouvoir de nommer autant de nouveaux juges qu'il existait de membres ayant atteint l'âge de 70 ans, soit six juges supplémentaires¹⁵¹⁹. Le Congrès rejeta, cependant, la *Judiciary Reorganization Bill* et, depuis lors, le nombre de juges fixé à neuf fait partie de ce qu'on peut appeler « la Constitution non écrite » des Etats-Unis¹⁵²⁰.

735

Plus récemment, les professeurs Steven G. CALABRESI et James LINDGREN de la *Northwestern University* ont proposé que les juges soient désormais nommés pour une durée de dix-huit ans. Selon ce système, un nouveau *justice* serait désigné tous les deux ans, les années impaires. Ainsi, chaque président « obtiendrait » deux nominations pour chaque mandat de quatre ans, ce qui équilibrerait les forces idéologiques en présence¹⁵²¹. En cas de démission ou de décès avant ce terme, un nouveau juge *ad interim* serait élu pour le reste de la période¹⁵²². Cette solution aurait l'avantage, selon ses auteurs, d'accroître la légitimité démocratique de la Cour en garantissant un renouvellement régulier de ses membres. Elle équilibrerait également l'impact de chaque président sur la composition de la Cour et éliminerait les tensions en cas de vacances multiples¹⁵²³. Elle ne remettrait, d'ailleurs, pas en cause la grande indépendance dont les juges bénéficient, étant donné qu'ils continueraient à être inamovibles pendant leur fonction et ne pourraient pas être réélus¹⁵²⁴. A vrai dire, cette réforme serait difficile à mettre en place, car elle nécessiterait, vraisemblablement, un amendement constitutionnel¹⁵²⁵, tâche laborieuse, si ce n'est impossible¹⁵²⁶.

736

L'indépendance des juges fédéraux est, en outre, garantie par le fait qu'ils perçoivent un salaire qui ne peut être diminué tant qu'ils resteront en fonction¹⁵²⁷. Ils peuvent, en principe, prendre leur retraite avec traitement complet une fois atteint 65 ans (cela dépendra encore du nombre d'années de fonctions)¹⁵²⁸.

¹⁵¹⁶ *Idem*, pp. 35 s.

¹⁵¹⁷ CALABRESI/LINDGREN, pp. 815 ss.

¹⁵¹⁸ MAHON/BENOIT, N 20.

¹⁵¹⁹ MAYALI, p. 254.

¹⁵²⁰ CEASER, pp. 33 s.; HUDSON, p. 19.

¹⁵²¹ CALABRESI/LINDGREN, pp. 824 s.

¹⁵²² *Idem*, p. 827.

¹⁵²³ *Idem*, pp. 833 s.

¹⁵²⁴ *Idem*, p. 843.

¹⁵²⁵ *Idem*, pp. 855 ss.

¹⁵²⁶ L'art. V de la Constitution des Etats-Unis prévoit une procédure en deux étapes. La première consiste en une proposition d'amendement provenant du Congrès, qui doit obtenir la majorité des deux tiers des membres de chaque Chambre. Elle peut aussi émaner de l'initiative des Parlements des deux tiers des Etats, ce qui n'est jamais arrivé. La deuxième étape comprend la ratification de l'amendement, par les trois quarts des Etats (actuellement 38 sur 50). A l'intérieur de chaque Etat, l'organe compétent pour la ratification peut être soit le Parlement étatique, soit une convention spéciale. La Constitution des Etats-Unis comporte actuellement 27 amendements.

¹⁵²⁷ Art. III, section 1 Constitution.

¹⁵²⁸ Cf. WHEELER, pp. 544 s.

f) *La composition actuelle de la Cour suprême*

737 Au 1^{er} décembre 2020, la Cour se composait de six juges conservateurs – John ROBERTS, *Chief Justice*, né en 1955 et nommé en 2005 par George W. BUSH, directement en tant que président de la Cour ; Clarence THOMAS, né en 1948 et nommé par George H. BUSH en 1991 ; Samuel ALITO, né en 1950 et nommé par George W. BUSH en 2006 ; Neil GORSUCH, né en 1967 et nommé par Donald TRUMP en 2017, Brett KAVANAUGH, né en 1965 et nommé par Donald TRUMP en 2018 et Amy CONEY BARRETT, née en 1972 et nommée par Donald TRUMP en 2020 – et de trois juges progressistes – Stephen BREYER, né en 1938 et nommé en 1994 par William (Bill) CLINTON ; Sonia SOTOMAYOR, née en 1955 et nommée en 2009 par Barack OBAMA et Elena KAGAN, née en 1960 et nommée en 2010 par Barack OBAMA¹⁵²⁹.

2.5.3.4. Les juges des cours inférieures

738 Tout comme les *justices*, les juges des cours d'appel et des cours de districts (au nombre d'environ 850) sont nommés par le président des Etats-Unis, avec l'accord du Sénat. Toutefois, les pratiques peuvent varier d'une juridiction à l'autre, en particulier s'agissant des étapes précédant la nomination proprement dite. Lorsqu'il s'agit de la nomination d'un juge de district, la courtoisie sénatoriale veut que le président consulte d'abord l'un des deux sénateurs de l'Etat où se situe le district. Si le sénateur n'appartient pas au parti du président, le leader local du parti lui proposera un ou plusieurs candidats. C'est ainsi que la nomination a une connotation partisane, les sénateurs ayant tendance à récompenser leurs « supporters » politiques. Les candidats ont d'ailleurs souvent été actifs politiquement au sein du parti¹⁵³⁰. Cela dit, dans une vingtaine d'Etats, des sénateurs ont mis en place des comités de sélection, la plupart bipartisanes, composés d'avocats, de juges et d'autres citoyens, chargés d'examiner les candidats avant de les proposer au(x) sénateur(s). Ce processus contribue à garantir une sélection basée, du moins en partie, sur le mérite¹⁵³¹.

739 La sélection des juges des cours d'appel diffère sensiblement de celle des juges de districts. Les cours de deuxième instance exercent, en effet, leur juridiction sur plusieurs Etats ; et la couleur politique du sénateur varie souvent d'un Etat à l'autre. La règle est que chaque Etat a droit à un nombre déterminé de juges au sein de chaque cour d'appel. Dès lors, si par exemple, au sein de la Cour d'appel pour le cinquième circuit, un juge de l'Etat du Texas démissionne ou décède, il sera remplacé par un autre juge du Texas. Dans ce cas, le ou les sénateurs texans recommanderont un candidat au président, comme ils le font pour les juges de districts. Toutefois, il n'est pas rare que le président nomme directement un juge pour le service rendu à l'administration fédérale, en tant que collecteur de fonds ou dans une fonction plus officielle¹⁵³². Dans tous les cas, le président veillera à ce que l'idéologie du candidat corresponde à la sienne¹⁵³³, d'autant plus que les cours d'appel constituent souvent les juridictions de dernière instance ; ceci en raison de la retenue de la Cour suprême dans le choix des affaires à traiter¹⁵³⁴. En particulier, la nomination prend toute son importance s'agissant des juges de la Cour d'appel du District de Columbia étant donné que, d'une part, cette juridiction est compétente pour statuer dans de nombreuses affaires administratives fédérales et que, d'autre part, le District de Columbia n'a pas de sénateur au Congrès. De nombreux juges de la Cour suprême ont, par ailleurs, exercé auparavant auprès de cette juridiction, qui constitue ainsi un tremplin pour accéder à la plus haute charge judiciaire fédérale¹⁵³⁵.

740 Les candidats choisis par le président passent ensuite l'examen du Sénat. Traditionnellement, ils sont confirmés par celui-ci¹⁵³⁶. Mais, on constate, ces dernières années, une recrudescence des refus, en particulier pour les juges d'appel¹⁵³⁷. Les batailles politiques sont ici également âpres, les sénateurs utilisant parfois la pratique

¹⁵²⁹ [<https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>] (dernière consultation : 19.05.2020).

¹⁵³⁰ TUSHNET, *The Constitution of the USA*, pp. 126 s.

¹⁵³¹ WHEELER, p. 534.

¹⁵³² TUSHNET, *Judicial selection*, p. 137.

¹⁵³³ WHEELER, p. 533.

¹⁵³⁴ Cf. *supra*, N 713.

¹⁵³⁵ TUSHNET, *The Constitution of the USA*, p. 127.

¹⁵³⁶ Entre 1945 et 2004, le Sénat a confirmé plus de 80% des nominations du président. COLLINS/RINGHAND, p. 17.

¹⁵³⁷ WHEELER, p. 535 ; TUSHNET, *Judicial selection*, pp. 137 s.

du *filibuster* ; et le processus de nomination peut souvent durer plusieurs mois, voire années, en particulier en période de *divided government*¹⁵³⁸. Par ailleurs, tous comme les *justices*, les juges des cours inférieures sont nommés « *during good behavior* » (art. III, section 1 Constitution), c'est-à-dire essentiellement à vie, ce qui leur garantit une indépendance certaine.

Enfin, on relèvera qu'à côté des juges ordinaires, on retrouve des *magistrate judges*. Ceux-ci officient au sein des tribunaux de district et sont nommés par les juges qui les composent, pour une durée de huit ans, renouvelable¹⁵³⁹. Ils président des audiences préliminaires au procès et peuvent faire des recommandations de jugements aux *trial judges*¹⁵⁴⁰. En outre, les membres des *bankruptcy courts* sont nommés pour une durée de quatorze ans par les juges des cours d'appel du circuit où se situe la juridiction¹⁵⁴¹. Ici, la politisation est moindre puisque ces juges sont sélectionnés à travers annonce publique, entretien puis recommandation faite par un panel de sélection nommé par la Cour¹⁵⁴². Ils sont, d'ailleurs, presque toujours réélus¹⁵⁴³.

741

2.5.3.5. La destitution des juges : la procédure d'*impeachment*

a) *Le principe*

L'article II, section 4 de la Constitution prévoit que « le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des Etats-Unis seront destitués de leur charge sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs »¹⁵⁴⁴. Même si cette disposition ne mentionne pas expressément les juges fédéraux, on admet que ceux-ci entrent dans son champ d'application¹⁵⁴⁵. Si la trahison est définie par la Constitution elle-même à son article III, section 3, comme étant « l'acte de faire la guerre contre [les Etats-Unis], ou de se ranger du côté de leurs ennemis en leur donnant aide et secours » et la notion de corruption plus facile à déterminer, il n'en va pas ainsi de la notion « d'autres crimes et délits », qui n'a, d'ailleurs jamais été définie clairement par la Cour suprême. En conséquence, ce sont les autorités chargées de la procédure, à savoir la Chambre des représentants et le Sénat, qui sont en charge de la déterminer lors de son application¹⁵⁴⁶.

742

La procédure d'*impeachment* se déroule en deux phases. Dans un premier temps, la Chambre des représentants vote la mise en accusation, à la majorité simple ; elle joue donc le rôle de l'accusateur public. Dans les faits, elle adopte un ou plusieurs « articles d'*impeachment* ». Si l'accusation est votée, dans un deuxième temps, le Sénat, qui fait office de « tribunal », déclare l'accusé coupable ou non, par un vote à la majorité des deux tiers présents¹⁵⁴⁷. Le Sénat est présidé par le *Chief Justice* de la Cour suprême lorsque l'*impeachment* porte sur le président des Etats-Unis. Cette procédure est, par son essence, davantage politique que judiciaire¹⁵⁴⁸. Une fois destituée, la personne ne pourra « exercer aucun emploi honorifique, de confiance ou rémunéré relevant des Etats-Unis ; mais [elle] pourra néanmoins être poursuivie, jugée et punie conformément à la loi »¹⁵⁴⁹.

743

¹⁵³⁸ On a pu le voir, par exemple, s'agissant de la nomination d'un juge de la Cour d'appel du District Columbia, Sri SRINIVISAN, avocat d'origine indienne, proposé par le président OBAMA en février 2012 et confirmé seulement en mai 2013 par le Sénat à majorité républicaine. DEYSINE, Cour suprême, p. 86, n. 83.

¹⁵³⁹ Titre 28, section 631(a), U.S. Judicial Code.

¹⁵⁴⁰ TUSHNET, Judicial selection, pp. 134 s.

¹⁵⁴¹ Titre 28, section 152(a)(1), U.S. Judicial Code.

¹⁵⁴² WHEELER, p. 536.

¹⁵⁴³ *Idem*, p. 540.

¹⁵⁴⁴ « *The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors* ».

¹⁵⁴⁵ Cf. SULLIVAN/FELDMAN, p. 31.

¹⁵⁴⁶ LÉCHOT, p. 72 et les références citées.

¹⁵⁴⁷ Art. I, section 2, § 5, et section 3, § 6 Constitution.

¹⁵⁴⁸ LÉCHOT, p. 72 et la référence citée.

¹⁵⁴⁹ Art. I, section 3, § 6 Constitution.

b) Quelques (rares) cas d'impeachment

- 744 Les procédures d'impeachment sont peu fréquentes. Depuis 1789, la Chambre des représentants a mis en accusation quinze juges fédéraux. Le Sénat en a condamné huit et acquitté trois. Quatre autres ont démissionné avant ou durant leur procès devant la Chambre haute¹⁵⁵⁰. Du reste, un seul juge de la Cour suprême, Samuel CHASE, en 1804, a dû y faire face. Il s'agissait alors d'une attaque politique. Le président républicain (et donc antifédéraliste) Thomas JEFFERSON lui reprochait d'utiliser ses fonctions judiciaires afin de défendre ses idéaux fédéralistes¹⁵⁵¹. Le Sénat ne vota, cependant, aucun des articles d'impeachment approuvés par la Chambre des représentants et CHASE fut acquitté une année plus tard. Cet épisode établit le principe selon lequel un désaccord avec une décision judiciaire et encore moins politique, même impopulaire, n'est pas une raison valide pour destituer un juge¹⁵⁵².
- 745 Pourtant, à la fin des années 1960 et au début des années 1970, des menaces d'impeachment, clairement motivées politiquement, ont été lancées à l'encontre de deux juges libéraux de la Cour suprême : Abraham « Abe » FORTAS (1965-1969) et William O. DOUGLAS (1939-1975). Les républicains, fortement irrités par la jurisprudence libérale de la Cour suprême de l'époque, attaquèrent alors ces deux *justices*. Le premier, à qui on reprochait officiellement d'avoir reçu, en sus de son salaire de juge, des revenus de la part de ses anciens clients, finit par démissionner¹⁵⁵³. Le second, fervent défenseur des droits civiques, et à qui on reprochait notamment sa moralité plus que douteuse (il se maria quatre fois) et le contenu de ses nombreux articles, resta toutefois en place, la Chambre des représentants renonçant à recommander l'impeachment¹⁵⁵⁴. Il démissionna en 1975 après 36 ans et 209 jours de fonctions, ce qui constitue, à ce jour, le plus long mandat de l'histoire de la Cour suprême. La procédure d'impeachment a essentiellement été utilisée en cas de parjure ou de corruption¹⁵⁵⁵. Mais les termes « *high Crimes* » et « *Misdemeanors* » restent vagues et sont soumis à une large interprétation. Se posent notamment les questions du degré de gravité de l'infraction pénale ou encore de savoir s'il faut nécessairement une condamnation pénale préalable¹⁵⁵⁶. On notera que les cas plus célèbres d'impeachment ne concernent pas des juges, mais des présidents¹⁵⁵⁷.

c) La justiciabilité de la procédure d'impeachment

- 746 Enfin se pose la question de la justiciabilité de l'impeachment, c'est-à-dire la question de savoir si un contrôle juridictionnel (*judicial review*) peut être exercé sur une telle procédure. A cet égard, il convient de citer le cas de Walter NIXON, alors juge fédéral du district du Mississippi, lequel est destitué en 1989, après avoir été condamné, et même incarcéré, pour corruption et parjure. Il porte l'affaire devant les instances judiciaires, attendu qu'il reproche au Sénat de ne pas lui avoir permis de bénéficier d'un procès régulier au sens du Cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis. Plus précisément, NIXON estime que le Sénat n'a pas respecté la procédure d'impeachment, en particulier qu'il avait eu recours à une sous-commission pour l'examen des faits, ce que lui permettait pourtant un article des « *Rules of Procedure and Practice in the Senate when Sitting on Impeachment Trials* ». L'ancien juge reproche, en outre, au Sénat de ne pas lui avoir donné la possibilité de s'exprimer devant lui¹⁵⁵⁸. La Cour de district estime que l'affaire ne peut pas être jugée au fond (« *nonjusticiable claim* ») ; la Cour d'appel du District de Columbia en fait de même.

¹⁵⁵⁰ Cf. [<https://www.fjc.gov/history/judges/impeachments-federal-judges>] (dernière consultation : 20.05.2020).

¹⁵⁵¹ MICHAUT, p. 89 ; TUSHNET, *Judicial selection*, p. 141.

¹⁵⁵² TUSHNET, *The Constitution of the USA*, pp. 139 s. ; WHEELER, p. 548.

¹⁵⁵³ MICHAUT, pp. 99 s.

¹⁵⁵⁴ GREENHOUSE, p. 34.

¹⁵⁵⁵ Cf. MICHAUT, pp. 92 ss.

¹⁵⁵⁶ Cf. not. MAHON/BENOIT, N 51.

¹⁵⁵⁷ A ce jour, cinq procédures d'impeachment ont été ouvertes contre des présidents, Andrew JOHNSON en 1868 (destitué) Richard NIXON en 1974 (qui démissionna toutefois juste avant sa mise en accusation), Bill CLINTON en 1998 (acquitté par le Sénat) et Donald TRUMP (deux fois) en 2019 et 2021.

¹⁵⁵⁸ MICHAUT, p. 75.

747

Saisie à son tour, la Cour suprême des Etats-Unis rend son arrêt *Nixon v. United States*, 506 U.S 224 (1993). La majorité de la Cour juge alors l'affaire comme « *nonjusticiable* », au motif que la Constitution réserve la procédure d'*impeachment* uniquement à la branche législative du pouvoir. En l'occurrence, l'art. 3, section 1, § 6 Constitution prévoit expressément que « le Sénat aura seul le pouvoir de juger les cas d'*impeachment* »¹⁵⁵⁹, ce qui exclut ainsi la branche judiciaire. Par ailleurs, selon la Cour, « *to open the door of judicial review to the procedures used by the Senate in trying impeachments would expose the political life of the country to months, or perhaps years, of chaos* »¹⁵⁶⁰. Cela dit, deux juges rédigeront des opinions concurrentes sur cet arrêt, en estimant que la Cour aurait dû examiner l'affaire au fond, quitte à conclure, comme ils l'estimaient eux-mêmes, que le Sénat avait correctement rempli son obligation de « juger »¹⁵⁶¹.

748

Par cet arrêt, la Cour a étendu sa jurisprudence en matière de « *political questions* » aux affaires d'*impeachment*, alors que l'arrêt *Power v. Mc Cornack* (1969) semblait avoir ouvert une brèche s'agissant du contrôle judiciaire d'une telle procédure. Inaugurée dans l'affaire *Marbury v. Madison* (1803), puis détaillée dans celle *Baker v. Carr* (1962), cette jurisprudence mentionne que la Cour ne doit, en principe, pas se saisir d'une affaire fondamentalement politique et soumise, par la Constitution ou la loi, aux branches exécutives ou législatives, au risque d'empiéter sur leurs compétences¹⁵⁶². En conséquence, « *[t]he political question doctrine is one of the most confusing and vague justiciability doctrines* »¹⁵⁶³. Pour certains auteurs, un contrôle judiciaire sur la régularité des procédures d'*impeachment* doit être exercé, du moins dans le cas de condamnations de juges. Pour d'autres, le pouvoir judiciaire doit rester à l'écart de ce processus essentiellement politique¹⁵⁶⁴.

2.5.3.6. Le régime disciplinaire (hors *impeachment*)

749

Le Congrès a adopté le *Judicial Conduct and Disability Act 1980*. Cette loi a été conçue pour permettre aux juges de surveiller la conduite de leurs pairs, sans devoir recourir au lourd mécanisme de l'*impeachment*¹⁵⁶⁵. Elle dispose qu'« *[a]ny person alleging that a judge has engaged in conduct prejudicial to the effective and expeditious administration of the business of the courts, or alleging that such judge is unable to discharge all the duties of office by reason of mental or physical disability, may file with the clerk of the court of appeals for the circuit a written complaint containing a brief statement of the facts constituting such conduct* »¹⁵⁶⁶. A part les cas typiques de maladies mentales ou physiques, on pense aussi à ceux d'un juge qui ferait un traitement spécial pour des amis ou qui traiterait des justiciables ou des avocats d'une manière particulièrement hostile¹⁵⁶⁷. Entre 600 et 800 plaintes ont été déposées ces dernières années. 90% d'entre elles concernent cependant le fond des décisions judiciaires et ne sont ainsi pas recevables¹⁵⁶⁸.

750

La plainte est adressée directement au *Chief judge* du circuit où officie le juge incriminé. Le *Chief judge* peut alors soit classer la plainte, soit nommer un comité spécial de juges appelé à investiguer sur les allégations, qui en référera au *judicial council*¹⁵⁶⁹. Celui-ci pourra alors ordonner les mesures suivantes : un blâme ou un avertissement (soit par « communication privée » soit par « annonce publique ») ; la suspension d'attribution de cas au juge ; ou la révocation, mais uniquement des *magistrates* et des *bankruptcy judges*¹⁵⁷⁰. Dans les cas les plus graves, le *judicial council* pourra soumettre l'affaire à la *judicial conference*, composée de juges de chaque Cour d'appel et présidée par le *Chief Justice*, qui pourra recommander à la Chambre des représentants

¹⁵⁵⁹ « *The Senate shall have the sole power to try all impeachments* ».

¹⁵⁶⁰ Passage cité par BAZAN, p. 17.

¹⁵⁶¹ MICHAUT, p. 75.

¹⁵⁶² Sur cette question, cf. notamment SULLIVAN/FELDMAN, pp. 67 ss ; DOORE, pp. 102 s.

¹⁵⁶³ DOORE, p. 102.

¹⁵⁶⁴ Cf. MICHAUT, pp. 76 ss et la doctrine citée par cette auteure. Sur cette question, cf. not. GERHARDT, pp. 133 ss, qui estime que la *judicial review* pourrait être exercée dans les cas d'abus extrêmes.

¹⁵⁶⁵ VOLCANSEK, *Judicial Misconduct*, p. 101.

¹⁵⁶⁶ Art. 28 U.S. Code, § 351 (a).

¹⁵⁶⁷ WHEELER, p. 550.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ Art. 28 U.S. Code, § 352 et 353.

¹⁵⁷⁰ Art. 28 U.S. Code, § 354.

*l'impeachment*¹⁵⁷¹. Du reste, cette dernière sanction ne pourrait être prononcée suivant une autre procédure que celle prévue par la Constitution (art. II, section 4)¹⁵⁷². En tout état de cause, les procédures disciplinaires à l'encontre de juges fédéraux restent extrêmement rares. La laborieuse procédure de nomination et de confirmation couplée par le nombre limité de juges fédéraux – environ 850, au sein d'une nation comptant plus d'un million d'avocats – écarte, en théorie, l'accès à la magistrature aux personnes peu qualifiées ou incompetentes¹⁵⁷³. La situation est un peu différente, comme on le verra, s'agissant des juges étatiques.

2.5.4. La désignation des juges étatiques

2.5.4.1. Les conditions d'éligibilité

751 A l'inverse de l'Etat fédéral, les entités fédérées prévoient certaines conditions pour l'accès aux postes de juges : citoyenneté américaine, minimum d'années de résidence dans l'Etat ou d'années de pratique en tant qu'avocat, âge limite (maximum ou minimum) ou encore diplôme de droit¹⁵⁷⁴. La plupart des juges, tous niveaux de juridiction confondus, proviennent du barreau ; les « promotions » des cours inférieures à celles supérieures sont rares. Certains juges ont également exercé auparavant la fonction de procureur¹⁵⁷⁵.

2.5.4.2. Les différents modes de désignation

a) Une désignation essentiellement populaire

752 L'élection populaire est le mode de désignation le plus répandu. 38 Etats pratiquent ce système, ce qui correspond à près de 90% des juges étatiques¹⁵⁷⁶. Une dizaine d'Etats¹⁵⁷⁷, principalement de la côte Est, ainsi que le District de Columbia ont, au contraire, un modèle de désignation calqué sur le modèle fédéral, c'est-à-dire une nomination par le gouverneur, souvent avec confirmation par le législatif. Des commissions de sélection peuvent également intervenir en amont. Dans deux Etats, les juges sont élus par le pouvoir législatif¹⁵⁷⁸. Les modes de désignation populaire varient d'un Etat à l'autre, et parfois même au sein d'un même Etat, voire de la même juridiction. On peut toutefois distinguer trois systèmes principaux : les élections partisans, les élections non partisans et les élections dites de rétention¹⁵⁷⁹.

b) Les élections partisans

753 Dans ce système, qu'on retrouve dans dix Etats¹⁵⁸⁰, les candidats sont choisis par les partis politiques lors d'élections primaires ou de conventions. Les dirigeants des partis exercent alors souvent un pouvoir déterminant, en soutenant tel ou tel candidat¹⁵⁸¹. L'activisme du juge au sein du parti sera d'autant plus un avantage pour être nommé. Le candidat se présente ensuite devant ses électeurs avec l'aval et sous l'étiquette du parti qui le soutient. La majorité des campagnes électorales mettent aux prises plusieurs candidats, issus des deux

¹⁵⁷¹ Art. 28 U.S. Code, § 355.

¹⁵⁷² Cf. PLUEN, N 227 et la référence citée.

¹⁵⁷³ TUSHNET, Judicial selection, p. 142.

¹⁵⁷⁴ WHEELER, p. 528.

¹⁵⁷⁵ TUSHNET, Judicial selection, pp. 144 s.

¹⁵⁷⁶ WHEELER, p. 529. Pour un aperçu de divers modes de sélection selon les Etats : [www.judicialselection.us]. Les données sont recensées par le *National Center for State Courts* (NCSC), *think tank* fondée par l'ancien *Chief Justice* de la Cour suprême, Warren BURGER.

¹⁵⁷⁷ Connecticut, Delaware, Maine, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York (pour la *Court of Appeals* et *Appellate Division*), Oklahoma (pour la *Supreme Court*, *Court of Criminal Appeals* et *Court of Civil Appeals*), Rhode Island et Vermont (état au 01.05.2020).

¹⁵⁷⁸ Caroline du Sud et Virginie (état au 01.05.2020).

¹⁵⁷⁹ Cf. MAYALI, p. 264.

¹⁵⁸⁰ Alabama, Illinois, Indiana (pour les juges des *circuit court* et *superior court*), Louisiane, Nouveau Mexique, New York (pour la *County Court* et la *Supreme Court*), Caroline du Nord (pour la *Supreme Court* et la *Court of Appeals*), Pennsylvanie, Tennessee (pour les *Chancery Court*, *Criminal Court*, *Circuit Court* et *Probate Court*) et Texas (état au 01.05.2020).

¹⁵⁸¹ MAYALI, p. 265.

grands partis (démocrates et républicains). C'est alors souvent l'affiliation politique des candidats qui détermine l'électeur et l'élection¹⁵⁸². Elle leur permet d'ailleurs de connaître les opinions du candidat et de présager les décisions qu'il rendra une fois élu, en particulier en matière criminelle et en droit public¹⁵⁸³.

A cet égard, la campagne électorale d'un candidat à une charge judiciaire ne diffère pas fondamentalement de celle d'un candidat à une fonction (plus) politique¹⁵⁸⁴. Bien qu'on attende généralement du candidat-juge une certaine retenue, certains n'hésitent parfois pas à s'exprimer ouvertement sur une question politique ou juridique, notamment en matière criminelle ou économique. D'ailleurs, l'interdiction pour un candidat à une charge judiciaire de s'exprimer publiquement sur ces questions a été jugée, par la Cour suprême des Etats-Unis (à 5 voix contre 4), dans l'arrêt *Minnesota Republican Party v. White* (2002), contraire à la liberté d'expression mentionnée dans le 1^{er} amendement de la Constitution américaine¹⁵⁸⁵. Ainsi, il est fréquent que des candidats s'engagent, une fois élus, à punir plus sévèrement les criminels ou à justifier l'utilisation d'armes à feu en cas de légitime défense, le cas échéant en attaquant frontalement le candidat adverse¹⁵⁸⁶. En conséquence, on peut dire que les électeurs sont susceptibles d'exercer une certaine influence sur les orientations de la justice¹⁵⁸⁷.

754

c) Les élections non partisans

Ce mode d'élection est présent, à des degrés divers, dans vingt Etats¹⁵⁸⁸. Ici, les candidats ne se présentent pas sous les couleurs du parti ; même s'ils sont presque toujours choisis en son sein, soit à l'issue d'élections primaires qui peuvent être partisans ou non, soit par une procédure de nomination par signature d'un certain nombre de citoyens. Les électeurs votent ainsi pour une personne et non un parti. En théorie, les partis politiques ne doivent pas être mentionnés sur les bulletins de vote, mais cette règle est rarement respectée. Les électeurs ont d'ailleurs la possibilité, par un moyen ou un autre, de connaître l'affiliation politique du candidat¹⁵⁸⁹. Bien que la campagne électorale ne soit pas aussi politisée que dans le cas d'une élection partisane, elle présente les mêmes caractéristiques, les candidats n'hésitant pas à s'exprimer sur tel ou tel sujet. Comme pour les élections partisans, les taux de participation à ces élections restent cependant bas. Ce manque d'intérêt est d'ailleurs accentué par l'absence d'enjeu politique¹⁵⁹⁰.

755

d) Le « Missouri plan » et les élections de rétention

Aussi appelé « *Merit plan* », ce système de sélection des juges est actuellement en vigueur dans dix-sept Etats¹⁵⁹¹. Adopté progressivement suite à la décision du Missouri dans les années 1940¹⁵⁹², il combine la nomination et l'élection. Il comporte trois phrases principales. Premièrement, une commission non partisane d'experts établit une liste de candidats sur la base uniquement de leur mérite, mais aussi dans certains Etats, selon la répartition des forces politiques. Cette liste est la plupart du temps publique. Deuxièmement, l'autorité

756

¹⁵⁸² CUNIBERTI, p. 137.

¹⁵⁸³ MAYALI, pp. 265 s. ; TUSHNET, *Judicial selection*, p. 146.

¹⁵⁸⁴ MAYALI, p. 265.

¹⁵⁸⁵ Certains groupes d'intérêts ont tiré profit de cette décision afin de faire pression sur les candidats pour qu'ils répondent à certaines questions délicates, telles que le droit à l'avortement, pour ensuite demander leurs récusations une fois que ces questions parvenaient devant eux, une fois élus. WHEELER, p. 531.

¹⁵⁸⁶ CUNIBERTI, p. 138.

¹⁵⁸⁷ MAYALI, p. 266.

¹⁵⁸⁸ Arkansas, Californie (pour la *Superior Court*), Floride (pour la *Circuit Court*), Géorgie, Idaho, Kentucky, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, Caroline du Nord (pour la *Superior Court*), Dakota du Nord, Dakota du sud (pour la *Circuit Court*), Ohio, Oklahoma (pour la *District Court*), Oregon, Virginie-Occidentale, Washington et Wisconsin (état au 01.05.2020).

¹⁵⁸⁹ MAYALI, pp. 267 s.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ Alaska, Arizona, Californie (pour la *Court of Appeals* et la *Supreme Court*), Colorado, Floride (pour la *District Court of Appeals* et la *Supreme Court*), Hawaï, Illinois (pour la réélection uniquement), Indiana (pour la *Court of Appeals* et la *Supreme Court*), Iowa, Kansas, Maryland, Missouri, Nebraska, Oklahoma, Dakota du Sud (pour la *Supreme Court*), Tennessee (pour la *Court of Criminal Appeals*, *Court of Appeals* et *Supreme Court*) et Utah (état au 01.05.2020).

¹⁵⁹² Cf. *supra*, N 702.

élue, généralement le gouverneur – avec dans certains Etats, le concours du Sénat – procède à la nomination d'un des candidats proposés par la commission judiciaire. La nomination est le plus souvent faite pour une durée variable, mais jamais inférieure à un an, ce qui constitue en quelque sorte la période probatoire. Troisièmement, à la fin de cette période, le peuple se prononce sur le maintien en fonction du juge, à travers une élection dite de « rétention ». Contrairement aux autres types d'élections, les citoyens ne sont pas appelés ici à choisir entre plusieurs candidats, le juge en fonction n'affrontant aucun candidat concurrent. Il s'agit uniquement d'approuver ou de désapprouver l'action du juge pendant son mandat. Une fois confirmé, le juge restera en fonction jusqu'à la fin de son mandat, qui varie selon les Etats et les juridictions, de six à douze ans. A l'issue de son mandat, il est rééligible selon les mêmes procédures¹⁵⁹³.

- 757 La composition des commissions de sélection varie d'un Etat à l'autre. Elles sont généralement constituées d'un magistrat – souvent le *chief justice* de la Cour suprême de l'Etat –, d'avocats, généralement nommés par l'association du Barreau, et de membres non juristes, le plus souvent nommés par le gouverneur de l'Etat¹⁵⁹⁴. Bien que ces commissions soient en principe non partisans, une dizaine d'Etats prévoient qu'elles soient composées de manière à respecter l'équilibre entre les forces politiques¹⁵⁹⁵. A ce propos, il est souvent relevé que les considérations partisans jouent tout de même un rôle considérable dans le choix des candidats¹⁵⁹⁶. En particulier, certains milieux juridiques conservateurs déplorent le quasi-monopole des avocats de tendance progressiste dans le processus de sélection¹⁵⁹⁷. Ainsi, ces dernières années, plusieurs amendements constitutionnels ont été proposés visant à réduire le poids de ces commissions, notamment en y incluant davantage de politiciens¹⁵⁹⁸.
- 758 En comparaison de l'élection exclusivement populaire, le *Missouri Plan* présente assurément l'avantage de limiter la politisation du processus de sélection et de garantir un recrutement sur la base, en théorie, des compétences du candidat¹⁵⁹⁹. En outre, le fait pour un juge de devoir se soumettre, après une certaine période, à une élection de confirmation, dans laquelle il n'affronte aucun autre candidat, permet, selon certains, un contrôle démocratique sur les décisions de justice¹⁶⁰⁰. Du reste, le pourcentage de juges qui maintient ses fonctions après une élection de rétention est très élevé. Cela peut s'expliquer d'une part par le fait que les élections sont incontestées, et d'autre part, par le faible taux de participation¹⁶⁰¹.
- 759 Cela ne signifie toutefois pas que les juges dans les Etats avec une élection de rétention soient à l'abri de pressions populaires. En effet, il n'est pas exclu que le juge, conscient des prochaines échéances électorales, rende en connaissance de cause une décision conforme aux attentes de l'opinion publique¹⁶⁰². A l'inverse, dans l'hypothèse où certains jugements ne satisferaient pas les citoyens, ceux-ci pourraient utiliser l'instrument du scrutin populaire pour sanctionner le juge. Il est ainsi arrivé que des juges de certains Etats, notamment de Californie et du Tennessee, perdent leur élection de rétention, en raison de leur refus d'appliquer la peine de mort¹⁶⁰³. De même, en 2010, trois juges de l'Iowa, qui avaient déclaré invalide une loi bannissant le mariage homosexuel, ont été rejetés dans une élection de rétention après que des associations « pro-famille » avaient massivement investi dans des campagnes publicitaires les critiquant¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹³ MAYALI, p. 268 ; ZOLLER, p. 109.

¹⁵⁹⁴ WHEELER, p. 532.

¹⁵⁹⁵ MAYALI, p. 269.

¹⁵⁹⁶ DE SILVA, p. 379.

¹⁵⁹⁷ WHEELER, p. 532.

¹⁵⁹⁸ Cf. à ce propos l'étude du *think tank* Brennan Center for Justice : [<https://www.brennancenter.org/analysis/legislative-assaults-state-courts-2018>] (dernière consultation : 20.05.2020).

¹⁵⁹⁹ MAYALI, p. 270 ; TUSHNET, *Judicial selection*, p. 145.

¹⁶⁰⁰ WHEELER, p. 532.

¹⁶⁰¹ TUSHNET, *Judicial selection*, p. 145.

¹⁶⁰² MAYALI, p. 270.

¹⁶⁰³ TUSHNET, *Judicial selection*, p. 145 ; DARBY, p. 359.

¹⁶⁰⁴ DE SILVA, p. 384.

2.5.4.3. La durée de fonction et la réélection

Les juges sont élus dans la quasi-totalité des Etats (47) pour une durée déterminée. Celle-ci varie d'un an, en Floride pour les magistrats de la Cour suprême, à quinze ans pour ceux de la *Circuit Court* du Kansas ainsi que de la Cour d'appel du District de Columbia. La durée diffère généralement selon les juridictions de l'Etat. La majorité des Etats prévoit une durée de six à huit ans. Pour les juges des cours suprêmes, la durée du mandat est plus longue ; elle atteint souvent dix à douze ans. Fait exception à cette règle l'Etat du Rhode Island où le gouverneur, avec l'accord des deux Chambres du Parlement, nomme à vie les juges de la *Supreme Court* et ceux de la *Superior Court*. Les Etats du Massachusetts et du New Hampshire appliquent, quant à eux, la nomination des magistrats jusqu'à l'âge de la retraite, fixé à 70 ans. Il s'agit d'ailleurs de l'âge limite de fonction dans de nombreux Etats¹⁶⁰⁵.

760

Les magistrats étatiques sont la plupart du temps rééligibles à la fin de leur mandat. Ils affrontent alors souvent d'autres candidats, qui auront tout intérêt à attaquer le travail du juge durant sa fonction. Comme pour l'élection de rétention, en même temps qu'elle permet un contrôle démocratique des décisions de justice, la réélection est cependant susceptible de mettre à mal l'indépendance du juge. Sa responsabilité (*accountability*) sera avant tout politique, en ce sens que sa réélection se trouvera compromise si son comportement a remis en cause le rapport de confiance à la base de sa légitimation politico-démocratique. Dans ce cas, la non-réélection représentera une sanction politique, bien plus que juridique¹⁶⁰⁶. A ce propos, plusieurs études¹⁶⁰⁷ ont révélé que les juges auront tendance à se montrer plus sévères dans leurs jugements en matière criminelle – notamment en prononçant plus souvent la peine de mort – l'année qui précède leur réélection, pour se conformer aux attentes de l'opinion publique. Ce phénomène est d'autant plus visible grâce aux campagnes publicitaires vantant les mérites du magistrat ou, au contraire, le discréditant.

761

2.5.4.4. Le problème du financement des campagnes électorales

Le coût élevé des campagnes, somme toute politiques, d'élection et de réélection contraint souvent les candidats à lever des fonds importants en sollicitant les contributions financières de leurs électeurs potentiels¹⁶⁰⁸. Il en va ainsi, en particulier, pour l'élection des juges de la Cour suprême d'un Etat¹⁶⁰⁹. A ce titre, les sommes destinées aux campagnes électorales ont augmenté de manière exponentielle ces deux dernières décennies¹⁶¹⁰. Ces fonds sont le plus souvent utilisés pour des annonces publicitaires à la télévision ou dans les journaux¹⁶¹¹, dans lesquelles les candidats mettent en valeur leurs mérites ou qualités, qui ont parfois des liens assez lâches avec la fonction de juger¹⁶¹².

762

Ces financements proviennent en majeure partie d'entreprises privées, de cabinets d'avocats ou d'associations lobbyistes¹⁶¹³. En particulier, les avocats qui représentent régulièrement leurs clients devant la juridiction concernée auront tout intérêt à financer la campagne d'un candidat, lequel pourrait se sentir redevable envers eux, une fois qu'il sera élu¹⁶¹⁴. Cet intérêt est accentué par le fait que dans le système américain, les avocats sont généralement rémunérés sur la base du « *contingency fee* », c'est-à-dire d'un montant dépendant de l'issue du

763

¹⁶⁰⁵ [http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state] (dernière consultation : 20.05.2020).

¹⁶⁰⁶ MAZZA, p. 933.

¹⁶⁰⁷ Cf. not. CANES-WRONE Brandice/CLARK Tom/KELLY Jason, Judicial Selection and Death Penalty Decisions, in : American Political Science Review, vol. 108, n° 1, 2014, pp. 23 ss.

¹⁶⁰⁸ MAYALI, p. 265.

¹⁶⁰⁹ CUNIBERTI, p. 137.

¹⁶¹⁰ WHEELER, pp. 529 s. ; DE SILVA, p. 381.

¹⁶¹¹ TUSHNET, Judicial Selection, p. 147.

¹⁶¹² Cf. notamment la vidéo humoristique du fameux programme « Last Week Tonight with John Oliver » où l'on voit des candidats, dans des clips télévisés, montrer leur famille ou leurs hobbies. Disponible : [https://www.youtube.com/results?search_query=election+judges+john+oliver] (dernière consultation : 20.05.2020).

¹⁶¹³ CUNIBERTI, p. 138.

¹⁶¹⁴ WHEELER, p. 530, qui cite une phrase choquante, mais symptomatique, prononcée par un juge de la Cour suprême de l'Ohio : « *I never felt so much like a hooker (prostitute) down by the bus station in any race I've ever been in as I did in a judicial election. Everyone interested in contributing has very specific interests. They mean to be buying a vote* ».

procès¹⁶¹⁵. De même, ce sont parfois les juges qui requièrent de la part des avocats des dons pour le financement de leur campagne. A ce propos, deux études, une portant sur la Cour suprême de Louisiane¹⁶¹⁶, et une autre sur celle de l'Ohio¹⁶¹⁷, ont révélé que, durant leurs mandats, les juges avaient rendu des décisions en faveur de leurs donateurs, dans plus de 65% des cas pour la première (et même à 91% pour un juge) et à plus de 70% pour la seconde.

764 En conséquence, les contributions aux campagnes électorales constituent assurément une menace pour l'indépendance et l'impartialité de la justice¹⁶¹⁸. D'ailleurs, en juin 2009, la Cour suprême des Etats-Unis a reconnu, à cinq voix contre quatre, dans son arrêt *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, que la Cour suprême de Virginie-Occidentale avait violé le droit à un procès équitable (14^e amendement) d'un recourant en jugeant une affaire l'opposant à une partie qui avait, auparavant, dépensé plusieurs millions de dollars dans la campagne électorale d'un juge de ladite Cour¹⁶¹⁹.

765 C'est pour parer ces risques que certains Etats ont inséré, dans leur code de conduite judiciaire ou dans leur législation, des mesures visant à réglementer le versement des contributions financières ainsi que l'affectation des sommes reçues. Plusieurs Etats ont limité le montant des contributions que peuvent solliciter ou recevoir les candidats ou leur comité électoral à une élection judiciaire, en particulier de la part de membres du Barreau local¹⁶²⁰. Certains Etats ont également établi des règles de récusation guidant les juges appelés à se prononcer sur des affaires impliquant des parties qui ont participé au financement de leur campagne électorale¹⁶²¹. De même, des associations professionnelles et non gouvernementales, telles que l'*American Bar Association* et l'*American Judicature Society*, ont adopté certaines dispositions à ce sujet. Toutefois, celles-ci ne sont pas contraignantes et n'ont, en pratique, que des effets très limités¹⁶²².

766 Cela dit, on peut constater, ces dernières années, une certaine réticence de la part de certains Etats à plafonner le montant des contributions dans des campagnes électorales¹⁶²³. Cette tendance est renforcée par la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis. Dans l'affaire *Citizen United v. FEC* (2010), celle-ci a, en effet, jugé, à cinq voix contre quatre, comme contraires au 1^{er} amendement qui protège la liberté d'expression, plusieurs dispositions du *Bipartisan Campaign Reform Act* de 2002. Cette loi fédérale interdisait aux personnes morales, poursuivant un but lucratif ou non, de financer des messages publicitaires durant une certaine période précédant une élection générale ou primaire¹⁶²⁴. Critiquée par certains, applaudie par d'autres, cette décision a notablement renforcé le camp des partisans d'une absence de régulation du financement des campagnes électorales, y compris celles judiciaires¹⁶²⁵.

2.5.4.5. La révocation et autres sanctions disciplinaires

767 Avant la fin de leur mandat, les juges étatiques peuvent être démis de leur fonction au moyen de trois voies principales – qui s'additionnent souvent : le *recall*, l'*address* et l'*impeachment*¹⁶²⁶.

768 Le *recall* ou « droit de révocation » permet à un certain nombre de citoyens de provoquer, au moyen d'une pétition, une votation populaire sur la destitution d'un membre d'une autorité élue. Présent, en ce qui concerne

¹⁶¹⁵ TUSHNET, p. 147.

¹⁶¹⁶ PARMER Vernon/LEVENDIS John, The Louisiana Supreme Court in Question: an Empirical and Statistical Study of the Effects of Campaign Money on the Judicial Function, in: Tulane Review, 82, p. 1291 (2008), cité par DE SILVA, p. 383.

¹⁶¹⁷ LIPTAK Adam/ROBERTS Janet, Campaign Cash Mirrors a High Court's Rulings, *The New York Times*, 01.10.2006, cité par DE SILVA, p. 383.

¹⁶¹⁸ MAYALI, p. 266.

¹⁶¹⁹ WHEELER, p. 530

¹⁶²⁰ MAYALI, p. 273.

¹⁶²¹ WHEELER, p. 530 ; DE SILVA, pp. 384 s.

¹⁶²² MAYALI, p. 273.

¹⁶²³ DE SILVA, p. 386.

¹⁶²⁴ *Idem*, p. 377. Pour une analyse détaillée de la réglementation américaine, jusqu'en 2008, relative au financement des campagnes électorales, cf. CARONI, pp. 184 ss.

¹⁶²⁵ *Idem*, p. 386.

¹⁶²⁶ Cf. [http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/removal_of_judges.cfm?state] (dernière consultation : 20.05.2020).

la destitution des membres des autorités judiciaires, dans huit Etats¹⁶²⁷, cet instrument relève de la démocratie directe. Il « constitue, en quelque sorte, le prolongement de l'élection populaire en ce sens qu'il permet au peuple de rappeler celui qu'il avait choisi pour le représenter »¹⁶²⁸. Parfois utilisé pour mettre fin au mandat d'un membre d'une autorité exécutive ou législative, il est cependant peu employé pour la destitution d'un juge¹⁶²⁹.

La procédure d'*address* ou de *legislative address* confère au gouverneur le pouvoir de démettre de ses fonctions un juge, sur requête des deux Chambres du Parlement. Une dizaine d'Etats fédérés¹⁶³⁰ connaissent cet instrument, qui n'a toutefois guère été utilisé avec succès ces dernières décennies¹⁶³¹.

Quant à l'*impeachment*, qui, comme au niveau fédéral, permet la destitution d'un juge sur mise en accusation d'une Chambre et successive condamnation de la part de l'autre Chambre, il est présent dans presque tous les Etats. Cela dit, lors de ces deux dernières décennies, seul un juge étatique a été destitué par ce biais, et cinq autres ont été uniquement impliqués dans la procédure¹⁶³².

A côté de ces mécanismes, on peut en citer un quatrième. Certains Etats confient le droit disciplinaire des juges à des *judicial conduct commissions*, composées de juges, d'avocats et d'autres membres non juristes. Généralement, les juges n'occupent qu'une minorité des sièges. Ces commissions peuvent prononcer différentes sanctions : avertissement, blâme public, suspension sans traitement, etc.¹⁶³³. Cela dit, la décision de révocation du magistrat est rarement une prérogative de ces commissions. Celles-ci se limitent généralement à investiguer sur les faits reprochés au juge avant de faire une recommandation à la Cour suprême de l'Etat, qui est compétente pour prononcer la destitution¹⁶³⁴. Selon une étude publiée par la défunte *American Judicature Society*, en 2006, douze juges avaient été révoqués par ce biais, onze juges avaient démissionné ou pris leur retraite et une centaine avaient été sanctionnés d'une autre manière (réprimande, suspension sans traitement, etc.)¹⁶³⁵. Une sanction disciplinaire rendue à l'encontre d'un juge peu avant sa réélection peut évidemment la compromettre, même si plusieurs juges ont tout de même été réélus¹⁶³⁶.

2.5.5. Synthèse et brève appréciation du système

2.5.5.1. Un juge (politique) bénéficiant d'une forte légitimité démocratique

Contrairement à la plupart des pays européens qui ont institué une distance, plus ou moins nette, entre le pouvoir judiciaire et la population, les Etats-Unis n'ont jamais véritablement coupé le lien qui les unit. En effet, les citoyens participent à la fonction judiciaire, d'une part, en contribuant directement ou indirectement à la sélection des juges, et d'autre part, en rendant la justice, à leurs côtés, par le biais du jury¹⁶³⁷. Alors que les juges fédéraux sont nommés par le président des Etats-Unis, avec le consentement du Sénat, selon une procédure hautement politisée, les juges étatiques sont, pour la plupart d'entre eux, élus au suffrage universel. Le premier, mais surtout le second mode de désignation, leur confère dès lors une remarquable légitimité démocratique. En conséquence, « [l]orsque, appelé à connaître d'une question sur laquelle un autre pouvoir s'est prononcé, le juge élu a une opinion différente et envisage de contredire cet autre pouvoir, il n'a pas raison

¹⁶²⁷ Arizona, Californie, Colorado, Minnesota, Nevada, Dakota du Nord, Oregon et Wisconsin.

¹⁶²⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat, N 635.

¹⁶²⁹ TUSHNET, Judicial selection, p. 148.

¹⁶³⁰ Arkansas, Connecticut, Maine, Maryland, Massachusetts, Mississippi, New Hampshire, Caroline du Sud, Texas et Wisconsin.

¹⁶³¹ TUSHNET, Judicial selection, p. 148.

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ Cf. [http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/removal_of_judges.cfm?state] (dernière consultation : 20.05.2020).

¹⁶³⁵ TUSHNET, Judicial selection, p. 148.

¹⁶³⁶ *Ibid.*

¹⁶³⁷ ZOLLER, pp. 107 ss. Le jury, composé de citoyens choisis au hasard sur les listes électorales, a toute son importance dans le procès américain. Son droit est d'ailleurs énoncé dans trois dispositions du *Bill of Rights*. Sortant de notre domaine de recherche, nous ne développerons cependant pas davantage cette institution. Pour plus de détails, cf. not. GARAPON/PAPADOPOULOS, pp. 173 ss.

de faire un complexe d'infériorité en raison de la supériorité démocratique du mode de désignation du pouvoir concurrent »¹⁶³⁸.

773 La légitimité du juge américain se trouve également renforcée par son rôle d'acteur à part entière dans la production de règles de droit. Cela est vrai, en particulier, s'agissant de la Cour suprême des Etats-Unis, dont les décisions sur des sujets hautement controversés et que la politique était impuissante à régler (ségrégation raciale, avortement, mariage homosexuel) ont marqué les relations sociales de tout un pays¹⁶³⁹. A ce titre, il est frappant de remarquer que lorsqu'ils sont appelés à choisir les affaires qu'ils traitent, les juges des cours suprêmes – tant fédérale qu'étatiques – négligent très souvent le droit privé au profit du droit public, parfois du droit pénal¹⁶⁴⁰. Cette attitude, que certains définissent comme de l'interventionnisme politique¹⁶⁴¹, résulte notamment de leur pouvoir séculaire de contrôler la constitutionnalité des lois. En définitive, Alexis de TOCQUEVILLE ne s'était point mépris quand il affirmait qu'il n'est « pas de question politique, aux Etats-Unis, qui ne devienne tôt ou tard une question judiciaire ». Mais, on peut aussi dire, à l'inverse, qu'il n'y a pas ou peu de question judiciaire qui ne soit pas politique.

2.5.5.2. Un équilibre (parfois fragile) entre indépendance de la justice et responsabilité démocratique

774 Le modèle judiciaire américain se caractérise, malgré sa pluralité, par un équilibre entre indépendance et responsabilité démocratique des juges (*judicial accountability*)¹⁶⁴². Sur le plan fédéral, cet équilibre semble, pour l'instant, tenir en place malgré l'enjeu indéniablement politique de la nomination des juges, avant tout de la Cour suprême. Celle-ci déchaîne souvent les passions et l'ensemble de la population retient de devoir faire entendre sa voix directement, ou par l'intermédiaire de ses représentants ou autres groupes de pression. Cette relative « quiétude » du juge fédéral peut s'expliquer d'une part, par le prestige de son statut, parmi le plus élevé dans l'échelle sociale¹⁶⁴³, et d'autre part par l'inamovibilité dont il bénéficie, étant nommé à vie. Cette dernière garantie lui permet ainsi de rester à l'abri d'éventuelles représailles du pouvoir politique, tout comme de l'opinion publique. Tel était d'ailleurs l'objectif des Pères fondateurs de la nation, du moins de la grande majorité d'entre eux, qui visaient à instaurer un véritable pouvoir judiciaire indépendant et impartial. Du reste, depuis la création de la nation américaine, toutes les tentatives pour remettre en cause l'inamovibilité des juges fédéraux, notamment de la Cour suprême, ont échoué ; que ce soit par l'intermédiaire d'un *impeachment* politique comme l'a été le cas de SAMUEL CHASE en 1804 ou encore par la proposition du Président Franklin D. ROOSEVELT, en 1937, de remplacer tout *justice* qui atteindrait l'âge de 70 ans.

775 Sur le plan étatique, cet équilibre est plus fragile étant donné que les juges sont, pour la plupart d'entre eux, nommés par le peuple et ceci pour une durée déterminée, ce mandat étant renouvelable. Trouvant son origine dans le mouvement populiste des années 1830, l'élection populaire doit donner aux citoyens un pouvoir de contrôler l'exercice de la fonction des magistrats. Mais l'exigence d'élections périodiques ainsi que la nécessité de trouver des fonds pour leurs financements constituent une forme d'influence extérieure sur la justice, et par là une mise en danger du principe d'indépendance des juges. Une partie de la doctrine libérale propose ainsi des réformes visant à supprimer l'élection des juges des cours suprêmes étatiques pour la remplacer par un processus de nomination plus transparent mené par une commission d'experts indépendants, la décision finale incombant au gouverneur. Elle recommande également de fixer un mandat unique non renouvelable pour les magistrats¹⁶⁴⁴. Cela dit, malgré le faible taux de participation à ces élections et les démarches visant à réformer ce modèle de désignation, en particulier s'agissant du financement, la population américaine n'en demeure pas moins très attachée à celui-ci¹⁶⁴⁵.

¹⁶³⁸ CUNIBERTI, p. 139.

¹⁶³⁹ MAHON/BENOIT, p. 281.

¹⁶⁴⁰ CUNIBERTI, pp. 131 et 139.

¹⁶⁴¹ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 163.

¹⁶⁴² WHEELER, pp. 564 s.

¹⁶⁴³ On s'adresse, d'ailleurs, toujours à lui à la troisième personne par un pompeux « Votre Honneur ». ZOLLER, p. 106.

¹⁶⁴⁴ Cf. BANNON Alicia, Choosing State Judges: A Plan for Reform, Brennan Center for Justice, 2018. Disponible : [https://www.brennancenter.org/sites/default/files/publications/2018_09_JudicialSelection.pdf] (dernière consultation : 15.05.2020).

¹⁶⁴⁵ MAYALI, p. 274 ; DE SILVA, p. 386.

2.6. L'analyse comparative : une distinction entre deux principaux modèles de désignation judiciaire

2.6.1. Une distinction traditionnelle

La doctrine constitutionnelle¹⁶⁴⁶, qu'elle soit juridique ou politologique, distingue traditionnellement deux modèles de magistrature. Le modèle bureaucratique ou continental, d'une part, et le modèle professionnel, d'autre part. Ces deux modèles couvrent, avec certaines nuances, la ligne de partage entre les pays de *civil law* et les pays de *common law*¹⁶⁴⁷. Pour parvenir à cette classification, Carlo GUARNIERI et Patrizia PEDERZOLI ont étudié le recrutement, la formation et le déroulement de la carrière des juges dans sept pays : France, Italie, Espagne, Portugal, Allemagne, Angleterre et Etats-Unis. Certes, comme ils le relèvent eux-mêmes, il s'agit de catégories « idéal-typiques », en ce sens que les diverses magistratures qu'on retrouve dans le monde peuvent parfaitement comprendre des aspects appartenant tant à un modèle qu'à un autre¹⁶⁴⁸. Par ailleurs, comme tout phénomène juridique ou politique, la justice n'échappe pas à l'évolution, de sorte qu'un pays qui pouvait sembler proche d'un modèle à un moment de son histoire s'en éloigne selon les vicissitudes du moment¹⁶⁴⁹. Cela dit, malgré la diversité et l'évolution des expériences nationales, la classification proposée permet de dégager les caractéristiques de chaque système étudié et facilite ainsi l'étude comparative. C'est pourquoi nous la reprendrons, en développant certains aspects qui sont ressortis de l'analyse approfondie des systèmes français, britannique et américain.

776

2.6.2. Le modèle bureaucratique ou continental

Le modèle dit continental ou bureaucratique ou encore de *civil law* se retrouve essentiellement dans les pays d'Europe méridionale : France, Espagne, Italie, Portugal, Grèce. Des variations de ce système existent également dans d'autres pays d'Europe occidentale et orientale, ainsi qu'en Amérique latine et en Afrique francophone¹⁶⁵⁰. La magistrature française incarne le mieux ce modèle. Issue de la période napoléonienne¹⁶⁵¹, elle a influencé celles des autres Etats de l'Europe latine¹⁶⁵².

777

Selon Carlo GUARNIERI et Patrizia PEDERZOLI, cinq éléments (au moins) caractérisent le modèle bureaucratique¹⁶⁵³. Premièrement, la sélection s'opère par un concours d'entrée, combinant épreuves écrites et orales, que les candidats passent, généralement, à la fin de leur cursus universitaire. Partant, les juges sont recrutés à un âge assez jeune. Ils intègrent alors la fonction publique. Par ailleurs, la sélection des juges ordinaires¹⁶⁵⁴ est basée essentiellement sur le critère du mérite, de sorte que les considérations purement partisans restent, en théorie, à l'écart de ce processus¹⁶⁵⁵. La nomination est traditionnellement effectuée par le pouvoir exécutif, prérogative qui est passée, en partie, à de nouvelles institutions, les conseils (supérieurs) de la magistrature, conçus pour renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire.

778

On peut donc constater que les mécanismes de recrutement et de carrière au sein de ce modèle visent à mettre une distance la plus significative possible entre la justice et la politique. Il en découle que la légitimité du juge est avant tout technique. Il connaît le droit, l'a étudié et a réussi le concours ; il a donc la légitimité pour

779

¹⁶⁴⁶ Notamment GUARNIERI/PEDERZOLI, pp. 30 ss ; MAHON, Petit Commentaire, N 7 ad art. 30 ; DE VERGOTTINI, pp. 279 ss ; GEE, Persistent Politics, pp. 122 ss ; MACDONALD/KONG, pp. 850 ss ; MAZZA, pp. 928 ss.

¹⁶⁴⁷ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 31 ; MACDONALD/KONG, p. 850.

¹⁶⁴⁸ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 66 ; cf. ég. MAZZA, p. 928.

¹⁶⁴⁹ Pour une analyse critique des classifications juridiques, cf. LEGAIS, p. 88.

¹⁶⁵⁰ VOLCANSEK, Judicial Elections, p. 810 ; MAZZA, pp. 937 ss.

¹⁶⁵¹ Cf. *supra*, N 522.

¹⁶⁵² OBERTO, pp. 16-17.

¹⁶⁵³ GUARNIERI/PEDERZOLI, pp. 51 ss. Cf. ég. MAZZA, p. 934.

¹⁶⁵⁴ Font donc ici exceptions les juges constitutionnels, qui sont élus une fois leur carrière réussie et pour qui leur idéologie politique exerce un rôle souvent décisif dans leur désignation. Cf. *supra*, N 502 ss.

¹⁶⁵⁵ GEE, Persistent Politics, p. 124.

l'appliquer (on ne lui en demande d'ailleurs pas davantage). Par contre, il n'a qu'une faible légitimité démocratique, n'ayant pas été élu directement par le peuple ou ses représentants¹⁶⁵⁶. Autrement dit, « [o]n attend du juge qu'il se comporte comme un fonctionnaire, mais sans le dire et donc sans l'assumer, tout en lui maintenant son titre de juge »¹⁶⁵⁷.

- 780 Deuxièmement, la formation du juge s'effectue principalement à l'intérieur du corps judiciaire. Tout d'abord, la réussite du concours donne droit à l'entrée dans un institut de formation, au sein duquel l'aspirant juge devra suivre des cours et divers stages le préparant à la fonction judiciaire. La durée de la formation varie selon les pays. Une fois sa formation achevée, le juge sera affecté au sein d'une juridiction dans laquelle il pourra mettre en pratique les éléments acquis. Etant « fonctionnarisé », le magistrat restera, en principe, en service durant toute sa carrière¹⁶⁵⁸. En conséquence, la socialisation professionnelle du juge s'accomplit au sein de l'organisation judiciaire elle-même. Autrement dit, ce sont les collègues les plus anciens qui assurent « la reproduction de l'*ethos* professionnel »¹⁶⁵⁹.
- 781 Troisièmement, le modèle bureaucratique se caractérise par une structure pyramidale. L'avancement dans la carrière du magistrat se base principalement sur l'ancienneté et le mérite. Ce dernier critère est apprécié par les supérieurs hiérarchiques du juge, qui contrôlent ainsi sa progression professionnelle¹⁶⁶⁰. Le conseil (supérieur) de la magistrature se prononce ensuite sur la promotion du magistrat, parfois de concert avec le ministre de la Justice. Il exerce, en outre, la surveillance sur les magistrats de l'ordre judiciaire¹⁶⁶¹.
- 782 Quatrièmement, les juges sont des généralistes plutôt que des spécialistes. Autrement dit, ils ne sont pas recrutés pour exercer une fonction spécifique, mais pour remplir toutes les fonctions qui correspondent à leurs grades. Ils seront ainsi appelés, tout au long de leur carrière, à changer plusieurs fois de positions, voire même à passer de la magistrature assise à celle debout, ou inversement, comme c'est le cas en France.¹⁶⁶²
- 783 Cinquièmement, dans le système continental, les garanties d'indépendance interne du juge, c'est-à-dire vis-à-vis des autres juges, tendent à être plus faibles que dans les systèmes professionnels¹⁶⁶³. En effet, le juge qui espère une promotion devra par la force des choses se conformer aux attentes de ses supérieurs hiérarchiques, qui décideront de son avenir.
- 784 Enfin, l'indépendance (externe) des juges de carrière est principalement assurée par les règles garantissant l'autonomie d'organisation du pouvoir judiciaire¹⁶⁶⁴. A ce titre, les juges bénéficient, une fois nommés, de l'inamovibilité ; notion qui est consacrée au niveau constitutionnel¹⁶⁶⁵. La destitution peut être prononcée par le Conseil supérieur de la magistrature – dans les Etats qui possèdent un tel organe – et un recours est généralement ouvert devant l'autorité judiciaire ou administrative supérieure¹⁶⁶⁶.

2.6.3. Le modèle professionnel ou de *common law*

- 785 On distingue généralement le modèle continental du modèle professionnel ou de *common law*. Celui-ci se retrouve au sein de la magistrature anglaise, qui en constitue l'exemple le plus singulier. Il est naturellement

¹⁶⁵⁶ CUNIBERTI, p. 62.

¹⁶⁵⁷ GARAPON/PAPADOPOULOS, p. 167.

¹⁶⁵⁸ GEE, *Persistent Politics* p. 126.

¹⁶⁵⁹ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 41. Cf. ég. GEE, *Persistent Politics*, pp. 124 s.

¹⁶⁶⁰ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 51.

¹⁶⁶¹ DE VERGOTTINI, p. 282 ; MAHON/LIEVRE, p. 19.

¹⁶⁶² GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 67.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ DE VERGOTTINI, p. 282.

¹⁶⁶⁵ France : art. 64 al. 4 de la Constitution du 4 octobre 1958, à l'exception de l'inamovibilité des juges administratifs qui existe par la coutume, la jurisprudence ou la loi, cf. *infra*, N 563 ; Espagne : art. 117 de la Constitution du 29 décembre 1978 ; Italie : art. 107 de la Constitution du 22 décembre 1947 ; Portugal : art. 216-1 de la Constitution du 2 avril 1976.

¹⁶⁶⁶ MAZZA, p. 940.

aussi présent, avec quelques nuances, dans d'autres pays du *Commonwealth* (Afrique du Sud, Australie, Canada, Nouvelle-Zélande, etc.)¹⁶⁶⁷ ainsi qu'en République d'Irlande et aux Etats-Unis d'Amérique. Il se différencie du système bureaucratique sur plusieurs points.

Tout d'abord, les juges sont recrutés parmi les avocats au barreau et autres professionnels du droit qui ont déjà une expérience de plusieurs années dans les affaires juridiques¹⁶⁶⁸. En d'autres termes, c'est « la valorisation des capacités professionnelles antérieures des juges, leur préparation culturelle élevée et leur relation socio-politique avec la société, qui sont les principales qualités requises pour leur désignation »¹⁶⁶⁹. Il en va ainsi, en particulier, de l'Angleterre, qui fait accéder à son prestigieux *bench* principalement des *barristers*, appartenant à la classe sociale moyenne-supérieure. La complicité qu'entretiennent membres du barreau et juges diverge de la France où les relations étroites se déploient davantage entre les fonctionnaires et les magistrats¹⁶⁷⁰.

Ensuite, les juges sont généralement désignés par le pouvoir exécutif et/ou le législatif. Ils sont, dans certains cas, élus directement par le corps électoral, souvent après un examen préalable des candidatures par une commission de sélection¹⁶⁷¹. A la différence du modèle continental, l'influence du pouvoir politique se manifeste ici essentiellement au moment du recrutement¹⁶⁷². Ces modes de désignation « tendent à rallier justice et politique autour de valeurs partagées »¹⁶⁷³, ce qui permet aux juges de bénéficier d'une légitimité démocratique. D'ailleurs, contrairement aux magistratures bureaucratiques, les systèmes purement professionnels n'ont généralement pas institué de conseil de la magistrature, à l'exception notable du Canada¹⁶⁷⁴. Cela peut, en partie, s'expliquer par le fait que la culture juridique anglo-saxonne est fondée sur un respect profond et ancien à l'égard du pouvoir judiciaire, de sorte qu'un tel conseil pourrait être vu davantage comme une menace, que comme un bastion de l'indépendance des juges¹⁶⁷⁵.

Du reste, alors qu'en France on attend du juge une certaine subordination à la loi, qu'il doit se limiter à appliquer (il n'en est que la « bouche »), d'où sa fonction avant tout symbolique, le juge anglo-saxon exerce un rôle central dans le développement du droit. La justice procède d'une décision rendue par une personne, décision qu'elle rédige à la première personne du singulier et qu'elle signe. Dans ce sens, le juge de *common law* peut être considéré, sur certains points, comme un personnage politique¹⁶⁷⁶. Ainsi, on comprend l'importance de la personnalité du juge dans le système anglo-saxon. C'est ce qui explique qu'il est choisi non seulement sur la base de son cursus universitaire, mais aussi selon ses valeurs politiques¹⁶⁷⁷.

Cela dit, les deux grandes magistratures appartenant à la tradition de *common law*, à savoir celles du Royaume-Uni et des Etats-Unis, se distinguent s'agissant de l'implication du pouvoir politique dans le processus de désignation. Tandis qu'au Royaume-Uni – ainsi que dans la majorité des pays de *common law* – le critère partisan a presque entièrement disparu depuis la fin des années 1980¹⁶⁷⁸, comme le démontre la création de commissions indépendantes de sélection, il est encore bien présent aux Etats-Unis, tant au niveau fédéral qu'étatique.

A l'opposé du système continental, la magistrature de *common law* ne constitue pas un corps. Le juge n'appartient pas à un groupe hiérarchiquement organisé au sein duquel il fera carrière. Les magistrats sont recrutés pour remplir un poste vacant et exercer leurs activités auprès d'un tribunal spécifique¹⁶⁷⁹. En conséquence, le

¹⁶⁶⁷ Pour une étude détaillée à ce sujet, cf. VAN ZYL SMITH, pp. 1 ss.

¹⁶⁶⁸ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 67.

¹⁶⁶⁹ DE VERGOTTINI, p. 280 ; MAHON/LIÈVRE, n. 13, p. 19 (notre traduction).

¹⁶⁷⁰ GARAPON/PAPADOPOULOS, p. 155.

¹⁶⁷¹ GEE, *Persistent Politics*, p. 128.

¹⁶⁷² *Idem*, p. 129.

¹⁶⁷³ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 65.

¹⁶⁷⁴ En 1971, a été créé le Conseil canadien de la magistrature (CCM). D'autres conseils sont également présents au niveau provincial. Cf. HUPPÉ, N 1 ss.

¹⁶⁷⁵ OBERTO, p. 20.

¹⁶⁷⁶ GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 157.

¹⁶⁷⁷ *Idem*, p. 168.

¹⁶⁷⁸ GEE, *Persistent Politics*, p. 135.

¹⁶⁷⁹ CUNIBERTI, N 308, p. 155.

juge qui souhaiterait accéder à une fonction plus élevée devra se soumettre à une nouvelle procédure de sélection pour le poste devenu vacant. Dès lors, une partie de la doctrine considère que n'ayant pas de souci de carrière et d'avancement, les juges de *common law* sont moins susceptibles d'être influencés par ces questions, de sorte qu'ils bénéficient d'un plus grand degré d'indépendance¹⁶⁸⁰. Cela dit, comme on l'a vu, les juges de rangs supérieurs exercent souvent une influence considérable tant sur le recrutement initial que sur la promotion de leurs collègues de rangs inférieurs.

791 Tout comme la majorité des magistrats de *civil law*, les juges de *common law* bénéficient de l'inamovibilité, même si cette notion n'est pas toujours expressément formulée dans un texte. Toutefois, cette garantie est quelque peu différente que dans les pays de *civil law*. Elle résulte, en réalité, d'une investiture dont la durée dépend de la bonne conduite (« *good behavior* ») du juge, uniquement susceptible d'être remise en cause par le Parlement, suivant une procédure politico-juridictionnelle¹⁶⁸¹. Cette disparité résulte du rôle non seulement juridique, mais également politique reconnu au juge anglo-saxon, dont le mandat démocratique doit pouvoir être révoqué par une autorité elle-même investie par le peuple souverain.

792 On relèvera qu'il existe toutefois une disparité quant à la durée du mandat entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Alors que les magistrats britanniques sont désignés jusqu'à l'âge de leur retraite (actuellement fixée à 70 ans)¹⁶⁸², les juges fédéraux américains sont nommés à vie. Il en va cependant autrement pour les juges des Etats américains, élus dans la grande majorité de ceux-ci, pour une durée déterminée ; ils sont généralement rééligibles à la fin de leur période de fonction.

793 Enfin, la rémunération des juges britanniques et américains est plus élevée que celle de la plupart des juges européens, notamment français, en proportion du coût de la vie dans chaque pays¹⁶⁸³. Cette disparité s'explique par le prestige attaché, dans ces systèmes, à la fonction juridictionnelle, qui est destinée à des juristes ayant une carrière florissante et qui sont censés appartenir à l'élite de leur profession¹⁶⁸⁴. Du reste, dans la mesure où le salaire qu'ils percevaient auparavant était considérable, il serait difficilement envisageable de leur offrir une somme nettement inférieure, au risque de décourager une grande partie d'entre eux à postuler à cette fonction¹⁶⁸⁵. On relèvera qu'un niveau de rémunération suffisant doit permettre aux juges de les préserver des pressions pouvant altérer leur indépendance et leur impartialité, et par là lutter contre la corruption au sein et en dehors du système judiciaire¹⁶⁸⁶.

2.6.4. Un écart qui tend à se réduire

794 On constate, depuis plusieurs années, que les différences s'amenuisent entre les deux modèles typiques de la magistrature, tant au niveau du recrutement que de la carrière des juges¹⁶⁸⁷. D'une part, dans les pays ayant une magistrature de type bureaucratique, on assiste de plus en plus, lors du recrutement, à la valorisation de l'expérience professionnelle antérieure, qui devient également un critère de sélection¹⁶⁸⁸. D'autre part, dans les

¹⁶⁸⁰ Cf. MAC DONALD/KONG, p. 851.

¹⁶⁸¹ PLUEN, N 134.

¹⁶⁸² Tous les autres Etats du *Commonwealth* prévoient également une élection jusqu'à la retraite, cet âge variant entre 60 et 75 ans. VAN ZYL SMITH, pp. 58 ss. Ici aussi, une différenciation peut être faite par rapport aux cours constitutionnelles, où les juges sont nommés pour une période limitée dans le temps.

¹⁶⁸³ Par exemple, en 2016, le salaire annuel brut pour un juge en début de carrière était de 124'800 euros en Angleterre et au Pays de Galles (155'547 en Ecosse) soit un rapport de 3.75 (4.04) avec le salaire moyen européen, contre 44'864 euros en France (rapport de 1.27 avec le salaire moyen européen). Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 123. Aux Etats-Unis, en 2010, un juge fédéral de première instance fédéral recevait 174'000 dollars par an et un juge étatique entre 104'000 et 179'000 dollars. Cf. WHEELER, p. 541.

¹⁶⁸⁴ CUNIBERTI, N 316.

¹⁶⁸⁵ *Idem*, N 210.

¹⁶⁸⁶ Recommandation Rec (2010) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'indépendance, à l'efficacité et aux responsabilités du juge, du 17 novembre 2010. Cf. également le jugement de la Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale d'Ile-du-Prince-Edouard*, (1997), 3 S.C.R. 3, § 35 : « La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature serait sapée si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de manipulation financière [...] ».

¹⁶⁸⁷ SEIBERT-FOHR, pp. 1304 ss.

¹⁶⁸⁸ Par exemple, en France, la loi organique du 5 mars 2007 a fait augmenter le nombre de magistrats judiciaires recrutés sur la base de leur expérience antérieure, sans passer par la longue formation à l'ENM. Cf. *infra*, N 577.

magistratures de type professionnel, on constate que les promotions d'une juridiction à l'autre se sont accrues, de sorte qu'on peut y voir une tendance à la carrière judiciaire¹⁶⁸⁹. Par ailleurs, on remarque dans les pays de *common law*, que la formation tant initiale que continue se développe, l'entrée dans la magistrature se faisant en même temps à un âge toujours plus bas¹⁶⁹⁰.

Un rapprochement entre les deux modèles traditionnels se manifeste également dans la volonté de limiter l'emprise du pouvoir politique, principalement de l'exécutif, sur le recrutement des magistrats¹⁶⁹¹. Les pays avec une magistrature de type plutôt bureaucratique ont mis en place des conseils supérieurs de la magistrature, chargés de sélectionner les nouveaux magistrats, puis soit de les nommer, soit de les recommander au Gouvernement¹⁶⁹². En même temps, dans les magistratures professionnelles, on assiste, depuis plusieurs années, à la création de commissions judiciaires de sélection (*judicial appointments commissions*)¹⁶⁹³, qui ont également pour tâche de recruter les magistrats, puis de les recommander au Gouvernement, souvent au chef de l'Etat, qui procède alors la nomination¹⁶⁹⁴. Ces commissions sont censées incarner l'équilibre parfait entre l'indépendance des juridictions et la légitimité de leurs membres, prémisses essentielles à toute justice de droit commun¹⁶⁹⁵. Tant les premières que les secondes institutions sont composées de magistrats professionnels, de membres des organes exécutif ou législatif, d'avocats ainsi que de représentants de la société civile. On relèvera néanmoins que la part des juges est plus importante au sein des conseils de la magistrature continentaux européens, où les magistrats représentent souvent la majorité, ou du moins la moitié, de leurs membres¹⁶⁹⁶. En revanche, dans les magistratures professionnelles, on retrouve davantage de membres laïcs, ou non juristes, ceci notamment dans le but d'accroître la diversité au sein de la magistrature¹⁶⁹⁷.

Par contre, les Etats-Unis vont plutôt à contre-courant de cette tendance à la dépolitisation, qu'on retrouve tant dans les autres pays de *common law*, que ceux de *civil law*. Cette disparité trouve sa raison d'être dans l'histoire et la culture politique du pays, qui voit les membres du troisième pouvoir comme des représentants de l'intérêt général, au même titre que les deux premiers. Elle s'explique également par la structure fédérale de l'Etat qui permet la mise en place de règles diverses entre l'Union et les entités fédérées, tout comme entre les entités elles-mêmes. Cependant, un point commun les relie toutes : une désignation opérée par un organe politique, qui fera souvent son choix selon des critères partisans. Cela dit, les acquis professionnels des candidats ne sont pas pour autant mis à l'écart du processus, comme en témoignent les diverses associations et autres groupes d'intérêts qui se prononcent sur les candidatures, tout comme la mise en place de commissions non partisans de sélection – tant au niveau fédéral qu'étatique.

2.7. La comparaison avec le système suisse de désignation

Après avoir étudié puis comparé les modèles français, britannique et américain, il convient maintenant de confronter le système suisse à ceux-ci, en y discernant tant les similitudes que les différences et, en expliquant, dans la mesure du possible, les motifs de celles-ci.

¹⁶⁸⁹ Par exemple, aux Etats-Unis, près de la moitié des juges fédéraux d'appel ont exercé auparavant en tant que juges de districts. WHEELER, p. 540. En Angleterre, la réforme constitutionnelle de 2005 a également marqué une plus grande reconnaissance de la carrière judiciaire, Cf. TURENNE, pp. 182 s.

¹⁶⁹⁰ PAYCHÈRE, p. 172 ; THOMAS, p. 4.

¹⁶⁹¹ GEE, *The Persistent Politics*, p. 140.

¹⁶⁹² C'est le cas notamment dans 23 pays européens. Cf. CEPEJ, Rapport 2018, pp. 94 ss.

¹⁶⁹³ C'est le cas dans 39 pays du *Commonwealth* (sur 48) ce qui représente le 81.3% de ceux-ci. Cf. VAN ZYL SMITH, p. 30.

¹⁶⁹⁴ *Idem*, p. 51.

¹⁶⁹⁵ BACHERT, p. 205.

¹⁶⁹⁶ Cf. *supra*, N 484.

¹⁶⁹⁷ GEE, *Persistent Politics*, p. 137 ; VAN ZYL SMITH, pp. 34 ss.

2.7.1. La Suisse et la France : davantage de différences que de similitudes¹⁶⁹⁸

2.7.1.1. Les différences

- 798 S'agissant du recrutement initial, on peut voir une différence significative entre la France et la Suisse. Conformément au principe méritocratique de la fin du XVIII^e siècle, les juges français sont principalement recrutés sur la base d'un concours, alliant épreuves écrites et orales, qu'ils passent à l'issue de leur étude universitaire. La réussite du concours leur ouvre les portes d'écoles prestigieuses (ENM et ENA), où ils suivront une période de formation intense avant d'accéder à la fonction judiciaire. Partant, les juges sont recrutés à un âge relativement bas ; puis ils effectueront toute leur carrière dans la magistrature. Au contraire, en Suisse, les juges proviennent de la pratique, principalement en tant qu'avocats ou greffiers. Ils sont, par ailleurs, élus par un organe politique (le Parlement ou le peuple), selon des critères essentiellement partisans.
- 799 Cette disparité trouve sa raison d'être dans l'histoire et la culture politique de chaque pays. Le système d'élection suisse est, en effet, le fruit d'une longue tradition démocratique dans laquelle le peuple ou ses représentants gardent leurs prérogatives en matière de choix de leurs autorités, y compris de leurs magistrats¹⁶⁹⁹. Partant, il ne doit pas y avoir d'abîme entre la justice et la population¹⁷⁰⁰. En France, au contraire, la méfiance envers une justice s'appropriant trop de pouvoirs a engendré une certaine tutelle de la part de l'Etat, qu'on retrouve encore aujourd'hui dans la gestion des carrières et la maîtrise de l'avancement.
- 800 Cette différence peut également s'expliquer par l'organisation territoriale des deux pays. En effet, la structure unitaire de l'Etat français comporte l'existence d'une formation elle-même unificatrice, alors que le système fédéraliste suisse implique que chaque canton et la Confédération aient leurs propres règles de recrutement¹⁷⁰¹. Ensuite, contrairement à la grande majorité des juges helvétiques, les magistrats français sont déclarés inamovibles, ce qui revient, dans les faits, à une nomination jusqu'à l'âge de la retraite.
- 801 Enfin, en France, la progression professionnelle se fait à l'intérieur des corps judiciaire ou administratif. Le tribunal où le magistrat commencera sa carrière sera la première étape de sa carrière. Le juge qui veut progresser sera ainsi évalué par ses supérieurs hiérarchiques. Par ailleurs, comme on l'a vu, une évolution de carrière – laquelle a d'importantes conséquences au niveau salarial – passe nécessairement par une mobilité géographique et/ou fonctionnelle. En Suisse, en revanche, la carrière du juge est très souvent confinée aux limites cantonales, voire au sein de la même instance judiciaire. La mobilité géographique y est donc pratiquement inexistante. Le juge qui souhaiterait accéder à une juridiction plus élevée devra ainsi, en principe, se soumettre à une nouvelle élection pour le poste devenu vacant¹⁷⁰².

2.7.1.2. Les similitudes

- 802 Malgré ces différences notables, on peut voir, depuis quelques années, certains aspects témoignant d'un rapprochement du système suisse avec celui français. Premièrement, comme on l'a vu, le Conseil supérieur de la magistrature français détient d'importantes compétences en matière de nomination, de promotion et de discipline¹⁷⁰³. L'idée d'instituer un organe de ce type en Suisse fait son chemin depuis quelques années, afin de garantir l'indépendance de la justice¹⁷⁰⁴. C'est ainsi qu'on a vu apparaître, ces dernières années – avant tout dans les cantons latins – des instances, plus ou moins indépendantes de l'organe politique d'élection, fonctionnant comme autorités de préavis en vue de l'élection (et parfois de la réélection), ainsi qu'en tant qu'autorités disciplinaires. Leurs pouvoirs paraissent toutefois encore loin de ceux du Conseil supérieur de la magistrature

¹⁶⁹⁸ Ce chapitre se fonde, en partie, sur notre contribution suivante : RUSSO Alfio, La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ?, in : Bahar Rashid/Kadner Graziano Thomas (éd.), *Le droit comparé et le droit suisse*, Genève 2018, pp. 87-109, pp. 101 ss.

¹⁶⁹⁹ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 12 ; ZAPPELLI, Le juge, p. 115. Cf. *supra*, 1^{ère} partie, chapitre 1.

¹⁷⁰⁰ SECRÉTAN, p. 15.

¹⁷⁰¹ Cf. PAYCHÈRE, p. 188.

¹⁷⁰² Sur la question d'une possible mobilité en Suisse, cf. *infra*, N 1382.

¹⁷⁰³ Cf. *supra*, N 548 s.

¹⁷⁰⁴ Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 25 ss.

français. D'une part, ils sont composés partiellement ou exclusivement de parlementaires (surtout dans les cantons alémaniques). D'autre part, il ressort de la pratique que le Parlement n'est théoriquement pas contraint de suivre leur avis¹⁷⁰⁵.

Deuxièmement, la tendance suisse est à l'augmentation de la durée de fonction des magistrats¹⁷⁰⁶. A ce jour, seul le canton de Fribourg a décidé d'abandonner la réélection, au profit d'une désignation pour une durée indéterminée, avec révocation possible par l'autorité d'élection, à savoir le Grand Conseil¹⁷⁰⁷. On peut donc constater une progressive prise de conscience, même si encore « timide », de la part des autorités suisses, en faveur du renforcement de l'indépendance de la justice.

Troisièmement, bien que la Suisse se caractérise par l'absence de formation professionnelle obligatoire pour accéder à la magistrature, on peut constater que l'offre de formation pour les magistrats s'est étoffée ces dernières années. Par exemple, depuis 2009, les aspirants juges ont la possibilité d'effectuer un *Certificate of Advanced Studies* (CAS) en magistrature, pour les préparer aux fonctions judiciaires¹⁷⁰⁸.

2.7.2. La Suisse et le Royaume-Uni : presque autant de similitudes que de différences

2.7.2.1. Les similitudes

Tout d'abord, on peut constater, tant en Suisse qu'au Royaume-Uni, qu'il n'y a pas de formation obligatoire pour accéder à la magistrature. Les juges sont, en effet, recrutés parmi les praticiens du droit : *barristers* et *solicitors* en Angleterre ; avocats, greffiers et fonctionnaires en Suisse. Dans les deux Etats, on souhaite ainsi privilégier le recrutement de personnes ayant déjà une certaine expérience dans la pratique juridique, même si les magistrats suisses sont recrutés plus jeunes que leurs collègues britanniques.

Un autre point commun entre les deux systèmes est la relative absence automatique d'évolution dans la carrière. Le juge tant britannique que suisse sera recruté pour siéger au sein d'une juridiction spécifique, où il pourrait passer toute sa carrière, sauf s'il décide de se présenter pour un poste au sein d'une autre juridiction. Il est également envisageable qu'il quitte la carrière judiciaire pour revenir dans le secteur privé, par exemple. Enfin, il est intéressant de mentionner que les juges helvétiques, du moins fédéraux, et les magistrats britanniques sont parmi les mieux payés d'Europe¹⁷⁰⁹.

2.7.2.2. Les différences

L'accès à la magistrature tant anglo-galloise, écossaise que nord-irlandaise est ouvert aux avocats justifiant d'un certain nombre d'années de pratique, variant de sept à quinze ans, au sein des juridictions. En Suisse, en revanche, comme on l'a dit, la titularité du droit de vote est la seule condition pour accéder aux juridictions fédérales, tout comme dans un tiers des cantons – même si la grande majorité des juges a un titre universitaire en droit, voire un brevet d'avocat¹⁷¹⁰. On peut donc constater, de manière générale, que les conditions d'éligibilité sont plus restrictives au Royaume-Uni qu'en Suisse. Autrement dit, le premier système est plus élitiste, le second est plus populaire.

¹⁷⁰⁵ *Idem*, N 38.

¹⁷⁰⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 24.

¹⁷⁰⁷ Art. 121 al. 2 Cst./FR.

¹⁷⁰⁸ Cf. *infra*, N 1361 ss.

¹⁷⁰⁹ En 2016, le salaire moyen d'un juge au sein d'un Etat membre du Conseil de l'Europe (Israël et le Maroc inclus) était de 50'529 euros en début de carrière et de 96'102 euros au sein de la dernière instance juridictionnelle du pays (donc souvent en fin de carrière). En comparaison, le salaire annuel brut moyen d'un juge suisse en début de carrière était de 145'711 euros, et de 331'854 euros au sein du Tribunal fédéral, soit le revenu le plus élevé d'Europe. En Angleterre et au Pays de Galles, il est de 124'800 euros en début de carrière et de 250'800 euros au sein de la Cour suprême. Les montants sont à peu près similaires pour l'Irlande du Nord et l'Ecosse. Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 123.

¹⁷¹⁰ Cf. *infra*, N 1346 s.

- 808 En outre, une différence significative entre les deux pays s'exprime dans l'implication du pouvoir politique dans le processus de désignation des juges. Tandis qu'en Suisse le Parlement ou le peuple élit les magistrats, au Royaume-Uni, le pouvoir législatif ne prend pas part à ce processus. De même, alors que les juges suisses sont parfois sélectionnés par une commission parlementaire, composée exclusivement de députés¹⁷¹¹, les différentes entités du Royaume-Uni ont fait le choix, assez récemment à vrai dire, de confier cette tâche à des commissions indépendantes et apolitiques, constituées tant de magistrats que de membres de la société civile – qui ne peuvent pas être membres du Parlement –, précisément dans le but d'éviter toute interférence politique dans le recrutement judiciaire. En conséquence, alors qu'au Royaume-Uni, la légitimité des magistrats provient avant tout de leurs compétences¹⁷¹², elle découle en Suisse davantage d'un mandat démocratique¹⁷¹³.
- 809 Enfin, la durée de fonction d'un juge diffère également dans les deux pays. Au Royaume-Uni, les juges sont désignés jusqu'à l'âge de leur retraite. En Suisse, ils sont élus pour une durée déterminée, variant d'un à dix ans, renouvelable, à l'exception du canton de Fribourg où ils sont élus, une seule fois, jusqu'à l'âge de la retraite.

2.7.3. La Suisse et les Etats-Unis : davantage de similitudes que de différences

2.7.3.1. Les similitudes

- 810 Le système suisse de désignation des juges converge avec le modèle américain sur plusieurs points. Premièrement, dans les deux pays, les juges sont élus par une autorité politique. En Suisse, la désignation est majoritairement du ressort du Parlement ou du peuple. Aux Etats-Unis, il s'agit, sur le plan fédéral, d'une prérogative du président et du Sénat ; et sur le plan étatique principalement du peuple, ou parfois du gouverneur et/ou du Sénat. Ainsi, on retrouve, dans les deux pays, la concrétisation du sacro-saint principe de la légitimité démocratique des représentants de chaque pouvoir étatique. A ce titre, il est piquant de relever que l'élection populaire des juges n'est pratiquement plus pratiquée dans l'ensemble des pays de la communauté internationale. En effet, à l'exception des entités fédérées suisses et étasuniennes, il est seulement exercé – à notre connaissance – en Bolivie¹⁷¹⁴ et, dans une moindre mesure, au Japon¹⁷¹⁵.
- 811 Ces similarités entre les deux Etats fédéraux trouvent leur également leur explication dans l'histoire constitutionnelle de chacun d'eux. En 1830, les nouveaux Etats américains qui ont rejoint l'Union ont introduit l'élection populaire des juges. Ce même phénomène eut lieu en Suisse durant l'Ancien Régime, mais l'élection populaire a ensuite été remplacée, dans plusieurs cantons, par une désignation par le Parlement. Antoinette DE WECK se demande, à ce titre, si ce ne serait pas le fait que les deux Etats n'ont jamais connu de monarchie « qu'ils en sont arrivés à ne croire à la légitimité de leurs institutions que si elles émanent du pouvoir souverain »¹⁷¹⁶. Mais bien plus encore, c'est le rejet d'une justice instituée puis contrôlée par le colonisateur – les

¹⁷¹¹ Par exemple, au niveau fédéral, c'est le rôle d'une commission judiciaire, *supra*, N 118 ss, tout comme dans plusieurs cantons, *supra*, N 237.

¹⁷¹² BACHERT, p. 201

¹⁷¹³ Cf. KIENER, *Judicial Independence*, p. 411.

¹⁷¹⁴ VOLCANSEK, *Judicial Elections*, p. 805. Depuis 2011, ce pays andin fait élire par suffrage universel les juges du Tribunal suprême (*Tribunal Supremo de Justicia*), du Tribunal constitutionnel plurinational (*Tribunal Constitucional plurinacional*), du Tribunal agro-environnemental (*Tribunal Agroambiental*) ainsi que les membres du Conseil de la magistrature (*Consejo de la Magistratura*). Ce mode de désignation intégré dans la nouvelle Constitution de l'Etat plurinational du 7 janvier 2009 (art. 180 ss) était fortement voulu par l'ancien président Evo MORALES, dans le but de « démocratiser » la justice et de lutter contre la corruption. Ces juges sont élus pour une durée de six ans et ne sont pas rééligibles. Les dernières élections du 3 décembre 2017 se sont soldées par un fort pourcentage de votes nuls (près de 53%), moyens utilisés par les électeurs afin d'exprimer leur désaccord avec la politique du président. Pour une analyse critique, cf. ESCOBAR PACHECO/RUSSO, pp. 636 ss.

¹⁷¹⁵ Les juges de la Cour suprême sont nommés par le Gouvernement (le président de la Cour est officiellement nommé par l'Empereur). Leur nomination doit être « contrôlée » par un vote du peuple lors de la première élection législative suivant la nomination, puis tous les dix ans, à nouveau à l'occasion des élections législatives (art. 79 de la Constitution japonaise). Dans les faits, aucun juge n'a jamais été désavoué par plus de 15% des électeurs. Ce système doit également permettre de garantir une pluralité idéologique dans la composition de la Cour. Cf. CUNIBERTI, N 467 et CHAN Kay-Wah, *Regulating judges, Japanese-style: the prevalence of informal mechanisms*, in : Devlin Richard/Dodek Adam (éd.), *Regulating Judges – Beyond Independence and Accountability*, Cheltenham/Northampton 2016, pp. 262-278.

¹⁷¹⁶ DE WECK, N 9.

Habsbourg et autres envahisseurs étrangers pour les Suisses, les Britanniques pour les Américains – qui entraîna le triomphe du juge autochtone émanant de la souveraineté populaire. C'est ensuite, au cours du XIX^e siècle, que les partis politiques se sont progressivement immiscés dans la désignation des magistrats.

Deuxièmement, un autre point commun entre les deux pays étudiés est l'absence de pratiquement toute condition d'éligibilité, notamment d'une formation juridique, pour accéder aux charges judiciaires, avant tout fédérales. Alors qu'en Suisse, il suffit, au niveau fédéral, d'être de nationalité suisse, majeur et capable de discernement (cf. art. 136 Cst.), aux Etats-Unis il n'y a même pas de conditions d'âge, de citoyenneté ou de résidence pour devenir juge fédéral. Mais en réalité, seuls des juristes expérimentés accèdent, dans les deux pays, à ces postes. Cela dit, à l'inverse de l'Etat central (américain et suisse), tant les *States* que les cantons prévoient certaines conditions (supplémentaires) d'éligibilité : obligation de domicile ou minimum d'années de résidence dans l'Etat ou le canton, diplôme de droit ou encore plusieurs années d'expérience professionnelle – comme avocat notamment.

Troisièmement, les juges helvétiques sont, à l'exception de ceux du canton de Fribourg, élus pour une durée déterminée, variant d'un à dix ans, et soumis à réélection. Il en va de même des juges étatiques américains, élus dans 47 Etats pour une durée variant d'un an à quinze ans. La réélection répond au même principe démocratique que celui qui fonde l'élection, c'est-à-dire que la légitimité démocratique de tout magistrat exerçant un pouvoir doit être périodiquement renouvelée¹⁷¹⁷.

Enfin, on peut relever que ni en Suisse, ni aux Etats-Unis, tant au niveau fédéral qu'étatique, il n'y a de véritable carrière judiciaire. Même si on peut constater, dans les deux pays, une certaine tendance à la carrière, le juge qui souhaiterait changer de juridiction devra, en principe, se soumettre à une nouvelle élection pour le poste devenu vacant.

2.7.3.2. Les différences

En dépit de ces analogies, certains aspects distinguent les deux Etats. Tout d'abord, sur le plan fédéral, une différence fondamentale réside dans la durée du mandat des juges. Alors que les juges fédéraux suisses sont élus pour une durée de six ans et sont rééligibles, les juges américains sont nommés à vie. Cette différence trouve ses origines au moment de l'élaboration des Constitutions de chaque Etat fédéral. Tandis que les Pères fondateurs de Philadelphie optent – du moins pour la majorité d'entre eux – pour une désignation à vie des juges, afin de protéger leur indépendance contre les immixtions du pouvoir politique, les constituants helvétiques s'écartent de la solution américaine jugée trop éloignée de la culture politique suisse¹⁷¹⁸. En outre, on ne saurait affirmer que la désignation, en Suisse, des membres du Tribunal fédéral – qui sont 38 – suscite autant de passions que celles des juges de la Cour suprême américaine – qui ne sont que neuf –, engouement qui s'explique par l'énorme pouvoir qu'exercent les *justices* sur la vie politique et sociale américaine.

Ensuite, les campagnes électorales des candidats aux fonctions judiciaires américaines, surtout étatiques, ont peu de points communs avec les élections populaires suisses, lors desquelles les partis politiques se répartissent, souvent à l'avance, le nombre précis de postes de juges. De ce fait, l'élection est soit tacite, soit déjà jouée d'avance. Par ailleurs, les élections de rétention n'existent pas en Suisse.

2.7.4. Synthèse de la comparaison

En définitive, dans la comparaison effectuée entre le système suisse d'une part, et les systèmes français, britannique et américain, d'autre part, il émerge que c'est le modèle américain, aussi bien fédéral qu'étatique, qui se rapproche le plus du modèle suisse. Cela s'explique essentiellement par l'importance de la légitimité démocratique des magistrats judiciaires dans les deux Etats fédéralistes. On constate également un certain nombre de similitudes entre la Suisse et le Royaume-Uni (recrutement au sein des professions juridiques, absence de véritable carrière judiciaire, salaire), bien que les différences entre les deux pays soient parfois significatives

¹⁷¹⁷ MARTY, Tentatives, N 4.

¹⁷¹⁸ A vrai dire, ces discussions n'ont pas eu lieu lors de l'élaboration de la Constitution de 1848 mais durant la phase de sa révision totale, de 1872 à 1874. Cf. *supra*, N 85 ss.

(degré de politisation des commissions de sélection, durée de fonction des juges, élitisme). Enfin, c'est assurément le système français qui se distingue le plus du nôtre, tant en raison du recrutement initial des magistrats, de la durée de leur mandat que de leur carrière, même si on peut constater un certain rapprochement entre les deux modèles depuis quelques années. Ceci notamment à travers la mise en place en Suisse de conseils de la magistrature, principalement dans les cantons latins, et le développement de la formation des magistrats. Celle-ci reste toutefois encore lacunaire. Elle ne constitue en principe pas une condition d'éligibilité (réussite d'un concours) comme cela est le cas en France¹⁷¹⁹.

- 818 Par conséquent, si on revient à la classification « idéal-typique » décrite ci-dessus¹⁷²⁰, il apparaît que le système suisse se rapproche, de manière générale, davantage des magistratures de type professionnel que de celles bureaucratiques. Il convient de rappeler ici que la distinction entre ces deux modèles n'est pas absolue, les diverses caractéristiques d'une magistrature nationale pouvant être intégrées à un modèle ou à un autre. C'est précisément le cas de la Suisse qui, pour le surplus, présente une structure fédéraliste, linguistique et culturelle qui promeut une certaine diversité dans la désignation des magistrats.

¹⁷¹⁹ Sur la question de la formation, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.

¹⁷²⁰ Cf. *supra*, N 776 ss.

Chapitre 3 : La désignation des membres de certaines juridictions internationales

3.1. Présentation et démarche

Nous terminerons cette deuxième partie par l'étude de la désignation des juges au sein de quelques instances juridictionnelles internationales. Celles-ci ne peuvent, en effet, être ignorées à l'heure où on assiste à « une montée en puissance du juge [international] liée à un réaménagement implicite des pouvoirs, où le judiciaire commence à s'imposer face à des Etats plus affaiblis qu'autrefois et à les concurrencer en terme de pouvoir »¹⁷²¹. Le pouvoir du juge international s'étend aujourd'hui à de nombreux domaines, que ce soit dans les règlements des différends entre Etats ainsi qu'entre Etats et individus, dans l'interprétation des traités ou encore dans le jugement de criminels de guerre¹⁷²².

819

Dans la mesure où il n'est guère réaliste de pouvoir examiner toutes les juridictions internationales (tribunaux *ad hoc* y compris), nous nous limiterons à l'examen de celles que nous considérons les plus importantes, ou du moins celles où les décisions sont susceptibles d'avoir un impact, direct ou indirect, sur l'ordre juridique helvétique. Seront ainsi présentées la Cour européenne des droits de l'homme (ch. 3.2.), la Cour de justice de l'Union européenne (ch. 3.3.), la Cour internationale de justice (ch. 3.4.) et la Cour pénale internationale (ch. 3.5.). Nous terminerons ce chapitre par une synthèse (ch. 3.6.).

820

3.2. La Cour européenne des droits de l'homme

3.2.1. Brève présentation

Instituée en 1959, la Cour européenne des droits de l'homme assure le respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et ses protocoles de la part des Hautes Parties contractantes – soit les Etats qui les ont ratifiées –. Elle fonctionne de façon permanente, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 du Protocole n° 11. La Cour a son siège à Strasbourg. Sans entrer dans les détails¹⁷²³, on mentionnera que la Cour peut être saisie d'une requête d'une Haute Partie contractante en cas de « manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante » (affaires interétatiques) (art. 33 CEDH) ou d'une requête individuelle pour « violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles » (art. 34 CEDH). Les requêtes doivent respecter un certain nombre de conditions de recevabilité : épuisement des voies de recours internes, qualité de victime du requérant (pour les requêtes individuelles), compétence *rationae personae, loci et temporis* de la Cour, préjudice important (art. 35 CEDH). Les arrêts de la Cour sont rendus à la majorité des voix des juges, lesquels peuvent joindre leurs opinions concordantes ou dissidentes (art. 45 CEDH). Les arrêts ont force obligatoire pour les parties au litige (art. 46 CEDH). Ils ont un caractère déclaratoire, et n'ont donc aucun effet cassatoire ou réformateur des décisions rendues par les cours suprêmes nationales. Cela signifie que l'Etat défendeur est tenu d'exécuter l'arrêt, mais il reste libre dans ses moyens

821

¹⁷²¹ JOUANNET, p. 273.

¹⁷²² PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 306.

¹⁷²³ On peut consulter à ce sujet de nombreux ouvrages, notamment RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentales garantis par la CEDH, 7^e édition, Paris 2017, pour n'en citer qu'un. Pour la procédure, cf. DUBOIS Claire/PENNINGCKX Ellen, La procédure devant la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Comité des Ministres, Waterloo 2016.

pour mettre un terme à la violation constatée. La surveillance incombe au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁷²⁴.

3.2.2. Composition et conditions d'éligibilité

- 822 La Cour est composée d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes à la Convention (art. 20 CEDH) ; soit, actuellement 47. Si les juges sont élus au titre d'un Etat, ils siègent à titre individuel (art. 21 § 2 CEDH) et ne le représentent pas¹⁷²⁵. Cela dit, « le juge élu au titre d'une Haute partie contractante partie au litige est membre de droit de la Chambre et de la Grande Chambre » (art. 26 § 4 CEDH). En outre, pendant la durée de leur mandat, les juges « ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps » (art. 21 § 3 CEDH).
- 823 Les juges « doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire » (art. 21 § 1 CEDH). Il s'agit le plus souvent d'anciens juges d'une cour suprême ou constitutionnelle nationale ou encore de professeurs d'université ayant de solides connaissances en droits de l'homme ou en droit international public¹⁷²⁶. Ils doivent aussi naturellement connaître le droit national de l'Etat au titre duquel ils ont été élus, aspect primordial pour l'examen des conditions de recevabilité d'une requête¹⁷²⁷. Cela dit, comme le faisait remarquer le Professeur Jean-François FLAUSS, en tant qu'observateur critique du processus électoral, il arrive parfois que certains Etats présentent de jeunes candidats insuffisamment qualifiés (« simples » avocats au barreau ou juges de première instance) pour un poste d'une telle envergure¹⁷²⁸.
- 824 Les candidats doivent également connaître les deux langues officielles de la Cour, à savoir le français et l'anglais¹⁷²⁹. A vrai dire, il suffit qu'ils aient une connaissance active d'une langue – c'est-à-dire savoir s'exprimer par écrit et oralement – et une connaissance passive de l'autre¹⁷³⁰. Il apparaît toutefois qu'en pratique de nombreux candidats ignorent la langue française, ce qui ne les empêche d'ailleurs pas d'être élus¹⁷³¹.
- 825 En outre, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires et adéquates en vue d'assurer une représentation équilibrée des sexes¹⁷³². S'agissant de ce critère, selon l'avis de la CourEDH, l'exigence de mixité ne s'impose toutefois pas impérativement aux parties. Il s'agit uniquement d'une obligation de moyens et non de résultat. Partant, l'Assemblée parlementaire ne saurait rejeter une liste présentant uniquement des hommes¹⁷³³.

3.2.3. La procédure de sélection des candidats

3.2.3.1. L'établissement de la liste

- 826 Les Etats membres à la Convention doivent présenter une liste de trois candidats à l'Assemblée parlementaire (cf. art. 22 § 1 CEDH). Cette procédure reflète l'équilibre entre les deux acteurs que sont l'Etat membre et le

¹⁷²⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat, N 2360 ss.

¹⁷²⁵ LEMMENS, p. 98. Pour la Suisse, il s'agit, jusqu'en octobre 2020, de la Professeure de droit public Helen KELLER. Pour lui succéder, Le Conseil fédéral a proposé trois candidats : Andreas ZÜND (juge du Tribunal fédéral), Nicolas VON WERDT (juge du Tribunal fédéral) et Marianne RYTER (présidente du Tribunal administratif fédéral). L'élection aura lieu probablement en juin 2020. [https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2019/ref_2019-12-130.html] (dernière consultation : 16.05.2020).

¹⁷²⁶ LENSKI, N 1 ad art. 21.

¹⁷²⁷ POPESCU, p. 98.

¹⁷²⁸ FLAUSS, p. 721. Pour une analyse (très) critique, cf. ég. KOSAŘ, pp. 149 ss.

¹⁷²⁹ Art. 34 al. 1 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme (édition du 4 novembre 2016).

¹⁷³⁰ Paragraphe 4.4 de la Résolution 1646 (2009) de l'Assemblée parlementaire relative à la nomination des candidats et élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁷³¹ FLAUSS, p. 722.

¹⁷³² LENSKI, N 11 ss ad art. 22.

¹⁷³³ CourEDH, Avis consultatif du 12.02.2008 (no 2/000) sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentés en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme.

Conseil de l'Europe¹⁷³⁴.

Le mode de sélection préalable des candidatures varie considérablement d'un Etat à l'autre et reste certaines fois opaque¹⁷³⁵. A défaut de pouvoir imposer aux Etats membres une procédure harmonisée, l'Assemblée parlementaire a édicté un certain nombre de règles – renforçant la transparence et l'impartialité – pour la présentation de listes de candidats au poste de juge¹⁷³⁶. Il s'agit, à cet effet, de procéder à des appels à candidatures ouverts et publics (publiés dans la presse spécialisée), classer la liste des candidats selon l'ordre alphabétique, présenter des candidats du sexe sous-représenté, veiller à ce que les candidats aient des connaissances linguistiques suffisantes, si possible, ne présenter aucun candidat dont l'élection pourrait entraîner la nécessité de nommer un juge *ad hoc*¹⁷³⁷. Par ailleurs, selon les « Lignes directrices concernant la sélection des candidats pour le poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme » adoptées par le Comité des Ministres en 2012¹⁷³⁸, « l'organe chargé de recommander les candidat(e)s devrait avoir une composition équilibrée. Ses membres devraient avoir des connaissances techniques suffisantes et inspirer le respect et la confiance. Il devrait être libre de toute influence abusive. Toute décision de l'autorité décisionnelle de s'écarter de la recommandation de l'organe de sélection devrait être justifiée par référence aux critères applicables pour l'établissement des listes de candidat(e)s. Une liste devrait être soumise à l'Assemblée seulement après avoir obtenu l'avis du panel sur la capacité des candidat(e)s à remplir les exigences de la Convention ».

La méthode de sélection la plus communément appliquée par les Etats membres est un processus en deux étapes. La première étape consiste en la sélection des candidatures – après annonces publiques – par un comité composé généralement de membres de l'exécutif, de juges, d'avocats et de professeurs d'université. La deuxième étape est constituée d'un entretien. Sur la base des résultats des deux étapes, le comité assemble la liste des trois candidats sélectionnés, qui est ensuite soumise au Gouvernement ou au Parlement national¹⁷³⁹.

Pour la Suisse, lors de l'élection en 2011 du juge à la CourEDH, le poste a été mis au concours dans un quotidien de chacune des trois régions linguistiques et porté également à connaissance des présidents du Tribunal fédéral et des tribunaux supérieurs des cantons. Le Gouvernement suisse a présélectionné six candidats et a transmis leurs dossiers à la Délégation parlementaire suisse auprès du Conseil de l'Europe (DCE) et à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ). Les candidats ont été auditionnés par ces deux organes, composés exclusivement de parlementaires fédéraux. Ceux-ci ont, dans un vote secret, établi un classement, que le président de la DCE a communiqué au Conseil fédéral avec une évaluation des auditions. Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté la liste de trois candidats¹⁷⁴⁰.

3.2.3.2. Le Panel consultatif d'experts

En 2010, le Comité des Ministres a mis en place un Panel consultatif d'experts pour l'élection des juges¹⁷⁴¹. Ce panel est constitué de sept experts indépendants nommés par le Comité des Ministres, après consultation

¹⁷³⁴ LEMMENS, p. 98.

¹⁷³⁵ FLAUSS, p. 732

¹⁷³⁶ POPESCU, p. 75.

¹⁷³⁷ Recommandation 1649 (2004) de l'Assemblée parlementaire relative aux candidats à la Cour européenne des droits de l'homme ; Résolution 1646 (2009) de l'Assemblée parlementaire relative à la nomination des candidats et élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. ég. LEMMENS, pp. 101 ss.

¹⁷³⁸ CM(2012)40-final, consultables sur : [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb1aa] telles qu'amendées le 26 novembre 2014 par le CM/Del/Dec(2014)1213/1.5-app5 (dernière consultation : 16.05.2020).

¹⁷³⁹ Cf. le Rapport du Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme (DH-SYSC), du 6 octobre 2017 – Sélection des candidats pour l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme : procédure et critères de sélection dans les Etats membres. [https://rm.coe.int/selecion-des-candidats-pour-lelection-des-juges-a-la-cour-procedure-e/168075ad57] (dernière consultation : 02.05.2020).

¹⁷⁴⁰ Cf. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Election des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, Doc. 12527, 25 février 2011, pp. 33 ss, disponible : [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.aspx?FileID=12814&lang=fr] (dernière consultation : 02.05.2020). Pour une description détaillée des sélections en Belgique, en France et au Royaume-Uni, cf. LEMMENS, pp. 109 ss.

¹⁷⁴¹ Résolution CM/Res(2010)26 sur la création d'un Panel consultatif d'experts sur les candidats à l'élection de juges à la Cour européenne des droits de l'homme.

du président de la Cour¹⁷⁴². Il est majoritairement composé d'anciens juges de la Cour. Sa mission est d'examiner si les candidats proposés par les Etats remplissent les critères posés à l'art. 21 § 1 CEDH¹⁷⁴³. Cet examen est effectué avant que les Etats ne transmettent effectivement la liste à l'Assemblée parlementaire¹⁷⁴⁴. Lorsque le Panel juge que tous les candidats proposés par une Haute Partie contractante satisfont aux critères, il en informe cette dernière ainsi que l'Assemblée parlementaire. Dans le cas contraire, le président du Panel prend contact avec la Haute Partie contractante en cause afin d'obtenir tous les commentaires pertinents. Si, au vu des informations écrites et des observations recueillies, le Panel juge toujours qu'un ou plusieurs candidats désignés par une Haute Partie contractante ne satisfont pas aux critères, il en informe la Haute Partie contractante en motivant son avis, qui est confidentiel¹⁷⁴⁵. Cette dernière a alors la possibilité de retirer la ou les candidatures.

- 831 La raison d'être de ce Panel d'experts est parfois remise en cause. En effet, il est arrivé que les Etats ne lui soumettent pas préalablement leur liste de candidats avant de la transmettre à l'Assemblée parlementaire ou encore que cette dernière élise un candidat, alors même que le Panel l'avait déclaré inapte¹⁷⁴⁶. Pour éviter de tels incidents, des experts travaillant à la réforme de la Cour ont suggéré que la liste des candidatures soit soumise au Panel consultatif au moins trois mois avant la date d'élection. Il n'est toutefois pas envisagé, pour l'heure, de rendre contraignante la recommandation du Panel¹⁷⁴⁷.

3.2.3.3. La Commission sur l'élection des juges

- 832 Les candidats sont ensuite auditionnés par la Commission sur l'élection des juges à la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci est composée de 22 députés de l'Assemblée parlementaire : dix titulaires et douze suppléants. Les présidents de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme et de la commission sur l'égalité et la non-discrimination, sont des membres de droit¹⁷⁴⁸. Les membres de la Commission sont nommés par les groupes politiques en fonction de leurs poids au sein de l'assemblée parlementaire. Ils doivent avoir une compétence et une expérience suffisante en matière juridique. La Commission s'entretient, à huis clos, avec chacun des trois candidats, et les recommande ou non à l'Assemblée parlementaire. Elle précise, le cas échéant, quel candidat lui paraît le plus qualifié pour siéger à la Cour (ordre de préférence)¹⁷⁴⁹. Elle peut également rejeter toutes les propositions, alors même qu'un seul candidat est déclaré inapte¹⁷⁵⁰. Une préférence exprimée par un Gouvernement ne doit en aucun cas influencer les délibérations de la Commission¹⁷⁵¹. Dick MARTY, qui a fait partie pendant plus de dix ans de cette Commission du Conseil de l'Europe, raconte que, contrairement à la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale¹⁷⁵² – organisme dont il a aussi été membre – il n'a jamais été question, durant les entretiens avec les candidats, de leur appartenance politique¹⁷⁵³.

3.2.4. L'élection par l'Assemblée parlementaire

- 833 Sur la base des recommandations qui lui sont transmises par la Commission sur l'élection des juges, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – composée de 324 personnes issues des Parlements des Etats membres – procède à l'élection des juges à la Cour (cf. art. 22 § 1 CEDH). Celle-ci a lieu, à bulletin secret,

¹⁷⁴² Art. 3 de la Résolution CM/Res(2010)26.

¹⁷⁴³ Art. 1 de la Résolution CM/Res(2010)26.

¹⁷⁴⁴ LEMMENS, p. 104.

¹⁷⁴⁵ Art. 5 de la Résolution CM/Res(2010)26.

¹⁷⁴⁶ LEMMENS, pp. 106 s..

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

¹⁷⁴⁸ Cf. art. 44.1.9 du Règlement de l'Assemblée parlementaire.

¹⁷⁴⁹ LENSKI, N 10 ad art. 22.

¹⁷⁵⁰ Ce cas de figure s'est produit en 2011 s'agissant des candidats français, un de ceux-ci étant considéré, non seulement pas assez qualifié pour siéger à la cour, mais également trop proche du président Nicolas SARKOZY.

¹⁷⁵¹ Cf. annexe 3 de la Résolution CM/Res 1432 (2005), paragraphe 3, 3^e phrase.

¹⁷⁵² Cf. *supra*, N 118 ss.

¹⁷⁵³ MARTY Dick, Une certaine idée de la justice, Lausanne 2018, p. 135.

pendant les sessions plénières. Le candidat qui a obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés devient juge à la Cour. Si aucun des candidats n'a obtenu la majorité absolue, l'Assemblée procède à un second tour, à la suite duquel le candidat ayant obtenu la majorité relative des suffrages exprimés est élu¹⁷⁵⁴.

La Résolution 1646 (2009) précise qu'« [e]n l'absence de véritable possibilité de choix entre les candidats présentés par un Etat partie à la Convention, l'Assemblée rejettera les listes qui lui seront soumises. De plus, l'Assemblée peut rejeter des listes n'ayant pas fait l'objet d'une procédure nationale de sélection équitable, transparente et cohérente ». Dans ces cas, l'Etat garde cependant le droit de présenter une nouvelle fois cette même liste¹⁷⁵⁵. Cela dit, « inclure sur la liste une seule personne qui remplit pleinement les conditions, à côté des deux autres qui ne les remplissent pas, est la preuve de la volonté de l'Etat de faire élire un candidat particulier. Or, cela revient à une fraude à la Convention, car le droit d'élire le juge revient à l'Assemblée parlementaire, et ce droit doit être réel et effectif, et non pas théorique ou illusoire »¹⁷⁵⁶.

Par ailleurs, la Cour réunie en Assemblée plénière élit, pour une durée de trois ans, son président et un ou deux vice-présidents ; ils sont rééligibles (art. 25 let. a CEDH). Elle désigne également les présidents des Chambres de la Cour (art. 25 let. c CEDH). Enfin, si un juge « se trouve empêché de siéger dans une chambre, se déporte¹⁷⁵⁷ ou est dispensé, ou pareil juge fait défaut » (par ex. en cas de conflit d'intérêts), le président de la Cour choisit un juge *ad hoc*. Ce choix intervient à partir d'une liste préalablement soumise par la Partie contractante et contenant les noms de trois à cinq personnes désignées par elle comme pouvant servir en qualité de juge *ad hoc* pour une période renouvelable de deux ans¹⁷⁵⁸.

3.2.5. La durée du mandat

Depuis le 1^{er} juin 2010, date de l'entrée en vigueur du Protocole n° 14¹⁷⁵⁹, les juges de la CourEDH sont élus pour une durée de neuf ans et ne sont pas rééligibles (art. 23 § 1 CEDH). Auparavant, ils étaient désignés pour un mandat de six ans, renouvelable. Cette réforme instituant un mandat unique avait pour but de renforcer l'indépendance des juges¹⁷⁶⁰, en particulier vis-à-vis des Etats qui profitaient parfois du renouvellement du mandat de « leur » juge pour les sanctionner, en décidant de ne pas les représenter¹⁷⁶¹. De ce fait, les juges étaient susceptibles de rendre des décisions pouvant plaire à leurs électeurs, précisément dans le but d'assurer leur réélection¹⁷⁶². En même temps, il était important de garantir une certaine continuité dans la composition de la Cour¹⁷⁶³. Un renouvellement trop radical et fréquent des membres pouvait risquer de nuire tant à l'efficacité de la Cour – les nouveaux juges devant s'acclimater à leur nouvel environnement de travail – qu'à la cohérence de sa jurisprudence¹⁷⁶⁴.

S'il est garant de l'indépendance, le mandat unique peut en revanche s'avérer nuisible pour les juges élus à un âge précoce, cas de figure qui se produit toujours plus souvent, spécialement au sein des anciens pays du bloc de l'Est. En effet, à la fin de leur fonction, ces magistrats doivent trouver de nouvelles occupations. Certains peuvent réintégrer l'enseignement universitaire ou entamer une nouvelle carrière dans le secteur privé. Mais d'autres qui souhaitent retourner dans l'administration ou la magistrature nationale dépendent du bon vouloir de leur Gouvernement. Ainsi, il arrive que des juges s'abstiennent de critiquer la jurisprudence de « leur » Etat,

¹⁷⁵⁴ Cf. Résolution 1432 (2005) de l'Assemblée parlementaire.

¹⁷⁵⁵ POPESCU, p. 80.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ C'est-à-dire « se retire ». La version anglaise du Règlement utilise le terme « *withdraw* ».

¹⁷⁵⁸ Art. 29 al. 1 du Règlement de la Cour (édition du 14 novembre 2016).

¹⁷⁵⁹ Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention.

¹⁷⁶⁰ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 8 et 55. Cf. également le Message du Conseil fédéral, du 4 mars 2005, concernant la ratification du Protocole n° 14 du 13 mai 2004 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la convention. FF 2005 1989, spécialement pp. 1999 s.

¹⁷⁶¹ LEMMENS, p. 99 ; FLAUSS, p. 715 qui cite quelques exemples.

¹⁷⁶² TORRES PÉREZ, p. 199.

¹⁷⁶³ LENSKI, N 1 ad art. 23.

¹⁷⁶⁴ POPESCU, p. 84.

notamment en rédigeant des opinions dissidentes, afin d'éviter de compromettre leur carrière nationale après celle exercée à la Cour¹⁷⁶⁵.

3.2.6. La cessation du mandat

- 838 En plus de l'arrivée en fin de mandat, la cessation de fonction du juge peut intervenir par suite de décès, de démission, d'atteinte de la limite d'âge ou de révocation. Cette dernière peut être infligée par les pairs à la majorité des deux tiers. La loi cite le cas du juge qui cesserait « de répondre aux conditions requises » (art. 23 § 4 CEDH, introduit par le protocole n° 14). On entend par-là celles de l'art. 21 § 1 CEDH¹⁷⁶⁶. Quand le poste devient vacant, il incombe à l'Etat intéressé d'engager le processus d'élection partielle en présentant la liste de trois candidats conformément aux règles prescrites¹⁷⁶⁷.
- 839 L'art. 23 § 2 CEDH prévoit que « le mandat des juges s'achève dès qu'ils atteignent l'âge de 70 ans ». Cette limite d'âge sera supprimée dès l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 15 de 2013¹⁷⁶⁸, lequel introduit à l'art. 21 de la Convention un nouveau paragraphe 2 aux termes duquel « [l]es candidats doivent être âgés de moins de 65 ans à la date à laquelle la liste des trois candidats est attendue par l'Assemblée parlementaire, en vertu de l'article 22 ». Cette réforme vise à « permettre à des juges hautement qualifiés d'exercer leur fonction durant l'intégralité du mandat de neuf ans et de renforcer ainsi la cohérence de la composition de la Cour »¹⁷⁶⁹. Les juges pourront donc exercer leur mandat tout au plus jusqu'à l'âge de 75 ans.
- 840 Enfin, on peut citer l'hypothèse de la cessation du mandat du juge à la suite de la dénonciation de la Convention par l'Etat au titre duquel il a été élu. Dans cette hypothèse, en vertu de l'art. 58 CEDH, la Convention, sous certaines conditions, cesse de produire ses effets pour l'Etat intéressé et, partant, le mandat du juge élu au titre dudit Etat prend fin¹⁷⁷⁰.

3.2.7. Synthèse intermédiaire : une désignation assez démocratique, mais nécessairement politisée

- 841 En comparaison d'autres magistrats internationaux, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent se targuer de jouir d'une certaine légitimité démocratique¹⁷⁷¹. Celle-ci est à tout le moins indirecte étant donné que l'organe qui les élit, à savoir l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, est composé de parlementaires nationaux élus, pour la plupart d'entre eux, au suffrage universel direct¹⁷⁷².
- 842 Pour Luc GONIN, les magistrats strasbourgeois ne bénéficient toutefois que d'une légitimité « relative », pour ne pas dire assez faible, principalement pour trois raisons. Premièrement, rien n'exclut qu'un Etat ne propose qu'un seul candidat de qualité, les deux autres n'étant que des figurants. Deuxièmement, le fait qu'en théorie le juge le plus compétent juridiquement soit élu ne garantit pas qu'il « représente la conception la plus répandue du droit et de la société dans le pays qui l'a proposé »¹⁷⁷³. Troisièmement, eu égard aux imprécisions du système d'élection majoritaire au sein de plusieurs pays du Conseil, il n'est pas certain que toutes les opinions politiques des citoyens soient représentées au sein de l'Assemblée parlementaire¹⁷⁷⁴. Le premier avis est également partagé par Jean-François FLAUSS, qui constate cette tendance spécialement au sein de petits Etats. Ce

¹⁷⁶⁵ LEMMENS, pp. 99 s ; KOSAŘ, pp. 136 ss. Pour la question des opinions dissidentes, spécialement en lien avec la réélection, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 4.5.

¹⁷⁶⁶ LENSKI, N 5 ad art. 23.

¹⁷⁶⁷ Recommandation 1649 (2004) de l'Assemblée parlementaire relative aux candidats à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁷⁶⁸ Qui interviendra une fois que tous les Etats l'auront signé et ratifié.

¹⁷⁶⁹ Rapport explicatif au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁷⁷⁰ POPESCU, p. 94.

¹⁷⁷¹ *Idem*, p. 80 ; LENSKI, N 3 ad art. 22.

¹⁷⁷² POPESCU, p. 94.

¹⁷⁷³ GONIN L., Droits de l'homme, pp. 351 ss

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

dernier auteur regrette aussi l'absentéisme des membres de l'Assemblée parlementaire lors de plusieurs élections des juges à la CourEDH¹⁷⁷⁵.

Cette relative légitimité démocratique va toutefois de pair avec une certaine influence partisane dans la procédure d'élection. Il serait, en effet, naïf de croire qu'en ces temps où la Cour est accusée d'être excessivement activiste, certains gouvernements renoncent à toute forme de contrôle sur la procédure de désignation de « leurs » juges¹⁷⁷⁶. En conséquence, bien que la procédure d'élection puisse paraître objective, transparente et neutre, la décision finale revient à des femmes et à des hommes politiques, devant rendre compte de leurs choix à leurs électeurs¹⁷⁷⁷. En revanche, comme nous l'avons vu, l'influence politique des Etats perd de sa vigueur une fois le juge élu, étant donné que son mandat n'est pas renouvelable. Cela dit, le magistrat en place, qui devra parfois retrouver un poste au sein de son Etat, une fois sa carrière à la Cour terminée, pourrait avoir tendance à infléchir sa jurisprudence en faveur de ce dernier. Ce risque est toutefois limité en raison de la composition collégiale de la Cour jugeant sur le fond. Des opinions dissidentes peuvent alors être formulées.

843

3.3. La Cour de justice de l'Union européenne

3.3.1. Brève présentation

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – anciennement Cour de justice des Communautés européennes – est l'institution juridictionnelle de l'Union européenne. Elle comprend « la Cour de justice » et « le Tribunal ». La CJUE assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (art. 19 § 1 TUE). La Cour de justice est compétente pour trancher les litiges entre les Etats membres et les institutions de l'Union, ainsi que les litiges entre les institutions. Elle assure en outre l'interprétation uniforme du droit européen. Quant au Tribunal, il contrôle la légalité des actes du Conseil et de la Commission ; il statue également sur les litiges entre l'Union et ses agents¹⁷⁷⁸. Les décisions rendues par ces juridictions ont force exécutoire sur le territoire de tous les Etats membres de l'Union européenne (cf. art. 280 TFUE). Il n'y a actuellement plus de tribunaux spécialisés (le Tribunal de la fonction publique a été dissous en 2016). La Cour de justice et le Tribunal ont leur siège à Luxembourg¹⁷⁷⁹.

844

3.3.2. Composition et conditions d'éligibilité

La Cour de justice est composée d'un juge par Etat membre (art. 19 § 2 TUE), soit actuellement 28 juges. La Cour comporte, en outre, onze avocats généraux¹⁷⁸⁰. Ses membres « sont choisis parmi des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires » (art. 253 § 1 TFUE).

845

Le Tribunal était initialement composé d'un juge par Etat membre. Le Règlement n° 2015/2422 a augmenté le nombre de juges à deux par Etat membre¹⁷⁸¹. Par rapport aux juges de la Cour de justice, les exigences de qualifications sont moins élevées puisque, outre le fait d'offrir « toutes les garanties d'indépendance », ils doivent (uniquement) posséder « la capacité requise pour l'exercice de hautes fonctions juridictionnelles » (art. 254 § 2 TFUE).

846

¹⁷⁷⁵ FLAUSS, p. 725

¹⁷⁷⁶ LEMMENS, p. 108.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.* ; cf. ég. FLAUSS, pp. 715 ss.

¹⁷⁷⁸ Pour les détails sur la procédure juridictionnelle, cf. not. MAIANI/BIEBER, pp. 109 ss.

¹⁷⁷⁹ Art. 1 let. d Protocole n° 6.

¹⁷⁸⁰ Le rôle de l'avocat général est de « présenter publiquement, en toute impartialité et toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour de justice, requièrent son intervention » (art. 252 TFUE). En pratique, les grands Etats (Allemagne, Espagne, France et Italie) disposent toujours d'un poste d'avocat général, les autres postes étant repartis entre les autres Etats. Cf. CARPANO, p. 76.

¹⁷⁸¹ MAIANI/BIEBER, p. 58.

847 Dans tous les cas, les juges de la CJUE sont tous des juristes confirmés. Ils sont recrutés au sein des universités, de la justice ou de la haute administration. Depuis l'élargissement de l'Union européenne vers le sud et vers l'est, les professeurs d'université sont les plus représentés au sein de la CJUE¹⁷⁸². Cela dit, les membres de la CJUE ne peuvent exercer aucune fonction publique ou administrative, ni même exercer aucune autre activité professionnelle, sauf dérogation exceptionnelle (par ex. pour enseigner ponctuellement dans une faculté de droit)¹⁷⁸³.

3.3.3. La désignation des juges

3.3.3.1. La nomination par les Etats membres

848 Les juges de la CJUE sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres (art. 253 et 254 TFUE). Ceux-ci maîtrisent ainsi largement la composition de la Cour, puisqu'aucune institution de l'Union, sous réserve du comité 255¹⁷⁸⁴, n'intervient formellement dans la désignation. Les juges ne sont notamment ni élus par le Parlement européen, ni même auditionnés par lui, alors même que celui-ci le réclame depuis plusieurs années¹⁷⁸⁵. A ce titre, la désignation des membres de la CJUE se distingue substantiellement de celle des juges de la CourEDH¹⁷⁸⁶.

849 Formellement, la désignation se fait en deux phases principales : une phase nationale, celle du choix par chacun des Etats membres de son candidat, et une phase communautaire, celle de la nomination par l'ensemble des gouvernements des Etats membres. La décision doit être unanime¹⁷⁸⁷. Cela dit, en pratique, les Etats membres ne font que ratifier le choix du candidat proposé par l'Etat¹⁷⁸⁸. Il n'y a, en effet, presque jamais de désaccords entre les Etats membres¹⁷⁸⁹. D'ailleurs, l'Etat ne propose qu'un seul candidat, contrairement au système d'élection des juges à la CourEDH.

850 Les modalités de sélection nationale des candidats varient d'un Etat à l'autre. Elles sont plus ou moins transparentes selon les régimes nationaux. On distingue ainsi les pays où la procédure est opaque et la décision discrétionnairement prise par le Gouvernement, et ceux où une commission indépendante, par exemple un conseil de la magistrature, intervient à un stade ou un autre de la sélection¹⁷⁹⁰. Le premier procédé, qui reste majoritaire au sein des pays de l'Union européenne¹⁷⁹¹, entraîne inévitablement un soupçon de politisation sur la nomination, les candidats étant parfois choisis en fonction (également) de leur appartenance partisane ou de corps¹⁷⁹². En effet, les candidats ont souvent exercé des hautes fonctions que « seuls un appui et un engagement politique permettent d'exercer »¹⁷⁹³.

¹⁷⁸² CARPANO, p. 81.

¹⁷⁸³ Art. 6 du Protocole n° 3.

¹⁷⁸⁴ Cf. *infra*, N 851 s.

¹⁷⁸⁵ CARPANO, p. 78. Cf. la Résolution du Parlement européen sur le fonctionnement du Traité sur l'Union européenne dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 – Mise en œuvre et développement de l'Union (17 mai 1995). A noter que la Cour de justice elle-même s'y est opposée au motif que le candidat « ne pourrait répondre de manière adéquate aux questions qui lui seraient posées sans sortir de la réserve qui s'impose à une personnalité devant offrir, aux termes des traités, toutes garanties d'indépendance et sans préjuger des positions qu'il pourrait être amené à adopter à l'égard de questions contentieuses dont il aura à connaître dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle ». Cf. Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes (Luxembourg, mai 1995), § 17.

¹⁷⁸⁶ Cf. *supra*, N 833 ss.

¹⁷⁸⁷ MICHEL, p. 14.

¹⁷⁸⁸ CARPANO, p. 78.

¹⁷⁸⁹ La doctrine ne cite qu'un seul cas de veto d'une candidature par les Etats, celle en 1959 de l'illustre juriste et diplomate français René CASSIN, un des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme, futur prix Nobel de la Paix, qui avait été jugé trop âgé par les partenaires européens de la France (il avait alors 72 ans). Cf. à ce propos MICHEL, pp. 14 s. et 19.

¹⁷⁹⁰ Cf. DE WAELE, pp. 33 ss et CARPANO, pp. 78 s. avec quelques exemples.

¹⁷⁹¹ MICHEL, p. 15.

¹⁷⁹² Par exemple en Allemagne, traditionnellement, les juges sont proposés alternativement par les deux principaux partis, la *Christlich Demokratische Union* (CDU) et le *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD). En France, le poste de juge revient en principe à un membre du Conseil d'Etat et le poste d'avocat général à un membre de l'ordre judiciaire. CARPANO, p. 79.

¹⁷⁹³ CARPANO, p. 87.

3.3.3.2. L'examen préalable du comité 255

L'opacité de la procédure de sélection des candidats, en particulier quant aux critères qui le guident, a entraîné la création, à la fin des années 1990, du Groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes. Celui-ci proposa l'instauration d'un « comité consultatif composé de juristes hautement qualifiés et indépendants, qui soit en mesure de vérifier la compétence juridique des candidats présentés »¹⁷⁹⁴. Le nouvel article 255 TFUE, introduit par le Traité de Lisbonne en décembre 2009, prévoit ainsi qu'« [u]n comité est institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général de la Cour de justice et du Tribunal avant que les gouvernements des Etats membres ne procèdent aux nominations [...] ». Le comité dit 255 « est composé de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen » (art. 255 § 2 TFUE). Les membres du comité sont nommés, pour quatre ans, par le Conseil sur proposition du président de la Cour de justice pour six d'entre eux, et par le Parlement européen pour le membre restant. Ils sont rééligibles¹⁷⁹⁵.

851

Le comité 255 se prononce sur les qualités du candidat, à l'aune notamment de son expérience professionnelle, de ses capacités juridiques, de ses connaissances linguistiques et de son indépendance¹⁷⁹⁶. Bien que l'avis du comité ne lie pas les gouvernements des Etats membres, ceux-ci le suivent généralement¹⁷⁹⁷. L'instauration du comité 255 a amené de la transparence dans le processus de sélection. Du reste, les Etats sont « moins enclins à proposer des candidatures de complaisance qui contribuent à discréditer l'institution tout entière »¹⁷⁹⁸.

852

3.3.4. La durée du mandat

Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice sont nommés pour une durée de six ans. Un renouvellement partiel a lieu tous les trois ans. Les membres sortants peuvent être nommés à nouveau (art. 253 § 2 TFUE). Les mêmes règles s'appliquent pour les membres du Tribunal (art. 254 § 2 TFUE). Contrairement au Conseil de l'Europe, l'Union européenne n'a, pour l'heure, pas souhaité instituer un mandat unique, non renouvelable, pour les membres de sa juridiction. Néanmoins, divers acteurs de l'Union ont proposé une telle modalité de désignation, précisément dans le but d'éviter l'influence à long terme des gouvernements sur la jurisprudence de la Cour et partant, de garantir l'indépendance des juges¹⁷⁹⁹. Enfin, avant la fin de leur mandat, les membres de la CJUE ne peuvent être relevés de leur fonction que si, « au jugement unanime des juges et des avocats généraux, ils ont cessé de répondre aux conditions requises ou de satisfaire aux obligations découlant de leur charge » (art. 6 § 1 Statut de la Cour de justice).

853

3.4. La Cour internationale de justice

3.4.1. Brève présentation

La Cour internationale de justice (CIJ), basée à La Haye, est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle a pour mission de régler, en application des traités internationaux, les litiges que les Etats membres portent devant elle, que ce soient ceux opposant les Etats entre eux, ou les Etats et les organisations internationales.

854

¹⁷⁹⁴ Rapport du Groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, 2000, p. 51, cité par CARPANO, p. 85.

¹⁷⁹⁵ DE WAELE, p. 35.

¹⁷⁹⁶ CARPANO, p. 86. Pour plus de détails quant au *modus operandi* du comité 255, cf. DE WAELE, pp. 35 ss.

¹⁷⁹⁷ CARPANO, p. 86.

¹⁷⁹⁸ *Idem*, p. 87.

¹⁷⁹⁹ Cf. MICHEL, p. 17, n. 61, qui cite notamment l'avis exprimé, en 2003, par le président de la Cour de justice, celui prononcé par le Parlement européen ainsi que le Rapport du Groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, tous préconisant un mandat de neuf à douze ans, non renouvelable. Une partie de la doctrine juridique plaide également pour une désignation unique. Cf. not. BOBEK, p. 307 et TORRES PÉREZ, pp. 199 s.

Sa compétence en matière contentieuse nécessite le consentement des Etats parties au litige ; la Cour ne peut se saisir d'office. Les arrêts rendus par la Cour dans les différends ont force obligatoire pour les parties au litige. La CIJ a également pour fonction de donner son avis sur les questions juridiques que lui soumettent les organes de l'ONU¹⁸⁰⁰.

3.4.2. Composition et conditions d'éligibilité

- 855 La Cour se compose de quinze membres. Elle ne peut pas comprendre plus d'un ressortissant du même Etat (art. 3 ch. 1 Statut CIJ). Le choix de la composition de la Cour doit être dicté par le souci d'assurer « dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde » (art. 9 Statut CIJ). Dans les années 1940 et 1950, la Cour était dominée par les juristes occidentaux. L'émergence de nouveaux Etats indépendants suite à leur décolonisation a progressivement permis d'intégrer des juristes africains et asiatiques au sein de la Cour¹⁸⁰¹. C'est ainsi que traditionnellement, la Cour internationale de justice comprend trois juges américains (un Nord-Américain et deux Latino-Américains ou des Caraïbes), trois Africains, trois Asiatiques (incluant toujours un Chinois et un représentant d'un Etat arabe), quatre Européens occidentaux (dont généralement un Français et un Anglais) et deux Européens orientaux (dont toujours un Russe). Du reste, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité sont presque toujours représentés¹⁸⁰².
- 856 Le Statut de la CIJ prévoit, en outre, que les juges sont désignés « parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international » (art. 2 Statut CIJ). Il s'agit le plus souvent de juristes ayant exercé de hautes fonctions au service de leurs gouvernements, souvent au sein du ministère des Affaires étrangères¹⁸⁰³. Ils proviennent parfois du monde académique¹⁸⁰⁴.
- 857 Par ailleurs, lorsque la Cour comprend, dans un litige, un juge de la nationalité d'une des parties, l'autre partie pourra désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. Si la Cour ne compte aucun juge de la nationalité des parties, ces dernières procèdent chacune à la désignation d'un juge *ad hoc* (art. 32 § 2 et 3 Statut CIJ)¹⁸⁰⁵.

3.4.3. La désignation des juges

- 858 Les membres de la Cour sont élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité de l'ONU « sur une liste de personnes présentées par les groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage » (art. 4 § 1 Statut CIJ). Les membres de chaque partie contractante de la Cour permanente d'arbitrage constituent un « groupe national » au sens de cette disposition¹⁸⁰⁶. Par ailleurs, il est recommandé à chaque groupe national de consulter préalablement « la plus haute cour de justice, les facultés et écoles de droit, les académies nationales et les sections nationales d'académies internationales vouées à l'étude du droit » (art. 6 Statut CIJ).
- 859 Les candidats sont proposés au Secrétaire général des Nations Unies qui dresse, par ordre alphabétique, une liste. Il communique alors celle-ci à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité (art. 7 Statut CIJ). L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité votent en même temps, mais dans des lieux séparés¹⁸⁰⁷. Pour être

¹⁸⁰⁰ Art. 34 ss du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945 (entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948) (RS 0.193.501)

¹⁸⁰¹ KOLB, p. 112.

¹⁸⁰² *Idem*, p. 114. Pour la composition actuelle : Cf. [<http://www.icj-cij.org/fr/membres-actuels>] (dernière consultation : 02.05.2020).

¹⁸⁰³ BUSSY/POIRMEUR, pp. 158 s.

¹⁸⁰⁴ KOLB, p. 112.

¹⁸⁰⁵ Pour la procédure de désignation des juges *ad hoc* et les questionnements qui en découle, cf. KOLB, pp. 118 ss.

¹⁸⁰⁶ Pour la liste des membres actuels de la Cour permanente d'arbitrage : [<https://pca-cpa.org/fr/about/structure/members-of-the-court/>] (dernière consultation : 01.05.2020). « En ce qui concerne les Membres des Nations Unies qui ne sont pas représentés à la Cour permanente d'arbitrage, les candidats seront présentés par des groupes nationaux, désignés à cet effet par leurs gouvernements, [...] » (art. 4 § 2 Statut CIJ).

¹⁸⁰⁷ KOLB, p. 140.

élu, un candidat doit avoir obtenu la majorité absolue dans l'un et l'autre des organes, ce qui peut nécessiter plusieurs tours de scrutin. Au troisième tour, une commission médiatrice peut être instaurée¹⁸⁰⁸.

Il est patent que le recrutement des juges de la CIJ est guidé par des considérations politiques et de nationalité¹⁸⁰⁹. Les gouvernements qui souhaiteraient proposer un candidat doivent, en effet, trouver des soutiens auprès des autres Etats membres des Nations Unies, ce qui implique un certain marchandage politique¹⁸¹⁰. De plus, les grandes puissances, notamment les membres permanents du Conseil de sécurité, réussissent souvent à faire élire un de leurs ressortissants¹⁸¹¹. C'est ainsi que les jugements de la Cour sont régulièrement contestés par les Etats qui n'hésitent pas à remettre en question l'indépendance et l'impartialité des juges ; ceux-ci ayant tendance à voter « en fonction de leur appartenance nationale, culturelle ou religieuse et de leur sensibilité politique »¹⁸¹².

860

3.4.4. Durée du mandat

Les juges sont élus pour une durée de neuf ans et sont rééligibles. Par ailleurs, afin d'assurer une certaine continuité, la Cour est renouvelée par tiers tous les trois ans (art. 13 Statut CIJ). Le Statut ne prévoyant pas de limite d'âge, les juges peuvent en théorie être réélus un nombre illimité de fois. Toutefois, eu égard à l'âge relativement élevé des juges, ceux-ci ne restent guère en fonction plus de deux mandats consécutifs¹⁸¹³. Tout comme la désignation initiale, la réélection est fortement politisée, certains Etats profitant parfois de ce processus pour sanctionner un juge ayant rendu une décision contestée, et ainsi le remplacer par un autre juge moins controversé. La réélection est donc susceptible de remettre en cause l'indépendance des juges, ceux-ci pouvant s'abstenir de rendre certaines décisions afin de s'assurer de rester en fonction¹⁸¹⁴.

861

3.5. La Cour pénale internationale

3.5.1. Brève présentation

La Cour pénale internationale (CPI) est une institution internationale permanente ayant pour but d'enquêter et de poursuivre les personnes qui commettent les crimes les plus graves ayant une portée internationale (art. 1 Statut de Rome), à savoir le crime de génocide (art. 6), les crimes contre l'humanité (art. 7), les crimes de guerre (art. 8) et le crime d'agression (art. 8^{bis}). Elle a été instaurée par un traité international, le Statut de Rome, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012, après sa ratification par 60 Etats. Il ne s'agit pas véritablement d'une juridiction supranationale. La CPI ne se substitue, en effet, pas à la compétence pénale des Etats, mais elle leur est « complémentaire » (cf. art. 1 Statut de Rome)¹⁸¹⁵. Elle détient la compétence de poursuivre et de punir des personnes uniquement dans la mesure où les Etats nationaux sont dans l'incapacité ou ne manifestent pas la volonté de poursuivre eux-mêmes les responsables¹⁸¹⁶. La CPI a son siège à La Haye. Plus d'une centaine d'Etats (dont tous ceux composant l'Union européenne ainsi que la Suisse) ont ratifié la Statut de Rome. Cependant, certaines nations, dont la Russie et les Etats-Unis, l'ont signé, mais ne l'ont pas ratifié. D'autres encore, dont la Chine et l'Inde, ne l'ont pas même pas signé.

862

¹⁸⁰⁸ Art. 10 ss Statut CIJ.

¹⁸⁰⁹ KOLB, p. 112 ; BUSSY/POIRMEUR, p. 155.

¹⁸¹⁰ TORRES PÉREZ, p. 189.

¹⁸¹¹ BUSSY/POIRMEUR, p. 155.

¹⁸¹² *Idem*, p. 158.

¹⁸¹³ KOLB, p. 139.

¹⁸¹⁴ Cf. TORRES PÉREZ, p. 199.

¹⁸¹⁵ BASSIOUNI, p. 229.

¹⁸¹⁶ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 321.

3.5.2. Composition et conditions d'éligibilité

- 863 La Cour se compose de dix-huit juges choisis parmi « des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les conditions requises dans leurs Etats respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires » (art. 36 § 3 let. a Statut CPI). Elles doivent, en outre, avoir une « compétence reconnue dans les domaines du droit pénal et de la procédure pénale » ou « dans des domaines pertinents du droit international, tels que le droit international humanitaire et les droits de l'homme » (art. 36 § 3 let. b Statut CPI). Les élections sont organisées de manière à maintenir une proportion de neuf juges au moins dans la première catégorie et de cinq juges au moins dans la seconde (art. 36 § 5 Statut CPI).
- 864 En outre, les Etats sont invités à choisir les juges de telle manière que soit assurée dans la composition de la Cour « la représentation des principaux systèmes juridiques du monde », « une représentation géographique équitable »¹⁸¹⁷, et « une représentation équitable des hommes et des femmes » (art. 36 § 8 let. a statut CPI). Ils tiennent également compte « de la nécessité d'assurer la présence de juges spécialisés dans certaines matières, y compris, mais sans s'y limiter, les questions liées à la violence contre les femmes ou les enfants » (art. 36 § 8 let. b Statut CPI).

3.5.3. La désignation des juges

- 865 Les candidats sont présentés par les Etats parties selon la procédure prévue « pour la présentation des candidatures aux plus hautes fonctions judiciaires dans l'Etat en question ou selon la procédure de présentation de candidatures à la Cour internationale de justice » (art. 36 § 4 let. a Statut CPI). Le candidat ne doit pas nécessairement avoir la nationalité de l'Etat en question, mais doit avoir celle d'un Etat Partie (art. 36 § 4 let. b Statut CPI).
- 866 Aux termes de l'art. 36 § 4 let. c du Statut, « l'Assemblée des Etats Parties peut décider de constituer, selon qu'il convient, une commission consultative pour l'examen des candidatures ». Cette commission a effectivement été créée durant la 11^e session de l'Assemblée des Etats Parties du 14-22 novembre 2012¹⁸¹⁸. Composée de neuf membres élus par l'Assemblée des Etats Parties, la Commission évalue les documents soumis par les candidats, puis mène avec chacun d'entre eux un entretien d'environ une heure. Elle prépare ensuite un rapport sur l'aptitude des candidats à occuper leur fonction, qui est communiqué – par l'intermédiaire du Bureau – aux Etats Parties suffisamment à l'avance pour permettre un examen approfondi par l'Assemblée des Etats Parties¹⁸¹⁹.
- 867 Les juges sont élus, au scrutin secret, par l'Assemblée des Etats parties – convoquée à cet effet – à la majorité des deux tiers des Etats parties présents et votants (art. 36 § 6 Statut CPI). La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même Etat (art. 36 § 7 Statut CPI). Cette majorité qualifiée renforce ainsi la légitimité des juges de la Cour¹⁸²⁰. Tout comme pour l'élection des juges de la CIJ, chaque désignation engendre une

¹⁸¹⁷ La répartition géographique est la suivante : Afrique : 3 ; Asie : 3 ; Europe orientale : 1 ; Amérique Latine et Caraïbes : 4 ; Europe occidentale et autres Etats : 7. Cet équilibre a été voulu afin de ne pas exposer la CPI aux mêmes critiques qui avaient été faites à l'encontre du Tribunal de Nuremberg, instauré à la fin de la Seconde Guerre mondiale, composé de juges provenant tous des Etats vainqueurs. BUSSY/POIRMEUR, p. 156.

¹⁸¹⁸ BOHLANDER, N 10 ad art. 36. Cf. Rapport du Bureau sur l'établissement d'une Commission consultative pour l'examen des candidatures au poste de juge de la Cour pénale internationale (ICC-ASP/10/36).

¹⁸¹⁹ Cf. not. Rapport de la Commission consultative pour l'examen des candidatures au poste de juge sur les travaux de sa sixième session (ICC-ASP/16/7), disponible : [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP16/ICC-ASP-16-7-FRA.pdf] (dernière consultation : 02.05.2020).

¹⁸²⁰ BUSSY/POIRMEUR, p. 157.

certaine politisation. En effet, un Etat qui souhaite faire élire son candidat, lequel n'est pas toujours objectivement le plus qualifié, doit chercher le support d'autres Etats, qui demanderont un jour ou l'autre une contrepartie¹⁸²¹.

3.5.4. La durée du mandat

Les juges de la Cour sont élus pour un mandat de neuf ans ; ils ne sont pas rééligibles (art. 36 § 9 Statut CPI). Les Etats parties au Statut de Rome ont opté pour ce mandat unique dans le but de mettre les juges à l'abri de toute pression de la part des gouvernements, et ainsi d'accroître leur indépendance¹⁸²². Une exception est toutefois prévue pour les juges qui achèvent un mandat attaché à un siège devenu vacant. Dans ce cas, si la durée du mandat à accomplir est inférieure ou égale à trois ans, le juge est rééligible pour un mandat entier (art. 37 § 2 Statut CPI).

Enfin, la décision de révoquer un juge appartient à l'Assemblée des Etats, qui se prononce par un scrutin secret à la majorité des deux tiers, « sur recommandation adoptée à la majorité des deux tiers des autres juges ». Ce cas de figure peut se produire lorsqu'il est établi que le juge a « commis une faute lourde ou un manquement grave aux devoirs que lui impose le présent Statut », ou s'il se trouve dans l'incapacité d'exercer ses fonctions » (art. 46 Statut CPI).

3.6. Synthèse

L'accès aux postes de juges internationaux présuppose le plus souvent d'être « un jurisconsulte possédant de compétences notoires », parfois dans les matières traitées par les tribunaux, ainsi que de « jouir de la plus haute considération morale »¹⁸²³. Par ailleurs, les candidats doivent avoir une connaissance d'une des langues de travail de la Cour. En outre, le caractère supranational de ces juridictions implique qu'elles soient composées de juges de nationalités différentes. A cet égard, on constate une différence significative entre les tribunaux européens (CourEDH, CJUE) et les juridictions internationales (CIJ, CPI). Alors que les premiers sont composés d'un juge pour chaque Etat Partie, les secondes sont constituées d'un nombre restreint de juges, qui doit représenter l'ensemble des systèmes juridiques du monde. Ceci implique indéniablement des tractations (politiques) entre Etats membres, chacun souhaitant faire élire « son » candidat.

Les modes de désignation combinent généralement une phase nationale de proposition et une phase internationale de nomination ou d'élection¹⁸²⁴. S'agissant de la deuxième phase, on distingue les élections faites par une assemblée représentante d'Etats membres (CourEDH, CPI et CIJ) et celles effectuées au moyen d'un accord intergouvernemental (CJUE). En outre, la légitimité démocratique dont bénéficient les juges de la CourEDH, élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – elle-même composée de parlementaires nationaux élus au suffrage universel – est plus élevée que celle des membres des autres juridictions supranationales étudiées.

Par ailleurs, les élections sont préparées, depuis une dizaine d'années environ, par des commissions consultatives, constituées d'experts indépendants, chargées d'examiner les candidatures proposées par les Etats membres, puis de les recommander à l'autorité de désignation. On retrouve de tels organismes, sous des appellations diverses, pour la désignation des membres de la CourEDH, de la CJUE et de la CPI. En revanche, la CIJ ne possède pas actuellement un tel organe. Du reste, on peut mentionner qu'au niveau européen, l'instauration du comité 255 – pour l'élection des juges à la CJUE – est plutôt vue comme une réussite alors que le Panel consultatif d'experts – pour la désignation des juges à la CourEDH – est davantage critiqué, notamment

¹⁸²¹ Cf. TORRES PÉREZ, pp. 189 ss. Cf. ég. WEBER P., pp. 23 s., qui cite les mêmes problèmes de « troc de votes » au sein d'autres juridictions internationales.

¹⁸²² BUSSY/POIRMEUR, p. 159.

¹⁸²³ Art. 21 § 1 CEDH ; art. 2 Statut CIJ.

¹⁸²⁴ JOUANNET, p. 287.

en raison du fait que les procès-verbaux de ses séances ne sont pas rendus publics¹⁸²⁵. Dans tous les cas, ces commissions ont amélioré le processus de sélection en le rendant davantage objectif et transparent.

⁸⁷³ Enfin, tous les juges internationaux sont élus pour un mandat d'une durée déterminée, variant de six à neuf ans. Toutefois, tandis que les juges de la CJUE et de la CIJ peuvent être réélus indéfiniment, les membres de la CourEDH et de la CPI ne sont pas rééligibles. Ce mandat unique a été instauré afin de renforcer leur indépendance à l'égard de leurs gouvernements respectifs.

¹⁸²⁵ Cf. BOBEK, pp. 281 ss.

Troisième partie :

Les limites des modes de désignation des juges en Suisse

Les éléments étudiés dans la deuxième partie nous ont permis de constater que le modèle helvétique d'élection judiciaire se distingue des autres systèmes européens, en particulier ceux des pays latins. En revanche, les pays anglo-saxons, en particulier les Etats-Unis, ont certains traits communs avec la Suisse. Tous ces systèmes présentent un certain nombre d'avantages et d'inconvénients, que nous avons pu relever. Cette étude comparative nous a également permis de mettre en exergue les différences et les similitudes entre les pays étudiés ainsi qu'avec la Suisse. Par ailleurs, le système helvétique est, de manière générale, en contradiction avec les standards européens et internationaux en matière d'indépendance. Enfin, la désignation des membres des juridictions internationales révèle des éléments intéressants, et sur lesquels nous pouvons nous baser, notamment s'agissant de la durée unique du mandat.

Il convient maintenant d'aborder la problématique centrale de notre étude, soit de déterminer et d'analyser les limites du mode d'élection des juges en Suisse. Pour ce faire, nous présenterons tout d'abord les principes cardinaux de notre ordre juridique, à savoir la séparation des pouvoirs et son corollaire l'indépendance de la justice, concepts qui serviront de fil conducteur à notre raisonnement (chapitre 1). Ensuite, il conviendra de discuter des problèmes inhérents au système de désignation judiciaire pratiquée en Suisse, et ce, par ordre logique. Dans un premier temps, nous aborderons le mode d'élection ainsi que le monopole des partis politiques dans le choix des magistrats (chapitre 2). Dans un deuxième temps, nous nous focaliserons sur les liens, parfois très étroits, qu'entretiennent les juges et les partis politiques, liens qui se concrétisent notamment à travers les contributions financières (« Parteisteuern ») que les premiers reversent aux seconds en contrepartie de leur élection et durant toute leur charge (chapitre 3). Dans un troisième temps, nous traiterons de la réélection périodique des juges en nous interrogeant, d'une part, sur les dangers que celle-ci comporte pour l'indépendance du pouvoir judiciaire et, d'autre part, sur les conséquences juridiques pouvant découler d'une éventuelle non-réélection (chapitre 4). Enfin, nous nous pencherons sur la question de la (relative) absence, pour les magistrats helvétiques, d'une formation spécifique et obligatoire (chapitre 5). Au terme de chaque chapitre, nous ferons une synthèse des points relevés et procéderons à l'appréciation de ceux-ci.

Chapitre 1 : La séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice comme prémisses

1.1. Présentation et démarche

La séparation des pouvoirs et l'indépendance la justice, son corollaire, constituent des principes fondamentaux de l'Etat de droit. Les modes de désignation des juges doivent à cet égard être examinés à la lumière de ces concepts. Ceux-ci serviront ainsi de fil conducteur dans notre raisonnement visant à mettre en lumière les diverses limites du système suisse d'élection des juges. Il convient ici, dans un premier temps, de rappeler ces deux notions, en commençant par la séparation des pouvoirs, en particulier en expliquant son origine historico-philosophique puis son impact dans le système juridique contemporain (ch. 1.2.). Nous nous attarderons ensuite sur les divers aspects de l'indépendance de la justice ainsi que ses concrétisations constitutionnelle et légale dans l'ordre juridique domestique et international (ch. 1.3.). Nous analyserons ensuite ce concept à l'aune de la jurisprudence en matière de désignation des juges, en mentionnant quelques arrêts pertinents rendus par la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral (ch. 1.4.). Une partie sera également consacrée à la confrontation entre l'indépendance *de jure* et l'indépendance *de facto* des tribunaux suisses (ch. 1.5.). Enfin, il conviendra de synthétiser ces éléments afin d'accompagner le lecteur au chapitre suivant (ch. 1.6.).

874

1.2. La séparation des pouvoirs

1.2.1. Les origines du concept

Même s'il avait déjà été ébauché dans l'Antiquité par ARISTOTE, le concept de séparation des pouvoirs trouve son origine moderne aux XVII^e et XVIII^e siècles dans l'œuvre de John LOCKE (« Second Treatise of Government », 1690), puis, surtout, dans celle de MONTESQUIEU (« De l'esprit des lois », 1748)¹⁸²⁶. Celui-ci cherche un système de gouvernement qui évite le despotisme et garantisse la liberté des individus. Il trouve ce fondement dans la distinction entre trois sortes de pouvoirs : le pouvoir de faire des lois (législatif), celui de les exécuter (exécutif), et celui de juger les crimes et les différends entre particuliers (judiciaire), ces pouvoirs devant être exercés par des personnes indépendantes les unes des autres¹⁸²⁷. Selon le baron de MONTESQUIEU :

875

« [L]orsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire ; car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutrice, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur.

Tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs ; celui de faire des lois, celui d'exécuter les

¹⁸²⁶ Cf. not. MAHON, Séparation des pouvoirs, N 2 ad § 65 ; AUBERT, Traité, N 1223.

¹⁸²⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat, N 1762 ; ARDANT/MATHIEU, N 56.

résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.

»¹⁸²⁸

876 Mais la séparation des pouvoirs ne signifie pas pour autant l'isolement de ceux-ci¹⁸²⁹. Bien au contraire, les puissances doivent interagir¹⁸³⁰. Comme remède contre la tyrannie, il faut, selon MONTESQUIEU, que « le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁸³¹. Dans cette mesure, les pouvoirs se limiteront les uns et les autres et s'équilibreront¹⁸³². Les Américains utilisent à ce titre les termes de *checks and balances* (en français : « poids, freins, contrepoids et balance ») qui supposent des interactions entre les organes de l'Etat qui ont une existence propre et indépendante¹⁸³³. En outre, la séparation personnelle des pouvoirs veut que la même personne n'appartienne pas simultanément à plusieurs organes étatiques (incompatibilités)¹⁸³⁴. Enfin, au courant du XIX^e siècle, on assiste au développement du concept de classification, qui signifie que chaque fonction – qu'elle soit exécutive, législative ou judiciaire – doit être exercée exclusivement par une seule autorité¹⁸³⁵. A ce titre, la distinction entre fonctions et organes se confond. C'est cette conception fonctionnelle, voire organique, de la séparation des pouvoirs qui a imprégné le constitutionnalisme du XX^e siècle et qui est ainsi devenue la doctrine « classique »¹⁸³⁶.

1.2.2. Une doctrine « classique » devenue anachronique ?

877 La doctrine traditionnelle est aujourd'hui considérée comme désuète. En effet, la réalité montre que l'attribution exclusive d'une fonction à un (seul) organe se raréfie : « les compétences s'enchevêtrent, chaque organe empiète sur celles des autres »¹⁸³⁷. Aussi, le Parlement ne fait pas que légiférer. Il exerce notamment toute une série d'autres activités (la haute surveillance et l'élection des membres des autres pouvoirs de l'Etat, notamment). Le Gouvernement ne détient pas que des compétences exécutives. Il prépare les projets des lois, édicte également des règles de droit (ordonnances) ou encore connaît certains recours. On s'accorde à dire que même le pouvoir judiciaire ne se borne plus (simplement) à appliquer les règles de droit, mais également à en créer des nouvelles¹⁸³⁸. Dès lors, il paraît illusoire de voir une délimitation précise entre les diverses fonctions originelles de l'Etat¹⁸³⁹.

878 En outre, le nombre des fonctions, tout comme celui des organes, doit être replacé dans son contexte. Une partie de la doctrine considère, en effet, que les trois fonctions traditionnelles (la législative, l'exécutive ou l'administrative et la judiciaire) ainsi que les organes qui les exercent n'épuisent pas à eux seuls l'activité entière de l'Etat¹⁸⁴⁰. Il faudrait notamment ajouter le peuple, lequel exerce un rôle essentiel, en particulier en Suisse, et qui est ainsi un organe à part entière¹⁸⁴¹ ou encore certaines entités administratives décentralisées dotées d'une certaine indépendance¹⁸⁴². Enfin, on considère qu'aujourd'hui l'ensemble de l'activité étatique n'est plus répartie entre différents organes ayant des compétences spécifiques. Dans l'optique d'une meilleure efficacité de la gestion publique, on se tourne davantage vers une coopération et une collaboration entre les autorités, plutôt que vers une stricte séparation – terme qui, du reste, ne se retrouve pas chez MONTESQUIEU. Ceci vaut du moins en ce qui concerne les pouvoirs exécutif et législatif¹⁸⁴³.

¹⁸²⁸ MONTESQUIEU, livre XI, chapitre VI, p. 143.

¹⁸²⁹ ARDANT/MATHIEU, N 57.

¹⁸³⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Etat, N 1763.

¹⁸³¹ MONTESQUIEU, Livre XI, chapitre VI, p. 151.

¹⁸³² MAHON, Séparation des pouvoirs, N 2 ad § 65.

¹⁸³³ MARTENET, Séparation, N 17.

¹⁸³⁴ *Idem*, N 8.

¹⁸³⁵ HAMON/TROPER/BURDEAU, p. 89.

¹⁸³⁶ MAHON, Séparation des pouvoirs, N 3 ad § 65 ; SEILER, Gewaltenteilung, p. 61 ; MARTENET, Séparation, N 7.

¹⁸³⁷ MAHON, Séparation des pouvoirs, N 11 ad § 65.

¹⁸³⁸ SEILER, Gewaltenteilung, p. 299 ; MARTENET, Séparation, N 11. Cf. ég. *infra*, N 939 s.

¹⁸³⁹ Cf. MARTENET, Architecture, p. 30.

¹⁸⁴⁰ AUBERT, Traité, N 1128 ; SEILER, Gewaltenteilung, p. 264 ; ARDANT/MATHIEU, N 58.

¹⁸⁴¹ MAHON, Séparation des pouvoirs, N 11 ad § 65.

¹⁸⁴² MARTENET, Séparation, N 60.

¹⁸⁴³ Cf. MAHON, Séparation des pouvoirs, N 12 et 13 ad § 65 et les références citées.

En tout état de cause, ces diverses nuances ne sauraient remettre en cause l'idée originelle de la séparation des pouvoirs, à savoir celle d'éviter l'arbitraire et de garantir la liberté des individus, en raison d'une trop forte concentration des pouvoirs en main d'une seule personne ou d'un seul organe¹⁸⁴⁴. En outre, une fusion des pouvoirs ignorerait l'essence de l'Etat de droit, voire de la *Rule of Law* (prééminence du droit)¹⁸⁴⁵. C'est pourquoi, tout au long de cette étude, nous utiliserons le concept de séparation des pouvoirs selon son idée originelle.

1.2.3. La séparation des pouvoirs en Suisse

Bien que la séparation des pouvoirs soit considérée comme un élément central de l'organisation de la démocratie helvétique¹⁸⁴⁶, elle n'est pas expressément consacrée dans la Constitution fédérale. Elle peut néanmoins être perceptible dans le titre 5 consacré aux « Autorités fédérales »¹⁸⁴⁷. Selon la jurisprudence, elle a acquis le rang de droit constitutionnel dont peut se prévaloir le citoyen pour exiger le respect de la répartition des compétences étatiques telle que prévue par les dispositions constitutionnelles¹⁸⁴⁸. Elle est garantie, du moins implicitement, par toutes les Constitutions cantonales¹⁸⁴⁹. Ce principe est d'ailleurs inhérent à l'exigence d'une Constitution (cantonale) démocratique posée par l'art. 51 al. 1 Cst.¹⁸⁵⁰. En outre, les règles d'incompatibilités, prévues aux niveaux fédéral (art. 144 Cst.)¹⁸⁵¹ et cantonal¹⁸⁵², garantissent une séparation personnelle des pouvoirs¹⁸⁵³.

1.3. L'indépendance de la justice

1.3.1. Un concept fondamental consacré constitutionnellement

L'indépendance du pouvoir judiciaire est considérée comme une expression de la séparation des pouvoirs¹⁸⁵⁴. Elle renforce et concrétise ce principe¹⁸⁵⁵. Elle implique notamment que le pouvoir judiciaire soit indépendant à l'égard des pouvoirs exécutifs et législatifs¹⁸⁵⁶. L'indépendance de la justice vise en outre à garantir la liberté d'esprit des juges en évitant que des éléments extérieurs n'affectent l'issue du procès¹⁸⁵⁷. Il s'agit à cet égard d'un principe fondamental de l'Etat de droit et de la *Rule of Law*¹⁸⁵⁸, indispensable pour préserver une société démocratique et garantir la protection des libertés individuelles¹⁸⁵⁹.

L'indépendance de la justice est reconnue universellement. Elle est présente dans tous les Etats démocratiques. De nombreux textes – nationaux et internationaux – qu'ils soient de rang constitutionnel ou légal, consacrent ce principe. Au niveau international, l'art. 6 § 1 CEDH prévoit que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ MARTENET, Architecture, p. 31.

¹⁸⁴⁶ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat, N 1779.

¹⁸⁴⁷ MARTENET, Séparation, N 30.

¹⁸⁴⁸ ATF 134 I 313 cons. 5.2 ; ATF 130 I 1 cons. 3.1.

¹⁸⁴⁹ MARTENET, Séparation, N 34 ; ATF 142 I 26 consid. 3.3. Cf. par ex. les art. 2 al. 2 Cst./GE et 46 al. 1 Cst./NE.

¹⁸⁵⁰ ATF 127 I 60 cons. 2a, RDAF 2001 I 306.

¹⁸⁵¹ Cf. *supra*, 1^{ère} partie, chapitre 2.2.5.

¹⁸⁵² Cf. *supra*, 1^{ère} partie, N 410.

¹⁸⁵³ MAHON, Séparation des pouvoirs, N 20 ad § 65.

¹⁸⁵⁴ ATF 114 Ia 150, consid. 2a, JdT 1989 IV 78 ; MARTENET, Séparation, N 52. Cf. ég. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Etat, N 1771. A noter que cette thèse est parfois remise en question, notamment par des sociologues du droit, dont Martine VALOIS, pour qui l'indépendance judiciaire ne peut aucunement être déduite de la séparation des pouvoirs, car ce dernier principe implique exactement le contraire, c'est-à-dire, une interdépendance entre les pouvoirs. Cf. VALOIS, pp. 278 ss.

¹⁸⁵⁵ MAHON, Petit commentaire, N 7 ad art. 30. Pour une justification historique, cf. GSCHWEND, Entwicklung, N 7 ss.

¹⁸⁵⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1241.

¹⁸⁵⁷ MAHON, Petit commentaire, N 7 ad art. 30. Cf. ég. VALOIS, p. 283 : « l'indépendance des juges est d'abord et avant tout, la séparation d'un processus décisionnel particulier, qui est celui de rendre des décisions fondées sur le droit, par opposition aux décisions fondées sur des motifs d'ordre politique, religieux, éthique ou moral ».

¹⁸⁵⁸ Cf. MARTENET, Architecture, p. 32 et les références citées.

¹⁸⁵⁹ SHETREET, pp. 14 ss.

soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Cette disposition comporte ainsi deux volets : un civil et un pénal. L'art. 14 § 1 du Pacte ONU II a un contenu et une portée largement analogues¹⁸⁶⁰. L'indépendance de la justice est également expressément mentionnée dans plusieurs textes ayant valeur de *soft law*, adoptés par des organismes internationaux (Conseil de l'Europe et Nations Unies, notamment)¹⁸⁶¹.

883 En Suisse, au niveau fédéral, l'indépendance de la justice est consacrée dans deux dispositions constitutionnelles. D'une part, l'art. 30 al. 1 Cst. mentionne que « [t]oute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits ». Il s'agit d'une garantie qui a pour objectif d'assurer à quiconque une procédure et un jugement équitables¹⁸⁶². En même temps, il s'agit d'un droit fondamental dont peut se prévaloir un particulier pour exiger le respect de ses garanties de procédure¹⁸⁶³.

884 D'autre part, l'art. 191c Cst. prévoit que « [d]ans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi ». Cette disposition présente deux dimensions différentes, mais intrinsèquement liées¹⁸⁶⁴. La première dimension découle du principe de la séparation des pouvoirs ; elle exige que la justice en tant que troisième pouvoir soit garantie au niveau institutionnel et qu'elle soit délimitée par rapport aux deux autres pouvoirs¹⁸⁶⁵. La deuxième dimension constitue l'accessoire institutionnel du droit fondamental à un tribunal indépendant protégé par l'art. 30 al. 1 Cst.¹⁸⁶⁶. L'indépendance de la justice est également consacrée, au niveau légal, à l'art. 2 al. 1 LTF qui dispose que « [d]ans l'exercice de ses attributions judiciaires, le Tribunal fédéral est indépendant et n'est soumis qu'à la loi ». L'art. 2 al. 1 LTAF a le même contenu. L'indépendance de la justice est également prévue par l'art. 4 CPP.

1.3.2. Les différents aspects de l'indépendance de la justice

885 Dans son étude de référence, Regina KIENER¹⁸⁶⁷ souligne la nature dualiste du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elle distingue les aspects concernant la justice en tant qu'institution (approche institutionnelle – *institutionenbezogenen Gehalt*) et les aspects ayant trait à la personne du juge (approche personnelle – *personenbezogenen Gehalt*).

886 L'indépendance institutionnelle présente trois éléments : fonctionnel, personnel et organisationnel¹⁸⁶⁸. L'indépendance fonctionnelle présuppose que l'autorité judiciaire n'ait, dans l'exercice de ses tâches, pas d'ordre, de directives ou d'instruction à recevoir d'une autre autorité étatique. Celle-ci ne peut, en particulier, ni modifier ni annuler une décision d'un tribunal¹⁸⁶⁹. Les tribunaux et les juges restent ainsi protégés face aux ingérences provenant d'autres pouvoirs de l'Etat. Par ailleurs, l'indépendance des tribunaux doit également exister à l'égard des forces sociales, telles que les médias, les partis politiques et les groupes de pression¹⁸⁷⁰.

887 En outre, pour qu'un tribunal soit véritablement indépendant, ses membres doivent également l'être. L'indépendance personnelle des juges doit notamment être garantie par des règles relatives aux incompatibilités¹⁸⁷¹. De plus, l'indépendance commande que les juges ne soient pas subordonnés à l'autorité qui les désigne¹⁸⁷². Il

¹⁸⁶⁰ ATF 123 I 518.

¹⁸⁶¹ Pour les textes pertinents, cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1.

¹⁸⁶² MAHON, Petit commentaire, N 2 ad art. 30.

¹⁸⁶³ STEINMANN, St. Galler Kommentar BV, N 7 ad art. 30.

¹⁸⁶⁴ *Idem*, St. Galler Kommentar BV, N 4 ad art. 191c.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ MAHON, Petit commentaire, N 3 ad art. 191c Cst. ; FONJALLAZ, p. 50.

¹⁸⁶⁷ KIENER, Unabhängigkeit, pp. 13 ss et 52.

¹⁸⁶⁸ *Idem*, pp. 225 ss.

¹⁸⁶⁹ *Idem*, pp. 236 ss. ; MAHON, Petit commentaire, N 7 ad art. 30 ; FONJALLAZ, pp. 54 s.

¹⁸⁷⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1241 ; KOLLER, Basler Kommentar BGG, N 12 ad art. 2. Cf. ég. FISCHBACHER, pp. 216 ss.

¹⁸⁷¹ STEINMANN, St. Galler Kommentar BV, N 9 ad art. 191c.

¹⁸⁷² KIENER, Unabhängigkeit, p. 249.

faut, à ce titre, qu'ils bénéficient d'une protection de leur statut ; ils doivent pouvoir exercer leur fonction en toute quiétude sans craindre de perdre leur emploi en raison d'une décision qu'ils ont rendue¹⁸⁷³.

D'un point de vue organisationnel, la justice doit en outre disposer de ressources financières, matérielles et personnelles suffisantes à l'exercice de sa fonction¹⁸⁷⁴. Le principe d'indépendance des autorités judiciaires impose également une autonomie pour les activités administratives liées directement ou indirectement à l'exercice des fonctions juridictionnelles¹⁸⁷⁵.

Quant à l'approche personnelle de l'indépendance, elle se focalise sur le juge en tant que personne. Les parties dans une procédure faisant face non pas à une institution, mais à un être humain, celui-ci doit se montrer indépendant et impartial. Il ne faut notamment pas que des éléments extérieurs affectent sa liberté d'esprit¹⁸⁷⁶. En outre, le juge doit également être indépendant à l'intérieur même du pouvoir judiciaire. Cela présuppose qu'il ne reçoive pas de pressions ou d'injonctions de la part de ses pairs (indépendance interne)¹⁸⁷⁷, eux-mêmes susceptibles d'être auparavant influencés par les pouvoirs politiques¹⁸⁷⁸.

1.3.3. L'impartialité

La garantie d'impartialité exprime l'idée que le tribunal ou le juge qui le compose n'ait aucune préférence (*Unparteilichkeit*) ou prévention (*Unbefangenheit*) pour une des parties au procès¹⁸⁷⁹. D'une part, elle a une dimension subjective ayant trait au for intérieur du juge, et qui consiste à déterminer la conviction personnelle de celui-ci lors du procès¹⁸⁸⁰. L'impartialité subjective se confond alors avec l'indépendance personnelle du juge¹⁸⁸¹. D'autre part, elle a une dimension objective qui concerne l'organisation de l'autorité judiciaire. Il faut que celle-ci, indépendamment de la conduite personnelle des juges, offre les garanties suffisantes conduisant à exclure tout soupçon de partialité dans l'esprit du justiciable¹⁸⁸².

Comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, « [l]a frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique, car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus »¹⁸⁸³.

A cet égard, même les apparences que peuvent revêtir le tribunal sont importantes, ou comme le dit l'adage anglais, repris par la Cour de Strasbourg, « *justice must not only be done, but also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous)¹⁸⁸⁴. Il y va de la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure, dans une

¹⁸⁷³ *Idem*, pp. 279 ss ; FONJALLAZ, p. 56.

¹⁸⁷⁴ STEINMANN, St. Galler Kommentar BV, N 8 ad art. 191c.

¹⁸⁷⁵ Sur cet aspect, qui sort du cadre de la présente recherche, cf. MAHON Pascal/MADER Mélanie, Autonomie du pouvoir judiciaire neuchâtelois – avis de droit établi à la demande de la Commission administrative des autorités judiciaires de la République et du Canton de Neuchâtel, du 31.03.2013, N 38 ss, disponible : [https://www.ne.ch/autorites/PJNE/Documents/RapportsAnnuels/annexe_rapportCAAJ_101OJN.pdf] (dernière consultation: 03.05.2020). Cf. ég. LIENHARD Andreas/KETTIGER Daniel, Die Selbstverwaltung der Gerichte, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2013/3.

¹⁸⁷⁶ KIENER, Unabhängigkeit, pp. 55 ss.

¹⁸⁷⁷ BIAGGINI, BV Kommentar, N 3 ad art. 191c ; Comme nous l'avons observé dans notre analyse comparative, l'indépendance interne du juge est davantage susceptible d'être menacée dans les systèmes de magistrature prévoyant une véritable carrière judiciaire, en raison de la pression de l'avancement décidée par ses supérieurs hiérarchiques. Cf. *supra*, N 583 et 783.

¹⁸⁷⁸ MARTENET, Architecture, p. 125.

¹⁸⁷⁹ MAHON, Petit Commentaire, N 8 ad art. 30.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1249.

¹⁸⁸¹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 57.

¹⁸⁸² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1251.

¹⁸⁸³ Cf. CourEDH, *Denisov c. Ukraine*, du 25.09.2018, requête n° 76639/11, § 62 et références citées.

¹⁸⁸⁴ Cf. not. CourEDH, arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17.01.1970, série A, n° 11, § 31. Cet adage aurait été formulé pour la première fois en Angleterre par le *Chief Justice* Lord HEWART au début du siècle dernier dans l'affaire *R v. Sussex Justices, ex parte McCarty* [1924] 1 KB 256, 259. Cf. KAYSER, p. 43.

société démocratique¹⁸⁸⁵. Les notions d'indépendance et d'impartialité sont ainsi étroitement liées ; elles sont d'ailleurs souvent examinées conjointement par les tribunaux¹⁸⁸⁶.

1.3.4. La récusation comme remède

893 C'est par la procédure de récusation que les parties au procès ont la possibilité de faire valoir leur droit à être jugées par une autorité judiciaire indépendante et impartiale¹⁸⁸⁷. Pour ce faire, « il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives »¹⁸⁸⁸. Cependant, en raison de la garantie au juge naturel qui doit contribuer à une procédure judiciaire conforme à un Etat de droit¹⁸⁸⁹, la récusation doit demeurer l'exception¹⁸⁹⁰.

894 Les motifs et la procédure de révocation sont prévus par les lois – fédérales et cantonales – de procédure applicables¹⁸⁹¹. Si une des conditions de la récusation prévues par la loi est réalisée, le juge devrait se récuser d'office¹⁸⁹². A défaut, les parties ont la possibilité de demander sa récusation. Celle-ci doit intervenir aussitôt que possible, à savoir en principe dès le début des débats et au plus tard dès que le justiciable a eu connaissance de la composition du tribunal, faute de quoi il est réputé y avoir tacitement renoncé¹⁸⁹³. On notera encore que, depuis 2014, la Commission d'éthique de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire, composée de neuf juges, rend des recommandations – non contraignantes – sur des cas concrets¹⁸⁹⁴.

1.4. L'indépendance de la justice à l'aune de la jurisprudence relative à la désignation des juges

1.4.1. La Cour européenne des droits de l'homme

1.4.1.1. Le champ d'application *rationae materiae* de l'art. 6 CEDH (volet civil)

895 La jurisprudence a posé plusieurs conditions pour l'application de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁸⁹⁵. Tout d'abord, il faut l'existence d'un droit. « Matériellement, un droit existe lorsqu'il impose une conséquence juridique à des critères tangibles dont les autorités nationales peuvent constater l'existence sans difficultés particulières »¹⁸⁹⁶. Ensuite, la contestation doit avoir un caractère civil, soit être liée à une procédure dont l'issue est déterminante

¹⁸⁸⁵ CourEDH, arrêt *Pabla KY c. Finlande*, du 22.06.2004, requête n° 47221/9, § 27 ; CourEDH *Brudnicka et autres c. Pologne*, du 03.03.2005, requête n° 54723/00 ; ATF 137 I 227, consid. 2.1.

¹⁸⁸⁶ Cf. par ex. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 107.

¹⁸⁸⁷ BOHNET, N 146.

¹⁸⁸⁸ ATF 129 III 445, consid. 3.3. Cf. ég. ATF 134 I 238 = JdT 2009 IV 95.

¹⁸⁸⁹ ATF 137 I 227, consid. 2.6.1 = RDAF 2002 I 429.

¹⁸⁹⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1269.

¹⁸⁹¹ Cf. les art. 47 ss CPC, 56 ss CPP et 34 ss LTF. En matière administrative, cf. par ex. les art. 11 ss LPJA/NE.

¹⁸⁹² BOHNET, N 146.

¹⁸⁹³ ATF 139 III 120, consid. 3.2.1 ; ATF 129 III 465.

¹⁸⁹⁴ Revue *Plaidoyer*, 4/17, pp. 10-11 ; STADELMANN, Ethik, pp. 410 ss. Depuis fin 2016, les prises de position de la Commission d'éthique se trouvent sur le site de l'ASM [<http://www.svr-asm.ch/fr/stellungnahmen.htm>] (dernière consultation : 18.05.2020). Une d'entre elles (du 08.09.2017) concerne le devoir de récusation d'un juge membre du Rotary Club, chargé d'une affaire dans laquelle le défendeur était également affilié à ce club. La Commission d'éthique a estimé que compte tenu du fait que cette association a comme objectif explicite d'entretenir des amitiés, avec l'exigence d'un devoir de présence aux réunions du club, on peut craindre un risque de partialité. Partant, le juge devrait se récuser. Plus récemment, dans une prise de position du 8 décembre 2019, la Commission d'éthique a rappelé que l'auto-récusation par un juge par crainte d'être sanctionné par son parti doit rester exceptionnelle et est admise seulement si des raisons pertinentes l'exigent. Cette prise de position fait suite en particulier aux critiques adressées à un juge du Tribunal fédéral par son parti après un arrêt du 22 juillet 2019 (livraison des données de clients UBS). A ce sujet, cf. *infra*, N 1201.

¹⁸⁹⁵ La jurisprudence citée provient notamment de l'ouvrage suivant : BIGLER Olivier, Art. 6 CEDH (volet civil), in : Gonin/Bigler (éd.), Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18, Berne/Paris 2018, N 9-41.

¹⁸⁹⁶ CourEDH, arrêt *Regner c. République Tchèque*, du 26.11.2015, requête n° 32555/96, § 47.

pour des droits et obligations de caractère privé¹⁸⁹⁷. Les garanties de l'art. 6 § 1 s'appliquent en premier lieu aux litiges de droit privé au sens classique, c'est-à-dire ceux qui lient des particuliers. Mais elles peuvent aussi concerner les fonctionnaires, sous certaines conditions. Dans l'affaire *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*¹⁸⁹⁸, « la Cour a élargi sa jurisprudence pour poser la présomption que les agents de la fonction publique avaient le droit à un procès équitable comme les autres travailleurs »¹⁸⁹⁹. Dans l'arrêt *Baka c. Hongrie*, la Grande Chambre est allée encore plus loin en considérant que l'art. 6 § 1 CEDH s'appliquait également aux juges, qui font partie de la fonction publique au sens large. Ceci inclut notamment les litiges relatifs à leur recrutement, à leur nomination, à leur carrière, à leur promotion, à leur mutation ou encore à leur cessation de service¹⁹⁰⁰.

L'art. 6 § 1 CEDH ne s'applique cependant pas lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part, le droit national doit expressément exclure l'accès à un tribunal pour le poste ou la catégorie de fonctionnaires en question, et d'autre part cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'Etat¹⁹⁰¹. Enfin, la contestation doit être réelle et sérieuse¹⁹⁰². Le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH étant maintenant défini, il convient de mentionner les garanties concrètes découlant du droit à un procès équitable.

896

1.4.1.2. L'accès à un tribunal

L'art. 6 § 1 CEDH garantit au justiciable un droit d'accès effectif aux tribunaux, ce qui comporte la possibilité claire et concrète de contester un acte qui constitue une ingérence dans ses droits¹⁹⁰³. Le droit d'accès à un tribunal n'est toutefois pas absolu ; les Etats disposent d'une large marge d'appréciation à cet égard¹⁹⁰⁴. Toutefois, il peut être soumis à des limitations pour autant que celles-ci ne restreignent ni ne réduisent l'accès de l'individu au juge d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, ces limitations ne se concilient avec l'art. 6 § 1 CEDH que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé¹⁹⁰⁵.

897

1.4.1.3. L'autorité de désignation des juges

Selon une jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme, pour déterminer si un tribunal peut passer pour indépendant, il faut prendre en compte, notamment, « le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »¹⁹⁰⁶.

898

La Cour laisse une importante marge d'appréciation aux Etats pour ce qui est du choix du mode de désignation des juges¹⁹⁰⁷. Aussi, la nomination par l'exécutif¹⁹⁰⁸ ou le Parlement¹⁹⁰⁹ est admissible, pour autant que les juges ainsi nommés soient libres de toute pression ou de toute influence dans l'exercice de leurs fonctions. Dans

899

¹⁸⁹⁷ CourEDH, arrêt *Ringeisen c. Autriche*, du 16.07.1971, requête n° 2614/65, § 94.

¹⁸⁹⁸ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19.04.2007, requête n° 63235/00, § 50 ss.

¹⁸⁹⁹ BIGLER, N 26 ad art. 6 CEDH (volet civil).

¹⁹⁰⁰ CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 104 et les références citées ; CourEDH, *Denisov c. Ukraine*, du 25.09.2018, requête n° 76639/11, § 52 et les (autres) références citées.

¹⁹⁰¹ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19.04.2007, requête n° 63235/00, § 62. On reviendra après plus précisément sur ces conditions. Cf. *infra*, N 1236 ss.

¹⁹⁰² CourEDH, arrêt *Le Calvez c. France*, du 29.07.1998, requête n° 25554/94, du 29 juillet 1998, § 56.

¹⁹⁰³ CourEDH, arrêt *Bellet c. France*, du 04.12.1995, requête n° 23805/94, § 38.

¹⁹⁰⁴ *Idem*, § 36. Sur ces questions, cf. *infra*, N 1236 ss.

¹⁹⁰⁵ CourEDH, arrêt *Markovic et autres c. Italie*, du 14.12.2006, requête n° 1398/93, § 99 ; CourEDH, arrêt *Stanev c. Bulgarie*, du 17.01.2012, requête n° 36760/06, § 230.

¹⁹⁰⁶ CourEDH, arrêt *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, du 06.05.2003, requêtes n°s 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, § 190 ; CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, du 28.06.1984, série A n° 80, pp. 39-40, § 78 et références citées. Cf. ég. ATF 123 II 511, consid. 5c.

¹⁹⁰⁷ KAYSER, pp. 46 s.

¹⁹⁰⁸ Dans la décision *Clark c. Royaume-Uni*, du 25.08.2005, déclarant irrecevable la requête n° 23695/2, la Cour a estimé que le fait que des juges – en l'occurrence un *district judge* et un *circuit judge* – aient été nommés par le *Lord Chancellor*, membre de l'exécutif, ne constituait pas en soi une violation de l'art. 6 CEDH. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Zolotas c. Grèce*, du 30.11.2005, requête n° 38240/02, § 24.

¹⁹⁰⁹ CourEDH, arrêt *Sacilor-Lormines c. France*, du 09.11.2006, requête n° 65411/01, § 67 ; CourEDH, arrêt *aFlux (n° 2) c. Moldova*, du 03.10.2007, requête n° 31001/03, § 27.

l'arrêt *Thiam c. France*, s'agissant du pouvoir de nomination des magistrats du siège par le président de la République, la Cour a réitéré que la seule nomination de magistrats par un membre de l'exécutif ne crée pas pour autant une dépendance si, une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Dans tous les cas, l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature dans le processus constitue « une garantie essentielle contre le risque de pressions sur les juges de la part de l'exécutif »¹⁹¹⁰.

- 900 Plus récemment, la Cour a constaté une violation du droit à un tribunal indépendant établi par la loi en raison de l'ingérence des pouvoirs exécutif et législatif dans les conditions de nomination de juges de la Cour d'appel islandaise¹⁹¹¹. Dans ce cas, elle a insisté sur « l'important intérêt général qu'est la protection de l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir exécutif »¹⁹¹² et « l'importance, dans une société démocratique régie par l'État de droit, de garantir le respect du droit national à la lumière du principe de séparation des pouvoirs »¹⁹¹³.
- 901 En outre, la Cour prend en compte toujours plus fréquemment les instruments internationaux et ceux du Conseil de l'Europe relatifs à l'indépendance des juges¹⁹¹⁴, notamment s'agissant de l'intervention d'une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif pour toute décision touchant les conditions de nomination d'un juge¹⁹¹⁵.
- 902 L'élection par le peuple n'est pas non plus jugée, en soi, contraire à l'art. 6 CEDH¹⁹¹⁶. La réponse est toutefois plus nuancée s'agissant de sa compatibilité avec l'art. 14 § 1 du Pacte ONU II¹⁹¹⁷.
- 903 La Commission européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁸ a également eu l'occasion de se pencher sur l'intervention des partis politiques dans la composition d'un tribunal. Elle a ainsi précisé que leur contribution à la formation d'une liste servant au choix des juges n'est pas contraire à l'art. 6 § 1 CEDH pourvu que les affinités politiques de la juridiction soient suffisamment diversifiées¹⁹¹⁹.

1.4.1.4. La composition de la juridiction

- 904 L'indépendance ne requiert pas nécessairement que l'autorité juridictionnelle soit composée exclusivement de magistrats. Elle peut comprendre des fonctionnaires ou des représentants des diverses couches socio-professionnelles. Il n'est pas non plus indispensable que ces personnes aient des qualifications juridiques. Ce qui est déterminant, c'est que ceux-ci jouissent d'un statut propre à les prémunir contre des pressions extérieures¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁰ CourEDH, arrêt *Thiam c. France*, du 18.10.2018, requête n° 80018/12, §§ 81-82. Cf. ég. MILANO.

¹⁹¹¹ CourEDH, arrêt *Guðmundur Andr Ástráðsson c/ Islande*, du 12.03.2019, requête n° 26374/18.

¹⁹¹² *Ibid.*, § 121 (traduction de l'anglais par Laure MILANO).

¹⁹¹³ *Ibid.*, § 122 (traduction de l'anglais par Laure MILANO).

¹⁹¹⁴ Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1.

¹⁹¹⁵ CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 121.

¹⁹¹⁶ Cf. CourEDH, arrêt *Sramek c. Autriche*, du 22.10.1984, requête n° 8790/79, § 40 au sujet de la présence du maire d'une commune, élu au suffrage universel, au sein de l'Autorité régionale des transactions immobilières.

¹⁹¹⁷ Dans ses conclusions sur le premier rapport des Etats-Unis, le Comité des droits de l'homme recommande que les juges ne soient pas élus par des organes politiques (en particulier le peuple), mais par un organe indépendant. Les préoccupations du Comité des droits de l'homme sont suscitées par le fait que lors des élections populaires dans certains Etats fédérés, les chances d'être élus sont bien plus élevées pour les candidats d'un grand parti politique que pour les candidats non affiliés politiquement, ce qui pourrait donner trop d'influence à certains milieux politiques sur la justice. Cf. ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, p. 192 ; KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 256, n. 120.

¹⁹¹⁸ Jusqu'en 1999, cet organe partageait avec la Cour, qui fonctionnait alors à temps partiel, la compétence juridictionnelle de la CEDH. La Commission était chargée d'examiner la recevabilité des requêtes et, dans l'hypothèse où elles étaient effectivement recevables de proposer un règlement amiable du conflit. Si elle ne parvenait pas à un tel règlement, elle rédigeait un rapport dans lequel elle constatait les faits et formulait un avis, qu'elle transmettait au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La Cour pouvait alors être saisie dans les trois mois par la Commission ou par la Haute Partie contractante. Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1998 du Protocole n° 11, la Commission et l'ancienne Cour ont été remplacées par une institution unique et permanente, la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁹¹⁹ CommissionEDH, décision *Ocelot S.A. c. Suisse*, du 21.05.1997, requête n° 20873/92 s'agissant de la composition du Tribunal cantonal vaudois et du Tribunal fédéral ; CommissionEDH, décision *Crociani et cie c. Italie*, du 18.12.1980, requête n° 8603/79, p. 182 en ce qui concerne la nomination des juges adjoints de la Cour constitutionnelle italienne.

¹⁹²⁰ CourEDH, arrêt *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, précité, § 30 ; CourEDH, arrêt *Langborger c. Suède*, du 22.06.1989, série A, vol. 155, § 33. Cf. ég. AUER/MALINVERNI/HOTTELIÉ, *Droits fondamentaux*, N 1246.

Ces juges « laïcs » doivent, en outre, pouvoir se référer à un juriste, qui pourra les informer s'agissant du droit de fond et de la procédure ainsi que sur leur droit de prendre contact ou non avec les parties au litige¹⁹²¹.

1.4.1.5. La durée de fonction et l'inamovibilité du magistrat

a) Les principes dégagés par la Cour

La durée du mandat des membres du tribunal fait partie des critères pour établir l'indépendance de celui-ci. Plus la durée du mandat des juges est longue, plus le tribunal peut être considéré comme indépendant au sens de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁹²². Cependant, la Cour de Strasbourg n'exige pas pour autant une nomination à vie¹⁹²³. Un mandat à durée limitée de membres d'une juridiction est ainsi jugé admissible¹⁹²⁴, à condition précisément qu'ils ne subissent pas de pressions ou ne reçoivent pas d'injonctions pendant l'exercice de leur mandat.

La jurisprudence de Strasbourg se limite dès lors à exiger une inamovibilité pendant la durée du mandat du juge¹⁹²⁵. Ce principe est considéré comme un corollaire de l'indépendance d'un tribunal et, partant, comme l'une des exigences de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁹²⁶. Cependant, son absence de reconnaissance légale formelle n'implique pas en soi un défaut d'indépendance du tribunal du moment que l'inamovibilité est reconnue en pratique et que d'autres garanties essentielles sont réunies¹⁹²⁷. Parmi celles-ci, l'énumération des motifs pouvant donner lieu à une révocation des magistrats ainsi que des mesures réglementant ou protégeant l'exercice de leurs fonctions¹⁹²⁸.

C'est notamment lors d'une révocation discrétionnaire, *ad nutum*, d'un magistrat qu'une atteinte portée à l'art. 6 § 1 CEDH se manifeste¹⁹²⁹. Une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif doit pouvoir intervenir pour toute décision touchant la cessation de fonction d'un magistrat¹⁹³⁰. En particulier, une révocation prononcée par une autorité composée d'une part substantielle de magistrats professionnels constitue un gage d'indépendance de cette autorité¹⁹³¹.

Par ailleurs, dans un registre similaire, le Comité des droits de l'homme a considéré, à plusieurs reprises, que la fin d'un mandat d'un juge plusieurs années avant son échéance, notamment en cas de révocation sans respect des garanties de procédure, pouvait, suivant les circonstances, constituer une atteinte à l'indépendance de la justice garantie par l'art. 14 du Pacte ONU II, conjointement avec l'art. 25 let. c du même pacte¹⁹³². La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme va dans cette même direction¹⁹³³.

¹⁹²¹ Cf. CourEDH, arrêt *Cooper c. Royaume-Uni*, du 16.12.2003, requête n° 48843/99, § 123. Pour le surplus, cf. *infra*, N 1307 ss.

¹⁹²² Cf. CourEDH, arrêt *Incar c. Turquie*, du 09.06.1998, requête n° 22678/93, § 68.

¹⁹²³ ERGEC, N 539.

¹⁹²⁴ Cf. not. CourEDH, décision *Lambelet c. Suisse*, du 07.09.2000, requête n° 33275/96, § 1 : durée de quatre ans du mandat des membres de la Commission de recours pour les demandes d'indemnisation envers l'étranger jugée admissible ; arrêt *Le Compte, van Leuven et de Meyere c. Belgique*, du 23.06.1981, série A, n° 43, p. 24, § 57 : mandat de six ans pour les membres du Conseil d'appel jugé admissible ; arrêt *Campbell et Fell*, précité, p. 40, § 80 : nomination pour une durée trois ans des membres du « Comité des visiteurs » d'une prison jugée admissible.

¹⁹²⁵ ERGEC, N 539.

¹⁹²⁶ CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 172 ; arrêt *Fruni c. Slovaquie*, du 21.06.2011, requête n° 8014/07, § 145.

¹⁹²⁷ CourEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, précité, § 80 ; arrêt *Sacilor-Lormines c. France*, précité, § 67.

¹⁹²⁸ CourEDH, arrêt *Luka c. Roumanie*, du 21.07.2009, requête n° 34197/02, § 44.

¹⁹²⁹ ERGEC, N 539. Cf. arrêt *Baka c. Hongrie*, précité, § 172.

¹⁹³⁰ Cf. CourEDH, arrêt *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 109 ss.

¹⁹³¹ ERGEC, N 539.

¹⁹³² Comité des droits de l'homme, Communication n° 814/1998 du 17 septembre 2003, *Mikhail Ivanovich Pastukhov c. Belarus* ; Communication n° 933/2000 du 19 septembre 2003, *Mundy Busyo et autres c. la République démocratique du Congo* ; Communication n° 1376/2005 du 24 juillet 2008, *Bandaranayake c. Sri Lanka*.

¹⁹³³ Cf. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Cour suprême de Justice (Quintana Coello et autres) c. Equateur* du 23 août 2013, relatif à la destitution, par voie de résolution parlementaire, de 27 juges de la Cour suprême de justice d'Equateur, ce qui viole l'art. 8 § 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme (termes quasiment identiques à ceux de l'art. 6 § 1 CEDH).

b) *Quelques arrêts topiques*

- 909 Afin d'illustrer les principes qui précèdent, on citera quelques affaires pertinentes jugées par la Cour. Dans l'affaire *Wille c. Liechtenstein*, le prince, qui est l'autorité de nomination des magistrats liechtensteinois, avait adressé une lettre de réprimande à M. Herbert WILLE, juge administratif de la Principauté. Les réprimandes du chef de l'Etat étaient liées au fait que ce magistrat avait exprimé son avis, dans une conférence publique, au sujet d'une controverse doctrinale en rapport avec les compétences de la Cour constitutionnelle liechtensteinoise. M. WILLE avait alors porté l'affaire devant la CourEDH, qui constate une atteinte à son droit d'exercer sa liberté d'expression (art. 10 CEDH). En particulier, l'annonce par le prince de son intention de ne plus nommer le magistrat à aucune fonction publique – ce qu'il avait fait effectivement en refusant de le réélire malgré la recommandation du Parlement – « traduisait une réprimande pour la façon dont le requérant avait précédemment usé de son droit à la liberté d'expression »¹⁹³⁴. Cette affaire n'a ainsi pas été examinée sous l'angle de l'art. 6 CEDH, mais elle montre clairement les limites posées par la Cour lorsqu'une autorité politique de désignation exerce des pressions indues et effectives sur le juge, notamment en refusant de l'élire ou de le réélire. En outre, la Cour a constaté une violation de l'art. 13 CEDH (droit à un recours effectif) étant donné que le recourant ne disposait d'aucune voie de droit afin de contester la réaction du prince à l'opinion qu'il avait exprimée lors de sa conférence¹⁹³⁵.
- 910 Plus récemment, l'affaire *Baka c. Hongrie* concerne l'abaissement, par une réforme constitutionnelle, de la limite d'âge – en l'occurrence de 70 à 62 ans – des juges de la Cour suprême hongroise, en cours de mandat. Les fonctions de M. BAKA, président de cette juridiction, ont ainsi fin pris trois ans et demi avant leur terme normal. Appelée à statuer sur une requête de ce magistrat, la Grande Chambre de la CourEDH conclut à la violation des art. 6 § 1 et 10 CEDH. S'agissant du premier grief, la CourEDH estime, tout d'abord, qu'il existe un droit pour le titulaire du mandat d'accomplir l'intégralité de son mandat. Elle relève que « les principes constitutionnels relatifs à l'indépendance de la magistrature et à l'inamovibilité des juges confirmaient que le droit pour le requérant d'accomplir l'intégralité de son mandat à la présidence de la Cour suprême était protégé »¹⁹³⁶.
- 911 Ensuite, la Cour examine si le litige qui oppose les parties présente un caractère civil. Elle conclut que tel est bien le cas. En reprenant les conditions cumulatives formulées dans l'affaire *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, précitée, la Cour observe qu'avant le litige, M. BAKA n'était pas expressément exclu du droit d'accès à un tribunal. « Au contraire, le droit interne prévoyait expressément le droit à un tribunal dans les circonstances limitées où la destitution d'un chef de juridiction était possible : le chef de juridiction démis avait en effet le droit de contester sa destitution devant le tribunal de la fonction publique [...]. Dans ce cadre, le droit interne permettait à l'intéressé de bénéficier d'une protection judiciaire, conformément aux normes internationales et aux normes du Conseil de l'Europe relatives à l'indépendance de la magistrature et aux garanties procédurales applicables en cas de révocation de juges »¹⁹³⁷. « Néanmoins, le requérant a été empêché d'accéder à un tribunal par le fait que la mesure litigieuse, à savoir la cessation prématurée de son mandat de président de la Cour suprême, a été incluse dans les dispositions transitoires de la loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Il s'est ainsi vu priver de la possibilité de contester cette mesure devant le tribunal de la fonction publique, alors qu'il aurait pu le faire s'il avait été démis de son mandat en vertu du cadre légal existant »¹⁹³⁸. La première condition d'exclusion n'étant pas remplie, la Cour n'examine ainsi pas la seconde, et conclut à l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH.
- 912 Cela fait, la Cour observe que la cessation prématurée du mandat de président de la Cour suprême conféré au requérant n'a pas été examinée par un tribunal ordinaire ou par un autre organe exerçant des fonctions judiciaires, et elle ne pouvait pas l'être. « Cette absence de contrôle juridictionnel résulte d'un texte de loi dont la

¹⁹³⁴ CourEDH, arrêt *Wille c. Liechtenstein*, du 28.10.1999, requête n° 28396/95, § 50. Cf. ég. CourEDH, arrêt *Koudechkina c. Russie*, du 26.02.2009, requête n° 29492/05, § 79-80 dans lequel la Cour a observé que la décision d'exclure un juge du corps judiciaire motivée par des déclarations qu'elle avait faites dans la presse (elle avait accusé publiquement des hauts magistrats d'exercer des pressions sur elle au sujet d'une importante affaire pénale) constituait une ingérence dans sa liberté d'expression.

¹⁹³⁵ CourEDH, arrêt *Wille c. Liechtenstein*, précité, § 71-78.

¹⁹³⁶ CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 108.

¹⁹³⁷ *Idem*, § 114.

¹⁹³⁸ *Idem*, § 115.

compatibilité avec les exigences de l'état de droit est douteuse. La Cour ne peut manquer de constater l'importance croissante que les instruments internationaux et ceux du Conseil de l'Europe ainsi que la jurisprudence des juridictions internationales et la pratique d'autres organes internationaux accordent au respect de l'équité procédurale dans les affaires concernant la révocation ou la destitution de juges, et notamment à l'intervention d'une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif pour toute décision touchant à la cessation du mandat d'un juge ou les conditions de nomination d'un juge [...]. Dans ces conditions, la Cour considère que l'État défendeur a porté atteinte à la substance même du droit pour le requérant d'accéder à un tribunal »¹⁹³⁹. La Cour estime, en outre, qu'il y a eu violation de l'art. 10 CEDH (liberté d'expression), en ce sens que la cessation prématurée du mandat de M. BAKA était due aux opinions et critiques qu'il avait exprimées publiquement, à titre professionnel, quant aux réformes constitutionnelles entreprises par le Gouvernement¹⁹⁴⁰.

Dans un registre similaire, on peut citer l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne relatif à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême de Pologne. Ces dispositions législatives ont entraîné la mise à la retraite de plusieurs juges en exercice de la Cour polonaise, qui n'ont pas pu faire valoir leurs droits devant un tribunal. La juridiction européenne a ainsi considéré ces lois contraires aux art. 19 § 1, 2^e alinéa TUE¹⁹⁴¹ et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial)¹⁹⁴². 913

1.4.2. Le Tribunal fédéral

1.4.2.1. L'autorité de désignation

Le Tribunal fédéral se fonde sur la jurisprudence constante de Strasbourg pour déterminer si un tribunal est indépendant et impartial, selon les art. 30 Cst., 6 § 1 CEDH et 14 § 1 Pacte ONU II. L'élection par le Parlement, telle que pratiquée au niveau fédéral et dans de nombreux cantons, n'est ainsi pas contraire aux garanties d'un tribunal indépendant et impartial, pour autant que les juges ne reçoivent pas d'injonctions pendant l'exercice de leur mandat¹⁹⁴³. En outre, les cantons restent libres de déterminer, sous certaines conditions, le mode de désignation de leurs juges¹⁹⁴⁴. 914

L'élection populaire, pratiquée dans plusieurs cantons¹⁹⁴⁵, respecte globalement la garantie d'indépendance des tribunaux. Toutefois, le Tribunal fédéral admet que les électeurs appelés à voter sur des candidats ne peuvent pas apprécier objectivement la qualité des juges. Ils en sont donc réduits à partir du postulat que les partis politiques ont choisi leurs candidats avec soin, en évaluant objectivement et correctement les qualités juridiques et personnelles de ces derniers¹⁹⁴⁶. Il faut donc reconnaître qu'il ne s'agit pas du système idéal du point de vue de la garantie d'un tribunal indépendant et impartial¹⁹⁴⁷. 915

Selon le Tribunal fédéral, la nomination d'un juge par une (autre) juridiction cantonale ne porte pas non plus atteinte à la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant¹⁹⁴⁸. Par exemple, dans une affaire vaudoise, le Tribunal fédéral a été appelé à statuer sur la conformité aux art. 6 CEDH et 30 Cst. de la composition de la Cour civile du Tribunal cantonal, constituée en l'espèce de deux juges cantonaux et de la présidente du Tribunal des baux du canton de Vaud. Or, cette dernière avait été nommée par la Cour plénière du Tribunal cantonal, 916

¹⁹³⁹ *Idem*, § 121.

¹⁹⁴⁰ *Idem*, § 168-171.

¹⁹⁴¹ Qui dispose que « [l]es Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

¹⁹⁴² CJUE, arrêt dans l'affaire C-619/18, *Commission/Pologne*.

¹⁹⁴³ Cf. ATF 123 II 511, consid. 5c. Cf. ég. ATF 119 Ia 81, consid. 3.

¹⁹⁴⁴ ATF 143 I 211, consid. 3.

¹⁹⁴⁵ Cf. *supra*, N 238 et 240.

¹⁹⁴⁶ ATF 117 Ia 452, consid. 4. Cf. GRODECKY/JORDAN, Code annoté, N 1149.

¹⁹⁴⁷ Cf. KIENER, *Unabhängigkeit*, pp. 256 s.

¹⁹⁴⁸ Cf. ATF 123 I 49, consid. 3c, JdT 1999 IV 15.

conformément à la législation applicable (art. 69 let. d OJV/VD)¹⁹⁴⁹, ce que la recourante contestait. Le Tribunal fédéral a précisé que le fait que cette magistrate avait été nommée par le Tribunal cantonal *in corpore*, et non pas par les seuls juges cantonaux appelés à siéger à côté d'elle dans l'affaire, excluait à priori qu'elle se soit « laissée guider par le souci de ne pas les offusquer en adhérant sans discuter à leurs thèses »¹⁹⁵⁰.

1.4.2.2. L'appartenance du magistrat à un parti politique

917 Le Tribunal fédéral a été amené à analyser le système de désignation des juges sous l'angle de demandes de récusation en lien avec l'appartenance d'un juge à un parti politique. Dans sa jurisprudence bien établie, il considère que son appartenance politique n'entraîne pas la récusation du magistrat, à moins que des faits particuliers laissent à penser qu'il ne pourra exercer sa fonction sans être influencé par son opinion politique¹⁹⁵¹. En effet, le système d'élection judiciaire repose sur la présomption qu'une fois élus, les juges sont capables de prendre le recul nécessaire par rapport à leur parti politique et de se prononcer objectivement sur le litige opposant les parties¹⁹⁵². De surcroît, on ne saurait exiger d'un juge qu'il n'ait pas d'opinions politiques ; ceci n'est même pas souhaitable étant donné qu'on attend de lui qu'il soit proche de la réalité sociale¹⁹⁵³. En conséquence, « seules des circonstances exceptionnelles peuvent donner à penser que le juge pourrait subir une influence de la formation politique à laquelle il appartient, au point de ne plus apparaître comme impartial dans le traitement de la cause »¹⁹⁵⁴.

918 L'arrêt du 25 septembre 2012¹⁹⁵⁵ est symptomatique à cet égard. En l'espèce, A., ressortissant d'origine balkanique, avait été reconnu coupable de divers délits, et acquitté pour d'autres, par un tribunal de première instance vaudois. Il fait appel devant la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois contre cette condamnation et demande une indemnisation pour détention injustifiée. Après avoir pris connaissance de la composition du tribunal, il requiert la récusation de sa présidente, au motif que celle-ci est juge sur la liste de l'Union démocratique du centre (UDC). Le Tribunal cantonal ayant rejeté la requête de récusation, A. fait recours devant le Tribunal fédéral, en requérant que sa demande de récusation soit admise et qu'un nouveau président de la Cour d'appel pénale soit désigné. Sur le fond, le recourant invoque le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Il relève que la juge a été élue uniquement par le Grand Conseil vaudois sur proposition de son parti, en dehors du processus – en principe apolitique – de la Commission d'experts. Par ailleurs, sa réélection dépendrait du respect de la ligne de son parti, celui-ci préconisant un durcissement massif du droit pénal à l'égard des étrangers. Le Tribunal fédéral rejette le recours. Après avoir rappelé la jurisprudence topique en matière de droit à un tribunal indépendant et impartial en lien notamment avec l'appartenance d'un juge à un parti politique, il relève qu'« aucun des documents produits par le recourant ne permet de penser que les magistrats du pouvoir judiciaire appartenant à l'UDC se seraient engagés à "respecter les promesses électorales du parti" au point de faire prévaloir ces principes sur l'application du droit. Il n'est pas non plus prétendu que le parti cantonal aurait laissé entendre qu'il menaçait de ne pas réélire les juges qui, par hypothèse, ne soutiendraient pas ses thèses ». En outre, le fait que la magistrate en cause n'aurait pas été retenue par le collège d'experts ayant assisté la Commission parlementaire de présentation ne change rien à l'issue de la cause, étant donné que « cette dernière, seule compétente et composée de députés de tous partis politiques,

¹⁹⁴⁹ Cf. *supra*, N 369.

¹⁹⁵⁰ ATF 131 I 31, consid. 2.1.2.

¹⁹⁵¹ ATF 108 Ia 48, consid. 3 = JdT 1983 IV 420 ; arrêt 1P.667/2006 du 29 novembre 2006 ; arrêt 6B_582/2011 du 15 mars 2012, consid. 2.2. Cf. ég. 138 I 1 concernant une demande récusation d'une magistrate ayant auparavant exercé la profession d'avocate, en particulier auprès de l'Asloca. Cet état de fait ne peut à lui seul mettre en doute l'impartialité du juge en charge de dossiers dans lesquels ses anciens collègues représentent des locataires. Pour un commentaire, cf. BOHNET François, Le juge, l'avocat et l'Asloca, in : Newsletter Bail.ch, avril 2012.

¹⁹⁵² ATF 105 Ia 157, consid. 6a.

¹⁹⁵³ *Ibid.* Cf. ég. ZAPPELLI, Le juge, p. 106.

¹⁹⁵⁴ TF 1B_460/2012 du 25.09.2012, consid. 3.2 = SJ 2013 I 438. Cf. ég. l'arrêt 1C_634/2017 du 10.04.2018, consid. 2 concernant une demande de récusation, sans succès, du juge fédéral Peter KARLEN, au motif qu'il était membre de l'UDC, le parti ayant lancé l'initiative sur l'autodétermination.

¹⁹⁵⁵ TF 1B_460/2012 du 25.09.2012 = SJ 2013 I 438.

a préavisé positivement sa candidature après avoir entendu les candidats sur des thèmes portant, notamment, sur leur vision de l'indépendance »¹⁹⁵⁶.

1.4.2.3. Les liens entre un juge et un avocat député ou membre d'une commission judiciaire

Mon-Repos a également eu l'occasion de se prononcer sur l'impartialité d'un magistrat traitant une affaire dans laquelle un député du même canton est impliqué, que ce soit comme avocat ou comme partie. Selon ses juges, « la possibilité pour un avocat député de participer à l'élection des juges est inhérente au système ; cette situation ne saurait constituer, de manière générale, un motif de récusation. On ne peut pas soutenir que d'ordinaire, la voix d'un seul député avocat aurait un poids tel au sein d'un parlement qu'elle serait propre à porter atteinte à l'indépendance des juges »¹⁹⁵⁷. Par ailleurs, le fait qu'un avocat représentant une partie à un litige siège également comme expert dans une commission chargée de préavisé la réélection du magistrat n'entraîne pas en soi la récusation de celui-ci. Tout d'abord, il est hautement invraisemblable qu'un expert-avocat puisse à lui tout seul entraîner l'évincement du magistrat à la prochaine élection générale. Ensuite, « [d]ans le monde judiciaire restreint des cantons, il est inévitable que juges et avocats se connaissent et se fréquentent ; les exigences en matière d'apparence objective d'impartialité entre juges et mandataires des parties ne sauraient être poussées à un point tel que le fonctionnement normal de la justice en soit entravé »¹⁹⁵⁸.

Enfin, dans une autre affaire, un prévenu, inculpé de malversations financières, a demandé la récusation d'un juge d'instruction genevois, en charge de la procédure pénale. Le motif de récusation était quelque peu curieux puisqu'il se basait sur le fait que le prévenu était rapporteur de la commission judiciaire d'un parti politique, laquelle avait, selon le prévenu, pour objectif d'empêcher la réélection du juge d'instruction en cause aux prochaines élections judiciaires. Partant, le prévenu estimait que le magistrat pourrait avoir tendance à se montrer plus sévère ou au contraire moins exigeant à son égard. Le Tribunal fédéral a balayé cette argumentation au motif que « le risque d'un échec à la prochaine élection générale n'est pas une circonstance justifiant la récusation du juge dans toutes les causes auxquelles seraient parties des citoyens prenant part, à un titre ou à un autre (comme membres de l'assemblée générale ou d'une commission thématique d'un parti, par exemple), au processus aboutissant à la désignation des candidats »¹⁹⁵⁹.

1.5. L'indépendance de droit versus l'indépendance de fait des tribunaux suisses

Un argument qui est parfois évoqué afin de justifier le système suisse d'élection est qu'en pratique les risques que celui-ci engendre pour l'indépendance de la justice restent faibles, voire insignifiants¹⁹⁶⁰. Cette affirmation semble être corroborée par une étude publiée en 2002 par la Banque mondiale visant à analyser, de manière comparative, les influences possibles de l'indépendance de la justice sur le développement économique d'une soixantaine de pays¹⁹⁶¹. Cette étude a pris en compte l'indépendance *de iure* et de *facto* des plus hautes juridictions nationales (donc du Tribunal fédéral pour la Suisse). L'analyse de l'indépendance *de iure* se base uniquement sur les règles légales, à savoir notamment celles relatives aux modes de désignation des juges (organe de la désignation), la durée de leur mandat et les protections dont ils bénéficient à l'encontre des ingérences des autres pouvoirs étatiques pendant l'exercice de leur fonction. Quant à l'indépendance *de facto*, elle a été mesurée en lien avec la réalité empirique. L'étude a pris en compte, de manière effective, la durée moyenne du mandat des juges, les cas de révocation, ou encore les ingérences exercées sur eux par les deux autres branches du pouvoir¹⁹⁶².

¹⁹⁵⁶ *Idem*, consid. 3.3. Pour la préparation de l'élection des juges cantonaux vaudois, cf. *infra*, N 367 s.

¹⁹⁵⁷ TF 4A_519/2014 du 08.01.2015, consid. 5. Cf. ég. arrêt 1C_103/2011 du 24 juin 2011, consid. 3 = SJ 2011 I 492.

¹⁹⁵⁸ TF 4A_519/2014 du 08.01.2015, consid. 5.2.

¹⁹⁵⁹ Arrêt 1P.251/2006 du 12.05.2006, consid. 2.

¹⁹⁶⁰ Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 34.

¹⁹⁶¹ FELD/VOIGT.

¹⁹⁶² *Idem*, pp. 6 ss. Cf. ég. RACIOPPI, N 3.

- 922 Les auteurs de l'étude ont conclu que l'indépendance *de iure* n'a que peu ou pas du tout d'impact sur le développement économique d'un pays. En revanche, l'indépendance *de facto* influence la croissance du produit intérieur brut (PIB) de la grande majorité des pays¹⁹⁶³. De plus – et c'est ce qui nous intéresse davantage – les chercheurs ont établi un classement des pays eu égard à leur indépendance judiciaire *de iure* et *de facto*. S'agissant de l'indépendance *de iure*, la Suisse se classe au 62^e rang¹⁹⁶⁴ (sur 71 pays), derrière le Ghana et le Monténégro. En revanche, pour ce qui est de l'indépendance *de facto*, notre pays obtient la troisième place¹⁹⁶⁵ (sur 62 pays) derrière l'Arménie et le Kuwait¹⁹⁶⁶.
- 923 L'étude a été réitérée en 2014¹⁹⁶⁷ avec l'introduction de nouveaux facteurs. Elle a confirmé les conclusions de la première étude s'agissant de la corrélation entre l'indépendance *de facto* et la croissance économique, alors que l'indépendance *de iure* ne joue pratiquement aucun rôle dans ce domaine. En outre, elle a démontré que l'indépendance *de facto* dépend également du régime politique des Etats, le semi-présidentiel étant le plus propice à cet égard¹⁹⁶⁸. S'agissant de l'évaluation de chaque pays, la Suisse obtient, pour l'indépendance *de iure*, un indice de valeur de 0.490, ce qui constitue une augmentation de 0.31 point par rapport à l'ancienne étude, mais ce qui la place toujours dans la seconde partie du tableau. En revanche, notre pays perd 0.100 point (passant de 0.943 à 0.933 point) s'agissant de l'indépendance *de facto*¹⁹⁶⁹, de sorte qu'elle se situe désormais à la quinzième place *ex aequo* (avec le Costa Rica et l'Iran)¹⁹⁷⁰.
- 924 Les conclusions de ces études indiquent donc qu'il ne suffit pas d'inscrire le terme « indépendance de la justice » dans une norme légale ou constitutionnelle, mais qu'il faut accompagner ce droit fondamental de garanties concrètes¹⁹⁷¹. A cet égard, les conclusions de ces recherches semblent aller dans le sens de la jurisprudence de Strasbourg pour ce qui est des conditions pour l'indépendance d'une juridiction¹⁹⁷². Les facteurs déterminants ne sont donc pas tant le mode de désignation ni de la durée du mandat des juges – même si l'élection à vie reste la meilleure garantie –. Il s'agit bien plus de la protection effective dont les magistrats bénéficient à l'égard des ingérences des pouvoirs politiques pendant l'exercice de leur mandat.
- 925 Ensuite, pour ce qui est de la justice en Suisse, on peut constater un écart significatif entre son indépendance juridique et son indépendance factuelle. Pour établir l'indépendance *de iure*, on peut discerner que les auteurs de ces études ont dû tenir compte comme critères notamment de l'élection (politique) des juges fédéraux par le Parlement fédéral, de leur durée de fonction relativement courte (six ans) ainsi que de la nécessité, pour eux, de se soumettre à une réélection périodique¹⁹⁷³. Or, ces règles ne constituent pas les meilleures garanties du point de vue de l'indépendance de la justice.
- 926 En revanche, la troisième place de notre pays en 2002 en ce qui concerne l'indépendance *de facto* tend à démontrer que malgré les doutes suscités par le modèle helvétique eu égard à l'indépendance des tribunaux, il produit dans les faits « des résultats satisfaisants »¹⁹⁷⁴. Il faut donc admettre que les conclusions de ces études apportent manifestement « de l'eau au moulin » aux défenseurs du statu quo.
- 927 On notera toutefois que l'étude publiée en 2014 révèle une baisse de l'indépendance *de facto* des tribunaux suisses, du moins du Tribunal fédéral, par rapport à 2002, la Suisse passant de la troisième à la quinzième place *ex aequo*. Pour expliquer ce résultat, on peut avancer comme hypothèses, certes non vérifiables, les diverses critiques formulées, pendant cet intervalle de temps, de la part de parlementaires contre des juges

¹⁹⁶³ FELD/VOIGT, p. 25.

¹⁹⁶⁴ Avec un indice de valeur de 0,459 (1 étant le maximum). En comparaison, la France se situe au 41^e rang, l'Allemagne au 25^e, l'Italie au 17^e et les Etats-Unis au 30^e.

¹⁹⁶⁵ Avec un indice de valeur de 0,943. En comparaison, la France se situe au 19^e rang, l'Allemagne au 16^e, l'Italie au 12^e et les Etats-Unis au 35^e.

¹⁹⁶⁶ FELD/VOIGT, pp. 34 s.

¹⁹⁶⁷ FELD/GUTMANN/VOIGT.

¹⁹⁶⁸ *Idem*, pp. 4 ss.

¹⁹⁶⁹ *Idem*, pp. 25 ss.

¹⁹⁷⁰ Le début du classement est le suivant (le Kuwait n'est pas pris en compte) : 1) Arménie, Libéria, Pays-Bas 4) Birmanie 5) Egypte 6) Botswana 7) Irlande, Namibie, Royaume-Uni, Tanzanie 11) Italie 12) Allemagne 13) Sri Lanka 14) Singapour 15) Costa Rica, Iran, Suisse.

¹⁹⁷¹ FELD/VOIGT, p. 25.

¹⁹⁷² Cf. *supra*, N 898 ss.

¹⁹⁷³ RACIOPPI, N 4. Cf. ég. P. WEBER, p. 36.

¹⁹⁷⁴ Selon l'expression de MARTY, Tentatives, N 7. Cf. ég. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 34.

fédéraux tenus pour responsables d'avoir rendu certaines décisions qui leur ont déplu. Il en va de même des sanctions consécutives exercées par les politiques sur ces magistrats, au moment de leur réélection, en biffant leurs noms¹⁹⁷⁵.

Enfin, on relèvera une autre étude sociologique publiée en 2011 par BÜHLMANN et KUNZ, visant à mesurer le degré de confiance des citoyens dans les institutions judiciaires. 1000 personnes de 42 pays ont ainsi été interrogées. Cette recherche a mis en évidence, sans réelle surprise, que la confiance des citoyens dans les tribunaux est proportionnelle au degré d'indépendance institutionnelle, tant de droit que de fait, de ceux-ci, ce qui accroît en conséquence leur légitimité¹⁹⁷⁶.

928

1.6. Synthèse : le système suisse (encore ?) jamais condamné

Le système d'élection politique des juges n'a donc jusqu'ici jamais fait l'objet d'une condamnation par une instance judiciaire, aussi bien nationale qu'internationale, qui l'aurait jugé contraire aux principes d'indépendance et d'impartialité de la justice¹⁹⁷⁷. Dans une affaire où une partie se plaignait du mode de désignation politique des juges du Tribunal cantonal vaudois et du Tribunal fédéral, la Commission européenne des droits de l'homme a rappelé que « de la seule circonstance que les juges seraient désignés par décision ou sur recommandation du pouvoir exécutif ou du Parlement ou qu'une juridiction serait composée de magistrats désignés selon des affinités politiques, on ne saurait inférer un manquement d'indépendance et d'impartialité dans leur chef, pourvu que les affinités politiques soient diversifiées »¹⁹⁷⁸.

929

On relève deux aspects dans cet arrêt. D'une part, la confirmation de la jurisprudence de Strasbourg en matière de désignation judiciaire par un organe politique, mode qui ne contrevient pas en soi aux garanties de l'art. 6 § 1 CEDH, comme on l'a dit. Et d'autre part, l'exigence d'un pluralisme, en l'occurrence politique, dans la composition de la juridiction. En ce sens, on peut y voir une reconnaissance du principe ou de l'esprit de concordance, caractérisant la démocratie helvétique, qui veut que les sièges des organes de l'Etat, y compris des tribunaux, soient répartis en fonction des forces politiques en présence¹⁹⁷⁹. Or, comme le relève à juste titre l'ancien juge fédéral Pierre ZAPPELLI, « notre système faisant la part belle aux partis politiques n'est supportable que dans un pays ne connaissant pas d'alternance politique, où aucun parti ne domine à lui seul la scène politique, sans quoi la tentation serait trop forte de monopoliser les sièges des instances judiciaires »¹⁹⁸⁰. A *contrario*, la monopolisation systématique du pouvoir judiciaire de la part d'un parti politique majoritaire violerait le droit à un tribunal indépendant et impartial¹⁹⁸¹.

930

La réélection, pratiquée dans quasiment toute la Suisse, n'est pas non plus contraire, en soi, à l'indépendance de la justice, même si sa suppression constituerait le meilleur moyen pour la garantir¹⁹⁸². Cela dit, dans l'hypothèse où un magistrat serait révoqué ou non réélu pour des motifs d'ordre politique, une violation de l'indépendance de la justice serait constatée. Nous reviendrons largement sur cette question dans le chapitre 4 de cette partie de notre étude.

931

¹⁹⁷⁵ Cf. *infra*, N 1197 ss.

¹⁹⁷⁶ KUNZ/BÜHLMANN, N 11 et 19 ss.

¹⁹⁷⁷ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 36 ; ZAPPELLI, Le juge, p. 107 ; KAYSER, pp. 46 s.

¹⁹⁷⁸ CommissionEDH, décision *l'Ocelot S.A. c. Suisse*, du 21.05.1997, requête n° 20873/92 déclarée irrecevable (JAAC 62.99). Cf. ég. ATF 123 II 511, consid. 5c.

¹⁹⁷⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 269. Voir aussi GRECO, quatrième cycle, Rapport d'évaluation sur la Suisse, § 101.

¹⁹⁸⁰ ZAPPELLI, Le juge, p. 119.

¹⁹⁸¹ Cf. KIENER, Unabhängigkeit, pp. 272 s. et les références citées.

¹⁹⁸² Cf. à ce propos ATF 143 I 211. Cf. *infra*, N 1206 ss.

Chapitre 2 : L'élection et le monopole des partis politiques dans le choix des juges

2.1. Présentation et démarche

On l'a vu dans notre partie comparative, il existe, dans les pays qui composent la communauté internationale, plusieurs modes de désignation, avec quelques variantes. Certains garantissent mieux l'indépendance du juge, d'autres ses qualités techniques et professionnelles, d'autres encore sa légitimité démocratique. La mise en place d'un système qui permet de réunir tous ces aspects n'est donc pas chose aisée et dépend d'ailleurs de la culture juridique dans laquelle il s'insère.

En Suisse, les juges sont, pour la grande majorité d'entre eux, désignés par un organe politique, soit le peuple, soit le Parlement. En conséquence, il est largement reconnu qu'un aspirant juge doit être membre ou sympathisant d'un parti politique pour avoir de réelles chances d'être élu. Ce modèle n'a, pendant de longues années, pas subi de critiques substantielles étant admis que les partis politiques s'évertuaient à présenter des candidats avec de bonnes capacités professionnelles¹⁹⁸³. Puis, il y a une quinzaine d'années, certains auteurs ont ouvertement critiqué ce mode de désignation attendu qu'il excluait de la magistrature des aspirants juges ne se reconnaissant dans aucun parti politique, et ce même s'ils bénéficiaient par hypothèse de qualité supérieure aux candidats engagés politiquement.

Dans ce chapitre, il convient tout d'abord d'invoquer les arguments démocratiques mis en exergue afin de justifier ce système – soit la tradition et la légitimité des juges (ch. 2.2.). Cela fait, nous nous intéresserons aux diverses autorités qui existent en matière de désignation et parfois de sélection des juges en pesant les avantages et les inconvénients de chacune d'elle (ch. 2.3.). Cela fait, nous aborderons une autre problématique, liée intrinsèquement à la première, soit la prérogative exclusive des partis politiques dans le recrutement judiciaire (ch. 2.4.). Nous terminerons ce chapitre par une synthèse et une analyse détaillée (ch. 2.5.).

2.2. Les principaux arguments justifiant l'élection démocratique

2.2.1. La tradition démocratique de la Suisse

Le système d'élection des juges repose sur plusieurs siècles de pratique¹⁹⁸⁴. Il est conforme à l'idéal démocratique de la Suisse, qui veut que les représentants de tous les pouvoirs étatiques soient désignés par le peuple ou par ses représentants¹⁹⁸⁵. En raison de son fort enracinement dans les mentalités helvétiques, il n'y a, selon ses partisans, pas de raison de le remettre en question¹⁹⁸⁶. A ce titre, ce mode de désignation ne saurait être évalué sans tenir compte de l'histoire et de la culture politiques du pays¹⁹⁸⁷. Or, l'histoire politique suisse est marquée par « une forte dose de démocratie directe »¹⁹⁸⁸. D'abord élus par le peuple, les magistrats ont progressivement été désignés par le Parlement et, *a fortiori*, par les partis politiques qui le composent¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸³ SECRÉTAN, p. 14.

¹⁹⁸⁴ Cf. *supra*, 1^{ère} partie, chapitre 1.

¹⁹⁸⁵ ZAPPELLI, Le juge, p. 115 ; FONJALLAZ, p. 49 ; AMOOS PIGUET, N 10 ; MARTY, Tentatives, N 4.

¹⁹⁸⁶ Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 35.

¹⁹⁸⁷ Cf. MARTY, Tentatives, N 4.

¹⁹⁸⁸ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 69.

¹⁹⁸⁹ MARTY, Tentatives, N 4. Certains cantons ont toutefois maintenu l'élection populaire, même si ce mode de désignation commence à perdre du terrain au profit de la désignation par le Parlement, précisément. cf. *supra*, N 247.

936 L'histoire et la tradition démocratique de notre pays sont par ailleurs expressément reconnues par les organismes internationaux, notamment ceux du Conseil de l'Europe, qui n'ont jamais condamné le système suisse, du moins pour ce qui est de la première désignation des juges¹⁹⁹⁰. C'est ainsi que dans le cadre du quatrième cycle d'évaluation sur la Suisse, le GRECO note que :

« [L]es instruments de démocratie directe, le consensus dans la prise de décision, le système de concordance, la culture de la confiance et de la discrétion font partie des ingrédients majeurs de la recherche d'équilibre qui caractérise la démocratie suisse. Il convient d'y ajouter une grande autonomie des cantons formant la Confédération, un parlement de milice et donc lobbyiste en son essence même, une magistrature souvent élue en tenant compte de critères politiques, donnant ainsi une esquisse plus précise du fonctionnement institutionnel de ce pays, fier de ses traditions et de son originalité assumée »¹⁹⁹¹.

937 Marco BORGHI tempère cet argument. Selon lui, « le fait que ce système constitue une tradition helvétique et qu'il est historiquement ancré dans la culture sociopolitique de la Suisse n'est pas un argument permettant, en soi, de le justifier, sur le plan du droit constitutionnel et *a fortiori* de l'éthique »¹⁹⁹². Cet auteur affirme que l'histoire constitutionnelle suisse regorge de cas dans lesquels les tribunaux, se basant sur les conceptions sociales dominantes du moment, refusaient de reconnaître certains droits fondamentaux aux citoyennes et citoyens¹⁹⁹³. Il suffit de citer le refus d'accès pour les femmes à la profession d'avocat¹⁹⁹⁴ ou encore la non-reconnaissance de leur droit de vote¹⁹⁹⁵. En outre, continue le Professeur BORGHI, le fait que le système d'élection tel que pratiqué en Suisse soit un cas unique dans les pays démocratiques ne peut être vu nécessairement comme un élément positif, mais devrait, au contraire, encourager à faire preuve de modestie et d'autocritique et à analyser en profondeur les modèles étrangers. Or, ces derniers exigent parfois un concours, excluant toute possibilité de discrimination¹⁹⁹⁶.

2.2.2. La légitimité démocratique de la justice

938 De manière générale, on l'a dit, l'élection par le peuple ou ses représentants (le Parlement) est bien acceptée en Suisse, car elle a l'avantage de conférer au juge la légitimité démocratique dont il a besoin. En effet, pour les défenseurs du système, les tribunaux étant des organes étatiques, il est logique qu'ils soient légitimés démocratiquement à exercer la puissance publique dont ils disposent¹⁹⁹⁷. Cela signifie que leur pouvoir doit provenir du peuple ou d'une autorité à laquelle celui-ci a valablement délégué cette compétence¹⁹⁹⁸. Cette légitimité favorise ainsi une meilleure acceptation de leurs jugements au sein de la population¹⁹⁹⁹.

939 Par ailleurs, l'élection se justifie compte tenu de l'acte même de juger. En effet, les tribunaux, en particulier les cours supérieures, ne se limitent désormais plus (seulement) à appliquer des règles de droit, mais également à en créer des nouvelles²⁰⁰⁰. Cette activité intrinsèquement créatrice se retrouve particulièrement en matière de droits constitutionnels et fondamentaux, où les juges disposent d'une marge de manœuvre importante²⁰⁰¹, mais aussi, parfois, dans certaines affaires pénales ou civiles, et cela à mesure que les normes appliquées perdent en

¹⁹⁹⁰ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 38. Cf. *supra*, N 469.

¹⁹⁹¹ GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation Suisse, § 34. Cf. *supra*, N 441 ss.

¹⁹⁹² BORGHI, Ethique, N 33.

¹⁹⁹³ *Idem*, Mainmise, p. 179.

¹⁹⁹⁴ ATF 13 I, *Kempin*, du 29 janvier 1887. Il faudra attendre presque 40 ans, jusqu'en 1923 (ATF 49 I 14, *Mme Dr Roeder*), pour que le Tribunal revienne sur cette jurisprudence.

¹⁹⁹⁵ Cf. ATF 83 I 173, *Quinche et consorts*, du 26 juin 1957 (VD). C'est seulement en 1990 que le Tribunal fédéral jugera qu'une disposition – en l'occurrence de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures – réservant le droit de vote aux seuls hommes, était contraire au principe de l'égalité des sexes (ATF 116 Ia 359, *Theresa Rohner* = JdT 1992 I 98).

¹⁹⁹⁶ BORGHI, Mainmise, pp. 179 s. Cf. *supra*, N 479 (Conseil de l'Europe), N 778 (modèle continental), N 531 ss et 558 ss (France).

¹⁹⁹⁷ Cf. SEILER, Richter 2006, N 8.

¹⁹⁹⁸ AMOOS PIGUET, N 11.

¹⁹⁹⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 267 ; AMOOS PIGUET, N 11 ; ALBRECHT, N 13.

²⁰⁰⁰ SEILER, Gewaltenteilung, p. 299 : « Kurz : die Gerichte sind Normsetzer, genauso wie die andern staatliche Behörden » ; *Idem*, Richter 2008, pp. 128 ss ; ZIMMERLI, N 27 ; TROPER, p. 9.

²⁰⁰¹ SEILER, Richter 2006, N 19 ss ; ALBRECHT, N 14.

densité²⁰⁰². Comme le note l'ancien juge fédéral Raymond SPIRA, « souvent rédigées en termes vagues [...], les lois abandonnent fréquemment le soin de prendre des décisions, pourtant fondamentales quant aux principes, à ceux qui auront à les interpréter et les appliquer »²⁰⁰³.

Le juge n'est donc plus simplement « la bouche de la loi ». Lorsqu'il prend la place du législateur, il doit avoir une légitimité différente de celle qu'il aurait lorsqu'il statue dans un cas intéressant uniquement les parties au litige²⁰⁰⁴. Le pouvoir du juge d'interpréter, et donc de créer dans une certaine mesure des normes juridiques, fait dire à des auteurs qu'il disposerait d'un pouvoir politique²⁰⁰⁵, que certains définissent comme « micropolitique »²⁰⁰⁶. A cet effet, les décisions judiciaires, notamment celles du Tribunal fédéral, ont toujours plus d'implications sociales et politiques. Il suffit de citer celles concernant les rapports entre le droit international et le droit interne²⁰⁰⁷, l'organisation des systèmes électoraux cantonaux²⁰⁰⁸ ou la validité des votations populaires fédérales²⁰⁰⁹. Il en va de même des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰¹⁰.

En revanche, l'argument démocratique perd de sa pertinence à mesure que l'on descend dans la hiérarchie juridictionnelle. Dans les instances inférieures, on attend avant tout du juge qu'il détienne des qualités humaines et techniques et non qu'il soit le représentant d'un courant politique déterminé²⁰¹¹. On peine, en effet, à voir sur quelle base un juge de première instance – traitant principalement de litiges civils, contractuels ou pénaux – devrait obligatoirement posséder une légitimité qui provienne du peuple ou de ses représentants. Par ailleurs, de nombreux actes normatifs que les juges sont appelés à appliquer ont une forte connotation technique, de sorte que leur activité quotidienne se trouve (relativement) éloignée de toute considération politique²⁰¹². Pour Mark LIVSCHITZ, les décisions judiciaires sont en tout état de cause légitimes du point de vue démocratique pour autant qu'elles puissent être rattachées à une loi démocratiquement établie. Une légitimation démocratique supplémentaire de la magistrature en termes de personnel et d'organisation ne serait pas nécessaire du point de vue du droit constitutionnel ; la légitimation démocratique de la décision elle-même suffit²⁰¹³.

2.3. Les diverses autorités de désignation

2.3.1. Le corps électoral

L'élection populaire directe constitue le mode de désignation procurant au juge le plus haut degré de légitimité démocratique²⁰¹⁴. Par-là, elle ménage la confiance des justiciables dans les institutions judiciaires²⁰¹⁵. Ce type

²⁰⁰² GONIN L., Opinion dissidente, p. 79.

²⁰⁰³ SPIRA, p. 46.

²⁰⁰⁴ LANGER, N 39.

²⁰⁰⁵ Cf. not. TROPER, p. 8, qui définit comme « politique », « une activité qui [...] ne serait pas liée par des normes juridiques préexistantes, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisans, morales, religieuses, etc., de son détenteur ». Cf. ég. à ce sujet, les différentes contributions dans l'ouvrage de GRANDJEAN Geoffrey/WILDEMEERSCH Jonathan (sous la direction de), Les juges : décideurs politiques ? : Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction, Bruxelles 2016.

²⁰⁰⁶ GRANDJEAN Y., p. 372 qui emprunte ce terme à Pierre MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005.

²⁰⁰⁷ Cf. par ex. les ATF 139 I 16 et 142 II 35.

²⁰⁰⁸ Cf. ATF 143 I 92.

²⁰⁰⁹ Cf. ATF 145 I 207 concernant l'invalidation de la votation fédérale de février 2016 sur l'initiative populaire « Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage ».

²⁰¹⁰ A ce sujet, cf. GONIN L., Droits de l'homme, pp. 227 ss.

²⁰¹¹ ZAPPELLI, Le juge, p. 121.

²⁰¹² Cf. BORGHI, Mainmise, p. 183.

²⁰¹³ LIVSCHITZ, pp. 261 s.

²⁰¹⁴ KIENER, Unabhängigkeit, p. 256 ; MATTER, p. 52 ; BIAGGINI/BIANCHI, Légitimité, p. 130.

²⁰¹⁵ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 333. Ce constat ressort d'une étude réalisée en 2013 visant à représenter, par une approche quantitative, la confiance de la population suisse à l'égard de la justice cantonale. Les résultats de l'enquête ont montré que la confiance de la population dans les tribunaux cantonaux est globalement élevée, avec une moyenne de 7.0 (sur une échelle de 0 à 10), tout en constatant quelques différences cantonales. En particulier, dans les cantons qui connaissent une élection populaire des juges, l'indépendance des tribunaux a tendance à être considérée comme plus élevée que lorsque cette élection est du ressort du Parlement. En revanche, la participation effective des citoyens à une élection judiciaire (tel est le cas d'un quart des personnes interrogées) n'a d'impact ni sur leur confiance dans les

de désignation assure d'ailleurs une certaine indépendance des juges à l'égard de l'exécutif et du législatif²⁰¹⁶.

- 943 Toutefois, ce système n'est pas sans inconvénient. Quand la compétition est ouverte, il oblige le candidat à mener une campagne électorale, lors de laquelle ses capacités de rendre bonne justice passent au second plan²⁰¹⁷. De ce fait, il est ardu pour lui de convaincre les électeurs de ses compétences, tant les débats télévisés et les affiches électorales sont inappropriés à cette fin²⁰¹⁸, comme le montre l'exemple américain²⁰¹⁹. Il est donc difficile pour les citoyens d'évaluer les réelles capacités des candidats de sorte que l'appartenance politique, l'origine ou encore le sexe constituent parfois les seuls critères électifs. En outre, une fois élu, le juge pourrait être tenté d'infléchir ses décisions dans la direction de son électorat²⁰²⁰, d'autant plus s'il est soumis à réélection. En conséquence, ce mode d'élection risque fortement de nuire à l'indépendance, en particulier personnelle, et à l'impartialité des juges²⁰²¹. Enfin, les élections judiciaires ne mobilisent pas les foules, comme le démontre le faible taux d'affluence aux urnes²⁰²² ; de sorte que le juge reste l'élu d'une minorité influente²⁰²³.
- 944 Cela dit, dans les cantons suisses qui pratiquent (encore) l'élection populaire, les juges sont souvent élus tacitement²⁰²⁴. Dans ce cas, les partis politiques s'accordent pour ne pas présenter davantage de candidats que de postes à repourvoir, de sorte que le corps électoral n'est pas appelé aux urnes. Bien que ce système évite au juge de se soumettre aux passions populaires, il peine à trouver sa justification dans la mesure où les commissions internes des partis ne jouissent que d'une très faible – pour ne pas dire d'aucune – légitimité démocratique²⁰²⁵. Elles appliquent par ailleurs une procédure dont le manque de transparence est patent, de sorte que les services rendus par le candidat aux partis constituent parfois le critère décisif pour l'élection²⁰²⁶. On notera que le Tribunal fédéral a estimé qu'une élection tacite n'est pas contraire au droit de vote des citoyens. Toutefois, il faut que l'avis de convocation des électeurs soit suffisamment explicite quant à l'éventualité d'une élection tacite et du droit des citoyens de proposer des candidats²⁰²⁷.
- 945 Si l'élection populaire était à l'origine destinée à accroître la confiance des citoyens dans les institutions judiciaires, elle apparaît quelque peu anachronique, surtout dans les cantons urbains très peuplés où les citoyens ne connaissent que peu ou pas du tout les candidats²⁰²⁸. Cela fait dire à l'ancien juge genevois Pierre-Christian WEBER, qu'« [i]l faut se rendre à l'évidence : on atteint ici les confins de la démocratie. Un système autrefois conçu pour établir le juge dans ses vallées alpestres ou dans le campement des pionniers de l'Ouest n'est plus praticable dans l'Etat urbain qui compte des centaines de milliers d'électeurs »²⁰²⁹.
- 946 En définitive, les inconvénients de l'élection populaire, système qui n'est d'ailleurs pas toujours effectivement utilisé, sont bien plus nombreux que ses avantages. Partant, ce mode de désignation n'est plus adapté à notre ère. Il est, par ailleurs, toujours moins pratiqué, les cantons le remplaçant progressivement par une élection par le Parlement²⁰³⁰. En tout état de cause, la procédure devrait être rendue plus transparente, notamment par l'instauration de commissions d'experts indépendants ou d'un conseil de la magistrature chargé d'examiner les

tribunaux ni sur leur appréciation de l'indépendance de ces derniers. Il semble donc s'agir avant tout d'une question de perception de la part du citoyen. A ce sujet, cf. SCHWENKEL Christof/RIEDER Stefan, *Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2014/1 ainsi que SCHWENKEL Christof, *Das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichte*, in : Kuhn André/Schwarzenegger Christian/Vuille Joëlle (éd.), *Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen*, Justice pénale – Individus – Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, pp. 29-45.

²⁰¹⁶ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 342 ; JACKSON, *Judicial Independence*, p. 66. Le renforcement de l'indépendance de la justice était précisément l'objectif des révolutionnaires français de la fin du XVIII^e siècle, ainsi que des réformistes américains des années 1840-1850, qui mirent en place l'élection populaire des juges. Cf. *supra*, N 515 (France), N 697 ss (Etats-Unis).

²⁰¹⁷ MARTY, *Tentatives*, N 4 ; BOLLE, p. 146.

²⁰¹⁸ BORGHI, *Mainmise*, p. 180.

²⁰¹⁹ Cf. *supra*, N 762 ss.

²⁰²⁰ OBERTO, p. 12.

²⁰²¹ Cf. MARTENET, *Architecture*, pp. 256 s ; KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 257.

²⁰²² BIAGGINI/BIANCHI, *Légitimité*, p. 130.

²⁰²³ PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 343.

²⁰²⁴ Cf. *supra*, N 241. Cf. ég. le tableau préparé par MAHON/SCHALLER, *Election*, pp. 15-19.

²⁰²⁵ AUER, *Quelques remarques*, p. 202 ; BORGHI, *Incostituionalità*, N 12 ; BIAGGINI/BIANCHI, *Légitimité*, p. 130.

²⁰²⁶ BORGHI, *Mainmise*, pp. 180 s.

²⁰²⁷ ATF 112 Ia 233, consid. 2.

²⁰²⁸ ZAPPELLI, *Le juge*, p. 120.

²⁰²⁹ WEBER P., p. 36.

²⁰³⁰ Cf. *supra*, N 247.

candidatures²⁰³¹.

2.3.2. Le Parlement

En comparaison avec l'élection populaire des magistrats, la procédure de désignation par le Parlement permet davantage de transparence ainsi qu'une composition plus équilibrée des tribunaux²⁰³². Par ce mode, le juge bénéficie d'une légitimité démocratique considérable, dans la mesure où il est choisi par des représentants directs du peuple. Dans ce sens, l'élection par le Parlement permet d'harmoniser les critères de légitimité démocratique et de qualification²⁰³³.

Toutefois, ce système accroît la dépendance du juge à l'égard du Parlement et *a fortiori* des partis politiques qui le composent. A ce stade, les intérêts partisans entrent nécessairement en jeu, chaque parti souhaitant être représenté au sein du troisième pouvoir. Il en résulte inévitablement une tension entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, susceptible de mettre à mal l'indépendance de celui-ci²⁰³⁴. Cette tension se manifeste notamment, au niveau fédéral, par le cumul des compétences électives et de haute surveillance qu'exerce le Parlement sur les membres du Tribunal fédéral²⁰³⁵. Ce mode d'élection peut dès lors fonctionner, comme on l'a dit, uniquement si aucun parti ne domine à lui seul la scène politique²⁰³⁶.

Dans tous les cas, l'élection par le Parlement doit être accompagnée de certains garde-fous. Parmi ceux-ci, la mise en place d'un premier « filtre » de sélection, par l'intermédiaire d'un organe indépendant, chargé d'examiner les candidatures. Nous reviendrons sur cet aspect ci-dessous²⁰³⁷.

2.3.3. L'exécutif

On l'a vu, la désignation par le pouvoir exécutif constitue le mode le plus souvent utilisé à l'étranger²⁰³⁸. Il s'agit soit d'une nomination directe par le chef de l'Etat, agissant généralement sur proposition d'une commission de sélection des juges ou d'un conseil de la magistrature, soit par le Gouvernement, souvent par le ministre de la Justice. En Suisse, la nomination n'est quasiment plus pratiquée²⁰³⁹, si ce n'est pour les membres de certaines autorités judiciaires cantonales ou communales²⁰⁴⁰ et les juges des tribunaux militaires fédéraux de première instance et d'appel²⁰⁴¹.

Les avantages d'une élection par le Gouvernement résident principalement dans la petite taille de cet organe. Le fait que moins de personnes participent au processus électoral permet un examen plus détaillé des candidatures. De plus, du moins dans notre pays, tant au niveau cantonal que fédéral, le Gouvernement a tendance à se comporter de manière moins partisane et donc à se détacher davantage des affaires politiques quotidiennes des partis. De ce fait, les influences de ces derniers sont susceptibles d'être moins significatives que lors des élections par le Parlement²⁰⁴².

Ce système engendre toutefois un certain risque pour l'indépendance de la justice, notamment dans l'hypothèse

²⁰³¹ Cf. *infra*, N 959 ss.

²⁰³² KIENER, Staatsrecht, § 21, N 27.

²⁰³³ *Idem*, Unabhängigkeit, p. 257 ; GASS, p. 601.

²⁰³⁴ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV, N 10 ad art. 168 ; EICHENBERGER, pp. 223 s.

²⁰³⁵ Cf. FONJALLAZ, p. 49.

²⁰³⁶ ZAPPELLI, Le juge, p. 119. Cf. *supra*, N 930.

²⁰³⁷ Cf. *infra*, N 959 ss.

²⁰³⁸ Cf. *infra*, N 485, 711, 778, 787.

²⁰³⁹ KÜNG, N 34.

²⁰⁴⁰ En Valais, les juges des tribunaux de police sont nommés par le Conseil municipal, c'est-à-dire l'organe exécutif communal (art. 6bis al. 3 LOJ/VS). En outre, avant la réforme constitutionnelle de 2004, les juges fribourgeois de première instance étaient élus par le Collège électoral, organe composé des sept conseillers d'Etat et des sept juges du Tribunal cantonal. Cf. *infra*, N 272.

²⁰⁴¹ Cf. art. 7 al. 1 et 11 al. 1 PPM : nominations par le Conseil fédéral.

²⁰⁴² FISCHBACHER, p. 402. Cf. ég. KIENER, Unabhängigkeit, pp. 259 et 277 s. On notera toutefois que le critère politique est souvent de rigueur pour les postes élevés dans l'administration fédérale et cantonale.

où le Gouvernement en place déciderait de contrôler tous les sièges des instances judiciaires²⁰⁴³, ce qui s'est produit dans les régimes totalitaires du XX^e siècle et qui revient sur le devant de la scène dans certains pays de l'Europe de l'Est²⁰⁴⁴.

953 Par ailleurs, la nomination judiciaire par le pouvoir exécutif pourrait être problématique dans le cadre du contentieux administratif, l'Etat étant directement partie à la procédure²⁰⁴⁵. En Suisse, les frictions entre les pouvoirs exécutif et judiciaire se sont d'ailleurs accentuées depuis que la compétence de juger les conflits de droit public est progressivement passée du premier au second (instauration de tribunaux administratifs)²⁰⁴⁶. Enfin, un problème de légitimité démocratique du pouvoir judiciaire pourrait se poser si, comme à la Confédération, les membres de l'exécutif cantonal n'étaient pas élus par le peuple, mais « seulement » par le Parlement (légitimité indirecte)²⁰⁴⁷.

2.3.4. Le pouvoir judiciaire (cooptation)

954 Une nomination par le pouvoir judiciaire (cooptation) offre l'avantage de pouvoir choisir des juges techniquement compétents. En effet, on peut partir du principe que les magistrats sont les mieux à même d'évaluer les capacités professionnelles, mais également personnelles de leurs futurs pairs²⁰⁴⁸. D'ailleurs, les juges ont parfois eu l'occasion de travailler directement avec les candidats, qui les assistaient en tant que greffiers-juristes et ont ainsi pu apprécier leurs qualités. Ils ont également pu évaluer certains avocats qui représentaient une partie dans une procédure devant l'autorité qu'ils présidaient²⁰⁴⁹.

955 De plus, la cooptation constitue une garantie pour la séparation des pouvoirs ainsi que pour l'indépendance de la justice²⁰⁵⁰, du moins pour ce qui est de sa dimension externe. A ce titre, elle permet à la justice d'être protégée contre les ingérences des autres pouvoirs²⁰⁵¹. Les standards internationaux en matière d'indépendance insistent d'ailleurs sur le fait que les magistrats devraient avoir une influence décisive sur la nomination et la promotion de leurs pairs²⁰⁵².

956 Si elle présente à l'évidence plusieurs avantages, la cooptation ne demeure pas moins problématique en ce sens qu'elle pourrait aboutir à la constitution d'une magistrature repliée sur elle-même et éloignée de la population²⁰⁵³. La légitimité démocratique des juges se trouverait affaiblie²⁰⁵⁴. Par ailleurs, le risque que les choix des juges soient déterminés par des amitiés ou des inimitiés internes à la magistrature, selon une procédure occulte, n'est pas négligeable²⁰⁵⁵. Un tel système pourrait alors créer une caste judiciaire, dans laquelle chaque juge nommerait son collaborateur favori²⁰⁵⁶. Une fois élu, le magistrat pourrait également se sentir redevable envers celui ou celle qui a contribué à son élection²⁰⁵⁷.

²⁰⁴³ KIENER, *Unabhängigkeit*, pp. 258 s. ; GASS, p. 601.

²⁰⁴⁴ On pense notamment à la Hongrie, à la Pologne ou encore à la Turquie. Cf. not. à ce propos, GASS Stephan, *Tagung der Europäischen Richtervereinigungen in Berlin, mai 2018* et IGREJA MATOS José, *Round Table on the Situation of the Polish Judiciary*, tous deux in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2018/3.

²⁰⁴⁵ GASS, p. 601 ; MATTER, p. 71.

²⁰⁴⁶ FONJALLAZ, pp. 51 s.

²⁰⁴⁷ GASS, p. 601.

²⁰⁴⁸ FISCHBACHER, p. 394 ; OBERTO, p. 12 ; FAVRE, p. 52. Cela est vrai en particulier au Royaume-Uni, où les juges ont encore un rôle important dans la nomination de leurs pairs. Cf. *infra*, N 683.

²⁰⁴⁹ MATTER, p. 76.

²⁰⁵⁰ GASS, p. 601 ; FISCHBACHER, p. 394 ; MATTER, pp. 76 s.

²⁰⁵¹ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 260.

²⁰⁵² Cf. *supra* 2^e partie, chapitre 1. Cf. par exemple CCJE, Avis n° 10, § 15-20.

²⁰⁵³ AMOOS PIGUET, N 38 ; FISCHBACHER, p. 395 ; MATTER, pp. 74 s.

²⁰⁵⁴ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 260.

²⁰⁵⁵ SEILER, *Richter* 2006, N 36 ; OBERTO, p. 12 ; RÜEFLI, N 159 et 754. C'est précisément le reproche qui était formulé à l'encontre de la nomination des juges au Royaume-Uni et qui a guidé la création de différentes commissions mixtes de sélection des juges, cf. *supra*, N 662 ss et N 682.

²⁰⁵⁶ BIAGGINI/BIANCHI, p. 48 ; MATTER, p. 76.

²⁰⁵⁷ SEILER, *Richter* 2006, N 36.

Du reste, la cooptation pose la question de la détermination de l'autorité de nomination. En Suisse, les cantons du Valais et de Vaud ont confié cette tâche à leur Tribunal cantonal pour ce qui est de la désignation des juges de première instance²⁰⁵⁸. Bien que ce mode permette, du moins en théorie, la mise à l'écart des partis politiques du processus de désignation, il ne constitue pas moins un danger pour l'indépendance de la justice. En effet, dans ce cas, le Tribunal cantonal cumule les compétences de (re)nomination des juges de première instance, d'autorité de recours contre leurs décisions et parfois de surveillance (pour le canton de Vaud)²⁰⁵⁹. Par ailleurs, dans ces cantons, les juges de première instance sont nommés le plus souvent parmi les greffiers du Tribunal cantonal, ce qui renforce les risques « de reproduction » de comportements et de pratiques. A notre sens, les mêmes complications se produiraient au niveau fédéral si la compétence de nomination des juges fédéraux de première instance (TAF, TPF, TFB) était confiée au Tribunal fédéral.

957

Cela dit, malgré ses inconvénients, la cooptation présente plusieurs points forts, en particulier l'évaluation des candidatures par les pairs et le renforcement de l'indépendance externe des juges. Ces effets bénéfiques doivent assurément être pris en considération dans la mise en place d'un système garantissant le choix de juges compétents et indépendants.

958

2.3.5. Une commission indépendante de sélection ou un conseil de la magistrature

2.3.5.1. Des institutions toujours plus répandues

On l'a vu, tant au niveau international²⁰⁶⁰ que domestique²⁰⁶¹, on constate depuis une dizaine d'années la mise en place d'organes, qui peuvent être dénommés Conseil (supérieur) de la magistrature, Conseil de la justice ou encore Commission de recrutement. Ces autorités sont chargées de mettre au concours les postes, de sélectionner les magistrats puis de les recommander à l'organe (politique) d'élection. Leur instauration est préconisée par la plupart des textes internationaux de *soft law*, ceci tant dans le but de garantir l'indépendance de la justice que d'assurer un choix fondé sur le mérite et les aptitudes professionnelles des candidats²⁰⁶². Ces organes sont d'ailleurs présents – avec quelques différences terminologiques et de compétences – tant dans les pays de *civil law* que de *common law*²⁰⁶³.

959

Les commissions indépendantes sont susceptibles de devenir les autorités de sélection judiciaire les plus répandues du XXI^e siècle²⁰⁶⁴. Elles permettent un équilibre idéal entre l'indépendance de la justice et la légitimité démocratique de celle-ci. Les diverses réformes cantonales et fédérales en matière de désignation judiciaire vont d'ailleurs dans cette direction²⁰⁶⁵. Ces organes visent, en effet, à remplacer la sélection opérée par des commissions judiciaires purement composées de politiciens²⁰⁶⁶ qui – et d'ailleurs leurs membres ne le nient pas – agissent souvent selon des intérêts partisans.

960

2.3.5.2. La composition

Ces organes sont composés, selon les pays et les cantons, principalement de magistrats, à qui s'ajoutent parfois des parlementaires, des membres de l'exécutif ou de l'administration, des avocats, des professeurs d'université et des membres de la société civile. Ces derniers, comme cela est le cas au Royaume-Uni depuis une quinzaine

961

²⁰⁵⁸ Cf. *supra*, N 357 (VS) et 369 (VD).

²⁰⁵⁹ Cf. MARTY, Haute surveillance, p. 20.

²⁰⁶⁰ Cf. *supra*, N 484, 497 et 795.

²⁰⁶¹ Cf. *supra*, N 237 et 399 ss.

²⁰⁶² Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1, not. CCJE, Avis n° 10.

²⁰⁶³ Cf. *supra*, N 795.

²⁰⁶⁴ VOLCANSEK, Judicial Independence, p. 812 et la référence citée : « *look likely to become the most popular selection system of the twenty-first century* ».

²⁰⁶⁵ Cf. KIENER, Unabhängigkeit, p. 261 ; GASS, p. 602 ; FISCHBACHER, p. 396.

²⁰⁶⁶ C'est le cas au niveau fédéral et (encore) dans de nombreux cantons. Cf. ég. MAHON/SCHALLER, Election, pp. 12-15.

d'années²⁰⁶⁷, apportent une dimension pluridisciplinaire dans la sélection des magistrats, tout en permettant une certaine participation démocratique dans le processus de sélection²⁰⁶⁸.

962 Les règles internationales en matière d'indépendance préconisent la présence, au sein de ces organes, d'« une partie importante, sinon la majorité »²⁰⁶⁹ de membres du pouvoir judiciaire. Actuellement, sur le plan cantonal, au vu de leur composition comprenant peu ou pas du tout de parlementaires, le Conseil de la magistrature fribourgeoise²⁰⁷⁰, la Commission d'experts indépendants tessinoise²⁰⁷¹ et le Conseil de la magistrature valaisan – une fois celui-ci institué²⁰⁷² – semblent être les plus aptes à garantir un choix basé sur les qualités intrinsèques des candidats²⁰⁷³.

963 Au niveau fédéral, comme on l'a vu, la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale procède à la sélection des juges fédéraux (art. 40a LParl)²⁰⁷⁴. Elle est composée exclusivement de parlementaires fédéraux. Il s'agit de la version allégée du Conseil de la magistrature, organe qui avait été proposé, puis finalement rejeté en 2001. Il aurait été composé de sept membres : un président (« personnalité reconnue qui dispose d'une expérience de magistrat »), quatre autres membres issus des milieux académiques, judiciaires et du barreau – dont un au moins ayant des connaissances d'économie d'entreprise – ainsi que d'un conseiller aux Etats et d'un conseiller national²⁰⁷⁵.

964 Plusieurs auteurs se sont penchés sur la composition d'une commission de sélection. En 1971, Kurt EICHENBERGER déclarait qu'une commission spéciale composée de parlementaires expérimentés pourrait être mise en place. Si cette solution ne devait pas fonctionner, un comité constitué de membres du pouvoir exécutif, législatif et exécutif pourrait être envisagé²⁰⁷⁶. En 1978, Felix MATTER proposait, pour le Tribunal fédéral, l'instauration d'une commission de sélection composée de cinq parlementaires, de cinq juges fédéraux, de cinq juges cantonaux et de cinq professeurs de droit²⁰⁷⁷. Stephan GASS²⁰⁷⁸, Regina KIENER²⁰⁷⁹, Alain FISCHBACHER²⁰⁸⁰ et Peter UEBERSAX²⁰⁸¹ suggèrent plus vaguement qu'un tel organe soit composé, outre de représentants des partis politiques, de juges, de procureurs et de membres du corps professoral. Daniela WÜTHRICH propose, pour les juges fédéraux, l'institution d'un panel de sélection composé de deux parlementaires (non juristes), de deux juges fédéraux (préféablement qui ne sont plus en fonction), de deux avocats et/ou notaires, de deux professeurs de droit et de deux « laïcs » (sans expériences parlementaire ou juridique)²⁰⁸². Dans leur révision imaginaire de la Constitution fédérale, Sophie WEERTS et Milène HAURI suggèrent l'ajout d'un nouvel article 187c (Conseil supérieur de la Justice) ayant la teneur suivante²⁰⁸³ :

¹ Le Conseil supérieur de la Justice est une autorité indépendante. Il est composé de 12 membres répartis paritairemment du point de vue du genre et proportionnellement entre l'Assemblée fédérale, les juridictions fédérales et la société civile. Ces membres sont désignés par l'Assemblée fédérale pour un mandat de 6 ans.

² Il est compétent pour la mise au concours et la sélection des candidats et candidates à la fonction de juge fédéral. Au terme de la procédure de sélection, il présente une liste

²⁰⁶⁷ Cf. *supra*, N 613 ss, 649 ss, 663 s.

²⁰⁶⁸ Cf. JACKSON, *Judicial Independance*, p. 72.

²⁰⁶⁹ COMMISSION DE VENISE, rapport du 16 mars 2010, ch. 32. Cf. ég. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 ; CCJE (2001), § 45. Pour le surplus, cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1.

²⁰⁷⁰ Cf. *supra*, N 267 ss.

²⁰⁷¹ Cf. *supra*, N 334 ss.

²⁰⁷² Cf. *supra*, N 351 ss.

²⁰⁷³ Cf. AMOOS PIGUET, N 45. *Contra* : SEILER, Richter 2006, N 43, pour qui les commissions d'experts présentent l'inconvénient de réunir les mêmes courants d'idées en leur sein, ce qui est néfaste pour la composition de la magistrature.

²⁰⁷⁴ Cf. *supra*, N 118 ss.

²⁰⁷⁵ Art. 2 du projet de « [l]oi fédérale sur le Conseil de la magistrature » (LCM), FF 2002 1146. Cf. *supra*, N 131 ss.

²⁰⁷⁶ Cf. LUMINATI/CONTARINI, p. 218 citant EICHENBERGER Kurt, Von der Justiz im modernen Staat, in : Aargauisches Beamtenblatt 68/1971, pp. 554 s.

²⁰⁷⁷ MATTER, pp. 178 s.

²⁰⁷⁸ GASS, pp. 604 s.

²⁰⁷⁹ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 261.

²⁰⁸⁰ FISCHBACHER, p. 449.

²⁰⁸¹ UEBERSAX, *Gerichte*, N 19.

²⁰⁸² WÜTHRICH, N 155.

²⁰⁸³ WEERTS/HAURI, pp. 337-342.

de candidats et candidates en vue de la nomination par l'Assemblée fédérale. Cette liste doit être constituée de façon à permettre à l'Assemblée fédérale d'atteindre une représentation paritaire du genre et de la diversité linguistique au sein des juridictions fédérales.

2.3.5.3. Les modes de désignation des membres

Dans les cantons qui ont institué un conseil (supérieur) de la magistrature (Genève, Fribourg, Jura et le Valais) ou une commission ad hoc de recrutement (Vaud et le Tessin), les membres de ces organes sont élus par le Parlement cantonal. Parfois, ils sont proposés par l'autorité ou le groupe de personnes dont ils font partie²⁰⁸⁴. C'est notamment le cas à Fribourg (art. 126 al. 1 et 2 Cst./FR)²⁰⁸⁵ et en Valais (art. 6 al. 1 LCDM/VS). Ils peuvent également être des membres de droit (membres *ex officio*)²⁰⁸⁶.

965

La nomination par le Parlement confère aux experts une certaine légitimité démocratique. Elle ne réduit cependant pas complètement l'impact politique sur l'élection des juges. Afin de dépolitiser la procédure et de garantir une certaine indépendance de l'organe de sélection, le canton du Valais a récemment mis en place une solution intéressante pour la désignation des membres du Conseil de la magistrature. Les deux tiers des membres de cet organe sont en effet proposés par leurs pairs, puis élus par le Grand Conseil, mais celui-ci n'a qu'un droit de veto ; il ne peut pas émettre de contre-proposition (art. 6 al. 3 LCDM/VS). Cela signifie qu'il peut refuser les propositions qui lui sont faites, mais ne peut pas désigner lui-même, spontanément, une autre personne à la place de celle qui lui est proposée. Il doit, dans ce cas, demander à l'autorité concernée de lui proposer une nouvelle personne pour la fonction²⁰⁸⁷.

966

Au niveau fédéral, comme on l'a vu, la Commission judiciaire est élue par les bureaux du Conseil national et du Conseil des Etats²⁰⁸⁸. Le projet du Conseil de la magistrature (fédéral) prévoyait également une nomination de ses membres par le Parlement. Dans un autre registre, l'initiative (populaire) sur la justice propose que le Conseil fédéral élise les membres de la commission d'experts appelée à sélectionner les candidats avant de les soumettre au tirage au sort²⁰⁸⁹.

967

En droit comparé, le Conseil consultatif des juges européens (CCJE) indique que les membres-juges du conseil de la Justice devraient être nommés par le pouvoir judiciaire lui-même²⁰⁹⁰. C'est notamment le cas en France où les magistrats membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) sont élus par leurs pairs²⁰⁹¹. Il en va de même en Angleterre s'agissant des juges appartenant à la *Judicial Appointments Commission* (JAC)²⁰⁹².

968

2.3.5.4. Le caractère (non-)contraignant du préavis de la commission et le droit de veto

Une autre question, parfois ignorée, est celle du caractère contraignant du préavis émis par la commission de sélection à l'intention de l'organe politique d'élection. Malgré les avantages que procure une présélection de candidats de la part d'une commission d'experts, il n'en demeure pas moins que l'autorité d'élection peut en théorie s'écarter des recommandations de cette dernière. Ce cas de figure se produit parfois²⁰⁹³. Pour Marco BORGHI, la solution d'une commission indépendante – même composée d'aucun membre des trois organes étatiques comme c'est le cas au Tessin – n'est pas satisfaisante. Sur la base de son expérience en tant que

969

²⁰⁸⁴ Les parlementaires sont proposés par le Grand Conseil, les avocats par l'Ordre des avocats cantonal, les juges par les membres du pouvoir judiciaire, le professeur de droit par l'université où il exerce sa fonction, etc.

²⁰⁸⁵ Dans ce canton, deux membres sont par ailleurs élus sur proposition du Conseil de la magistrature lui-même (art. 126 al. 2 Cst./FR).

²⁰⁸⁶ Par exemple dans le canton du Jura, tous les membres du Conseil de surveillance de la magistrature (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) sont des membres de droit (cf. art. 66 al. 2 LOJ/JU).

²⁰⁸⁷ Cf. *supra*, N 354.

²⁰⁸⁸ Cf. *supra*, N 120.

²⁰⁸⁹ Cf. *infra*, N 986.

²⁰⁹⁰ CCJE, Avis n° 10, § 25 ss. Pour le surplus, cf. PELLATON, N 1100 ss.

²⁰⁹¹ Cf. *supra*, N 542.

²⁰⁹² Cf. *supra*, N 607.

²⁰⁹³ Par exemple à Fribourg, à Neuchâtel ou encore au Tessin.

membre de cette commission tessinoise, il constate que le préavis de celle-ci n'est parfois pas suivi par le Parlement. Ainsi, les partis politiques gardent la mainmise sur l'élection²⁰⁹⁴.

- 970 A cet égard, dans le cadre de la mise en place d'un Conseil de la magistrature, le canton du Valais avait prévu, dans un premier projet, que les propositions de cet organe – chargé de sélectionner les magistrats – soient en partie contraignantes pour le Grand Conseil, en ce sens que celui-ci disposait (uniquement) d'un droit de veto ; il ne pouvait cependant pas émettre de contre-proposition. Cela signifiait qu'il pouvait refuser les propositions qui lui étaient faites, mais ne pouvait pas désigner lui-même, spontanément, une autre personne à la place de celle proposée. Il devait, dans ce cas, demander au Conseil de la magistrature de proposer une nouvelle personne pour la fonction. Comme on l'a vu, l'instrument du droit de veto a cependant été abandonné en deuxième lecture²⁰⁹⁵.
- 971 On peut regretter cette décision qui aurait permis « d'une certaine façon de concilier le droit d'élection du Parlement, et donc la légitimité démocratique que celui-ci confère à la justice, avec l'indépendance de cette dernière ainsi que la garantie d'accès aux charges publiques. [Elle] constitue un compromis entre, d'une part, celles et ceux qui souhaitent une dépolitisation accrue – ou totale – de la désignation des magistrats, dépolitisation qui ne peut s'exercer pleinement que par l'examen et le préavis des candidatures par un Conseil de la magistrature voire un préavis obligatoire de celui-ci. Et, d'autre part, celles et ceux qui, au contraire, veulent que le Parlement et le cas échéant la Commission judiciaire de celui-ci, composée elle aussi exclusivement de députés – et donc intrinsèquement politique –, gardent le monopole de cette prérogative »²⁰⁹⁶.
- 972 S'il est inédit en Suisse, le droit de veto est parfois utilisé dans d'autres systèmes juridiques, sous des formes variables. En France, s'agissant des magistrats judiciaires, le Conseil supérieur de la magistrature adresse un avis au garde des Sceaux, le ministre de la Justice. Celui-ci propose alors le candidat au président de la République qui le nomme, par décret, au poste de magistrat. En ce qui concerne les magistrats du siège (les juges), un avis non conforme fait obstacle à la nomination, ce qui signifie que le chef de l'Etat ne pourrait pas nommer un juge contre l'avis du CSM²⁰⁹⁷.
- 973 Au Royaume-Uni, les magistrats des juridictions supérieures, notamment de la *Supreme Court*, sont sélectionnés par une commission indépendante qui les recommande à une autorité politique, le *Lord Chancellor*. Celui-ci peut soit accepter la candidature, soit la rejeter, soit demander à la commission de la reconsidérer. Ce droit de veto ne peut être exercé que deux, exceptionnellement trois fois pour chaque nomination²⁰⁹⁸.
- 974 Enfin, les *Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia* mentionnent, à leur paragraphe 23, que « lorsqu'un organe indépendant sélectionne un candidat et le recommande au chef de l'Etat, ce dernier doit en principe l'accepter. Il ne peut le refuser que pour des raisons procédurales. Dans ce cas, l'organe de sélection doit réexaminer sa décision. Une option serait de donner à l'organe de sélection le pouvoir de passer outre le veto présidentiel par un vote à la majorité qualifiée »²⁰⁹⁹.
- 975 « Ce droit de veto permet donc, comme indiqué, de dépolitiser la procédure d'élection des juges ou en tout cas la procédure de sélection des candidats, tout en laissant une forme de dernier mot à l'organe politique de nomination ou d'élection. Le plus souvent, le refus de nommer un magistrat de la part de l'autorité politique doit, en principe, être limité à des raisons procédurales (vices de formes par exemple) et donc aucunement basé sur des motifs (purement) politiques »²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁴ BORGHI, Mainmise, pp. 188 s.

²⁰⁹⁵ Cf. *supra*, N 356.

²⁰⁹⁶ MAHON/RUSSO, Constitutionnalité, N 37.

²⁰⁹⁷ Cf. *supra*, N 545.

²⁰⁹⁸ Cf. *supra*, N 630 et 677.

²⁰⁹⁹ Notre traduction. Cf. *supra*, N 459. Cf. ég. CCJE, avis n° 10, § 49.

²¹⁰⁰ MAHON/RUSSO, Constitutionnalité, N 38.

2.3.6. Le tirage au sort²¹⁰¹

2.3.6.1. Le contexte : l'initiative sur la justice

Le 15 mai 2018, une initiative populaire fédérale intitulée « Désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice) »²¹⁰² a été lancée. Elle a abouti le 17 septembre 2019²¹⁰³. Rédigée de toutes pièces, elle propose notamment d'introduire dans la Constitution fédérale un nouvel article 188a visant à désigner les juges du Tribunal fédéral par tirage au sort ; l'admission à celui-ci étant décidée par une commission d'experts indépendants nommés par le Conseil fédéral²¹⁰⁴. L'initiative souhaite également modifier l'art. 145 Cst. (« Durée de fonction »), en ce sens que les juges seraient désignés pour une période allant jusqu'à cinq ans après qu'ils ont atteint l'âge légal de la retraite. Une révocation par l'Assemblée fédérale est en outre prévue pour certains motifs²¹⁰⁵.

976

Cette initiative, lancée par un comité indépendant des partis politiques, a principalement pour buts de renforcer l'indépendance de la justice et la séparation des pouvoirs, en dépolitisant la procédure d'élection et garantissant l'égalité des chances dans l'accès à la fonction de juge fédéral²¹⁰⁶. Lors de son lancement, l'initiative a été accueillie de manière contrastée. Pour certains, acteurs politiques et magistrats, l'élection des juges ne nécessite aucune réforme substantielle, le mode de désignation actuel ayant fait ses preuves jusqu'à aujourd'hui²¹⁰⁷. Pour d'autres, en revanche, l'initiative a le mérite d'amener le débat sur l'indépendance des juges delà des scènes académique et judiciaire²¹⁰⁸. Lors du dépôt de l'initiative, l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire s'est montrée critique s'agissant du tirage au sort ; elle a, en revanche, accueilli favorablement la suppression de la réélection²¹⁰⁹.

977

Dans son Message du 19 août 2020, le Conseil fédéral a rejeté l'initiative ; il a proposé aux Chambres fédérales de la soumettre au vote du peuple et des cantons sans contre-projet direct ni indirect, en leur recommandant de la rejeter. Bien que n'étant pas « insensible aux arguments et objectifs des auteurs de l'initiative », le Gouvernement « estime que les mesures proposées ne mènent pas au but : le tirage au sort n'est pas un moyen adapté pour élire des juges et constitue un aspect étranger à l'ordre juridique suisse. Recourant aux jeux du hasard, il ne permet pas d'élire les personnes les mieux adaptées parmi les candidats proposés, mais désigne les élus de façon aléatoire. Il affaiblirait de plus la légitimité démocratique du Tribunal fédéral »²¹¹⁰.

978

²¹⁰¹ Ce chapitre se base, en partie, sur notre contribution : RUSSO Alfio, Des juges tirés au sort : réalité ou illusion démocratique ? Quelques réflexions sur l'initiative pour la désignation des juges fédéraux par tirage au sort (initiative sur la justice), in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.

²¹⁰² FF 2018 2709.

²¹⁰³ FF 2019 5963.

²¹⁰⁴ Art. 188a (nouveau) : « Les juges au Tribunal fédéral sont désignés par tirage au sort. Celui-ci est organisé de manière à ce que les langues officielles soient équitablement représentées au Tribunal fédéral (al. 1). L'admission au tirage au sort est régie exclusivement par des critères objectifs d'aptitude professionnelle et personnelle à exercer la fonction de juge au Tribunal fédéral (al. 2). Une commission spécialisée décide de l'admission au tirage au sort. Les membres de la commission sont nommés par le Conseil fédéral pour un mandat unique de 12 ans. Ils sont indépendants des autorités et des organisations politiques dans l'exercice de leur activité (al. 3) ».

²¹⁰⁵ Art. 145 Cst : « [...] La durée de fonction des juges au Tribunal fédéral prend fin cinq ans après qu'ils ont atteint l'âge ordinaire de la retraite (al. 1, 2^e phrase). L'Assemblée fédérale siégeant en conseils réunis peut, sur proposition du Conseil fédéral, révoquer à la majorité des votants un juge au Tribunal fédéral si le juge a violé gravement ses devoirs de fonction (al. 2 let. a), ou qu'il a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction (al. 2 let. b) ».

²¹⁰⁶ [https://www.justiz-initiative.ch/fr/startseite.html] (dernière consultation: 05.05.2020). L'initiative est financée principalement par l'auteur de l'initiative, l'entrepreneur Adrian GASSER, à travers la fondation *Stiftung für faire Prozesse*.

²¹⁰⁷ Cf. par ex. MAZZETTA Clemente, « I giudici ? Inevitabilmente di partito », *Il Caffè*, 27.03.2018, p. 13 ; PASQUIER (propos d'Eric KALTENRIEDER), pp. 6 ss.

²¹⁰⁸ Cf. DAVID/SCHUHMACHER (propos de Niccolò RASELLI et Mark LIVSCHITZ), pp. 6 ss ; Cf. PASQUIER (propos de Marie-Pierre DE MONTMOLLIN), pp. 6 ss ; RASELLI, Justiz-Initiative, pp. 269-282 ; SCHINDLER Benjamin, Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls, in: ZBl 119/2018, pp. 617-618. On mentionnera, en outre, que Tiziano BALMELLI avait suggéré, en 2006, comme piste de réflexion, précisément une désignation par tirage au sort des juges, après une sélection par une commission d'experts. BALMELLI, Quelques remarques, N 29.

²¹⁰⁹ ASM, Communiqué de presse du 26 août 2019. Disponible : [http://www.svr-asm.ch/fr/2019.htm] (dernière consultation : 02.05.2020).

²¹¹⁰ FF 2020 6612, p. 6632.

- 979 En date du 6 novembre 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) avait d'abord décidé, à une très courte majorité, de proposer un contre-projet indirect à cette initiative en incluant les éléments suivants. Premièrement, « les juges restent élus par l'Assemblée fédérale (Chambre réunies), sur proposition de la Commission judiciaire (CJ). La proposition de cette dernière s'appuie désormais sur une présélection effectuée par une commission spécialisée. Cette dernière tient uniquement compte de l'aptitude professionnelle (y c. linguistique) et personnelle des candidats (en mettant éventuellement en place une procédure en deux étapes) ». Deuxièmement, « les juges sont élus pour un mandat d'une durée fixe de six ans. Leur réélection est automatique ou effectuée par la CJ sur proposition de la commission spécialisée ». Troisièmement, « les juges peuvent en tout temps être révoqués sur proposition de la CJ en cas de violation grave et intentionnelle du devoir de fonction et/ou d'incapacité à exercer leurs fonctions ». Quatrièmement, « l'indépendance des juges par rapport aux partis doit être garantie. Il convient d'examiner des solutions visant à remplacer les contributions aux partis »²¹¹¹. Le 3 décembre 2020, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) avait décidé, par six voix contre six et 1 abstention, grâce à la voix prépondérante de son président, de laisser son homologue du Conseil national poursuivre ses travaux²¹¹². Le 15 janvier 2021, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a finalement décidé par 13 voix contre 11 et 1 abstention de ne pas soumettre de contre-projet au Parlement estimant que le système actuel fonctionne globalement bien.
- 980 Nous présenterons ici l'initiative, en mettant en exergue les objectifs qu'elle poursuit, ainsi que la méthode proposée pour les atteindre. Cette analyse permettra de constater que la procédure proposée ne constitue pas nécessairement le remède aux maux du système actuel. Avant cela, il convient de consacrer une très brève partie à l'histoire du tirage au sort.

2.3.6.2. Très bref historique du tirage au sort en politique

- 981 Bien qu'une désignation par tirage au sort puisse paraître, à première vue, révolutionnaire, elle ne constitue pas totalement une nouveauté dans le paysage institutionnel suisse et international. Cet instrument démocratique apparaît, en effet, dès le V^e siècle avant notre ère dans la Grèce antique. Il constitue alors un des moyens de rapprocher le pouvoir des citoyens ainsi de garantir l'égalité des chances dans l'accès aux charges publiques sur la base d'une présomption de compétence des citoyens²¹¹³. A Athènes, sont choisis aléatoirement les membres de la Boulé, principal organe démocratique, qui cumule des fonctions transversales allant de la préparation de projets de loi à la supervision de l'administration publique²¹¹⁴. Le tirage au sort s'applique également aux jurés du tribunal (l'*Héliée*), choisis au début de chaque procès parmi 6000 citoyens éligibles²¹¹⁵. A Rome, pendant la république, le tirage au sort est appliqué pour déterminer l'ordre dans lequel votent les centuries dans le cadre des comices²¹¹⁶.
- 982 L'instrument aléatoire réapparaît aux XII^e et XIII^e siècles au sein des Républiques italiennes de Gênes, de Florence, de Pise et de Venise, notamment. Le tirage au sort doit alors servir à entraver les tentatives d'influences et les manipulations frauduleuses en neutralisant les luttes entre les diverses factions, clans et familles pour l'accession au pouvoir²¹¹⁷. Il facilite de ce fait la distribution équilibrée du pouvoir et la rotation des charges, tout en pérennisant le système aristocratique, en particulier à Gênes et à Venise. Au sein de ces cités-Etats, le doge est tiré au sort parmi les membres du Grand Conseil puis nommé à vie. A Florence, les membres de la *Signoria*, l'autorité exécutive la plus importante de la cité, du Conseil législatif et des commissions du

²¹¹¹ Initiative parlementaire n° 20.480. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200480> (dernière consultation : 17.11.2020).

²¹¹² <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2020-12-03.aspx?lang=1036> (dernière consultation : 30.12.2020).

²¹¹³ MEUWLI, p. 16 ; SINTOMER, pp. 40 ss. Les femmes et les esclaves restaient toutefois exclus de la vie publique.

²¹¹⁴ SINTOMER, pp. 42 s.

²¹¹⁵ *Idem*, pp. 43 ss.

²¹¹⁶ MEUWLI, p. 18.

²¹¹⁷ SINTOMER, p. 62 ; MEUWLI, p. 18. Pour les détails, cf. not. HARIVEL Maud, La pratique du tirage au sort électoral dans les républiques de Gênes et de Venise (XVI^e-XVIII^e siècles), in : Chollet Antoine/Fontaine Alexandre (éd.), *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe (XVI^e-XXI^e siècles) – Erfahrungen des Losverfahrens in der Schweiz und in Europa (16. – 21. Jahrhundert)*, Berne 2018, pp. 25 ss.

gouvernement sont choisis par le hasard²¹¹⁸. Le tirage au sort est toutefois combiné à l'élection ; une sélection préalable est en effet effectuée au sein des familles patriciennes ou par des comités électoraux.

En Suisse, le tirage au sort est appliqué aux XVII^e et XVIII^e siècles, notamment dans les cantons ruraux de Glaris et de Schwyz, pour l'attribution des principales fonctions publiques. Son but est alors de lutter contre la corruption, répandue au sein de la *Landsgemeinde*²¹¹⁹. Afin de lutter contre les manœuvres frauduleuses utilisées lors des élections des magistrats (les brigues), la méthode aléatoire est également utilisée dans certains cantons urbains (Berne, Fribourg, Bâle et Schaffhouse notamment) et dans les villes (Genève, Neuchâtel et Sion)²¹²⁰. L'instrument aléatoire est également introduit durant la République helvétique (1798-1803) pour la désignation des députés des Chambres législatives (Grand Conseil et Sénat) ainsi que celle des juges des tribunaux cantonaux et du Tribunal suprême²¹²¹. Plus récemment, le tirage au sort est resté valable s'agissant de certains aspects relatifs à l'élection du Conseil fédéral, notamment²¹²².

Le sort sera réintroduit en politique au début des années 1970, notamment aux Etats-Unis et en Allemagne, dans le cadre des jurys citoyens. Ces assemblées, appelées à donner leur avis sur les questions de politiques publiques, sont alors choisies aléatoirement parmi la population²¹²³. Le but visé est de favoriser la participation citoyenne dans le processus décisionnel, et ainsi de répondre à la crise de légitimité du système politique – et des partis qui le composent²¹²⁴. Dans cette optique, diverses propositions visant à désigner aléatoirement une partie des autorités législatives ont été récemment lancées tant à l'étranger qu'en Suisse²¹²⁵. Le sort a également été appliqué dans le cadre de la désignation d'assemblées constituantes, en Colombie-Britannique (province du Canada), en Islande et en Irlande²¹²⁶. De nos jours, le tirage au sort est donc davantage envisagé comme un mécanisme contribuant à renforcer la démocratie, en garantissant l'égalité entre les citoyens dans l'accès aux charges publiques ainsi qu'en renforçant la représentativité sociale dans les institutions.

2.3.6.3. La procédure de désignation proposée par l'initiative

a) *La présélection par une commission d'experts : une garantie de recrutement objectif ?*

L'initiative propose qu'une commission d'experts indépendants soit, tout d'abord, chargée d'examiner les compétences des candidats puis décide de l'admission au tirage au sort. La mise en place d'une telle institution aurait, selon les initiants, pour mérite de dépolitiser la procédure de sélection des juges, confiée jusqu'ici à un organe exclusivement politique. La commission aurait pour tâche de présélectionner les candidats « selon des critères objectifs d'aptitude professionnelle et personnelle à exercer la fonction de juge au Tribunal fédéral » (art. 188a al. 2 nouveau). Pour les initiants, « [l]e législateur devrait fixer concrètement ces critères. Pour pouvoir participer au tirage au sort, il faut notamment avoir une formation juridique complète et plusieurs années d'expérience professionnelle, bénéficier d'une réputation irréprochable et être fiable »²¹²⁷.

Les membres de la commission seraient désignés par le Conseil fédéral pour un mandat unique de douze ans (art. 188a al. 3 Cst., 2^e phrase, nouveau). Ce mode de désignation fait l'objet de certaines critiques. D'abord, le texte de l'initiative ne précise pas selon quels critères les membres de cette commission seraient nommés. Ensuite, par ce biais, risqueraient d'être désignées au sein de la commission des personnes représentant les

²¹¹⁸ Pour les détails, cf. SINTOMER, pp. 61 ss.

²¹¹⁹ Pour les détails, cf. DUPUIS, pp. 69 ss.

²¹²⁰ MEUWLI, pp. 22 et 46. Cf. ég. BARAT, pp. 255 s.

²¹²¹ Cf. *supra*, N 38. Pour les détails, cf. MELLINA, pp. 207 ss.

²¹²² Cf. BIAGGINI, BV Kommentar, N 13a ad art. 34.

²¹²³ Pour les détails de ces diverses expériences démocratiques, cf. not. SINTOMER, pp. 147 ss.

²¹²⁴ *Idem*, p. 163.

²¹²⁵ Cf. not. le collectif de citoyens « Génération nomination » ayant pour objectif, à moyen terme, de lancer une initiative fédérale visant la désignation par tirage au sort des membres du Conseil national. [www.genomi.ch] (dernière consultation : 06.05.2020).

²¹²⁶ SINTOMER, pp. 79 ss ; cf. ég. VAN REYBROUCK David, Contre les élections, Actes Sud, Arles 2014, pp. 133 ss.

²¹²⁷ [https://www.justiz-initiative.ch/fr/initiative/questionsreponses.html] (dernière consultation: 05.05.2020).

tendances politiques du Conseil fédéral²¹²⁸. En conséquence, les considérations politiques pourraient garder un poids décisif dans la procédure de désignation des juges fédéraux²¹²⁹.

987 Cette crainte n'est pas dénuée de fondement. Cependant, elle paraît secondaire au vu des améliorations que pourrait constituer l'instauration d'un tel organe. La sélection par une commission apolitique contribuerait, en effet, indéniablement à dépolitiser et rendre plus objectif le recrutement des magistrats. Ses membres ne représenteraient d'ailleurs plus les intérêts des seuls partis politiques. En conséquence, le cercle des candidats potentiels à la fonction de juge fédéral s'élargirait, étant donné que l'appartenance politique ne constituerait plus une condition de fait pour postuler.

988 En outre, l'initiative prévoit que les membres de cette commission spécialisée devront être « indépendants des autorités et des organisations politiques dans l'exercice de leur activité » (art. 188a al. 3, 3^e phrase, nouveau). Les initiants pensent ici à des juristes expérimentés recrutés parmi les juges, les professeurs d'université et les avocats²¹³⁰. Par « autorité politique », les initiants entendent vraisemblablement l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral. Ni le Tribunal fédéral ni les autres tribunaux de la Confédération ne semblent entrer dans ce champ d'application, de sorte que les membres de ces juridictions – ainsi que ceux des tribunaux cantonaux – pourraient vraisemblablement aussi appartenir à ce panel d'experts²¹³¹.

989 Quant à la notion d'« organisation politique », elle semble viser avant tout les partis politiques. A l'instar du Professeur Andreas GLASER, on peut se demander s'il ne faut pas considérer qu'entrent aussi dans ce champ d'application les syndicats, les fédérations patronales et autres groupes d'intérêts, de sorte que des juristes membres de ces organisations pourraient être exclus de la commission²¹³². La loi d'application devrait donc préciser ce point.

990 Le système proposé par l'initiative permet donc théoriquement à chaque candidat, indépendamment de sa sensibilité (a)politique, de se présenter à la fonction de juge fédéral²¹³³. Toutefois, afin d'accéder à celle-ci, le candidat devrait encore passer le « filtre » de la commission d'experts. Bien que cette étape préalable permette, du moins en théorie, que seuls des candidats techniquement compétents puissent être tirés au sort, elle attribue néanmoins à la commission un pouvoir fondamental, qui peut paraître problématique.

991 En effet, le texte de l'initiative ne prévoit aucune règle quant au déroulement de la procédure. A l'exception de la représentation des langues officielles²¹³⁴ et de la mention quelque peu floue « d'aptitude professionnelle et personnelle »²¹³⁵, il n'est pas précisé selon quels critères les candidats seront admis au tirage au sort. Cette incertitude pourrait entraîner une présélection selon des critères subjectifs variant en fonction du candidat, la procédure restant ouverte à certains abus (favoritisme, discrimination, etc.). Ainsi, les membres de la commission pourraient entraver l'accès au tirage au sort à des candidats aptes, et ceci sans devoir en rendre compte à un autre organe²¹³⁶. En effet, l'initiative ne prévoit pas de voie de droit contre les décisions de la commission²¹³⁷.

²¹²⁸ GLASER, pp. 1251 ss. Cf. ég. LANGER Lorenz, « Die Akzeptanz ist zentral », NZZ, 22.08.2018, p. 10 ; DAVID/SCHUHMACHER (propos de Niccolò RASELLI et Mark LIVSCHITZ), p. 8.

²¹²⁹ DAVID/SCHUHMACHER, p. 8 (propos de Niccolò RASELLI et Mark LIVSCHITZ) ; RASELLI, Justiz-Initiative, pp. 277 s.

²¹³⁰ [<https://www.justiz-initiative.ch/fr/initiative/questionsreponses.html>] (dernière consultation : 05.05.2020).

²¹³¹ *Contra* : GLASER, p. 1258 qui estime que le Tribunal fédéral étant une autorité au sens de l'art. 188 al. 1 Cst., ses membres ne pourraient pas être membres de la Commission. Or, à notre sens, cette disposition constitutionnelle ne lui donne pas pour autant le statut d'autorité politique, compte tenu de l'indépendance dont il bénéficie précisément vis-à-vis des autres organes politiques (art. 191c Cst.). Il en va par ailleurs de même des autres juridictions fédérales et cantonales.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ Par ailleurs, la désignation au Tribunal fédéral des juges actuellement en place au sein des (autres) juridictions fédérales et cantonales – et qui sont donc pour la grande majorité d'entre eux déjà affiliés politiquement – ne serait pas nécessairement compromise étant donné que l'initiative n'interdit pas une appartenance partisane. Dans ce sens : RASELLI, Justiz-Initiative, p. 278.

²¹³⁴ Art. 188a al. 1 Cst. nouveau

²¹³⁵ Art. 188a al. 2 Cst. nouveau.

²¹³⁶ GLASER, p. 1259. Cf. ég. RASELLI, Justiz-Initiative, p. 280.

²¹³⁷ GLASER, p. 1259.

Un autre problème est l'absence d'un nombre minimal de candidats à soumettre au tirage au sort. Ainsi, la commission pourrait même décider de ne pas sélectionner plus de candidats aptes qu'il y a de sièges à attribuer, de sorte que la désignation (par tirage au sort) serait tacite. On peut en effet se demander si la commission pourra ou souhaitera²¹³⁸ présélectionner suffisamment de candidats à compétences égales afin d'organiser un véritable tirage au sort²¹³⁹. Dans le cas contraire, le nouveau système risquerait sérieusement de compromettre le but démocratique pourtant visé par l'initiative. Pour limiter ce risque, il faudrait donc que la commission d'experts soit tenue de soumettre au tirage au sort deux candidats au moins pour chaque poste.

992

b) Le tirage au sort : quel rôle ?

Au vu du pouvoir considérable que détient la commission d'experts, laquelle n'est tenue qu'à des critères imprécis et subjectifs de mérite, on peut se demander quel rôle peut encore jouer le tirage au sort. A cet égard, le Professeur Andreas GLASER décrit cette institution comme une « *Feigenblatt* », qui viserait à dissimuler le véritable objectif de l'initiative, à savoir le remplacement de l'élection démocratique par la nomination par une commission technocratique-élitiste, légitimée par l'exécutif²¹⁴⁰.

993

En outre, pour les initiants, en plus de permettre l'égalité des chances, le tirage au sort aurait également pour rôle de garantir, au sein du Tribunal fédéral, une (meilleure) représentation des diverses sensibilités (sociales, politiques, etc.) présentes dans le pays. Or, selon le système proposé, la parité sexuelle ou tout autre aspect pouvant entrer dans la définition des « sensibilités présentes dans le pays » dépendraient du seul hasard. En conséquence, si les initiants souhaitent effectivement atteindre une représentativité, celle-ci devrait être clairement définie lors de la présélection²¹⁴¹. On peut alors constater que la commission d'experts constitue bien la « cheville ouvrière » de cette réforme, le tirage au sort restant quelque peu anecdotique – et ce malgré le titre de l'initiative.

994

Pour le surplus, le tirage au sort proposé par l'initiative n'est pas vraiment en phase avec la tradition démocratique de notre pays. Les expériences aléatoires des cantons suisses des XVII^e et XVIII^e siècles ont été mises en place non pas pour garantir l'égalité des chances, mais dans l'optique d'éradiquer la corruption qui faisait rage à cette époque. En revanche, l'élection des magistrats par le peuple ou ses représentants constitue une tradition pluricentenaire ; elle est si fortement ancrée dans les mentalités helvétiques²¹⁴² qu'une modification aussi radicale que celle proposée par l'initiative paraît illusoire. En outre, une désignation par tirage au sort remettrait en question la légitimation démocratique du Tribunal fédéral, aspect qui n'est pas à sous-estimer²¹⁴³.

995

2.3.6.4. L'autre innovation de l'initiative : la suppression de la réélection (aperçu)

L'initiative sur la justice propose également de supprimer la réélection. Les juges resteraient désormais en place jusqu'à « cinq ans après qu'ils ont atteint l'âge légal de la retraite » (art. 145 al. 1, 2^e phrase Cst. nouveau), ce qui renforcera leur indépendance. Pour les initiants, les juges n'auront « pas à se demander s'ils seront réélus juste parce qu'ils ont éventuellement rendu un jugement déplaisant pour des cercles influents.

996

²¹³⁸ Par exemple, si ses membres se mettaient d'accord pour élire, chacun son tour, un de leur pupille (par ex. le professeur d'université qui nommerait son ancien assistant, le juge son greffier, etc.). Des règles sur la récusation devraient dans tous les cas être prévues.

²¹³⁹ GLASER, pp. 1259 s. FF 2020 6609, p. 6627.

²¹⁴⁰ *Ibid.*

²¹⁴¹ Par exemple, en réservant un nombre de places aux candidats appartenant ou n'appartenant pas à des partis politiques, aux femmes et aux hommes, etc.

²¹⁴² Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 35 ; ZAPPELLI, Le juge, p. 115.

²¹⁴³ Dans ce sens : RASELLI, Justiz-Initiative, p. 279 ; FF 2020 6609. Pour le surplus, cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 2.2.2.

Ils peuvent rendre des arrêts sans avoir à en craindre les conséquences négatives pour leur existence économique »²¹⁴⁴. A noter que l'élection à durée indéterminée ne s'appliquerait pas seulement aux juges nouvellement désignés, mais également à ceux actuels, qui pourraient ainsi rester en place jusqu'à 68 ans²¹⁴⁵, limite d'âge actuellement prévue par la législation fédérale (art. 9 al. 2 LTF).

- 997 En outre, comme contrepartie à la désignation pour une durée indéterminée, l'initiative propose d'ajouter un deuxième alinéa à l'art. 145 Cst., en ce sens que l'Assemblée fédérale, sur proposition du Conseil fédéral, peut révoquer « à la majorité des votants un juge au Tribunal fédéral, si le juge a violé gravement ses devoirs de fonction (let. a), ou qu'il a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction (let. b) ». Nous reviendrons sur ces différents aspects dans le chapitre 4 de la troisième partie de notre travail²¹⁴⁶.

2.3.7. Synthèse intermédiaire et appréciation personnelle

- 998 Chaque mode de désignation présente un certain nombre d'avantages et d'inconvénients. L'élection par le peuple ou le Parlement garantit à la justice une légitimité démocratique, qui est importante, en particulier au sein des juridictions supérieures où l'acte de juger peut, parfois, être considéré comme politique. Au sein des instances inférieures, en revanche, l'argument démocratique perd de sa force et une sélection, voire même une désignation par un organe indépendant des trois pouvoirs ou par une autorité judiciaire paraît concevable.
- 999 Néanmoins, l'élection par le Parlement doit être nettement préférée à l'élection populaire. Celle-ci comporte, en effet, de nombreux risques, en particulier lorsque le candidat doit mener une campagne électorale, difficilement compatible avec son (futur) devoir de réserve. Du reste, l'élection tacite est souvent pratiquée, de sorte que ce sont exclusivement les partis politiques qui se répartissent les postes judiciaires entre eux. Une désignation par tirage au sort doit également être écarté.
- 1000 Au préalable, l'élection par le Parlement devrait être préparée par un organe indépendant et non partisan – un conseil de la magistrature ou une commission d'experts – chargé de mettre au concours les postes, de procéder à la sélection des candidats, puis de les proposer à l'autorité de désignation. Ce système se généralise peu à peu en Suisse, même si de nombreux cantons – principalement alémaniques – et la Confédération laissent cette compétence à une commission parlementaire, qui est donc intrinsèquement politique.
- 1001 Cet organe de sélection devrait être composé d'un nombre restreint de députés, représentant au maximum un quart des sièges. Au moins la moitié des sièges devrait être attribuée à des membres du pouvoir judiciaire (magistrats en fonction ou anciens magistrats). Le quart restant devrait être octroyé à des personnes de la société civile indépendantes des partis politiques, par exemple des avocats, des professeurs de droit, et aussi (mais de manière limitée) des personnes n'ayant pas ou peu d'expériences juridiques (économistes, psychologues, experts en management, membres d'organisations non gouvernementales), qui pourraient apporter un autre regard sur la profession²¹⁴⁷. Par exemple une commission de douze personnes pourrait être composée de six juges, trois parlementaires et trois experts indépendants. En cas d'égalité des voix, le président (qui devrait être un juge ou un expert indépendant) tranche.
- 1002 Les membres de cet organe seraient élus par le Parlement, ce qui leur garantit une légitimité démocratique. Les magistrats seraient cependant proposés par leurs pairs. A l'instar du canton du Valais, pourrait être mis en place un droit de veto, en ce sens que le Parlement pourrait refuser les propositions qui lui sont faites, mais ne pourrait pas désigner lui-même une autre personne à la place de celle qui lui serait proposée.
- 1003 Par ailleurs, au niveau cantonal, il serait bénéfique de permettre à des membres hors canton de siéger au sein de ces organes de sélection, ce qui contribuerait, par la même occasion, à renforcer l'indépendance de ceux-

²¹⁴⁴ [<https://www.justiz-initiative.ch/fr/initiative/questionsreponses.html>] (dernière consultation : 05.05.2020).

²¹⁴⁵ Art. 197 ch. 12 Cst. : disposition transitoire ad art. 145, 168, al. 1, et 188a.

²¹⁴⁶ Cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 4.

²¹⁴⁷ Comme c'est le cas par exemple au sein des diverses commissions de sélections judiciaires au Royaume-Uni. Cf. *supra*, N 613 ss, 649 ss, 663 s.

ci²¹⁴⁸. On pense notamment à la présence de juges d'autres cantons, qui n'auraient pas ou peu de lien avec les candidats en question, et qui pourraient donc les évaluer sans *a priori*.

En outre, la procédure de désignation devrait être rendue la plus transparente possible, ceci notamment afin d'accroître la confiance de la population dans l'activité des tribunaux²¹⁴⁹. Le grand public doit, en effet, pouvoir connaître le déroulement du processus de désignation, notamment les raisons (subjectives ou objectives) qui ont amené à choisir un candidat plutôt qu'un autre²¹⁵⁰. On notera toutefois que selon la législation fédérale actuelle, les procès-verbaux des commissions parlementaires sont gardés confidentiels²¹⁵¹.

Enfin, l'autorité de désignation ne devrait pas pouvoir facilement s'écarter des recommandations de l'organe indépendant de sélection. A cet égard, une solution pourrait consister à rendre le préavis de celui-ci en partie contraignant pour l'autorité de désignation, en ce sens que celle-ci pourrait soit accepter le candidat, soit le refuser, mais ne pourrait pas en élire un autre à la place²¹⁵². Ce droit de veto doit toutefois être utilisé judicieusement par l'organe d'élection afin de ne pas entraver le travail de la commission. Pour atteindre ce but, il conviendrait dès lors de limiter – par exemple, à deux fois – le nombre de droits de veto pour chaque poste.

Enfin, indépendamment du choix de l'autorité de désignation, le monopole que les partis exercent sur l'ensemble du processus reste problématique. Ainsi, la magistrature se prive de potentiels candidats, qui, comme nous le verrons, sont susceptibles d'être atteints dans leurs droits fondamentaux.

2.4. Le monopole des partis politiques dans la désignation des juges

2.4.1. La problématique : une affiliation partisane limitant l'accès à la profession de juge

L'élection des magistrats helvétiques reste souvent l'apanage des partis politiques. Pour accéder à une fonction judiciaire, il faut, en effet, généralement être membre d'un parti, ou, du moins, en être suffisamment proche au point d'accepter d'être présenté par celui-ci²¹⁵³. Cette règle vaut en particulier pour les juges des tribunaux fédéraux ainsi que des cours cantonales supérieures.

L'obligation d'être membre d'un parti politique, ou du moins d'être soutenu par celui-ci, a pour conséquence inéluctable de limiter l'accès à la profession de juge²¹⁵⁴. Elle réduit en effet pratiquement à néant les chances d'un aspirant juge ne se reconnaissant dans aucun parti politique – ou qui refuserait d'y adhérer – d'accéder à la magistrature²¹⁵⁵, et ce même s'il bénéficie par hypothèse de qualités professionnelles et humaines égales ou supérieures au candidat engagé politiquement²¹⁵⁶. Ainsi, ce système dissuaderait des candidats de valeur à postuler²¹⁵⁷.

²¹⁴⁸ Cf. PELLATON, N 1060 ss s'agissant des membres d'une autorité disciplinaire. Cette solution semble notamment possible à Fribourg pour les « deux autres membres » (art. 126 al. 1 let. h Cst./FR) parmi les neuf membres du Conseil de la magistrature fribourgeoise. En ce sens : PELLATON, N 1062 ; VALLET, N 30 s.

²¹⁴⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 276 ; GASS, p. 604.

²¹⁵⁰ Cf. Recommandation CM/Rec (2010), § 48 ; CCJE, avis n° 10, § 50 ; CCJE, avis n° 21 § 26.

²¹⁵¹ Le principe de transparence ne s'applique, en effet, ni aux délibérations ni aux documents de séances de commission, qui demeurent confidentiels (cf. art 47 LParl en relation avec l'art. 4 LTrans). Cf. toutefois le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 18 août 2017 (FF 2017 6425) proposant de publier davantage de documents que jusqu'à présent (introduction d'un nouvel art. 47a LParl et 8 OLPA), à l'exception cependant, et précisément, des procès-verbaux des séances des commissions.

²¹⁵² Il n'est pas exclu qu'un droit de veto prévu au niveau législatif puisse se trouver en contradiction avec des dispositions constitutionnelles prévoyant que le Parlement ou le corps électoral est compétent pour élire les membres du pouvoir judiciaire. Une modification de la Constitution s'avère donc une solution plus prudente. Pour le cas du Valais, cf. MAHON/RUSSO, Constitutionnalité, N 28 ss.

²¹⁵³ ZAPPELLI, Le juge, p. 89 ; GASS, p. 603. A cet égard, la phrase du juge fédéral Thomas STADELMANN est particulièrement symptomatique : « *Etwas auf die Spitze gibt es drei Auswahlkriterien : erstens die Parteizugehörigkeit, dann das Geschlecht und schliesslich die Parteizugehörigkeit* », citée par GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, N 598.

²¹⁵⁴ AMOOS PIGUET, N 25 ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 275.

²¹⁵⁵ KIENER, Parteibindung, N 3 ; GASS, p. 604 ; RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 9 ; LIVSCHITZ, pp. 94 ss.

²¹⁵⁶ BALMELLI, Quelques remarques, N 7 ; BORGHI, Mainmise, p. 183.

²¹⁵⁷ BORGHI, Mainmise, p. 183 ; AMOOS PIGUET, N 25.

- 1009 En outre, l'affiliation obligatoire ou quasi obligatoire à un parti pourrait amener un candidat à choisir celui-ci non pas selon sa propre idéologie, mais par résignation²¹⁵⁸ ou par opportunisme²¹⁵⁹. A ce sujet, il n'est désormais plus contesté que certains juges, en particulier dans les instances judiciaires (cantonales ou fédérales) inférieures, ont pu adhérer à un parti politique sans nécessairement en partager (entièrement) l'idéologie, ceci dans le but d'accéder au poste qui était « réservé » à ce même parti²¹⁶⁰. D'ailleurs, même après avoir rejoint un parti, des changements « tactiques » peuvent être observés²¹⁶¹.
- 1010 Du reste, certains partis politiques auraient tendance à privilégier des membres de longue date, dont ils savent que les idées sont plus partisans et affirmées et à qui ils doivent une certaine reconnaissance pour les services rendus²¹⁶². Cela fait dire à Marco BORGHI que les partis « se transforment [alors] en véritables agences de placement privilégiant, par l'intermédiaire de leurs représentants au sein des organes étatiques, leurs acolytes au détriment de candidats potentiellement meilleurs »²¹⁶³.

2.4.2. La justification : une représentation des divers courants sociaux et politiques au sein des tribunaux

2.4.2.1. Les partis politiques comme intermédiaires entre le peuple et l'Etat

- 1011 Pour de nombreux auteurs, le système de désignation politique tel que pratiqué en Suisse garantit, au sein de la magistrature, une vaste représentation des divers courants et sensibilités de la société (« *Weltanschauung* »)²¹⁶⁴, ce qui permet, à son tour, une meilleure acceptation des jugements au sein de la population²¹⁶⁵.
- 1012 Ce pluralisme est représenté par les partis politiques, qui constituent le lien entre les citoyens et les autorités étatiques²¹⁶⁶. Ce rôle leur a été expressément reconnu lors de la dernière révision totale de la Constitution fédérale, qui a introduit l'article 137 Cst :

« Les partis politiques contribuent à former l'opinion et la volonté populaires. »

- 1013 Selon une définition traditionnelle, sont des partis politiques les organisations qui, au nom des intérêts sociaux communs de leurs membres, cherchent à influencer la politique de l'Etat²¹⁶⁷. Ils recrutent ainsi du personnel politique et organisent la sélection des candidats aux fonctions publiques à travers des procédures internes.
- 1014 L'intervention des plus importantes formations politiques dans le processus électoral permet une représentation au sein des tribunaux des principales visions politiques et sociétales²¹⁶⁸. En outre, la fragmentation du système politique en de nombreux partis, propre à la Suisse, contribue à la diffusion étendue et nuancée des

²¹⁵⁸ AMOOS PIGUET, N 19 ; BORGHI, Mainmise, p. 183 ; BALMELLI, Quelques remarques, n. 14. *Contra* : SEILER, Richter 2006, N 35, pour qui chacun est libre de s'affilier à un parti politique ; il n'est pas nécessaire d'être en accord avec toutes les idées de celui-ci, mais de partager plus ou moins son courant idéologique.

²¹⁵⁹ Cf. BORGHI, Ethique, N 37, pour qui une affiliation stratégique à un parti, guidée par des simples motifs utilitaires, violerait un précepte éthique incontesté.

²¹⁶⁰ Cf. par ex. DAVID/SCHUHMACHER (propos de Mark LIVSCHITZ), p. 10. En particulier, il a été parfois difficile pour l'UDC, en raison de ses victoires électorales de ces vingt dernières années, de trouver, parmi ses membres, suffisamment de candidats qualifiés. Il est donc probable que certains aspirants magistrats aient pu profiter de l'occasion pour être élus, sans partager nécessairement les idées phares du parti agrarien.

²¹⁶¹ BURGER, p. 58.

²¹⁶² WURZBURGER, Tribunal fédéral, pp. 57 s. En 1960, le Professeur Kurt EICHENBERGER relevait déjà que les partis préfèrent parfois présenter aux fonctions judiciaires une personne moins compétente au détriment d'un autre candidat, par hypothèse meilleur, mais qui ne serait pas d'accord avec la direction du parti. EICHENBERGER, p. 223, n. 4.

²¹⁶³ BORGHI, Mainmise, p. 185. Cf. ég. LIVSCHITZ, p. 255 : « *auf den Zürcher Richterbänken kooptiert sich die politische Elite* ».

²¹⁶⁴ Cf. parmi d'autres SEILER, Richter 2006, N 6 ss ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 271 ; DE WECK, N 10 ; AMOOS PIGUET, N 12.

²¹⁶⁵ KAYSER, p. 51 ; CARPANO, p. 80.

²¹⁶⁶ ALBRECHT, N 14 ; KIENER, Unabhängigkeit, p. 271 ; KAYSER, p. 50 ; SCHIESS RÜTIMANN, p. 133.

²¹⁶⁷ KRIESI, N 1 ad § 26 ; AMOOS PIGUET, N 12.

²¹⁶⁸ KIENER, Unabhängigkeit, p. 267 ; BERTOSSA, N 15. A cet égard, comme le fait remarquer Jean-Luc BACHER, juge du Tribunal pénal fédéral, « il est logique que le candidat qui se déclarerait marxiste-léniniste ou néo-fasciste aurait surtout pour handicap de ne pas partager ses idées politiques qu'avec une frange très mince de la population suisse et même avec aucun député fédéral, ce qui le ferait apparaître comme marginal et limiterait considérablement ses chances d'élection ». BACHER, p. 93.

préoccupations sociales au sein de la justice²¹⁶⁹. La présence des (membres) des partis politiques au sein des tribunaux permet également de préserver l'indépendance de la justice, en ce sens qu'ils se contrôlent mutuellement²¹⁷⁰. Ce phénomène est rendu possible à travers le principe de la concordance, caractérisant la démocratie helvétique.

2.4.2.2. La démocratie de concordance

La démocratie de concordance ou de consensus – par opposition à celle majoritaire – veut que les principales forces politiques du pays se voient attribuer les postes importants au sein des organes étatiques ou para-étatiques, y compris les tribunaux, proportionnellement à leur poids électoral²¹⁷¹. Par ce mécanisme, les partis politiques participent aux prises de décision, fondées en grande partie « sur la recherche d'accords à l'amiable et de compromis largement acceptés »²¹⁷². Les politologues Arend LIJPHART et Gerhard LEHMBRUCH ont décrit la Suisse comme le prototype d'une démocratie consensuelle²¹⁷³. Ces chercheurs sont arrivés à la conclusion que dans certains petits pays européens, comme la Belgique, les Pays-Bas, les pays scandinaves, l'Autriche et la Suisse précisément, il est possible de développer un système politique stable, et ce malgré des différences culturelles et sociétales²¹⁷⁴. La démocratie de concordance permet en outre d'intégrer les plus petites formations politiques au sein des institutions, ce qui évite une polarisation du système²¹⁷⁵. En Suisse, l'âge d'or de la démocratie concordataire se situe entre la fin des années 1950 et le début des années 1990, période durant laquelle les quatre grands partis du pays (PRD, PDC, PS, UDC) étaient représentés au sein des institutions proportionnellement à leur force électorale²¹⁷⁶.

Sur le plan fédéral, la concordance s'est toutefois quelque peu affaiblie depuis le début du XXI^e siècle²¹⁷⁷. L'essor de l'Union démocratique du Centre (UDC) dans les années 1990 a engendré une forte polarisation du système politique. L'élection au Conseil fédéral de son chef de file Christoph BLOCHER fin 2003 et l'éviction consécutive de Ruth METZLER (PDC) du Gouvernement a été le premier point de rupture. Puis la non-réélection en 2007 de M. BLOCHER, au profit de sa collègue de parti, Eveline WIDMER-SCHLUMPF, qui sera ensuite exclue de l'UDC et créera son propre parti, le PBD, accentuera les tensions politiques. La conseillère fédérale grisonne sera ensuite réélue en 2011, alors qu'elle représentait un parti qui ne détenait que 5.4% des voix au Parlement. L'UDC, le plus fort parti de Suisse, se trouvera en conséquence sous-représenté au sein du Conseil fédéral entre 2008 et 2015²¹⁷⁸.

²¹⁶⁹ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 271 ; ATF 138 I 217.

²¹⁷⁰ SEILER, *Die Parlamente*, p. 14.

²¹⁷¹ LINDER, N 27 ad § 33 ; KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 267.

²¹⁷² MORANDI, p. 1.

²¹⁷³ LIJPHART Arend, *The Politics of Accommodation – Pluralism and Democracy in the Netherlands*, 2^e éd., Berkeley 1968 ; *Idem*, *Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in 36 Countries*, New Haven/Londres 1999, pp. 249 ss ; LEHMBRUCH Gerhard, *Proportional Democracy – Politisches System und politische Kultur in der Schweiz und in Österreich*, Tübingen 1967, tous cités par VATTER/ACKERMANN, p. 519. Cf. ég. MARTENET, *Séparation*, N 47 : « la fragmentation du paysage politique suisse et l'existence d'un gouvernement fédéral stable composé de membres de formations politiques de droite, du centre et de gauche impliquent, tant qu'elles restent d'actualité, qu'aucun parti ne domine temporairement ou durablement les institutions politiques ».

²¹⁷⁴ VATTER/ACKERMANN, p. 519 et les références citées ; KÜBLER, N 5-8.

²¹⁷⁵ VATTER/ACKERMANN p. 520 ; LINDER, N 28 ad § 33.

²¹⁷⁶ VATTER/ACKERMANN, p. 521 ; MORANDI, p. 2.

²¹⁷⁷ Cf. VATTER Adrian, *Swiss Consensus Democracy in Transition: A Re-analysis of Lijphart's Concept of Democracy for Switzerland from 1997 to 2007*, *World Political Science Review*, 2008 (4), pp. 1-38.

²¹⁷⁸ Cf. KÜBLER, N 11. Mme WIDMER-SCHLUMPF démissionnera après les élections de 2015, lors desquels son parti perdit 1.3 points, pour laisser sa place à un candidat UDC, formation qui avait, elle, augmenté ses suffrages.

2.4.2.3. Le contre-argument : l'absence de légitimation des partis politiques

a) *Le manque de pertinence de l'art. 137 Cst.*

1017 Pour d'autres auteurs, au contraire, les partis politiques ne sont pas légitimés à incarner les diverses sensibilités présentes dans la société, de sorte que le monopole qui leur est réservé en matière de choix des juges ne repose sur aucun fondement²¹⁷⁹. L'existence de l'art. 137 Cst. ne change rien à cette assertion²¹⁸⁰. Tout d'abord, il faut tenir compte du fait que cet article ne mentionne rien au sujet de l'influence des partis politiques sur l'élection des juges. Plusieurs auteurs ne lui accordent d'ailleurs qu'une très faible valeur normative²¹⁸¹. Selon Giovanni BIAGGINI, aucun droit ou obligation ne peut, en effet, découler directement de cette disposition constitutionnelle²¹⁸². Tiziano BALMELLI déplore en outre qu'il n'ait pas été défini ce qu'on entend par partis politiques, qui de toute façon ne peuvent pas être reconnus comme des organes étatiques²¹⁸³.

1018 En conséquence, comme le souligne Patricia SCHIESS RÜTIMANN, les partis politiques ne sauraient se voir accorder, de la part de l'Etat, de privilèges en matière de droits politiques sur la seule base de l'art. 137 Cst.²¹⁸⁴. Celui-ci ne traite d'ailleurs pas du rôle des partis dans les élections et les votations ni encore de leurs rapports entre eux ou avec d'autres groupements²¹⁸⁵. L'interprétation historique de la disposition amène à la même conclusion. En effet, la formulation de l'art. 137 Cst. ne constitue qu'une « épave » du premier projet constitutionnel qui prévoyait plus largement la transparence dans le financement des partis politiques²¹⁸⁶.

b) *La faible représentativité des partis politiques*

1019 L'absence de représentativité des partis politiques est également « exprimée par le très faible nombre d'adhérents, par l'existence d'innombrables autres groupes exerçant une activité politique non reconnue sur le plan institutionnel parlementaire et, lors des élections populaires, par le taux d'absentéisme, le nombre élevé de bulletins blancs ou dont la case indiquant le parti politique a été laissée délibérément vide »²¹⁸⁷. D'ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que la majorité des citoyens n'est pas inscrite à un parti politique ni ne souhaite l'être²¹⁸⁸. En outre, l'absence de démocratie interne au sein des partis politiques et le recours fréquent à la cooptation pour la formation de leurs organes dirigeants mettent en exergue les limites de leur représentativité²¹⁸⁹. En conséquence, il ne peut pas être reconnu aux partis politiques la prérogative de représentativité de la population²¹⁹⁰.

1020 Comme les politologues s'accordent à le dire, en comparaison avec les forces partisans d'autres démocraties européennes, les partis politiques suisses sont de faibles organisations disposant de peu de ressources pour l'exécution de leurs tâches²¹⁹¹. Ce phénomène s'explique principalement par l'absence de financement étatique²¹⁹², par le système de milice, par le fédéralisme et par la démocratie directe, tous des facteurs freinant leur développement²¹⁹³.

²¹⁷⁹ BORGHI, Incostituzionalità, N 8 ; *Idem*, Mainmise, pp. 185 ss ; BALMELLI, Quelques remarques, N 18 ; LIVSCHITZ, pp. 256 s.

²¹⁸⁰ Il en va de même des dispositions constitutionnelles cantonales similaires, not. art. 67 Cst./AG, art. 65 Cst./BE, art. 35 Cst./BL. Cf. BORGHI, Mainmise, p. 185.

²¹⁸¹ BIAGGINI, BV Kommentar, N 3 ad art. 137 ; AUBERT, Petit Commentaire, N 9 ad art. 137 ; SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien, N 151 et les (autres) références citées.

²¹⁸² BIAGGINI, BV Kommentar, N 3 ad art. 137.

²¹⁸³ BALMELLI, Financement, p. 310. Plus nuancé : MARTENET, Séparation, N 47.

²¹⁸⁴ SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien, N 175. Dans ce sens : AUBERT, Petit Commentaire, N 9 ad art. 137.

²¹⁸⁵ SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien, N 175.

²¹⁸⁶ BORGHI, Mainmise, p. 185 citant BELSER/HÄNNI, Parteienfinanzierung, p. 36. Cf. ég. BALMELLI, Financement, pp. 310 ss. Cf. *infra*, N 1138 ss.

²¹⁸⁷ BORGHI, Ethique, N 34.

²¹⁸⁸ BALMELLI, Quelques remarques, N 18.

²¹⁸⁹ *Idem*, Mainmise, p. 186 ; AUER, Quelques remarques, p. 202.

²¹⁹⁰ BORGHI, Incostituzionalità, N 8 ; HÜRLIMANN, N 3.

²¹⁹¹ KRIESI, N 9 ad § 26 ; LADNER, Politische Parteien, p. 361.

²¹⁹² Question sur laquelle nous reviendrons, cf. *infra*, N 1138 ss.

²¹⁹³ KRIESI, N 9 ad § 26 ; LADNER, Politische Parteien, p. 361 ss.

Les auteurs critiquant le monopole judiciaire des partis politiques mettent ainsi en exergue le manque d'affiliation ou d'identification des citoyens aux partis politiques. Cet argument est corroboré par plusieurs études, qui ont montré que, ces dernières décennies, le nombre de membres des partis politiques a diminué. En 1988, selon un rapport du Conseil fédéral, la part de membres ou de sympathisants d'un parti représentait le 11% des citoyens actifs²¹⁹⁴. A la fin des années 1990, environ le 6% des ayants droit au vote étaient membres d'un parti politique²¹⁹⁵. Une étude de 2007 a révélé que ce nombre avait encore diminué de 10%, malgré l'augmentation du nombre d'électeurs²¹⁹⁶. Aujourd'hui, en l'absence d'études plus récentes, on peut donc estimer que moins de 10% des citoyens actifs sont membres d'un parti politique en Suisse.

1021

En outre, à la fin des années 1990, la part de la population suisse s'identifiant à un parti politique était d'environ 50%²¹⁹⁷. Ce chiffre est resté stable depuis lors. En 2010, selon une étude de l'*European Social Survey*, elle était d'environ 55%, ce qui est supérieur à la moyenne européenne (49%)²¹⁹⁸. Selon une autre étude suisse de 2011, la part d'identification à un parti est en moyenne de 40% ; les cantons du Tessin (57%), de Vaud (54%) et de Neuchâtel (50%) constituent le trio de tête²¹⁹⁹.

1022

Le politologue Andreas LADNER a par ailleurs constaté, au niveau local, une érosion de la représentation des partis dans les exécutifs communaux. D'une part, le nombre de sympathisants a diminué de près de 40%. D'autre part, entre 1988 et 2009, le pourcentage des membres d'exécutifs communaux sans parti a doublé, passant de 13% à 26%²²⁰⁰. Aujourd'hui, environ 30 % des communes suisses n'ont pas de membres de partis politiques dans leur exécutif²²⁰¹.

1023

Ces chiffres montrent, selon Mark LIVSCHITZ, que si les décisions judiciaires se doivent de refléter le plus largement possible les valeurs sociétales, alors les jugements d'un pouvoir judiciaire partisan, même composé de manière pluraliste, seraient a priori illégitimes ou inacceptables pour près de la moitié de la population²²⁰².

1024

Niccolò RASELLI tempère quelque peu ce point de vue. Selon l'ancien juge fédéral, il ne faut pas perdre de vue que l'identification de la population aux partis est sujette à de fortes fluctuations et que tous les partis ne sont pas également touchés²²⁰³.

1025

Enfin, on notera que selon l'indice de perception de la corruption de *Transparency international* de 2013, 43% des personnes interrogées considèrent que les partis politiques en Suisse sont touchés ou très touchés par la corruption, ce qui les situe à la première place des institutions affectées par ce fléau²²⁰⁴. Cette étude montre donc, elle aussi, les limites de représentativité sociale des partis politiques.

1026

c) L'existence d'autres groupes d'intérêts et de mouvements sociaux

Les auteurs mettent également en avant l'existence de plusieurs groupes exerçant une activité non reconnue sur le plan institutionnel, et qui ne sauraient dès lors être exclus du processus de désignation des juges. D'une part, dans l'appellation de « parti » peuvent entrer d'autres dénominations (« unions », « alliances », « fronts », « ligues », etc.)²²⁰⁵. D'autre part, les partis politiques ne sont de loin pas les seuls acteurs de la vie politique suisse, comme s'accordent à dire désormais tous les politologues – et ce qu'a également reconnu le Conseil

1027

²¹⁹⁴ FF 1989 I 117, p. 127.

²¹⁹⁵ KRIESI, N 11 ad § 26 ; LINDER, N 37 ad § 64.

²¹⁹⁶ Cf. LADNER, Politische Parteien, p. 379 et la référence citée.

²¹⁹⁷ LINDER, N 37 ad § 64 ; LIVSCHITZ, p. 261.

²¹⁹⁸ Cf. FREITAG, p. 88 et les références citées.

²¹⁹⁹ *Idem*, p. 89 et les références citées.

²²⁰⁰ LADNER, Politische Parteien, pp. 380 s. Les partis politiques non traditionnels (hors du quatuor UDC, PS, PLR et PDC) sont en outre passés de 7 à 13%.

²²⁰¹ LADNER, Demokratie, N 56.

²²⁰² LIVSCHITZ, pp. 261 s.

²²⁰³ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 11. Cf. ég. LADNER, Politische Parteien, pp. 378 s.

²²⁰⁴ Disponible : [https://www.transparency.org/gcb2013/country?country=switzerland] (dernière consultation : 06.05.2020), étude citée par le GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse, § 13.

²²⁰⁵ AUBERT, Petit commentaire, note 12 ad art. 137 ; BORGHI, Mainmise, p. 185.

fédéral²²⁰⁶. En effet, la science politique opère traditionnellement une distinction entre partis politiques, associations d'intérêts et mouvements sociaux.

1028 Les associations d'intérêts, parfois aussi appelées groupes de pression, sont directement impliquées dans la prise de décision politique, ainsi que dans la mise en œuvre des politiques publiques²²⁰⁷. Il s'agit principalement des associations faïtières, dont le but est de défendre les intérêts des membres de leurs professions (les paysans, les membres des professions libérales, les petites et moyennes entreprises, etc.) ainsi que les organisations syndicales. En raison de la mise en place précoce de leurs structures, dès la fin du XIX^e siècle, et de la faiblesse de l'Etat central, les principales associations d'intérêts ont rapidement su s'imposer comme des acteurs centraux de la vie politique suisse²²⁰⁸. Ces « milieux intéressés » (cf. art. 147 Cst.) influencent la vie politique et peuvent, d'une certaine manière, être considérés comme des pouvoirs au sens large²²⁰⁹.

1029 Les mouvements sociaux, quant à eux, exercent également un rôle important dans le processus décisionnel. Contrairement aux partis politiques et aux groupes de pression, ils n'ont pas d'accès institutionnalisé aux lieux de prise de décision politique. En conséquence, ils mobilisent généralement leurs partisans dans des actions de protestation ponctuelles visant à faire part de leurs préoccupations non seulement aux autorités, mais aussi à l'opinion publique²²¹⁰. Ils agissent donc sur la formation de celle-ci à travers leur activité. En Suisse, le fédéralisme et la démocratie directe ont favorisé leur émergence²²¹¹. Les mouvements sociaux actifs ces dernières décennies dans le pays sont principalement les mouvements antinucléaire, pacifiste, des autonomes urbains (squatters), écologistes, de solidarité, féministe et altermondialiste²²¹².

1030 Cela dit, on peut tempérer l'absence de représentation des groupes d'intérêts et des mouvements sociaux au sein des institutions étatiques. En effet, les responsables et les activistes de ces groupements sont souvent impliqués dans des partis politiques partageant une partie de leurs convictions ; de sorte qu'ils ont la possibilité d'être élus dans les institutions par le canal politique²²¹³.

2.4.2.4. La transparence (politique) au sein des tribunaux

1031 Un autre argument souvent invoqué afin de justifier le mode d'élection politique est la transparence qu'il procure au troisième pouvoir. En effet, comme le relevait Philippe ABRAVANEL, « il n'est pas mauvais qu'un juge supérieur et, notamment un juge constitutionnel, ait une appartenance politique connue plutôt qu'une sympathie occulte. A partir d'un certain degré de juridiction tout au moins, un jugement est un acte politique. Or, il n'existe pas de juge aseptique. Il est donc préférable qu'avant de promouvoir un juge de Cour supérieure on connaisse sa famille politique, ce qui permet une répartition proportionnelle des magistrats siégeant en Collège »²²¹⁴. Cette transparence permet ainsi de discerner les tendances politiques des magistrats et empêcher que l'une d'entre elles domine à elle seule le pouvoir judiciaire²²¹⁵. Elle profite également directement au juge, en ce sens que son indépendance s'accroît à mesure qu'il prend conscience de sa dépendance politique²²¹⁶.

²²⁰⁶ Cf. BORGHI, Mainmise, p. 186, qui cite la décision du Conseil fédéral du 12.11.2014, par laquelle il propose au Parlement de ne pas légiférer en matière de transparence des partis politiques, et ce dans le cadre de la procédure de conformité du GRECO (troisième cycle d'évaluation). Ce refus est basé sur le fait que « les partis politiques sont loin d'être les seuls acteurs de la vie politique en Suisse ». Cf. ég. le Message concernant l'initiative populaire « Pour plus de transparence dans le financement de la vie politique », recommandant le rejet de l'initiative. FF 2018 5675, p. 5709. Ces décisions confirment ce que le Gouvernement avait déjà écrit dans un rapport de 1989 sur l'aide aux partis politiques, s'agissant du « faible entendement dans de larges couches de la population pour ce qui touche aux activités des partis ; faible popularité et difficultés de recrutement », FF 1989 I 117, p. 135.

²²⁰⁷ KRIESI, N 1 ad § 26 ; SCHIESS RÜTIMANN, St. Galler Kommentar BV, N 3 ad art. 137 ; MACH, pp. 413 ss ; MOECKLI, N 24.

²²⁰⁸ MACH, pp. 419 et 426 ss ; KRIESI, N 12 ss ad § 26. Cf. ég. MOECKLI, N 23 ss.

²²⁰⁹ MARTENET, Séparation, N 48.

²²¹⁰ KRIESI, N 2 ss ad § 26 ; GIUGNI, p. 391.

²²¹¹ GIUGNI, pp. 393 s.

²²¹² *Idem*, pp. 399 ss.

²²¹³ BALMELLI, Financement, p. 310, n. 1179 ; MOECKLI, N 27.

²²¹⁴ ABRAVANEL, p. 422. Cf. ég. SEILER, Richter 2006, N 8. Sur la collégialité et son importance dans le système judiciaire, cf. *infra*, N 1162 ss.

²²¹⁵ SEILER, Richter 2008, p. 134.

²²¹⁶ *Idem*, Richter 2006, N 41.

Pour Peter ALBRECHT, le système suisse a l'avantage, grâce à sa transparence, de favoriser un meilleur contrôle de l'influence politique sur les juges. En effet, d'autres systèmes de désignation des juges, comme ceux utilisés ailleurs en Europe, ne sont pas à l'abri d'une influence de la politique. Il est donc naïf de présumer que les partis politiques de l'étranger s'abstiennent d'affirmer leurs intérêts au sein de leur magistrature²²¹⁷. Cet avis est partagé par l'ancien juge fédéral Sergio BIANCHI, qui relève que dans les Etats qui utilisent d'autres modes de désignation a priori moins politisés, notamment la France et l'Italie, la connotation politique (ré)apparaît souvent durant la carrière du magistrat, notamment lors de son avancement. Le système suisse paraît donc davantage transparent à cet égard²²¹⁸.

1032

Au contraire, pour Marco BORGHI, l'argument fondé sur la transparence n'est pas soutenable. En effet, d'autres liens, non nécessairement politiques, mais également économiques ou associatifs, tout aussi susceptibles de conditionner le juge, ne sont pas mis à disposition des citoyens et surtout des justiciables. Ainsi, un registre public qui mentionnerait tous ces liens serait plus apte à assurer le but poursuivi que l'unique indication du parti politique du juge²²¹⁹.

1033

On notera à ce propos que les affiliations politiques des juges sont bien indiquées sur les sites du Tribunal administratif fédéral²²²⁰ et du Tribunal pénal fédéral²²²¹. En revanche, elles ne sont plus indiquées, depuis juin 2020, sur le site du Tribunal fédéral²²²². Au niveau cantonal, la tendance qui se démarque est plutôt l'absence d'indication de l'appartenance politique des magistrats. Cependant, le canton de Genève mentionne de telles informations pour la Cour de justice²²²³.

1034

2.4.2.5. Synthèse intermédiaire et appréciation personnelle

On ne saurait nier le rôle fondamental que les partis politiques exercent dans notre système démocratique. Ils constituent, en effet, un rempart contre toute forme d'autocratie menaçant notre Etat de droit. Néanmoins, il est trompeur d'affirmer qu'ils sont les seuls vecteurs d'idées dans notre société (*Weltanschauung*), unique justification pour leur accession à toutes les fonctions étatiques. On ne peut, en effet, nier l'existence d'une sensibilité apaisante, comme le montre le faible pourcentage de membres et de sympathisants des partis politiques, tout comme le succès grandissant des mouvements citoyens²²²⁴. Ainsi, si on considère que le 10% des ayants droit au vote sont membres d'un parti, cela signifie que l'accès à la magistrature est théoriquement fermé pour le 90% d'entre eux.

1035

Certains auteurs répondent à cet argument qu'il n'est pas nécessaire pour un aspirant juge d'être en accord avec toutes les idées véhiculées par un parti, mais qu'il suffit d'en partager les grandes lignes²²²⁵. Toutefois, dans ce cas de figure, il n'est pas certain que le candidat en question représenterait mieux les visions de « son » parti au sein des instances judiciaires qu'un autre candidat, par hypothèse plus proche idéologiquement du même parti, mais qui refuserait par choix de s'y affilier. Or, étant donné que le second n'aurait, selon le système actuel, pratiquement aucune chance d'être élu, le pluralisme politique au sein de l'autorité judiciaire se trouverait quelque peu compromis.

1036

Par ailleurs, le fait de ne pas être membre d'un parti déterminé ne fait pas nécessairement d'un aspirant juge un « eunuque politique »²²²⁶. Il peut, en effet, parfaitement partager un certain nombre de valeurs (philosophiques, religieuses, morales, mais aussi politiques) avec un parti, sans qu'il doive être contraint de s'y affilier.

1037

²²¹⁷ ALBRECHT, N 15.

²²¹⁸ BIANCHI, p. 48.

²²¹⁹ BORGHI, Mainmise, pp. 181 s.

²²²⁰ [https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/juges-et-greffiers/juges.html] (dernière consultation: 06.05.2020).

²²²¹ [https://www.bstger.ch/fr/il-tribunale/giudici/elenco-giudici-penali-federali.html] (dernière consultation : 06.05.2020).

²²²² [https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter.htm] (dernière consultation : 31.07.2020)

²²²³ [http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/listes/magistrats/Magistrats_CJ.pdf] (dernière consultation : 06.05.2020).

²²²⁴ On peut citer à cet égard le succès du mouvement apaisant « Appel citoyen », lequel a obtenu 16 sièges sur 130 lors de l'élection à l'Assemblée constituante valaisanne le 25 novembre 2018.

²²²⁵ SEILER, Richter 2006, N 35 ; BACHER, pp. 92 s.

²²²⁶ Pour reprendre l'expression d'un parti politique. Cf. JURIA.

- 1038 Du reste, de nombreuses études ont montré que les opinions politiques du juge sont appelées à évoluer durant sa carrière, de sorte que son rattachement à un parti ne trouve pas toujours de justification une fois qu'il est en fonction²²²⁷. En outre, il est rare d'entendre un juge reconnaître avoir rendu des jugements en étant influencé par les opinions du parti qui a appuyé son élection²²²⁸, bien au contraire²²²⁹.
- 1039 En définitive, la représentation proportionnelle des partis politiques au sein des instances judiciaires est certes un élément dont il faut tenir compte, mais il ne saurait justifier, à lui seul, l'exclusion d'un aspirant juge n'appartenant à aucune force parlementaire. A ce stade, il convient de se demander si une telle éviction n'est pas susceptible de porter atteinte à certains droits fondamentaux, avant tout à l'interdiction des discriminations.

2.4.3. L'inconstitutionnalité du système en vigueur ?

2.4.3.1. Introduction

- 1040 Pour ses détracteurs, le choix partisan des juges viole plusieurs droits fondamentaux, en particulier l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.) en lien avec le droit de participer à une élection sur la base des seules conditions prévues par la loi, ainsi que l'égalité dans l'accès aux charges publiques (cf. art. 34 Cst. ; art. 25 let. c Pacte ONU II), la liberté d'association (négative) (art. 23 al. 3 Cst.), la liberté d'opinion (négative) (art. 16 Cst. ; art. 10 CEDH) et le droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst., art. 8 CEDH)²²³⁰. Nous rappellerons ici les principes généraux de ces garanties constitutionnelles avant de les appliquer à la désignation politique des juges.

2.4.3.2. L'égalité de traitement et l'interdiction des discriminations

a) La base constitutionnelle (art. 8 al. 1 et 2 Cst.)

- 1041 L'égalité de traitement est consacrée à l'art. 8 al. 1 Cst. (« Tous les êtres humains sont égaux devant la loi »). Ce droit oblige l'Etat à traiter tous les citoyens sur la base des mêmes critères. Il interdit à la fois les distinctions et les assimilations insoutenables²²³¹. Au principe d'égalité de l'alinéa premier, l'alinéa 2 ajoute une interdiction des discriminations²²³². Selon cette disposition, « [n]ul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou physique ». Selon la formule consacrée du Tribunal fédéral, nous sommes en présence d'une discrimination selon l'art. 8 al. 2 Cst. « lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur »²²³³. La discrimination suppose donc qu'une personne se trouvant dans une situation similaire à une autre soit traitée de manière inégale, ceci dans le but ou avec l'effet de la défavoriser, voire de la déprécier²²³⁴, « sur la base d'un critère de distinction qui porte sur un élément essentiel de son identité ne pouvant pas ou que difficilement être modifié »²²³⁵. La discrimination peut être soit directe, c'est-à-dire qu'un acte juridique prévoit une différence de traitement fondée explicitement sur

²²²⁷ RASELLI, N 11 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 7 ss.

²²²⁸ BORGHI, Ethique, N 35 ; BIANCHI, p. 37.

²²²⁹ BIANCHI, p. 47. Durant sa carrière comme membre d'un collège de trois ou de cinq juges, l'ancien juge fédéral relève que, lors des débats, ses collègues de gauche auraient très bien pu être considérés comme des représentants des partis bourgeois, et inversement. L'ex-procureur genevois Bernard BERTOSSA fait le même constat (N 17).

²²³⁰ Particulièrement BORGHI, Incostituzionalità, N 9 ss ; BALMELLI, Quelques remarques, N 16.

²²³¹ MAHON, Droits fondamentaux, N 143.

²²³² Cf. not. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, pp. 441 ss.

²²³³ ATF 143 I 129, consid. 2.3.1.

²²³⁴ Il s'agit à cet égard d'une concrétisation du principe de la dignité humaine de l'art. 7 Cst. Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droits fondamentaux, N 1082.

²²³⁵ ATF 138 I 205, consid. 5.4.

un critère de l'art. 8 al. 2 Cst, soit indirecte, à savoir que l'application de la loi, de prime abord neutre, va inévitablement engendrer des inégalités, sans justification objective²²³⁶.

Le principe de non-discrimination n'interdit cependant pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde le soupçon d'une différenciation inadmissible. Cette présomption ne peut être renversée que par une justification qualifiée, ce qui signifie que la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public important et légitime, être nécessaire et adéquate pour atteindre ce but et respecter globalement le principe de proportionnalité²²³⁷. Le seuil de justification varie selon le critère de différenciation en cause, mais il est dans tous les cas plus élevé que pour une simple inégalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.)²²³⁸.

L'art. 8 al. 2 Cst. mentionne notamment comme critère discriminatoire, les « convictions religieuses, philosophiques ou politiques ». Il s'agit de « conceptions fermes, d'une certaine durée, qu'une personne a du monde ou de la société »²²³⁹. Bernhard PULVER définit les convictions politiques comme « des conceptions qui répondent aux questions de société, à la manière dont la vie commune des êtres humains devrait être organisée et dont le pouvoir devrait être exercé dans une société organisée »²²⁴⁰. Il peut s'agir tant de convictions répandues, dont les adeptes sont organisés, notamment dans des partis politiques, que de conceptions individuelles sans rattachement à une couleur politique spécifique. Sont aussi bien protégées les convictions politiques classiques comme le libéralisme, le socialisme, l'écologisme ou le conservatisme, que celles liées à des courants (plus) radicaux comme l'anarchisme, le fascisme ou le communisme²²⁴¹. Par ailleurs, dans le but de garantir une neutralité de l'Etat, est également protégée l'absence de conviction politique²²⁴². D'une manière générale, l'illicéité d'une distinction en raison d'une conviction se présume fortement²²⁴³.

Au niveau du droit international, le principe de non-discrimination est notamment consacré à l'art. 2 § 1 et 26 du Pacte ONU II ainsi qu'à l'art. 14 CEDH²²⁴⁴. Cette dernière disposition n'a pas de portée indépendante et doit donc être combinée avec une autre disposition de la Convention²²⁴⁵. Ce droit est également prévu dans la plupart des Constitutions cantonales²²⁴⁶.

b) L'égalité dans l'accès aux charges publiques

i. L'article 34 Cst.

Les droits politiques (art. 34 Cst.) sont tous les droits dont l'ensemble des membres d'une communauté politique démocratique dispose afin de participer à la prise de décisions de celle-ci. Ils comportent notamment le droit de participer à une élection, en ayant le droit d'élire (« droit de vote actif ») et le droit d'être élu (« droit de vote passif »)²²⁴⁷. La source des droits politiques se trouve tant au niveau fédéral (art. 136 Cst) que cantonal²²⁴⁸. « Les droits politiques possèdent une double nature, en ce sens qu'ils représentent à la fois un droit subjectif des individus qui en sont titulaires, et un devoir ou, mieux, une fonction [...] qu'il[s] ne saurai[en]t renoncer à exercer »²²⁴⁹.

²²³⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 1044 ss ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, pp. 449 ss.

²²³⁷ ATF 143 I 129, consid. 2.3.1 ; ATF 135 I 49, consid. 6.1 = JdT 2009 I 655 et les références citées.

²²³⁸ ATF 138 I 217, consid. 3.3.5 et la référence citée.

²²³⁹ PULVER, N 365.

²²⁴⁰ *Idem*, N 368.

²²⁴¹ *Ibid.* ; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 632.

²²⁴² Cf. MÜLLER/SCHERER, p. 735.

²²⁴³ PULVER, N 370.

²²⁴⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, pp. 441 s.

²²⁴⁵ La Suisse n'a actuellement ni signé ni ratifié le Protocole additionnel n° 12 qui a rendu l'art. 14 CEDH indépendant. Notre pays a également émis une réserve à l'art. 26 du Pacte ONU II.

²²⁴⁶ Cf. par ex. l'art. 15 Cst./GE.

²²⁴⁷ DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4835 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 13 ss ad § 27.

²²⁴⁸ MAHON, Petit commentaire, N 2 ad art. 34.

²²⁴⁹ *Idem*, Droits politiques, N 8 ad V.14, p. 1502.

- 1046 L'art. 34 Cst. comprend également l'égalité dans les droits politiques : chaque citoyen doit pouvoir participer à une élection, en tant qu'électeur ou candidat, avec les mêmes chances que les autres citoyens²²⁵⁰. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux élections populaires, à l'exclusion donc des élections par le Parlement ou les nominations par le Gouvernement²²⁵¹.
- 1047 Selon le Tribunal fédéral, « les élections ne doivent pas se réduire à une simple confirmation, quasi rituelle, des rapports de force existant entre les forces politiques consolidées : tous les citoyens et toutes les forces politiques (même celles nouvellement créées) doivent pouvoir se porter candidat à parité d'opportunité. Il faut donc censurer [...] toute intervention d'une autorité qui ait pour effet, même indirect, de renforcer ultérieurement la tendance à l'exclusion des candidats et des forces politiques outsiders »²²⁵². En conséquence, l'Etat ne doit pas favoriser, même indirectement, les intérêts des partis politiques²²⁵³. Seules des raisons objectivement justifiées par un intérêt public prépondérant, voire impérieux, permettent de restreindre le droit de vote ou d'éligibilité et de ce fait venir troubler l'égalité politique²²⁵⁴. Ainsi, le fait qu'un groupement diffère dans son organisation des partis traditionnels ne permet pas un traitement inégal, en particulier son exclusion du processus électoral²²⁵⁵. Une distinction fondée sur un des critères de l'art. 8 al. 2 Cst. est encore plus inadmissible si elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs²²⁵⁶.

ii. L'article 25 let. c Pacte ONU II

- 1048 L'égalité des droits politiques est également consacrée par le Pacte ONU II. L'art. 25 let. c de ce pacte garantit le droit de chaque citoyen, « d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ». Cette disposition concerne essentiellement les mesures restreignant l'accès aux emplois publics selon des critères reposant sur des caractéristiques personnelles des individus, sans que cela soit justifié par les spécificités des emplois publics en cause²²⁵⁷. Elle garantit que chaque citoyen puisse accéder aux charges publiques, selon une procédure transparente et objective²²⁵⁸. Elle s'applique à toutes les fonctions de l'exécutif, du judiciaire et de l'administration publique, dans lesquelles des compétences souveraines sont exercées²²⁵⁹. L'art. 25 let. c du Pacte ONU II ne comporte toutefois pas un droit individuel à accéder à un poste spécifique, mais seulement à ne pas se voir exclu de celui-ci en raison de ses caractéristiques personnelles²²⁶⁰.
- 1049 L'art. 25 let. c peut être lu en relation avec l'art. 2 § 1 du même Pacte, qui prohibe toute distinction notamment de race, de sexe, de religion et d'opinion politique. Dans ce sens, les restrictions d'accès aux charges publiques basées sur les opinions politiques sont admissibles seulement quand elles sont basées sur des motifs objectifs ou raisonnables ou peuvent être justifiées par d'autres dispositions du Pacte²²⁶¹.

²²⁵⁰ ATF 143 I 211; ATF 125 I 441 ; ATF 123 I 152 ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 21 ss ad § 27. S'agissant de la question du droit des votes des étrangers, sous l'angle de l'égalité de traitement et de l'interdiction des discriminations, avec un regard critique, cf. MAHON, Droits politiques, N 14 ad V.14, p. 1506.

²²⁵¹ BIAGGINI, BV Kommentar, N 5 ad art. 34. Cf. ATF 131 I 366, consid. 2.1.

²²⁵² ATF 125 I 441, consid. 2a (traduction par BALMELLI, Financement, p. 167). Cf. ég. ATF 124 I 55, consid. 5a.

²²⁵³ BALMELLI, Financement, p. 167 ; SCHIESS RUTIMANN, Politische Parteien, N 173.

²²⁵⁴ MARTENET, Géométrie, N 1071.

²²⁵⁵ SCHIESS RUTIMANN, Politische Parteien, N 174.

²²⁵⁶ LIVSCHITZ, p. 53.

²²⁵⁷ MARTENET, Géométrie, N 1190.

²²⁵⁸ NOWAK, N 38, p. 585.

²²⁵⁹ KÄLIN/KÜNZLI, N 17.68, p. 615. On notera qu'en 1997, ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, p. 28, considéraient que l'art. 25 let. c du Pacte ONU ne s'appliquait qu'en cas de nomination, et donc à l'exclusion des élections. Cette affirmation ne semble plus avoir été exposée dans les ouvrages consécuteurs consacrés au même sujet. Nous partons ainsi du principe que l'art. 25 let. c s'applique également aux élections, modes de désignation qu'il n'y a d'ailleurs pas de raison d'exclure de cette disposition. Dans notre sens, cf. ég. KIENER, Erneuerungswahl, p. 367.

²²⁶⁰ KÄLIN/KÜNZLI, N 17.68, p. 615.

²²⁶¹ NOWAK, N 53, p. 595.

c) La désignation politique des juges comme illustration d'une discrimination ?

i. Les avis de la doctrine

Selon quelques auteurs, dont Marco BORGHI²²⁶² et Tiziano BALMELLI²²⁶³, l'exclusion de candidats non affiliés à un parti constitue une discrimination sur la base de leurs convictions politiques²²⁶⁴. Mark LIVSCHITZ partage cet avis. D'un point de vue téléologique, le principe de l'interdiction de la discrimination offre une protection juridique contre l'exclusion d'un candidat à une charge judiciaire basée sur ses idées politiques. Partant, une préférence accordée à un candidat uniquement en raison de son idéologie ou de son appartenance politique est inconstitutionnelle²²⁶⁵.

D'autres auteurs abordent la question du rapport entre l'art. 8 al. 2 Cst. et la composition des autorités étatiques, sans toutefois traiter spécifiquement de la désignation des membres des organes judiciaires. Selon Bernhard PULVER²²⁶⁶ et Bernhard WALDMANN²²⁶⁷, le respect des différentes idéologies existant dans la société peut justifier la prise en considération des convictions politiques des candidats à une charge étatique ; à condition toutefois que celles-ci aient une influence considérable sur leurs activités et leurs décisions. *A contrario*, ces critères ne doivent pas déterminer l'attribution de postes (secrétariat, greffe par ex.) dans lesquels ils ne jouent aucun rôle.

ii. La jurisprudence (ATF 138 I 217)

Sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral n'a pas encore été expressément appelé à statuer sur un recours formé contre le refus d'une autorité de nommer un juge sans affiliation politique. Cela dit, l'arrêt du 13 juin 2012²²⁶⁸, qui concernait la pratique du Conseil d'Etat du canton de Lucerne visant à sélectionner les avocats défenseurs d'office sur la base de leur appartenance à un parti politique, a été l'occasion, pour la Haute Cour, de se prononcer, en passant, sur l'élection politique des juges.

Dans cette affaire, un avocat sans affiliation politique s'était porté candidat à un poste de défenseur d'office, mais n'avait pas été retenu par le Conseil d'Etat, au motif qu'il n'était membre d'aucun parti politique. Il avait alors intenté un recours devant le Tribunal administratif cantonal, puis devant le Tribunal fédéral, estimant avoir été discriminé.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé que les convictions politiques font partie des critères mentionnés à l'art. 8 al. 2 Cst. D'ailleurs, « [l']affiliation ou l'absence d'affiliation à un parti est certes un élément qui peut être modifié, mais, au regard des valeurs consacrées par le droit constitutionnel, cela ne peut être exigé de l'individu [...] ». La distinction selon l'affiliation politique engendre ainsi la suspicion d'une discrimination prohibée »²²⁶⁹.

Cela fait, la Haute Cour a examiné si la pratique discriminatoire répondait à une justification qualifiée (intérêt public important et légitime, adéquation et nécessité pour atteindre son but et proportionnalité). Il a rappelé que « [l]a représentation proportionnelle des partis politiques appartient aux traits dominants de la politique suisse. Elle ne s'applique pas seulement à l'élection des autorités politiques, mais aussi, notamment, à celle des juges, y compris les membres du Tribunal fédéral. Jusqu'à un certain point, elle garantit que la composition d'une autorité corresponde aux forces sociales et politiques et qu'il en résulte un débat pluraliste. Pour Regina

²²⁶² BORGHI, Incostituzionalità, N 11. L'auteur procède à certaines analogies, notamment avec le système des quotas féminins, jugés inconstitutionnels par le Tribunal fédéral (ATF 125 I 31). En droit des marchés publics, un marché adjugé uniquement en fonction de l'affiliation politique du soumissionnaire serait tout aussi illicite.

²²⁶³ BALMELLI, Quelques remarques, N 16.

²²⁶⁴ Cf. ég. KIENER, Parteibindung, N 3.

²²⁶⁵ LIVSCHITZ, pp. 55 et 271.

²²⁶⁶ PULVER, N 372.

²²⁶⁷ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, pp. 632 s.

²²⁶⁸ ATF 138 I 217 = JdT 2013 I 27 = RDAF 2013 I 358.

²²⁶⁹ JdT 2013 I 31 (traduction).

Kiener²²⁷⁰, la segmentation en un système de nombreux partis, propre à la Suisse, permet la diffusion étendue et nuancée des préoccupations sociales dans les organes politiques »²²⁷¹.

1056 En revanche, il en va tout autrement, selon les juges de Mon-Repos, pour la fonction de défenseur d'office. Celui-ci doit avant tout maîtriser la défense dans une procédure pénale et posséder l'expérience nécessaire à cette fin. Or, cela ne présente aucun rapport avec son orientation socio-politique. D'ailleurs, contrairement aux juges, les défenseurs d'office n'ont ni la tâche ni la compétence de prendre des décisions étatiques. Le critère de l'affiliation politique n'est donc pas pertinent et ne répond à aucun intérêt public. En conséquence, la mise à l'écart des avocats sans lien avec un parti politique viole l'art. 8 al. 2 Cst²²⁷².

1057 Enfin, on relèvera, en passant, que le Tribunal fédéral avait déjà jugé dans un arrêt du 3 mai 2005 qu'une disposition constitutionnelle – en l'occurrence l'art. 60 Cst./SO – selon laquelle il y a lieu de prendre en considération les diverses sensibilités politiques lors de la désignation des membres des autorités publiques, ne conférait pas le droit à un (membre d'un) parti politique sous-représenté d'accéder à une charge judiciaire²²⁷³.

2.4.3.3. Les autres droits fondamentaux potentiellement touchés

a) La liberté d'association (négative) (art. 23 al. 3 Cst.)

1058 En pratique, et sauf rares exceptions, le système suisse de désignation judiciaire contraint tout candidat intéressé à la fonction de juge à adhérer à un parti politique, sans quoi ses chances seraient fortement compromises. Or, il convient de prendre en compte l'hypothèse de celui qui refuserait, par principe, de s'affilier à un parti politique ou qui ne se reconnaîtrait tout bonnement pas dans le programme d'une formation politique représentée au Parlement²²⁷⁴.

1059 La liberté d'association dans son aspect négatif est protégée par l'art. 23 al. 3 Cst., qui prévoit que « nul ne peut être contraint d'adhérer à une association ou d'y appartenir ». Ce droit est également reconnu par l'art. 11 CEDH. Il peut s'agir d'une association revêtant la forme de droit public ou de droit privé²²⁷⁵. Selon Christoph ERRASS, la liberté d'association a un effet horizontal direct, c'est-à-dire que les associations de droit privé sont tenues de respecter ce droit à l'égard des particuliers²²⁷⁶. L'aspect négatif de cette liberté doit toutefois s'effacer face un intérêt public justifiant l'affiliation obligatoire, comme c'est le cas parfois dans les associations professionnelles ou d'étudiants²²⁷⁷. Une adhésion forcée peut alors se justifier à la condition que l'association se voie confier ou déléguer une tâche d'intérêt public²²⁷⁸. Une obligation d'affiliation constitue une restriction grave à cette liberté et doit, de ce fait, figurer dans une base légale formelle²²⁷⁹. La mesure doit également être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.).

²²⁷⁰ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 271.

²²⁷¹ JdT 2013 I 32 (traduction). ATF 138 I 217 consid. 3.3.5 (en version originale) : « Die parteipolitische Repräsentanz gehört zu den Dominanten der schweizerischen Politik. Zur Anwendung gelangt sie nicht nur bei Wahlen in politische Behörden, sondern auch etwa bei Richterwahlen, so namentlich bei Wahlen ins Bundesgericht. Sie gewährleistet bis zu einem gewissen Grad, dass sich die gesellschaftlichen, sozialen und politischen Kräfte in der Zusammensetzung einer Behörde widerspiegeln und sich eine pluralistische Meinungsbildung ergibt. Für REGINA KIENER ermöglicht die der Schweiz eigene Fragmentierung in ein Vielparteiensystem eine differenzierte und breite Übertragung gesellschaftlicher Anliegen in die politischen Gremien ».

²²⁷² *Ibid.*

²²⁷³ ATF 131 I 366, consid. 2.4.

²²⁷⁴ BORGHI, *Mainmise*, pp. 186 s ; *Idem*, *Incostituionalità*, N 13.

²²⁷⁵ DUBEY, *Droits fondamentaux II*, N 2998.

²²⁷⁶ ERRASS, *St. Galler Kommentar BV*, N 21 ad art. 23.

²²⁷⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droits fondamentaux*, N 747. Le Tribunal fédéral avait d'abord jugé conforme à la Constitution fédérale l'obligation d'adhérer à une association cantonale des médecins (ATF 78 I 409), puis il a procédé un revirement de jurisprudence en la jugeant contraire à la liberté d'association (RDAT 1991 II 58). Par ailleurs, la Haute Cour a admis l'obligation d'adhérer à une association d'étudiants à la condition que celle-ci s'en tienne à une stricte neutralité politique (ATF 110 Ia 36). Marco BORGHI (*Mainmise*, p. 187, n. 39) précise que, dans ces cas, la restriction était alors prévue par une base légale, jugée donc inconstitutionnelle. L'argument vaut ainsi *a fortiori* lorsque des sanctions (graves comme l'exclusion d'une élection) ne sont même pas prévues par la loi.

²²⁷⁸ DUBEY, *Droits fondamentaux II*, N 3000 ; MANFRINI, N 19 ad § 46.

²²⁷⁹ Cf. arrêt 2C_825/2011 du 25 avril 2012, consid. 2.2.4.

b) *La liberté d'opinion (négative)*

Par ailleurs, la liberté d'opinion (art. 16 Cst. ; art. 10 CEDH), dans sa dimension négative²²⁸⁰, est également remise en question, considérant que l'aspirant juge est obligé de manifester publiquement une opinion qui ne correspond pas nécessairement à la sienne, afin de ne pas être privé de son droit d'éligibilité²²⁸¹.

c) *Le droit à la protection de sa sphère privée*

Enfin, l'obligation pour un juge de manifester publiquement son idéologie et son appartenance politique est également susceptible de constituer une atteinte au droit à la protection de sa sphère privée (art. 13 Cst., art. 8 CEDH)²²⁸².

2.4.4. Critiques et appréciation personnelle

Pour Marco BORGHI, la distinction opérée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 138 I 217 entre les défenseurs d'office et les juges n'est pas soutenable. La nécessité d'une vision pluraliste (« *pluralistische Meinungsbild* ») des tribunaux n'est pas un argument justifiant une discrimination « car le fait pour un candidat de ne pas se reconnaître dans le programme d'un parti étend le pluralisme plutôt que le contraire »²²⁸³.

Cette opinion peut être partagée. En effet, bien qu'on puisse saluer la décision du Tribunal fédéral s'agissant de la désignation politique des avocats d'office, la distinction opérée à propos des juges est critiquable. Comme cela a été dit plus haut²²⁸⁴, le spectre de la société n'est pas uniquement représenté par les partis politiques. Outre la présence de plusieurs groupes d'intérêts et de mouvements sociaux, il faut tenir compte des personnes non affiliées (moins de 10% des électeurs actifs) ou non sympathisantes (environ le 50%) d'un parti politique. On ne voit ainsi pas sur quel fondement (l'art. 137 Cst. n'est pas une base normative suffisante), les partis politiques, et a *fortiori* leurs membres, se verraient accorder un privilège dans l'accès aux charges judiciaires, au détriment des personnes non affiliées à un parti²²⁸⁵.

En outre, selon une partie de la doctrine spécialisée, l'attribution d'un poste étatique (exécutif ou judiciaire) en fonction des convictions politiques d'une personne peut se justifier uniquement si l'activité qu'elle est appelée à exercer a un caractère politique prépondérant²²⁸⁶. A ce titre, dans une perspective comparatiste, il convient de noter que les tribunaux allemands ont jugé inconstitutionnel l'« *Ämterpatronage* », c'est-à-dire l'attribution de postes étatiques proportionnellement aux forces de partis politiques, quand l'activité du fonctionnaire n'a pas de caractère politique²²⁸⁷.

Par ailleurs, il convient de distinguer l'activité du juge de celle d'un membre de l'exécutif ou du législatif. Bien que les convictions politiques puissent jouer un rôle dans les fonctions exercées par les membres du Parlement et du Gouvernement, qui sont appelés à appliquer le programme d'un parti – et de ses électeurs – la réponse est plus nuancée pour les membres du pouvoir judiciaire. En effet, ceux-ci ne sont pas appelés à diffuser l'idéologie du parti, mais avant tout à juger de manière objective, impartiale et indépendante, ce à quoi doivent et peuvent s'attendre les justiciables²²⁸⁸.

²²⁸⁰ C'est-à-dire le droit de ne pas exprimer son opinion. MAHON, Droits fondamentaux, N 99.

²²⁸¹ BALMELLI, Quelques remarques, N 16, n. 11 ; BORGHI, Incostituzionalità, N 13.

²²⁸² *Ibid.*

²²⁸³ BORGHI, Mainmise, p. 187, n. 40.

²²⁸⁴ Cf. *supra*, N 1017 ss.

²²⁸⁵ Cf. SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien, N 175.

²²⁸⁶ PULVER, N 372 ; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, pp. 632 s

²²⁸⁷ Cf. LIVSCHITZ, pp. 271 s. et les références citées. Pour cet auteur, une répartition proportionnelle des sièges auprès des tribunaux serait donc également discriminatoire, attendu que l'activité judiciaire (normative) est apolitique. Cf. ég. BORGHI, Incostituzionalità, N 11.

²²⁸⁸ Cf. ZAPPELLI, Le juge, p. 119 ; GASS, p. 603. Dans ce sens, PULVER, N 372, n. 342, qui avance l'hypothèse d'un mode de désignation davantage basé sur les qualités personnelles des candidats, que leurs convictions politiques. Ceci pour les membres des autorités administratives et judiciaires, mais également pour les autorités politiques.

- 1066 Du reste, un juge demeure certes influencé par sa vision politique de l'Etat – qu'elle soit plutôt libérale ou sociale par exemple – mais son histoire personnelle, son sexe, sa culture, sa vision philosophique et religieuse ou encore son âge²²⁸⁹ peuvent tout autant avoir une influence dans le cadre de sa fonction juridictionnelle²²⁹⁰. Le raisonnement est analogue s'agissant de facteurs exogènes²²⁹¹.
- 1067 En outre, comme on l'a vu²²⁹², les diverses recommandations et règles internationales insistent sur un recrutement judiciaire excluant toute discrimination en raison notamment des opinions politiques des candidats. S'agissant plus spécifiquement de la Suisse, le GRECO a recommandé que les autorités fédérales mettent en place des mesures visant à permettre à des candidats hors parti de se présenter aux élections judiciaires²²⁹³. Cette mesure n'a jusqu'à l'heure guère produit d'effets, du moins au niveau fédéral.
- 1068 Du reste, pour être justifiée, la mesure discriminatoire doit être nécessaire et adéquate et respecter globalement le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Ici aussi, la pratique excluant *de facto* les non-membres d'un parti politique ne paraît pas respecter ce principe puisque des mesures moins incisives permettant d'ouvrir l'accès à la magistrature à des personnes non affiliées politiquement pourraient être instituées. On pense par exemple à l'instauration d'une commission d'experts indépendants qui examinerait tous les candidats, indépendamment de leur couleur politique, et qui les recommanderait ensuite à l'autorité de désignation, sans que celle-ci puisse élire un autre candidat que celui proposé (droit de veto)²²⁹⁴.
- 1069 On l'aura compris, un candidat ne doit pas être entravé dans l'accès à la fonction judiciaire, sur la base de ses seules idées politiques ou de l'absence de celles-ci. Une telle restriction est susceptible d'enfreindre l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.) ainsi que la garantie d'accès aux charges publiques (art. 25 let. c Pacte ONU II en relation avec art. 2 § 1 Pacte ONU II)²²⁹⁵. Aucun motif susceptible de justifier une telle atteinte ne saurait entrer en considération, que ce soit le pluralisme politique ou tout autre motif.
- 1070 S'agissant plus spécifiquement de l'élection populaire, le fait pour un candidat hors parti de ne pas pouvoir se présenter devant les citoyens est également susceptible de violer l'art. 34 Cst. Le cas le plus choquant est l'élection tacite, à savoir lorsque les partis politiques se mettent d'accord pour ne pas présenter aux électeurs davantage de candidats que de postes à pourvoir.
- 1071 En définitive, en procédant, dans l'ATF 138 I 217, à une différence de traitement entre avocat d'office et juge, le Tribunal fédéral s'est probablement mis à l'abri d'un potentiel recours d'un candidat non retenu par l'autorité de désignation en raison de sa non-affiliation à un parti politique. Le sujet est politiquement délicat, il est vrai, et il convient ainsi de se demander si cette retenue trouve précisément sa justification dans la nature de la tâche qui incombe au juge, « tant il est vrai qu'il ne saurait quitter le domaine du droit et substituer son appréciation de l'intérêt public à celle, plus légitime, des instances politiques »²²⁹⁶. Pour le surplus, on peut penser qu'il est naturellement difficile pour les juges de Mon-Repos de remettre en question un système dont ils sont eux-mêmes issus.
- 1072 Enfin, s'agissant de la liberté d'association dans sa dimension négative (art. 23 al. 3 Cst.), il est vrai qu'un candidat qui se présenterait hors parti n'aurait quasiment aucune chance d'être élu. On constate à cet égard une restriction (atteinte) indirecte, relativement importante, à la liberté d'association du candidat. L'atteinte n'est

²²⁸⁹ Par exemple, une étude canadienne a montré que les juges masculins plus âgés tendent à accorder habituellement la garde des enfants exclusivement à la mère, alors que la jeune génération, surtout les femmes magistrates, envisage plus souvent la garde partagée. Cf. SCHNEUWLI, p. 23 citant la thèse de CLOUET Johanne, L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde des enfants dans un contexte post-rupture, Montreal 2014.

²²⁹⁰ KAYSER, p. 49 ; KIENER, Parteibindung, N 4 ; ALBRECHT, N 20 ss.

²²⁹¹ Des études ont montré comme l'alimentation, la fatigue ou encore le stress peuvent influencer les décisions des juges. Par exemple, ils peuvent être enclins à rendre des sentences pénales moins sévères en début de journée ou après la pause de midi. Au contraire, les jugements les plus sévères sont situés à la fin de la journée ou juste avant la pause de midi. Cf. KALENTSCHER Tobias, Die Neurobiologie der Urteilsbildung, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2018/3.

²²⁹² Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1, par exemple Recommandation CM/Rec(2010), § 45.

²²⁹³ Cf. *supra*, N 442.

²²⁹⁴ Cf. *supra*, N 970 ss.

²²⁹⁵ S'agissant de l'art. 25 let. c Pacte ONU II, dans le même sens : KIENER, Erneuerungswahl, p. 367.

²²⁹⁶ MARTENET, Géométrie, N 709.

cependant pas directe puisque l'aspirant juge reste libre, malgré tout, de se présenter hors parti. Il peut également être soutenu par un ou plusieurs partis, sans en être nécessairement membre, ce qui se produit parfois. Le raisonnement est analogue concernant la liberté d'opinion et la protection de la sphère privée. On relèvera cependant que le candidat ne doit pas nécessairement partager toutes les idées du parti. Par ailleurs, une fois élu, le juge devra dans tous les cas faire preuve d'un certain devoir de réserve dans la vie active, ce qui implique une limite dans l'expression (publique) de ses idées politiques²²⁹⁷.

2.5. Synthèse du chapitre et analyse

2.5.1. Une dépolitisation impossible ?

A l'issue de notre analyse, il convient de se demander si une dépolitisation complète dans le sens d'une mise à l'écart de toute influence politique dans le recrutement et la désignation des juges paraît envisageable, respectivement souhaitable. Des interactions sont pourtant inévitables entre la justice et le pouvoir politique. Toute institution reste, en effet, « insérée dans un faisceau de relations, politiques pour certaines d'entre elles »²²⁹⁸. On ne peut donc pas parler d'opposition proprement dite entre politique et justice. L'une est nécessairement imbriquée dans l'autre. La question réside surtout dans le fait de savoir comment les tensions entre elles peuvent être allégées.

A ce sujet, une partie de la doctrine de sciences politiques juge le terme « dépolitisation » inapproprié. En effet, il ne convient pas tant de parler de l'élimination de la politique de l'arène judiciaire, mais plutôt de son déplacement²²⁹⁹. Une dimension politique dans le recrutement judiciaire est en effet inéluctable. Le choix n'est donc pas nécessairement entre un système politique ou apolitique de désignation. Il convient plutôt de déterminer quels moyens il est possible de mettre en œuvre pour garantir une justice qui soit suffisamment indépendante, compétente et légitime²³⁰⁰.

2.5.2. Quelle(s) légitimité(s) pour les juges ?

Le besoin d'une justice politiquement représentative n'est pas le même selon le degré de juridiction, la compétence matérielle du tribunal ou encore son pouvoir d'appréciation. Alors que la répartition proportionnelle (« *proporz* ») peut se concevoir au niveau d'une juridiction constitutionnelle²³⁰¹, voire d'une (autre) cour suprême, elle perd de sa force s'agissant des instances inférieures « où l'on attend du juge qu'il possède avant tout les qualités techniques [et humaines] nécessaires et non qu'il représente un courant politique, religieux ou philosophique »²³⁰².

Du reste, même si la légitimité démocratique est considérée comme une justification à la coexistence des pouvoirs dans un Etat, elle ne découle pas nécessairement de la seule élection par le peuple²³⁰³ ou ses représentants. Les tâches étatiques, notamment celles judiciaires, peuvent également être réalisées par des personnes non élues, qui tirent leur légitimité principalement de leurs compétences²³⁰⁴ et de leur indépendance²³⁰⁵. En outre, la confiance de la population dans la justice se mesure avant tout par l'indépendance de celle-ci²³⁰⁶. Par ailleurs,

²²⁹⁷ Cf. *infra*, N 1092 ss.

²²⁹⁸ MARTENET, Architecture, p. 44 et référence citée.

²²⁹⁹ Cf. GEE, Persistent Politics, p. 140.

²³⁰⁰ *Ibid.* ; VOLCANSEK, Judicial Elections, p. 818 ; GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 186.

²³⁰¹ « L'idée générale est que la justice constitutionnelle n'est véritablement acceptée que si sa composition donne le sentiment aux principales forces politiques et, parfois, aux composantes de la population, que l'on peut lui faire confiance [...] ». FAVOREU Louis, Cours suprêmes et cours constitutionnelles, in : Dictionnaire de la justice (sous la direction de Loïc Cadiet), Paris 2004, p. 279.

²³⁰² ZAPPELLI, Le Juge, p. 121.

²³⁰³ Cf. MARTENET, Architecture, pp. 41-42 et les références citées.

²³⁰⁴ Dans ce sens : BORGHI, Mainmise, pp. 179 s. Cf. ég. *House of Lords Select Committee on the Constitution*, « Judicial Appointments », 28 mars 2012, 25^e rapport de la session 2010-2012, pt 46, cité et traduit par BACHERT, p. 201.

²³⁰⁵ KUNZ/BÜHLMANN, N 11.

²³⁰⁶ *Ibid.*

si l'on se réfère aux travaux de Max WEBER, lequel cite les dominations traditionnelle, charismatique et légale-rationnelle afin d'asseoir la légitimité d'une autorité étatique²³⁰⁷, on peut voir que chacune d'entre elles peut très bien être exercée par des personnes non élues par le peuple²³⁰⁸.

- 1077 Le sociologue Pierre ROSANVALLON note que l'élection partisane d'un tribunal peut même « détruire l'institution en lui ôtant de facto la dimension de sa généralité qui lui est consubstantielle. Une institution de type judiciaire n'est ni une chambre représentative, fonctionnellement pluraliste, ni un gouvernement, structurellement partisan »²³⁰⁹. Cet auteur considère donc que les juges constitutionnels²³¹⁰ doivent bénéficier outre d'une stricte légitimité de compétence, d'une légitimité de réflexivité et d'impartialité, qualités indispensables aux yeux du public²³¹¹. L'impartialité est constituée par la mise à distance des positions partisans et des intérêts particuliers²³¹², tandis que la réflexivité par la prise en compte des expressions plurielles du bien commun²³¹³. De ce fait, à la différence du politicien, le juge doit faire œuvre « d'actualisation de la volonté générale »²³¹⁴.

2.5.3. Un bassin de recrutement trop limité

- 1078 Bien qu'une élection par le Parlement puisse être justifiée, surtout au niveau des instances supérieures, il n'en va pas de même, à notre sens, du monopole que détiennent les partis politiques sur l'ensemble du processus de désignation. En effet, non seulement ils élisent (par l'intermédiaire du Parlement ou du peuple) les juges, mais les proposent à l'autorité de désignation ou de sélection, qui prend ainsi rarement, voire jamais, en compte les candidatures non partisans, en particulier au sein des juridictions supérieures.
- 1079 Ce processus a inévitablement comme conséquence de restreindre l'accès à la fonction de juge. Il est susceptible de priver le pouvoir judiciaire de magistrats de qualité, qui refuseraient de se plier aux jeux des partis. Par là, ces mêmes candidats subissent une certaine discrimination de la part de l'Etat et/ou des partis politiques. De même, le recrutement par le pouvoir politique engendre une certaine suspicion de manque d'indépendance (institutionnelle) des juges, une fois ceux-ci élus²³¹⁵.
- 1080 En conséquence, il nous paraît envisageable, et même d'une certaine manière légitime, surtout pour un juge supérieur, d'être élu par un Parlement composé de membres de partis politiques sans nécessairement être lui-même membre d'un de ceux-ci. L'affiliation partisane d'un juge, cumulée à son élection politique, lui procure une sorte de « double légitimité démocratique » qui n'est pas nécessaire afin de garantir sa compétence, sa légitimité et son indépendance.

2.5.4. L'élection démocratique des juges : une tradition vraiment indéracinable ?

- 1081 On ne saurait écarter l'argument « traditionnel » dans l'appréciation du système suisse d'élection. Celui-ci est confronté à un paysage institutionnel déjà dessiné et non à une *tabula rasa*, de sorte qu'il ne peut être purement et simplement abandonné. Toutefois, le renvoi aux legs du passé ne doit pas pour autant servir à cacher les limites du modèle actuel. Il paraît bien trop aisé de se restreindre à cet argumentaire, qui peut certes servir à expliquer le système, mais ne le justifie pas nécessairement. On se souvient comment des femmes et des hommes politiques – incapables de porter des projets à long terme – se sont trop souvent tournés « vers un passé expiatoire en le couvrant du voile sacré de la tradition »²³¹⁶. On sait par ailleurs depuis les travaux du sociologue Max WEBER comme la légitimité du pouvoir étatique se fonde sur « l'autorité de l'éternel hier »,

²³⁰⁷ WEBER, p. 114.

²³⁰⁸ MARTENET, Architecture, p. 42.

²³⁰⁹ ROSANVALLON, p. 252.

²³¹⁰ Mais cela vaut aussi d'autant plus, à notre sens, pour les juges ordinaires.

²³¹¹ *Idem*, pp. 258 et 262.

²³¹² *Idem*, pp. 121 ss.

²³¹³ *Idem*, pp. 220 ss.

²³¹⁴ WILDEMEERSCH, p. 354.

²³¹⁵ KIENER, Unabhängigkeit, p. 270.

²³¹⁶ CARTIER, p. 534.

c'est-à-dire celle des coutumes sanctifiées par leur validité immémoriale et par l'habitude enracinée en l'homme de les respecter »²³¹⁷.

On ne peut vivre continuellement dans la nostalgie du sacrement de la tradition, dans ce passé idéalisé qui était vu par les romantiques allemands du XIX^e siècle comme « l'aliment, peut-être même la seule semence pour le futur »²³¹⁸. De nombreuses études de sciences sociales et politiques l'ont montré : les traditions ne sont pas figées. Elles évoluent avec le temps. Ce qui pouvait sembler naturel à une époque donnée ne l'est parfois plus dans un autre temps. En ce sens, « la tradition a surtout une fonction de transmission du passé, mais aussi d'intégration des acquis nouveaux »²³¹⁹. Aussi rassurantes qu'elles puissent paraître, les traditions sont donc appelées à évoluer. Toujours est-il qu'une innovation reste traumatisante, tant elle nous oblige à changer nos vieilles habitudes, à en apprendre de nouvelles, à réajuster ses rapports avec les autres²³²⁰.

L'histoire nous l'a appris, la tradition et la modernité coexistent, ce qui implique précisément la mise en place de traditions nouvelles²³²¹. Même le Royaume-Uni, un Etat monarchique qu'on ne qualifierait pourtant pas au premier abord des plus modernistes, a réformé il y a une dizaine d'années son système de désignation judiciaire, introduisant davantage de transparence tout en écartant au mieux l'influence du pouvoir politique²³²². En conséquence, pour éviter un changement trop radical, il convient de partir du répertoire institutionnel existant afin d'introduire un changement de paradigme²³²³.

2.5.5. Existe-t-il un système de désignation idéal ?

On l'aura compris, il n'est pas aisé de déterminer le mode permettant de désigner les juges qui soient les plus compétents humainement et juridiquement, les plus indépendants et les plus légitimes. Ces divers aspects peuvent d'ailleurs entrer en contradiction. Pour le surplus, il est difficile de conclure qu'une sélection fondée uniquement sur les compétences produirait nécessairement une justice plus indépendante qu'une sélection qui se base sur un plus haut degré de légitimité démocratique, et inversement²³²⁴. Dans tous les cas, pour que le système puisse fonctionner, il faut, comme le souligne l'ancien juge fédéral Alain WURZBURGER, que « les partis proposent les personnalités les plus compétentes et les plus aptes et non de simples vendeurs de thèses partisans »²³²⁵.

Cela dit, il nous paraît possible de proposer quelques solutions, d'ailleurs pratiquées en partie à l'étranger et dans certains cantons. Tout d'abord, un organe indépendant – un conseil de la magistrature ou une commission d'experts indépendants – composé majoritairement d'experts du droit, et d'un nombre très réduit de politiciens, doit avoir un rôle décisif dans la procédure de désignation. Un tel organe doit mettre au concours les postes, procéder à une sélection rigoureuse, transparente et non discriminatoire des candidats puis les proposer à l'autorité de désignation. Celle-ci doit pouvoir s'écarter des recommandations de la commission uniquement pour des raisons objectives. A cet égard, une solution consisterait à lui attribuer un unique droit de veto, limité dans son utilisation, sur les propositions de la commission.

L'autorité de désignation devrait être le Parlement, du moins pour les juridictions supérieures, tant cantonales que fédérales. Ce mode d'élection constitue, en effet, un gage de légitimité démocratique²³²⁶. Au sein des

²³¹⁷ WEBER M., p. 114.

²³¹⁸ Cf. HERTZ Ellen et al., *Politiques de la tradition*, Lausanne 2018, p. 69 citant les conteurs et juristes allemands Jacob et Wilhelm (les frères) GRIMM.

²³¹⁹ GRANGER Roger, p. 40.

²³²⁰ *Idem*, p. 109.

²³²¹ *Idem*, p. 41.

²³²² Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 2.4.

²³²³ Cf. GUARNIERI/PEDERZOLI, p. 185.

²³²⁴ Comme on l'a vu, l'indépendance de fait de la justice suisse est plutôt bonne, contrairement à son indépendance de droit. Cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 1.5.

²³²⁵ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 58.

²³²⁶ Cf. é.g. The Mount Scopus International Standards of Judicial Independence, § 4.2.a. : « *The principle of democratic accountability should be respected and therefore it is legitimate for the Executive and the Legislature to play a role in judicial appointments provided that due consideration is given to the principle of Judicial Independence* ».

instances (cantonales) inférieures, en revanche, une désignation par le pouvoir judiciaire lui-même ou une autorité indépendante des trois pouvoirs, comme un conseil de la magistrature, ne paraît pas inconcevable²³²⁷. L'élection par le peuple doit, par contre, être rigoureusement évitée.

1087 En outre, bien que les principales forces politiques doivent, d'une certaine manière, être prises en considération dans la désignation des juges – du moins du Tribunal fédéral –, un candidat compétent non affilié politiquement doit pouvoir garder ses chances d'être élu, ce qui passe avant tout par la sélection objective précitée. Par ailleurs, il conviendrait de faire preuve de souplesse dans la répartition politique, en ce sens que si un poste vacant revient à un parti politique qui ne trouve pas de candidats suffisamment compétents (ou moins compétents que d'autres), un autre parti pourrait présenter « son » candidat, qui garderait des chances d'être élu. L'autorité d'élection devrait en tout cas en tenir compte. Cette méthode pourrait, en particulier, être appliquée au sein des juridictions fédérales, surtout au Tribunal fédéral, où la répartition politique est stricte.

1088 Une autre solution envisagée est celle de Tiziano BALMELLI, qui préconise un système mixte, dans lequel la moitié des postes serait répartie en proportion de la force des partis politiques, et l'autre moitié attribuée exclusivement sur la base de l'avis émis par une commission d'experts indépendants²³²⁸. Cette solution pourrait créer deux catégories de juges, mais aurait du moins l'avantage de permettre à des personnes compétentes et non affiliées politiquement d'accéder à la magistrature. Dans tous les cas, une partie des sièges judiciaires devrait être ouverte à des candidats hors partis politiques²³²⁹.

²³²⁷ D'un point de vue pratique, on notera qu'un éventuel changement de l'autorité de désignation des juges nécessiterait de toute évidence une modification constitutionnelle, l'adoption d'une disposition légale en ce sens – même lorsque la Constitution ne l'autorise pas explicitement – n'étant, en principe, pas suffisante. Cf. JEANNERAT, N 587 et les références citées.

²³²⁸ BALMELLI, Quelques remarques, N 29.

²³²⁹ KIENER, Parteibindung, N 6.

Chapitre 3 : Le maintien du lien entre les juges et les partis politiques

3.1. Présentation et démarche

On l'a dit et répété, le système d'élection politique des juges a été, pendant longtemps, assez bien accepté en Suisse. Il était, en effet, admis qu'une fois élu, le juge se détachait du parti politique dont il était membre et qui l'avait soutenu. Or, cette allégation n'est pas toujours conforme à la réalité et suscite plusieurs controverses. Dans ce chapitre, nous mettons en évidence les liens qui se manifestent entre le juge et le parti politique. Tout d'abord, cela est le cas naturellement du fait que le premier reste, pendant son mandat, membre du second. Cette attache implique que le juge soit parfois appelé à participer aux activités du parti, ce qui peut entrer en contradiction avec son devoir de réserve (ch. 3.2.). Ensuite, comme contrepartie à son élection, le magistrat est tenu de reverser à son parti une part de son salaire (dit : *Parteisteuer*), aspect qui est problématique pour son indépendance, en particulier l'apparence qu'il donne de celle-ci. Par ailleurs, nous mettons également en exergue les aspects civils, fiscaux et pénaux de ces contributions (ch. 3.3.). Enfin, certaines décisions judiciaires, particulièrement celles qui peuvent avoir des connotations politiques et qui sont rendues à juge unique, sont susceptibles de faire apparaître un attachement entre le magistrat et sa formation politique (ch. 3.4.).

1089

3.2. L'implication du magistrat dans la vie sociale et politique

3.2.1. L'affiliation politique du juge

L'affiliation d'un juge à un parti politique, qu'on retrouve en Suisse, est plutôt l'exception que la règle. En effet, dans de nombreux pays, au regard du principe d'indépendance et d'impartialité de la justice, il est prohibé pour un magistrat en fonction d'être membre d'un parti politique²³³⁰. En Espagne, une telle interdiction a d'ailleurs une assise constitutionnelle²³³¹. En France, il est interdit aux magistrats d'intervenir dans le débat politique²³³². L'art. 98.3 de la Constitution italienne prévoit que la loi peut fixer des limites aux droits pour les magistrats de s'inscrire à un parti politique. A cet égard, la Cour constitutionnelle italienne a jugé qu'au regard des principes de l'indépendance et de l'impartialité, les magistrats ne sont pas autorisés à s'inscrire à un parti politique ou à participer de manière systématique et continue aux activités de celui-ci. Toutefois, une fois qu'ils quittent leur fonction, ils peuvent assumer des charges politiques – ce qui se produit parfois²³³³ – et, ensuite, revenir dans la magistrature, à condition alors qu'ils rendent la carte du parti²³³⁴.

1090

En revanche, en Suisse, l'appartenance politique d'un juge n'est pas inconstitutionnelle, et, selon le Tribunal fédéral, d'une certaine manière même souhaitable afin qu'il ne reste pas trop éloigné de la « réalité sociale »²³³⁵. Elle est d'ailleurs conforme à sa liberté (positive) d'association (art. 23 al. 1 et 2 Cst.). Cela dit, le juge doit s'abstenir d'exercer une activité politique qui soit de nature à compromettre son indépendance et son

1091

²³³⁰ GASS, p. 604. Par exemple en Autriche et en Hongrie.

²³³¹ Art. 127 al. 1 de la Constitution du 6 décembre 1978. Cf. ég. au Maroc, l'art. 111 al. 3 de la Constitution du 29 juillet 2011.

²³³² Art. 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

²³³³ Le cas le plus fameux est probablement celui d'Antonio DI PIETRO, procureur de la République lors du procès *Mani puliti* au début des années 1990, et qui a ensuite créé son parti et est devenu député puis ministre.

²³³⁴ *Corte costituzionale, sentenza n. 170/2018*.

²³³⁵ ATF 105 Ia 157, consid. 6a.

impartialité²³³⁶. Cela n'est pas toujours aisé, le magistrat devant trouver un équilibre entre d'une part, ce droit fondamental et d'autre part la loyauté qu'il a envers son parti²³³⁷.

3.2.2. Le devoir de réserve du juge et les rapports avec son parti

- 1092 Les prises de position du juge peuvent parfois semer des doutes quant à son impartialité. De ce fait, il est tenu, dans ses comportements privés et publics, à un devoir de réserve. Celui-ci est un aspect fondamental de la dignité de la magistrature²³³⁸. Le magistrat doit, en particulier, s'abstenir de critiquer ouvertement et publiquement les décisions du tribunal auquel il appartient²³³⁹. Ce droit de réserve peut cependant entrer en conflit avec ses libertés personnelles, en particulier son droit d'opinion et d'expression (art. 16 Cst. ; art. 10 CEDH ; art. 19 Pacte ONU II)²³⁴⁰. Le Tribunal fédéral a notamment jugé contraire à son devoir de fidélité la distribution de la part du magistrat de tracts contenant des critiques à l'égard des autorités, notamment en exigeant la suspension de toutes les procédures pendantes contre des mineurs ayant participé à une manifestation à Zurich²³⁴¹. Le magistrat qui viole son devoir de réserve s'expose à diverses sanctions, notamment disciplinaires. En premier lieu, la récusation s'impose²³⁴².
- 1093 Néanmoins, le juge ne doit pas rester confiné aux salles d'audience. Il peut participer à certains débats concernant la politique judiciaire de l'Etat²³⁴³, mais devra se montrer prudent lors de ses prises de position publiques, dans la presse ou les réseaux sociaux²³⁴⁴, tout particulièrement en ce qui concerne les questions institutionnelles²³⁴⁵. Il doit néanmoins pouvoir s'exprimer lorsque son indépendance est bafouée²³⁴⁶. Il est également autorisé à participer à des manifestations, mais devra être prudent s'il décide d'y prononcer un discours²³⁴⁷.
- 1094 S'agissant des rapports avec son parti politique, le magistrat peut, selon Dominique FAVRE, participer aux assemblées, voire être membre de commissions du parti, mais il ne devrait pas les présider. Il peut signer les référendums et les initiatives et faire partie de leur comité, sauf si dans son activité professionnelle il est compétent en matière de droits politiques (juge constitutionnel ou administratif)²³⁴⁸. Les juges sont également parfois invités à participer à des réunions avec des représentants des collectivités ou des lobbys (par ex. les organisations non gouvernementales), afin de discuter d'une problématique juridique ou politique déterminée. Cela est permis, mais ils doivent veiller, selon la théorie des apparences, à ne pas se limiter à des échanges avec un groupe représentant un seul point de vue²³⁴⁹. En outre, les magistrats judiciaires peuvent être consultés par une commission parlementaire ou interne d'un parti politique pour l'élaboration de lois. Les auditions en commission sont permises, tout comme la rédaction d'un rapport d'expertise. Le juge doit cependant être attentif à s'exprimer en tant qu'expert et non en tant que militant du parti auquel il appartient²³⁵⁰.
- 1095 En outre, à l'occasion d'élections judiciaires, en particulier cantonales, le juge en fonction est souvent consulté par la commission du parti chargée d'examiner les candidatures. Dans ce cas, il peut donner son avis sur les

²³³⁶ CCJE, avis n° 3 du Conseil Consultatif des Juges Européens 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, § 33.

²³³⁷ FAVRE, p. 52.

²³³⁸ BOHNET, N 154 ; HIRSCH, N 13 et 41.

²³³⁹ Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL, Usages au sein du collège des juges au Tribunal fédéral, p. 6.

²³⁴⁰ BOHNET, N 152 s.

²³⁴¹ ATF 108 Ia 172, JdT 184 I 258.

²³⁴² Cf. HIRSCH, N 21 ss.

²³⁴³ CCJE, Avis n° 3, précité, § 34.

²³⁴⁴ Dans sa prise de position du 22 avril 2020, la commission d'éthique de l'ASM estime que l'utilisation des réseaux sociaux par les juges est autorisée, mais qu'ils doivent être attentifs aux propos qu'ils formulent, en particulier sur le thème de la justice. Disponible : [<http://www.svr-asm.ch/fr/stellungnahmen.htm>] (dernière consultation : 19.05.2020).

²³⁴⁵ Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL, Usages au sein du collège des juges au Tribunal fédéral, p. 6.

²³⁴⁶ Dans ce cas, il est même « *légitimé à parler haut et fort* ». WEBER P., p. 35.

²³⁴⁷ FAVRE, pp. 52 s. En cas de doute sur la pertinence d'une intervention, il vaut mieux y renoncer.

²³⁴⁸ *Ibid.* Nous avons néanmoins quelques réserves quant à la possibilité pour un juge, quelle que soit sa fonction, d'être membre d'un comité d'initiative ou de référendum, tant ces sujets sont généralement délicats.

²³⁴⁹ FONJALLAZ, p. 54.

²³⁵⁰ FAVRE, p. 54.

capacités professionnelles et les qualités personnelles du candidat, mais il ne saurait disposer d'une voix prépondérante. Cela d'autant moins s'il doit choisir des membres des juridictions inférieures dont il aura à connaître des décisions dans sa fonction. Du reste, il peut fournir des renseignements sur une candidature, sans interférer spontanément dans les décisions du parti²³⁵¹.

3.3. Les contributions financières versées par les juges aux partis politiques (*Parteisteuern*)

3.3.1. La notion de « *Parteisteuer* »

Les *Parteisteuern* ou *Mandatsteuern* (en français : taxes ou contributions de parti ou de mandat) sont des redevances périodiques versées par un élu à son parti politique en contrepartie de son soutien dans l'accès à une charge publique²³⁵². Ces contributions peuvent être payées sur une base volontaire, convenues contractuellement ou encore basées sur les statuts des partis politiques²³⁵³. Elles se distinguent néanmoins des cotisations ordinaires versées par un membre à un parti politique en vertu des statuts de l'association²³⁵⁴.

Les *Parteisteuern* ne découlent d'aucune disposition légale ou constitutionnelle. Il s'agit d'une coutume pratiquée par les partis et qui correspond, selon la doctrine, à un montant variant entre 1'000 francs et 6% du traitement annuel du juge²³⁵⁵. Ces pratiques restent donc occultes et il est souvent difficile d'obtenir des informations fiables. Il existe cependant quelques études récentes et assez précises à ce sujet sur lesquelles nous pouvons nous baser.

3.3.2. Montants et caractère obligatoire : les études empiriques

3.3.2.1. Les quelques études comprises entre 1978 et 2015

En 1978, Felix MATTER mentionnait que les juges de districts zurichois versaient à leur parti un montant annuel variant de 800 francs (PDC, Parti évangélique suisse) à 2'000 francs (Parti socialiste)²³⁵⁶. Quant aux juges du Tribunal fédéral, ils payaient une somme annuelle variant de 1'500 francs à 6'000 francs²³⁵⁷. A partir des années 2000, on retrouve quelques études concernant spécifiquement les cantons de Zurich²³⁵⁸ et de Lucerne²³⁵⁹.

En 2006, la revue « Justice – Justiz – Giustizia » menait une enquête auprès des partis politiques fédéraux concernant les contributions financières liées à la fonction de juge. Les présidentes et les présidents de partis avaient ainsi été interrogés. Celles et ceux qui avaient répondu aux questions²³⁶⁰ avaient déclaré que les contributions étaient généralement versées sur une base volontaire, à l'exception du Parti socialiste qui l'exigeait. Les détails quant aux montants versés n'avaient toutefois été mentionnés par aucun parti, cela dépendant de la

²³⁵¹ *Idem*, pp. 54 s.

²³⁵² BALMELLI, Quelques remarques, N 1 ; SCHMID H., p. 55 ; WÜTHRICH, N 85.

²³⁵³ SCHMID H., p. 556.

²³⁵⁴ WÜTHRICH, N 85.

²³⁵⁵ WEBER P., p. 31 ; BALMELLI, N 4 ; ZAPPELLI, Le juge, p. 90.

²³⁵⁶ MATTER, p. 136. Un juge de district gagnait alors entre 65'000 et 85'000 francs. En outre, les juges appartenant au PRD payaient généralement un montant volontaire de 200 à 300 francs par an.

²³⁵⁷ *Idem*, p. 170. Le traitement annuel brut d'un juge du Tribunal fédéral se montait alors à 156'000 francs.

²³⁵⁸ En 2012, les juges zurichois versaient annuellement dans les caisses des partis les montants suivants : Parti évangélique : 2% du salaire annuel brut ; les Verts : 10% du salaire annuel brut ; UDC : 5'000 francs ; Parti socialiste : 2'000 à 4'000 francs ; PBD : 2'000 francs ; PLR : entre 2'000 et 3'000 francs, ces montants étant toutefois versés sur une base volontaire. Cf. UNTERNAHRER Pascal, « Warum ausgerechnet die Unparteiischen in einer Partei sein müssen », *Tages-anzeiger*, 04.06.2012.

²³⁵⁹ Les montants des impôts variaient selon les partis. Les Verts exigeaient entre 5% et 6% du traitement annuel net, 5% pour le Parti socialiste, entre 2'200 et 5'000 francs pour le PDC. THALER Emanuel, Mandatssteuer : So viel zweigen die Parteien ab, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2011/2.

²³⁶⁰ En l'occurrence, le Parti démocrate-chrétien (PDC), le Parti radical démocratique (PRD) et le Parti libéral suisse (PLS) (avant leur fusion) ainsi que le Parti socialiste (PS).

fonction du juge. Tous les partis ne considéraient pas que ces contributions menaçaient l'indépendance des juges. Enfin, seul le Parti socialiste reconnaissait qu'un juge qui annoncerait, lors du processus interne de sélection, qu'il ne paierait pas sa contribution ne serait alors pas (re)présenté²³⁶¹.

1100 En 2015, Daniela WÜTHRICH²³⁶² publiait une enquête qu'elle avait effectuée l'année précédente auprès de certains partis politiques concernant les contributions demandées à « leurs » juges du Tribunal fédéral. Il ressort des réponses recueillies que le PDC requiert de ces derniers un montant annuel de 6'000 francs²³⁶³, l'UDC un montant correspondant à environ 2% du traitement annuel brut et les Verts entre 3% et 6% de celui-ci. Le PLR n'a pas souhaité divulguer d'information et le PS ainsi que le PBD n'ont pas répondu à l'enquête.

3.3.2.2. L'étude de Giuliano RACIOPPI (2017)

1101 L'étude plus récente et complète à ce sujet est celle de Giuliano RACIOPPI, publiée en septembre 2017. C'est pourquoi nous nous référons en grande partie à celle-ci. A ce titre, ce juge du Tribunal administratif grison a interrogé non seulement les partis politiques, mais également les juges du Tribunal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal pénal fédéral. S'agissant des partis politiques, les données ont confirmé celles recueillies par l'étude de Daniela WÜTHRICH, s'agissant du montant exigé par le PDC (6'000 francs par an) et les Verts (entre 3% et 6% du traitement annuel).

1102 L'UDC n'a cette fois pas souhaité répondre à l'enquête, ni d'ailleurs le PLR. Cela dit, les réponses recueillies de la part des juges fédéraux interrogés amènent à conclure que l'UDC requiert un montant correspondant à 2% du salaire brut et le PLR une somme annuelle de 3'000 francs (1'500 francs pour les juges du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal pénal fédéral)²³⁶⁴. Du reste, les deux partis mentionnent dans leurs statuts comme moyens de couvrir leurs dépenses « les cotisations des représentants [...] aux tribunaux fédéraux »²³⁶⁵ pour le premier et « les cotisations des Autorités judiciaires fédérales et des représentants du Parti dans les fonctions publiques »²³⁶⁶ pour le second.

1103 Le Parti bourgeois démocratique (PBD) demande de ses juges fédéraux un montant annuel de 3'000 francs²³⁶⁷. Le Parti socialiste exige des juges du Tribunal fédéral le 4% du salaire annuel net et des juges du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal ainsi que des juges suppléants le 3%²³⁶⁸. Quant au Parti vert'libéral, il exige d'un juge fédéral ordinaire le 8% de son salaire net la première année de fonction, puis le 4% à partir de la seconde année²³⁶⁹.

1104 Compte tenu du salaire brut perçu par les juges ordinaires du Tribunal fédéral²³⁷⁰, du Tribunal administratif²³⁷¹ et du Tribunal pénal fédéral²³⁷², les contributions annuelles payées au Parti socialiste s'élèvent à environ 13'000 francs pour chaque juge du Tribunal fédéral et entre 3'600 et 5'900 francs chaque juge du Tribunal administratif

²³⁶¹ JURIA.

²³⁶² WÜTHRICH, N 96 ss.

²³⁶³ Art. 10 de son règlement financier.

²³⁶⁴ RACIOPPI, N 45.

²³⁶⁵ Art. 31 al. 1 let. c statuts de l'UDC suisse, du 24 mars 2018. Disponible : [https://www.udc.ch/wp-content/uploads/sites/2/Statuten_2018_FR-mit-Unterschriften.pdf] (dernière consultation : 09.05.2020)

²³⁶⁶ Cf. art. 31 al. 1 des statuts du PLR, du 16 avril 2016. Disponible : [https://www.plr.ch/fileadmin/documents/fdp.ch/pdf/FR/Parti/Statuts/20180323_Statuten_FDP_Die_Liberalen_f_modifications2018_f.pdf] (dernière consultation: 09.05.2020).

²³⁶⁷ RACIOPPI, N 24.

²³⁶⁸ *Idem*, N 18.

²³⁶⁹ *Idem*, N 35.

²³⁷⁰ Au 1^{er} janvier 2020, 363'665 francs. Cf. *supra*, N 159. RACIOPPI utilise les données de 2017, soit 356'000 francs.

²³⁷¹ Montant maximal de 234'053 francs. Art. 5 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les rapports de travail et le traitement des juges du Tribunal administratif fédéral, des juges ordinaires du Tribunal pénal fédéral et des juges ordinaires du Tribunal fédéral des brevets (Ordonnance sur les juges ; RS 173.711.2) et art. 36 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers ; 172.220.111.3).

²³⁷² *Ibid.*

fédéral et du Tribunal pénal fédéral²³⁷³. Quant au Parti vert'libéral, il perçoit d'un juge du Tribunal fédéral environ 26'000 francs la première année (entre 11'000 et 15'700 francs pour un juge du TAF et du TPF) et environ 13'000 francs dès la seconde année (entre 5'500 et 7'850 francs pour un juge du TAF et du TPF)²³⁷⁴. Les Verts reçoivent une somme annuelle variant entre 10'000.- et 20'000 francs pour chaque juge ordinaire du Tribunal fédéral et entre 4'300 et 12'400 francs pour chaque magistrat du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal pénal fédéral²³⁷⁵.

Le caractère contraignant ou non de ces cotisations varie selon les partis. Les socialistes obligent ainsi à les payer, et ceci non seulement aux juges membres de leur parti, mais également aux « simples » sympathisants²³⁷⁶. Il en va de même du Parti vert'libéral, qui, par ailleurs, exige, avant les élections, de ses candidats à s'engager par écrit à respecter le règlement sur le montant des contributions²³⁷⁷. Le PBD et les Verts jugent en revanche les *Mandatssteuern* comme une pratique coutumière (*üblich*)²³⁷⁸, tout comme dans une certaine mesure le PDC²³⁷⁹.

En outre, il est intéressant de relever que moins de 50% des juges fédéraux à qui Giuliano RACIOPPI a envoyé le questionnaire ont répondu²³⁸⁰. La majorité des juges interrogés – onze juges du Tribunal fédéral, quatre du Tribunal administratif fédéral et sept juges du Tribunal pénal fédéral – décrivent les *Mandatssteuern* comme volontaires (*freiwillig*) ou coutumiers (*üblich*). Seuls sept juges – deux du Tribunal fédéral, quatre du Tribunal administratif fédéral et un du Tribunal pénal fédéral – qualifient cette pratique de contraignante (*zwingend*)²³⁸¹.

Certains juges interrogés justifient le versement aux partis comme une contrepartie financière pour leur soutien lors de leur élection. Ils se sentent ainsi redevables envers leur formation politique. A ce titre, le paiement de cette taxe paraît comme un « devoir moral ». Par ailleurs, les magistrats, dans leur majorité, ne se sentent pas menacés dans leur indépendance, même s'ils n'excluent pas que dans l'hypothèse où ils cesseraient de payer ces cotisations, ils ne soient pas présentés par leur parti lors du prochain renouvellement intégral du tribunal²³⁸².

En résumé, les partis de gauche (PS, les Verts) et le Parti vert'libéral exigent les montants les plus élevés. Ceux-ci sont souvent obligatoires, ce qu'a d'ailleurs confirmé la majorité des magistrats de ces partis. Ces contributions se justifient par la nécessité de financer ces formations politiques, qui ne bénéficient pas, contrairement aux autres partis, d'un soutien important de la part de l'économie privée²³⁸³. C'est probablement aussi la raison pour laquelle ces partis connaissent des règles très détaillées à ce sujet et font parfois signer aux juges un accord écrit (pour les Verts et le Parti vert'libéral). En revanche, les partis bourgeois (UDC, PLR, PDC, PBD) demandent des sommes moins importantes, et dont le paiement n'est pas toujours obligatoire pour les magistrats, à l'exception, semble-t-il, de l'UDC²³⁸⁴.

²³⁷³ RACIOPPI, N 20. En proportion du nombre de juges affiliés au Parti socialiste dans chaque tribunal fédéral, Giuliano RACIOPPI estime le revenu annuel provenant des *Parteisteuern* à environ 230'000 francs pour ce parti.

²³⁷⁴ *Idem*, N 35.

²³⁷⁵ *Idem*, N 40.

²³⁷⁶ *Idem*, N 21.

²³⁷⁷ *Idem*, N 35. Cf. Art. 4.1 des statuts du Parti vert'libéral suisse, du 19.07.2007 (dernière révision : 30.04.2016). Disponible : [https://vertliberaux.ch/] (dernière consultation : 09.05.2020).

²³⁷⁸ RACIOPPI, N 24 et 39. Les Verts décrivent l'accord entre le juge et le Parti comme un *gentleman's agreement*.

²³⁷⁹ *Idem*, N 27.

²³⁸⁰ *Idem*, N 42. Tribunal fédéral (sur 37 juges) : treize juges ont participé, trois ont refusé et 21 n'ont pas réagi. Tribunal administratif fédéral (sur 28 juges) : huit juges ont participé, trois ont refusé et dix-sept n'ont pas répondu. Tribunal pénal fédéral (sur 19 juges) : neuf ont répondu, un a refusé et neuf n'ont pas répondu.

²³⁸¹ *Idem*, N 46, 55 et 64.

²³⁸² *Idem*, N 48 ss.

²³⁸³ Cf. *infra*, N 1136 ss.

²³⁸⁴ RACIOPPI, N 67. Voir en outre le tableau récapitulatif préparé par Giuliano RACIOPPI, pp. 22-24.

3.3.3. Les *Parteisteuern* sous l'angle de l'indépendance de la justice

3.3.3.1. Le rapport du GRECO (4^e cycle d'évaluation) (rappel)

1109 Comme nous l'avons vu²³⁸⁵, dans le cadre du Quatrième cycle d'évaluation, le GRECO s'est penché sur les contributions financières des juges helvétiques. Dans son rapport d'évaluation du 2 décembre 2016, l'institution du Conseil de l'Europe note ce qui suit :

« 100. [...] Bien qu'il ne semble pas que les juges des tribunaux de la Confédération subissent des pressions politiques directes dans leur activité professionnelle, ils conservent bien des liens avec les forces politiques au travers [...] de la pratique largement répandue dans les juridictions de la Confédération consistant pour les juges à verser une partie fixe ou un pourcentage de leur traitement au parti qui les a soutenus. S'agissant de cette dernière pratique, même si les juges rencontrés par l'EEG ont souligné qu'elle avait lieu sur la base du volontariat, c'est une forme de rétrocession clairement contraire au principe d'indépendance et à celui qu'il implique d'impartialité. Ces versements, que certains interlocuteurs de l'EEG ont qualifiés de « cotisation syndicale » ou d'« impôt sur le traitement », sont d'ailleurs discutés au sein de la société civile et de la doctrine ».

101. « Le GRECO recommande donc d'abolir la pratique [...] »

1110 Dans son rapport de conformité du 22 mars 2019, le GRECO fait remarquer que le Gouvernement suisse s'est bien penché sur cette problématique. Néanmoins, bien que reconnaissant que ces contributions soulèvent « diverses questions quant à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à sa perception par la population », le Conseil fédéral a estimé que leur suppression « se heurterait actuellement à une opposition politique importante », de sorte qu'il a renoncé à proposer de légiférer²³⁸⁶. Le GRECO a regretté cette décision et a invité les autorités suisses à revenir sur leur position. Un deuxième rapport de conformité est attendu pour 2021.

3.3.3.2. Les limites mises en avant par la doctrine

a) *Un fort lien de dépendance entre juges et partis politiques*

1111 Les contributions financières versées par les juges aux partis politiques sont toujours plus critiquées en doctrine. Ces reproches sont d'autant plus vifs lorsque les partis font signer préalablement aux candidats à la magistrature un engagement écrit à s'acquitter d'une certaine somme une fois qu'ils seront élus. Cette pratique est qualifiée par Pierre-Christian WEBER comme une « contrainte féodale apparentée à la vente d'une charge »²³⁸⁷. Elle rappelle d'ailleurs la « Paulette », cet usage institué par HENRI IV en 1604 visant à acheter auprès du roi sa charge judiciaire²³⁸⁸.

1112 Ces fortes relations entre juges et partis politiques relèvent, pour certains auteurs, du clientélisme²³⁸⁹. Pour Mark M. LIVSCHITZ, les *Parteisteuern* sont le symptôme d'une relation « patron-client » (patronage) : les partis contrôlent *de facto* l'accès aux postes judiciaires et les juges « admis » par les partis achètent leur accès aux fonctions par le biais de paiements réguliers à ces derniers. Les partis attendent des magistrats une certaine

²³⁸⁵ Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1.2.7.

²³⁸⁶ Message relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), du 15 juin 2018, FF 2018 4713, p. 4735. Selon le Conseil fédéral, une nouvelle disposition aurait pu figurer à l'art. 6 al. 2^{bis} LTF (incompatibilité à raison de la fonction), libellée ainsi : « Ils [les juges] ne peuvent s'obliger à verser à un parti politique une contribution dont le montant est plus élevé que la cotisation ordinaire d'un membre ».

²³⁸⁷ WEBER P., p. 31. Le juge genevois cite quelques cas s'étant déroulés à Zurich et dans le canton de Vaud dans les années 1970, et qui avaient provoqué l'intervention de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) jugeant « contraire à l'éthique du juge, incompatible avec les principes mêmes de notre démocratie de s'engager, à titre préalable, sous quelque forme que ce soit, à payer une contribution autre que la cotisation de membre ordinaire ». Cf. plus récemment BALMELLI, Financement, pp. 135 s, n. 489 qui cite des cas dans les cantons de Berne et de Bâle-Campagne à la fin des années 1990.

²³⁸⁸ RACIOPPI, N 1 ; LIVSCHITZ, n. 712. Cf. *supra*, N 512.

²³⁸⁹ QUELOZ, N 43 ; LIVSCHITZ, p. 276 ; BORGHI, Mainmise, p. 185.

loyauté et ne tolèrent aucun accès autonome à la fonction judiciaire. Il existe ainsi « une relation de pouvoir asymétrique avec une forte dépendance des juges vis-à-vis du pouvoir politique »²³⁹⁰, qui n'est pas compatible avec l'indépendance de la justice²³⁹¹.

Marco BORGHI considère également les cotisations comme problématiques au moment de l'accès à la fonction judiciaire, en particulier lorsqu'un candidat moins compétent, mais disposé à verser des contributions importantes est désigné au détriment d'un candidat meilleur, mais ayant annoncé son refus de payer ces montants²³⁹².

Pierre-Henri BOLLE a un avis plus tempéré. Pour lui, ces montants versés à un parti politique sont en fait des cotisations, soit des « contributions faites à un parti par ses membres comme conséquence financière de l'obtention de la qualité sociale »²³⁹³. C'est donc en tant qu'individu et non en tant que juge que ces paiements sont faits. En revanche, la situation serait différente « si ces versements n'étaient pas une cotisation, mais la contrepartie d'un soutien du parti pour l'élection, la réélection, la promotion du juge, ou en cas de soutien à lui offert alors qu'il se trouve dans une situation difficile »²³⁹⁴.

b) *Un juge n'apparaissant pas totalement indépendant*

Selon Giuliano RACIOPPI, les cotisations menacent l'apparence d'indépendance et d'impartialité de la justice²³⁹⁵. D'une part, cette pratique donne l'impression que le juge a acheté sa charge à son parti ou mieux encore qu'il l'ait loué par des paiements périodiques. D'autre part, elle donne l'apparence que le juge se soumet à son propre parti, qui tente ainsi d'élargir sa sphère de pouvoir au sein de la justice. A cet égard, il importe peu que les partis aient conclu un accord écrit avec les juges, que les taxes de mandat soient réglementées unilatéralement ou encore que seules des recommandations soient formulées. Le paiement des taxes de mandat ne correspond en effet pas à l'image qu'un tiers peut s'attendre d'un juge indépendant et impartial²³⁹⁶.

Le Tribunal fédéral n'est pas de cet avis. Dans un arrêt récent encore, il a rappelé laconiquement que l'indépendance d'un juge devait s'apprécier selon des critères concrets. A cet égard, l'impôt de mandat en tant que tel ne crée aucune apparence de partialité du juge²³⁹⁷.

c) *Les risques de non-réélection*

Les critiques de la doctrine sont principalement liées au risque qu'entraîne le non-paiement des cotisations pour la réélection des juges. Karl SPÜHLER relevait ce danger il y a un quart de siècle, danger d'autant plus réel que dans plusieurs cantons les partis politiques présentaient directement les candidats au peuple ou au Parlement pour la réélection²³⁹⁸.

Pour Regina KIENER, les *Mandatssteuern* peuvent être une menace pour l'indépendance de la justice s'ils sont utilisés comme moyens de pression pour l'exécution directe ou indirecte de la créance. Or, le paiement d'une cotisation ne constitue pas une condition formelle pour l'élection ; l'organe d'élection n'est par ailleurs pas le parti politique, mais le peuple ou le Parlement²³⁹⁹. Pour cette auteure, la problématique pour l'indépendance de

²³⁹⁰ LIVSCHITZ, p. 276 : « eine asymmetrische Machtbeziehung mit starker Abhängigkeit der Richter von den politischen Mächtigkeiten ».

²³⁹¹ *Idem*, p. 277.

²³⁹² BORGHI, Mainmise, pp. 184 s.

²³⁹³ BOLLE, p. 148.

²³⁹⁴ *Ibid.* Dans le même sens : FISCHBACHER, p. 217.

²³⁹⁵ Selon l'adage anglais : « justice must not only be done, but must also be seen to be done ». Cf. *supra*, N 892.

²³⁹⁶ RACIOPPI, N 84. Cf. ég. PASQUIER (propos d'Eric KALTENRIEDER), p. 6.

²³⁹⁷ TF 6B_1458/2017, du 21 juin 2018, consid. 2.2. Cf. ég. TF 1C_514/2010 du 16 février 2011, consid. 1.1 et les références citées.

²³⁹⁸ SPÜHLER, Der Richter, p. 36. Ce risque est aujourd'hui plus limité vu que les juges doivent parfois s'annoncer auprès de l'organe de sélection (commissions judiciaires ou conseils de la magistrature), et non directement auprès du parti, s'ils souhaitent se représenter. Cf. *supra*, N 237.

²³⁹⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 274.

la justice n'est donc pas le *Mandatssteuer* en tant que tel, mais la possibilité de sanctions (par ex. la non-réélection) qu'il procure²⁴⁰⁰.

1119 Dans un arrêt du 5 décembre 1997, le Tribunal fédéral a considéré que « l'exercice de la fonction de juge n'était pas subordonné au paiement de la taxe de mandat ; si le titulaire de la fonction refuse son paiement, il ne viole alors aucune obligation légale. En effet, il ne serait pas compatible avec l'indépendance de la justice de subordonner l'exercice de la fonction d'un mandataire élu par le peuple ou une autorité politique à la volonté d'un parti politique. Même la réélection du titulaire après l'expiration de son mandat n'est pas liée au paiement d'une taxe de mandat ; si le titulaire n'est plus proposé par son parti en raison d'un non-paiement, il est libre de se présenter comme candidat indépendant. L'expérience a montré que les juges qui ont fait leurs preuves dans leur fonction sont parfois réélus même si leur ancien parti retire son soutien »²⁴⁰¹. Cet avis est partagé par Jean-Luc BACHER. Dans l'hypothèse où un juge ne voudrait plus payer ses cotisations, il pourrait décider de rejoindre une nouvelle formation politique, qui le soutiendrait lors de la réélection. De même, s'il décidait de ne rejoindre aucun parti, ses chances de réélection resteraient tout aussi intactes, car il pourrait se présenter comme candidat hors parti²⁴⁰². Dans le premier cas, nous doutons toutefois que le nouveau parti politique ne réclame pas de sa nouvelle recrue une cotisation pour le service rendu. Dans le second cas, le juge pourrait très bien être sanctionné par les autres partis faute de ne pas avoir suivi la coutume helvétique des *Parteisteuern*, communes à toutes les formations politiques.

1120 Sergio BIANCHI considère que les cotisations ne menacent pas l'indépendance de la justice du moment qu'elles sont demandées de manière transparente et ne sont pas coercitives pour le juge. Cela serait toutefois différent si leur non-paiement entraînait des conséquences préjudiciables, notamment au moment de la réélection du juge²⁴⁰³.

1121 Enfin, pour Giuliano RACIOPPI, le magistrat qui cesserait de verser les contributions s'expose non seulement au risque d'une non-réélection, mais également à celui de compromettre sa carrière judiciaire. Cette dernière hypothèse s'applique aux juges fédéraux de première instance qui espéreraient un jour accéder à la fonction judiciaire suprême²⁴⁰⁴. Elle peut donc aussi concerner les juges cantonaux, tant de première que de seconde instances.

3.3.3.3. La prise de position de la Commission d'éthique de l'ASM

1122 La Commission d'éthique de l'Association suisse des Magistrats s'est récemment prononcée, dans sa majorité, en défaveur de l'« impôt de parti ». On reprendra ici quelques extraits de ce document²⁴⁰⁵ :

« La déontologie professionnelle contribue à la confiance placée par les citoyens dans l'activité juridictionnelle. Elle renforce cette activité et celle des juges dans l'ordre étatique et dans la société comme organes du troisième pouvoir. Le fait que certains juges ne se sentent pas influencés par de telles rétrocessions lorsqu'ils rendent un jugement n'est pas le critère déterminant. Il faut tenir compte également de la perception que donne aux parties et au public une telle pratique. Dans ce contexte, il est clair que le magistrat débiteur de rétrocessions donne l'image d'une certaine allégeance partisane, également quant au contenu de ses jugements. Au niveau des apparences, le justiciable peut avoir l'impression que le juge exerce sa fonction et continue de l'exercer parce qu'il paie une contribution et aussi longtemps qu'il la verse. Il pourrait estimer que le magistrat n'est pas assez indépendant dans son activité juridictionnelle, car il est tributaire du parti qui l'a présenté. Cela nuit à l'image de la justice. [...] (p. 3)

²⁴⁰⁰ *Ibid.* Dans le même sens : WÜTHRICH, N 110

²⁴⁰¹ ATF 124 II 29, consid. 5a (notre traduction).

²⁴⁰² BACHER, p. 94.

²⁴⁰³ BIANCHI, p. 52.

²⁴⁰⁴ RACIOPPI, N 85.

²⁴⁰⁵ ASM, Commission d'éthique, « Impôt de parti : cette pratique est-elle problématique du point de vue de l'éthique professionnelle des juges ? », document du 27.03.2019. Disponible : [<http://www.svr-asm.ch/fr/stellungnahmen.htm>] (dernière consultation : 09.05.2020).

Il convient d'éviter l'apparence de potentielles influences ou d'interdépendances. Des juges qui ne peuvent choisir librement s'ils veulent ou non rétrocéder à leur parti une partie de leur salaire et qui doivent se plier à cette règle s'ils ne veulent pas être désavantagés par rapport à d'autres (non-réélection, invitation par le parti à une discussion) ne peuvent décider librement; ils sont mis sous pression et dépendent du parti. [...] (p. 5)

Il en résulte pour la Commission d'éthique que l'obligation de verser des rétrocessions qui existe de facto entre en conflit avec les devoirs professionnels éthiques des magistrats. Ceux-ci sont face à un dilemme non résoluble au niveau individuel. La pratique doit être abolie en suivant la voie juridico-politique, en impliquant l'Association des magistrats compétente. Du point de vue éthique, il faut recommander à ses membres qu'ils invitent leur comité à entreprendre les démarches ou qu'ils le soutiennent dans celles-ci. » (p. 6).

On notera que pour une (forte) minorité de la Commission, la question de la rétrocession de salaires de juges ne méritait pas de prise de position. En effet, il s'agit, pour elle, d'une problématique politico-juridique et qui ne relève pas de l'éthique professionnelle. L'impôt de mandat est inhérent au système suisse d'élection et de réélection politique, de sorte que s'il devait y avoir débat, celui-ci devrait porter sur l'ensemble du système (p. 2).

1123

3.3.4. Les *Parteisteuern* sous l'angle pénal, civil et fiscal (aperçu)

3.3.4.1. Droit pénal

Selon Tiziano BALMELLI et Marco BORGHI, la pratique consistant pour les partis politiques à faire signer aux aspirants juges une reconnaissance de dette en échange de leur soutien est susceptible de constituer un abus d'autorité (art. 312 CP) ainsi qu'un acte de corruption passive (art. 322^{quater} CP)²⁴⁰⁶.

1124

L'art. 312 CP réprime « les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge ». Quant à l'art. 322^{quater} CP, il sanctionne l'agent public qui « 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 ». Les dispositions contre la corruption (titre 19 du Code pénal) ont pour but de protéger le caractère impartial et objectif de l'action publique et l'égalité des citoyens, voire « la confiance de la collectivité dans l'impartialité et l'objectivité de l'Etat »²⁴⁰⁷.

1125

Pour Tiziano BALMELLI, ces dispositions pourraient s'appliquer aux parlementaires qui sont membres de l'organe d'élection (Parlement) et ont participé activement à la conclusion de l'accord entre le parti et le juge, mais aussi à ceux qui ont voté lors de l'élection pour le candidat en suivant les instructions reçues par leur parti, alors qu'ils savaient pertinemment que celui-ci avait fait signer au candidat une reconnaissance de dette. « Exiger une récompense financière pour choisir entre plusieurs candidats ressemble beaucoup à un abus d'autorité »²⁴⁰⁸.

1126

Marco BORGHI va (encore) plus loin. Il considère que l'art. 322^{quater} CP pourrait également entrer en considération dans les cas d'un parlementaire qui aurait accepté une contribution financière en faveur de son parti pour ne pas réélire un juge ayant refusé de continuer à payer ses propres contributions. Il en va de même si un

1127

²⁴⁰⁶ BALMELLI, Quelques remarques, N 20 ss ; BORGHI, Mainmise, p. 184. Cf. ég. les autres références citées par RACIOPPI, N 76, n. 88.

²⁴⁰⁷ CASSANI Ursula, Bien commun, avantages privés : la corruption d'agents publics suisses, in : Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 61-77, p. 62 et les références citées.

²⁴⁰⁸ BALMELLI, Quelques remarques, N 23.

parlementaire décidait d'élire un candidat moins compétent, mais d'accord de verser ces ristournes financières, au détriment d'un autre candidat plus apte, mais qui aurait refusé de les payer²⁴⁰⁹.

1128 Nicolas QUELOZ considère que « les relations d'acointances institutionnelles »²⁴¹⁰ entre les partis politiques et le pouvoir judiciaire sont des caractéristiques du trafic d'influence²⁴¹¹. Celui-ci « suppose une relation triangulaire dans laquelle une personne dotée d'une influence réelle ou supposée sur une personne exerçant une charge publique échange cette influence contre un avantage fourni par un tiers »²⁴¹². En l'occurrence, tel est le cas lorsqu'un candidat à une (ré)élection judiciaire (A) offre ou accepte de remettre un avantage – en l'occurrence son adhésion et sa cotisation régulière – à un responsable d'un parti politique (B), lequel va exercer son influence auprès de députés (C), membres de son parti, afin qu'il contribue à (ré)élire le candidat comme juge (A). Le trafic d'influence n'est toutefois pas réprimé en droit pénal suisse²⁴¹³.

1129 En revanche, contrairement aux auteurs précités, Nicolas QUELOZ estime que les infractions de corruption (titre 19 du Code pénal) ne sont pas applicables aux versements réguliers de cotisations des juges aux partis politiques. Les infractions de corruption active (art. 322^{ter} et 322^{quinquies} CP) entreraient en considération si un représentant d'un parti politique offrait à un juge membre de son parti des avantages indus afin de le déterminer à prendre (ou à ne pas prendre) une décision judiciaire en sa (dé)faveur. Ce cas de figure ne peut être généralisé²⁴¹⁴. Quant aux dispositions de corruption passive (art. 322^{quater} et 322^{sexies} CP), elles ne sont pas non plus applicables, « car si l'auteur (le juge visant sa réélection) est bien un membre de l'autorité judiciaire, il sollicite toutefois un avantage (celui d'être soutenu et maintenu à son poste grâce aux voix de son parti politique) qui n'est pas indu, mais fait partie intégrante des us et coutumes helvétiques »²⁴¹⁵.

3.3.4.2. Droit privé

1130 Les partis politiques sont des associations au sens des articles 60 et suivants du Code civil. Le droit de l'association suppose une égalité entre ses membres, y compris dans les montants des cotisations. Même si la plupart des associations appliquent le même montant à tous leurs membres, il est cependant permis de l'adapter en fonction des capacités financières de chacun²⁴¹⁶. Or, les *Parteisteuern* ne sont pas fondés uniquement sur le critère financier, mais bien plus sur la différenciation entre les membres d'une autorité étatique (exécutive, législative et judiciaire) et les membres ordinaires de l'association. Une telle distinction est justifiée si l'association fournit au titulaire du mandat un avantage spécial. Si un parti contribue à faire élire un membre à un poste déterminé (dans la justice, l'administration), il ne lui fournit pas encore un service particulier. Cette aide est, en effet, apportée non pas dans le but de permettre au juge d'accéder à un statut élevé, mais dans un intérêt purement pécuniaire. En conséquence, selon Hans SCHMID, les contributions de mandat violent l'égalité de traitement du droit associatif. De ce fait, la décision du parti politique exigeant du juge le paiement d'une taxe spéciale pourrait être attaquée, par ce dernier, en justice en demandant son annulation (cf. art. 75 CC)²⁴¹⁷.

²⁴⁰⁹ BORGHI, Mainmise, pp. 184 s.

²⁴¹⁰ Qui se manifestent d'une part dans l'affiliation quasi-obligatoire à un parti politique d'un aspirant juge et d'autre part dans le versement d'une contribution financière régulière à ce parti une fois le juge élu. QUELOZ, N 26.

²⁴¹¹ QUELOZ, N 42 s.

²⁴¹² FF 2014 3433, p. 3445.

²⁴¹³ Cette infraction est définie à l'art. 12 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55). La Suisse l'a ratifiée mais a émis une réserve précisément sur cet article. Le Conseil fédéral considèrerait, en effet, qu'en Suisse, il existe « une proximité forte [...] entre les mondes politique, économique et l'administration publique », en revanche, il estime que ces « liens se tissent avant tout autour d'amitiés réciproques, d'une appartenance commune à des groupes d'intérêts et paraissent constituer avant tout un phénomène de société, qui ne doit pas devenir l'objet d'une intervention en droit pénal [...] ». Cf. rapport et avant-projet relatifs à l'adhésion de la Suisse à la Convention pénale sur la corruption, Berne 2003, p. 32. Dans son Message de 2014, le Conseil fédéral a maintenu cette position, FF 2014 3433, p. 3446.

²⁴¹⁴ QUELOZ, N 33.

²⁴¹⁵ *Idem*, N 40.

²⁴¹⁶ FOËX Bénédicte, N 4 ad art. 71 CC, in : Bénédicte Foëx/Pascal Pichonnaz (éd.), Commentaire romand du Code civil I, Bâle 2010.

²⁴¹⁷ SCHMID H., p. 557. Cf. ég. WÜTHRICH, N 108. Une décision favorable serait alors applicable à tous les membres de l'association (*erga omnes*) (cf. ATF 136 III 345).

Par ailleurs, l'engagement à payer ces taxes pourrait constituer une atteinte à la personnalité du juge au sens de l'art. 27 al. 2 CC²⁴¹⁸. Il en va ainsi dans l'hypothèse où le parti menace explicitement ou implicitement son magistrat de ne pas le réélire ou de compromettre sa carrière s'il ne reverse pas une part de son salaire²⁴¹⁹ – ce que reconnaissent parfois les partis politiques et les juges eux-mêmes²⁴²⁰. En effet, ces menaces n'ont aucun lien avec la fonction exercée par le juge ; elles visent exclusivement à obtenir des avantages financiers²⁴²¹. 1131

En conséquence, un accord écrit entre un juge et un parti politique visant le versement d'un impôt sur le mandat²⁴²² serait nul, car son contenu est illicite – notamment, car l'objet même du contrat constitue une infraction pénale²⁴²³ – ou est contraire aux mœurs (art. 20 CO)²⁴²⁴. Un tel engagement ne peut dès lors constituer un titre de mainlevée provisoire de la poursuite²⁴²⁵. 1132

Enfin, les partis politiques justifient parfois le prélèvement de l'impôt sur le mandat des juges par la contrepartie à leur soutien lors de l'élection, notamment par les coûts – financiers, mais aussi en matière d'infrastructures – de la campagne électorale²⁴²⁶. Cet avis est partagé par certains magistrats. En d'autres termes, l'impôt sur le mandat est une sorte de rémunération pour la fonction obtenue grâce au soutien du parti. Hans SCHMID voit à cet égard une certaine proximité avec le contrat de parrainage (ou de *sponsoring*). Cependant, ce contrat in-nommé présuppose que le parrain (sponsor) s'engage à fournir des prestations (financières ou en nature) au sponsorisé, qui cède les droits d'utilisation de son nom. Or, les partis politiques ne fournissent aucune prestation réelle aux juges ; et ces derniers ne font d'ailleurs pas de publicité aux partis²⁴²⁷. 1133

3.3.4.3. Droit fiscal

Au niveau fédéral, les contributions de mandat peuvent être déduites, par les personnes physiques, en tant que contributions versées à des partis politiques, et ce jusqu'à concurrence de 10'100 francs par an²⁴²⁸. Ces montants ne sont toutefois pas considérés comme des frais d'acquisitions de revenus, étant donné qu'il n'est pas irraisonnable pour le contribuable d'éviter de les payer²⁴²⁹. 1134

Au niveau cantonal, le système est variable²⁴³⁰. Cela dit, on remarque, aujourd'hui, une tendance à admettre la déduction des cotisations des juges à titre de contributions versées à des partis politiques, avec un montant plafonné²⁴³¹. 1135

²⁴¹⁸ Selon cette disposition, « [n]ul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ».

²⁴¹⁹ SCHMID H., pp. 557 s.

²⁴²⁰ RACIOPPI, N 74.

²⁴²¹ SCHMID H., p. 558.

²⁴²² Selon les recherches de Giuliano RACIOPPI, un tel contrat est parfois exigé par les Verts et les Verts'libéraux, N 34 et N 39.

²⁴²³ Cf. *supra*, N 1124 ss.

²⁴²⁴ Cf. SCHMID/SCHUHMACHER (propos de Giuliano RACIOPPI), p. 9.

²⁴²⁵ *Ibid.* ; RACIOPPI, N 75.

²⁴²⁶ RACIOPPI, N 72.

²⁴²⁷ SCHMID H., p. 557.

²⁴²⁸ Art. 33 al. 1 let. i de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS 642.11).

²⁴²⁹ ATF 124 II 29, consid. 3, confirmé dans ATF 142 II 293, consid. 3.2. Pour une analyse critique de cette jurisprudence, cf. HILTBRUNNER Thomas, BGE 124 II 29 über die steuerliche Behandlung von Mandatsbeiträgen: Anmerkungen aus logischer Sicht, in: « Justice - Justiz – Giustizia » 2006/3.

²⁴³⁰ Pour une étude de 2006, Cf. STADELMANN Thomas, Die steuerliche Behandlung der „Mandatsbeiträge“ in der Schweiz, in: « Justice – Justiz – Giustizia » 2006/3.

²⁴³¹ Par exemple, à Neuchâtel, 5'000 francs (art. 36 let. j de la loi sur les contributions directes, [RSN 631.0]) ; dans le canton de Vaud, 10'100 francs (art. 37 al. 1 let. j. de la loi sur les impôts directs cantonaux, [RSV 642.11]). Il faut toutefois que le parti soit présent au Parlement cantonal.

3.3.5. La justification principale : le financement des partis politiques

3.3.5.1. Le besoin de se procurer des ressources financières

1136 Les *Parteisteuern* trouvent leur principale justification dans la nécessité pour les partis politiques de se financer. En Suisse, il n'existe en effet pratiquement aucun subventionnement étatique des partis. Leurs sources de financement proviennent alors des cotisations ordinaires de leurs membres, mais aussi de dons de la part de sociétés privées ou d'associations. Ces montants ne sont toutefois pas suffisants, en particulier pour les partis de gauche, qui doivent donc compter sur d'autres contributeurs, soit leurs membres exerçant un mandat public (dans un gouvernement, un parlement ou une juridiction)²⁴³².

1137 En outre, les contributions de mandats sont parfois légitimées par les coûts découlant des campagnes électorales²⁴³³. A cet égard, une contribution supérieure à celle d'un membre de base peut effectivement se justifier si le parti politique a contribué de manière décisive à l'élection du magistrat²⁴³⁴. Or, les coûts d'une campagne pour l'élection des juges sont plutôt faibles en Suisse, même inexistantes lorsque les juges sont désignés par le Parlement. Dans ce dernier cas, aucun combat électoral n'est réellement mené. La tâche du parti politique se limite à entendre les candidats, puis à les proposer à l'organe d'élection²⁴³⁵. En outre, les élections par le peuple sont souvent tacites de sorte que les coûts pour les partis sont nuls.

3.3.5.2. Une (relative) absence de financement étatique

1138 L'art. 137 Cst. ne constitue pas une base à un financement étatique des partis politiques²⁴³⁶. A cet égard, la volonté de ne pas donner de fondement constitutionnel au subventionnement étatique a été clairement manifestée lors des travaux préparatoires²⁴³⁷.

1139 Les partis fédéraux bénéficient toutefois d'une forme de financement étatique indirect. Les groupes politiques de l'Assemblée fédérale reçoivent, en effet, un montant de base de 144'500 francs auquel s'ajoutent 26'800 francs par membre du groupe²⁴³⁸, soit au total 7'604'300 francs pour les sept groupes parlementaires (législature 2015-2019)²⁴³⁹. Par ailleurs, les partis profitent de certains avantages : établissement et envoi gratuits de bulletins électoraux, frais destinés à couvrir les dépenses de leur secrétariat, rabais de frais postaux pour la distribution des journaux, etc²⁴⁴⁰. En revanche, les sections jeunes des partis reçoivent des contributions directes²⁴⁴¹.

1140 Jusqu'à ce jour, les interventions parlementaires fédérales visant à demander une subvention étatique plus conséquente n'ont pas réussi à convaincre la majorité du Parlement²⁴⁴². Ces réticences ont trait au fait qu'un tel financement serait perçu comme une trop grande ingérence étatique dans les affaires privées des partis. Du reste, il entraînerait vraisemblablement l'obligation pour eux de divulguer leurs comptes, aspect auquel ils sont réticents²⁴⁴³.

²⁴³² WÜTHRICH, N 87 s. ; MATTER, p. 133 ; RACIOPPI, N 68.

²⁴³³ Cf. RACIOPPI, N 48.

²⁴³⁴ SCHIESS RÜTTIMANN, Politische Parteien, N 879.

²⁴³⁵ Cf. WÜTHRICH, N 91 et les références citées ; SCHMID/SCHUHMACHER (propos de Giuliano RACIOPPI), p. 7.

²⁴³⁶ AUBERT, Petit commentaire, N 3 ad art. 137 ; BIAGGINI, BV Kommentar, N 6 ad art. 137 ; BALMELLI, Financement, p. 310.

²⁴³⁷ Cf. BALMELLI, Financement, pp. 310 ss ; AUBERT, N 3 ss ad art. 137 ; BELSER/HÄNNI, pp. 34 ss.

²⁴³⁸ Art. 10 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale du 18 mars 1988 relative à la loi sur les moyens alloués aux parlementaires (OMAP).

²⁴³⁹ FF 2018 5675, p. 5683.

²⁴⁴⁰ TSCHANNEN, Basler Kommentar BV, N 13 ad art. 137 ; FF 1981 I 117, pp. 161 ss.

²⁴⁴¹ En vertu de l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale sur l'encouragement des activités extrascolaires des enfants et des jeunes (LEEJ, RS 446.1).

²⁴⁴² WÜTHRICH, N 94 citant diverses initiatives parlementaires.

²⁴⁴³ KRIESI, N 11 ad § 26. Cf. *infra*, N 1143 ss.

Dans la majorité des cantons, en revanche, les groupes politiques reçoivent des contributions publiques, notamment par des canaux indirects²⁴⁴⁴. Certains cantons ont, en outre, réglementé spécifiquement le financement direct des partis par des fonds publics. A Genève, les partis représentés au Parlement reçoivent un montant annuel de 100'000 francs, auquel s'ajoutent 7'000 francs pour chaque député élu²⁴⁴⁵. A Neuchâtel, tout parti représenté au Grand Conseil perçoit de la part de l'Etat une indemnité annuelle de 3'000 francs par siège au sein de celui-ci²⁴⁴⁶.

Du reste, l'absence de financement public direct peut engendrer une inégalité des chances lors des élections politiques²⁴⁴⁷. Un tel subventionnement, qui est présent dans la grande majorité des Etats européens, n'est toutefois pas nécessairement la solution miracle. Selon Tiziano BALMELLI, l'expérience dans les autres pays démocratiques montre que le versement de fonds publics n'a jamais réglé les problèmes des partis, mais les a au contraire accrus, surtout celui de la corruption, en introduisant davantage d'argent dans le système et en faisant ainsi augmenter les prix que les lobbys doivent payer pour s'assurer les faveurs des politiciens. Du reste, le financement privé subsiste de façon occulte et peut alimenter des « caisses noires » de partis et de candidats, malgré des normes sur la transparence²⁴⁴⁸.

3.3.5.3. Rendre (plus) transparent le financement des partis ?

Depuis 2011, la Suisse est régulièrement critiquée par le GRECO en raison de son manque de transparence dans le financement des partis politiques. Dans son rapport concernant le troisième cycle d'évaluation, cet organe indique que l'absence de dispositions juridiques – tant au niveau fédéral que cantonal – garantissant la transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales est contraire à la Recommandation Rec(2003)4 du Conseil de l'Europe sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales. Il préconise donc à la Suisse d'introduire, pour les partis politiques et les candidats aux élections, des règles prévoyant une comptabilité complète et la publication d'informations concernant les dons reçus qui dépassent un certain montant ainsi que l'identité des donateurs²⁴⁴⁹.

Le 10 août 2018, le GRECO a rendu public un cinquième rapport de conformité intérimaire. Il a conclu, comme lors des quatre rapports précédents, que notre pays n'avait pas mis en œuvre de façon satisfaisante la plupart de ses recommandations²⁴⁵⁰. En effet, le Gouvernement fédéral n'a pas estimé nécessaire de légiférer sur la transparence des partis politiques et des campagnes électorales en raison des « particularités du système politique suisse », caractérisé par la démocratie directe, le fédéralisme et le modèle de milice²⁴⁵¹. En d'autres termes, « la vie politique et le financement des partis politiques sont perçus en Suisse comme relevant largement d'un engagement privé et non de la responsabilité de l'Etat »²⁴⁵². A noter que la Suisse est le seul Etat

²⁴⁴⁴ LEIZINGER Lukas/KUSTER Claudio, «Wie war das nochmal mit "keine staatliche Parteienfinanzierung" ?», 25.08.2017. Disponible : [https://napoleonsnightmare.ch/2017/08/25/wie-war-das-nochmal-mit-keine-staatliche-parteienfinanzierung/] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁴⁵ Art. 47 al. 5 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (LRG ; RSGE B 1 01).

²⁴⁴⁶ Art. 133b à 133e loi sur les droits politiques (LDP ; RSN 141). Au total, le financement étatique des partis politiques neuchâtelois se monte à environ CHF 340'000.- par an. FF 2018 5675, p. 5692.

²⁴⁴⁷ Cf. TÖNDURY Andrea, Gekäufte Politik ? Die Offenlegung der Politikfinanzierung als Erfordernis politischer Chancengleichheit, in: ZBl 119/2018, pp. 563 ss, p. 568 s.

²⁴⁴⁸ BALMELLI Tiziano, Limiter les dépenses électorales pour garantir les droits politiques, in : Plaidoyer 4/11 ; *Idem*, Financement, pp. 64 ss et 375 ss. Pour une étude comparée, cf. ég. CARONI, pp. 55 ss.

²⁴⁴⁹ GRECO, Troisième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse : transparence du financement des partis politiques, thème II, 21 octobre 2011.

²⁴⁵⁰ GRECO, Troisième cycle d'évaluation, cinquième rapport de conformité intérimaire sur la Suisse : transparence du financement des partis politiques, 10 août 2018.

²⁴⁵¹ Cf. les communiqués de presse du Conseil fédéral du 12 novembre 2014 et du 31 janvier 2018.

²⁴⁵² GRECO, Troisième cycle d'évaluation, cinquième rapport de conformité intérimaire sur la Suisse : transparence du financement des partis politiques, 10 août 2018, § 12.

membre du Conseil de l'Europe à ne disposer d'aucune réglementation sur la publicité du financement des partis politiques et des campagnes électorales²⁴⁵³.

- 1145 Dans l'intervalle, une initiative populaire fédérale « Pour plus de transparence dans le financement de la vie politique (initiative sur la transparence) » a été lancée le 26 avril 2016. Elle a formellement abouti le 31 octobre 2017. Cette initiative vise à introduire dans la Constitution fédérale un nouvel article 39a « Publicité du financement des partis politiques, des campagnes électorales et des campagnes de votation ». Selon son texte, les partis devraient notamment présenter chaque année à la Chancellerie fédérale leur bilan et leur compte de résultat ainsi que l'origine des dons d'une valeur supérieure à 10'000 francs par an et par personne. La Chancellerie fédérale publierait ces informations. Les dons anonymes seraient interdits²⁴⁵⁴. Les buts des initiateurs visent à renforcer la démocratie et à favoriser la formation de l'opinion. Selon eux, les citoyens qui veulent se forger une opinion doivent savoir combien coûte une campagne électorale ou de votation et quels sont les grands donateurs. La transparence ainsi créée renforcera la confiance dans la classe politique²⁴⁵⁵.
- 1146 Une plus grande transparence contribue également « à réduire le sentiment que les rapports entre l'économie et le monde politique s'entrelacent dans la clandestinité et de façon étrangère à l'intérêt général. Même si, d'ordinaire, on peut assez facilement imaginer, en Suisse, quels milieux financent quels partis ou comités, une plus grande transparence est aussi utile pour que les électeurs puissent exercer correctement leurs droits politiques avant de se prononcer »²⁴⁵⁶.
- 1147 Dans son Message du 29 août 2018, le Conseil fédéral a tout d'abord proposé au Parlement de rejeter cette initiative, sans proposer de contre-projet. La transparence est en effet jugée non nécessaire compte tenu des particularités du système suisse et du fait que les moyens financiers investis ne sont pas le facteur déterminant du succès politique. De plus, une mise en œuvre efficace exigerait des moyens disproportionnés. Enfin, il n'est pas exclu que l'acceptation de l'initiative ait des conséquences inopportunes sur notre système fédéral et sur le financement de la vie politique²⁴⁵⁷.
- 1148 Cela dit, au début de l'année 2019, les commissions des institutions politiques du Conseil d'Etat et du Conseil national se sont prononcées en faveur d'un contre-projet indirect à l'initiative, lequel a été mis en consultation²⁴⁵⁸. Ce contre-projet a amené le GRECO à clore, dans son sixième rapport de conformité intérimaire des 17-21 juin 2019, la procédure de non-conformité à l'encontre de la Suisse²⁴⁵⁹. Dans un avis publié le 27 novembre 2019, le Conseil fédéral s'est prononcé substantiellement en faveur du contre-projet indirect, lequel « prévoit des obligations de déclarer moins strictes, notamment en ce qui concerne les seuils prévus »²⁴⁶⁰. En décembre 2019, le Conseil des Etats a accepté ce contre-projet²⁴⁶¹.
- 1149 Au niveau cantonal, cinq cantons disposent actuellement d'une législation sur le financement des partis politiques, à savoir le Tessin, Genève, Neuchâtel, Fribourg et Schwyz²⁴⁶². Des réglementations sont également à

²⁴⁵³ FF 2018 5675, p. 5677. Cf. ég. Office fédéral de la justice, Financement des partis politiques et des campagnes électorales, Rapport de droit comparé, Berne 10.06.2011.

²⁴⁵⁴ FF 2016 3447.

²⁴⁵⁵ [https://transparenz-ja.ch] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁵⁶ Tiziano BALMELLI, Limiter les dépenses électorales pour garantir les droits politiques, in : Plaidoyer 4/11. Cf. ég. MARTENET, Séparation, N 48.

²⁴⁵⁷ FF 2018 5675.

²⁴⁵⁸ Selon le projet indirect rédigé par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale devront notamment publier une fois par an les informations relatives à leurs recettes et aux libéralités excédant 25'000 francs par personne et par an. Cf. Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats. Disponible : [https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/vernehmlassung-spk-19-400-bericht-f.pdf] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁵⁹ [https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2019/2019-09-17.html] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁶⁰ [https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/transparenz/stgn-br-ber-spk-sr-f.pdf] (dernière consultation: 27.05.2020).

²⁴⁶¹ BO CE 2019 1174.

²⁴⁶² Cf. FF 2018 5675, pp. 5688 ss.

l'étude dans d'autres cantons²⁴⁶³.

Enfin, à noter que quelques partis, principalement de gauche, publient spontanément leurs comptes détaillés sur leur site internet. Au niveau fédéral, tel est le cas des Verts²⁴⁶⁴. Selon le compte annuel 2018 de ce parti, les contributions des juges fédéraux s'élèvent à 116'218.30 francs, ce qui correspond à environ 9% du revenu total du parti²⁴⁶⁵.

1150

3.3.6. Résumé et appréciation personnelle

Les *Parteisteuern* sont problématiques du point de vue des droits fondamentaux, en particulier du droit pour le justiciable d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. L'engagement oral ou écrit, explicite ou tacite, à les verser paraît souvent être une condition de fait pour être soutenu par un parti politique, ceci tant lors de la première désignation que lors des élections successives. A cet égard, ces contributions sont symptomatiques d'un fort attachement entre le parti politique et le juge, attachement qui se maintient ainsi pendant toute la durée du mandat de ce dernier.

1151

Cette interdépendance entre magistrature et classe politique se rapproche dangereusement d'une certaine forme de clientélisme. Celui-ci peut être défini comme « un rapport de dépendance personnelle non lié à la parenté qui repose sur un échange réciproque de faveurs entre deux personnes, le patron et le client qui contrôlent des ressources inégales »²⁴⁶⁶. Dans le cas d'espèce, le patron serait le parti politique, respectivement les membres de celui-ci, qui utiliserait sa propre influence et ses ressources pour élire ou faire élire son client, en l'occurrence le juge, qui en échange, le rétribuera par des versements réguliers. Par ailleurs, il n'est pas exclu que les *Parteisteuern* trouvent des points d'ancrage en droit pénal (abus d'autorité, trafic d'influence, voire corruption). Le questionnement sur le caractère pénalement répréhensible de cette pratique contribue à mettre en exergue ses limites, et il n'est ainsi pas surprenant que le Groupe d'Etats contre la corruption s'y soit intéressé de près, en recommandant sa suppression.

1152

Du reste, une décision ou un contrat mentionnant ces *Parteisteuern* est également susceptible de violer des règles et principes de droit civil (inégalité entre les membres d'une association, atteinte à la personnalité) et contractuel (nullité du contrat). A cet effet, la signature d'une reconnaissance de dette de la part d'un juge s'obligeant à payer un certain montant au parti – ce qui semble être aujourd'hui plutôt l'exception que la règle – ne produirait vraisemblablement aucun effet juridique. Dans tous les cas, un tel « contrat » ne pourrait constituer un titre de mainlevée. La majorité des magistrats estime pourtant s'acquitter de cette taxe spéciale volontairement et souvent pour des raisons morales, par un engagement verbal à l'égard du parti²⁴⁶⁷. Par ailleurs, très souvent, les juges qui ne paient pas leur « taxe de parti » reçoivent de celui-ci un rappel²⁴⁶⁸.

1153

²⁴⁶³ Notamment dans le canton de Vaud, suite à une motion adoptée le 12 mars 2019. Cf. [<https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/grand-conseil/depute-e-s/detail-objet/id/650569/membre/20277/>] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁶⁴ RACIOPPI, N 40.

²⁴⁶⁵ [https://verts.ch/wp-content/uploads/2019/04/190406_dv_jahresrechnung_2018_f.pdf] (dernière consultation: 10.05.2020). Cf. ég. le Parti socialiste genevois qui, en 2018, a perçu 57'493 francs, ce qui représente environ 10 % de sa recette annuelle. [<http://www.ps-ge.ch/wp-content/uploads/2019/03/COPIE-RAPPORT-CONTRO%CC%82LE-SUCCINCT-2018-ET-COMPTES-ANNEXES.pdf>] (dernière consultation : 10.03.2020).

Le Parti socialiste suisse publie les procès-verbaux de l'assemblée des délégué-e-s en indiquant ses comptes annuels, mais sans mentionner le détail des montants perçus de la part de ses élu-e-s, si ce n'est à titre de « versements de solidarité ».

[https://www.sp-ps.ch/sites/default/files/documents/schlussdokumentation_f_def_2.pdf] (dernière consultation : 10.05.2020).

²⁴⁶⁶ MÉDARD Jean-François, Clientélisme politique et corruption, in : Tiers-Monde, tome 41, n°161, 2000. Corruption, libéralisation, démocratisation. pp. 75-87, p. 77.

²⁴⁶⁷ Un magistrat avec qui le soussigné s'est entretenu a indiqué avoir discuté des *Mandassteuern* lors de son premier entretien avec le parti. Il a donné son accord au versement, mais à condition que ce montant soit expressément réinvesti dans la justice, ce que le parti n'a pas (entièrement) fait.

²⁴⁶⁸ Propos de Giuliano RACIOPPI in : MOSIMANN/CARONI/RACIOPPI, N 6.

- 1154 Un tel versement régulier peut donner l'impression que le juge exerce sa fonction non pas en raison exclusivement de ses mérites, mais, car il s'acquitte de cotisations spéciales à son parti²⁴⁶⁹. Il donne également au justiciable l'apparence que le juge n'est pas totalement indépendant et impartial, car il paie ou loue sa charge à son parti politique²⁴⁷⁰. Du reste, tant la jurisprudence²⁴⁷¹ que les standards internationaux²⁴⁷² en matière d'indépendance insistent sur l'importance que doit inspirer dans une société démocratique l'indépendance, même apparente, des tribunaux.
- 1155 A vrai dire, c'est lors de la réélection que les *Parteisteuern* sont susceptibles d'affecter concrètement l'indépendance de la justice. En effet, si un juge décidait de ne plus continuer à s'en acquitter, il prendrait assurément le risque d'être évincé lors du prochain renouvellement intégral du tribunal. Cette hypothèse ne peut être écartée comme cela ressort des réponses de certains partis politiques et magistrats aux diverses enquêtes. Ce risque est d'autant plus accru lorsque c'est le parti politique qui a pour tâche de présenter directement le juge à l'organe d'élection (peuple ou Parlement), sans passer par un organe externe (conseil de la magistrature, etc.). En outre, le magistrat qui cesserait de payer ses cotisations à son parti s'expose au risque de compromettre sa carrière, notamment s'il entend briguer un mandat auprès d'une juridiction supérieure.
- 1156 En l'absence de subventionnement direct par l'Etat, les partis suisses doivent trouver des sources de financement privé. C'est ainsi que les montants perçus par les cotisations spéciales des membres exerçant une charge publique (membres professionnels d'exécutifs et juges notamment) représentent une part non négligeable de leur revenu. Il en va particulièrement pour les partis se situant à gauche de l'échiquier politique ainsi que ceux qui ont été créés cette dernière décennie, comme le Parti vert/libéral. Ces montants semblent correspondre à un pourcentage variant entre 5% et 10% des recettes annuelles des partis. Les autres arguments comme les coûts engagés par ceux-ci pour l'élection des juges peinent, en revanche, à trouver une justification, puisque ces coûts sont minimes.
- 1157 En conséquence, on comprend mieux les réticences des partis politiques au sujet de l'abandon de cette taxe. A la place de celle-ci, certains auteurs proposent d'instituer un financement étatique des partis²⁴⁷³. Une réglementation claire et transparente à ce propos devrait dans tous les cas être prévue. A ce titre, l'initiative populaire fédérale pour la transparence des partis politiques va dans cette direction. En effet, elle vise à rendre publics les grands donateurs (les dons supérieurs à 10'000 francs par personne et par an), dont font partie les juges, pour certaines formations politiques²⁴⁷⁴. Dans le même temps, une telle divulgation contribuerait à renforcer l'indépendance de la justice, en particulier quant à son apparence, puisque le justiciable pourrait connaître les liens (financiers) entre les juges et les partis politiques. Une transparence s'avère ainsi nécessaire²⁴⁷⁵.
- 1158 Les partis politiques rétorquent parfois que leur financement est une affaire privée de sorte qu'il n'est pas nécessaire de rendre transparents les versements de leurs donateurs, y compris des magistrats, qui ne doivent ainsi pas être entravés dans cet exercice²⁴⁷⁶. Une telle affirmation doit être fortement nuancée. En effet, les juges sont rémunérés par des deniers publics – et donc par les contribuables – ceci pour exercer leur fonction, et non pas dans le but de financer leur parti²⁴⁷⁷. Pourtant, ils reversent une partie de leur salaire à ceux-ci, à travers cette taxe – qui doit ainsi être distinguée des cotisations ordinaires des membres. On peut donc douter

²⁴⁶⁹ SCHMID/SCHUHMACHER (propos de Giuliano RACIOPPI), p. 8.

²⁴⁷⁰ RACIOPPI, N 84. En revanche, les juges ne se sentent généralement pas atteints dans « leur » indépendance (interne). Un juge avec qui le soussigné s'est entretenu a d'ailleurs indiqué que le fait de s'acquitter de l'impôt était un moyen pour lui de s'affranchir de la tutelle de son parti (« je paie donc je ne lui dois plus rien »).

²⁴⁷¹ Cf. CourEDH, arrêt *Pabla KY c. Finlande*, du 22 juin 2004, requête n° 47221/9, § 27 ; CourEDH *Brudnicka et autres c. Pologne*, du 3 mars 2005, requête n° 54723/00 ; ATF 137 I 227, consid. 2.

²⁴⁷² Cf. par ex. CCJE, Avis n° 3 (2002) sur l'éthique et la responsabilité des juges, § 21.

²⁴⁷³ RACIOPPI, N 95 ; WÜTHRICH, N 153 ; comme *ultima ratio* pour SCHMID H., p. 558.

²⁴⁷⁴ Ce cas de figure semble ainsi s'appliquer au Parti socialiste, aux Verts et au Parti Vert/libéral. Par contre, le contre-projet indirect, qui prévoit une limite de 25'000 frs par an et par donateur, ne semble pas s'appliquer aux juges (fédéraux), qui ne payent pas un tel montant.

²⁴⁷⁵ Dans ce sens : SCHMID H., p. 558.

²⁴⁷⁶ Cf. par ex. la réponse du Conseil fédéral du 29 novembre 2014 à l'interpellation MASSHARDT Nadine 14.3633 : « la vie politique et le financement des partis sont perçus en Suisse comme relevant largement d'un engagement privé et non de la responsabilité de l'Etat ».

²⁴⁷⁷ Dans ce sens, WÜTHRICH, N 108.

que le public (le contribuable) ne trouve pas d'intérêt (financier) dans cette pratique. Ceci d'autant plus que ces montants sont déductibles fiscalement, ce qui fait « perdre » aux caisses publiques (cantonales et fédérales) des ressources financières. Du reste, dans un Etat de droit, la désignation des juges et le financement des partis politiques devraient être clairement séparés²⁴⁷⁸.

Est-il dès lors envisageable de supprimer ou du moins de réglementer les *Parteisteuern* ? Jusqu'à présent, les tentatives de réforme, sporadiques, ont échoué. En 1998, une motion avait été déposée auprès du Parlement du canton de Bâle-Campagne visant à supprimer ces cotisations ; sans succès puisque l'organe législatif avait estimé que l'indépendance de la justice n'était pas affectée par de tels versements²⁴⁷⁹. A Zurich, dans le cadre de la révision totale de Constitution de 2005, la question de l'abolition des *Parteisteuern* a été discutée au sein de l'Assemblée constituante²⁴⁸⁰. En 2000, le juge Karl SPÜHLER préconisait la création d'un organe de contrôle chargé de fixer le taux maximal de ces contributions. Cet organe pourrait également être un point de contact pour les juges dont l'indépendance est menacée (par ex. en cas de menaces de non-réélection). La simple divulgation d'infractions devrait avoir un effet dissuasif²⁴⁸¹. Il s'agit d'une piste à approfondir.

Récemment, cette question a de nouveau fait débat, en particulier suite aux recommandations du GRECO. On peut, à cet égard, regretter la décision du Conseil fédéral de ne pas proposer de légiférer en ce domaine, ceci pour des raisons qui semblent exclusivement politiques. La problématique ne semble, en effet, pas avoir été analysée de manière approfondie. Une régulation dans ce domaine s'avère pourtant nécessaire. A l'instar de la commission d'éthique de l'ASM, nous estimons que l'obligation de verser des contributions nuit effectivement à l'indépendance de la justice. La solution la plus radicale et efficace serait ainsi d'abolir purement et simplement ces taxes²⁴⁸². Une initiative parlementaire dans ce sens (Walti, 20.468) a été déposée le 24 septembre 2020 au Conseil national. Nous avons conscience qu'une telle mesure serait problématique pour certains partis politiques qui dépendent partiellement de ces montants ; elle engendrerait, en outre, probablement un financement étatique, même limité. Les *Parteisteuern* devraient donc être discutés en lien avec la question plus large du subventionnement des partis. Un premier pas significatif consisterait à prévoir des dispositions législatives, tant au niveau fédéral que cantonal, interdisant aux juges de s'obliger à payer de tels montants (par contrat, par statut)²⁴⁸³. Chaque juge doit, en effet, se sentir libre de verser de l'argent à son parti, sans craindre que son choix influence son élection ou sa réélection.

En définitive, il paraît que le maintien du système d'élection politique auquel les partis politiques tiennent tant semble plus lié à des raisons financières qu'à la nécessité d'avoir un pluralisme politique au sein des institutions juridictionnelles²⁴⁸⁴. Les partis politiques suisses n'ont donc aucun intérêt à une modification substantielle du système d'élection (et de réélection) puisqu'ils profitent fortement des montants reçus à titre de cotisations de juges. Toutefois, l'intérêt financier des partis ne devrait pas être le seul argument. Il convient donc de mettre en balance celui-ci avec la garantie d'un tribunal indépendant et impartial. Or, c'est cette dernière qui doit être prépondérante.

²⁴⁷⁸ KIENER, Parteibindung, N 3 ; HÜRLIMANN, N 2.

²⁴⁷⁹ Cf. RACIOPPI, N 86 et les références citées.

²⁴⁸⁰ SCHMID N., Kommentar zur zürcher Kantonsverfassung, N 6 ad art. 73. A vrai dire, il semble que ce soit plus concrètement la question de l'abandon de la représentation proportionnelle qui ait été abordée. Toutefois, celle-ci aurait inévitablement nécessité l'introduction d'un financement étatique des partis, qui ne pouvait faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Cf. BURGER, p. 58.

²⁴⁸¹ SPÜHLER, Richtermacht, p. 112.

²⁴⁸² Cf. MASMEJAN. Pour l'ancien juge du Tribunal fédéral Claude ROULLER, « [r]ien n'interdit en revanche au juge, comme à tout citoyen, de choisir librement de cotiser à un parti dont il se sent proche et rien n'empêche que ce parti module les cotisations selon le revenu de ses adhérents ».

²⁴⁸³ Par exemple, le Conseil fédéral avait envisagé l'ajout d'un alinéa 2^{bis} à l'art. 6 LTF (incompatibilité à raison de la fonction), libellé ainsi : « Ils [les juges] ne peuvent s'obliger à verser à un parti politique une contribution dont le montant est plus élevé que la cotisation ordinaire d'un membre ». FF 2018 4713, p. 4735.

²⁴⁸⁴ Dans ce sens : BURGER, p. 58.

3.4. Une attache se manifestant dans certaines décisions

3.4.1. Les décisions rendues par un juge unique

1162 On l'a dit, l'exercice de la fonction juridictionnelle est parfois indissociable des convictions politiques des magistrats. Cet aspect est particulièrement marqué dans les décisions rendues par un juge unique et dans certaines matières²⁴⁸⁵. Cela est notamment le cas lorsque le Tribunal administratif fédéral statue, par juge unique, en matière d'asile²⁴⁸⁶. A cet égard, en octobre 2016, le quotidien zurichois *Tages-Anzeiger* a analysé près de 30 000 décisions sur recours prononcées par cette juridiction, entre 2007 et 2016, concernant des demandeurs d'asile déboutés par l'administration fédérale. Les conclusions de cette étude ont révélé que les juges membres d'un parti de droite (UDC et PBD avant tout) ont rejeté environ trois fois plus de recours que leurs collègues d'un parti de gauche (PS, les Verts)²⁴⁸⁷.

1163 Les résultats de cette enquête sont symptomatiques des limites du système politique de désignation. Ils renforcent les soupçons de partialité des décisions judiciaires, puisque, en particulier dans un domaine aussi sensible que le droit d'asile, il y a de fortes chances que le dispositif du jugement diffère selon la couleur politique du juge. Ces limites résultent du fait qu'en matière d'asile, le Tribunal administratif fédéral siège à juge unique dans certains cas et qu'il constitue la dernière instance de recours au niveau national (cf. art. 83 let. d ch. 1 LTF). Aussi choquantes qu'elles puissent paraître, ces conclusions ne sont pas si surprenantes. Comme on l'a dit, dans certaines matières du droit plus « sensibles politiquement » et dans lesquelles la marge de manœuvre du juge est plus large, les convictions politiques de ce dernier peuvent se manifester plus clairement. Dans ce cas, on n'irait pas jusqu'à affirmer qu'un juge unique doit nécessairement se récuser²⁴⁸⁸. Toutefois, il est davantage susceptible d'être exposé aux pressions politiques, que ne l'est un juge statuant dans une formation collégiale.

3.4.2. La collégialité comme remède

1164 Il est beaucoup plus aisé de s'attaquer à un juge que l'on sait avoir rendu telle ou telle décision qui a déplu, qu'à un collège de magistrats. Le caractère collégial de la juridiction freine donc ces pressions exercées par le pouvoir politique, particulièrement présentes dans les contentieux de droit public²⁴⁸⁹. La collégialité limite également les critiques individuelles d'un juge de la part de la presse²⁴⁹⁰. Elle renforce ainsi l'indépendance de la justice et contribue de manière générale à son bon fonctionnement par le contrôle que les juges exercent mutuellement²⁴⁹¹. Elle « neutralise leur subjectivité »²⁴⁹². La collégialité protège de ce fait le magistrat contre lui-même, contraint de travailler impartialement sous le regard des autres juges²⁴⁹³.

1165 La collégialité est d'autant plus importante en Suisse au vu des colorations politiques (connues) des juges.

²⁴⁸⁵ Cf. *supra*, N 939 ss.

²⁴⁸⁶ Cf. art. 111 de la Loi sur l'asile (LAsi), du 26 juin 1998 (RS 142.31) : « Un juge unique statue dans les cas suivants: a. classement de recours devenus sans objet ; b. non-entrée en matière sur des recours manifestement irrecevables; c. décision relative au refus provisoire de l'entrée en Suisse et à l'assignation d'un lieu de séjour à l'aéroport; e. recours manifestement fondés ou infondés, à condition qu'un second juge donne son accord ».

²⁴⁸⁷ Le juge le plus sévère (UDC) a ainsi admis le 6.9% des recours tandis que la magistrate la plus clémentine (les Verts) le 28.3% de ceux-ci. Pour les résultats de cette étude : RAU Simone/SKINNER Barnaby, « Das sind die härtesten Asylrichter der Schweiz », *Tages-Anzeiger*, 08.10.2016.

²⁴⁸⁸ Cf. toutefois l'arrêt du TAF D-2381/2016 du 21 septembre 2016, dans lequel trois juges de ce tribunal ont exigé la récusation d'un de leur collègue (élu sous la bannière de l'UDC) ayant jugé préliminairement, et sans même analyser le fond, un recours d'un ressortissant Kosovar comme « voué à l'échec » (« aussichtslos ») et « sans scrupules » (« mutwillig ») et qui a demandé une avance de frais correspondant au maximum admis par le Règlement du Tribunal. C'est précisément cet arrêt qui a amené le *Tages-Anzeiger* à mener son enquête.

²⁴⁸⁹ COHENDET, p. 719.

²⁴⁹⁰ SCHINDLER Benjamin, *Persönliche Angriffe durch die Presse*, in: « Justice – Justiz – Giustizia » 2018/03, N 14.

²⁴⁹¹ FONJALLAZ, p. 51.

²⁴⁹² FRISON-ROCHE, N 669.

²⁴⁹³ COHENDET, p. 720 et les références citées.

Certes, au sein d'un collège, celles-ci peuvent parfois disparaître ou, à tout le moins, se diluer²⁴⁹⁴. Toutefois, pour éviter toute suspicion de partialité, il convient de veiller à ce qu'une cour soit composée de juges de diverses sensibilités politiques²⁴⁹⁵. Cela est vrai en particulier dans les contentieux de droit public, mais aussi, du moins à un niveau supérieur, en matière pénale²⁴⁹⁶ et civile²⁴⁹⁷. D'ailleurs, une répartition politique proportionnelle est présente au sein des cours de plusieurs juridictions supérieures (tribunaux fédéraux, cours constitutionnelles cantonales)²⁴⁹⁸. A cet effet, les tribunaux utilisent parfois un outil informatique (appelé « Compcour » pour le Tribunal fédéral ; « Bandlimat » pour le Tribunal administratif fédéral) qui confie au hasard l'attribution des recours entrants aux juges, indépendamment de leur appartenance politique²⁴⁹⁹.

3.5. Brève synthèse et appréciation personnelle

Les interactions entre juges et partis politiques ne se concentrent pas uniquement en amont de l'élection. Elles perdurent, en effet, durant le mandat du magistrat et restent à cet égard problématiques, principalement eu égard à l'indépendance de la justice, notamment à l'égard de l'apparence de celle-ci. Le juge doit donc se montrer prudent dans ses relations avec son parti politique, en ne faisant pas croire aux justiciables qu'il lui fait acte d'allégeance. A cet égard, les activités extra-professionnelles qu'il entretient avec son parti, comme les participations aux assemblées et aux comités, doivent être strictement limitées. Le magistrat est également tenu à un devoir de réserve. Du reste, afin de limiter toute suspicion d'obéissance partisane dans le cadre de son activité jurisprudentielle, la formation collégiale devrait être préférée dans les affaires ayant une forte connotation politique, précisément.

1166

Par ailleurs, les contributions financières annuelles versées par le magistrat à sa formation politique sont révélatrices du maintien d'une interdépendance entre eux. Or, de tels « impôts » sont préjudiciables pour l'indépendance et l'impartialité de la justice, en particulier quant à son apparence. La solution idéale serait de supprimer ces contributions. Cette mesure serait toutefois problématique en raison de l'absence de financement étatique des partis politiques, qui, comme on l'a vu, dépendent partiellement de ces montants. Prévoir, au niveau législatif, une interdiction de s'engager à les payer – que ce soit par contrat ou par statut – serait déjà un premier pas significatif vers une justice plus indépendante, transparente et à l'abri de toute forme de corruption.

1167

Enfin, les *Parteisteuern* présentent un lien avec la réélection périodique – objet du prochain chapitre. En effet, si celle-ci était supprimée, le risque, pour un magistrat, de subir, pendant son mandat, des pressions de la part de son parti pour qu'il paye ces montants se verrait limité. On peut dès lors supposer que certains magistrats, élus pour une durée indéterminée, cesseraient de payer leurs contributions²⁵⁰⁰.

1168

²⁴⁹⁴ AMOOS PIGUET, N 32.

²⁴⁹⁵ BACHER, pp. 95 s. ; SCHNEUWLI, p. 22. Cf. ég. FONJALLAZ, p. 51.

²⁴⁹⁶ En effet, les juges peuvent avoir une sensibilité variable aux inégalités sociales et économiques pour la détermination des éléments constitutifs d'une infraction ainsi que pour la peine. Cf. BACHER, p. 95.

²⁴⁹⁷ Dans les conflits en droit du bail et en droit du travail, par exemple, il peut y avoir des sensibilités accrues pour les intérêts du bailleur/employeur ou du locataire/travailleur. On notera que les tribunaux de prud'hommes et de baux de première instance (chambres de conciliation), sont généralement composés d'un juge professionnel et d'un représentant des employeurs/bailleurs ainsi que d'un représentant des travailleurs/locataires. Cf par ex. art. 12 OJN.

²⁴⁹⁸ Cf. BACHER, p. 95.

²⁴⁹⁹ DUBÉY, Droits fondamentaux II, N 4244.

²⁵⁰⁰ Cf. HÜRLIMANN, N 1 ; WÜTHRICH, N 135. Ce cas de figure semble d'ailleurs s'être produit, pour certains magistrats, dans le canton de Fribourg lorsque celui-ci a abandonné, dans sa nouvelle Constitution, l'instrument de la réélection.

Chapitre 4 : La réélection périodique des juges

4.1. Présentation, démarche et précisions terminologiques

Les juges helvétiques sont, pour la très grande majorité d'entre eux²⁵⁰¹, désignés pour une durée déterminée. Tandis que les membres des tribunaux fédéraux sont élus pour un mandat de six ans (quatre ans pour les juges militaires), les juges cantonaux le sont pour une durée qui varie entre un et dix ans d'un canton à l'autre. A la fin de leur mandat, ils sont alors soumis à réélection, généralement selon la même procédure que pour la première désignation. Ce système, quasiment unique dans le monde²⁵⁰², est cependant de plus en plus discuté en raison des risques qu'il est susceptible d'engendrer pour l'indépendance des juges.

Dans ce chapitre, nous commencerons par exposer les justifications conceptuelles de la (non-)réélection (ch. 4.2.). Par la suite, nous citerons quelques cas de non-réélection tant au niveau fédéral que cantonal (ch. 4.3.). Une partie conséquente sera destinée à mettre en exergue la pression exercée par le pouvoir politique, respectivement les partis, sur les juges par la menace de non-réélection ; ceci en particulier à travers quelques exemples d'arrêts controversés (ch. 4.4.). Nous ferons également un excursus en présentant les opinions séparées et leur lien avec la réélection (ch. 4.5.). Nous développerons ensuite la question complexe de l'existence de garanties de procédure – en particulier de voies de droit – en cas de non-réélection (ch. 4.6.). Enfin, nous nous attarderons sur la révocation des juges, qui constitue une exception à leur inamovibilité (ch. 4.7.), avant de terminer par une synthèse du chapitre et les réformes envisageables (ch. 4.8.).

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de préciser certaines notions. Dans la doctrine francophone, française en particulier, les termes « inamovibilité » et « élection à durée indéterminée » sont souvent utilisés comme synonymes. Un juge qui bénéficie d'une inamovibilité est généralement désigné jusqu'à l'âge officiel de la retraite ou alors pour une durée fixe, mais sans possibilité de renouveler son mandat. Davantage que la durée effective de la fonction, l'inamovibilité du magistrat réside surtout dans le fait que ce dernier ne peut se voir imposer un déplacement, une suspension, ou une révocation, en dehors d'une procédure disciplinaire ni un avancement sans son consentement²⁵⁰³.

La littérature anglo-saxonne, quant à elle, ne semble pas confondre les deux concepts. La notion d'« inamovibilité » n'est, par exemple, pas formulée dans les textes constitutionnels du Royaume-Uni et des Etats-Unis. En effet, « [d]ans cette acception anglo-saxonne, la protection résulte d'une investiture dont la durée est subordonnée à la bonne conduite du juge [« *during good behaviour* »], uniquement susceptible d'être remise en cause par le Parlement, suivant une procédure complexe intégrant certaines garanties juridictionnelles »²⁵⁰⁴. Cela dit, le terme de « bonne conduite » ne se retrouve pas uniquement dans les Etats de *common law*. Il est repris aussi dans d'autres systèmes juridiques, par exemple en Argentine²⁵⁰⁵.

En Suisse, les juges étant élus pour une durée déterminée, ils ne peuvent généralement être destitués, pendant leur mandat, sans pouvoir bénéficier de certaines garanties judiciaires. On peut dès lors affirmer qu'ils jouissent d'une inamovibilité temporaire (« *vorläufige Unabsetzbarkeit* ») limitée à leur mandat et renouvelable à

²⁵⁰¹ Font exceptions les magistrats fribourgeois, qui sont, depuis le 1^{er} janvier 2008, élus pour une durée indéterminée (art. 121 al. 2, 1^{ère} phrase Cst./FR).

²⁵⁰² MAHON/SCHALLER, Réélection, N 3. Il est aussi appliqué, avec quelques variantes, dans la plupart des *States* américains (cf. *supra*, N 760 s.) et au Japon pour la désignation de la Cour suprême (art. 79 de la Constitution japonaise) (cf. N 810, n. 1712).

²⁵⁰³ Cf. parmi d'autres, PERROT/BEIGNIER/MINIATO, N 67. Cf. ég. PLUEN, N 7.

²⁵⁰⁴ PLUEN, N 234. Cf. *supra*, N 634 et 730.

²⁵⁰⁵ Art. 110 de la Constitution du 22 août 1994 qui mentionne que « *los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...]* »

chaque nouvelle élection. Or, comme nous le verrons, cette inamovibilité limitée dans le temps n'est pas suffisante afin de leur assurer une indépendance totale, puisqu'ils doivent se présenter périodiquement pour un nouveau mandat.

4.2. La (non-)réélection périodique : les justifications conceptuelles

4.2.1. Remarques préliminaires

1174 Avant de mettre en exergue les limites concrètes de la réélection, il convient d'expliquer les motifs intrinsèques à cet instrument. Préalablement, on précisera qu'une réélection n'est pas comparable à une première élection. Si dans ce dernier cas, le juge le plus compétent doit être choisi à partir d'un cercle de candidats, la question est ici de savoir si le juge doit être confirmé ou non dans sa fonction. Une élection (initiale) peut, en effet, toujours être refusée au motif qu'un autre candidat remplirait davantage – et objectivement – les conditions requises²⁵⁰⁶. Or, le critère de qualification s'applique difficilement en cas de non-réélection. Celle-ci nécessite une justification particulière, car elle interfère avec la situation juridique du titulaire de la fonction, tout en touchant à son indépendance²⁵⁰⁷.

4.2.2. Le renouvellement de la légitimité démocratique du juge

1175 Tout d'abord, la réélection répond au même principe démocratique que celui qui fonde l'élection, c'est-à-dire que la légitimité démocratique de tout magistrat exerçant un pouvoir doit être périodiquement renouvelée²⁵⁰⁸. La (non-)réélection veille ainsi à ce que seules les personnes qui sont encore en mesure d'exercer leurs fonctions soient reconduites dans celles-ci. Son objectif est alors de garantir le fonctionnement d'un pouvoir judiciaire fondé sur l'Etat de droit²⁵⁰⁹. A cet égard, la réélection peut être vue comme un mécanisme de contrôle démocratique de la légitimité du juge²⁵¹⁰, laquelle se voit renforcée²⁵¹¹.

1176 L'argument démocratique est cependant discutable. En effet, comme l'affirment Pascal MAHON et Roxane SCHALLER, alors qu'il peut justifier la première désignation, il perd de sa pertinence s'agissant de la réélection, dans la mesure où la répartition des postes proportionnellement aux forces politiques a déjà été effectuée²⁵¹².

4.2.3. La nécessité de rééquilibrer les forces politiques au sein des tribunaux

1177 Dans ce sens, pour les auteurs précités, l'argument pouvant, d'une certaine manière, justifier la réélection, ou plutôt la non-réélection, serait alors la volonté ou le devoir de réadapter la répartition proportionnelle au sein du tribunal, suite à la modification dans la représentation des forces politiques lors des dernières élections législatives²⁵¹³. Toutefois, il est très rare qu'un juge ne soit pas réélu pour ce motif. « Il semble d'ailleurs qu'il existe une règle tacite qui veut que [...] ces changements ne donnent pas lieu à une adaptation automatique ou à une « correction » de la répartition des sièges au sein du pouvoir judiciaire par le biais de la procédure de (non-)réélection »²⁵¹⁴. En effet, ce rééquilibrage se fait, en pratique, souvent lors de départs naturels (retraites, démissions, changements de taux d'activité, accès à d'autres instances judiciaires)²⁵¹⁵.

²⁵⁰⁶ Même si la question d'une possible discrimination en raison de l'appartenance ou non à un parti politique demeure. Cf. *supra*, N 1040 ss.

²⁵⁰⁷ GENNER, p. 11 ; KIENER, Erneuerungswahl, p. 360.

²⁵⁰⁸ MARTY, Tentatives, N 4 ; FONJALLAZ, p. 56 ; AMOOS PIGUET, N 29.

²⁵⁰⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 286 ; ATF 143 I 211, consid. 3.4.

²⁵¹⁰ KIENER, Unabhängigkeit, p. 286 ; BIAGGINI/BIANCHI, p. 135 ; WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 59.

²⁵¹¹ FF 2018 4734.

²⁵¹² MAHON/SCHALLER, Réélection, N 31.

²⁵¹³ *Idem*, N 31. Cf. ég. AMOOS PIGUET, N 51.

²⁵¹⁴ *Idem*, N 33. Cf. ég. GENNER, p. 15.

²⁵¹⁵ AMOOS PIGUET, N 51 ; ZAPPELLI, le Juge, p. 120. Ce constat ressort d'ailleurs de l'étude de VATTER/ACKERMANN, pp. 521 ss. Cf. *supra*, N 157.

Dans tous les cas, une non-réélection d'un magistrat judiciaire suite à un changement de l'équilibre du Parlement serait, selon certains auteurs, contraire au principe de l'indépendance de la justice²⁵¹⁶. Elle se révélerait également en contradiction avec le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). En effet, le fait qu'un membre élu du tribunal soit écarté à l'occasion d'un renouvellement intégral de celui-ci afin de rétablir la « juste » répartition partisane ne présente pas de rapport raisonnable avec l'avantage, d'ailleurs discutable²⁵¹⁷, d'un équilibre politique immédiat. Celui-ci peut d'ailleurs être restauré lors du prochain poste vacant, sans procéder à une violation de l'indépendance de la justice²⁵¹⁸.

1178

4.2.4. Le contrôle de la qualité du travail du juge

L'organe de réélection, qui est parfois également l'autorité de (haute) surveillance, peut-il ou doit-il évaluer la qualité du travail du juge, avant de prendre la décision de le reconfirmer à son poste ? Pour certains, la réélection aurait alors comme mérite de permettre la correction d'« erreurs de casting », c'est-à-dire de corriger des incompétences qui n'ont pas été repérées lors de la première élection²⁵¹⁹.

1179

Or, on rappellera tout d'abord que la tâche de vérification des exigences professionnelles et personnelles du candidat à la fonction judiciaire doit être effectuée au cours du processus de recrutement²⁵²⁰. Par la suite, des procédures peuvent être instituées afin d'examiner, par les pairs et autres personnes qualifiées, la performance des juges et pour les sanctionner au besoin, notamment par une révocation²⁵²¹. Dès lors, si cette dernière mesure est prévue, elle devrait être préférée à la non-réélection, en raison des garanties de procédures qu'elle confère à la personne concernée. Nous reviendrons sur cette question par la suite²⁵²².

1180

Il n'est pas non plus de la compétence du Parlement, et encore moins du peuple d'évaluer le temps consacré par un magistrat au traitement d'une affaire. En effet, une telle évaluation mettrait le juge sous pression, ce qui influencerait l'issue des procédures judiciaires, et menacerait en conséquence l'indépendance de la justice²⁵²³. Le Parlement peut cependant se renseigner (par exemple en consultant le site internet du tribunal concerné) sur les procédures en cours qui présenteraient un retard inhabituel ou injustifié²⁵²⁴.

1181

Cela dit, la réélection aurait aussi comme mérite d'amener une impulsion positive sur l'activité judiciaire. Elle peut être, pour le juge, un « noble motif d'encouragement, et les nouveaux suffrages qu'il réunira, la plus flatteuse des récompenses »²⁵²⁵. Le risque de non-réélection l'incitera donc à faire preuve de compétence et évitera qu'il reste confiné dans sa « tour d'ivoire », à l'abri de toute évaluation externe de ses performances²⁵²⁶.

1182

4.2.5. Une sanction à l'égard du contenu des jugements

La réélection permettrait également de rendre le juge responsable de ses actions²⁵²⁷. La doctrine anglo-saxonne utilise à cet égard le terme d'*accountability*²⁵²⁸. La non-réélection d'un juge pourrait donc se produire si son comportement a remis en cause le rapport de confiance à la base de sa légitimation politico-démocratique. Dans ce cas, la non-réélection constituerait une sanction politique, bien plus que juridique. Elle sera vue comme

1183

²⁵¹⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 31 ; KIENER, Judicial Independence, p. 417.

²⁵¹⁷ Cf. *supra*, N 1035 ss.

²⁵¹⁸ GENNER, p. 15.

²⁵¹⁹ Cf. not. AMOOS PIGUET, N 48.

²⁵²⁰ GENNER, p. 14.

²⁵²¹ ZAPPELLI, Le juge, p. 12. Cf. ég. CCJE, Avis n° 10, § 52 ss.

²⁵²² Cf. *infra*, N 1250 ss.

²⁵²³ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 25 s. ; ATF 137 I 1, consid. 2.5.3.

²⁵²⁴ FONJALLAZ, p. 54.

²⁵²⁵ WEBER P., p. 32 citant BELLOT Pierre-François, Exposé des motifs de la loi d'organisation judiciaire, Genève 1877, p. 596

²⁵²⁶ AMOOS PIGUET, N 48 et 52.

²⁵²⁷ KAYSER, p. 59.

²⁵²⁸ Pour les Etats-Unis, cf. par ex. WHEELER, pp. 564 s. Cf. ég. MARTENET, Séparation, N 60.

une forme de représailles de la part du pouvoir politique²⁵²⁹. En d'autres termes, le renouvellement périodique des tribunaux peut se transformer en référendum contre les décisions rendues par ceux-ci²⁵³⁰.

1184 Pour Hansjörg SEILER, il est acceptable qu'un membre du pouvoir judiciaire ne soit pas proposé par son parti pour une réélection parce qu'il a rendu des jugements qui déplaisent à ce dernier. L'organe d'élection peut, en outre, décider de sanctionner le magistrat. Ce juge fédéral relève que dans un Etat démocratique, aucun pouvoir, même pas le pouvoir judiciaire, ne peut s'exercer sans limite ni contrôle. Le risque de non-réélection est donc inhérent au système²⁵³¹.

1185 Il convient toutefois de distinguer les responsabilités respectivement politiques, civiles, pénales et disciplinaires du juge²⁵³². Dans les cas des menaces de non-réélection proférées sur certains juges²⁵³³, on se situe avant tout dans l'hypothèse d'une responsabilité politique, laquelle mérite une attention toute particulière, précisément en raison de l'atteinte à l'indépendance de la justice qu'elle procure. On rappellera également que la haute surveillance que détient le Parlement sur les tribunaux ne doit, de manière générale, pas porter sur l'activité jurisprudentielle²⁵³⁴, et que, partant, une non-réélection en raison d'une décision rendue par un juge heurterait de plein fouet l'indépendance de la justice²⁵³⁵.

1186 En définitive, comme on le voit, la non-réélection d'un juge peine à se justifier, notamment en raison de l'existence de procédures disciplinaires permettant de sanctionner un juge défaillant. Quant à une non-réélection basée sur des motifs politiques, elle violerait l'indépendance de la justice. Enfin, le rééquilibrage politique se fait naturellement.

4.3. Le caractère (presque) exceptionnel de la non-réélection : les quelques rares cas

1187 Les non-rélections des juges sont très rares. Ces cas constituent l'exception davantage que la règle²⁵³⁶. Malgré cette « inamovibilité de fait »²⁵³⁷, certaines affaires méritent d'être citées. Parmi les juges du Tribunal fédéral, le cas le plus connu est celui de Martin SCHUBARTH. En 1990, ce magistrat, membre du Parti socialiste, n'avait pas été réélu par l'Assemblée fédérale, au premier tour, lors du renouvellement intégral du tribunal. Il a toutefois été réélu une semaine après, lors d'une élection complémentaire²⁵³⁸. Sa non-réélection était apparemment erronée²⁵³⁹. Certains députés voulaient, semble-t-il, donner un avertissement à M. SCHUBARTH en raison de

²⁵²⁹ GRANDJEAN Y., p. 372, pour qui le risque de non-réélection contraint ainsi le juge à convaincre ses électeurs, par une argumentation juridique appropriée.

²⁵³⁰ Cf. KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 286.

²⁵³¹ SEILER, Richter 2006, N 38 : « Wesentlich ist: Der Wahlvorschlag durch eine politische Partei schafft keine Verbindlichkeiten, die über diejenigen in anderen Wahlsystemen hinausgehen. Rechtlich schon gar nicht. Aber auch faktisch nicht: Die Partei hat keinerlei Möglichkeit, ihre Auffassungen «ihren» Richtern aufzuzwingen. Im schlimmsten Fall riskiert ein Richter, von seiner eigenen Partei nicht mehr für eine neue Amtsdauer nominiert zu werden, wenn er Urteile fällt, die seiner Partei missfallen. Das ist an sich nicht spezifisch ein Problem der parteipolitischen Wahl, sondern des Amtsdauersystems, welches zur Folge hat, dass Richter sich periodisch der Wiederwahl stellen müssen. Man kann dieses System als solches kritisieren, so wie es umgekehrt mit guten Gründen verteidigt werden kann damit, dass in einem demokratischen Staat keine Macht, auch die richterliche nicht, unkontrolliert und unlimitiert ausgeübt werden soll. Geht man von diesem – notabene verfassungsrechtlich verankerten – System aus, dann kann man – unabhängig von jeder Parteipolitik – nie ausschliessen, dass ein Richter nicht wieder gewählt wird, weil er dem Wahlgremium nicht mehr passt. Das liegt in der Logik des System ».

²⁵³² Sur la distinction entre les trois dernières, cf. not. PELLATON, N 68 ss, qui estime que les responsabilités pénales et disciplinaires peuvent néanmoins se recouper.

²⁵³³ Cf. *infra*, N 1197 ss.

²⁵³⁴ FONJALLAZ, pp. 54 ss. Cf. *supra*, N 192 s.

²⁵³⁵ Cf. entre autres RASELLI, *Richterliche Unabhängigkeit*, N 16 ; MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 31 s.

²⁵³⁶ ZAPPELLI, Le juge, p. 90. Cf. aussi Rapport du Tribunal fédéral du 6 octobre 2010 « séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et institutions équivalentes », présenté au 2^e Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle à Rio de Janeiro (16-18 janvier 2011), p. 6 : « [l']indépendance de la justice est garantie dans la mesure où l'autorité de nomination ne recourt quasiment pas aux moyens de la non-réélection des juges suprêmes fédéraux [...] ». Disponible : [https://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/SUI_Tribunal_federal_F.pdf] (dernière consultation: 11.05.2020).

²⁵³⁷ AUBERT, *Traité*, N 1609 ; KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 285.

²⁵³⁸ BO AF 1990, pp. 2521 ss.

²⁵³⁹ MARTI, *Kommentar zum Parlamentsgesetz*, Art. 136 N 6.

ses positions juridiques et ses valeurs idéologiques²⁵⁴⁰, notamment en matière pénale²⁵⁴¹, mais sans nécessairement l'éjecter du Tribunal fédéral²⁵⁴². Des différends avec ses collègues avaient également été relevés²⁵⁴³.

M. SCHUBARTH n'est toutefois pas le premier juge fédéral à n'avoir pas été réélu. On peut citer encore Robert FAZY qui, en 1942, n'a pas été reconfirmé, cette fois pour des raisons controversées liées, en partie, à son âge²⁵⁴⁴. En outre, en 1995, au Tribunal fédéral des assurances, Hans WILLI, alors âgé de 69 ans, n'a pas été réélu par l'Assemblée fédérale, pour le même motif²⁵⁴⁵, mais surtout parce que le droit de son parti, l'Alliance des Indépendants, à un siège de juge fédéral n'était plus justifié compte tenu de la diminution de sa force politique²⁵⁴⁶. Dans un registre légèrement différent, le procureur général de la Confédération, Erwin BEYELER, n'a pas été réélu, en 2011, par l'Assemblée fédérale²⁵⁴⁷.

Au niveau cantonal, les partis politiques ont parfois décidé de ne pas proposer au peuple (l'organe d'élection) la reconduction du juge dans sa fonction²⁵⁴⁸, notamment car il avait refusé de payer ses contributions de mandat²⁵⁴⁹. En Suisse romande, trois cas de non-réélection, concernant des dysfonctionnements²⁵⁵⁰, ont été médiatisés ces dernières années. En mai 2008, un juge de district neuchâtelois n'a pas été réélu par le Grand Conseil, suite à la recommandation unanime de la Commission judiciaire²⁵⁵¹. En décembre 2012, un juge cantonal vaudois n'a pas été reconduit par le Grand Conseil car il n'avait pas rempli sa déclaration fiscale depuis plusieurs années, sa dette atteignant plus de 160'000 francs. En outre, étant membre de la Cour des poursuites et faillite, il avait caché sa situation à ses collègues²⁵⁵². Plus récemment, en juin 2020, à Neuchâtel, une juge du Tribunal du Littoral et du Val-de-Travers n'a pas été réélue²⁵⁵³.

Il est toutefois difficile de quantifier les cas effectifs de non-réélection²⁵⁵⁴, d'autant plus que parfois les juges, non soutenus par leur parti, préféreront renoncer à briguer un nouveau mandat plutôt que de se soumettre aux urnes, où sans l'appui de leur parti ils auront peu de chances d'être élus²⁵⁵⁵. Cette « invitation » à ne pas se présenter peut être l'initiative du parti politique lui-même ou de l'autorité disciplinaire, qui, par la même occasion, aura parfois nié au juge son droit d'être entendu²⁵⁵⁶.

²⁵⁴⁰ Cf. intervention de FISCHER-SENGEN, BO AF 1990, p. 2522.

²⁵⁴¹ WURZBURGER, Tribunal fédéral, pp. 59 s.

²⁵⁴² HUGI YAR/KLEY, Basler Kommentar BGG, N 3d ad art. 9 ; SPÜHLER, Der Richter, p. 32.

²⁵⁴³ KAYSER, p. 61.

²⁵⁴⁴ MARTI, Kommentar zum Parlamentsgesetz, N 4 ad art. 136. Cette non-réélection engendra de plus une polémique. Son but était en effet que le siège genevois au Tribunal fédéral occupé par M. FAZY reste en main genevoise. C'est ce qui se produit effectivement par l'élection successive de Paul LOGOZ. Cf. LUMINATI/CONTARINI, p. 283.

²⁵⁴⁵ MARTI, Kommentar zum Parlamentsgesetz, N 4 ad art. 136. La question de savoir si un juge peut être quand même élu ou réélu après avoir atteint l'âge légal de la retraite (actuellement 68 ans, art. 9 al. 2 LTF) reste en effet controversée. Cf. *supra*, N 179.

²⁵⁴⁶ Cf. LUMINATI/CONTARINI, p. 284 et réf. cit.

²⁵⁴⁷ Cf. MARTI, Kommentar ParlG, N 7 ad art. 136. BO AF 2011 V 1304.

²⁵⁴⁸ ATF 102 Ia 272, consid. 3 ; ATF 117 Ia 452, consid. 5.

²⁵⁴⁹ KAYSER, p. 61. Sur les *Parteisteuern*, cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 3.

²⁵⁵⁰ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 33.

²⁵⁵¹ Il était reproché au magistrat neuchâtelois un « comportement inadéquat vis-à-vis des justiciables, des avocats et du personnel du greffe ainsi que des retards dans le traitement des dossiers et du suivi lacunaire de ceux-ci ». Le magistrat avait été entendu par la commission judiciaire à propos de ces griefs. Lors de l'élection, il a ensuite obtenu seulement sept voix au premier tour et onze voix au second tour, alors que la majorité absolue requise était de 53 voix. Cf. BGC/NE, Session ordinaire des 27 et 28 mai 2008, Tome I, pp. 62 ss. Le principal intéressé s'est ensuite adressé à la presse pour critiquer cette décision.

²⁵⁵² Cf. EPINEY-COLOMBO/GASS/KIENER/MOSIMANN/STADELMANN/ZAPPELLI, N 1. S'agissant des conséquences pour les droits procéduraux du magistrat en question, cf. *infra*, N 1252.

²⁵⁵³ La magistrate en question, à qui on reprochait des manquements tant s'agissant du traitement de ses dossiers que des rapports avec ses collègues et le personnel du greffe, a obtenu 48 voix au premier tour et 49 voix au second tour (majorité absolue de 56 voix). Elle avait été entendue par le Conseil de la magistrature puis par la Commission judiciaire. Ces deux organes avaient alors recommandé sa non-réélection. Des discussions animées eurent lieu au Grand Conseil, plusieurs députés déplorant qu'aucune procédure disciplinaire n'ait été engagée contre cette magistrate par le Conseil de la magistrature, alors que ces problèmes étaient connus depuis longtemps. Cf. procès-verbal de la séance du GC du 23 juin 2020 à 13h30, pp. 24 ss. Cf. ég. *Arcinfo*, « Malaise après la disgrâce d'une juge », 10.07.2020, p. 2. S'agissant de l'utilisation de la non-réélection comme sanction disciplinaire, cf. *infra*, N 1252.

²⁵⁵⁴ KAYSER, p. 58.

²⁵⁵⁵ KIENER, Unabhängigkeit, p. 287.

²⁵⁵⁶ *Idem*, Judicial Independence, pp. 418 s.

4.4. La réélection comme moyen de pression sur les juges

4.4.1. Un juge sous contrôle politique permanent

- 1191 Malgré les rares cas de non-réélection, ce système alimente le débat depuis quelques années. Les auteurs qui le critiquent avancent, en particulier, les pressions que les partis politiques peuvent exercer sur les magistrats à travers la menace de non-réélection. L'ancien juge fédéral Niccolò RASELLI note, à cet égard, qu'aucun parti n'est à l'abri de la tentation d'exercer son pouvoir sur les juges en fonction, afin que ceux-ci se conforment à ses attentes. Cette forme d'influence ouverte ou occulte sur le pouvoir judiciaire nuit donc à son indépendance²⁵⁵⁷. En d'autres termes, les juges helvétiques se trouvent « sous contrôle politique permanent »²⁵⁵⁸.
- 1192 En conséquence, le fait pour un juge de se voir soumis à la réélection est susceptible de porter atteinte à son indépendance, puisqu'il pourrait être tenté, en particulier dans les mois précédant sa réélection, de rendre des décisions influencées par les forces politiques qui le soutiennent, ou au contraire, de s'abstenir d'en prendre afin de ne pas les offusquer²⁵⁵⁹. La réélection périodique constitue donc un instrument de pression, détenu par les partis politiques, sur les magistrats. A ce titre, l'ancien juge genevois Pierre WEBER note qu'« il pourrait bien devenir difficile pour un jeune juge, en nécessité d'être périodiquement réélu jusqu'à la retraite, de trouver le courage de mordre la main de celui qui l'a béni et de résister à la tentation – même inconsciente – de favoriser le dossier d'un tel plaideur »²⁵⁶⁰. Ne soyons pas dupes, les juges, quels que soient leur âge ou le tribunal dans lequel ils exercent leur profession, tiennent à garder leur emploi²⁵⁶¹. En tout état de cause, comme le relève Alain WURZBURGER, « c'est aux juges eux-mêmes qu'il incombe de sauvegarder leur indépendance, en jugeant selon leur conviction intime, sans céder à des pressions, dont les effets réels n'ont probablement (et heureusement) pas les effets dévastateurs qu'en attendent leurs auteurs »²⁵⁶².
- 1193 Cela dit, comme le fait remarquer Hansjörg SEILER, les risques de non-réélection sont très limités. En effet, si le juge ne convient plus à son parti pour des raisons idéologiques, il sera vraisemblablement soutenu et réélu par d'autres formations politiques. A l'inverse, le juge qui sera réputé trop proche de sa formation politique ne sera sûrement pas reconduit par l'ensemble des autres partis²⁵⁶³.

4.4.2. La remise en cause de la démocratie concordataire

- 1194 Les intimidations politiques sont d'autant plus d'actualité avec la tendance à la polarisation du système politique suisse et à la radicalisation des oppositions²⁵⁶⁴. On assiste, depuis plusieurs années, à une remise en question de la démocratie consensuelle ou concordataire²⁵⁶⁵, la cohabitation des quatre partis du Conseil fédéral devenant toujours plus laborieuse²⁵⁶⁶. La conséquence directe de ce phénomène est une observation toujours accrue des décisions judiciaires – et par conséquent du comportement des juges – en particulier du Tribunal fédéral. A ce titre, il arrive de plus en plus fréquemment que des arrêts fassent l'objet de critiques, non seulement de la part des médias, mais aussi par des représentants des partis politiques, ceux-ci allant jusqu'à menacer publiquement les magistrats de non-réélection.

²⁵⁵⁷ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 15. Cf. ég. KIENER, Wiederwahl, p. 40.

²⁵⁵⁸ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 14.

²⁵⁵⁹ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 32 ; CORBOZ, N 13 ; FONJALLAZ, p. 56

²⁵⁶⁰ WEBER P., p. 32.

²⁵⁶¹ FONJALLAZ, p. 56. Sur ce point, un exemple symptomatique, hors de nos frontières, est celui des juges étatiques américains décidant d'appliquer la peine de mort en cas de doutes, précisément dans le but d'assurer leur réélection par une population largement acquise à ce type de sanction. KIENER, Unabhängigkeit, p. 279. Cf. ég. *supra*, N 761.

²⁵⁶² WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 60. Avis partagé par un autre ancien juge fédéral, Raymond SPIRA, p. 42.

²⁵⁶³ SEILER, Richter 2006, N 39.

²⁵⁶⁴ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 41.

²⁵⁶⁵ Cf. *supra*, N 1015 s.

²⁵⁶⁶ MARTY, Tentatives, N 9 s.

L'objectif poursuivi par certaines forces politiques est celui de faire en sorte que la prochaine fois que les juges seront appelés à rendre une décision délicate, ils devront non seulement mettre à contribution la loi, le sentiment d'équité et leur conscience personnelle, mais également tenir compte de la pression provenant du pouvoir politique. De telles réprobations publiques peuvent également avoir un effet dissuasif sur les juges qui ne sont pas directement concernés²⁵⁶⁷.

1195

De ce fait, si le système de réélection n'a pas posé de problèmes majeurs depuis 150 ans, les partis politiques faisant oeuvre de bon sens, il a montré quelques faiblesses depuis les années 1990²⁵⁶⁸. On citera à cet égard certaines décisions du Tribunal fédéral, qui ont suscité des controverses et amené à des réélections mitigées.

1196

4.4.3. Quelques exemples d'arrêts du Tribunal fédéral controversés et les conséquences pour la réélection des juges

Le 26 septembre 1990, le Tribunal fédéral a rendu l'ATF 116 Ia 252, qui concernait l'apposition d'un crucifix dans les salles de classe par la municipalité d'une commune tessinoise. Des citoyens, parmi lesquels un enseignant, avaient alors introduit un recours contre la décision. Le Tribunal fédéral leur a donné raison en considérant qu'un tel acte constituait une violation de la neutralité confessionnelle des écoles publiques. Cette décision a été publiquement contestée. Lors du renouvellement intégral du Tribunal fédéral qui suivit, trois juges ayant participé à ce jugement ont alors récolté moins de voix qu'à l'accoutumée²⁵⁶⁹. Un juge, Martin SCHUBARTH, n'a même pas été réélu au premier tour ; il a toutefois été réélu la semaine suivante²⁵⁷⁰.

1197

Le 9 juillet 2003, le Tribunal fédéral a rendu le fameux arrêt *Emmen* (ATF 129 I 217), qui a suscité de nombreuses réactions. La Haute Cour a invalidé, en effet, une décision prise par les citoyens de cette commune lucernoise, refusant d'accorder la naturalisation à certains candidats, provenant en majorité d'ex-Yougoslavie, qui la demandaient, alors que dans le même temps la nationalité suisse était accordée aux ressortissants italiens. Le Tribunal fédéral a déclaré le recours recevable, alors que ce type de litiges ne relevait jusque-là pas de sa compétence²⁵⁷¹. Il a constaté en outre une violation de l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.), ainsi que du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) des recourants. Dans un second arrêt, du même jour, la Haute Cour a confirmé l'invalidation d'une initiative populaire visant à soumettre les demandes de naturalisation au vote populaire par les urnes (ATF 129 I 232). Suite à ces décisions, des responsables d'un parti gouvernemental ont publiquement menacé de non-réélection les juges fédéraux, ceux-ci étant responsables, selon eux, d'avoir violé « la souveraineté populaire »²⁵⁷².

1198

Une année plus tard, le Tribunal fédéral a reconnu le délit de discrimination raciale (art. 261^{bis} CP) pour des allégations contenues dans un discours qui avait eu lieu lors d'une réunion fermée devant une cinquantaine de skinheads appartenant à différents groupuscules (ATF 130 IV 111). Des menaces de non-réélection avaient alors été émises contre les juges qui avaient voté pour la solution retenue. En particulier, des représentants de l'Union démocratique du centre avaient menacé les juges de « conséquences dramatiques lors des prochaines élections », c'est-à-dire ouvertement de non-réélection²⁵⁷³.

1199

En 2012, notre Haute Cour a rendu un autre arrêt devenu célèbre, qui concernait les nouveaux alinéas 3 à 6 de l'art. 121 Cst., résultant de l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels ». Appelé à statuer sur un recours d'un étranger à qui les autorités avaient révoqué l'autorisation d'établissement, le Tribunal

1200

²⁵⁶⁷ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 14.

²⁵⁶⁸ *Idem*, N 16.

²⁵⁶⁹ KIENER, Unabhängigkeit, p. 286 ; RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 15.

²⁵⁷⁰ Cf. *supra*, N 1187.

²⁵⁷¹ La naturalisation (ordinaire) était, en effet, considérée comme une décision politique, qui ne pouvait donc pas faire l'objet d'un recours. Sur cette question, cf. *infra*, N 1246.

²⁵⁷² MARTY, Tentatives, N 2 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 41. Pour les détails des réactions politiques, cf. é.g. AERSCHMANN, pp. 81 ss. Lors du renouvellement intégral de 2004, Giuseppe NAY, un des juges ayant rendu cette décision, a alors été réélu avec moins de voix que d'habitude. Cf. FISCHBACHER Alain, Richterwahlen durch das Parlament : Chance oder Risiko ?, in : « Parlament, Parlement, Parlamento » 1/05, p. 7.

²⁵⁷³ RASELLI, Richterliche Unabhängigkeit, N 15 et les références citées.

fédéral a considéré que, faute de précisions, ces nouvelles dispositions constitutionnelles ne sont pas directement applicables. De plus, même si cela avait été le cas, le jugement ne saurait être modifié, dans la mesure où ces dispositions sont contraires à plusieurs normes de droit international (art. 8 et 13 CEDH notamment), lesquels priment sur les normes internes, mêmes entrées en vigueur postérieurement, qu'elles soient de rang légal ou constitutionnel (ATF 139 I 16). Ce jugement a suscité de nombreuses protestations politiques, un ancien conseiller fédéral n'hésitant pas à affirmer que les juges avaient effectué un « coup d'Etat silencieux »²⁵⁷⁴. La conséquence directe a été que lors du renouvellement intégral du Tribunal fédéral du 24 septembre 2014, les juges de la 2^e Cour de droit public, qui ont rendu la décision, ont récolté moins de 200 voix (plus précisément entre 159 et 198 voix), contrairement à leurs collègues, qui ont obtenu, eux, entre 204 et 222 voix²⁵⁷⁵. Ce résultat n'est pas passé inaperçu puisque plusieurs organes du Conseil de l'Europe, dont la Suisse fait partie, l'ont mentionné dans leurs rapports respectifs²⁵⁷⁶.

1201 Enfin, récemment, le 26 juillet 2019, la 2^e Cour de droit public du Tribunal fédéral a rendu un arrêt par lequel elle autorise l'Administration fédérale des contributions à communiquer à la France des renseignements sur l'identité de clients de la banque UBS présumés avoir violé le fisc français (ATF 146 II 150). A ce sujet, des critiques ont été formulées par les responsables de l'Union démocratique du centre à l'intention de « leur » juge Yves DONZALLAZ, coupable d'avoir fait pencher la balance en faveur de l'admission du recours. Dans la presse, certains membres de ce parti ont ouvertement déclaré qu'ils envisageaient de ne pas réélire ce juge lors du prochain renouvellement du Tribunal fédéral, faute d'avoir suivi la ligne du parti. Un député a même exprimé le souhait d'engager contre lui une procédure de destitution²⁵⁷⁷, procédure toutefois inexistante²⁵⁷⁸. Dans un communiqué de presse, l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire s'est empressée de condamner ces menaces de non-réélection²⁵⁷⁹. En date du 8 septembre 2020, à l'approche du renouvellement intégral du Tribunal fédéral pour la période 2021-2026, l'UDC a convoqué Yves Donzallaz et après discussion a décidé de ne pas recommander à l'Assemblée fédérale sa réélection en tant que membre du parti (il serait toutefois recommandé s'il quittait le parti). La Commission judiciaire n'était pas de cet avis, ni les autres groupes parlementaires de l'Assemblée fédérale qui ont insisté sur l'indépendance que doit bénéficier un magistrat fédéral durant son mandat. Tout comme les autres juges du Tribunal fédéral, Yves Donzallaz a finalement été réélu, le 23 septembre 2020, par l'Assemblée fédérale mais avec un score de 177 voix sur 239²⁵⁸⁰.

1202 Ces exemples sont révélateurs des pressions concrètes de la part du pouvoir politique sur les juges. Or, une non-réélection motivée par la volonté de « punir » le juge en raison de son activité (purement) jurisprudentielle constituerait une grave atteinte à son indépendance²⁵⁸¹. A cet égard, la tendance de certains membres de l'Assemblée fédérale à biffer, lors du renouvellement périodique du tribunal, le nom de certains juges ne convenant plus à leurs idéaux peut s'avérer dangereuse. Fort heureusement, cette pratique mène très rarement à une non-réélection. Une partie de la classe politique semble toutefois favorable à ces signaux d'avertissement, comme le note un parlementaire, membre de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, pour qui « il faut garder les juges sous une pression positive »²⁵⁸².

²⁵⁷⁴ Cf. par exemple MASMEJAN Denis, « l'UDC s'indigne d'un arrêt du Tribunal fédéral », *Le Temps*, 12.02.2013 ; BLOCHER Christoph, « Nicht alle im gleichen Boot », *NZZ*, 06.03.2013, tous deux cités par GRODECKI, N 20.

²⁵⁷⁵ STEINMANN, *Wiederwahl*, p. 1 ; BO AF, du 24 septembre 2004 (session automne 2014), p. 1879.

²⁵⁷⁶ CCJE, rapport du 16 octobre 2015 sur la situation du pouvoir judiciaire et des juges dans les Etats membres, § 19 ; GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Suisse, § 101. Cf. *supra*, N 467.

²⁵⁷⁷ FOPPA Daniel, « Der SVP-Richter und seine Henker », *Sonntagszeitung*, 28.07.2019. Les attaques contre ce juge ne datent pas d'aujourd'hui. En octobre 2017, l'hebdomadaire *Weltwoche*, proche de l'UDC, consacrait un article sur ce magistrat intitulé « der Abweichler » (le déviationniste), le qualifiant comme l'un des « *grössten Internationalisten* » du Tribunal fédéral. Cf. FONTANA Katharina, *Weltwoche*, 25.10.2017, pp. 26 s. Niccolò RASELLI raconte qu'après la parution de cet article, le juge DONZALLAZ a été convoqué à Berne par son parti. Toutefois, après avoir pris connaissance de l'objet de la comparution, il a refusé d'obtempérer. RASELLI, *Justiz-Initiative*, p. 273.

²⁵⁷⁸ Cf. *supra*, N 185 ss.

²⁵⁷⁹ « Les jugements des tribunaux peuvent certes être discutés et critiqués. Toutefois, il est inacceptable de menacer de ne pas réélire les juges lorsque leurs décisions déplaisent sur le plan politique ». ASM, Communiqué de presse du 2 août 2019. Disponible : [http://www.svr-asm.ch/fr/2019.htm] (dernière consultation : 02.05.2020).

²⁵⁸⁰ BO AF, du 23 septembre 2020, n° 20.204. Voir également l'interview du juge Donzallaz dans la *NZZ* du 08.09.2020 : « Die SVP instrumentalisiert die Justiz ».

²⁵⁸¹ Cf. STEINMANN, *Wiederwahl*, p. 2.

²⁵⁸² Propos de Yves NYDEGGER, in : MANSOUR Fati, « les juges fédéraux doivent-ils être élus à vie ? », *Le Temps*, 19.03.2017.

4.4.4. Une doctrine actuelle majoritairement acquise à la suppression de la réélection

En 1960, l'éminent Professeur Kurt EICHENBERGER déclarait que le juge suisse était *de facto* indépendant, parce qu'il était régulièrement confirmé, mais que des réglementations pouvaient s'avérer nécessaires si cette évolution vers la stabilité n'était pas maintenue²⁵⁸³.

1203

En 2001, dans son ouvrage de référence sur la question, la Professeure Regina KIENER relevait que l'indépendance de la justice ne peut être totalement acquise tant que la procédure de réélection n'est pas transparente, tant que le juge peut être révoqué ou non réélu sans justification, tant qu'il n'existe pas de protection contre les actes arbitraires de l'autorité de réélection et tant que le droit à la réélection n'est pas reconnu²⁵⁸⁴. Partant, en l'absence de motifs importants, le non-renouvellement du mandat constitue une atteinte considérable à l'indépendance de la justice. La professeure de l'Université de Zurich préconisait dès lors que la fonction judiciaire, lorsqu'elle est renouvelable, soit d'une durée relativement longue. Le juge ne doit pas pouvoir être révoqué ou non réélu pour des motifs politiques ou de manière discrétionnaire²⁵⁸⁵.

1204

Aujourd'hui, la doctrine, qu'on peut considérer comme majoritaire, recommande, dans l'intérêt de la sauvegarde institutionnelle de l'indépendance de la justice et des juges, que la réélection périodique soit remplacée par une élection unique, soit pour une durée indéterminée, soit pour une durée déterminée, combinée à une limite d'âge²⁵⁸⁶.

1205

4.4.5. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral : un « appel » à la suppression de la réélection ?

Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral affirme que la réélection – tout comme la première désignation – n'est pas en soi contraire à l'indépendance de la justice, tout dépendant des menaces réelles pesant sur le juge²⁵⁸⁷. En 2017, dans une affaire soleuroise (ATF 143 I 211), la Haute Cour s'est cependant montrée plus audacieuse. Le cas concernait l'absence de possibilité pour un candidat de se présenter à l'élection populaire du président du tribunal d'arrondissement de la région de Soleure. Le refus prononcé par l'administration soleuroise était basé sur la législation cantonale qui prévoit que les candidats sortants sont les seuls autorisés à se présenter, au premier tour, devant le peuple. C'est uniquement s'ils ne remportent pas la majorité absolue des voix qu'un second tour est organisé et ouvert à d'autres candidats potentiels²⁵⁸⁸.

1206

Appelé à statuer sur un recours d'un candidat à qui on avait refusé de se présenter, le Tribunal fédéral a considéré que la législation soleuroise ne violait pas le droit fédéral, en particulier l'égalité dans les droits politiques (art. 34 Cst.). Les juges de Mon-Repos ont en premier lieu affirmé que la procédure de réélection engendre une tension entre la légitimité démocratique et l'indépendance de la justice. Cette dernière est parfois mise à mal en raison de certaines pressions du pouvoir politique sur les juges²⁵⁸⁹. Ensuite, il existe un intérêt public prépondérant, en l'occurrence l'indépendance de la justice précisément, à ce que des juges ne soient pas soumis périodiquement à une réélection. En l'espèce, le fait que le magistrat sortant soit le seul à pouvoir se présenter au premier tour limite fortement le risque de non-réélection, ce qui garantit son indépendance. De plus, les électeurs soleurois ont la possibilité de voter « blanc » lors du premier tour, afin de provoquer un

1207

²⁵⁸³ EICHENBERGER, pp. 228 ss. Cf. ég. ATF 143 I 211, consid. 3.4.

²⁵⁸⁴ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 287.

²⁵⁸⁵ *Idem*, p. 288 ; KIENER, *Wiederwahl*, pp. 40 ss.

²⁵⁸⁶ Parmi d'autres, GASS, pp. 606 ss ; RASELLI, *Richterliche Unabhängigkeit*, N 12 ss ; *Idem*, *Justiz-Initiative*, p. 281 ; MAHON/SCHALLER, *Réélection*, N 31 s. et 64 ; KIENER, *Parteibindung*, N 6 ; ZAPPELLI, *Le juge*, p. 121 ; STEINMANN, *Wiederwahl*, p. 2 ; FISCHBACHER, pp. 221 s. ; BORGHI, *Mainmise*, p. 182 ; MARTY, *Tentatives*, N 2 ss ; STADELMANN, *Überlegungen*, N 7 ss ; MARTENET, *Séparation*, N 53. Cf. ég. les diverses prises de position de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) de ces dernières années, cf. *supra*, N 445, 466, 977, 1201. *Contra* : SEILER, *Richter* 2006, N 38 ; BERTOSSA, N 14 ; PASQUIER (propos d'Eric KALTENRIEDER), pp. 6 s.

²⁵⁸⁷ Cf. par ex. ATF 123 II 511, consid. 5c.

²⁵⁸⁸ § 45 *Gesetz über die politischen Rechte* (GPR ; RS/SO 113.111) par renvoi du § 88 *Gesetz über die Gerichtsorganisation* (GO ; RS/SO 125.12). Cf. *supra*, N 246.

²⁵⁸⁹ ATF 143 I 211, consid. 3.4.

second tour, et donc ouvrir le vote à de nouveaux candidats. Il ne s'agit donc pas d'une élection factice (« *Schneinwahl* »)²⁵⁹⁰.

1208 On peut ainsi constater que dans cet arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît en quelque sorte que le renforcement de l'indépendance de la justice passe par la suppression, même si partielle, de la réélection. Les réactions doctrinales ont été néanmoins contrastées. Pour Gerold STEINMANN, le système d'élection soleurois doit être vu positivement. En effet, il combine le contrôle politique et démocratique d'une part, et l'indépendance du pouvoir judiciaire d'autre part. Il représente une position intermédiaire entre le système traditionnel qui comprend des périodes relativement courtes de fonction et de réélection, et la réglementation en vigueur dans le canton de Fribourg qui prévoit des élections pour un temps indéterminé et une possibilité de révocation. Cette approche novatrice et originale – quoique largement inconnue – peut animer la discussion sur la meilleure méthode d'élection et de réélection des juges en Suisse²⁵⁹¹.

1209 En revanche, pour Markus SCHEFER et Lukas SCHAUB, le Tribunal fédéral ne cherche pas suffisamment à déterminer si les intérêts en cause prévalent effectivement sur celui à assurer l'égalité des droits politiques (cf. art. 34 Cst.). De plus, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de la restriction (art. 36 al. 3 Cst.), la Haute Cour aurait pu étudier d'autres alternatives comme une prolongation de la durée du mandat des juges ou la suppression de la réélection, le cercle des candidats devant être laissé ouvert dès le départ²⁵⁹².

4.5. *Excursus* : les opinions séparées à l'aune de la réélection des magistrats

4.5.1. Notion et diffusion des opinions séparées

1210 Les opinions séparées regroupent deux aspects. D'une part, elles comprennent les opinions dissidentes (*dissenting opinions*), qui sont une pratique prévoyant la possibilité pour un juge qui n'est pas d'accord avec la décision adoptée par la majorité de ses collègues d'exprimer, par écrit, son argumentation, qui sera rendue publique. D'autre part, elles incluent les opinions concordantes (*concurring opinions*), soit l'expression d'un désaccord uniquement avec la motivation qui sous-tend la décision, et non pas avec le résultat (le dispositif) de celle-ci²⁵⁹³.

1211 Le droit d'exprimer des opinions minoritaires dans les jugements est l'une des spécificités des systèmes de *common law*. Il s'explique notamment par le rôle déterminant qu'ont, dans ces systèmes, les juges, lesquels ne se contentent pas de leur rôle d'interprète du droit, mais procèdent à une véritable création de règles juridiques²⁵⁹⁴. En ce sens, les décisions font le plus souvent apparaître la personnalité des magistrats, notamment leurs sensibilités politiques et sociales. A cela s'ajoute que les juges accèdent fréquemment à la magistrature après une brillante carrière juridique, et peuvent ainsi avoir davantage de difficultés à revenir à l'anonymat que sous-entend l'appartenance à une formation collégiale²⁵⁹⁵. On retrouve les opinions séparées dans la plupart des pays anglo-saxons, notamment au Royaume-Uni et bien entendu aux Etats-Unis, où elles ont conduit, au fil des ans, à des débats virulents au sein de la Cour suprême²⁵⁹⁶.

1212 Sous l'influence des systèmes de *common law*, les opinions séparées ont été reprises par la plupart des juridictions internationales, parmi lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour internationale de

²⁵⁹⁰ ATF 143 I 211, consid. 3.5.

²⁵⁹¹ STEINMANN Gerold, Privilegierte Wiederwahl von Solothurner Amtsgerichtspräsidenten, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2017/2, N 25. Cf. ég. SCHNEUWLI, p. 29.

²⁵⁹² SCHEFER Markus/SCHAUB Lukas, Grenzen kantonaler Organisationsautonomie bei Richterwahlen, in : Jusletter 25.09.2017, N 14-15.

²⁵⁹³ GONIN L., Opinion dissidente, p. 64 ; PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 378.

²⁵⁹⁴ PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 379.

²⁵⁹⁵ *Idem*, pp. 379 s.

²⁵⁹⁶ GONIN L., Opinion dissidente, p. 27 ; ZIMMERMANN, p. 263 qui mentionne l'opinion minoritaire, d'une rare violence, exprimée par le juge Antonin SCALIA dans l'affaire *Obergefell v. Hodges* de 2015 lors de la laquelle la Cour légalisa le mariage homosexuel. S'agissant du rôle de la Cour suprême et de l'importance de la nomination politique de ses juges, cf. *supra*, N 715 ss.

justice et la Cour pénale internationale. Certains pays continentaux ont également décidé d'introduire cet instrument pour leurs juridictions suprêmes ou constitutionnelles. On citera en particulier l'Espagne, l'Allemagne, le Portugal, la Grèce et la Hongrie²⁵⁹⁷.

En Suisse, le Tribunal fédéral des brevets connaît actuellement les opinions dissidentes (à l'exclusion des opinions concurrentes)²⁵⁹⁸. En outre, dans le cadre de la révision de la loi sur le Tribunal fédéral (finalement abandonnée)²⁵⁹⁹, la possibilité d'introduire des opinions minoritaires a été proposée. Ce projet est toutefois sur le point d'être abandonné²⁶⁰⁰. Au niveau cantonal, les opinions séparées sont prévues dans les cantons de Vaud, de Genève, de Schaffhouse, de Zurich (également pour les greffiers) et d'Argovie²⁶⁰¹.

Les opinions séparées présentent tant des avantages que des inconvénients. Parmi les avantages, on cite principalement la transparence de l'activité jurisprudentielle, le développement du droit, l'amélioration des décisions judiciaires et le gain en légitimité de celles-ci²⁶⁰². Parmi les inconvénients, on mentionne l'affaiblissement de l'autorité du tribunal – qui ne parlerait ainsi plus « d'une seule voix » – tout comme de l'indépendance des juges. Nous n'entendons pas examiner tous ces arguments, mais uniquement nous focaliser sur ceux qui présentent un lien avec notre sujet. En ce sens, comme cela a été dit, l'introduction de l'opinion dissidente en droit suisse a assurément un impact sur l'indépendance des juges, principalement en lien avec les modalités de leur réélection²⁶⁰³.

4.5.2. Un moyen de contrôler le comportement individuel du juge

Selon Pierre SCYBOZ et Pascal PICHONNAZ, qui sont parmi les premiers auteurs suisses à s'être exprimés à ce sujet, « l'introduction des avis minoritaires entraînerait inévitablement une *plus forte personnalisation* de la justice »²⁶⁰⁴. En conséquence, les comportements des juges pourraient être contrôlés par les autorités de réélection, ce qui amènera une pression sur les magistrats nuisant au bon fonctionnement de la justice²⁶⁰⁵.

Robert ZIMMERMANN est, lui aussi, particulièrement critique. Il note que « [p]our les juges élus par le Parlement avec le soutien d'un parti politique et soumis à la réélection périodique, l'institution de l'opinion dissidente, avec la personnalisation qu'elle implique, peut se transformer en un piège redoutable. Admettons que dans un cas suscitant l'attention des médias et de la classe politique, le bord auquel appartient le juge souhaite plus ou moins ouvertement que le tribunal statue dans un sens déterminé. Que fera ce juge, si la majorité du tribunal adopte une solution contraire ? S'en écartera-t-il, même contre son inclination, pour rédiger une opinion minoritaire complaisante pour son camp ? A le faire, ce juge y perdrait son indépendance et sa crédibilité. Ou fera-t-il bloc avec la décision majoritaire à laquelle il adhère ? Il pourrait alors craindre d'encourir la colère de ses amis qui lui reprocheront de ne pas avoir publiquement pris ses distances avec la majorité. Ce jeu d'ombres devient encore plus pervers lorsque le juge anticipe des attentes non formulées ou inexistantes, sur

²⁵⁹⁷ Cf. GONIN L., Opinion dissidente, p. 67 et les références citées.

²⁵⁹⁸ Art. 13 al. 3 du Règlement du 28 septembre 2011 du Tribunal fédéral des brevets (RTBF ; RS 173.413.1).

²⁵⁹⁹ FF 2018 4713. En 2015, tant le Conseil national que le Conseil des Etats ont adopté une motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui chargeait le Conseil fédéral d'introduire cet instrument dans la LTF (motion 14.3667).

²⁶⁰⁰ La Commission des affaires juridiques du Conseil national a estimé que cet instrument était « contraire à notre système juridique, et que cela conduirait à une américanisation de la procédure. Elle a en outre considéré que ce serait aussi inutile, dans la mesure où, lorsqu'un juge n'est pas d'accord, les délibérations du Tribunal fédéral étant alors publiques, il lui est permis de s'exprimer ». Cf. intervention de BAUER Philippe (BO CN 2019 265). Le 13 mars 2019, le Conseil national a décidé de biffer le nouvel article 60 al. 1bis LTF qui mentionnait les opinions dissidentes (BO CN 2019 272). Le Conseil des Etats doit encore se prononcer.

²⁶⁰¹ GONIN L., Opinion dissidente, pp. 65 s. et les références citées. S'agissant du canton de Vaud, on notera que depuis 2003, les juges du Tribunal cantonal n'ont utilisé cet instrument que dans une vingtaine de cas. Cf. ZIMMERMANN, p. 261.

²⁶⁰² A ce sujet, cf. not. GONIN L., Opinion dissidente, pp. 70 ss ; PICHONNAZ/SCYBOZ, pp. 381 ss qui citent une intervention lors de l'Assemblée constituante vaudoise mentionnant le besoin de « sortir un peu les juges de l'anonymat pour en faire des êtres de chair et de sang » ; MARTENET, Architecture, p. 126. Cf. ég. HÜRLIMANN Brigitte, Wer hat Angst vor der Dissenting Opinion ?, in : « Justice – Justiz – Giustizia 2018/4.

²⁶⁰³ KELLER/ZIMMERMANN, p. 138.

²⁶⁰⁴ PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 381.

²⁶⁰⁵ *Idem*, p. 382.

la base desquelles il forge une opinion dissidente d'autant plus dangereuse qu'elle est inutile. L'opinion dissidente devient alors une excuse – ou un devoir. Dans un cas comme l'autre, le mal est fait »²⁶⁰⁶.

1217 Helen KELLER et Laura ZIMMERMANN sont du même avis. Selon elles, les opinions dissidentes constituent, dans l'hypothèse où les juges sont soumis à réélection, une menace pour leur indépendance. L'introduction de tels instruments engendrerait, en effet, une plus forte personnalisation et politisation de la jurisprudence. Ces auteurs se prononcent ainsi contre l'introduction des *dissenting opinions* au sein du Tribunal fédéral, tant que les membres de celui-ci seront soumis à réélection²⁶⁰⁷. Ce point de vue est d'ailleurs partagé par les juges de Mon-Repos eux-mêmes qui se sont positionnés, il y a quelques années, à une grande majorité contre l'introduction d'une telle pratique²⁶⁰⁸. La possibilité d'assortir une décision (majoritaire) d'une opinion dissidente ouvre la porte à un examen systématique du comportement électoral des juges, non seulement de ceux qui représentent l'opinion minoritaire, mais aussi de ceux qui soutiennent l'opinion majoritaire²⁶⁰⁹.

1218 Les liens entre les opinions dissidentes (séparées) et l'indépendance des juges, en particulier s'agissant de leur réélection, sont également discutés hors de nos frontières. Ainsi, dans son rapport sur les opinions séparées au sein des cours constitutionnelles, des 14-15 décembre 2018, la Commission de Venise note que les :

« [c]onstitutional court decisions are often politically significant. Separate opinions may reflect the political views of their authors and facilitate the categorisation of judges into, for instance, conservative or progressive judges. Although once appointed, constitutional court judges enjoy guarantees of independence, it is possible that a judge, appointed by a particular political actor, feels obliged to signal loyalty, to dissent (or not dissent) in order to please those who nominated him or her. Due to potential political pressure, but also to pressure exercised by the media and other actors, opponents of separate opinions fear that a judge's impartiality may be compromised. Moreover, the career of a judge could be endangered and, especially when judges have a chance of being re-elected, such a risk could prevent them from presenting or, on the contrary, encourage them in expressing their separate opinions. Furthermore, it could result that judges pursue their personal goals instead of striving for the best decision. »²⁶¹⁰

4.5.3. Les délibérations publiques : des opinions séparées exprimées oralement

1219 On relèvera que la possibilité d'exprimer oralement des semblants d'opinions séparées existe déjà au sein du Tribunal fédéral. Celui-ci délibère, en effet, en audience publique, notamment, s'il n'y a pas d'unanimité entre les juges de la cour (cf. art. 58 al. 1 et 59 al. 1 LTF). Lors de l'audience publique, le président cède ainsi la parole au juge délégué, qui lit son rapport et propose un dispositif. Chaque juge donne son avis oralement à ce propos. La discussion qui suit finit par un vote. Les parties, le public et les représentants des médias connaissent ainsi l'opinion individuelle de chacun des juges, voire du greffier lorsque celui-ci fait usage de sa voix consultative (cf. art. 24 al. 1 LTF)²⁶¹¹. Leurs opinions ne sont pas exposées dans un procès ni publiées avec l'arrêt. Cependant, les médias ou la doctrine relatent parfois les avis exprimés par un juge minoritaire ou majoritaire²⁶¹². Les délibérations publiques existent aussi au sein du Tribunal administratif fédéral (art. 41 LTAF) et dans certains tribunaux cantonaux (Zurich, Vaud).

²⁶⁰⁶ ZIMMERMANN, pp. 264 s.

²⁶⁰⁷ KELLER/ZIMMERMANN, pp. 152 s. et 157.

²⁶⁰⁸ En l'occurrence à 27 voix contre 7. Cf. Rapport de gestion 2015 du Tribunal fédéral, p. 11.

²⁶⁰⁹ VON WERDT Nicolas, Dissenting Opinion – Zwischen Schein und Wirklichkeit, in : « Justice – Justiz – Giustizia 2018/4, N 16 et 33 ss. Cf. ég. STADELMANN Thomas, Abweichende Sondervoten am Bundesgericht, in : « Justice – Justiz – Giustizia 2018/4, N 4 s.

²⁶¹⁰ Venice Commission, Report on Separate Opinion of Constitutional Courts, CDL-AD(2018)030, § 21. Cf. ég. KELEMEN Kathrin, Dissenting Opinions: A comparative perspective, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2018/04, en particulier N 15 s.

²⁶¹¹ ZIMMERMANN, p. 265. A noter que les délibérations publiques sont en baisse depuis quelques années au Tribunal fédéral. Elles n'ont été que 46 en 2019 contre encore une septantaine en 2017. Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL, Rapport de gestion 2019, p. 8.

²⁶¹² *Ibid.* Cf. à ce sujet les retranscriptions des débats publics de la 2^e Cour de droit public du 28 février 2020 concernant l'arrêt 2C_668/2018. A ce sujet, les discussions entre les juges sont généralement cordiales, mais peuvent parfois dégénérer, comme dans cette affaire qui concernait le droit au regroupement familial d'un étranger détenteur d'un permis de séjour. Deux juges minoritaires de la Cour qui avaient voté contre l'admission du recours ont notamment reproché publiquement, entre autres, à leurs collègues de s'approprier injustement le

Même si les délibérations publiques permettent une certaine transparence au sein de la justice, elles ne vont pas sans poser de problème dans la perspective d'une réélection, ceci pour les mêmes raisons que celles invoquées pour les opinions dissidentes écrites²⁶¹³. On a vu, effet, comme au Tribunal fédéral les opinions exprimées par des juges oralement – qu'elles soient en accord ou en désaccord avec la majorité – dans certaines affaires délicates ont pu avoir des conséquences directes pour leur réélection²⁶¹⁴.

1220

4.5.4. Appréciation sur les opinions séparées

On le voit, l'opportunité de l'opinion séparée est intrinsèquement liée aux modes de désignation des magistrats. En conséquence c'est uniquement s'il est véritablement indépendant et donc élu qu'une seule fois qu'un juge ne craindra pas de s'écarter de la majorité, y compris dans des affaires particulièrement délicates et controversées, en dévoilant publiquement sa position, qu'elle soit populaire ou non, qu'elle soit partagée ou non par le parti politique l'ayant proposé. L'opinion séparée devrait dès lors, le cas échéant, être accompagnée de la suppression pure et simple de la réélection. Une solution, néanmoins difficilement réalisable, pourrait également être celle d'anonymiser les opinions séparées²⁶¹⁵. Enfin, pour les mêmes raisons, on peut se demander si les débats publics actuellement possibles au Tribunal fédéral sont réellement compatibles avec la réélection des magistrats, tant ils amènent à l'examen du comportement individuel des magistrats, en particulier ces dernières années.

1221

4.6. Les garanties de procédure en cas de non-réélection

4.6.1. Le droit d'être entendu

Le juge visé par une procédure de non-réélection doit bénéficier du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. ; art. 6 § 1 CEDH), lequel comprend notamment le droit de s'exprimer préalablement et de participer à la procédure, le droit de consulter le dossier, le droit de se faire représenter et assister ainsi que le droit d'obtenir une motivation de la décision²⁶¹⁶. Comme le relève Regina KIENER, la réélection ne peut remplir ses fonctions que si elle est le résultat d'une procédure juridiquement guidée, transparente, rationnelle et donc aussi vérifiable. C'est alors qu'elle pourra acquérir le degré de légitimité indispensable à son acceptation, tant auprès des personnes concernées que de la communauté juridique²⁶¹⁷. La procédure de réélection comprenant une éventuelle non-réélection doit ainsi être assimilée autant que possible à la procédure de révocation²⁶¹⁸. Le refus de confirmer un juge doit donc s'opérer selon des critères objectifs et avec les mêmes garanties procédurales que lorsqu'un juge est démis de ses fonctions avant le terme de son mandat²⁶¹⁹.

1222

Ces dernières années, des dispositions garantissant le droit d'être entendu d'un magistrat menacé d'une non-réélection ont été mises en place en Suisse. Il en va en particulier lorsqu'il s'agit d'une autorité externe à l'organe d'élection (peuple ou Parlement) qui prépare cette procédure. A cet effet, on rappellera qu'au niveau fédéral, sont en vigueur, depuis 2011, les « Principes d'action concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection », qui garantissent aux juges menacés par une non-réélection certains droits fondamentaux de la part de l'autorité préparant la (non-)réélection, en l'occurrence la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale²⁶²⁰. Selon ces « Principes d'actions », la personne concernée a le droit d'être entendue (art. 2 let. e let. c). Plus précisément, elle a le droit d'assister à l'audition des personnes interrogées, de leur

1223

rôle du législateur, violant ainsi la séparation des pouvoirs. Des discussions assez virulentes entre les membres de la cour ont suivi. Cf. HÄFLIGER Markus, « Bundesrichter streiten in aller Öffentlichkeit », *Tages-Anzeiger*, 05.03.2020.

²⁶¹³ ZIMMERMANN, p. 265.

²⁶¹⁴ Cf. *supra*, N 1197 ss.

²⁶¹⁵ MARTENET, Architecture, p. 127.

²⁶¹⁶ KIENER, Erneuerungswahl pp. 371 ss. *Idem*, Wiederwahl, p. 42 ; KAYSER, pp. 62 ss. Cf. ég. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 65 s.

²⁶¹⁷ KIENER, Wiederwahl, p. 41.

²⁶¹⁸ *Idem*, Erneuerungswahl, pp. 366 ss.

²⁶¹⁹ *Idem*, p. 370.

²⁶²⁰ RO 2011 521 ; FF 2012 1091. Cf. *supra*, N 183.

demander des précisions et d'avoir accès aux documents, aux expertises et aux procès-verbaux d'audition (art. 7 al. 1). Elle a, en outre, le droit d'être assistée par un avocat (art. 7 al. 3). « A l'issue de l'enquête et avant la remise du rapport à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), elle a le droit de prendre position oralement ou par écrit sur le résultat de l'enquête et sur les motifs de la décision » (art. 7 al. 4). « La personne concernée est interrogée en qualité de personne appelée à fournir des renseignements. Elle est tenue de se présenter à l'audition, mais elle ne peut être contrainte à déposer ou à dire la vérité. Elle peut se retrancher derrière le droit de refuser de témoigner » (art. 8). En outre, « [l]es membres de la CJ doivent présenter leurs propositions de non-réélection au plus tard à la séance qui précède celle à laquelle la CJ adopte la liste définitive des candidats qu'elle proposera d'élire dans le cadre d'un renouvellement intégral. Font exception les propositions déposées en raison des faits visés à l'art. 5, al. 1²⁶²¹, et dont la CJ n'a eu connaissance que plus tard. Toute proposition de non-réélection doit être motivée par écrit » (art. 15 al. 2 « Principes d'action »). Des dispositions législatives similaires sont également prévues dans certains cantons, du moins dans ceux qui confient la procédure préparatoire à une autorité externe à l'organe d'élection²⁶²².

- 1224 Alors qu'il est généralement admis que le magistrat a le droit d'être entendu lorsqu'il fait face à une possible non-réélection, il n'en va pas ainsi de la possibilité de contester cette décision devant une autorité judiciaire, comme on le verra. Avant d'examiner cet aspect, il convient de rappeler les fondements du droit d'accès au juge.

4.6.2. Le droit d'accès au juge

4.6.2.1. Les sources

a) *En droit constitutionnel fédéral*

- 1225 L'accès au juge constitue une garantie indispensable à un Etat de droit fondé sur la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'un droit constitutionnel subjectif et individuel, directement invocable devant un tribunal²⁶²³. En droit fédéral, il est concrétisé à l'art. 29a Cst., qui prévoit que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. [...] ». Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, en même temps que la « réforme de la justice », dans le but de garantir, au niveau interne, l'accès à une autorité judiciaire pour les litiges non seulement civils et pénaux – comme cela était alors le cas – mais également administratifs²⁶²⁴. Jusque-là, cette garantie était donnée par le droit international, plus précisément les art. 6 § 1 et 13 CEDH ainsi que l'art. 2 § 3 Pacte ONU II.

- 1226 Le droit d'accès au juge n'est toutefois pas absolu. Ceci ressort tout d'abord de la seconde phrase de l'art. 29a Cst. qui mentionne que « [l]a Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». Cette exclusion est toutefois soumise à deux conditions. D'une part, elle doit résulter d'une base légale formelle. D'autre part, elle doit être prévue que « dans des cas exceptionnels ». Selon les travaux préparatoires, cette limite vise à exclure le droit d'accès pour les décisions qui sont difficilement justiciables, comme les « actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques » ainsi que les actes qui, en raison de la séparation des pouvoirs ou de la démocratie directe, se prêtent mal au contrôle judiciaire (par ex. les actes du Parlement soumis au référendum)²⁶²⁵. Nous reviendrons plus en avant sur cette question.

²⁶²¹ A savoir ceux « qui mettent sérieusement en cause l'aptitude professionnelle ou personnelle du juge ».

²⁶²² Cf. par ex. art. 22 al. 2 LOJ/GE ; art. 21 al. 2 LHS/NE ; art. 162 LGC/VD. Cf. *supra*, 1^{ère} partie, chapitre 3.

²⁶²³ DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4109 ss. Pour un développement, cf. not. KIENER Regina, Zugang zur Justiz, in : RDS 2019 II, pp. 8-99, pp. 16 ss.

²⁶²⁴ MAHON, Droit d'accès au juge, p. 74. Sur la genèse et l'interprétation de l'art. 29a Cst., cf. KRAUSE, pp. 5 ss.

²⁶²⁵ FF 1997 I 1, p. 531.

b) En droit conventionnel international

On l'a vu, l'art. 6 § 1 CEDH garantit, en matière civile et pénale, le droit à un procès équitable, ce qui comprend la nature équitable et contradictoire de la procédure, l'accès à un tribunal et le droit à un jugement dans un délai raisonnable²⁶²⁶. A cet égard, l'art. 29a Cst. complète l'art. 6 § 1 CEDH, sans pour autant le priver de toute portée²⁶²⁷. Cette dernière disposition continue en effet à avoir toute son importance, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, son contenu va sans cesse être précisé et développé par la jurisprudence de la Cour-EDH. Deuxièmement, elle est la seule à même de garantir une protection suffisante à l'encontre d'une loi fédérale (qui est immunisée par l'art. 190 Cst.)²⁶²⁸. Enfin, elle limite la portée possible de la deuxième phrase de l'art. 29a Cst., son contenu ne permettant pas d'exclure a priori le droit d'accès au juge²⁶²⁹.

1227

L'art. 13 CEDH prévoit que « [t]oute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale [...] ». Cette disposition n'a ainsi pas de portée autonome et doit être invoquée avec d'autres dispositions de la Convention. En outre, elle « n'exige pas que le recours à octroyer en cas de violation d'un droit conventionnel soit de nature judiciaire »²⁶³⁰. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'art. 13 CEDH exige un recours interne pour les seules plaintes que l'on peut estimer « défendables » au regard de la Convention. Il garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant « l'instance nationale compétente » à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. Le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit²⁶³¹. Tant les actes du Parlement (en Suisse, l'Assemblée fédérale²⁶³²), du Gouvernement que d'un tribunal tombent dans le champ d'application de l'art. 13 CEDH.

1228

S'agissant de l'articulation de l'art. 6 § 1 CEDH avec l'art. 13 CEDH, on notera que, selon une jurisprudence constante de la Cour, le premier constitue une *lex specialis* par rapport au second. En effet, dans de nombreuses affaires dans lesquelles la Cour a, dans un premier temps, constaté une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, elle n'a pas jugé utile, lorsque l'art. 13 était invoqué, de se prononcer également sur ce grief²⁶³³. Une norme analogue à l'art. 13 CEDH se trouve à l'art. 2 § 3 Pacte ONU II²⁶³⁴.

1229

4.6.2.2. Une voie de droit pour un juge fédéral non réélu ?

a) La forme juridique de l'élection et de la réélection

A titre liminaire, on notera que la forme juridique que revêt une élection par l'Assemblée fédérale (art. 168 Cst.) est controversée en doctrine²⁶³⁵. Pour certains, l'acte de l'Assemblée fédérale intervient sous la forme d'un arrêté simple non soumis à référendum (cf. art. 163 al. 2 Cst. ; art. 29 al. 1 LParl)²⁶³⁶. Pour d'autres, en

1230

²⁶²⁶ Cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 1.4.1.

²⁶²⁷ ATF 134 V 101.

²⁶²⁸ DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4121.

²⁶²⁹ MAHON, Droits fondamentaux, N 171.

²⁶³⁰ DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4121 et les références citées.

²⁶³¹ CourEDH, arrêt *Wille c. Liechtenstein*, du 28.10.1999, requête n° 28396/95, § 75 ; CourEDH, arrêt *Kudla c. Pologne*, du 26 octobre 2000, requête n° 30210/96, § 157 ; CourEDH, arrêt *Doran c. Irlande*, du 21 janvier 2011, requête n° 50389/99, § 61.

²⁶³² KIENER, Erneuerungswahl, p. 366.

²⁶³³ Cf. BIGLER, N 40 ad art. 13 CEDH et la nombreuse jurisprudence citée.

²⁶³⁴ Une plainte individuelle devant le Comité des droits de l'homme à cause de la violation de cet article est uniquement possible en lien avec d'autres dispositions du pacte, par ex. l'art. 25 let. c. Cf. KIENER, Erneuerungswahl, p. 366, n. 67.

²⁶³⁵ KIENER, Erneuerungswahl, p. 357.

²⁶³⁶ *Idem*, Basler Kommentar BGG, N 16 ad art. 5 ; FISCHBACHER, p. 260 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 7 ad art. 5 ; SUTTER-SOMM, St. Galler Kommentar BV 2002, N 18 ad art. 163 ; SÄGESSER, N 434 s.

revanche, les élections ne tombent pas sous le coup de l'art. 163 Cst.²⁶³⁷. Selon Pierre TSCHANNEN, les élections sont des décisions personnelles (« *Personalentscheidungen* ») qui suivent une procédure spéciale (art. 130 ss LParl)²⁶³⁸. Pour d'autres auteurs encore, les élections sont des actes ou des décisions *sui generis*²⁶³⁹. Pour notre part, nous rejoignons la doctrine qui considère que l'art. 163 Cst. ne s'applique pas aux élections. Cette disposition concerne, en effet, les actes édictés par l'Assemblée fédérale ayant des effets généraux (lois, ordonnances, arrêtés fédéraux) et non pas les décisions qui ont des effets personnels, comme le sont les élections.

b) Une voie de droit fermée par l'art. 189 al. 4 Cst.

- 1231 L'élection ou la réélection d'un juge fédéral ne peut pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral²⁶⁴⁰. La doctrine se base notamment sur l'art. 189 al. 4 Cst. qui dispose que « [l]es actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent être portés devant le Tribunal fédéral »²⁶⁴¹. Cet article constitue dès lors une exception à la garantie générale d'accès au juge introduite parallèlement par la réforme de la justice à l'art. 29a Cst. L'idée du constituant – fondée sur la séparation des pouvoirs²⁶⁴² – était que les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale sont des actes essentiellement politiques, qui ne doivent pas pouvoir être portés en justice²⁶⁴³. Cette disposition a initialement été sujette à controverse lors des discussions au sein des commissions parlementaires, de sorte qu'un compromis a finalement été trouvé avec l'ajout d'une deuxième phrase mentionnant que « les exceptions sont déterminées par la loi »²⁶⁴⁴. L'art. 189 al. 4 Cst. est à cet égard parfois critiqué en doctrine, en raison précisément de sa contradiction avec les garanties de procédure données par l'art. 29a Cst., qui consisterait alors une *lex specialis*²⁶⁴⁵. Certains auteurs prônent donc, sur la base de la deuxième phrase de l'art. 189 al. 4 Cst., la création de voies de droit dans la loi²⁶⁴⁶ du moins pour toutes les décisions qui touchent des positions juridiques individuelles²⁶⁴⁷. D'autres commentateurs réclament purement et simplement l'abrogation de cette disposition²⁶⁴⁸.
- 1232 Le principe posé par l'art. 189 al. 4 Cst. a été concrétisé à l'art. 88 al. 1 let. b LTF qui réserve, en matière d'élections populaires, au niveau fédéral, le recours en matière en droit public aux décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux. Font ainsi exceptions les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral²⁶⁴⁹.
- 1233 En conséquence, un recours au Tribunal fédéral n'est pas ouvert contre les élections indirectes, tel que l'élection du Conseil fédéral par l'Assemblée fédérale²⁶⁵⁰. En outre, sous l'empire de l'OJ, le Tribunal fédéral a été appelé à se prononcer sur un recours de droit public formé par certains parlementaires fédéraux contre l'élection de deux juges du Tribunal fédéral. Les art. 85 al. 1 let. a OJ et 84 al. let. a OJ ne s'appliquant qu'aux

²⁶³⁷ BIAGGINI, BV Kommentar, N 12 ad art. 163, p. 1244. AUBERT, Petit commentaire, N 3 et 27 ad art. 163 (moins clair). Cf. ég. Pascal MAHON qui relève que l'Assemblée fédérale accomplit ou adopte, quotidiennement, toute une série d'actes (des motions, des postulats, des rapports) ; elle rend des décisions et conclut des contrats, qui ne relèvent pas, tout comme les élections, de l'art. 163 Cst. Cf. MAHON, Leges, pp. 45 s.

²⁶³⁸ TSCHANNEN, St. Galler Kommentar BV, N 6 ad art. 163.

²⁶³⁹ KLEY/FELLER, p. 244 ; WYTENBACH/WYSS, Basler Kommentar BV, N 9 ad art. 163 ;

²⁶⁴⁰ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 7 ad art. 5 ; KIENER, Basler Kommentar BGG, N 16 ad art. 5 ; FISCHBACHER, p. 260.

²⁶⁴¹ KIENER, Basler Kommentar BGG, N 16 ad art. 5.

²⁶⁴² WALDMANN, Basler Kommentar BV, N 18 ad art. 29a ; HALLER, St. Galler Kommentar BV, N 60 s. ad art. 189.

²⁶⁴³ MAHON, Petit commentaire, N 25 ad art. 189.

²⁶⁴⁴ Cf. HALLER, St. Galler Kommentar BV, N 60 ss ad art. 189.

²⁶⁴⁵ BIAGGINI, BV Kommentar, N 20 ad art. 189 ; Waldmann, Basler Kommentar BV, N 18 ad art. 29a.

²⁶⁴⁶ MARTENET, Séparation, N 59.

²⁶⁴⁷ Waldmann, Basler Kommentar BV, N 24 ad art. 29a.

²⁶⁴⁸ Cf. SEFEROVIC, Basler Kommentar BV, N 59 ad art. 189 et les références citées.

²⁶⁴⁹ Cf. toutefois l'ATF 138 I 61 concernant la votation fédérale du 28 février 2008 sur la réforme de l'imposition des entreprises. La brochure d'information de vote distribuée par le Conseil fédéral n'est pas susceptible de recours en vertu de l'art. 189 al. 4 Cst ; le Tribunal fédéral peut néanmoins contrôler si les électeurs étaient correctement informés avant le scrutin (consid. 7). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'ATF 145 I 207 (invalidation de la votation fédérale de février 2016 sur l'initiative populaire « pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage »).

²⁶⁵⁰ TF 1C_649/2015, du 16 décembre 2015.

décisions cantonales, les juges de Mon-Repos avaient déclaré le recours irrecevable²⁶⁵¹. Même si la Haute Cour ne semble pas (encore) s'être prononcée, depuis l'entrée en vigueur de la LTF, sur un recours contre l'élection ou la réélection d'un juge fédéral, il est hautement vraisemblable qu'elle arriverait à la même conclusion. Sur le plan du droit international, en revanche, la réponse est plus nuancée, comme on le verra.

c) Une incompatibilité entre l'art. 189 al. 4 Cst. et le droit supranational ?

Selon Regina KIENER²⁶⁵², à la lumière des art. 13 CEDH et 2 § 3 Pacte ONU II, il s'avère problématique qu'aucune voie de droit ne soit prévue contre les décisions de non-réélection de juges prononcées par l'Assemblée fédérale (cf. art. 189 al. 4 Cst.). Par conséquent, si un magistrat non réélu par le Parlement arrivait raisonnablement à démontrer la violation d'une garantie matérielle de la CEDH ou du Pacte ONU II²⁶⁵³, une voie de droit contre la décision de non-réélection devrait être ouverte²⁶⁵⁴. Par ailleurs, la conformité de l'art. 189 al. 4 Cst. avec les garanties d'accès à la justice prévues aux art. 6 § 1 CEDH et 14 § 1 Pacte ONU II prête également à discussion²⁶⁵⁵.

1234

En outre, l'art. 25 let. c du Pacte ONU II garantit l'égalité dans l'accès aux fonctions publiques. Ce droit est non seulement primordial dans le cadre de la désignation initiale²⁶⁵⁶, mais aussi en cas de licenciement ou de destitution. Le rejet d'une demande de renouvellement du mandat d'un juge relève également de cette garantie et doit satisfaire aux conditions d'égalité d'accès aux charges publiques²⁶⁵⁷. Par conséquent, l'absence de recours contre la décision de non-réélection de l'Assemblée fédérale est contestable au regard de cette disposition. Dès lors, si le juge concerné prouve que sa non-réélection viole l'égalité de traitement ou est motivée par des critères discriminatoires ou encore est arbitraire en soi – par exemple parce que des arguments insoutenables ont été utilisés pour justifier cette décision –, la Suisse devrait instituer une voie de droit interne afin de se conformer à ses obligations au titre du Pacte ONU II²⁶⁵⁸.

1235

En revanche, la question de savoir si une voie de droit pourrait être fondée sur l'art. 6 § 1 CEDH suscite davantage de questions. Pendant longtemps, la CourEDH jugeait que cette disposition, dans sa dimension civile, ne pouvait pas s'appliquer en cas de litiges entre un fonctionnaire et l'Etat. Il y a une dizaine d'années, elle a toutefois considéré que cet article s'étendait également aux agents accomplissant une tâche publique²⁶⁵⁹. En 2016, elle a élargi encore cette notion aux juges²⁶⁶⁰.

1236

L'art. 6 § 1 CEDH ne s'applique toutefois pas lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part, le droit national doit expressément exclure l'accès à un tribunal pour le poste ou la catégorie de fonctionnaires en question, et d'autre part cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'Etat²⁶⁶¹. S'agissant de la première condition, la CourEDH a relevé que dans les rares affaires où elle était remplie, l'exclusion de l'accès à un tribunal pour le poste en question était claire et expresse²⁶⁶². Cette exclusion était d'ailleurs souvent prévue par la Constitution elle-même, par exemple la Charte fondamentale turque qui interdisait de recourir contre les décisions du Conseil supérieur des juges et procureurs portant sur la nomination et la révocation de magistrats²⁶⁶³.

1237

²⁶⁵¹ Arrêt 1P.658/2003, du 6 novembre 2003 ; FISCHBACHER, p. 294.

²⁶⁵² Cf. KIENER, *Judicial Independence*, p. 418 ; *Idem*, *Erneuerungswahl*, pp. 365 s.

²⁶⁵³ Par exemple en cas de violation de la protection de la sphère privée et familiale (art. 8 CEDH ; art. 17 pacte ONU II), de la liberté d'expression (art. 10 CEDH ; art. 19 Pacte ONU II) ou encore de la liberté d'association (art. 11 CEDH ; art. 21 et 22 Pacte ONU II).

²⁶⁵⁴ KIENER, *Erneuerungswahl*, p. 366.

²⁶⁵⁵ BIAGGINI, *BV Kommentar*, N 20 ad art. 189 et les références citées ; Waldmann, *Basler Kommentar BV*, N 18 ad art. 29a. Cf. ég. KRAUSE pp. 44 ss.

²⁶⁵⁶ Cf. *supra*, N 1048.

²⁶⁵⁷ Cf. Comité des droits de l'homme, *Bandaranayake c. Sri Lanka*, communication n° 1376/2005, 24.07.2008, § 7.1 ss.

²⁶⁵⁸ KIENER, *Erneuerungswahl*, pp. 367 s. et les références citées.

²⁶⁵⁹ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19.04.2007, requête n° 63235/00.

²⁶⁶⁰ Cf. CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 104 et les références citées. Cf. *supra*, N 895, 911.

²⁶⁶¹ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19.04.2007, requête n° 63235/00, § 62.

²⁶⁶² Cf. CourEDH, arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23.06.2016, requête n° 20261/12, § 113 et les références citées

²⁶⁶³ CourEDH, arrêt *Serdal Apay c. Turquie*, du 11.12.2017, requête n° 3964/05 ; CourEDH arrêt *Nazsiz c. Turquie*, du 26.05.2009, requête n° 22412/05 ; CourEDH arrêt *Özpinar c. Turquie*, du 19.10.2010, requête n° 20999/04, § 30.

- 1238 S'agissant de la deuxième condition, la Cour a précisé que le « [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 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 »²⁶⁶⁴.
- 1239 A notre sens, dans l'hypothèse d'une non-réélection d'un juge fédéral, la première condition permettant d'exclure l'application de l'art. 6 § 1 CEDH pourrait être considérée comme remplie par la présence de l'art. 189 al. 4 Cst, quand bien même cette disposition n'exclut pas expressément un recours contre la (non-)réélection d'un magistrat. Par contre, la deuxième condition ne semble pas remplie. En effet, bien qu'il ne soit guère contestable que le juge soit investi de la puissance publique, il convient toutefois de prendre en considération d'autres critères comme celui de la nature politique de la fonction en cause. Or, celle-ci devrait précisément être niée en raison de l'indépendance conférée aux juges – contrairement aux membres des autres pouvoirs – dans l'exercice de leur tâche²⁶⁶⁵. Par ailleurs, il s'agirait, dans tous les cas, pour la Suisse de démontrer l'existence de motifs objectifs d'exclusion liés à l'intérêt de l'Etat, afin de renverser cette présomption²⁶⁶⁶.

4.6.2.3. Une voie de droit pour un juge cantonal non réélu ?

a) Une voie de recours cantonale ? La question du caractère politique prépondérant

- 1240 La question de savoir s'il doit y avoir une voie de recours cantonale contre la décision de non-réélection prononcée par une autorité politique est très controversée. En effet, aucun canton ne prévoit, à notre connaissance, de voie de droit exprès contre la non-réélection d'un magistrat. D'ailleurs, selon la conception dominante en Suisse, il n'existe formellement pas de droit à la réélection²⁶⁶⁷.
- 1241 On rappellera à ce propos que selon l'art. 86 al. 2 et 3 LTF, disposition qui concrétise le droit d'accès au juge garanti par l'article 29a Cst., les cantons doivent en principe instituer « des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral » en principe pour toutes les décisions, à l'exception de celles « revêtant un caractère politique prépondérant », pour lesquelles ils « peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal ». Dès lors, un justiciable contestant le caractère politique prépondérant d'une exception prévue par le droit cantonal pourra saisir le Tribunal fédéral, dans le cadre d'une procédure fondée sur la violation de l'art. 29a Cst.²⁶⁶⁸. Par ailleurs, comme on l'a dit, le droit d'accès au juge peut être exclu explicitement par la loi dans des cas exceptionnels (art. 29a, 2^e phrase Cst.)²⁶⁶⁹.
- 1242 Afin de déterminer si une voie de recours existe ou plutôt devrait exister, il convient de se demander si la décision de non-réélection d'un juge a un « caractère politique prépondérant ». En effet, dans cette hypothèse, une voie de droit serait fermée. Or, cette notion est difficile à interpréter, d'autant plus que la jurisprudence n'est pas encore très développée à ce sujet²⁶⁷⁰.
- 1243 Selon la jurisprudence et la doctrine, l'accès au juge, garanti par l'art. 29a Cst., ne doit être exclu que de

²⁶⁶⁴ CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19.04.2007, requête n° 63235/00, § 62

²⁶⁶⁵ Dans ce sens : PELLATON, N 192 et 198 ss (surveillance disciplinaire) et les références citées.

²⁶⁶⁶ Cf. PELLATON, N 193 ss s'agissant de l'application de l'art. 6 § 1 CEDH en matière de procédure disciplinaire. Cf. toutefois TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 3.3 où le Tribunal fédéral a nié – de manière erronée selon cet auteur – l'application de cet article « en cas de procédure disciplinaire dirigée contre un magistrat, soit une personne investie de la puissance publique ».

²⁶⁶⁷ Cf. not. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 68 ; KIENER, Erneuerungswahl, pp. 359 s. ; HUGI YAR/KLEY, Basler Commentaire LTF, N 3c ad art. 9 ; ATF 123 I 41 consid. 5c/bb. Cf. ég. TF 8C_199/2014 du 5 décembre 2014, consid. 6.5.

²⁶⁶⁸ LUGON Jean-Claude/POLTIER Etienne/TANQUEREL Thierry, Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons, in : Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 109.

²⁶⁶⁹ Cf. *supra*, N 1226.

²⁶⁷⁰ Cf. MAHON, Destitution, N 54.

manière exceptionnelle. Pour cela, l'aspect politique doit prévaloir sans discussion par rapport à l'aspect juridique. Le fait que la décision émane d'une autorité politique (le Gouvernement, le Parlement ou le peuple) est un indice de son caractère politique, mais n'est pas toujours déterminant. Encore faut-il que l'objet de la décision se caractérise par une faible « justiciabilité » ou que la décision soit fortement marquée par un aménagement particulier des droits de participation démocratiques ou par des considérations relevant de la séparation des pouvoirs. Souvent est décisif le fait que la décision touche à des intérêts juridiques individuels des particuliers. Dans ce cas, l'accès au juge n'est exclu que si les considérations politiques l'emportent clairement²⁶⁷¹. En outre, plus la marge d'appréciation de l'autorité compétente est importante, et donc moins celle-ci est liée par des motifs et une procédure déterminés et prévus par la loi, moins l'acte considéré apparaîtra comme justiciable ; il pourra dans ce cas être déclaré comme ayant un caractère politique prépondérant²⁶⁷².

L'élection d'une personne par ou pour un organe politique est généralement considérée comme une décision politique, parce que dépourvue de critères juridiques ou légaux²⁶⁷³. La réélection est, en effet (encore) vue comme un instrument avant tout politique, ou du moins politico-administratif²⁶⁷⁴. Dans un arrêt récent qui concernait un juge cantonal zurichois non réélu pour des raisons d'âge, la Haute Cour a rappelé que les élections ou les réélections judiciaires par un Parlement ont inévitablement un caractère politique. Celui-ci passe sans aucun doute au premier plan dans le choix des juges. Les autorités étatiques s'assurent, à travers l'élection et la réélection, que les principales forces politiques et sociales soient représentées dans les tribunaux. En revanche, les intérêts privés passent en arrière-plan. A cet égard, les motifs d'une non-réélection importent peu, qu'ils soient politiques ou, comme dans le cas présent, dus à l'atteinte d'une limite d'âge. Les élections et les réélections judiciaires sont donc considérées comme des décisions à caractère politique prépondérant au sens de l'art. 86 al. 3 LTF, ce qui permet d'exclure une voie de recours cantonale pour un juge non réélu²⁶⁷⁵.

De notre point de vue, il convient d'examiner la question au cas par cas. Il est difficile d'affirmer ou au contraire de nier de manière claire et univoque le caractère politique prépondérant de la (non-)réélection d'un juge. En effet, l'autorité politique de réélection (peuple ou Parlement) détient une grande marge d'appréciation dans une telle décision et n'est en principe pas liée par des critères légaux. Ses décisions ne sont ainsi pas motivées et il est parfois difficile de saisir les raisons qui les justifient. On ne peut cependant pas nier qu'une décision de non-réélection touche aux intérêts juridiques individuels du juge. Celui-ci perd en effet son emploi et le salaire qui en résulte. Par ailleurs, le magistrat ne devrait pas être assimilé aux membres d'un organe législatif ou exécutif, qui exercent, eux, des tâches essentiellement politiques, et qui sont ainsi recrutés selon ces critères. Au contraire, le juge exerce une tâche essentiellement jurisprudentielle et doit bénéficier d'une certaine indépendance dans cet exercice. Il est – ou du moins devrait être – recruté selon des critères techniques et professionnels et non pas (exclusivement) politiques.

La jurisprudence est cependant évolutive. On rappellera que jusqu'il y a une quinzaine d'années, le Tribunal fédéral niait un droit à la naturalisation – comme il rejette aujourd'hui un droit à la réélection²⁶⁷⁶ –, en ce sens que l'autorité n'était pas obligée d'accorder la naturalisation (ordinaire) quand bien même la personne candidate à celle-ci remplissait toutes les conditions légales. Ainsi, un refus était considéré comme une décision politique, laquelle ne devait pas être revue par un juge. Depuis l'arrêt *Emmen* du 9 juillet 2013, cette affirmation a cependant été nuancée. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que les personnes à qui on refusait la naturalisation devaient pouvoir faire recours si le refus était clairement discriminatoire, ce qui était le cas en

²⁶⁷¹ ATF 136 I 42, consid. 1.5.4 ; ATF 136 II 436, consid. 1.3 ; ATF 142 I 172, consid. 4.4.1 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 25 ad art. 86 ; MAHON, Droit d'accès au juge, pp. 86 ss ; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 13 s ad § 14.

²⁶⁷² MAHON, Destitution, N 54 ; DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4177.

²⁶⁷³ DUBEY, Droits fondamentaux II, N 4177.

²⁶⁷⁴ Cf. par ex. GENNER, pp. 11 ss.

²⁶⁷⁵ TF 1C_295/2019, 1C_357/2019 du 16.07.2020, consid. 3.3 (publication ATF prévue). Dans le même sens : 8C_231/2020 du 7 octobre 2020 concernant la non-réélection d'un juge tessinois. A noter que dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral a nié le caractère politique prépondérant d'une non-réélection par le Conseil d'Etat saint-gallois de deux membres de la Commission administrative de l'Etablissement d'assurances sociales de ce canton. La Haute Cour a relevé que ces personnes effectuaient un travail non pas politique, mais technique et qu'elles étaient ainsi recrutées selon ce dernier critère. Le fait que le Gouvernement dispose d'une grande marge de manœuvre dans leur nomination n'est pas décisif. Dès lors, un tribunal peut contrôler si la procédure d'élection (et de réélection) s'est déroulée correctement, en particulier si le droit d'être entendu du candidat a été respecté. TF 8C_353/2013 du 28 août 2013, consid. 6.3.1.

²⁶⁷⁶ Cf. TF 8C_199/2014 du 05.09.2014, consid. 6.5.

l'espèce. Elles devaient, en outre, avoir le droit d'être entendues, plus précisément le droit de recevoir une décision motivée²⁶⁷⁷. Or, une telle analyse pourrait, à notre sens, être effectuée dans le cas d'une non-réélection d'un magistrat judiciaire.

- 1247 On précisera encore qu'à l'instar de ce qui vaut pour les juges fédéraux²⁶⁷⁸, l'exclusion d'une voie de droit cantonale pour une non-réélection d'un magistrat judiciaire paraît difficilement compatible avec les art. 6 § 1 et 13 CEDH (ainsi que les art. 2 § 3 et 25 let. c Pacte ONU II), de sorte qu'une « condamnation supranationale » n'est pas non plus à exclure.

b) Une voie de recours fédérale ?

- 1248 Dans son arrêt du 16 juillet 2020 précité²⁶⁷⁹, le Tribunal fédéral s'est montré innovateur en considérant qu'un juge cantonal non réélu par le Grand Conseil peut, dans certaines circonstances, interjeter un recours en matière de droit public contre l'acte de non-réélection (art. 82 let. a LTF). Tel est le cas si la personne concernée rend vraisemblable que le processus électoral a violé ses droits fondamentaux²⁶⁸⁰. Dans cette hypothèse, compte tenu de l'absence de droit à la réélection, le Tribunal fédéral ne pourrait vraisemblablement que constater la violation de la procédure, voire annuler la décision de réélection, mais ne pourrait ni déclarer lui-même le juge élu, ni obliger le Grand Conseil à l'élire²⁶⁸¹.
- 1249 En outre, une voie de droit au Tribunal fédéral est ouverte contre une non-réélection décidée par le peuple, en raison d'une atteinte à l'exercice des droits politiques (art. 82 let. c LTF)²⁶⁸². Entrent dans le champ d'application de cet article les conditions pour exercer son droit de vote (fausses informations durant la campagne, irrégularités dans le déroulement du scrutin, etc.), le droit de participer aux élections populaires (droit d'élire et d'être élu), le droit d'initiative et de référendum (cf. art. 34 Cst.), notamment²⁶⁸³. En revanche, une telle voie de droit n'existe pas pour les élections dites indirectes, telle que l'élection d'un juge par le Parlement cantonal²⁶⁸⁴.

4.6.3. La non-réélection comme sanction disciplinaire potentielle

- 1250 L'instrument de la non-réélection peut être utilisé pour sanctionner disciplinairement un juge. Dans ce cas, il peut servir en même temps à contourner une procédure de révocation, laquelle confère certaines garanties au juge, et parfois à l'issue de laquelle une voie de droit est ouverte²⁶⁸⁵. A cet effet, la non-réélection fait en quelque sorte double emploi avec la procédure administrative ou disciplinaire de révocation. Comme l'affirment Pascal MAHON et Roxane SCHALLER, de nombreuses législations, cantonales et fédérales, en matière de (haute) surveillance prévoient – à côté et de manière totalement indépendante de la réélection – des procédures (disciplinaires ou administratives ou parfois les deux) permettant de révoquer un juge, principalement en cas

²⁶⁷⁷ ATF 129 I 217 consid. 2. Pour le surplus, cf. *supra*, N 1198. On notera que l'arrêt *Emmen*, ainsi que quelques autres consécutifs, ont conduit à une modification législative, puisque, dorénavant, tout rejet d'une demande de naturalisation (même par l'assemblée communale) doit être motivé, les cantons devant d'ailleurs veiller à la protection de la sphère privée des candidats. Les cantons ont, en outre, l'obligation d'instituer des autorités de recours contre les refus de naturalisation ordinaire (art. 16, 17 et 46 de la Loi sur la nationalité suisse (LN), du 20 juin 2014 (RS 141.0)). Cf. aussi CourEDH, Arrêt *Brumarescu c. Roumanie*, du 23.01.2001, requête n° 28342/95, §§ 63-65. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a jugé que l'incompétence absolue des juridictions roumaines pour trancher des litiges telle que la légalité d'un décret de naturalisation, au motif que seul le Parlement pouvait se prononcer sur cette question, était contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'art. 6 § 1 CEDH.

²⁶⁷⁸ Cf. *supra*, N 1234 ss.

²⁶⁷⁹ Cf. *supra*, N 1244.

²⁶⁸⁰ TF 1C_295/2019, 1C_357/2019 du 16.07.2020, consid. 3.1 et 3.2 (publication ATF prévue). Inégalité et discrimination en raison de l'âge (art. 8 al. 1 et 2 Cst.) niées en l'espèce.

²⁶⁸¹ Cf. JACQUEMOUD Camilla, La contestation de la non-réélection d'un juge cantonal en raison de son âge, in : Lawinside du 26 septembre 2020.

²⁶⁸² STEINMANN/MATTLE, Basler Kommentar BGG, N 82 ad art. 82 ; KIENER, Judicial Independence, p. 418 ; WURZBURGER, Commentaire LTF, N 116 ad art. 82.

²⁶⁸³ WURZBURGER, Commentaire LTF, N 115 ad art. 82. Cf. par ex. ATF 143 I 211.

²⁶⁸⁴ ATF 137 I 77, consid. 1.1 ; ATF 131 I 366, consid. 2.1 ; STEINMANN/MATTLE, Basler Kommentar BGG, N 84 ad art. 82.

²⁶⁸⁵ PELLATON, N 612 et 1427.

de faute de sa part ou d'incapacité à exercer ses fonctions²⁶⁸⁶. Ces auteurs se demandent alors « à quoi sert le mécanisme de réélection si, d'un côté, il ne saurait conduire à des non-réélections pour des motifs d'ordre purement politique, sous peine de violer l'indépendance de la justice, mais en même temps, d'un autre côté, il n'est pas nécessaire, ni même approprié, pour corriger les éventuelles «erreurs de casting», puisqu'il existe à cet effet des moyens plus adéquats et appropriés »²⁶⁸⁷.

Dans ces conditions, la procédure de réélection devient superflue, voire dangereuse, puisque la sanction d'un juge par sa non-reconduction coexiste avec des procédures administratives, très réglementées et conférant d'importantes garanties de procédure (droit d'être entendu, certaines fois droit de recours, etc.)²⁶⁸⁸. En effet, comme le soulignait le regretté juge fédéral Bernard CORBOZ, « la procédure disciplinaire est fondamentalement différente d'une non-réélection. Elle doit respecter le droit d'être entendu du magistrat, des preuves doivent être administrées et une décision motivée doit être rendue. Avec la non-réélection, un juge pourrait être écarté sur la base de rumeurs, sans avoir pu s'expliquer, sans que des preuves soient administrées et sans rendre une décision motivée ; il suffit de constater que le candidat à la réélection n'a pas réuni le nombre de voix requis. Ce système permet d'éliminer un juge sans devoir donner d'autres explications que le nombre de voix, ce qui peut cacher des motivations inadmissibles »²⁶⁸⁹. Il y a donc bien un risque qu'une voie bien moins contraignante soit utilisée, de sorte qu'on peut y voir également une atteinte à l'indépendance de la justice²⁶⁹⁰.

A ce sujet, un exemple, déjà cité, est celui de la non-réélection, le 18 décembre 2012, d'un juge cantonal vaudois par le Grand Conseil de ce même canton. La raison principale de cette décision était que ce magistrat n'avait pas rempli sa déclaration fiscale depuis plusieurs années, sa dette fiscale atteignant plus de 160'000 francs. Le Bureau du Grand Conseil avait été informé de cette situation quelques mois avant le renouvellement intégral du Tribunal cantonal vaudois. Or, si ces faits avaient été portés à la connaissance du Parlement en dehors de la période de réélection des juges, la procédure aurait été différente. Le cas aurait été, selon toute vraisemblance, transmis au Tribunal neutre, autorité disciplinaire des juges du Tribunal cantonal, qui peut les destituer²⁶⁹¹. Dans cette hypothèse, le juge concerné aurait alors bénéficié d'une voie de recours au Tribunal fédéral, conformément à l'art. 29a Cst., droit dont il n'a pas pu bénéficier dans le cas d'espèce²⁶⁹². On peut également citer la non-réélection le 23 juin 2020 d'une magistrate neuchâteloise en raison de divers dysfonctionnements²⁶⁹³. Certains députés du Grand Conseil ont alors regretté qu'aucune mesure disciplinaire n'ait été prise en amont par le Conseil de la magistrature, organe pourtant destiné à surveiller la magistrature. Or, si une plainte avait été faite auprès du Conseil de la magistrature, ou si ce dernier avait agi d'office – ce qu'il peut faire (art. 70 al. 1 LMSA/NE) – en dehors de la période de réélection, une procédure disciplinaire aurait, selon toute vraisemblance, été engagée. Dans ce cas, la juge aurait alors pu bénéficier d'une voie de droit contre les diverses sanctions prononcées, y compris la révocation (art. 73 LMSA/NE).

Nicolas PELLATON préconise dès lors qu'une voie de droit soit instituée contre une non-réélection prononcée par le Parlement pour des raisons (manifestement) disciplinaires. En particulier, le magistrat devrait avoir la possibilité de contester une telle décision, dans trois hypothèses : si le comportement en cause « i) n'a pourtant pas fait l'objet d'une 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 disciplinaire, ou justement iii) a déjà donné lieu à une sanction disciplinaire (définitive et exécutoire) (autre qu'une révocation) »²⁶⁹⁴.

²⁶⁸⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 59. Cf. ég. FONJALLAZ, p. 56. On rappellera qu'une procédure de révocation n'existe pas actuellement pour les juges fédéraux, de sorte qu'« en cas de comportement fautif du juge, il conviendra dès lors d'attendre la fin de la législature pour le sanctionner, au besoin par une non-réélection ». FF 2018 4735.

²⁶⁸⁷ *Idem*, N 60.

²⁶⁸⁸ *Idem*, N 61 ss. Cf. ég. KIENER, Erneuerungswahl, pp. 369 ss.

²⁶⁸⁹ CORBOZ, Réélection périodique, N 8.

²⁶⁹⁰ KIENER, Unabhängigkeit, p. 287.

²⁶⁹¹ Cf. art. 31c ss LOJV/VD. Cf. *supra*, N 378 ss.

²⁶⁹² EPINEY-COLOMBO/GASS/KIENER/MOSIMANN/STADELMANN/ZAPPELLI, N 12 ss.

²⁶⁹³ Cf. *supra*, N 332 et 1189.

²⁶⁹⁴ PELLATON, N 616.

- 1254 La coordination entre la réélection et la révocation est d'autant plus problématique lorsqu'il s'agit de la même autorité qui est chargée aussi bien de la (non-)réélection (ou de la préparation de celle-ci) que de la révocation des magistrats. Cette double-tâche peut incomber au Parlement, dans le cadre de sa tâche de (haute) surveillance, ou à un autre organe (un conseil de la magistrature, par exemple). Au sujet de ce dernier cas, on peut citer le canton de Neuchâtel où le Conseil de la magistrature dispose, en même temps, de la faculté de « contester la réélection d'un magistrat » (art. 78 al. 2 LMSA/NE), soit de proposer une non-réélection au Parlement, et de procéder à la destitution du magistrat (art. 63 al. 1 let. e LMSA/NE)²⁶⁹⁵.
- 1255 A ce stade, se la pose la question du choix de la procédure à suivre. L'une des deux procédures, la non-réélection et la révocation, est-elle liée à l'autre²⁶⁹⁶ ? Par exemple, est-ce qu'un juge qui serait réélu malgré des manquements à ses devoirs de fonction pourrait-il ensuite être révoqué pour les mêmes faits ? Et inversement, suite à l'ouverture d'une procédure de révocation qui n'aboutit pas, un juge pourrait-il ensuite ne pas être réélu quelques années après ? Cette question s'avère complexe. En effet, aucune règle de coordination n'est généralement prévue par la loi. En pratique, il apparaît qu'aucune décision n'est contraignante pour l'autre²⁶⁹⁷. Cela amène à la situation quelque peu absurde dans laquelle un magistrat pourrait être mis en examen pour les mêmes faits à plusieurs reprises.
- 1256 On le voit bien, la non-réélection paraît inutile car les motifs qui sont susceptibles de la légitimer sont généralement les mêmes que ceux qui pourraient justifier en même temps une révocation²⁶⁹⁸. Une destitution par voie de non-réélection enclenchée à la fin de la période de fonction n'est donc pas la plus apte afin de sanctionner un juge ayant commis une faute. La révocation administrative ou disciplinaire doit être préférée d'autant plus qu'elle confère certains droits au juge, si ce n'est un droit d'accès à un tribunal, du moins celui d'être entendu.

4.6.4. Éléments d'appréciation et transition

- 1257 La réélection périodique est critiquable à double titre. Non seulement elle constitue un risque concret pour l'indépendance de la justice et des juges, mais elle coexiste aussi avec des procédures disciplinaires et/ou administratives de révocation, qui, contrairement à elle, sont souvent bien réglementées et accordent d'importants droits aux magistrats. Une solution pourrait dès lors consister à rendre la procédure de non-réélection plus administrative, en garantissant au juge potentiellement non réélu certains droits, comme celui d'être entendu, mais également celui de recourir contre cette décision. En d'autres termes « juridiciser » la procédure de (non-)réélection. Ce système apporterait des avantages certains, mais ne réglerait pas le problème de la coexistence de procédures parallèles quoique différentes dans leur finalité et dans les modalités de leur application²⁶⁹⁹. Par conséquent, il paraît plus opportun, comme l'a fait le canton de Fribourg, d'abandonner tout bonnement la réélection et d'instituer, en parallèle, une procédure administrative ou disciplinaire afin de révoquer les juges fautifs ou ne remplissant plus les conditions d'éligibilité. Le chapitre suivant expliquera de quelle manière.

²⁶⁹⁵ *Idem*, N 615.

²⁶⁹⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 61.

²⁶⁹⁷ Cf. notamment l'affaire du procureur général Michael LAUBER, qui s'avère d'autant plus complexe compte tenu de l'existence d'une autorité « supplémentaire » de surveillance disciplinaire (l'AS-MPC). cf. *supra*, N 212.

²⁶⁹⁸ Cf. GENNER, p. 18.

²⁶⁹⁹ Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 62.

4.7. La révocation des juges

4.7.1. Les règles en droit positif

4.7.1.1. Une contrepartie à la suppression de la réélection

La révocation constitue une contrepartie à la suppression de la réélection. En effet, sans cette mesure, un juge pourrait rester en place jusqu'à la fin de son mandat, quand bien même il aurait gravement violé ses devoirs de fonction ou ne remplirait plus l'une des conditions d'éligibilité²⁷⁰⁰. En ce sens, la révocation constitue une exception à l'inamovibilité des juges²⁷⁰¹.

1258

On distingue généralement la révocation (ou la destitution²⁷⁰²) disciplinaire de la révocation administrative²⁷⁰³. La première s'applique lorsque le magistrat a commis une faute, par exemple, pour reprendre les termes de l'art. 10 LTAF, « s'il a gravement violé ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave » (let. a), alors que la seconde s'exerce « s'il a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction » (let. b), et donc indépendamment de toute faute. A cet égard, la législation fribourgeoise distingue clairement ces catégories de révocation, dans deux articles différents²⁷⁰⁴.

1259

La révocation disciplinaire est une *ultima ratio*. Elle ne devrait être envisagée que lorsque le magistrat commet une infraction disciplinaire particulièrement grave, ou lorsqu'il commet, de façon répétée, une infraction disciplinaire dont la gravité découle précisément de cette répétition²⁷⁰⁵. Selon le Tribunal fédéral, elle « ne s'impose que dans des cas particulièrement graves qui portent atteinte au fonctionnement ou à l'image de l'employeur public »²⁷⁰⁶. Le prononcé préalable d'un avertissement ne constitue pas nécessairement une condition à la révocation disciplinaire, en particulier lorsque l'infraction est si grave que le maintien en service du magistrat n'est plus envisageable²⁷⁰⁷.

1260

4.7.1.2. La situation en Suisse (rappel)

Au niveau fédéral, seuls les juges des tribunaux fédéraux de première instance (Tribunal pénal fédéral, Tribunal administratif fédéral et Tribunal fédéral des brevets) connaissent une procédure de révocation (art. 21, 26 et 46 LOAP ; art. 10 LTAF ; art. 14 LTFB). L'Assemblée fédérale est compétente pour prononcer cette sanction, sur proposition de la Commission judiciaire (art. 40a al. 1 et 3 LParl). En revanche, aucune procédure de ce type n'existe pour les juges du Tribunal fédéral²⁷⁰⁸.

1261

Au niveau cantonal, il existe généralement, du moins dans les cantons latins, une procédure disciplinaire ou administrative (ou parfois les deux) permettant de révoquer les magistrats défaillants²⁷⁰⁹. Cette tâche peut être attribuée au Parlement (par ex. à Fribourg et à Zurich), à un tribunal (par ex. dans le canton de Vaud) ou encore à une autorité « externe », tel qu'un conseil de la magistrature (par ex. à Neuchâtel et à Genève). Ce dernier organe peut également être chargé d'instruire la procédure avant de recommander ou non la destitution du magistrat à l'organe législatif (par ex. à Fribourg). Le droit d'être entendu du magistrat, tout comme le droit de recours, est généralement garanti. Ces autorités disciplinaires sont généralement composées de magistrats,

1262

²⁷⁰⁰ GLASER, p. 1256.

²⁷⁰¹ PELLATON, N 582.

²⁷⁰² Qu'on utilisera ici comme synonymes.

²⁷⁰³ GENNER, pp. 8 s ; ATF 137 II 425 consid. 7.2. Cf. ég. MAHON, Destitution, N 19 ss qui ajoute, en outre, la destitution politique, existante dans certains cantons et qui permet la destitution de l'autorité exécutive ou législative *in corpore* par le peuple. Cette institution peut se comparer à certains égards à la motion de censure ou de défiance des régimes parlementaires.

²⁷⁰⁴ Cf. art. 103 et 107 LJ/FR.

²⁷⁰⁵ PELLATON, N 575 et les références citées.

²⁷⁰⁶ TF 8C_866/2010 du 12 mars 2012, consid. 4.2.2.

²⁷⁰⁷ PELLATON, N 598 s. Cf. ég. ATF 74 I 84 consid. 2, p. 91 et *Consiglio della Magistratura* (TI), déc. N. 49.2002.1 [CM 5/2000] du 10.10.2000, consid. 5.

²⁷⁰⁸ Cf. *supra*, N 185 ss.

²⁷⁰⁹ Cf. *supra*, N 411 ss. On renvoie pour le surplus à PELLATON, N 825 ss et MAHON, Destitution, N 19 ss.

auxquels peuvent s'ajouter des membres issus du pouvoir législatif et exécutif, des professeurs d'université et des avocats au barreau. Les membres sont le plus souvent désignés par le Grand Conseil, parfois par le Conseil d'Etat ou par une autorité appartenant ou liée au pouvoir judiciaire ou encore, pour les avocats au barreau, par leurs pairs. Ils peuvent également être membres de droit.

4.7.1.3. La situation en droit comparé (rappel)

1263 Les organismes internationaux en charge d'adopter des règles quant à l'indépendance des magistrats préconisent, pour la majorité d'entre eux, qu'une autorité indépendante des pouvoirs législatif et exécutif, formée d'une part substantielle de magistrats, exerce la procédure disciplinaire à l'encontre des juges qui ne s'acquitteraient pas de leurs obligations²⁷¹⁰. Ces règles sont généralement adoptées par les pays du Conseil de l'Europe. Ainsi, la révocation (la sanction la plus sévère) est souvent ordonnée par un tribunal ou un conseil (supérieur) de la magistrature, respectivement une commission spécialisée de celui-ci. Le Parlement ne participe, en principe, pas à la procédure (sauf en Suisse). En règle générale, la décision de révocation est susceptible de recours devant un tribunal²⁷¹¹.

1264 Ainsi, pour reprendre quelques cas déjà étudiés, en France, la révocation d'un magistrat de l'ordre judiciaire est prononcée par le Conseil supérieur de la magistrature²⁷¹² ; les conseillers d'Etat sont destitués sur proposition du garde des Sceaux et les autres juges administratifs par le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel²⁷¹³. En revanche, en Angleterre et au Pays de Galles, les membres des cours supérieures peuvent être révoqués par une décision du Souverain, à la requête des deux Chambres du Parlement (*address*), procédure extrêmement rare, voire inexistante²⁷¹⁴, tandis que les juges des cours inférieures et les juges « laïcs » le sont par le *Lord Chancellor*, après consultation du *Lord Chief Justice*²⁷¹⁵. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être relevés de leurs fonctions par les autres juges à la majorité des deux tiers (art. 23 al. 4 CEDH). Aux Etats-Unis, en revanche, la procédure revêt une dimension plus politique puisque, comme pour le président, les juges fédéraux sont susceptibles d'être destitués en cas de « trahison, corruption et autres crimes et délits », par la procédure d'*impeachment*, qui comprend mise en accusation par la Chambre des représentants puis condamnation définitive par le Sénat²⁷¹⁶. Les juges étatiques peuvent être révoqués par *impeachment*, *address*, *recall* ou encore par leurs pairs²⁷¹⁷.

4.7.2. Appréciation des règles existantes et possibles améliorations

4.7.2.1. Les autorités disciplinaires

a) Une autorité judiciaire

1265 Tout d'abord, le pouvoir disciplinaire peut être exercé à l'intérieur même du corps judiciaire. Il peut notamment s'agir de la compétence du chef de cour ou de juridiction, du plénum d'une cour ou juridiction ou encore de l'instance juridictionnelle supérieure²⁷¹⁸. Ces formes de contrôle, qui étaient d'ailleurs prévues en France durant l'Ancien Régime²⁷¹⁹, ne paraissent pas idéales du point de vue de l'indépendance interne de la justice.

²⁷¹⁰ Cf. par ex. Recommandation CM/Rec(2010), § 69 ; Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1. Pour les détails cf. PELLATON, N 991 ss.

²⁷¹¹ Cf. CourEDH, *Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 82 se référant aux diverses contributions de l'ouvrage suivant : SEIBERT-FOHR Anja (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012.

²⁷¹² Cf. art. 45 et 51 ss de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. Cf. *supra*, N 550.

²⁷¹³ Cf. art. L. 136-1 et 236-1 et ss du code de justice administrative. Cf. *supra*, N 567.

²⁷¹⁴ Cf. *Act of Settlement* 1701 ; art. 11 al. 3 du *Senior Courts Act* 1981. Cf. *supra*, N 634.

²⁷¹⁵ *Section 17(4) Courts Act* 1981 ; *Section 5 du Justices of the peace Act* 1997. Cf. *supra*, N 635.

²⁷¹⁶ Article II, section 4 Constitution. Cf. *supra*, N 693 ss.

²⁷¹⁷ Cf. *supra*, N 767 ss.

²⁷¹⁸ Cf. PELLATON, N 761 ss et les exemples cités, notamment l'art. 23 § 4 CEDH et les art. 31 al. 1 et 31a LOJV/VD.

²⁷¹⁹ Cf. PLUEN, N 673 ss.

Celle-ci prohibe, en effet, toute forme d'intervention « hiérarchique » au sein du corps judiciaire, en dehors du contrôle de la jurisprudence de l'instance juridictionnelle inférieure par le tribunal supérieur²⁷²⁰. Ce système est d'autant plus problématique lorsque le tribunal supérieur agit en même temps comme autorité ordinaire de recours et comme autorité de surveillance disciplinaire sur les juges des tribunaux inférieurs²⁷²¹.

b) Le Parlement

Le pouvoir disciplinaire, en particulier celui de prononcer la révocation, peut également être conféré en tout ou partie au Parlement. Cette solution est problématique, ceci pour deux raisons principales. Premièrement, le Parlement ne constitue, en principe, pas une autorité judiciaire au sens des art. 29a Cst. et 6 § 1 CEDH²⁷²². Cela a été récemment mis en exergue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Volkov c. Ukraine* qui concernait la révocation d'un juge de la Cour suprême ukrainienne par le Parlement suite aux investigations puis à une motion du Conseil supérieur de la magistrature. La Cour de Strasbourg a alors jugé que l'examen ultérieur par l'organe législatif ne permet pas de « lever des défauts structurels d'indépendance et d'impartialité mais bien plutôt contribu[e] à la politisation de la procédure et à l'aggravation de son incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs »²⁷²³. En ce sens, le Parlement n'est pas « un lieu approprié pour examiner des questions de fait et de droit, apprécier les éléments de preuve et procéder à une qualification juridique des faits. Le 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'article 6 de la Convention »²⁷²⁴.

Deuxièmement, l'admissibilité de la compétence révocatoire du Parlement doit être examinée en lien avec la possibilité de recourir contre la décision de celui-ci, ainsi qu'avec le pouvoir d'examen de l'autorité de recours²⁷²⁵. Dans l'affaire précitée, la Cour a considéré que l'examen ultérieur par la Cour administrative supérieure, l'autorité de recours saisie, n'avait pu remédier à ces problèmes d'indépendance et d'impartialité. En premier lieu, « l'impossibilité pour la Cour administrative supérieure d'annuler formellement les décisions litigieuses et l'absence de règles quant à la suite de la procédure disciplinaire donnent lieu à un certain degré d'incertitude quant aux conséquences juridiques réelles de pareilles déclarations judiciaires »²⁷²⁶. Ensuite, la Cour a observé « 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. 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 (voir ci-dessus), 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'article 6 de la Convention »²⁷²⁷. Partant, la Cour a conclu à une violation de cette disposition.

²⁷²⁰ PELLATON, N 766, 776, 785.

²⁷²¹ Comme c'est le cas actuellement dans le canton de Vaud, cf. *supra*, N 371 et 382. Pour le surplus, cf. MARTY, Haute surveillance, pp. 22 s. Cf. ég. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, Partie I : L'indépendance des juges, 16 mars 2010, § 71.

²⁷²² PELLATON, N 795 ; CourEDH, *Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, N 88.

²⁷²³ CourEDH, *Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 118.

²⁷²⁴ *Idem*, § 122.

²⁷²⁵ PELLATON, N 798. D'après la jurisprudence de la Cour, même lorsqu'un organe juridictionnel chargé d'examiner des contestations portant sur des « droits et obligations de caractère civil » ne remplit pas toutes les exigences de l'art. 6 § 1, 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 » (*Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, § 29, série A n° 58, et *Tsfayo c. Royaume-Uni*, du 14.11.2006, requête n° 60860/00, § 42).

²⁷²⁶ CourEDH, *Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 125.

²⁷²⁷ *Idem*, § 130. Confirmé dans l'arrêt CourEDH (Grande Chambre), *Denisov c. Ukraine*, du 25.09.2018, requête n° 76639/11, § 73 ss.

- 1268 Ainsi, comme on peut le constater, seul un contrôle judiciaire postérieur, remplissant toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, pourrait suffire à lever les défauts structurels du Parlement. Or, actuellement, en droit suisse, une voie de recours juridictionnelle contre les actes du Parlement n'est généralement pas prévue²⁷²⁸, de sorte que l'une des conditions posées par la jurisprudence précitée n'est pas remplie. En effet, au niveau fédéral, comme on l'a vu, une voie de droit est fermée par l'art. 189 al. 4 Cst²⁷²⁹. De manière générale, la réponse est analogue au niveau cantonal (cf. par ex. art. 109 al. 3 LOJ/FR), à l'exception, toute récente, du Valais qui a prévu dans sa législation qu'une commission de recours soit compétente pour statuer sur la révocation disciplinaire d'un juge par le Grand Conseil (art. 32 al. 1 let. c LCDM/VS)²⁷³⁰.
- 1269 En outre, on notera que le système proposé par l'initiative populaire fédérale pour la désignation des juges par tirage au sort (initiative sur la justice)²⁷³¹ ne résout pas les questions liées à la politisation et *a fortiori* aux défauts d'indépendance de l'autorité disciplinaire. En effet, le pouvoir de révoquer les juges du Tribunal fédéral serait attribué à l'Assemblée fédérale, sur proposition du Conseil fédéral²⁷³², soit deux autorités éminemment politiques. De plus, la révocation du juge par le Parlement serait définitive et ne pourrait probablement pas être contestée en justice en vertu de l'art. 189 al. 4 Cst. Ainsi, l'initiative présente une incohérence sur ce point. Si la présence des partis politiques est considérée comme une menace pour l'indépendance du pouvoir judiciaire, comme le soutiennent les initiants, alors la procédure de révocation ne doit pas être confiée à des organes purement politiques, composés exclusivement de politiciens²⁷³³.
- 1270 Enfin, on considère parfois qu'en raison du parallélisme des formes, l'organe d'élection des juges, soit généralement le peuple ou le Parlement, devrait être également compétent pour prononcer leur révocation²⁷³⁴. Or, ce principe, aussi recevable soit-il, peut très bien s'effacer face à l'impartialité et l'indépendance que doit avoir tout magistrat exerçant une fonction juridictionnelle. En outre, le parallélisme pourrait être, du moins partiellement, respecté par le fait que ce soit la même autorité (indépendante) qui préavise les candidats juges à l'organe d'élection²⁷³⁵ et qui révoque les magistrats judiciaires durant leur fonction. Cette double-compétence est par exemple exercée par un conseil de la magistrature dans les cantons de Genève²⁷³⁶ et du Jura²⁷³⁷.

c) Une autorité indépendante

- 1271 Une autorité indépendante des pouvoirs exécutif et législatif est mieux à même de garantir la protection de l'indépendance de la justice et des juges, tant dans sa composante institutionnelle qu'individuelle²⁷³⁸. Une telle autorité est préconisée par la doctrine²⁷³⁹. Elle se nomme généralement « Conseil (supérieur) de la magistrature » ou « Conseil de la justice » (« *judicial council* », « *council for the judiciary* »). Le second terme, d'origine anglo-saxonne, tend à se généraliser dans les textes internationaux, y compris de langue française²⁷⁴⁰.

²⁷²⁸ PELLATON, N 802.

²⁷²⁹ Cf. *supra*, N 1231 s.

²⁷³⁰ Cf. *supra*, N 365. Dans un registre légèrement différent, on notera aussi que la décision de destitution prononcée par le Grand Conseil neuchâtelois contre un membre du Conseil d'Etat peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal (art. 326g OGC/NE). Pour une critique de cette disposition, cf. BAUER Alain, La destitution des membres des autorités exécutives et judiciaires, in : RJN 2015, pp. 15-33, pp. 30 s.

²⁷³¹ Cf. 3^e partie, chapitre 2.3.6.

²⁷³² Art. 145 al. 2 nouveau Cst.

²⁷³³ GLASER, p. 1256. Cf. ég. FF 2020 6609, pp. 6628 s.

²⁷³⁴ Cf. par ex. FF 2002 I 1128, p. 1137.

²⁷³⁵ Qui ne disposerait alors que d'un « simple » droit de veto, comme nous l'avons proposé. Cf. *supra*, N 970 ss.

²⁷³⁶ Cf. *supra*, N 298 et 302.

²⁷³⁷ Cf. *supra*, N 309 et 316.

²⁷³⁸ Cf. not. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 1.3 ; CCJE, Avis n° 1 (2001), § 60 b) ; CCJE, *Magna Carta* des juges, principe 6 ; Commission de Venise, CDL(2007)003 § 61. Pour le surplus, cf. PELLATON, N 994 ss.

²⁷³⁹ Cf. par ex. RASELLI, Justiz-Initiative, p. 281 ; GENNER, p. 21 ; MAHON/SCHALLER, Réélection, N 70 ; ZAPPELLI, Le Juge, p. 120.

²⁷⁴⁰ PELLATON, N 1000. Cf. par ex. CCJE, *Magna Carte* des juges, principe 13.

Nicolas PELLATON distingue les autorités indépendantes rattachées au pouvoir judiciaire des autorités administratives indépendantes²⁷⁴¹. Il relève que dans l'hypothèse où celles-ci ne présenteraient pas les caractéristiques d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, il faudrait prévoir une voie de recours devant une instance judiciaire précédant le Tribunal fédéral²⁷⁴². En outre, cet auteur recommande d'instaurer, en tant qu'autorité chargée des tâches disciplinaires, un organe spécial indépendant²⁷⁴³. Celui-ci bénéficierait ainsi de l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de ces tâches. Une telle autorité pourrait soit être rattachée formellement au conseil de la justice, composant ainsi une section de celui-ci²⁷⁴⁴, soit être complètement autonome²⁷⁴⁵.

1272

Cette autorité disciplinaire devrait être composée d'une part substantielle, à savoir de la moitié si ce n'est d'une majorité, de membres du pouvoir judiciaire²⁷⁴⁶. Par ailleurs, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Volkov c. Ukraine*, précité, la présence, parmi les membres d'un tribunal, de magistrats occupant au moins la moitié des sièges, dont un président avec voix prépondérante, constitue un gage d'impartialité²⁷⁴⁷.

1273

Enfin, dans le cadre de la procédure disciplinaire, le droit d'être entendu du magistrat (art. 29 al. 2 Cst ; 6 CEDH) doit être respecté. Ce droit comprend notamment le droit d'être informé de l'ouverture d'une procédure à son encontre et de l'objet de celle-ci, le droit de consulter le dossier, le droit de participer à l'administration des preuves, le droit de se faire représenter ou assister, le droit de s'expliquer, la publicité des débats et le droit d'obtenir une décision motivée²⁷⁴⁸.

1274

4.7.2.2. Les voies de droit et l'autorité de recours

a) Une garantie consacrée par la jurisprudence et les instruments internationaux

On l'a vu, le droit à un recours effectif devant une instance judiciaire est garanti au niveau international, par les art. 13 CEDH ainsi que 2 § 3 Pacte ONU II²⁷⁴⁹. Il en va de même de l'art. 6 § 1 CEDH qui s'applique en cas de révocation d'un juge, comme l'a considéré à plusieurs reprises la Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁵⁰. Au niveau national, l'art. 29a Cst. garantit le droit d'accès au juge, lequel peut être exclu dans des cas exceptionnels. Il s'agit notamment des « décisions revêtant un caractère politique prépondérant », pour lesquelles les cantons « peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal » (cf. art. 86 al. 3 LTF) précédant immédiatement le Tribunal fédéral²⁷⁵¹. Selon Esther THOPINKE, la révocation d'un juge prononcée dans le cadre d'une procédure prévue par la loi ne permet pas d'exclure l'accès à un tribunal²⁷⁵².

1275

De nombreuses recommandations internationales prévoient, en outre, que les décisions prononçant une sanction disciplinaire, dont la révocation, doivent être susceptibles d'un recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel²⁷⁵³. En droit comparé, on rappellera que les décisions de révocation prononcées par un Conseil de la magistrature sont généralement susceptibles de recours devant un tribunal²⁷⁵⁴. En revanche, aux

1276

²⁷⁴¹ PELLATON, N 803 ss. Le Conseil de la magistrature fribourgeoise entrerait dans la seconde catégorie. Cf. VOLLERY, N 8 ss.

²⁷⁴² *Ibid.* Cf. ég. CCJE, *Magna Carta* des juges, principe 6. Cf. *infra*, N 1278 ss.

²⁷⁴³ PELLATON, N 1014. Cf. ég. *Kyiv Recommendations*, N 26.

²⁷⁴⁴ Par exemple en Italie, la *Sezione disciplinare* constitue l'une des onze sections du *Consiglio superiore della magistratura*.

²⁷⁴⁵ PELLATON, N 1014.

²⁷⁴⁶ Cf. PELLATON, N 1080 ss et les (nombreuses) références citées.

²⁷⁴⁷ CourEDH, *Volkov c. Ukraine*, du 09.01.2013, requête n° 21722/11, § 109.

²⁷⁴⁸ PELLATON, N 1278 ss et les références citées.

²⁷⁴⁹ Cf. *supra*, N 1228 s.

²⁷⁵⁰ Cf. CourEDH, *Denisov c. Ukraine*, du 25.09.2018, requête n° 76639/11, § 52 et les références citées.

²⁷⁵¹ Cf. *supra*, N 1225 s.

²⁷⁵² TOPHINKE, Basler Kommentar BGG, N 23 ad art. 86.

²⁷⁵³ Cf. not. Charte européenne sur le statut des juges, ch. 5.1 ; CCJE, *Magna Carta* des juges, principe 6 ; Conseil des Ministres, Rec(2010)12, § 69.

²⁷⁵⁴ Par exemple en France, les décisions du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être portées devant le Conseil d'Etat. Cf. *supra*, N 550. En Italie, les décisions de la Commission disciplinaire du *Consiglio superiore della magistratura* peuvent être attaquées devant la *Corte Suprema di Cassazione*.

Etats-Unis, les destitutions sur *impeachment* ne peuvent, pour l'heure, pas être portées devant les juridictions fédérales²⁷⁵⁵. Ces disparités résultent, comme on a pu le constater, d'une conception davantage politique de la procédure de destitution judiciaire en Amérique du Nord, par rapport à celle de l'Europe continentale.

b) Les voies de droit

- 1277 On rappellera que dans les cantons, les décisions des autorités disciplinaires prononçant une révocation sont le plus souvent sujettes à recours devant une instance juridictionnelle cantonale, que ce soit auprès du tribunal de seconde instance (à Genève²⁷⁵⁶ et au Jura²⁷⁵⁷), auprès du « Tribunal de recours » (à Neuchâtel²⁷⁵⁸), auprès du Tribunal neutre (dans le canton de Vaud, pour les juges de première instance²⁷⁵⁹) ou encore auprès d'une commission de recours (au Tessin²⁷⁶⁰ et en Valais²⁷⁶¹). Les cantons de Fribourg, Berne et Zurich qui ont confié cette procédure tout ou en partie au Parlement, n'ont, en revanche, pas institué de voies de recours.
- 1278 L'autorité de recours cantonale doit présenter les caractéristiques d'une autorité juridictionnelle au sens de l'art. 6 § 1 CEDH²⁷⁶². Cela signifie qu'elle doit être établie par la loi, compétente, indépendante tant à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif que des parties et impartiale. Elle doit, en outre, disposer d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit²⁷⁶³ (cf. art. 110 LTF). Le Tribunal fédéral ne remplit pas toutes les exigences de l'art. 6 § 1 CEDH. Il ne dispose, en effet, pas d'un plein pouvoir d'examen en fait étant donné qu'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 qu'ils ont été établis arbitrairement. Partant, la qualité d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 § 1 CEDH doit être recherchée au niveau des instances préalables au Tribunal fédéral²⁷⁶⁴.
- 1279 En revanche, pour Susan GENNER, une voie de recours cantonale contre des décisions de révocation prononcées par un conseil de la magistrature²⁷⁶⁵ n'est pas nécessaire. Pour cette auteure, aucune solution n'apparaît entièrement satisfaisante. L'institution d'un tribunal spécial (cantonal ou intercantonal) est notamment problématique, car celui-ci ne ferait pas l'objet d'un contrôle direct. Le Tribunal cantonal ne serait, en outre, pas suffisamment indépendant. Ainsi, la révocation devrait être prononcée par le Conseil de la magistrature à la majorité qualifiée et de manière définitive. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, le Conseil de la magistrature, en l'occurrence celui institué dans le canton de Fribourg, jouit d'une grande légitimité en raison de sa large composition et de son indépendance vis-à-vis des trois pouvoirs. Sa compétence professionnelle est garantie par la présence d'au moins trois magistrats judiciaires en son sein. Cette solution est ainsi compatible avec l'article 29a Cst. et paraît préférable à la fois à une révocation définitive par le Parlement et à un contrôle judiciaire par un tribunal spécial²⁷⁶⁶.
- 1280 Nous ne partageons pas cet avis. Un contrôle par une autorité présentant les caractéristiques de l'art. 6 § 1 CEDH et qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit est nécessaire afin de garantir « un cadre juridictionnalisé <complet> »²⁷⁶⁷. Il n'est d'ailleurs pas certain que le Conseil de la magistrature fribourgeois remplisse les garanties d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, au vu notamment de la présence, en son sein, de plusieurs membres du pouvoir exécutif et législatif.

²⁷⁵⁵ U.S Supreme Court, *Nixon v. United States*, 506 U.S 224 (1993). Cf. *supra*, N 746 ss.

²⁷⁵⁶ Art. 138 let. a LOJ/GE ; art. 139 al. 4 LOJ/GE.

²⁷⁵⁷ Art. 24 al. 2 let. a LOJ/JU.

²⁷⁵⁸ Art. 73 al. 1 LMSA/NE.

²⁷⁵⁹ Art. 31c al. 1 LOJV/VD ; art. 45 al. 1 LOJV/VD.

²⁷⁶⁰ Art. 85a LOG/TI.

²⁷⁶¹ Art. 32 al. 1 let. c LCDM.

²⁷⁶² PELLATON, N 1428.

²⁷⁶³ Par ex. ATF 139 I 72, consid. 5.4 = JdT 2012 I 202 et les références citées.

²⁷⁶⁴ PELLATON, N 731, 742.

²⁷⁶⁵ En prenant l'exemple du canton de Fribourg, cette auteure préconise que la révocation d'un magistrat soit prononcée par le Conseil de la magistrature, et non plus par le Grand Conseil. Cf. GENNER, p. 37.

²⁷⁶⁶ GENNER, pp. 23 ss et 40.

²⁷⁶⁷ PELLATON, N 1520.

Sur le plan fédéral, toutefois, aucune voie de recours n'existe contre la révocation d'un juge fédéral de première instance (cf. art. 189 al. 4 Cst.). Selon Nicolas PELLATON, la voie de recours au Tribunal administratif devrait néanmoins pouvoir être ouverte²⁷⁶⁸.

Enfin, après épuisement des éventuelles instances préalables, un juge destitué doit, dans tous les cas, avoir la possibilité de recourir devant le Tribunal fédéral sur la base d'un recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF). Le Tribunal fédéral considère, en effet, que « le droit disciplinaire se rattache au droit administratif, car la mesure disciplinaire n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine: elle tend au maintien de l'ordre, à l'exercice correct de l'activité en question et à la préservation de la confiance du public à l'égard des personnes qui l'exercent »²⁷⁶⁹. Toutefois, l'art. 83 let. g LTF exclut le recours en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contestation non pécuniaire. Comme le souligne Mon-Repos, « [e]n dépit de l'indépendance dont doit bénéficier le magistrat dans l'exercice de sa fonction, il n'en demeure pas moins engagé et rétribué par l'Etat, et soumis [...] à un pouvoir disciplinaire. Il s'agit d'éléments typiques d'un rapport de travail fondé sur le droit public »²⁷⁷⁰. Ainsi, seules les décisions disciplinaires concernant des contestations pécuniaires peuvent être contestées par un recours en matière de droit public²⁷⁷¹. La décision de révocation d'un magistrat entre dans ce cas d'application dans la mesure où elle a des effets directs sur le patrimoine financier de l'intéressé²⁷⁷². La valeur litigieuse minimale de 15'000 frs doit toutefois être atteinte (art. 74 let. a LTF), ce qui est généralement le cas étant donné qu'entre en jeu le paiement de salaires pendant plusieurs mois ou années. Si tel n'est pas le cas, seul le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) est ouvert.

On notera qu'en cas de mise en place d'une procédure de révocation pour les juges du Tribunal fédéral, ceux-ci devraient bien entendu avoir la possibilité de recourir contre cette sanction devant une autorité juridictionnelle. Il serait néanmoins problématique que cette tâche soit confiée au Tribunal fédéral lui-même, soit par leurs collègues. Une commission spéciale de recours composée notamment de juges en fonction ou d'anciens juges pourrait par exemple être instituée.

c) *L'autorité de recours cantonale : quelle composition ?*

La composition de l'autorité de recours reste une question délicate. En particulier, le problème apparaît lorsque les juges procédant au contrôle juridictionnel des décisions de l'autorité disciplinaire sont eux-mêmes soumis à la surveillance de cette même autorité²⁷⁷³. Par-là, les magistrats surveillés contrôlent les décisions de leur surveillant²⁷⁷⁴. Cette solution est problématique sous l'angle de l'indépendance tant externe qu'interne de l'autorité juridictionnelle²⁷⁷⁵.

Ainsi, dans son rapport du 14 novembre 2014 à la Cheffe du Département vaudois des institutions et de la sécurité, Dick MARTY indique que « [c]ontre les décisions du [futur] CSM (Conseil supérieur de la magistrature), notamment en matière disciplinaire, il faudra prévoir une instance de recours. Ce rôle ne peut bien entendu pas être assumé par le Tribunal cantonal ou une partie de celui-ci, car il est lui-même soumis à la surveillance et au pouvoir disciplinaire du CSM. Il faut donc prévoir une autorité indépendante de recours, élue par le Grand Conseil »²⁷⁷⁶.

²⁷⁶⁸ *Idem*, N 1430. Selon l'art. 33 let. a LTAF, 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).

²⁷⁶⁹ TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 1.1 ; ATF 108 Ia 230, consid. 2b.

²⁷⁷⁰ TF 1D_15/2007 du 13.12.2007, consid. 1.2.

²⁷⁷¹ PELLATON, N 1432.

²⁷⁷² Cf. TF 8C_897/2012 du 02.04.2013 consid. 1.2. concernant la contestation d'une décision de « résiliation » de la part d'un fonctionnaire qui souhaitait en même temps être réintégré.

²⁷⁷³ Tel est notamment le cas à Genève (partiellement), au Jura, à Neuchâtel, ainsi qu'à Fribourg (pour les sanctions disciplinaires autre que la révocation). PELLATON, N 882, 894, 907, 920.

²⁷⁷⁴ Cf. VOLLERY, N 4, 19, 33 (Fribourg).

²⁷⁷⁵ *Idem*, N 33.

²⁷⁷⁶ MARTY, Surveillance, p. 25.

1286 A cet égard, dans le but d'instituer une distance raisonnable entre l'autorité de recours, respectivement les membres de celle-ci, et les juges faisant l'objet de la surveillance, le canton du Valais a récemment mis en place une solution intéressante. La compétence de statuer contre la révocation disciplinaire prononcée par le Grand Conseil (art. 32 let. c projet LCM) est attribuée à une commission de recours. Celle-ci comprend « 3 membres et 2 suppléants élus par le Grand Conseil et assermentés par celui-ci » (art. 33 al. 1 LCDM). Ne peuvent être élus ni les juges et procureurs en fonction dans le canton ni les employés des tribunaux et du ministère public en fonction dans le canton, ni même les membres en fonction du Conseil d'Etat et du Grand Conseil du canton du Valais (art. 33 al. 2 LCDM). Selon le Conseil d'Etat, « on pourrait imaginer une commission de recours composée d'un professeur d'Université dont les origines seraient valaisannes, d'un juge à la retraite, qui aurait travaillé plusieurs années au sein des autorités valaisannes [et] d'un juge hors canton »²⁷⁷⁷. Le canton de Vaud n'impose pas non plus la résidence dans le canton pour les membres du Tribunal neutre (art. 86 al. 3 LOJ/VD).

1287 De ce fait, la présence d'un magistrat provenant d'un autre canton renforce l'indépendance de l'institution judiciaire, compte tenu des fortes interactions dans chaque canton entre les acteurs du monde judiciaire²⁷⁷⁸.

4.7.2.3. La création d'autorités disciplinaires ou de recours intercantionales

1288 Dans le même objectif de limiter, à l'échelle cantonale, la proximité entre les acteurs du monde judiciaire, proximité qui risque de mettre à mal l'indépendance de la justice, certains auteurs proposent d'instituer des autorités disciplinaires intercantionales, par le biais d'un concordat intercantonal (cf. art. 191b al. 2 Cst.). Ces autorités pourraient être établies au niveau de la première ou de la seconde instance²⁷⁷⁹. Ces solutions nous paraissent dignes d'être considérées par les législateurs cantonaux. Elles permettraient ainsi d'endiguer « cette endogamie »²⁷⁸⁰ parmi les membres de la communauté judiciaire, caractéristique de la dimension réduite des entités fédérées helvétiques²⁷⁸¹.

4.8. Synthèse du chapitre et solutions envisageables

4.8.1. L'abolition de la réélection comme mesure nécessaire pour garantir la pleine indépendance des juges

1289 Au vu des considérations qui précèdent, la réélection des juges devrait être supprimée. Cet instrument, essentiellement politique, qui trouve son fondement théorique dans la nécessité de renouveler la confiance de la population dans les institutions judiciaires n'a, aujourd'hui, plus de raison d'être. Contrairement aux membres des pouvoirs exécutif et législatif, qui exercent eux des activités essentiellement politiques, un magistrat judiciaire ne doit pas être tenu responsable de son action jurisprudentielle, sous peine de violer son indépendance. En effet, comme le souligne, à juste titre, l'ancien juge fédéral Pierre ZAPPELLI, le contrôle que détient l'organe de réélection ne doit aucunement servir à vérifier « l'orthodoxie des opinions politiques des juges », car ceux-ci ne sont pas les représentants d'un parti ou d'un courant d'opinion, ce rôle étant réservé aux parlementaires²⁷⁸². Un autre ancien membre de la Haute Cour, Raymond SPIRA, ajoute que « [p]as plus qu'il ne doit

²⁷⁷⁷ CONSEIL D'ETAT (VS), Message concernant le projet de loi sur le conseil de la magistrature, du 15 novembre 2018, p. 12. Cf. *supra*, N 365.

²⁷⁷⁸ Cf. PELLATON, N 1060 ; VOLLERY, N 33.

²⁷⁷⁹ *Idem*, N 1139 ss. Cf. ég. PASQUIER (propos de Thierry TANQUEREL), p. 8. Le professeur de l'Université de Genève a lancé l'idée d'un « Conseil supérieur intercantonal de la magistrature ». Selon lui, il pourrait également être possible d'instituer, dans un premier temps, une Commission intercantonale pour l'instruction des affaires, qui donnerait ensuite un préavis au Conseil de la magistrature cantonal concerné, lequel prononcerait donc la décision finale. Cf. ég. VOLLERY, N 33 qui évoque la création d'une instance intercantonale de recours à Fribourg.

²⁷⁸⁰ PASQUIER (propos de Thierry TANQUEREL), p. 8.

²⁷⁸¹ S'agissant de la faiblesse de l'indépendance de la justice dans les cantons, cf. ég. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.9.

²⁷⁸² ZAPPELLI, Le juge, p. 120.

justifier ses décisions devant une autorité politique, un juge n'a de comptes à rendre au parti qui l'a proposé à l'élection. A défaut, on ne se trouverait plus dans un régime démocratique mais dans un Etat totalitaire »²⁷⁸³.

La réélection périodique est susceptible de servir d'instrument de pression sur les juges. Les récentes critiques à l'égard du juge fédéral Yves DONZALLAZ de la part de son parti – l'Union démocratique du centre – sont révélatrices d'un climat de méfiance à l'égard de la justice. Les médias n'hésitent pas non plus à s'en prendre parfois ouvertement à certains juges²⁷⁸⁴. Comment exclure alors qu'un magistrat réfléchisse à deux fois avant de rendre une décision pouvant potentiellement déplaire à certaines forces politiques ? En conséquence, il n'est pas étonnant que la proposition visant à abolir la réélection trouve tant de partisans dans le monde judiciaire et académique que de détracteurs au sein des représentants politiques²⁷⁸⁵.

La réélection ne doit, en outre, pas servir à corriger des « erreurs de casting », c'est-à-dire à écarter des juges qui dysfonctionneraient. La vérification des compétences des (futurs) membres du pouvoir judiciaire doit être effectuée en amont, à savoir lors de la première désignation²⁷⁸⁶. Cela dit, si un magistrat violait gravement ses devoirs de fonctions, il devrait être destitué au moyen d'une procédure administrative et/ou disciplinaire, qui lui conférerait, contrairement à la non-réélection, d'importantes garanties de procédure (droit d'être entendu et surtout voie de droit).

La suppression de la réélection périodique éviterait aussi, comme on l'a dit, le risque qu'un juge ne soit pas reconduit au motif qu'il aurait cessé de payer ses cotisations à son parti (*Parteisteuern*)²⁷⁸⁷. Vu l'importance que ces montants peuvent constituer pour certaines formations politiques, cette hypothèse ne peut, en effet, être écartée.

4.8.2. Une désignation à période unique : à durée déterminée ou indéterminée

La réélection périodique devrait ainsi être remplacée par une désignation unique, soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée. Celle-ci doit être combinée avec une limite d'âge, celui légal de la retraite, voire un âge supérieur de quelques années – mais maximum de 70 ans²⁷⁸⁸.

Certains auteurs proposent, pour les juges du Tribunal fédéral, une élection à durée unique²⁷⁸⁹, généralement de quinze ans²⁷⁹⁰. Ce système est encore inconnu en Suisse, du moins s'agissant des juges professionnels. Il

²⁷⁸³ SPIRA, p. 42.

²⁷⁸⁴ Cf. à cet égard le discours prononcé par Patrick GUIDON, le 14 novembre 2019, à Lucerne à l'occasion du jubilé de l'Association suisse des magistrats, dont il est le président. Le texte de cette allocution est reproduit sous le titre « Die Unabhängigkeit der Justiz ist keine Selbstverständlichkeit », in : « Justice – Justiz – Giustizia 2019/4.

²⁷⁸⁵ Dans son message du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral se prononce, à ce sujet, comme suit : « Cette durée de fonction des juges relativement brève, avec la possibilité d'une réélection, procède d'une longue tradition et constitue un aspect du système démocratique de la Suisse. La réélection renforce ainsi la légitimité démocratique des juges. Jusqu'à ce jour, tous les membres des tribunaux fédéraux qui se présentaient à la réélection ont été réélus. [...] La procédure de réélection requiert des membres du Parlement et des partis une prise de conscience particulière de l'indépendance de la justice. La question de savoir si l'adoption d'un système d'élection des juges pour une durée plus longue ou pour une durée indéterminée (comme c'est le cas dans le canton de Fribourg) offre une meilleure garantie de leur indépendance est laissée ouverte. Une telle réforme nécessiterait une modification de la Constitution (art. 145 Cst.) et une procédure de consultation préalable. Il convient toutefois de souligner que, dans son ensemble, le système de réélection périodique des juges a fait ses preuves. Compte tenu des opinions majoritaires des politiques, le Conseil fédéral n'entend pas supprimer l'exigence de la procédure de réélection ». FF 2018 4713, p. 4734.

²⁷⁸⁶ Cela essentiellement par deux moyens : la dépolitisation de la désignation d'une part, et l'amélioration de la formation des magistrats, d'autre part. Cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 2 et *infra*, 3^e partie, chapitre 5.

²⁷⁸⁷ *Supra*, N 1168.

²⁷⁸⁸ Il s'agit, en effet, d'éviter le modèle fédéral américain où les juges élus à vie, restent en fonction parfois jusqu'à l'âge de 80 ans ou même 90 ans.

²⁷⁸⁹ Par ex. KELLER/ZIMMERMANN, p. 157.

²⁷⁹⁰ ZIMMERLI, N 16 ; FISCHBACHER, p. 415 ; RASELLI, Justiz-Initiative, p. 281: entre quinze et vingt ans.

est pratiqué, comme on l'a vu, pour la désignation des membres de plusieurs cours constitutionnelles européennes²⁷⁹¹ et extra-européennes²⁷⁹² ainsi que de certains tribunaux internationaux²⁷⁹³.

1295 En comparaison de l'élection jusque l'âge de la retraite, l'élection à durée déterminée présente l'avantage de permettre le renouvellement des institutions judiciaires, et ainsi limiter l'emprise des mêmes juges sur la jurisprudence²⁷⁹⁴. On a vu, en effet, comment les décisions du Tribunal fédéral, en particulier celles rendues par ses deux cours de droit public, peuvent avoir des conséquences institutionnelles et sociétales importantes²⁷⁹⁵. Un renouvellement partiel des juges peut donc être salutaire. Cela dit, l'élection à mandat unique paraît problématique pour la carrière du juge. Il n'est, en effet, pas aisé, en particulier pour les magistrats élus jeunes, de trouver à la fin de leur mandat une autre activité professionnelle après avoir exercé plusieurs années cette fonction²⁷⁹⁶.

1296 A notre sens, une désignation à durée déterminée, par exemple entre quinze et vingt ans, pourrait être envisagée pour les juges du Tribunal fédéral, qui sont généralement élus à un âge plus avancé (entre 40 et 55 ans)²⁷⁹⁷. Ces magistrats restent alors (déjà) en fonction une quinzaine d'années²⁷⁹⁸. Toutefois, pour les membres des juridictions fédérales de première instance ou des tribunaux cantonaux, qui sont élus plus jeunes, une désignation à durée indéterminée, jusqu'à l'âge légal de la retraite ou quelques années plus tard, doit être préférée.

4.8.3. L'exigence d'une révision constitutionnelle

1297 Sur le plan pratique, tant l'allongement de la durée de fonction des juges que la suppression de la réélection nécessiteraient une révision constitutionnelle, que ce soit sur le plan fédéral²⁷⁹⁹ ou sur le plan cantonal²⁸⁰⁰.

1298 Afin d'éviter une procédure aussi contraignante, la conseillère nationale Margret KIENER NELLEN (PS/BE) propose, pour les tribunaux fédéraux, une modification législative, plus précisément de la loi sur le Parlement (art. 136-137 LParl), en se fondant sur le modèle de la reconduction des fonctionnaires fédéraux, en vigueur jusqu'à l'année 2000. A la fin de la période, le juge serait alors automatiquement reconduit pour un nouveau mandat de six ans, à moins que l'autorité de désignation (soit le Parlement) ne décide, dans un certain délai (par ex. 6 mois), de ne pas le reconduire²⁸⁰¹. Une autre solution pourrait consister en la réélection tacite des juges, si celle-ci n'est pas contestée²⁸⁰². La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale garderait sa compétence de ne pas recommander un juge pour une réélection. Ces diverses solutions ne seraient, selon la députée fédérale, pas contraire à la Constitution fédérale, notamment à son art. 168, puisque l'Assemblée fédérale garderait sa prérogative dans l'élection des juges fédéraux. Par ailleurs, la proposition de non-réélection resterait de la compétence de la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (cf. art. 40a LParl)²⁸⁰³.

²⁷⁹¹ Par ex. en Allemagne (douze ans) ainsi qu'en France, en Italie, en Espagne et au Portugal (neuf ans). Cf. *supra*, N 511.

²⁷⁹² Par ex. en Bolivie, les juges des tribunaux supérieurs sont élus pour six ans et ne sont pas rééligibles (cf. art. 187 de la Constitution du 7 février 2009). En Colombie, les magistrats de la Cour constitutionnelle sont élus pour huit ans et ne sont pas rééligibles (art. 239 de la Constitution de 1991).

²⁷⁹³ Par ex. la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour pénale internationale (neuf ans). Cf. *supra*, N 836 et 868.

²⁷⁹⁴ C'est principalement les reproches faits aux juges de la Cour suprême américaine, qui sont élus à vie. Cf. *supra*, N 733.

²⁷⁹⁵ Il suffit de citer l'ATF 139 I 16 (relation entre droit international et national). Cf. *supra*, N 940.

²⁷⁹⁶ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 55 ; AMOOS PIGUET, N 49. Cf. ég. FONJALLAZ, p. 57.

²⁷⁹⁷ WURZBURGER, Tribunal fédéral, p. 58.

²⁷⁹⁸ *Idem*, p. 60. D'après une étude, ils sont restés en fonction en moyenne 13.8 ans, entre 1978 et 2011. ROTHMAYR ALLISON/VARONE, p. 226. On notera cependant que ces dernières années, l'Assemblée fédérale tend à élire des juges toujours plus jeunes. On peut le voir par l'élection, en 2019 d'un juge de 42 ans. Cette tendance au rajeunissement du Tribunal fédéral se retrouve également chez les juges suppléants (élection en 2019 d'une magistrate âgée de 28 ans).

²⁷⁹⁹ La durée de six ans est prévue à l'art. 145 Cst.

²⁸⁰⁰ La durée de fonction des juges est mentionnée dans toutes les Constitutions cantonales. Cf. MAHON/SCHALLER, Election, pp. 15-19.

²⁸⁰¹ Une solution similaire existe déjà actuellement pour les fonctionnaires fédéraux nommés pour une durée de fonction (art. 14 al. 2 let. c LPers). Le Secrétaire général de l'Assemblée fédérale est aussi reconduit pour un nouveau mandat, par la Conférence de coordination, selon cette méthode (art. 26 al. 3 ordonnance sur l'administration du Parlement [RS 171.115]).

²⁸⁰² Cette solution existe déjà dans certains cantons. Cf. *supra*, N 245.

²⁸⁰³ KIENER NELLEN, pp. 377 s.

Une autre piste de réflexion pourrait être, comme on l'a vu, celle prévue par la législation soleuroise, s'agissant de l'élection des présidents des tribunaux d'arrondissement. Ce système prévoit que les candidats sortants sont les seuls autorisés à se présenter, au premier tour, devant l'autorité d'élection. C'est uniquement s'ils ne remportent pas la majorité absolue des voix qu'un second tour est organisé et ouvert à d'autres candidats potentiels²⁸⁰⁴.

1299

Ces méthodes peuvent être vues comme un juste milieu entre le système traditionnel de réélection périodique et celui de l'élection à durée indéterminée. Elles limitent le risque de candidatures de « combat », visant à éjecter un juge en place. Toutefois, elles n'empêchent pas encore à l'autorité politique d'élection de ne pas réélire le magistrat, et ce de manière discrétionnaire. L'abolition de la réélection à travers une révision constitutionnelle s'avère dès une solution plus idoine afin de garantir la pleine indépendance des juges²⁸⁰⁵.

1300

4.8.4. L'institution d'une procédure disciplinaire de révocation

Enfin, la suppression de la réélection doit être accompagnée de certains garde-fous. Un juge qui a gravement violé ses devoirs de fonction ou qui ne remplit plus l'une des conditions d'éligibilité doit pouvoir être révoqué. Cette procédure doit être confiée à une autorité indépendante, par exemple un conseil de la magistrature, composée d'une majorité de juges. Dans ce cadre, toutes les garanties de procédure des art. 29 Cst. et 6 § 1 CEDH doivent être respectées, notamment le droit d'être entendu du magistrat.

1301

Par ailleurs, une voie de recours devant une instance supérieure cantonale à caractère juridictionnel, disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, doit être instituée contre les décisions de l'autorité disciplinaire, en particulier si celle-ci ne remplit pas les exigences de l'art. 6 § 1 CEDH²⁸⁰⁶. Sur le plan cantonal, afin de mettre de la distance entre les juges objet de la surveillance et l'autorité de recours, respectivement ses membres, cette dernière pourrait être composée de magistrats provenant d'autres cantons. La création d'autorités de recours intercantionales pourrait, en outre, être envisagée.

1302

²⁸⁰⁴ § 45 de la *Gesetz über die politischen Rechte* (GPR ; RS/SO 113.111) par renvoi du § 88 de la *Gesetz über die Gerichtsorganisation* (GO ; RS/SO 125.12). Cf. ATF 143 I 211. Cf. *supra*, N 246 et 1206 ss.

²⁸⁰⁵ Au niveau fédéral, un contre-projet direct à l'« initiative sur la justice » pourrait par exemple être élaboré. Cf. RUSSO, Des juges tirés au sort, N 85 ; RASELLI, Justiz-Initiative, p. 281 ; ASM, Communiqué de presse du 26 août 2019. Pour l'initiative, cf. *supra*, N 976 ss.

²⁸⁰⁶ Dans le même sens : PELLATON, N 1520.

Chapitre 5 : La formation lacunaire des juges

5.1. Présentation et démarche

Une autre particularité du système suisse est l'absence de pratiquement toute formation professionnelle initiale spécifique pour accéder à la magistrature²⁸⁰⁷. Selon l'idée qui a longtemps prévalu – et qui prévaut encore – dans notre pays, le juge exerce un office, davantage qu'un métier. Sa compétence découle directement de son élection, de sorte qu'une formation spécifique et obligatoire n'est pas requise²⁸⁰⁸. C'est ainsi que près d'un tiers des cantons ainsi que la Confédération n'exigent même pas, en théorie, une formation juridique puisque la seule condition d'éligibilité est l'exercice du droit de vote²⁸⁰⁹. Toutefois, en pratique, il est très rare qu'une personne sans formation juridique soit élue en tant que juge professionnel, surtout au sein des juridictions supérieures²⁸¹⁰. Font encore exceptions les juges laïcs, présents dans plusieurs tribunaux cantonaux de première instance.

1303

Or, l'absence de formation spécifique initiale et obligatoire pour les magistrats rend difficile de déterminer de manière claire et uniforme des critères objectifs pour leur recrutement²⁸¹¹. Des juges ont parfois pu être élus trop jeunes, sans expérience judiciaire, et grâce à leur appartenance politique, ce qui a mis en exergue les limites du système d'élection. Or, la « dépolitisation » de la procédure de désignation et surtout la suppression de la réélection, mesures que nous avons préconisées plus haut²⁸¹², impliquent un contrôle accru des compétences aussi bien techniques que relationnelles des candidats²⁸¹³. Il convient donc de se demander comment celles-ci peuvent être acquises.

1304

Il s'agit, dans ce dernier chapitre de thèse, de mettre en évidence les aspects relatifs à formation des magistrats. Il convient tout d'abord d'invoquer les liens entre celle-ci et l'indépendance de la justice, ceci à travers l'illustration de la présence des juges laïcs dans notre pays (ch. 5.2.). Ensuite, seront présentées, brièvement et de manière non exhaustive, les qualités indispensables à l'exercice de la fonction de juge (ch. 5.3.). Puis, les recommandations internationales, non contraignantes, en matière de formation des juges seront invoquées (ch. 5.4.). Pour le surplus, il paraît nécessaire de se rendre hors de nos frontières afin d'examiner la formation des magistrats dans les pays qui nous entourent (ch. 5.5.). Par la suite, il convient de s'intéresser au parcours de l'aspirant-magistrat helvétique, parcours qui passera, en sus d'une formation universitaire complète en droit (Bachelor, Master), souvent par l'obtention d'un brevet d'avocat (ch. 5.6.) puis parfois par l'exercice de la fonction de greffier (ch. 5.7.). Une partie du chapitre sera, en outre, consacrée aux formations spécifiques qui sont aujourd'hui existantes en matière de magistrature (ch. 5.8.). Du reste, comme conséquence du système « cantonalisé » de formation, un *excursus* sera dédié à l'absence de mobilité intercantonale des magistrats helvétiques (ch. 5.9.). Une synthèse des idées retenues clora ce chapitre (ch. 5.10.).

1305

²⁸⁰⁷ MAHON/SCHALLER, Réélection, N 56.

²⁸⁰⁸ Cf. SEILER, Richterakademie, N 36.

²⁸⁰⁹ KÜNG, p. 22.

²⁸¹⁰ KRAUSKOPF, p. 199. Au sein du Tribunal fédéral ne sont d'ailleurs élus que des juristes chevronnés. Cf. *supra*, N 112. Du reste, au début du siècle passé, lors de la théorisation du modèle européen de justice constitutionnelle, Hans Kelsen notait qu'« [i]l est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession ». Kelsen Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution, RDP 1928, p. 227 cité par HOURQUEBIE, p. 110.

²⁸¹¹ AMOOS PIGUET, N 41.

²⁸¹² Cf. *supra*, 3^e partie, chapitres 2 et 4.

²⁸¹³ Cf. MAHON/SCHALLER, Réélection, N 56. Il est, en effet, parfois admis que la réélection pourrait de toute façon servir à corriger les « erreurs de casting », c'est-à-dire mettre à l'écart les juges qui ont été élus malgré leur incompétence, et qui n'étaient souvent pas assez formés à la technique judiciaire. On remarquera d'ailleurs que dans plusieurs pays où les juges sont élus pour une durée indéterminée, leur formation est également très exigeante. Pour la France, cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 2.3.

5.2. Un lien entre l'indépendance du juge et son degré de formation : l'exemple des juges laïcs

5.2.1. Les origines et la diffusion des juges laïcs en Suisse (renvoi)

1306 Dans la première partie de cette recherche, nous avons mentionné que les juges laïcs à savoir les magistrats ne disposant pas de formation juridique sont partie intégrante, depuis plusieurs centaines d'années, du système judiciaire helvétique. C'est en partie en raison de leur forte présence au sein de celui-ci que la formation des juges a tardé à s'imposer dans notre pays²⁸¹⁴. Durant la deuxième moitié du XX^e siècle et jusqu'à aujourd'hui encore, ces magistrats représentent une part non négligeable des membres des tribunaux de première instance, en particulier au sein des juridictions collégiales²⁸¹⁵. Ils sont aujourd'hui présents dans une vingtaine de cantons, tant en première qu'en seconde instances²⁸¹⁶. Cela dit, ces dernières décennies, leur présence est remise en question, notamment en raison de leur manque de connaissances de la technique judiciaire ainsi que de leur défaut d'indépendance. Cela a conduit le peuple zurichois à abroger en 2017 cette catégorie de magistrats²⁸¹⁷.

5.2.2. Les juges laïcs et l'indépendance de la justice : une compatibilité sous condition

1307 Dans un arrêt topique (ATF 134 I 16)²⁸¹⁸, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la compatibilité du juge laïc avec les garanties d'indépendance et d'impartialité de la justice découlant de l'art. 30 al. 1 Cst. La Haute Cour a considéré que la Constitution fédérale ne prévoyait aucune garantie institutionnelle à être jugé par un magistrat disposant d'une formation juridique. « Il y a cependant un lien de connexité entre l'indépendance judiciaire et les conditions de formation requises pour exercer la fonction de juge dans la mesure où seules des connaissances suffisantes de fait et de droit rendent le juge apte à former sa volonté de manière indépendante et à appliquer correctement le droit. S'il ne l'est pas, on ne saurait parler d'un procès équitable, d'autant qu'il y a une relation avec le droit d'être entendu: le juge doit être capable de procéder à une appréciation adéquate des demandes et des arguments que lui soumettent les parties au procès. C'est pourquoi le droit à un juge indépendant, respectivement à un procès équitable, peut être atteint lorsque des juges laïcs inexpérimentés doivent exercer leur fonction sans pouvoir s'appuyer sur l'aide d'un professionnel indépendant; en pareille hypothèse, il faudrait en tout cas se demander si l'on ne devrait pas parler d'un *judex inhabilis*, auquel il manquerait les qualités requises pour prendre une décision correcte »²⁸¹⁹. Dans le cas d'espèce, le juge ne dispose certes pas de formation juridique, mais cela n'est pas suffisant afin de le rendre inapte à exercer cette fonction, d'autant que la direction du procès et l'élaboration du jugement se font avec le concours d'un greffier au bénéfice d'une formation juridique²⁸²⁰.

1308 Le contenu de cette décision a été confirmé dans l'ATF 139 III 38 : « il est allégué que la formation juridique de certains membres des conseils est inexistante ou insuffisante ; quoi qu'il en soit, ni l'art. 30 al. 1 Cst., ni l'art. 6 § 1 CEDH n'excluent par principe les juges laïcs. Un conseiller de district laïc peut siéger avec l'assistance d'un secrétaire doté d'une formation juridique ; cette situation n'implique en elle-même aucune dépendance inadmissible, le secrétaire apportant au contraire une aide bienvenue »²⁸²¹.

1309 On peut ainsi constater que dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral estime que l'institution d'un juge ne disposant d'aucune formation juridique n'est pas proscrite par la Constitution. Cependant, son indépendance se mesurant à son degré de formation, le magistrat devrait pouvoir s'appuyer sur une personne au bénéfice

²⁸¹⁴ Cf. *supra*, N 30 ss, 62 ss et 94 ss.

²⁸¹⁵ LUMINATI/CONTARINI, p. 231.

²⁸¹⁶ Seuls quelques cantons à l'instar de Lucerne, de Zoug, de Schaffhouse, de Neuchâtel et du Jura ne connaissent pas de juges laïcs. BUSER, N 36 ; AUER, Staatsrecht, N 287 ss.

²⁸¹⁷ Cf. *supra*, N 385. Michele LUMINATI et Filippo CONTARINI déplorent pourtant la défaite des juges laïcs au détriment des juges savants, qui veulent par-là dominer à eux seuls la scène judiciaire. LUMINATI/CONTARINI, pp. 241 s.

²⁸¹⁸ Traduit en français au JdT 2008 I 96.

²⁸¹⁹ ATF 134 I 16 consid. 4.2 = JdT 2008 I 96.

²⁸²⁰ *Idem*, consid. 4.3.

²⁸²¹ ATF 139 III 38, consid. 4.3.2 = JdT 2014 I 35.

d'une formation juridique (par exemple un greffier)²⁸²² dans l'exercice de ses fonctions judiciaires²⁸²³. Un juge ne doit, en effet, pas seulement avoir une connaissance du droit positif, mais aussi posséder des compétences en matière d'établissement des faits et être en mesure de maîtriser les principes d'interprétation et d'application du droit²⁸²⁴. La présence d'un collaborateur bénéficiant d'une formation juridique constitue alors une garantie dans ce sens. Cela dit, le juge laïc doit pouvoir se faire lui-même une opinion personnelle de l'affaire sans être influencé de manière déterminante par le greffier, au risque de compromettre ainsi son indépendance²⁸²⁵. L'indépendance d'esprit passe notamment par une formation juridique initiale et continue de base, couvrant tant le droit matériel que procédural²⁸²⁶. Dans tous les cas, seuls des magistrats expérimentés devraient pouvoir diriger la procédure²⁸²⁷.

5.3. Les qualités nécessaires à l'exercice de la fonction de juge : un aperçu

Avant de se concentrer sur la formation proprement dite, il convient de s'interroger sur les qualités indispensables pour être un « bon juge ». En premier lieu, une excellente connaissance du droit matériel et procédural est indispensable. Cela dit, les juristes les plus brillants ne font pas nécessairement les meilleurs magistrats. La fonction judiciaire suppose, en effet, la maîtrise de nombreuses compétences dites « souples » (*soft skills*) tant du domaine du « savoir-être » que du « savoir-faire »²⁸²⁸.

Tout d'abord, le juge doit être de bonne moralité. Historiquement, ce critère a joué un rôle de premier plan. Au début du Moyen Âge, les *Boni Homines* qui se jugeaient eux-mêmes ou assistaient aux audiences devaient non seulement posséder une importante fortune, mais aussi être de bonnes personnes. Par exemple, les assesseurs laïcs des villes médiévales d'Europe occidentale devaient avoir une réputation irréprochable²⁸²⁹. Avec l'émergence d'une magistrature professionnelle, ce critère a perdu de sa pertinence. Néanmoins, on retrouve encore aujourd'hui des traces de moralité dans certaines normes cantonales qui exigent du juge qu'il n'ait pas été condamné pour des actes contraires à la probité ou à l'honneur, qu'il n'ait pas fait l'objet d'un acte de défaut de biens ou plus vaguement qu'il jouisse d'une bonne réputation²⁸³⁰.

Par ailleurs, une importance considérable est accordée aux compétences dites sociales (*soziale Kompetenzen*), parmi lesquelles on trouve les capacités d'écoute et de communication, l'empathie, la capacité d'accepter les critiques ou encore la résistance au stress. Ces qualités sont recherchées par les juges eux-mêmes, et ce indépendamment des barrières nationales, constat qui a été mis en exergue lors d'une étude récente²⁸³¹. Les Anglo-

²⁸²² Sur la fonction de greffier en droit suisse, cf. *infra*, 3^e partie, chapitre 5.7.

²⁸²³ A ce propos, le canton du Tessin a mis en consultation une modification législative concernant les juges de paix, qui sont parfois non-juristes. Dans le cadre de leur fonction juridictionnelle, ceux-ci doivent dorénavant pouvoir faire appel à un soutien qui dispose d'une formation juridique complète, ceci afin de garantir la pleine indépendance du procès. En outre, la formation juridique de base des juges de paix doit être renforcée. Cette réforme fait suite à un avis de droit des professeurs François BOHNET et Pascal MAHON (juin 2018) requis par le Gouvernement tessinois concernant la constitutionnalité de la justice de paix de ce canton avec les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH.

Cf. [<https://www3.ti.ch/CAN/comunicati/04-02-2019-comunicato-stampa-469536218727.pdf>] (dernière consultation: 13.05.2020).

On notera que par décision du 8 novembre 2019, la *Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'Appello* a considéré que cet avis de droit n'a pas de valeur normative et ne constitue pas un moyen de preuve pouvant nier la compétence d'un juge de paix sans formation juridique de base et qui n'est pas appuyé par un juriste. Tribunale d'Appello (TI), Sentenza 14.2019.92, consid. 4.3.

²⁸²⁴ HANGARTNER Yvo, Befähigung eines Laienrichters zur Austübung des Richteramtes, in : AJP 2008, pp. 368 ss, p. 369.

²⁸²⁵ Cf. not. KÄLIN Walter/LIENHARD Andreas/TSCHANNEN Pierre/TSCHECHSCHER Axel, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, in : RJB 2009, pp. 719 ss, p. 782 ; RASELLI Niccolò, Laien als Richter und Richterinnen, in : RSJ 104/2008, pp. 96 ss, p. 99. Cf. ég. CCJE, avis n° 22, § 26.

²⁸²⁶ RÜEFLI, pp. 334 ss.

²⁸²⁷ *Ibid.*

²⁸²⁸ PAYCHÈRE, p. 158 ; KRAUSKOPF, p. 201.

²⁸²⁹ LANGER, N 13.

²⁸³⁰ Cf. *supra*, N 233. En Angleterre et au Pays de Galles, la JAC prend en compte le « *good character* » du candidat, section 63(3) CRA 2005. cf. *supra*, N 619. Au sein des juridictions internationales, le fait de jouir « de la plus haute considération morale » est un critère pour être élu. Cf. art. 2 Statut CIJ, art. 21 § 1 CEDH. Cf. *supra*, N 823 et 856.

²⁸³¹ Dans une étude publiée sous forme de thèse, Georg GRÜNSTÄUDL a interrogé, entre décembre 2013 et avril 2015, 1052 juges en Autriche, en Allemagne et en Suisse. Il résulte de cette recherche que des compétences sociales appropriées sont requises pour près de la moitié des magistrats interrogés (respectivement 45% en Autriche, 43% en Allemagne et 40% en Suisse). GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, N 750 ss ; *Idem*, Richtermacher, N 20 s. Pour une autre étude plus ancienne arrivant aux mêmes conclusions, cf. LUDEWIG Revital, Der Umgang

saxons utilisent par ailleurs le terme « *judgecraft* », qui désigne notamment la capacité à être « équitable, humain et courtois » à l'égard des parties au litige²⁸³². En outre, l'objectivité et l'impartialité des magistrats sont également requises, tout comme un esprit de décision (*Entscheidungsfreude*), ce qui correspond aussi au courage de prendre des décisions impopulaires en dépit de la pression populaire²⁸³³. L'image du juge idéal, comme « une personnalité indépendante », « un penseur incorruptible », d'une « modestie parfaite » ou encore d'une « grande bienveillance » est d'ailleurs présente dans les médias helvétiques, à travers l'histoire²⁸³⁴.

1313 En Suisse, certaines annonces de postes mis au concours comportent des indications quant aux compétences recherchées par l'organe d'élection ou de préparation à celle-ci. Cela est le cas de la commission de justice du canton de Berne qui exige notamment du candidat au poste de juge au tribunal régional : « talent de négociation, personnalité équilibrée, résistance au stress, sens critique, indépendance d'esprit, esprit de décision, aisance dans l'expression écrite et orale, aptitude à travailler de manière expéditive et ciblée, esprit d'équipe, compétences sociales »²⁸³⁵. La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale requiert d'un juge au Tribunal fédéral qu'il soit « sociable et doté d'un bon esprit de synthèse » et se « distingue par des méthodes de travail efficaces et [sa] capacité à prendre rapidement des décisions »²⁸³⁶. Cela dit, en présence de critères d'ordre politique, lesquels sont souvent prépondérants, il n'est pas aisé de déterminer les réelles attentes de l'organe d'élection²⁸³⁷. Il en va d'autant plus ainsi lorsque la présélection des juges s'effectue au sein même du parti politique ou d'une commission interpartis²⁸³⁸.

1314 Enfin, il faut souligner que les attentes à l'égard d'un futur magistrat ne sont pas exactement les mêmes selon le degré de juridiction où il sera appelé à siéger. Pour les juges de première instance, on exigera, outre de bonnes connaissances juridiques, avant tout des capacités de communication et d'écoute. Celles-ci sont moins importantes pour les magistrats de deuxième et de troisième instances, qui statuent dans la majorité de cas sur pièces et en formation collégiale. En plus d'avoir un esprit d'analyse et de synthèse très développé, ils doivent être capables d'appréhender les avis divergents de leurs collègues et d'y faire face de manière respectueuse, tout en se montrant convaincants dans leur argumentation.

5.4. Les standards internationaux en matière de formation des juges

1315 La formation juridique des magistrats prend toujours plus d'importance sur le plan international. Elle est en effet reconnue comme une condition nécessaire pour bénéficier d'une justice indépendante et de qualité. C'est ainsi que plusieurs organes internationaux compétents en matière d'indépendance des juges ont rédigé des règles en matière de formation. La plupart de ces textes ont été cités dans la deuxième partie de notre recherche²⁸³⁹. Nous nous bornerons donc ici à évoquer les dispositions concernant la formation initiale et continue des magistrats²⁸⁴⁰.

5.4.1. Au niveau international (Nations Unies)

1316 Tout d'abord, les principes fondamentaux de l'ONU relatifs à l'indépendance de la magistrature de 1985 mentionnent que « les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes » (§ 10). Par-là, un lien est

mit dem reichen Ich-Ideal: der Mensch hinter dem Richter, in: Marianne Heer (éd.), *Der Richter und sein Bild – Le juge et son image*, Berne 2008, pp. 25-44.

²⁸³² Cf. PAYCHÈRE, p. 173. Cf. *supra*, N 640.

²⁸³³ KIENER, *Unabhängigkeit*, pp. 265 s. ; GASS, p. 602.

²⁸³⁴ Cf. AERSCHMANN, pp. 184 ss (notre traduction).

²⁸³⁵ [http://www.gr.be.ch/gr/fr/index/hintergrund/hintergrund/aufgaben/richterwahlen.assetref/dam/documents/GR/Parlamentsdienste/fr/richterwahlen/stellenprofil/anforderungsprofil_gerichtspräsidentIn-erster-instanzen.pdf] (dernière consultation: 13.05.2020).

²⁸³⁶ Poste de juge ordinaire au Tribunal fédéral, décembre 2019 (annonce supprimée).

²⁸³⁷ KRAUSKOPF, p. 204.

²⁸³⁸ GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*, N 39 s.

²⁸³⁹ Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 1.

²⁸⁴⁰ Pour le surplus, cf. STEIN-WIGGER Matthias /GASS Stephan, *Internationale Richterausbildung*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2010/2.

opéré entre l'indépendance de la justice, objet principal de cette déclaration, et la formation²⁸⁴¹.

Ensuite, les principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire de 2002 comportent deux articles quant à la formation.

1317

« 6.3. Le juge prendra des mesures raisonnables pour entretenir et améliorer les connaissances, aptitudes et qualités personnelles nécessaires à une bonne exécution de ses fonctions de magistrat, faisant usage à cet égard des possibilités de formation et autres pouvant être mises à la disposition des juges, sous contrôle judiciaire.

6.4. Le juge se tiendra informé sur l'évolution du droit international revêtant de l'importance, y compris les conventions internationales et autres instruments établissant des normes en matière de droits de l'homme. »

Selon les commentaires de ces principes formulés par le Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice, publiés en 2013, « les connaissances requises peuvent porter non seulement sur des aspects du droit matériel et procédural, mais aussi sur l'incidence du droit et des tribunaux sur la vraie vie » (§ 199). A propos de cette dernière expression, François PAYCHÈRE relève que « [l]es auteurs du commentaire entendent en fait souligner l'importance de l'acquisition de connaissances dans les domaines exorbitants de la formation juridique au sens étroit : différences entre les sexes, les cultures, problématique le cas échéant des peuples autochtones, orientation sexuelle, impact de la maladie ou de l'invalidité sont des thèmes qui ne se traitent pas sur les bancs de la faculté ou qui ne se maîtrisent pas à travers une pratique professionnelle d'avocat »²⁸⁴².

1318

5.4.2. Au niveau régional (Conseil de l'Europe)

Au niveau régional, le Conseil consultatif des juges européens (CCJE) a émis, en 2003, l'avis n° 4 « sur la formation initiale et continue appropriée des juges, aux niveaux national et européen ». Les troisième et quatrième paragraphes posent les principes qu'« une formation élaborée, approfondie et diversifiée des juges sélectionnés à l'issue des études juridiques complètes est indispensable pour que ceux-ci exercent leur métier de manière compétente » (§ 4) ; elle est aussi une garantie de leur indépendance et de leur impartialité, conformément aux exigences de la CEDH.

1319

« 5. Elle est enfin une condition nécessaire pour que la justice soit respectée et respectable. La confiance des citoyens en la justice sera renforcée si les juges ont des connaissances approfondies et diversifiées qui s'étendent au-delà des domaines de la technique juridique à des domaines de grand intérêt social, s'ils présentent des qualités professionnelles et personnelles et s'ils font preuve de compréhension leur permettant de traiter des affaires et d'être en contact avec toutes les personnes concernées de manière approfondie et ouverte. Une formation est donc indispensable pour que les juges exercent leurs fonctions judiciaires de manière objective, impartiale et avec professionnalisme, et pour les protéger contre les influences indues. »

Par ailleurs, « toute autorité chargée de veiller à la qualité du programme de formation doit être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif et être composée au moins pour moitié de magistrats. [...] [L]a formation des magistrats ne devrait pas se limiter à une formation juridique technique, mais devrait aussi tenir compte du fait que la nature de la fonction judiciaire nécessite souvent une intervention du juge dans des situations complexes et difficiles » (§ 17).

1320

S'agissant de la formation initiale, l'avis n° 4 du CCJE prévoit ce qui suit :

1321

« 23. [s]i l'obligation de formation est évidente lorsque les juges sont recrutés au début de leur carrière professionnelle, la question de sa nécessité se pose lorsque le choix du juge s'opère parmi les meilleurs juristes bénéficiant d'une grande expérience, comme (par exemple) dans les pays de *common law*.

24. De l'avis du CCJE, une formation initiale doit être envisagée pour les deux groupes de juges : l'exercice des fonctions judiciaires constitue, en effet, pour tous une nouvelle

²⁸⁴¹ PAYCHÈRE, p. 159.

²⁸⁴² *Idem*, pp. 160 s.

profession, comportant une approche particulière dans de nombreux domaines, notamment ceux de la déontologie du juge, de la procédure, des relations avec toutes les personnes impliquées dans les procédures judiciaires.

25. Il importe, en revanche, de tenir compte des spécificités des modes de recrutement pour cibler et adapter les programmes de formation de manière appropriée, les juristes expérimentés devant recevoir exclusivement celle requise par leur nouvelle profession [...]

26. Le CCJE recommande, en conséquence, une formation initiale obligatoire avec des programmes adaptés à l'expérience professionnelle des candidats retenus.

27. Selon le mode de recrutement des juges choisi, le programme et l'intensité de la formation initiale requise diffèrent profondément. La formation ne devrait pas comporter uniquement une initiation aux techniques de traitement des litiges par les juges mais devrait aussi prendre en considération le besoin d'une sensibilité sociale et d'une compréhension étendue de différentes disciplines rendant compte de la complexité de la vie en société. En outre, l'ouverture des frontières signifie que les futurs juges devront être conscients qu'ils sont des juges européens et donc être plus informés des questions européennes. »

1322 Pour ce qui est de la formation continue :

« 32. [elle] est rendue indispensable, non seulement par l'évolution du droit, des techniques et des connaissances requises pour l'exercice des fonctions judiciaires, mais aussi par la possibilité offerte dans de nombreux pays aux magistrats de découvrir, à l'occasion d'un changement de fonctions, de nouvelles responsabilités. Les programmes de formation continue devraient donc offrir la possibilité de formation dans le cas des changements de carrière, comme le passage d'un tribunal pénal à un tribunal civil ; la prise en charge d'une juridiction spécialisée (tribunal de famille, pour enfants, social) et la prise en charge d'un poste comme la présidence d'une chambre ou d'un tribunal. Un tel changement de fonction pourrait être subordonné au suivi d'un programme de formation approprié.

34. Il est irréaliste de rendre en toutes hypothèses obligatoire la formation continue. On peut craindre, en effet, qu'elle prenne dans ce cas un caractère bureaucratique et purement formel. La formation proposée devrait être attractive pour convaincre les juges d'y participer, le volontariat étant la meilleure garantie de l'efficacité de cette formation. Cela devrait également être facilité par la nécessaire conscience, en tout juge, de l'existence d'une obligation déontologique à l'entretien et au renouvellement des connaissances. »

1323 La Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'indépendance, l'efficacité et les responsabilités des juges précise, s'agissant de la formation :

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

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

65. Les juges devraient régulièrement mettre à jour et développer leurs connaissances. »

1324 A la lecture de ces textes, on peut constater, s'agissant des formations initiales, une différenciation en fonction du passé professionnel du magistrat. En effet, le futur magistrat sortant des bancs de l'université (par ex. en France) et celui qui accède à la fonction après plusieurs années de pratique (par ex. au Royaume-Uni) ne doivent pas être traités sur un pied d'égalité. Une formation initiale obligatoire doit dès lors être adaptée à

l'expérience professionnelle des candidats retenus. En revanche, pour ce qui s'agit de la formation continue, elle semble basée avant tout sur le volontariat du magistrat²⁸⁴³.

Enfin, on relèvera qu'il existe un certain nombre d'organisations internationales ayant pour buts le développement de la formation initiale et continue des magistrats ainsi que l'échange de savoirs et de compétences entre les juges de divers pays. On citera à ce propos le Réseau européen de formation judiciaire (REFJ)²⁸⁴⁴ et l'*International Organisation for Judicial Training* (IOJT)²⁸⁴⁵.

1325

5.5. La formation des juges à l'étranger

5.5.1. Les Etats membres du Conseil de l'Europe (rappel et renvoi)

Dans la deuxième partie de notre recherche, nous nous sommes référés à l'étude de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) (année 2018)²⁸⁴⁶. Il ressort de celle-ci que dans la grande majorité des pays du Conseil de l'Europe, soit 42 Etats, la désignation comme juge fait suite à une période de formation obligatoire. Elle est facultative que dans quatre Etats. On peut distinguer une formation initiale obligatoire suivie avant la nomination des candidats qui ont réussi les examens d'entrée – c'est le cas dans une grande majorité des Etats ayant recours à un concours d'admission – et une formation initiale obligatoire suivie après la nomination des magistrats²⁸⁴⁷.

1326

Selon la CEPEJ, « [l]es Etats et entités ont une compréhension différente quant au contenu de la formation initiale. Il paraît cohérent que dans les pays où les juges sont recrutés parmi des praticiens du droit avec une longue expérience professionnelle, la formation initiale soit réduite à de simples formalités organisationnelles et administratives. En revanche, dans les Etats où les juges sont recrutés relativement jeunes, suite à la validation de l'examen d'admission, une véritable formation juridique de connaissances, accompagnée de stages pratiques au sein des tribunaux apparaît indispensable en termes de qualité de justice »²⁸⁴⁸.

1327

Cela dit, la majorité des Etats membres combine la voie du concours avec des modes alternatifs de recrutement, basés principalement sur l'expérience pratique, qui permettent soit des examens d'entrée moins conséquents ou une formation plus courte (Pays-Bas, Belgique), soit l'entrée directe dans la magistrature (France)²⁸⁴⁹.

1328

La formation initiale des magistrats est assurée dans la grande majorité des Etats (37) par des institutions spécialisées, rattachées principalement au ministère de la Justice ou au pouvoir judiciaire. En général dans les pays qui ont institué une école de la magistrature, la formation est relativement longue²⁸⁵⁰ alors qu'elle ne dure que quelques jours dans les Etats où les juges sont issus des rangs des professionnels expérimentés (Royaume-Uni, Irlande). Dans certains pays, la formation est effectuée à travers des périodes de stage, comme en Finlande, en Suède ou en Pologne²⁸⁵¹. Enfin, la totalité des Etats prévoit une formation continue pour leurs juges ; cette formation étant obligatoire dans 26 d'entre eux²⁸⁵².

1329

On observe ainsi que la réussite d'un examen d'entrée dans une formation spécifique est souvent complétée par une expérience pratique des candidats-juges. Cela dit, la formation continue se développe. Les magistrats

1330

²⁸⁴³ *Idem*, p. 169.

²⁸⁴⁴ European Judicial Training Network (EJTN). [www.ejtn.net].

²⁸⁴⁵ [www.iojt.org].

²⁸⁴⁶ Cf. *supra*, 2^e partie, chapitre 2.2.

²⁸⁴⁷ CEPEJ, Rapport 2018, pp. 99 s.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*

²⁸⁴⁹ *Idem*, pp. 94 s.

²⁸⁵⁰ Bulgarie – 9 mois, France – 31 mois, Croatie – 2 ans, Autriche – 4 ans.

²⁸⁵¹ CEPEJ, Rapport 2018, pp. 99 s.

²⁸⁵² *Ibid.*

sont incités à renforcer leur formation et leurs connaissances, de manière souvent pluridisciplinaire. Si la formation continue reste plutôt facultative, son caractère obligatoire se renforce pour accéder à des postes ou fonctions spécialisés (juge pour enfants ou chef de cour par exemple)²⁸⁵³.

5.5.2. Les magistratures « latines » : une formation acquise au sein d'une institution nationale (rappel et renvoi)

1331 La France est l'exemple-type d'une magistrature de type bureaucratique. Sans entrer dans les détails²⁸⁵⁴, on rappellera que la formation du magistrat s'effectue principalement au sein même du corps judiciaire. La réussite d'un concours donne droit à l'entrée dans un institut de formation²⁸⁵⁵, au sein duquel l'aspirant juge devra suivre divers cours et stages pratiques, d'une durée plus ou moins longue (généralement variant de 18 mois à trois ans), le préparant à la fonction judiciaire. Une fois sa formation achevée et après un examen final, le juge sera affecté au sein d'une juridiction dans laquelle il pourra mettre en pratique les connaissances acquises. Toutefois, les personnes ayant une expérience professionnelle jugée suffisante (professeurs d'université, hauts fonctionnaires) peuvent, sous certaines conditions, accéder à la magistrature sans suivre de formation (recrutement latéral)²⁸⁵⁶.

1332 Les avantages des formations dispensées par ces entités consistent en un mixte de stages pratiques au sein de plusieurs organismes (tribunaux, études d'avocats, administrations, etc.) et de cours donnés par des magistrats. Cette formation est d'ailleurs en grande partie basée sur la pratique judiciaire ou administrative. Une évaluation du futur magistrat est en outre effectuée durant toute sa formation. Ainsi, l'auditeur sortant de ces écoles est indéniablement assuré d'avoir suivi une formation de qualité.

5.5.3. L'Allemagne : une formation commune à toutes les professions juridiques

1333 L'Allemagne présente la particularité que le processus de formation est le même pour un grand nombre de professions juridiques et judiciaires (juges, procureurs, avocats et hauts fonctionnaires). En effet, les candidats à ces fonctions doivent tous passer trois étapes avec succès. Premièrement, à l'issue de leur formation juridique universitaire, ils doivent se présenter au Premier Examen d'Etat (*Erste Staatsprüfung*). Les étudiants qui l'ont réussi ont le droit d'assister à une période de cours et de stages préparatoires (*Vorbereitungsdienst*), de deux ans et organisée par chaque *Land*, qui peut être effectuée, tout ou en partie, auprès d'un tribunal, d'un parquet, d'un cabinet d'avocats ou d'un service de l'administration. Des cours théoriques sont également organisés par les académies judiciaires de divers *Länder*²⁸⁵⁷.

1334 Cette période achevée, les juristes ont le droit de se présenter au Second Examen d'Etat (*Zweite Staatsprüfung*) qui est organisé en général par le ministère de la Justice du *Land*²⁸⁵⁸. Une fois cet examen réussi, les étudiants sont aptes à exercer les professions juridiques. Cela dit, seuls les candidats qui ont obtenu des notes supérieures à la moyenne accèdent à la magistrature²⁸⁵⁹. L'objectif de cette formation unifiée pour tous les juristes n'est pas celui de produire « un spécialiste prêt à l'emploi », mais plutôt un « généraliste compétent » formé à la méthodologie juridique et ayant appris à se familiariser en peu de temps avec toutes les questions de droit matériel et procédural (*Einheitsjurist*)²⁸⁶⁰.

²⁸⁵³ *Idem*, p. 101.

²⁸⁵⁴ Nous renvoyons le lecteur aux chapitres correspondants. Pour la magistrature bureaucratique en général, cf. *supra*, N 777 ss. Pour la France en particulier, cf. *supra*, N 529 ss.

²⁸⁵⁵ Ecole Nationale de la Magistrature et Ecole Nationale d'Administration en France, *Scuola Superiore della Magistratura* en Italie, *Escuela Judicial* en Espagne, *Centro de Estudos Judiciarios* au Portugal.

²⁸⁵⁶ Pour la France, cf. *supra*, N 541 et 562.

²⁸⁵⁷ S'agissant par exemple du *Land* de *Nordrhein-Westfalen*, cf. PAYCHÈRE, pp. 178 s.

²⁸⁵⁸ Cf. § 5 à 7 et 9 *Deutsches Richtergesetz*. CHARBONNIER, pp. 169 s ; KEMPFLÉ, N 3 ss.

²⁸⁵⁹ CHARBONNIER, p. 170 ; KEMPFLÉ, N 12.

²⁸⁶⁰ KEMPFLÉ, N 7 (notre traduction).

En outre, le candidat doit également détenir des « compétences sociales nécessaires »²⁸⁶¹ à la fonction de juge. Par-là, on entend « *insbesondere Leistungsbereitschaft und Belastbarkeit, Identifikation mit dem Auftrag der Justiz, Fähigkeit zum Verhandeln und zum Ausgleich, Konflikt- und Entschlussfähigkeit, Kooperationsfähigkeit, soziales Verständnis, gesellschaftliches Engagement, Gerechtigkeitsinn sowie verantwortungsbewusste Ausübung der im Rahmen der dritten Gewalt anvertrauten Macht* »²⁸⁶². Or, ces compétences ne peuvent être acquises par une simple formation juridique universitaire.

1335

La nomination à vie est précédée d'une période probatoire (*Richter auf Probe*) qui dure en règle générale trois ans et qui peut être prolongée jusqu'à cinq ans²⁸⁶³. Au cours des deux premières années de formation, une révocation est possible sans motifs. Après cette période, le « juge à l'essai » peut être destitué s'il n'est pas apte à exercer la fonction de magistrat ou si la commission de sélection refuse de le nommer à vie²⁸⁶⁴.

1336

Enfin, la formation continue des magistrats est dispensée notamment par la *Deutsche Richtera Akademie*, institution financée conjointement par l'Etat central et les *Länder*. L'Académie dispose de deux centres de formation à Trier et Wustrau²⁸⁶⁵.

1337

5.5.4. L'Autriche : une formation essentiellement interne au pouvoir judiciaire

Contrairement à la Suisse et à l'Allemagne, qui sont également des Etats fédéraux, l'organisation judiciaire autrichienne – à l'exception de celle administrative – est une compétence exclusivement fédérale²⁸⁶⁶. L'entrée en formation est ouverte aux Autrichiens, jouissant des droits civils, disposant d'une formation universitaire en droit autrichien et ayant accompli un stage de sept mois, généralement en juridiction. Des compétences sociales sont également requises²⁸⁶⁷.

1338

L'aspirant juge devra, en outre, se soumettre à une épreuve écrite et à un entretien mené par des psychologues. Il pourra, ensuite, intégrer la formation préparatoire en qualité de *Richteramtsanwärter*. Cette formation, qui dure quatre ans, est effectuée au sein des juridictions de tous les degrés, au ministère public et dans des études d'avocat²⁸⁶⁸. Mêlant expérience pratique et cours théoriques, elle vise à acquérir des aptitudes indispensables à l'activité judiciaire. A l'issue de ces quatre années de formation, l'aspirant magistrat devra passer deux examens écrits comportant la rédaction d'actes judiciaires. Les épreuves sont évaluées par une commission composée de juges et d'avocats²⁸⁶⁹.

1339

Selon Georg GRÜNSTÄUDL, l'Autriche connaît un « *Justizinternes Ausbildungsmodell* ». En effet, les juges civils et pénaux sont formés à l'intérieur du pouvoir judiciaire. En règle générale, la route menant à la carrière judiciaire commence directement après l'obtention du diplôme universitaire, sans expérience professionnelle préalable (comme avocat, par exemple)²⁸⁷⁰.

1340

En revanche, pour accéder à la fonction de juge administratif, il n'y a pas de formation juridique spécifique. Il faut disposer, outre de la nationalité autrichienne, d'un diplôme universitaire en droit et de cinq années d'expériences professionnelles. Dans la plupart des *Bundesländern*, la titularité d'un brevet d'avocat ou d'un autre

1341

²⁸⁶¹ « *erforderliche soziale Kompetenz* », § 9 ch. 4 *Deutsches Richtergesetz*.

²⁸⁶² *Deutscher Bundestag – Drucksache 14/8629*, p. 14 cité par GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*, N 15. On peut traduire cette phrase par « en particulier la capacité de travailler sous pression, l'identification avec la mission de la justice, la capacité de négocier et de régler les conflits et de prendre des décisions, la capacité de coopérer, la compréhension sociale, le sens de l'équité ainsi que l'exercice responsable du pouvoir confié ».

²⁸⁶³ Cf. § 12 al. 2 et 10 al. 1 *Deutsches Richtergesetz*.

²⁸⁶⁴ § 22 al. 1 et 2 *Deutsches Richtergesetz*. Une révocation pour des motifs disciplinaires est en outre possible, § 22 al. 3 *Deutsches Richtergesetz*.

²⁸⁶⁵ [<http://www.deutsche-richterakademie.de/>] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁸⁶⁶ PAYCHÈRE, p. 180.

²⁸⁶⁷ § 2 *Gesamte Rechtsvorschrift für Richter und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz* (RStDG), *Fassung vom 24.12.2019*.

²⁸⁶⁸ § 9 RStDG.

²⁸⁶⁹ Cf. § 14 à 20 RStDG.

²⁸⁷⁰ GRÜNSTÄUDL, *Richtermacher*, N 25.

diplôme équivalent (comme juriste au sein d'une administration, par exemple) est, en outre, requise²⁸⁷¹. Contrairement aux juges pénaux et civils, les magistrats administratifs acquièrent donc leurs connaissances à l'extérieur du corps judiciaire (*Justizexternes Berufserfahrungsmodell*), soit pendant leurs activités d'avocats ou de juristes dans une administration²⁸⁷².

5.5.5. Les magistratures de *common law* : une quasi-absence de formation spécifique (rappel et renvoi)

1342 Dans les systèmes de *common law*²⁸⁷³, en revanche, les juges professionnels sont recrutés principalement parmi les meilleurs avocats au barreau et autres professionnels du droit qui ont déjà une solide expérience professionnelle. Celle-ci est, en effet, davantage mise en valeur que le suivi d'une école de magistrature et la réussite d'un concours permettant d'y accéder²⁸⁷⁴.

1343 Cela dit, on constate, dans ces magistratures de type professionnel, un développement significatif, ces dernières années, dans la formation initiale et continue des magistrats. En effet, il est admis, au sein du Royaume-Uni et de ses anciennes colonies, que les capacités nécessaires afin d'exercer la fonction de juge – soit notamment celle de traiter équitablement les justiciables – ne s'acquièrent pas (seulement) lors d'une carrière d'avocat. En conséquence, une formation spécifique tant au début que durant la carrière du juge est indispensable²⁸⁷⁵. Dans le même temps, « la conception selon laquelle la justice est un service public, dont les acteurs doivent délivrer une prestation de qualité, progresse »²⁸⁷⁶.

5.5.6. La comparaison entre les systèmes de formation

1344 Cet aperçu des quelques formations existantes en Europe nous permet d'observer que les pays de tradition romano-germanique (France, Italie, Allemagne et Autriche) ont – indépendamment de leurs différences structurelles (Etat unitaire, Etat fédéral) – en commun l'acquisition de compétences nécessaires à l'accomplissement d'une tâche judiciaire, connaissances qui ne peuvent être acquises ni lors d'une formation universitaire ni lors de l'exercice d'une autre activité professionnelle (comme celle d'avocat par exemple)²⁸⁷⁷. En conséquence, « [ils] prennent mieux en compte la nécessité d'une formation spécifique en vue d'exercer le métier du juge et offrent des parcours de formation continue plus complets et mieux structurés »²⁸⁷⁸. En revanche, les pays de *common law* restent encore en dehors de ce phénomène de formation du métier judiciaire. On remarque toutefois que face à la complexité des questions juridiques et judiciaires, ces besoins se sont accrues également outre-Manche.

1345 Pour Georg GRÜNSTÄUDL, qui a procédé à la comparaison des systèmes allemand, autrichien et suisse, l'expérience professionnelle dans des domaines connexes à la justice est utile à la fonction judiciaire. Ces compétences pratiques doivent cependant être complétées par une formation permettant d'acquérir des connaissances plus fondamentales au métier de juge, en particulier les techniques de rédaction de jugement et de négociation. Le mode idéal serait donc, selon cet auteur, une combinaison entre une formation dispensée par une académie de la magistrature et une expérience professionnelle acquise en dehors de la justice²⁸⁷⁹.

²⁸⁷¹ *Idem*, N 12 et les références citées.

²⁸⁷² *Idem*, N 29 s.

²⁸⁷³ Royaume-Uni, Irlande, Canada, Etats-Unis, etc.

²⁸⁷⁴ Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, cf. *supra*, N 622 ss.

²⁸⁷⁵ PAYCHÈRE, pp. 172 s.

²⁸⁷⁶ *Idem*, p. 172. Cf. ég. THOMAS, p. 4.

²⁸⁷⁷ PAYCHÈRE, pp. 186 ss.

²⁸⁷⁸ *Idem*, p. 187.

²⁸⁷⁹ GRÜNSTÄUDL, Richtermacher, N 46 ; *Idem*, Richterauswahl, pp. 346 ss.

5.6. La titularité du brevet d'avocat : une formation suffisante pour devenir juge ?

En Suisse, au moment d'entrer en fonction, plusieurs juges sont titulaires d'un brevet d'avocat, alors même que la loi ne l'exige pas²⁸⁸⁰. Ce titre, ou une autre formation jugée équivalente (brevet de notaire ou doctorat par exemple) est d'ailleurs requis expressément dans une dizaine de législations cantonales²⁸⁸¹.

Comme le fait remarquer à juste titre Florence KRAUSKOPF, il est difficile de conclure que l'obtention d'un brevet d'avocat permette l'acquisition effective de compétences utiles à la charge de juge. Premièrement, en raison de la disparité d'exigences d'un canton à l'autre quant à l'obtention d'un tel titre (durée du stage, déroulement de l'examen). Deuxièmement et surtout, en raison de l'activité quotidienne de la profession. En effet, la rédaction d'actes (demande, recours) destinés à convaincre demande un style rédactionnel différent de celui d'une décision judiciaire. Par ailleurs, l'avocat et le juge pourront voir de manière différente la préparation et la conduite d'une audience²⁸⁸². Troisièmement, on mentionnera que bien souvent les intérêts de l'avocat consistent principalement à défendre les intérêts de ses clients, quand bien même le droit ne va pas dans leur sens, et non pas nécessairement et exclusivement le sentiment de justice et d'équité propre à l'activité de magistrat.

5.7. L'exercice du métier de greffier comme préparation à la fonction de juge

5.7.1. Une profession diffuse au sein des tribunaux helvétiques

L'absence de formation spécifique pour les magistrats suisses s'explique également par la présence des greffiers (*Gerichtsschreiber*). Ces collaborateurs juridiques, dont le rôle est essentiellement de rédiger des jugements sous la responsabilité des juges, ont un rôle important dans l'activité jurisprudentielle en Suisse. Ils ont d'ailleurs une longue tradition. A l'origine, ils rédigeaient les procès-verbaux et quelques jugements, sous l'ordre des magistrats, et étaient recrutés parmi les greffiers des administrations communales²⁸⁸³. Ils n'avaient alors pas de formation juridique. Cela n'est plus vraiment le cas aujourd'hui. En plus d'un diplôme universitaire en droit, ils disposent généralement d'un brevet d'avocat, voire de notaire, exigence qui est parfois prévue dans la loi²⁸⁸⁴.

Contrairement aux juges – élus en règle générale par le Parlement ou le peuple – les greffiers sont engagés par les tribunaux. L'affiliation à un parti politique ou le soutien de celui-ci n'est donc, en principe, pas une condition d'engagement. C'est une fois qu'un poste judiciaire devient disponible qu'ils s'affilient alors à un parti ou du moins doivent déclarer leur affinité par rapport à une formation politique²⁸⁸⁵.

Au Tribunal fédéral, le nombre de greffiers a considérablement augmenté dans les années 1980. En effet, malgré l'accroissement des affaires en cours, l'Assemblée fédérale n'a pas souhaité augmenter le nombre de juges, ceci afin que la jurisprudence garde son unité et sa cohérence. Le nombre de greffiers s'est cependant considérablement étoffé²⁸⁸⁶. Ils sont, aujourd'hui, quelque 150 et disposent d'une formation universitaire en droit, très souvent complétée d'un doctorat et/ou d'un brevet d'avocat, parfois même d'un *Legum Magister* (LL.M)²⁸⁸⁷. Les 38 juges du Tribunal fédéral peuvent difficilement faire face à leur charge de travail sans l'appui des greffiers qui, comme la loi le prévoit expressément, « participent à l'instruction et au jugement des

²⁸⁸⁰ C'est le cas par exemple dans les cantons de Neuchâtel, de Thurgovie, de Saint-Gall, d'Uri, de Glaris, de Schaffhouse ainsi qu'au Tribunal pénal fédéral, au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral. Cf. KRAUSKOPF, p. 199.

²⁸⁸¹ Cf. *supra*, N 228.

²⁸⁸² KRAUSKOPF, p. 215.

²⁸⁸³ UEBERSAX, *Gerichtsschreiberinnen*, p. 78.

²⁸⁸⁴ Par ex : art. 33 al. 3 LOJM/BE ; art. 56 LOJ/JU.

²⁸⁸⁵ Ce critère n'est pas indispensable dans les cantons où les magistrats de première instance sont désignés par le pouvoir judiciaire lui-même, comme dans le canton de Vaud par exemple.

²⁸⁸⁶ WURZBURGER, *Commentaire LTF*, N 5 ad art. 24. A cet effet, on parle parfois de « *Gerichtsschreiberjustiz* », UEBERSAX, *Gerichte*, N 23. Pour plus de détails s'agissant de l'historique des greffiers du Tribunal fédéral, cf. UEBERSAX, *Gerichtsschreiberinnen*, pp. 79 ss.

²⁸⁸⁷ [https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-gerichtsschreiber.htm] (dernière consultation : 13.05.2020)

affaires. Ils ont une voix consultative » (art. 24 al. 2 LTF). Plus précisément, « ils élaborent des rapports sous la responsabilité d'un juge et rédigent les arrêts du Tribunal fédéral » (art. 24 al. 2 LTF) ; « ils remplissent les autres tâches que leur attribue le règlement » (art. 24 al. 3 LTF).

1351 Par ailleurs, la jurisprudence considère que ces collaborateurs-juristes sont également soumis aux garanties découlant des art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, « dans la mesure où ils participent à la formation de la décision, ce qui est le cas lorsqu'en relation avec leur activité de rédaction, ils assistent à la délibération et peuvent exprimer leur position, même s'ils n'ont pas le droit de voter »²⁸⁸⁸.

1352 Dans plusieurs cantons ainsi qu'au niveau fédéral, l'exercice pendant plusieurs années du métier de greffier constitue un atout pour être élu juge. A Zurich, il semble s'agir d'une obligation, puisque la fonction d'une durée de deux à trois ans, au sein d'un tribunal de district respectivement du Tribunal cantonal, est, dans les faits, une étape préalable obligatoire pour accéder à la fonction de juge suppléant, puis de juge ordinaire²⁸⁸⁹.

5.7.2. CCJE : avis n° 22 (2019) sur le rôle des assistants de justice

1353 Le Conseil consultatif des juges européens a récemment adopté un avis concernant le rôle des assistants de justice. Ceux-ci « ont suivi une formation juridique et appuient les juges dans leur fonction décisionnelle. Ils s'acquittent d'un large éventail de tâches telles que la recherche, l'élaboration de notes sur des questions juridiques ou la rédaction de jugements. Leurs titres peuvent être très divers : assistants de justice, greffiers de justice, juristes, secrétaires, référendaires, Wissenschaftliche Mitarbeiter, Gerichtsschreiber ou greffiers » (ch. 4).

1354 Le CCJE insiste sur les objectifs de formation inhérents au métier d'assistant de justice :

« 12. [...] [e]n occupant un poste d'assistant de justice, les jeunes avocats peuvent acquérir une compréhension utile du travail des tribunaux. L'expérience des Etats membres l'atteste. Dans certains d'entre eux, seconder un juge fait obligatoirement partie de la formation juridique préalable à l'exercice de la profession²⁸⁹⁰. Dans d'autres, le fait d'avoir travaillé comme assistant de justice constitue un prérequis officiel ou non, ou est du moins considéré comme une expérience utile pour toute candidature à un poste de juge²⁸⁹¹. [...] »

1355 Toutefois, le recours aux assistants de justice ne doit pas freiner la nomination de nouveaux juges :

« 14. [i]l convient de trouver l'équilibre entre un processus judiciaire rapide et le droit des parties à un tribunal indépendant et impartial. L'article 6 de la CEDH garantit le droit des parties à bénéficier d'un jugement rendu par un tribunal équitable et impartial. Les assistants de justice ne font pas partie de ce tribunal. Il ne faudrait donc pas y recourir au lieu de nommer des juges en nombre suffisant. Une charge de travail trop élevée peut inciter les juges à déléguer aux assistants de justice plus de tâches que ce qui est souhaitable. »

« 18. [...] La prise de décision n'est donc pas un privilège que les juges peuvent déléguer comme bon leur semble, mais elle est au coeur même de leurs fonctions dans une société fondée sur l'Etat de droit. Les juges ne sont pas de simples gestionnaires de dossiers, mais ils doivent avoir une parfaite maîtrise du droit et des faits de telle sorte que les décisions judiciaires demeurent pleinement leurs propres décisions. »

1356 Des règles concernant la sélection des assistants de justice ont également été édictées :

« 42. [ils] devraient être sélectionnés au cours d'un processus transparent reposant sur des critères objectifs, fondés sur le mérite et tenant compte de l'expérience, des qualifications, des compétences juridiques, de l'intégrité, des compétences en communication et de la motivation. La diversité peut être prise en considération dans le processus

²⁸⁸⁸ ATF 140 I 271, consid. 8.4.1.

²⁸⁸⁹ GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, pp. 249 ss ; LICHTI ASCHWANDEN, N 4. Le canton de Zurich possède, en outre, une formation spécifique pour ses greffiers et auditeurs (*Ausbildungssystem für Auditoren und Gerichtsschreiber – AUJDS*). Cf. GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, pp. 253 ss.

²⁸⁹⁰ Allemagne, Slovaquie.

²⁸⁹¹ Belgique, Bosnie-Herzégovine, Finlande, Géorgie, Pologne, République de Moldova, Slovaquie, Suède, Suisse.

de sélection. Si le fait d'avoir travaillé comme assistant de justice est une condition préalable (officielle ou non) pour devenir juge, celle-ci doit être prise en compte dans le processus de sélection. Il faut conférer un poids adéquat à l'objectif de formation des dispositifs relatifs aux assistants de justice dans le processus de sélection. Si travailler comme assistant de justice fait partie des qualifications requises pour exercer une profession juridique, comme c'est le cas dans certains Etats membres, ces principes ne peuvent pas être pleinement pris en compte, car chaque candidat qualifié doit se voir offrir la possibilité d'acquérir les qualifications nécessaires pour la pratique du droit.

43. L'indépendance des juges doit être protégée contre les pressions externes (indépendance externe). Compte tenu de la proximité des assistants de justice avec le processus décisionnel, l'indépendance du pouvoir judiciaire doit être garantie pendant le processus de sélection des assistants de justice. C'est le pouvoir judiciaire, et non l'exécutif, qui devrait être responsable de la sélection. En outre, le pouvoir judiciaire est le mieux placé pour sélectionner les candidats possédant les qualités et les compétences nécessaires pour les assister, notamment lorsqu'une expertise s'impose dans certains domaines du droit. »

Enfin, les Etats membres doivent soutenir la formation de leurs collaborateurs judiciaires :

1357

« 51. [d]ans un environnement juridique en perpétuelle mutation, l'appareil judiciaire devrait forger une culture d'auto-amélioration et de formation des juges. Ces offres de formation devraient être ouvertes aux assistants de justice afin d'améliorer leur capacité à assister les juges. Lorsqu'un système de formation a été mis en place pour les juges, la formation des assistants de justice devrait être assurée par la même institution. Elle devrait tenir compte des besoins propres aux assistants. Cette formation est particulièrement importante lorsque les assistants de justice ont l'intention de devenir juges. »

On constate donc que les assistants de justice – appelés différemment selon les pays – sont toujours plus diffus sur le vieux continent. Dans plusieurs Etats, dont la Suisse, exercer cette fonction fait obligatoirement partie de la formation juridique préalable à l'exercice de la profession de juge ou est considéré comme une expérience utile pour toute candidature à un futur poste. En revanche, ces collaborateurs semblent absents dans les magistratures latines (France, Italie, etc.). Cela s'explique vraisemblablement par le fait que, dans ces systèmes juridiques, les aspirants juges fréquentent, peu après leurs études, une école de formation longue et complète qui les prépare à exercer ensuite directement la fonction de magistrat – même s'ils seront accompagnés pendant quelques années encore par un magistrat d'expérience. On notera qu'aux Etats-Unis, ces assistants s'intitulent *Law Clerks*. Ils exercent un rôle important dans le processus décisionnel, en particulier au sein de la Cour suprême où ils sont choisis parmi les étudiants des meilleures *Law Schools*²⁸⁹². De ce fait, plusieurs juges de la Cour ont exercé auparavant cette fonction auprès d'un *Justice*²⁸⁹³.

1358

5.7.3. Un prérequis à la fonction de magistrat ?

On peut se demander si l'activité de greffier ne devrait pas constituer une étape obligatoire pour tout futur juge, comme cela est déjà le cas dans le canton de Zurich. La réponse est nuancée. Cette profession permet d'apprendre à rédiger des jugements, à instruire des causes et à participer aux audiences (notamment en rédigeant le procès-verbal)²⁸⁹⁴. Il s'agit donc d'une expérience précieuse dans l'optique d'un futur mandat judiciaire. Cela dit, ces tâches ne couvrent pas tous les aspects de l'activité du juge, comme la tenue de l'audience, la responsabilité de la bonne marche d'un tribunal ou la gestion administrative et financière de celui-ci²⁸⁹⁵.

1359

En conséquence, Florence KRAUSKOPF voit plusieurs inconvénients au fait de rendre obligatoire cette expérience professionnelle. Premièrement, une telle exigence comporte le risque d'une formation en vase clos :

1360

²⁸⁹² Cf. MILLER Mark C., *Law Clerks and their Influence at the US Supreme Court: Comments on Recent Works by Peppers and Ward*, in: *Law & Social Inquiry*, Volume 39, Issue 3, 741–757, Summer 2014.

²⁸⁹³ Par exemple, le juge Brett KAVANAUGH, nommé en 2018, a été le *Clerk* du justice Anthony KENNEDY.

²⁸⁹⁴ Cf. KRAUSKOPF, p. 221 avec quelques exemples.

²⁸⁹⁵ *Ibid.*

seuls d'anciens greffiers enseigneraient leur métier aux futurs juges. Deuxièmement, « la mobilité intercantonale risquerait de se trouver compromise : les candidatures de greffiers, dont les compétences peuvent être appréciées directement par leurs futurs collègues magistrats, seront vraisemblablement favorisées au détriment de celles de candidats ayant travaillé comme greffier dans un autre canton »²⁸⁹⁶. Troisièmement, le greffier qui passerait à la fonction de magistrat au sein de la même juridiction entraîne un risque d'allégeance à l'égard de ses supérieurs qui l'auront parfois recommandé à l'autorité d'élection. L'indépendance interne de la justice se trouverait ainsi affectée. Enfin, une telle obligation limiterait fortement la possibilité pour des personnes provenant d'autres professions juridiques (avocats, notaires, fonctionnaires, chercheurs académiques) d'accéder directement à la magistrature²⁸⁹⁷.

5.8. Les tempéraments à l'absence de formation spécifique en Suisse

5.8.1. Le Certificate of Advanced Studies (CAS) en magistrature

- 1361 On l'a dit, la Suisse se caractérise par l'absence de formation professionnelle obligatoire pour accéder à la magistrature. On constate néanmoins que l'offre de formation pour les magistrats s'est étoffée ces dernières années²⁸⁹⁸.
- 1362 Ainsi, depuis 2009, l'Académie suisse de la magistrature, association fondée par l'ensemble des facultés de droit des universités suisses, la Fondation pour la formation continue des juges suisses et l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire, a mis en place – en français à Neuchâtel, en allemand à Lucerne – des cours pour les juristes qui se destinent à la carrière de juges – principalement les greffiers – ainsi qu'aux magistrats déjà en fonction. Suivie avec succès, cette formation permet d'obtenir un certificat d'études approfondies (*Certificate of Advanced Studies*- CAS) en magistrature²⁸⁹⁹.
- 1363 Le CAS en magistrature est un titre académique postgrade selon le système de Bologne (12 crédits ECTS). « Il vise à combler une lacune dans l'offre académique suisse actuelle, en proposant une formation et un perfectionnement dans les domaines d'expertise des magistrats, par une approche interdisciplinaire orientée sur la pratique et prenant en compte des domaines tels que la gestion d'entreprise, la psychologie ou les sciences de la communication »²⁹⁰⁰.
- 1364 Conçu comme une formation en cours d'emploi, le CAS se déroule sur deux ans. Il traite des divers aspects de la profession de juge et comprend six modules de trois jours chacun (20 périodes de cours intensifs du jeudi au samedi), qui ont lieu chaque trimestre. Les modules sont les suivants : organisation (positionnement de la justice, organisation et administration judiciaires), communication (aspects psychologiques de l'activité judiciaire, langue de la procédure, rédaction de jugements), preuves (principes en matière de preuve, d'audition, méthodes de verbalisation, appréciation des expertises et des preuves), règlement de conflits (conduite de la procédure, activité judiciaire et conciliatrice des magistrats, règlement amiable des conflits), publicité et justice (justice et médias, communication avec le public, protection des données), questions financières (principes en matière de facturation, questions liées à la comptabilité, questions financières, assistance judiciaire). Les modules sont organisés sous forme d'exposés, de discussions, de travaux de groupes et d'exercices. Le corps enseignant est composé notamment de juges, de procureurs, de professeurs de droit, d'avocats, de psychiatres, d'interprètes, d'experts-comptables, de journalistes, de conseillers en communication ou encore de médiateurs. Certains modules se déroulent en commun entre participants francophones et germanophones. Les frais de scolarité se montent à environ 12'000 francs²⁹⁰¹.

²⁸⁹⁶ *Ibid.*

²⁸⁹⁷ *Idem*, p. 222.

²⁸⁹⁸ Cf. KRAUSKOPF, pp. 217 ss ; FONJALLAZ, p. 52.

²⁸⁹⁹ S'agissant de la genèse de l'Académie suisse de la magistrature, cf. not. GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, pp. 282 ss.

²⁹⁰⁰ [<http://www.unine.ch/magistrature/home/le-cas-en-magistrature.html>] pour la formation en français. [<https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie/>] pour la formation en allemand. (Dernières consultations : 13.05.2020).

²⁹⁰¹ S'agissant du programme du CAS 2019-2020, cf. [http://www.unine.ch/magistrature/home/cas-2017-1/contentu_de_la_formation.html] (dernière consultation : 13.05.2020).

Le candidat doit avoir suivi des études de droit sanctionnées par une licence, un master ou un brevet d'avocat et être au bénéfice d'une année d'expérience professionnelle au moins, d'éventuels stages étant pris en compte dans la mesure où ils ont duré plus d'une année. Des juges laïcs peuvent également y participer, mais ne peuvent pas se présenter aux examens²⁹⁰². L'obtention du CAS suppose la présence en cours, la réussite d'examens écrits portant sur tous les modules et la rédaction d'un travail écrit jugé suffisant²⁹⁰³.

1365

5.8.2. Le *Certificate of Advanced Studies* pour la magistrature pénale (CAS MAP)

L'Ecole romande de la magistrature pénale (ERMP) propose, depuis 2003, un CAS MAP destiné aux membres des autorités de poursuite pénale (procureurs, juges d'instruction militaires) nouvellement désignés. Cette formation permet d'acquérir les connaissances fondamentales à l'investigation pénale (instruction, audition, réquisition, criminalistique, médecine et psychiatrie légales, cybercriminalité, etc.). Les cours sont dispensés en particulier par des procureurs, des avocats, des professeurs, des psychiatres et des hauts cadres de l'administration. Ils se déroulent pour l'essentiel sur le site de la HEG Arc à Neuchâtel²⁹⁰⁴.

1366

5.8.3. Les autres *Certificates of Advanced Studies* (CAS)

D'autres formations permettent d'obtenir un CAS en lien avec l'activité judiciaire. Parmi ceux-ci, on peut citer, en droit pénal, les diverses formations dispensées par la *Staatsanwaltsakademie* au sein de l'Université de Lucerne (CAS in *Forensics* I et II, CAS in *Wirtschaftsstrafrecht*, CAS in *Forensischer Psychiatrie und Psychologie*)²⁹⁰⁵.

1367

5.8.4. Les formations dans quelques cantons

Certains cantons organisent des formations spécifiques pour leurs magistrats. C'est le cas, depuis 2014, de Genève où la Conférence des présidents de juridiction propose aux magistrats titulaires nouvellement élus, à ceux qui changent de juridiction, respectivement de filière, et à tous ceux qui le désirent, une formation de base. Celle-ci aborde des thématiques en lien avec les activités du juge et comprend des cours sur la déontologie, la vie institutionnelle, la rédaction juridique, la tenue des audiences, les techniques d'audition, la gestion de la charge de travail et la communication avec les médias (dix-sept modules). Le Conseil supérieur de la magistrature a d'ailleurs décidé de rendre ces cours obligatoires pour les juges élus à compter du 1^{er} juin 2014²⁹⁰⁶.

1368

A Berne, la Direction de la magistrature a mis sur pied une commission de perfectionnement, composée de magistrats judiciaires et de greffiers. La commission planifie et organise ses propres cours de formation. Elle fait appel à des experts externes, par exemple des professeurs d'université ou des experts en médecine légale. Les cours portent tant sur le droit matériel que sur le droit procédural. Le suivi de ces enseignements est recommandé, mais n'est pas obligatoire²⁹⁰⁷.

1369

Le canton de Zurich a mis en place une solide formation initiale et continue pour ses magistrats. La commission administrative de l'*Obergericht*, qui est chargée, en partie, de la nomination des juges suppléants des *Bezirksgerichte* (cf. § 11 GOG/ZH), exige de ces derniers qu'ils suivent des cours d'introduction. Ceux-ci se déroulent sur trois jours et sont dispensés par des juges expérimentés qui apprennent aux jeunes magistrats à préparer et à mener de manière efficace une audience civile et pénale. Des jeux de rôle sont notamment organisés²⁹⁰⁸. Par ailleurs, en 2008, a été mis en place dans le canton suisse le plus peuplé un outil de formation

1370

²⁹⁰² Art. 4 al. 2 et 3 du Règlement d'études. Disponible : [http://www.unine.ch/files/live/sites/magistrature/files/shared/documents/Reglement_CAS_2008.pdf] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁹⁰³ Cf. art. 10 ss. du Règlement d'études.

²⁹⁰⁴ [<https://www.he-arc.ch/gestion/cas-map>] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁹⁰⁵ Cf. [<https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/institute/staatsanwaltsakademie/weiterbildung/>] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁹⁰⁶ ROSSI, N 1 ss.

²⁹⁰⁷ Cf. HURNI Christoph, Aus- und Weiterbildung der Richterinnen und Richter im Kanton Bern, in: « Justice – Justiz – Giustizia » 2019/2.

²⁹⁰⁸ LICHTI ASCHWANDEN, N 8.

continue et de développement : le « *Richterportfolio* ». Chaque juge civil et pénal doit obligatoirement y participer. La performance annuelle du portefeuille se fait dans l'un des six domaines de compétence : expertise, négociation, organisation du processus, leadership, autogestion et organisation du tribunal. Une fois le domaine de compétence sélectionné, le magistrat détermine l'objectif concret visé et le moyen par lequel il doit être atteint. Diverses aides et instruments sont disponibles à cet effet, parmi lesquels la lecture d'ouvrages théoriques, des participations à des séminaires et des échanges avec des collègues²⁹⁰⁹.

5.8.5. La titularité d'un CAS en magistrature comme prérequis à la désignation ?

- 1371 Actuellement, trois cantons ont fait de la titularité du CAS en magistrature, *ex ante* ou *ex post* à l'élection, un présupposé obligatoire, voire une condition d'éligibilité pour leurs nouveaux magistrats²⁹¹⁰. Le canton de Thurgovie a prévu dans sa législation que les juges nouvellement élus suivent, dans les trois ans après leur nomination, un cours d'introduction approprié²⁹¹¹. A Fribourg, le Conseil de la magistrature a édicté des directives concernant la formation des magistrats, qui prévoient notamment que les nouveaux magistrats suivent une formation de base auprès de l'Académie suisse de la magistrature²⁹¹². A Berne, il est demandé des présidents des tribunaux de première instance qu'ils soient titulaires d'un diplôme de formation postgrade (CAS ou MAS Forensics, CAS en magistrature de l'Académie suisse de la magistrature ou formation équivalente)²⁹¹³.
- 1372 La question de savoir si le CAS en magistrature doit constituer une condition d'éligibilité aux charges judiciaires ou être rendu obligatoire pour les juges élus fait débat. Hansjörg SEILER, un des membres fondateurs de l'Académie de la magistrature, est opposé à l'obligation d'obtention du CAS en magistrature pour tout futur juge. Il précise que l'Académie n'est pas comparable à une véritable Ecole de la nationale de la magistrature, dans sa conception française. En effet, dans notre pays, le fait de devenir juge n'est pas nécessairement la conséquence d'une orientation professionnelle planifiée dès le départ. De nombreux magistrats proviennent de la pratique. A ce titre, les stages auprès d'études d'avocats et de tribunaux sont préférables à une formation scolaire des juges, somme toute théorique. L'apport dans les tribunaux de personnes provenant d'autres horizons est précieux et permet un mélange bénéfique au sein du système judiciaire. En conséquence, l'introduction de l'obligation de suivre une formation spéciale limiterait, selon cet auteur, la désignation de candidats provenant de la pratique. En définitive, l'Académie de la magistrature n'a pas pour vocation de créer une orientation précise, mais plutôt d'améliorer la qualité de la jurisprudence. Cela dit, l'obtention du CAS augmentera les chances d'un aspirant juge d'être élu²⁹¹⁴.
- 1373 Parmi les magistrats, au contraire, favorables à l'obligation de l'obtention du CAS en magistrature, on peut citer Pierre ZAPPELLI. Tout en saluant l'introduction de cette formation spécifique, cet auteur se demande toutefois si celle-ci est compatible avec la représentation politique des tribunaux, si chère à la démocratie helvétique. Plus précisément, qu'advient-il du candidat qui a suivi des formations spécialisées en magistrature et qui refuse de mentionner ses préférences politiques lors de l'élection ? « S'il est opposé à autre candidat n'ayant pas suivi le même cursus et ayant par hypothèse une formation moins complète, mais qui est présenté par un parti politique, quel va être le sort du premier ? » Au vu du fort attachement au système en vigueur, tout porte à croire que la couleur politique l'emportera sur la qualité technique du candidat²⁹¹⁵.
- 1374 Cela conduit l'ancien juge fédéral à affirmer qu'une telle formation pourrait alors « se révéler source de frustration pour ces candidats, qui ont cru de bonne foi à la nécessité de se former de façon complète et y ont consacré temps et argent »²⁹¹⁶. Il préconise dès lors de faire du CAS en magistrature une condition légale

²⁹⁰⁹ *Idem*, N 10 ss ; GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, pp. 256 ss.

²⁹¹⁰ GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, p. 461. Cf. *supra*, N 229.

²⁹¹¹ § 6 al. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege, du 27 mai 2010 (RS/TG: 271.11).

²⁹¹² Cf. [<http://www.fr.ch/cmaga/fr/pub/formation.htm>] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁹¹³ Exceptionnellement cette formation peut être accomplie après-coup, cf. [http://www.gr.be.ch/gr/fr/index/hintergrund/hintergrund/aufgaben/richterwahlen.assetref/dam/documents/GR/Parlamentsdienste/fr/richterwahlen/stellenprofile/anforderungsprofil_gerichtspraesidentIn-erster-instanzen-fr.pdf] (dernière consultation : 13.05.2020).

²⁹¹⁴ Seiler, Richterausbildung, N 25 ss. Cf. ég. GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl, p. 461 (interview de Paul RICHLI).

²⁹¹⁵ ZAPPELLI, Formation, N 12.

²⁹¹⁶ *Idem.*, N 13.

préalable à la candidature à un poste de magistrat, à l'instar d'un diplôme universitaire ou d'un brevet d'avocat exigés dans certains cantons. Ainsi, même si le choix continuera à être gouverné par des critères politiques, les candidats ayant bénéficié d'une même formation se trouveront sur un pied d'égalité²⁹¹⁷.

Manuel BORLA est également favorable à l'obligation d'obtenir le CAS en magistrature, que ce soit *ex ante* ou *ex post* à l'élection²⁹¹⁸. Tanja PETRIK-HALTINER, ancienne étudiante de l'Académie, plaide pour la création d'une base constitutionnelle permettant un examen périodique du professionnalisme des juges, ce qui permettrait d'assurer une jurisprudence de qualité et de renforcer l'indépendance de la justice²⁹¹⁹.

Florence KRAUSKOPF est du même avis. Selon elle, le suivi des cours du CAS permet, en effet, l'acquisition de compétences indispensables à la fonction de juge. Cette formation prend en compte l'évolution des besoins des magistrats, en particulier dans le domaine des *soft skills*. En outre, sa dimension supracantonale contribue à l'enrichissement de connaissances et au partage d'expériences nécessaires à la fonction judiciaire²⁹²⁰. Pour qu'elle puisse réellement apporter une plus-value aux magistrats, la formation devrait, selon cette auteure, être suivie en début de carrière, soit avant d'entrer en fonction, soit immédiatement après la désignation. En effet, « elle offre un premier apprentissage des fondements de la pratique judiciaire et permet aux participants [de prendre] du recul par rapport à la profession qu'ils viennent d'embrasser ou qu'ils ambitionnent de pratiquer en ouvrant leur esprit également à des questions qui dépassent le travail quotidien du juge. Une telle prise de conscience, favorisée par une réflexion ciblée sur l'ensemble des enjeux de l'activité judiciaire, a un sens particulier en début de carrière, dès lors qu'elle façonnera la manière de travailler et favorisera l'envie de continuer à apprendre »²⁹²¹.

Quant à Marco BORGHI, il préconise l'instauration d'un véritable concours, seul moyen, selon lui, permettant de garantir un accès non discriminatoire à la charge judiciaire et de contrôler les compétences techniques des candidats. Il ne détaille toutefois pas les modalités d'une telle épreuve sélective²⁹²².

5.9. **Excursus : l'absence de mobilité géographique des magistrats comme une des conséquences du système « cantonalisé » de formation**

On le voit, l'absence en Suisse d'une formation nationale pour les magistrats implique bien souvent qu'un juge fera toute ou une partie considérable de sa carrière dans un même canton. A la sortie de ses études universitaires, le futur juge entreprendra souvent un stage d'avocat puis, après l'obtention du brevet, pratiquera le barreau ou sera engagé comme greffier au sein d'un tribunal. Après quelques années, il pourra alors être élu, le plus souvent au sein d'une juridiction de première instance, puis de seconde instance, du même canton. Le parcours est un peu différent pour les juges des cours de droit administratif et d'assurances sociales qui auront parfois travaillé au sein d'une administration cantonale ou fédérale. En conséquence, le futur magistrat sera « formé » au sein d'un même canton, que ce soit à travers la pratique d'avocat ou de greffier. Quelques grands cantons, comme Genève et Zurich, ont d'ailleurs institué une formation interne pour leurs (futurs) magistrats. Le CAS en magistrature a quelque peu tempéré cette « cantonalisation » de la formation, même si les magistrats et les greffiers zurichois et genevois suivent rarement les cours dispensés par l'Académie de la magistrature.

Le modèle helvétique est ainsi radicalement différent de celui pratiqué en France où les auditeurs de justice suivent une école nationale et uniformisée immédiatement après la fin de leurs études universitaires. A l'issue de cette formation, ils seront alors affectés auprès d'une juridiction, qui n'est souvent pas celle où ils habitent ou dont ils sont originaires. Ils auront par la suite une obligation de mobilité géographique, ce qui implique qu'ils devront changer plusieurs fois, durant leur carrière, de juridictions. Ce système a principalement pour buts de renforcer l'indépendance et surtout l'impartialité du magistrat. En effet, l'idée est que si celui-ci reste

²⁹¹⁷ *Idem*, N 14 s.

²⁹¹⁸ BORLA, N 97.

²⁹¹⁹ PETRIK-HALTINER Tanja, Qualitätssicherung in der Rechtsprechung, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2017/2.

²⁹²⁰ KRAUSKOPF, p. 223.

²⁹²¹ *Ibid.* Dans le même sens : PAYCHÈRE, p. 189.

²⁹²² BORGHI, Ethique, N 36 ; *Idem*, Mainmise, p. 180.

trop longtemps au sein de la même juridiction, il risque de devenir la cible d'amitiés ou d'inimitiés locales de nature à gêner son indépendance. En outre, l'exigence de mobilité géographique est destinée à éviter que les magistrats s'installent dans une certaine routine, à l'abri donc des expériences qu'ils pourraient acquérir dans d'autres environnements²⁹²³.

1380 La structure étatique de la Suisse se différencie de celle de son voisin hexagonal par son plurilinguisme, la dimension réduite de ses entités fédérées et une forte hétérogénéité parmi celles-ci. Ainsi, il existe 26 organisations judiciaires différentes. Avec près de 3,4 tribunaux pour 100 000 habitants, la Suisse est, en comparaison européenne, un des pays avec la plus forte densité d'institutions judiciaires²⁹²⁴. Du reste, en termes de dépense par habitant, la justice suisse est, derrière celle de Monaco, de loin la plus chère en Europe²⁹²⁵. Mais un prix élevé n'est pas toujours un gage de qualité. Les cantons, en particulier les plus petits, pâtissent d'un manque d'indépendance de leurs tribunaux et de leurs juges. La base géographique de recrutement de ces derniers est faible, d'autant que l'obligation d'appartenir au « bon » parti politique ne facilite pas la recherche de candidats compétents. De plus, de nombreux cantons sont contraints de recourir à des personnes qui, en plus de leur fonction de juge, travaillent comme avocats dans le même canton ou n'ont pas de formation juridique²⁹²⁶. Or, ce procédé met à mal l'indépendance de la juridiction²⁹²⁷.

1381 Afin de lutter contre ce phénomène, Benjamin SCHINDLER préconise que les cantons renoncent, complètement ou en partie, à l'obligation de résidence pour les membres de leurs tribunaux²⁹²⁸. Cette solution permettrait d'élargir considérablement la base de recrutement des juges et réduirait ainsi le risque de conflits d'intérêts au sein de la justice²⁹²⁹. Pour appuyer son point de vue, le professeur de l'Université de Saint-Gall donne l'exemple de la Principauté du Liechtenstein qui, malgré qu'elle soit comparable en termes de taille et de population aux cantons d'Uri ou d'Obwald, a renoncé, en partie, à la condition de résidence et de citoyenneté pour les membres du pouvoir judiciaire²⁹³⁰.

1382 La proximité qu'entretiennent en Suisse les juges et leurs justiciables, bien que positive dans l'optique d'une meilleure acceptation des jugements, est donc susceptible de mettre à mal l'indépendance et l'impartialité du juge. Une mobilité géographique telle que celle pratiquée en France n'apparaît, certes, pas envisageable dans notre pays au vu des barrières cantonales et, surtout, linguistiques. Toutefois, un détachement temporaire – si ce n'est pour quelques années – d'un magistrat de son canton d'appartenance à un autre ne paraît pas inconcevable. Le juge resterait rémunéré dans son canton d'origine et son statut réglé par la législation de celui-ci²⁹³¹. Cette solution, bien que novatrice, n'est pas irréaliste. Le droit civil et le droit pénal sont unifiés depuis plus d'un siècle ; leur procédure l'est depuis 2011. Seule la procédure administrative résiste encore à cette harmonisation, mais les différences cantonales ne sont guère significatives et tendent d'ailleurs à s'estomper²⁹³².

1383 Enfin, une autre solution pourrait être l'instauration de tribunaux intercantonaux, ce que permet d'ailleurs expressément la Constitution fédérale (art. 191b al. 2 Cst.)²⁹³³. Il est toutefois douteux, comme le font remarquer plusieurs auteurs, qu'elle puisse être acceptée politiquement, tant les cantons tiennent à leur souveraineté et gardent à l'esprit des incompatibilités culturelles, politiques ou géographiques entre eux²⁹³⁴. Comment ne

²⁹²³ Cf. *supra*, N 555 ss.

²⁹²⁴ Derrière la Croatie (4.9 pour 100 000), Andorre (4.1 pour 100 000), le Montenegro (4 pour 100 000) et la Slovénie (3.7 pour 100 000). Par exemple, en taille et structure comparables, l'Autriche a 1.2 tribunal pour 100 000 habitants. La moyenne européenne est de 1.9 tribunal pour 100 000 habitants. Cf. CEPEJ, Rapport 2018, p. 197.

²⁹²⁵ *Idem*, p. 42. En 2016, le budget public alloué aux tribunaux en Suisse était de 135 euros par habitant (moyenne européenne de 39 euros).

²⁹²⁶ SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, p. 113 ; THURNHERR, p. 126. Cf. ég. BUSER, N 34 ;

²⁹²⁷ Cf. ATF 139 I 121, consid. 5.4.2.

²⁹²⁸ Obligation qui est d'ailleurs en contradiction avec la liberté d'établissement garantie par les art. 24 Cst. et 12 du Pacte ONU II. Cf. *supra*, N 234.

²⁹²⁹ SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, p. 114.

²⁹³⁰ Les juges proviennent ainsi également de Suisse et d'Autriche. Cf. HASLER Vera, Liechtenstein – ein Land (auch) mit fremden Richtern, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2019/2.

²⁹³¹ Une telle solution entraînerait également une modification législative dans les cantons qui prévoient une obligation de résidence cantonale pour leurs juges, notamment Genève, le Jura, Neuchâtel, Vaud (sauf pour le Tribunal neutre) et Zurich.

²⁹³² Concernant une possible uniformisation de la justice administrative en Suisse et ses conséquences pratiques, cf. THURNHERR, pp. 146 ss.

²⁹³³ S'agissant de la désignation des membres des tribunaux intercantonaux, cf. JEANNERAT, N 825 ss ; THURNHERR, pp. 186 s.

²⁹³⁴ SCHINDLER, Richterliche Unabhängigkeit in kleinräumigen Verhältnissen, p. 113. Sur cette question, cf. RHYNER Markus, Kantonsübergreifende Gerichte : sinnvoll für die Gerichtsorganisation bevölkerungsarmer Kantone?, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2019/4, qui

pas penser à cet égard au rejet de ce juge « étranger », non indigène à ce canton, et donc si éloigné des us et coutumes locales²⁹³⁵ ?

Ces propositions peuvent, a priori, paraître ambitieuses et mériteraient d'être développées, voire peut-être paraissent-elles provocatrices, mais elles auraient, au moins, le mérite de contribuer à mettre le juge à l'abri d'influences extérieures susceptibles d'entraver son indépendance d'esprit, en particulier dans les petites collectivités locales comme nous les connaissons en Suisse. En effet, comme le relève si bien l'ancien juge fédéral Raymond SPIRA, « [s]auf à vivre en ermite, le juge est impliqué dans la vie sociale, culturelle ou politique de l'endroit où il habite, généralement proche de celui où il exerce ses fonctions, de sorte que les personnes qu'il côtoie sont presque toutes, en principe, des justiciables en puissance qui pourraient être appelés à comparaître devant lui »²⁹³⁶. Les dispositions sur la récusation des magistrats sont dès lors parfois difficiles à respecter. Dans un champ conceptuel différent, Amartya SEN, prix Nobel d'économie, relève également dans son « idée de justice », que « l'usage de l'impartialité fermée [...] n'offre pas la moindre garantie procédurale contre le risque de tomber sous l'emprise exclusive des préjugés collectifs locaux »²⁹³⁷. Le même auteur cite par ailleurs Adam SMITH pour qui « il faut absolument que le spectateur impartial puisse nourrir son propre raisonnement d'indices qui lui sont familiers mais aussi étrangers »²⁹³⁸.

1384

5.10. Synthèse et appréciation personnelle

5.10.1. La nécessité d'acquérir des connaissances allant au-delà du droit positif

Les considérations qui précèdent nous amènent à conclure à l'exigence, pour les magistrats, non seulement d'un enseignement juridique de base (baccalauréat et maîtrise en droit), mais aussi d'une formation spécifique orientée vers la pratique judiciaire. Bien qu'il soit indispensable que les (futurs) juges possèdent des connaissances essentielles tant en droit matériel que procédural, la maîtrise d'autres disciplines non strictement juridiques (psychologie, sociologie, économie, communication, etc.) est primordiale dans l'exercice de leur fonction. Outre ces compétences transversales, le candidat doit acquérir des connaissances sur les techniques professionnelles du juge (direction d'une audience, interrogatoires, appréciation des preuves, etc.).

1385

Par ailleurs, les compétences dites sociales, comprenant notamment « [l]'art d'écouter, celui de mettre en confiance ses interlocuteurs ou de s'adresser à eux de manière adéquate, de saisir les composantes culturelles, linguistiques ou religieuses »²⁹³⁹ qui relèvent certes avant tout du for intérieur du juge, peuvent être développées par le biais d'une formation. La maîtrise de toutes ces compétences renforce d'ailleurs l'indépendance et l'impartialité du juge, lequel doit être capable de faire face aux pressions indues, qu'elles soient politiques, populaires ou médiatiques.

1386

Or, toutes ces connaissances ne peuvent s'acquérir sur les bancs de l'université. Elles nécessitent une formation ciblée sur la pratique judiciaire. Un stage d'avocat couronné par l'obtention du brevet correspondant indique que le candidat maîtrise certains aspects du droit positif et de la technique du procès, mais ne paraît pas suffisant pour exercer le métier de juge à l'issue de cette formation. A cet effet, avant de pouvoir être élu, un aspirant magistrat devrait avoir pratiqué le métier d'avocat quelques années, à notre avis au moins trois ans, en ayant fréquenté des salles d'audience, rédigé des actes judiciaires et avoir accompagné de manière autonome des clients.

1387

Par ailleurs, l'activité de greffier dans un tribunal constitue une bonne formation. Elle permet d'appréhender une part importante de la technique judiciaire (rédactions de jugements, instructions, participations aux audiences). Néanmoins, elle ne couvre pas non plus tous les aspects du métier de juge, notamment s'agissant de

1388

indique que des tribunaux intercantonaux pourraient davantage être envisagés dans des domaines moins pertinents pour le grand public et donc potentiellement moins controversés politiquement, comme le droit commercial ou le droit pénal économique.

²⁹³⁵ JEANNERAT, N 589. Pour plus de détails, cf. GSCHWEND, Fremde Richter, N 5 ss. Cf. é.g. *supra*, N 27 s.

²⁹³⁶ SPIRA, p. 41.

²⁹³⁷ SEN, p. 193.

²⁹³⁸ *Idem*, p. 194 et la référence citée.

²⁹³⁹ KRAUSKOPF, p. 212.

la direction du procès ou encore de la gestion administrative et financière d'un tribunal. Il faut donc une formation spécifique pour les magistrats. Comment celle-ci peut-elle être élaborée ?

5.10.2. Une école nationale de magistrature en Suisse ? une solution difficilement compatible avec le système suisse d'élection

1389 L'institution, dans notre pays, d'une véritable école (nationale) de la magistrature calquée sur le modèle français et fréquentée à plein temps fait peu d'adeptes. En 2001, Regina KIENER remarquait qu'un modèle de formation spéciale pour devenir juge, organisée par l'Etat et basée sur une sélection stricte et orientée vers une prise de fonction immédiate, ne sert pas nécessairement à l'indépendance de la justice. Une école de ce type forme, en effet, les jeunes aspirants à une pensée uniforme ; elle exige d'eux une proximité prononcée avec l'Etat se traduisant ainsi par une subordination à celui-ci²⁹⁴⁰. Dans ces institutions, les jeunes magistrats assimilent, parfois sans grand regard critique, les codes sociaux appris puis transmis par leurs pairs²⁹⁴¹. L'indépendance interne de l'aspirant juge serait dès lors susceptible d'en pâtir.

1390 En outre, comme le fait remarquer Florence KRAUSKOPF, la fréquentation d'une telle structure, à temps plein et pendant plusieurs années, avant la désignation, paraît difficilement compatible avec le système politique d'élection. Elle pourrait, en effet, décourager les personnes provenant d'autres professions (avocats, juristes d'entreprises ou d'administration) à la suivre dans la mesure où aucune garantie ne leur est donnée à son issue d'être désignées comme magistrat. De plus, ces juristes risqueraient de ne plus retrouver leur clientèle ou leur poste après une interruption de longue durée de l'activité professionnelle²⁹⁴². A l'inverse, le suivi de l'école après l'élection entraînerait une situation problématique dans laquelle un magistrat, à peine entré en fonction, ne serait pas, pendant la durée de la formation, disponible pour l'exercer ; « il se trouverait dans le statut curieux d'un juge sans justiciables »²⁹⁴³.

1391 Par ailleurs, en raison de la structure fédérale de l'Etat, une véritable école nationale calquée sur le modèle français paraît difficilement envisageable en Suisse. Du reste, il faut relever que la mise en place d'une telle institution entraînerait des coûts importants, de sorte que seuls quelques grands cantons et la Confédération seraient en mesure de la financer²⁹⁴⁴. Enfin, elle apparaît très éloignée des us et coutumes de notre pays²⁹⁴⁵ où il est encore admis, parfois injustement, que de nombreux métiers, non seulement celui de juge, s'apprennent essentiellement par la pratique et non pas à l'université ou au sein d'autres institutions de formation académique²⁹⁴⁶.

5.10.3. Un recrutement plus sélectif et complété par une formation accélérée obligatoire

1392 Nous avons déjà invoqué la nécessité d'améliorer le processus de sélection des juges, principalement en laissant de côté le critère politique²⁹⁴⁷. Celui-ci est, en effet, trop souvent prépondérant lors du choix exercé par l'organe d'élection. La mise en place de commissions plus ou moins indépendantes destinées à « dépolitiser » et à « professionnaliser » le processus de présélection n'a pas permis de résoudre complètement cette problématique. La sélection du candidat par les partis ou une commission judiciaire se limite fréquemment à un entretien informel lors duquel il est interrogé au sujet de son parcours professionnel et personnel, sans même que soient évaluées ses compétences juridiques ou ses qualités sociales, ou du moins de manière très lacunaire. Il appartient donc à l'organe de préparation de l'élection d'améliorer la procédure en mettant en place diverses

²⁹⁴⁰ KIENER, *Unabhängigkeit*, p. 265.

²⁹⁴¹ Cf. PAYCHÈRE, p. 186. Cf. *supra*, N 576 s.

²⁹⁴² KRAUSKOPF, p. 222.

²⁹⁴³ *Idem*, p. 223.

²⁹⁴⁴ *Idem*, p. 222.

²⁹⁴⁵ PAYCHÈRE, pp. 188 s.

²⁹⁴⁶ La Suisse est par ailleurs le pays avec le plus haut taux d'apprentissage en Europe. Pour l'éloge de cette institution, couplé d'une critique de l'enseignement universitaire, cf. STRAHM Rudolf, *Le mirage des longues études*, Slatkine, Genève 2016. Pour une contre-critique, cf. BERGMANN Alexander, « Non les universités ne sont ni inutiles ni nuisibles au marché du travail », *Le Temps*, 09.06.2016.

²⁹⁴⁷ Cf. *supra*, 3^e partie, chapitre 2.

méthodes d'évaluation (*assessment*), en particulier à travers la mise en situation du candidat (études de cas, jeux de rôle, etc.), des entretiens et des tests de la personnalité²⁹⁴⁸.

Le suivi du CAS en magistrature et l'obtention du titre correspondant permet indéniablement d'acquérir des connaissances précieuses tant dans les domaines de la technique judiciaire (rédactions de jugements, administration des preuves, questions financières, etc.) qu'en matière de *soft skills* (communication aux parties et aux médias, médiation et conciliation, etc.). En conséquence, l'obtention de ce titre post-académique devrait augmenter les chances d'un candidat d'être désigné à la fonction de juge.

Toutefois, cette formation ne nous paraît pas le seul moyen d'obtenir des connaissances indispensables à la charge de magistrat. L'expérience professionnelle antérieure du candidat doit également être considérée. Hors de nos frontières, elle est d'ailleurs prise en compte par l'organe de désignation soit comme un atout supplémentaire, soit comme une condition obligatoire à satisfaire parmi d'autres²⁹⁴⁹. A cet effet, la désignation d'anciens avocats permet un enrichissement de la magistrature ainsi qu'une meilleure compréhension et une estime mutuelle entre les acteurs du monde judiciaire. Elle favorise de ce fait la qualité des jugements²⁹⁵⁰. En conséquence, la formation initiale obligatoire doit être adaptée à l'expérience professionnelle des candidats retenus²⁹⁵¹. Du reste, l'obtention d'un CAS en magistrature ne paraît pas indispensable pour les magistrats déjà en fonction depuis quelques années et qui ont déjà acquis un certain nombre de connaissances dans leur pratique quotidienne.

En outre, il faut relever que le CAS en magistrature ne pourrait être comparé à une véritable école de magistrature où la formation, à plein temps, mêle stages pratiques et cours théoriques. D'une part, la formation suisse étant conçue sur un cycle de deux ans, son début ne coïncide pas nécessairement avec l'entrée en fonction de juge. D'autre part, son enseignement pendant une durée de deux ans et comprenant divers modules (actuellement au nombre de six) dispensés sur trois jours paraît encore insuffisant pour acquérir toutes les connaissances indispensables aux futurs magistrats. A notre sens, une formation sur une durée plus courte – par exemple un mois – suivie à temps plein et immédiatement avant l'entrée en fonction devrait être mise en place afin de répondre aux besoins les plus urgents du magistrat, en particulier ceux en rapport avec la conduite de la procédure²⁹⁵². Un tel enseignement suivi immédiatement après la désignation devrait, à notre sens, être rendu obligatoire. Du reste, les besoins n'étant pas identiques selon le degré de juridiction (première ou seconde instance) ou la matière traitée (droit public, droit privé, droit pénal), une formation plus ciblée pourrait être instaurée en sus de celle de base.

Enfin, en parallèle du suivi de ces formations, devrait être introduite une forme de mentorat pour les nouveaux magistrats ou ceux changeant de juridictions. Ceux-ci devraient, en effet, pouvoir recourir aux conseils d'un juge expérimenté, si possible du même degré de juridiction, qui les accompagnerait durant leurs premières audiences et qui répondrait à leurs interrogations quant à la conduite de la procédure, à la gestion du tribunal ou encore à la déontologie²⁹⁵³.

5.10.4. Une formation continue obligatoire

Une fois élus et même après plusieurs années de pratique, les juges en place ne devraient pas se « reposer sur leurs lauriers ». L'acquisition continue de connaissances tant en matière d'évolution législative et jurisprudentielle que dans les domaines plus spécifiques à l'activité judiciaire au quotidien est indispensable. L'attention des médias ainsi que du public à l'égard de la justice s'est accrue ces dernières décennies de sorte que le

²⁹⁴⁸ En Angleterre, par exemple, l'*assessment* mis en place par la *Judicial Appointments Commission* est particulièrement complet. Il comprend un test en ligne, un entretien téléphonique, des entretiens avec le panel de sélection avec questions psychotechniques et jeux de rôles. Cf. *supra*, N 627. Plus proche, à Fribourg, le Conseil de la magistrature fait appel depuis quelques années à un expert externe qui fait passer un test de personnalité aux candidats. Ce test est suivi d'un entretien avec cet expert et quelques membres du Conseil de la magistrature. Cf. *supra*, N 268.

²⁹⁴⁹ Cf. *supra*, N 496.

²⁹⁵⁰ Cf. BOHNET François, Le juge, l'avocat et l'Asloca, in : Newsletter Bail.ch, avril 2012.

²⁹⁵¹ CCJE, avis n° 4, § 26.

²⁹⁵² Cf. KRAUSKOPF, pp. 223 s. qui préconise une formation accélérée, par exemple sur trois jours, en sus du suivi des cours du CAS.

²⁹⁵³ *Idem*, p. 224.

magistrat est toujours plus appelé à devoir faire face à ce type de pressions. De plus, le développement de l'intelligence artificielle (IA), notamment dans le domaine des algorithmes, modifiera à l'avenir le rôle du juge. Celui-ci sera dorénavant appelé à maîtriser ces instruments, d'où la nécessité d'une formation spécifique et continue comprenant l'étude de ces aspects technologiques²⁹⁵⁴. La digitalisation de la justice, laquelle pose de nouvelles questions, est également en train d'être mise en route dans notre pays²⁹⁵⁵. En conséquence, le juge devrait être obligé de suivre, durant sa carrière, des formations variées. Celles-ci pourraient être dispensées par les tribunaux, les universités ou l'Académie de la magistrature. Une collaboration entre ces institutions paraît nécessaire.

5.10.5. *Excursus : un encouragement à la mobilité intercantonale*

1398 Enfin, dans le but de renforcer l'indépendance et surtout l'impartialité des magistrats suisses, qui restent trop souvent confinés à l'intérieur des frontières cantonales, il est nécessaire de promouvoir leur mobilité, laquelle peut être réalisée par plusieurs moyens. Premièrement, par la suppression de l'obligation de résidence cantonale pour les cantons qui en connaissent une, ce qui permettrait l'élection de juges hors canton. Deuxièmement, à travers le détachement, même temporaire, d'un juge de son canton d'appartenance à un autre. Enfin, par l'instauration de tribunaux intercantonaux dans certaines matières.

²⁹⁵⁴ Cf. PAYCHÈRE, p. 188.

²⁹⁵⁵ Cf. à ce sujet, le groupe de réflexion « Justitia 4.0 – digitalisation et transformation de la justice ».

Conclusion

En introduction de cette étude, nous nous étions proposé d'expliquer le système suisse de désignation des juges, puis de prendre position sur l'aptitude de celui-ci à résister à sa mise en question. Y sommes-nous parvenus ? Et si oui, de quelle manière ?

1399

S'agissant des constats que nous pouvons tirer de notre thèse, dans la **première partie**, nous avons recherché les fondements du système suisse de désignation judiciaire. Cet exercice nous a permis de constater que le juge laïc, c'est-à-dire sans formation juridique, et issu des mêmes contrées que ses justiciables, est resté longtemps prédominant dans notre paysage institutionnel. Dans ce contexte, la désignation du juge autochtone est confiée au peuple ou à ses représentants, et ce pour un mandat limité dont la légitimité est périodiquement renouvelée. Ce mode de désignation est symptomatique d'un fort attachement, en Suisse, au principe démocratique de l'élection (semi-)directe des membres des (trois) pouvoirs étatiques, ceux-ci bénéficiant ainsi de davantage de légitimité.

1400

Ensuite, l'étude des règles juridiques actuellement en vigueur en Suisse, tant au niveau fédéral que cantonal, a permis de confirmer notre hypothèse de départ, soit que la désignation des juges a, malgré quelques nuances, une assise politique, en particulier au sein des juridictions supérieures. Est politique, non seulement, l'organe d'élection (le peuple ou le Parlement), mais aussi une des conditions fondamentales d'éligibilité, soit l'affiliation à un parti ou le soutien de celui-ci. La réélection, pratiquée partout en Suisse, à l'exception notable du canton de Fribourg, réaffirme périodiquement, et conforte, cette dimension politique.

1401

Dans la **seconde partie**, nous nous sommes intéressés à la désignation des juges à l'aune du droit comparé. A ce stade, nous avons d'abord relevé que les principes et autres règles internationales en matière d'indépendance de la justice préconisent que la désignation des juges soit fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires, qu'une autorité indépendante ait une influence décisive sur cette désignation et que les magistrats soient inamovibles. Nous avons ainsi pu observer que les solutions adoptées en Suisse sont, de manière générale, en contradiction avec ces dispositions.

1402

L'étude des divers systèmes connus à l'étranger, en Europe particulièrement, nous a permis de constater que le recrutement initial des juges ordinaires²⁹⁵⁶ est opéré, dans la plupart des pays, du moins de *civil law*, à travers un concours, combiné parfois avec une expérience pratique, notamment comme avocat. La formation initiale, acquise au sein d'une institution spécifique ou de tribunaux, prend toujours plus d'importance. La nomination formelle des juges est essentiellement la prérogative du pouvoir exécutif agissant sur proposition d'un conseil de la magistrature ou d'un organe similaire. Les juges sont, en outre, nommés jusqu'à l'âge de la retraite.

1403

Ensuite, l'analyse détaillée des systèmes français, britannique et américain nous a consenti de relever les points communs et les différences entre eux. Alors que la France possède un modèle typique de la magistrature bureaucratique ou continentale (concours d'entrée, présence d'un conseil de la magistrature, carrière judiciaire, inamovibilité), le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont des systèmes valorisant l'expérience professionnelle antérieure des magistrats. Cela dit, nous avons pu observer que l'écart se réduit entre ces deux modèles, de sorte que cette classification pourrait perdre de sa pertinence ces prochaines décennies. La comparaison nous a, en outre, permis d'évaluer les avantages et les inconvénients de chaque modèle, et d'identifier les solutions visant à perfectionner les modes de désignation des juges en Suisse.

1404

²⁹⁵⁶ Et donc à l'exception des juges constitutionnels qui sont, eux, souvent choisis parmi des juristes, parfois aussi des politiciens, avec une certaine expérience. Ils sont parfois élus par des organes politiques, pour une durée déterminée, non renouvelable.

- 1405 Cet exercice nous a amenés à la **troisième partie**, qui constitue l'éclairage le plus significatif de notre travail. Nous avons ainsi mis en exergue les limites du système suisse de désignation judiciaire. A ce titre, nous avons d'abord relevé que le monopole exercé par les partis politiques sur le recrutement des juges doit être réfuté. Il entraîne d'une part, une politisation marquée du pouvoir judiciaire et, d'autre part, l'exclusion de candidats n'appartenant à aucun parti politique. Or, nous avons vu comment le paradigme dominant, qui considère que les divers partis politiques représentent la *Weltanschauung*, doit être remis en question. Ceci en raison du faible pourcentage de leurs membres ou de leurs sympathisants parmi la population, tout comme du succès grandissant de mouvements sociaux et citoyens autres que les partis. Cette exclusion est d'autant plus problématique si le candidat hors parti bénéficie de qualités professionnelles et humaines supérieures au candidat engagé politiquement. D'ailleurs, l'obligation ou la quasi-obligation d'affiliation politique est, à notre sens, susceptible d'enfreindre plusieurs droits fondamentaux du candidat, parmi lesquels l'interdiction des discriminations, en lien avec l'égalité d'accès aux charges publiques, la liberté d'association (négative), voire la liberté d'opinion.
- 1406 Ensuite, nous avons mis en évidence les liens qui perdurent entre le juge et son parti politique, et ce même après sa première désignation. Cette attache se manifeste, en particulier, à travers les impôts de parti (*Parteisteuern*), soit les contributions financières annuelles versées par le premier au second en contrepartie de son soutien lors de l'élection et de la réélection. Nous avons conclu que de tels « impôts » étaient préjudiciables pour l'indépendance et l'impartialité de la justice ; et ce essentiellement pour deux raisons. Premièrement, car ils donnent l'apparence d'une allégeance partisane de la part du juge. Deuxièmement, et plus concrètement, car le magistrat qui déciderait de ne pas ou plus s'en acquitter s'exposerait au risque de ne pas être réélu.
- 1407 L'instrument de la réélection comporte, en effet, des dangers considérables pour l'indépendance de la justice. Ses dangers se manifestent à travers les pressions que les autorités d'élection, respectivement les partis politiques, sont susceptibles d'exercer sur les magistrats en cours de mandat. Bien qu'en pratique les cas de non-réélection soient très rares, il arrive de plus en plus fréquemment, comme nous l'avons observé, que des jugements à résonances politique et médiatique élevées fassent l'objet de critiques par des représentants des partis politiques, ceux-ci allant jusqu'à menacer les magistrats de non-réélection. Plus concrètement, afin de marquer leur désapprobation envers certaines décisions, les parlementaires ont parfois pu biffer les noms de ces juges lors du renouvellement intégral du tribunal. Les reproches publics manifestés dernièrement à l'égard d'un juge du Tribunal fédéral sont symptomatiques de la mise en discussion de la démocratie consensuelle helvétique.
- 1408 Du reste, nous avons vu comment la réélection pouvait mettre à mal les garanties procédurales du magistrat, en particulier son droit d'être entendu et surtout les voies de droit dont il devrait bénéficier contre cette décision. D'ailleurs, la (non-)réélection coexiste avec des procédures disciplinaires et/ou administratives de révocation, qui, contrairement à elle, sont souvent bien réglementées et accordent d'importants droits aux magistrats. La première peut donc servir à nier au juge certaines de ses garanties procédurales, garanties dont il aurait précisément pu bénéficier si les secondes avaient été utilisées.
- 1409 Enfin, dans notre dernier chapitre de thèse, nous avons pu constater que la formation tant initiale que continue des juges restait insuffisante en Suisse, et ce malgré la tendance récente à l'augmentation de l'offre en la matière. L'absence de formation obligatoire rend notamment difficile la détermination claire, uniforme et objective de critères pour le recrutement des juges. Du reste, cette lacune implique bien souvent qu'un (aspirant) juge fera une partie considérable de sa carrière, sinon toute, dans un même canton, ce qui amplifie les accointances entre lui et les acteurs du monde judiciaire, et avec d'autres milieux intéressés (politiques, économiques, associatifs, etc.).
- 1410 Ces limites nous ont amenés à proposer certaines réformes du système suisse de désignation des juges, que nous reprendrons de manière synthétique ici.
- 1411 **Premièrement**, un organe indépendant de sélection, idéalement un conseil de la magistrature, doit être institué. Un tel organe existe, avec des appellations et des compétences diverses, dans plusieurs Etats étrangers et dans certains cantons, essentiellement romands. Cette institution, dont les membres seraient élus par le Parlement, est chargée de mettre au concours les postes de juges, de procéder à la sélection rigoureuse et transparente des candidats – indépendamment de leurs couleurs politiques –, puis de les proposer à l'autorité de désignation. Elle devrait être composée essentiellement de membres du pouvoir judiciaire (au moins pour moitié), proposés

par leurs pairs, de représentants des milieux académiques et du barreau, voire d'autres membres de la société civile. Le nombre de parlementaires devrait, en revanche, être restreint.

Du reste, l'autorité de désignation ne devrait pas pouvoir aisément s'écarter des recommandations de cet organe indépendant. A cet égard, le préavis de celui-ci devrait être en partie contraignant pour l'organe d'élection, en ce sens qu'il pourrait soit accepter le candidat, soit le refuser, mais ne pourrait pas élire un autre à sa place. Ce « droit de veto » doit toutefois être utilisé judicieusement par l'autorité d'élection afin de ne pas rendre vain le travail de l'organe indépendant. C'est pourquoi son utilisation doit être limitée, par exemple à deux fois, pour chaque poste.

Deuxièmement, l'autorité de désignation devrait être ou rester le Parlement, du moins pour les membres des juridictions supérieures. Ce mode d'élection garantit, en effet, une légitimité démocratique aux magistrats, dont les décisions ont toujours plus d'implications politiques et sociétales. Au sein des instances (cantonales) inférieures, en revanche, une désignation par une autorité indépendante des trois pouvoirs, comme un conseil de la magistrature, voire par le pouvoir judiciaire lui-même pourrait être envisagée. Par contre, au vu de ses inconvénients, l'élection par le peuple, même tacite, doit être écartée.

Troisièmement, les contributions de parti (*Parteisteuern*) devraient, à notre sens, être abolies. Nous avons toutefois conscience qu'une telle mesure serait problématique pour certains partis politiques qui en bénéficient. Le financement étatique de ceux-ci pourrait être une alternative, mais qui peinerait à trouver une majorité dans notre pays. En conséquence, un premier pas en direction d'une justice plus indépendante consisterait dans le fait d'interdire, au niveau légal, leur caractère obligatoire.

Quatrièmement, nous sommes favorables à la suppression de la réélection périodique des juges. Ce mécanisme, essentiellement politique, n'a, aujourd'hui, plus de raison d'être. Un magistrat judiciaire ne doit pas risquer d'être évincé lors de sa prochaine réélection, en raison de décisions qu'il a rendues et qui ont pu déplaire à certaines forces politiques. En outre, des procédures disciplinaires garantissant certains droits peuvent être utilisées pour écarter un juge défaillant. De ce fait, pourrait être instituée, comme l'a fait le canton de Fribourg, une désignation à durée indéterminée, à savoir jusqu'à l'âge de la retraite, ou bien à durée déterminée, par exemple entre quinze et vingt ans, mais non renouvelable. Cette dernière solution pourrait être mise en place au sein du Tribunal fédéral, où les juges sont élus à un âge plus élevé.

Cinquièmement, la suppression de la réélection doit être accompagnée de certains garde-fous. Un juge qui a gravement violé ses devoirs de fonction ou qui ne remplit plus l'une des conditions d'éligibilité doit pouvoir être révoqué. Cette procédure disciplinaire doit être confiée à une autorité indépendante, par exemple un conseil de la magistrature, composée d'une majorité de magistrats. Dans ce cadre, toutes les garanties de procédure du juge, notamment son droit d'être entendu, doivent être respectées. Par ailleurs, une voie de recours devant une instance supérieure à caractère juridictionnel, disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, doit être instituée contre les décisions de l'autorité indépendante, en particulier si celle-ci ne remplit pas les exigences de l'art. 6 § 1 CEDH.

Sixièmement, la formation des (futurs) juges doit être renforcée. L'instruction dispensée au sein des facultés de droit ne nous paraît pas suffisante afin d'acquérir toutes les connaissances et compétences indispensables à la fonction judiciaire. En sus du droit matériel et formel, le juge doit maîtriser les techniques professionnelles du métier ainsi qu'un certain nombre de « compétences souples », qui ne peuvent s'apprendre exclusivement à l'université ou pendant le stage, voire même en exerçant l'activité indépendante d'avocat. A ce titre, une fois élu, le juge devrait suivre une formation poussée, à temps plein, et condensée sur quelques semaines. La formation continue doit également être intensifiée.

Septièmement, même s'il ne s'agit que d'un excursus et qui mériterait en conséquence d'être approfondi, nous avons suggéré que la mobilité intercantonale des magistrats soit encouragée, ceci par plusieurs moyens : la suppression de l'obligation de résidence cantonale pour les cantons qui en connaissent une, ce qui permettrait l'élection de juges hors canton ; à travers le détachement, même temporaire, d'un juge de son canton d'appartenance à un autre ; enfin, par l'instauration de tribunaux intercantonaux dans certaines matières.

- 1419 Qui doit insuffler ces diverses réformes ? La justice ou la politique ? Et qui doit les mettre en œuvre ? On l'a vu, l'élection judiciaire telle que pratiquée en Suisse n'a jusqu'ici guère fait objet d'une condamnation par un tribunal. Ce constat n'étonne pas. En effet, les juges se trouvent dans la situation délicate de devoir apprécier un système dont ils sont eux-mêmes issus. Du reste, la plupart d'entre eux se perçoivent, probablement à juste titre, comme indépendants vis-à-vis de leur parti et de l'autorité d'élection. Mais, à ce sujet, n'omettent-ils pas que l'indépendance dont ils bénéficient n'est pas conçue dans leur intérêt, mais avant tout dans celui des justiciables²⁹⁵⁷ ? Pourtant, les magistrats sont aussi victimes de ce système, car ils sont susceptibles de pâtir d'un manque d'indépendance dans leur fonction, en particulier à l'approche des réélections. En outre, ils ne disposent, en l'état, d'aucune voie de droit afin de contester une non-réélection. Cela dit, on notera favorablement que l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM) s'attèle depuis quelques années à la réforme de l'élection des juges.
- 1420 Sur le plan politique, les acteurs et les organes de ce milieu ont entrepris, ces deux dernières décennies, des réformes (création d'organes de sélection plus ou moins indépendants, mise au concours des postes, allongement de la durée du mandat des juges), certes positives, mais qui ont des effets modestes dans l'optique d'une dépolitisation du processus de désignation. De plus, ces évolutions se sont limitées surtout aux cantons latins. Seul le canton de Fribourg a eu l'audace de supprimer la réélection des juges dans sa nouvelle Constitution. Bien que critiquable, la réserve du pouvoir politique est aussi compréhensible. Les partis suisses n'ont, en effet, aucun intérêt à une modification substantielle du mode d'élection (et de réélection) des membres du pouvoir judiciaire. D'une part, car ils ont la possibilité de placer leurs membres au sein du troisième pouvoir, et d'autre part, car ils profitent des contributions versées annuellement par les juges en fonction.
- 1421 Et si l'impulsion venait des citoyens ? A cet effet, l'initiative pour la désignation des juges par tirage au sort (initiative sur la justice) a, en dépit de ses défauts, le mérite d'amener le débat au-delà du monde judiciaire et académique. Elle met l'accent sur des questions essentielles pourtant sous-estimées par les décideurs politiques, et que la population souvent ignore. Le Conseil fédéral a rejeté l'initiative sans proposer de contre-projet²⁹⁵⁸. Le Parlement débat encore de l'opportunité de proposer un contre-projet à l'initiative. Le peuple et les cantons auront prochainement le dernier mot.
- 1422 Avant de passer aux considérations finales, quelques constatations prospectives. Nous sommes conscients que la présente recherche n'a probablement pas épuisé le sujet de la désignation des juges, tant celui-ci comporte des aspects variés et non strictement juridiques. Notre méthode a-t-elle été fructueuse ? « Méthode » vient du grec « *methodos* » qui signifie « poursuite d'un chemin, d'une voie ». Notre thèse a donc pris un chemin déterminé en se concentrant avant tout sur les caractéristiques juridiques de l'objet d'étude, sans ignorer certaines de ses dimensions politiques, historiques et sociologiques. Cela dit, ces matières n'ont probablement pas été traitées exhaustivement. Il appartient donc aujourd'hui à d'autres chercheurs de poursuivre ce chemin, de bifurquer si nécessaire. En particulier, il conviendrait de procéder à certaines recherches empiriques²⁹⁵⁹. En outre, d'autres systèmes juridiques pourraient être étudiés, approfondis puis comparés, afin d'identifier des aspects propres à améliorer le système suisse de désignation des juges.
- 1423 En introduction de notre thèse, nous invoquions le conflit, peut-être insoluble, entre la légitimité (démocratique) du juge et l'indépendance de celui-ci. Au moment d'achever ce travail, nous estimons que ces deux concepts ne sont pas inconciliables. A condition toutefois qu'un certain nombre d'éléments soient pris en compte. L'indépendance du magistrat doit s'apprécier compte tenu de son mode de désignation, la durée de son mandat, la possibilité ou non de réélection ainsi que son apparence. Quant à sa légitimité, elle provient de la confiance que les citoyens mettent en lui. Cette confiance ne s'acquiert pas seulement à travers son élection démocratique, mais aussi, et surtout, à travers ses compétences et son indépendance. Dans ce travail, nous avons suggéré un certain nombre de réformes visant à concilier ces divers aspects. Par ailleurs, il est légitime de tenir un membre d'un pouvoir étatique responsable de son action ou de son inaction. Toutefois, il convient

²⁹⁵⁷ CORBOZ, Réélection périodique, N 15.

²⁹⁵⁸ FF 2020 6609.

²⁹⁵⁹ Par exemple, procéder à l'évaluation de l'indépendance d'un juge, tant subjective qu'objective, à l'approche d'une réélection, en comparaison de celle d'un juge élu jusqu'à l'âge de la retraite ; enquêter de manière plus approfondie sur les critères effectifs de choix des juges, sur les *Parteisteuern*, etc.

de définir soigneusement les mécanismes qui le permettent, « en tenant compte de l'indépendance de l'institution concernée, des tâches qu'elle accomplit, des compétences dont elle jouit et des risques en jeu », ce qui « forme[ra] le terreau fertile dont la légitimité se nourrit »²⁹⁶⁰.

L'indifférence et la passivité sont les plus grands dangers pour une démocratie. Le système d'élection judiciaire a jusqu'ici peu occupé les acteurs institutionnels, tant son enracinement dans la tradition démocratique helvétique est profond. Orgueilleuse de ses particularismes et au nom d'un consensus et d'une stabilité reconnus et appréciés, la Suisse se montre prudente dans la réforme de ses institutions, alors même que celles-ci présentent parfois certaines lacunes. Pourtant, c'est seulement en reconsidérant ses acquis, aussi difficile cette tâche puisse-t-elle paraître, qu'elle pourra préserver cette stabilité.

1424

²⁹⁶⁰ MARTENET, Architecture, p. 42.