

Exposé de Mr. Bernard Bertosse, Juge fédéral

fait devant l'assemblée générale de l'ASM le 5 novembre 2005 à Bellinzona

sur le thème

SEPARATION DES POUVOIRS : L'INDEPENDANCE DES JUGES EN DANGER ?

Il est évidemment exclu, en quelques minutes, de traiter un thème aussi vaste (la bibliographie de l'ouvrage de Regina Diener publié sur ce sujet en 2001 ne comporte pas moins de seize pages !) et, de surcroît récurrent (le rapport du président de l'ASM sur l'exercice 1996 portait déjà sur cette question , voir PJA 1997 p. 1053 ss.).

Je dois me limiter dès lors à quelques réflexions, tirées essentiellement de l'actualité politique et judiciaire.

Remarque préliminaire

Contrairement à une vision réductrice du problème, l'indépendance des juges ne se limite pas aux conflits réels ou potentiels qui peuvent opposer la justice aux autres pouvoirs.

Les dangers auxquels cette indépendance est confrontée sont en effet de deux ordres :

- les dangers individuels ou personnels
- les dangers structurels ou institutionnels

Si les seconds sont seuls liés à la séparation des pouvoirs – thème de cette journée – les premiers méritent néanmoins d'être brièvement rappelés, ne serait-ce que pour mémoire. Les juges ont en effet quelque propension à occulter ces risques, qui ne sont pas toujours, il est vrai, à leur honneur.

Les dangers individuels ou personnels

L'indépendance des juges est en danger lorsque les magistrats eux-mêmes se laissent influencer, dans leurs décisions, par des critères étrangers à la juste application de la loi. Ainsi par exemple :

- la sensibilité excessive à la critique ou à la flatterie : ne pas faire de vagues, ne pas risquer de déplaire,
- le manque de courage face à des menaces ou à des plaintes,
- l'assujettissement à des groupes d'intérêts : milieux professionnels, partis politiques, groupements religieux,
- la recherche d'avantages économiques : corruption, dessein de plaire à des pourvoyeurs d'arbitrages bien rémunérés.

Ces dangers existent indépendamment du mode d'élection ou de nomination ou d'une ingérence excessive des autres pouvoirs dans l'administration de la justice.

L'indépendance, c'est d'abord " dans la tête " et il serait heureux de s'en souvenir au moment de désigner les juges.

Les dangers structurels ou institutionnels

Ces dangers sont directement liés à la structure de l'Etat et à la répartition des pouvoirs.

Pour en analyser la juste portée, il n'est pas inutile de rappeler que, dans nos démocraties, le pouvoir suprême appartient au peuple qui, en tout ou en partie, en délègue l'exercice non pas à une seule autorité, mais à trois types d'autorités distinctes : législatives, exécutives et judiciaires.

De ce constat fondamental découlent en effet un certain nombre de conséquences qui doivent servir de cadre à notre réflexion sur l'indépendance :

1) Rendre la justice, c'est exercer un pouvoir.

1.1.) Cet exercice **suppose une légitimité**, c'est-à-dire une nomination ou une élection par le peuple ou par une autorité à laquelle le peuple a valablement délégué cette compétence.

On désigne souvent le mode d'élection ou de nomination des juges comme de nature à engendrer de grands risques pour l'indépendance de magistrats judiciaires. Ces risques existent en effet, surtout lorsque l'autorité de désignation est le pouvoir exécutif. Il est cependant inutile de leur attribuer une importance excessive. J'ai exercé des fonctions comme élu du peuple, du parlement ou même du gouvernement, sans jamais avoir le sentiment d'être atteint dans mon indépendance. Ces dangers sont de surcroît inévitables, car il ne saurait y avoir de légitimité autoproclamée.

1.2.) Cette légitimité est **limitée dans le temps**. Le système de l'élection à vie, outre qu'il n'est pas pratiqué chez nous et qu'il n'a guère de chances de l'être, ne garantit pas nécessairement une plus grande indépendance des juges. Il suffit à cet égard de se référer à la désignation des juges de la Cour suprême des Etats-Unis.

*Pour que l'élection, respectivement la réélection ait un sens et qu'elle soit réellement garante de la légitimité du juge, elle doit constituer un véritable enjeu. Les réélections arrangées d'avance ou automatiques conduisent à une "fonctionnarisation" de la mission de juger. Ce que l'électeur désigné n'obtient plus par de véritables élections ouvertes, il cherchera à se le procurer par d'autres moyens, notamment en s'attribuant des pouvoirs disciplinaires qui, comme en le verra, sont réellement liberticides. Il serait donc important que les juges soient persuadés qu'il n'existe **aucun droit à la réélection** .*

Ce qui est dangereux pour l'indépendance, ce n'est pas la durée limitée des mandats, mais la crainte du juge de ne pas être réélu.

1.3.) **Les partis politiques sont, en démocratie, les intermédiaires naturels entre le peuple et les autorités qu'il charge de l'exercice des pouvoirs.** Ce qui

vaut pour le législatif et l'exécutif vaut aussi pour le judiciaire. Il n'y a donc rien à redire dans l'intervention des partis politiques pour la désignation des juges. *Cette intervention est même un gage supplémentaire de légitimité, comme elle est garante d'une répartition équitable du pouvoir judiciaire entre les différentes sensibilités politiques ou philosophiques. Il n'y a donc aucune raison d'être choqué que parmi les 62 nouveaux juges du Tribunal administratif fédéral, seuls 7 aient été recrutés "hors partis".*

Le danger existe certes que les juges se sentent ensuite redevables au parti qui les a présentés et qu'ils aliènent ainsi leur indépendance. Sans négliger ce risque, je constate d'expérience que l'origine partisane ne joue que peu de rôle dans les clivages qui peuvent apparaître au sein des juridictions. Lorsque j'ai exercé la fonction de procureur, je peux dire que les décisions des juridictions de jugement ou de recours les plus contraires à mes convictions personnelles ont été rendues par des cours à majorité composées de juges présentés par le même parti que moi, ou présidées par l'un d'eux.

Aliéner son indépendance en faveur d'un comportement partisan est un danger personnel et non structurel.

1.4.) Il n'y a pas de raison de principe que les juges soient **épargnés par la critique** non seulement par leurs pairs, mais aussi par les médias et, pourquoi pas, par les représentants des autres pouvoirs.

Dans un passé récent, certains arrêts du Tribunal fédéral (interprétation de la notion de publicité en matière de discrimination raciale, droit au minimum vital pour les requérants d'asile déboutés) ont donné lieu à des critiques publiques émanant de députés, voire même d'un ministre. Le phénomène n'est pas nouveau. Des protestations de même nature avaient déjà surgi à la suite d'un arrêt relatif à la procédure de naturalisation, ou encore, il y a quelques années, à propos d'une décision portant sur les crucifix dans les écoles publiques. On ne sache pas que notre cour suprême aurait pour autant été menacée dans son indépendance

L'incapacité de résister à la critique est un danger personnel, non structurel.

2) **L'indépendance absolue n'existe pas.** La répartition tripartite de l'exercice du pouvoir démocratique implique nécessairement une limitation de l'indépendance reconnue à chacun des pouvoirs. Plutôt que d'indépendance, il conviendrait dès lors de parler d'interdépendance. Il ne viendrait par exemple à l'idée de personne (du moins on l'espère) de concéder au juge la liberté de s'abstraire des règles législatives, alors même que ce n'est pas lui qui les a édictées.

La démocratie est un système politique qui fonctionne sur trois pieds et dont l'équilibre est donc constamment instable, chaque pouvoir ayant la tentation naturelle et permanente d'étendre ses propres compétences, au détriment de celles des autres.

Garantir cet équilibre est un exercice délicat et il requiert une vigilance constante. Cette difficulté doit toutefois être assumée, car elle est inhérente à tout autre système que la dictature.

De cela résulte que l'indépendance des juges n'est sérieusement en danger que lorsqu'il y a rupture d'équilibre au détriment de la justice.

A s'en tenir à l'actualité, ce risque de rupture existe concrètement dans deux domaines précis.

1) Des atteintes à la mission spécifique de la justice.

Dans un Etat de droit, les juges ont pour fonction essentielle, sinon exclusive, d'appliquer des règles générales à des situations particulières. Cette fonction est capitale et inaliénable. Y porter atteinte constitue ainsi une ingérence inadmissible dans l'indépendance de la fonction judiciaire.

Or deux initiatives sont actuellement en cours, qui tendent à interdire le recours au juge pour décider si la loi a été respectée dans son application à des situations particulières. La première entend supprimer l'intervention judiciaire en matière d'octroi du droit de cité communal. La seconde se propose de limiter les voies de recours en matière d'aménagement du territoire, lorsqu'un projet concret se fonde sur un vote populaire ou un acte législatif.

En substance, ces projets tendant à transférer au législateur des compétences qui appartiennent exclusivement au juge. Leur référence commune à la souveraineté du peuple fait fi des principes élémentaires en matière de protection des libertés individuelles et de garantie du respect des lois. Même le peuple lui-même ne peut s'écarter des lois qu'il se donne et qu'il incombe au juge – et au juge seul – de dire si elles ont été respectées. Admettrait-on que la culpabilité d'un prévenu ou la légitimité d'une créance commerciale soient tranchées en votation populaire ou par une décision du Parlement ?

2) Une ingérence inadmissible dans la discipline des juges.

La soumission des juges à une autorité disciplinaire constitue déjà une originalité pour le moins discutable dans un système électif. Au nom de quels principes décisifs impose-t-on aux juges de se soumettre à une autorité chargée de surveiller leurs comportements individuels, alors que de tels mécanismes ne sont prévus ni pour les parlementaires, ni pour les ministres ?

A supposer qu'une surveillance particulière soit justifiée à l'égard des juges, le respect de l'indépendance de ces derniers imposerait alors que cette mission soit assumée par une autorité qui soit propre au pouvoir judiciaire lui-même. Or en créant le Tribunal pénal fédéral, puis le Tribunal administratif fédéral, le législateur s'est octroyé le droit de révoquer les juges qu'il a élus, en cas notamment de violation de leurs devoirs. Dans la même veine, le Conseil fédéral souhaite assurer lui-même la surveillance du Ministère public de la Confédération, s'arrogeant d'ailleurs, à l'occasion, des compétences qui appartiennent clairement au législateur.

Ces ingérences manifestement contraires à la séparation des pouvoirs ont malheureusement été facilitées, sinon provoquées par des comportements dont certains juges sont eux-mêmes comptables (on songe par exemple, pour rester dans l'actualité, à l'attitude d'un ancien président du Tribunal fédéral ou au psychodrame qui a agité le Tribunal fédéral des assurances). Plus fondamentalement, ces dérives disciplinaires trouvent leur source dans le refus des juges d'accepter la limitation temporelle de leurs charges. Si la reconduction des

mandats n'est qu'une simple formalité, un automatisme, pour ne pas dire un droit, la procédure d'élection perd sa capacité sanctionnatrice et la nécessité surgit d'assurer ce contrôle d'une autre manière.

En conclusion : l'indépendance des juges n'a jamais été et ne sera jamais à l'abri de toute menace. La sauvegarde de cette indépendance implique une vision claire de ses inévitables limites, des comportements individuels exemplaires et des réactions fermes face à toute atteinte inadmissible.