

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit

Edité par

Pascal Pichonnaz

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit

Edité par
Pascal Pichonnaz

Schulthess § 2014
ÉDITIONS ROMANDES

Avertissement

Les ouvrages précédemment publiés dans la collection « enseignement de 3^e cycle de droit » sont maintenant publiés dans la collection « programme doctoral romand de droit ».

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014
ISBN 978-3-7255-7063-8

www.schulthess.com

TABLE DES MATIÈRES

Partie I Questions générales

BRENCI Alessandro/CERUTTI Davide De la méthode aux pragmata	3
WYSSBROD Adrien Jacques François Boyve et son Examen du candidat; l'œuvre officieuse d'un législateur Neuchâtelois	19

Partie II Droit constitutionnel

BEGUM Bulak Les conflits de droits fondamentaux : une question pour le législateur ou le juge ?	33
OTTIMOFIGLIORE Giuseppa L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales : critiques, enseignements, questionnements	57
YANN GRANDJEAN Le dialogue entre le législateur et son juge – L'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité	75
LAMMERS Guillaume L'intervention du juge dans la procédure d'initiative populaire fédérale	93
CHERIF Adama Le contrôle du contenu matériel des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone	111

Partie III Droit administratif

GAVILLET Aurélie Le législateur, le juge et la mise en œuvre du droit : les rôles de la pratique administrative	139
---	-----

JEANNERAT Eloi	
La notion de «législateur formel»: Quelle mise en œuvre intercantonale et intercommunale?	153
MEYER Lia	
Le juge et la mise en œuvre des législations de protection de l'environnement: un rôle limité	175
SOW Dieyla	
Légalité et contrôle des actes du délégataire de tâches publiques. A l'exemple du domaine de l'asile et de la mise en œuvre des normes d'accueil	203
LE FORT Olivia	
L'interprétation de la notion de vraisemblance dans la loi sur l'asile	227
LIDEIKYTE-HUBER Giedre	
L'appréciation des dispositions de droit fiscal selon la réalité économique	245
PELLATON Nicolas	
Le principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire	263

Partie IV Droit privé

GAILLARD Olivier	
Réserves héréditaires en droit successoral international et ordre public	281
WELLINGER Alexandre	
Interprétation par le juge du caractère «distinct» du droit de superficie. Une analyse de la relation entre ce qu'envisageait le législateur et ce qu'en ont fait les juges	311
CAMPI Arnaud	
Lorsque législateur, juge et médecin opèrent ensemble : De la responsabilité médicale pour défaut d'information	331

SCHMIDT Tanja	
L'invalidation de la transaction extrajudiciaire: un exemple des interactions entre législateur et juge dans une perspective de contrats innommés	359
GABELLON Adrien	
Jurisprudence constructive et évolution de la conception du précontrat à la lumière de l'art. 22 CO	377
GUILPAIN Marie	
La définition du régime français des clauses abusives : œuvre essentiellement législative ou jurisprudentielle ?	395
BORY Jonathan	
L'interprétation <i>contra legem</i> à l'aune de la portée de l'art. 333 CO	413
KOTTMANN Michael	
L'interprétation des contrats internationaux - Le pouvoir d'appréciation du juge suisse en comparaison avec le juge en Common Law et l'arbitre	429
PICTET Caroline	
Le principe de proportionnalité: rôle du juge dans l'interprétation de cette notion en droit des sociétés	445

Partie V Droit international et européen

ZYSSET Alain	
Les droits de l'homme ont-ils besoin d'un législateur ? Nature et limite d'un exceptionnalisme juridique : le cas de la CEDH	471
MAGISTRO Francesca	
Le rôle créateur de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit à un environnement sain	491
TURMO Araceli	
La place de la jurisprudence en droit de l'Union européenne : interprétation, complètement ou création ?	513

GROZDANOVSKI Ljupcho

La théorie du sens clair en droit de l'Union européenne :
la clarté donnée et construite dans le cadre du renvoi préjudiciel 531

MAQUIL Francis

L'état de droit, le droit d'accès à la justice et les organisations
internationales 553

LE PRINCIPE DE LA LEGALITE DES INFRACTIONS EN DROIT DISCIPLINAIRE : L'EXEMPLE DES MAGISTRATS JUDICIAIRES

par

NICOLAS PELLATON

MLaw, avocat, doctorant FNS à l'Université de Neuchâtel¹

Introduction	263
I. Le droit disciplinaire (des magistrats)	264
1. Définition et domaines d'application	264
2. Nature juridique (aperçu)	265
II. Le principe de la légalité des infractions	266
1. Notion et application	266
2. La théorie de l'application différenciée	268
3. L'admissibilité des normes-cadres	269
III. Vers une (meilleure) réglementation des comportements	270
1. Le besoin d'un référentiel	270
2. L'élaboration d'un catalogue des infractions disciplinaires ?	271
3. La question spécifique de l'utilisation des règles déontologiques	273
Conclusion	275
Bibliographie	277

Introduction

Le droit disciplinaire reste un sujet peu exploré. Le législateur, la jurisprudence et la doctrine semblent parfois délaissier quelque peu cette matière². Ce même constat ressortait déjà notamment de la doctrine française du début du XXe siècle³. En 1908, un auteur écrivait : « le droit disciplinaire sort à peine de l'ombre grise où toutes choses sont vagues : les contours n'en sont point arrêtés, la structure juridique en reste imprécise encore »⁴. Or la situation, si justement dépeinte, n'a

¹ Cette contribution s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche soutenu par le FNS, intitulé « Droit disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire ». Je remercie chaleureusement mon directeur de thèse, le Prof. FRANÇOIS BOHNET, pour ses précieux conseils.

² P. ex. KELLER, p. 186, qui relève le manque d'intérêt pour le droit disciplinaire.

³ P. ex. DUGUIT, p. 462; NÉZARD, p. 1.

⁴ En France également, RICOL, p. 5.

presque pas évolué depuis lors, si bien que ce défaut de conceptualisation⁵ demeure aujourd'hui encore.

Ainsi, un nombre important de questions continue de se poser. On pense à la question fondamentale de la qualification de la nature juridique du droit disciplinaire; à celle de l'application du principe de la légalité à ce domaine du droit; à celle de la mise en œuvre du droit disciplinaire matériel.

Nous nous proposons d'étudier, dans le cadre de la présente contribution, la question de l'application du principe de la légalité des infractions en droit disciplinaire. Dans la mesure où les réponses à cette question dépendent partiellement de celles données en regard de la problématique de la nature juridique du droit disciplinaire, un rapide détour par l'examen de cette notion sera toutefois nécessaire.

Les réflexions présentées ci-dessous se fonderont sur un cas d'application : le droit disciplinaire des magistrats judiciaires. Il convient à ce titre de relever que le domaine de la magistrature constitue l'exemple-type d'application du droit disciplinaire⁶. Néanmoins, des références à d'autres professions surveillées, en particulier celle d'avocat, s'imposeront.

I. Le droit disciplinaire (des magistrats)

1. Définition et domaines d'application

Le droit disciplinaire peut être défini comme étant l'ensemble des règles associatives et/ou de droit positif qui visent à réglementer le comportement des personnes appartenant à un groupement déterminé afin d'assurer, dans la perspective des objectifs que ledit groupement s'est fixés ou qui lui ont été assignés, l'ordre et le bon fonctionnement à l'intérieur de celui-ci⁷.

Appliqué aux magistrats judiciaires, le droit disciplinaire s'entend d'une manière générale comme étant l'ensemble des règles de droit positif, matérielles et procédurales, qui visent à réglementer le comportement desdits magistrats afin d'assurer la bonne marche de l'appareil judiciaire.

Le droit disciplinaire se manifeste dans des domaines très variés : la surveillance de professions libérales telles que celle d'avocat, de notaire, de médecin et de psychologue/psychothérapeute (surveillances spéciales)⁸; la surveillance des

⁵ Cf., en France et en Belgique, DELPÉRÉE, p. 203, qui relève ce défaut.

⁶ Cf. déjà, en France, GUICHETEAU, p. 78.

⁷ Cf. ég. BELLWALD, p. 19 ss; TF 1P.652/2003 du 08.02.2005, consid. 6.1.

⁸ Avocats : art. 12 ss, 34 LLCA (RS 935.61). Notaires : p. ex. art. 24 ss LN/NE (RSN 166.10). Médecins et psychologues/psychothérapeutes : cf. p. ex. art. 1 al. 3 let. e, 40 LPMéd (RS 811.11), art. 1 al. 2 let. f, 27 LPsy (RS 935.81); à noter que ces dernières professions, lors-

agents de la fonction publique⁹, dont font partie les magistrats¹⁰; la réglementation de certaines activités, notamment à l'armée, dans les écoles et les prisons, touchant des personnes se trouvant dans un rapport particulier avec l'Etat (statuts spéciaux)¹¹.

Certaines des remarques ci-dessous pourront trouver à s'appliquer aux autres titulaires de la fonction publique et aux professions libérales.

2. Nature juridique (aperçu)

L'examen de l'application du principe de la légalité en droit disciplinaire est indissociable de celui de la qualification de la nature juridique de ce droit. Le fait de rattacher le droit disciplinaire à l'une des branches traditionnelles du droit positif influe en effet sur les concepts légaux applicables. L'assimilation du droit disciplinaire au droit administratif pourrait en particulier permettre de justifier, indirectement, une exclusion partielle de l'application du principe de la légalité des infractions disciplinaires. Cependant, comme nous le verrons ci-dessous (Chap. II.), la portée de cette question doit être relativisée.

Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante, considère que « le droit disciplinaire ne se rattache pas au droit pénal, mais au droit administratif, car la mesure disciplinaire [*sic*] n'a pas en premier lieu pour but d'infliger une peine, mais de maintenir l'ordre à l'intérieur du groupe de personnes auquel il s'applique et, s'agissant des professions libérales, d'assurer l'exercice correct de la profession et de préserver la confiance du public à l'égard des personnes qui l'exercent »¹².

Cette position nous paraît erronée. La distinction sur laquelle se fonde le Tribunal fédéral, qui revient à tenter d'opposer les buts respectifs du droit pénal et du droit disciplinaire, ne résiste en effet pas à l'examen : d'une part, le droit pénal n'a pas

qu'elles ne sont pas exercées à titre indépendant, tombent sous le coup des règles cantonales ou communales, cf. art. 22 al. 2 LPsy).

⁹ Cf. p. ex. art. 98 ss OPers (RS 172.220.111.3).

¹⁰ Les magistrats judiciaires devraient être soumis à un régime disciplinaire spécifique : cf. p. ex. art. 15 ss LOJ/GE (RSG E 2 05); art. 14, 60 ss LMSA/NE (RSN 162.7). Parfois, leur surveillance suit totalement ou partiellement les règles applicables aux fonctionnaires (cf. p. ex. art. 3 RPersJ/BE, RSB 161.16); parfois, une « haute » surveillance parlementaire, non proprement disciplinaire, est mise en place (p. ex. art. 26 al. 1, 40a, 52 s. LParl, RS 171.10).

¹¹ Armée : cf. RS 04, chap. 9 (RS 510.107.0). Ecoles (cela peut concerner les étudiants et/ou les membres du corps enseignant) : cf. p. ex. art. 78a LUni/BE (RSBE 436.11); art. 10 let. g RGOU/NE (RSN 416.101.01). Détenus : cf. p. ex. art. 80a ss du Règlement des détenus des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).

¹² TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 1.4, citant l'ATF 108 Ia 230, consid. 2b et 5b; l'arrêt de principe est probablement l'ATF 73 I 289, consid. 3. Cf. ég. RJN 1984 p. 266.

pour but (premier) d'infliger des peines¹³; d'autre part, le maintien de l'ordre au sein d'un cercle déterminé de personnes ne caractérise pas le droit disciplinaire¹⁴.

Rejoignant l'avis exprimé en France et en Belgique par DELPÉRÉE, nous considérons que le droit disciplinaire présente les mêmes caractéristiques répressives, mais aussi structurantes et préventives, que le droit pénal¹⁵, auquel il devrait dès lors se rattacher.

On ne peut par ailleurs tirer un argument du fait que le droit disciplinaire s'applique à un corps particulier, car le droit pénal s'applique lui aussi parfois à des catégories particulières¹⁶. En outre, la fonction de « préservation de la confiance du public » qui se rapporte aux professions disciplinées, en tant que manifestation d'un but idéal (et non idéal) que l'on s'efforce d'atteindre, n'est que la résultante de l'existence et de l'application des règles disciplinaires matérielles et formelles.

Au vu de ce qui précède, il se justifie selon nous de reconnaître au droit disciplinaire une nature pénale. A tout le moins devrait-on admettre son caractère répressif¹⁷.

II. Le principe de la légalité des infractions

1. Notion et application

a) En vertu de l'art. 7 CEDH

Aux termes de l'art. 7 CEDH, nul ne peut être condamné pour un fait qui, au moment où il a été commis, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. Si l'on devait retenir que le droit disciplinaire présente, comme nous le soutenons, une nature pénale, il conviendrait alors d'y appliquer uniformément les principes généraux du droit pénal. L'art. 7 CEDH prévaudrait alors en toute hypothèse.

¹³ DELPÉRÉE, N 57.

¹⁴ DELPÉRÉE, N 58.

¹⁵ DELPÉRÉE, N 58-61, 64 : « Les sanctions disciplinaire et pénale ne diffèrent ni par leur but, ni par leur objet et caractéristiques essentielles ». Au surplus, on relèvera que le rattachement – temporaire ? – du droit disciplinaire au droit administratif est un phénomène complexe, qui doit probablement être placé dans la perspective historique de l'émergence du droit administratif en France (sur ce sujet, voir déjà, entre autres, DUGUIT, p. 469, 471).

¹⁶ Cf. ég. DELPÉRÉE, p. 42.

¹⁷ Cf. ég. *infra*, Chap. II.1.a).

Si l'on retient que le droit disciplinaire ne se rattache pas au droit pénal mais au droit administratif, il convient encore d'examiner, afin de déterminer les principes applicables, si l'on se trouve en présence d'une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁸. En effet, suivant la nature et le but de la sanction en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité, la procédure disciplinaire peut rentrer dans ce cadre. Dans un tel cas, l'art. 7 CEDH trouve également application¹⁹.

Dans un arrêt du 22 juin 2012, publié au Recueil officiel, le Tribunal fédéral, reprenant la jurisprudence « Scoppola » de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰, a posé que « la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. On ne saurait interpréter l'art. 7 CEDH comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. Savoir jusqu'à quel point la sanction doit être prévisible dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité d'une loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »²¹.

La difficulté est bien de savoir, quant à la déterminabilité des infractions disciplinaires, où situer le curseur entre description légale et interprétation judiciaire.

b) En vertu de l'art. 5 al. 1 Cst. féd.

Le Tribunal, dans l'arrêt précité, a également examiné la question de la légalité des infractions sous l'angle de l'art. 5 al. 1 Cst. féd. Cela nous intéresse particulièrement, car cet examen est pratiqué indépendamment de la nature attribuée à la procédure en cause en droit interne et de la qualification – d'accusation en matière pénale ou non – de la sanction infligée ou envisagée.

Le Tribunal fédéral a ainsi rappelé que « la loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen d'y conformer son comportement et de prévoir les

¹⁸ Sur la question de l'applicabilité de l'art. 6 CEDH à la fonction publique, voir l'arrêt CourEDH du 19.04.2007 dans l'affaire *Vilho Eskelinen u.a. c. Finlande*, req. n° 63235/00, par. 55 ss; l'arrêt CourEDH du 19.10.2010 dans l'affaire *Özpinar c. Turquie*, req. n° 20999/04, par. 30.

¹⁹ ATF 138 I 367, consid. 5.2. La jurisprudence reste, sur ce point, très casuelle; cela entraîne une insécurité juridique. Pour des développements, cf. BOHNET/MARTENET, N 2227 ss, concernant la profession d'avocat.

²⁰ Arrêt CourEDH du 17.09.2009 dans l'affaire *Scoppola c. Italie*, req. n° 10249/03.

²¹ ATF 138 I 367, consid. 5.3.

conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude, lequel ne peut être fixé abstraitement, mais doit au contraire tenir compte des circonstances » et poursuivi en indiquant que « [l]e juge peut, sans violer ce principe, donner du texte légal une interprétation même extensive, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause. Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe [nullum crimen,] nulla poena sine lege interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables »²².

A nouveau, la difficulté est de savoir quelle « marge d'indétermination légale » est admissible au regard de la légalité des infractions disciplinaires. Avant d'examiner la manière dont il conviendrait de réglementer les comportements des magistrats judiciaires (cf. *infra*, Chap. III.), il est donc nécessaire de nous pencher sur les limites entourant le principe de la légalité des infractions (*infra*, Chap. II.2 et II.3).

2. La théorie de l'application différenciée

a) Présentation

La jurisprudence et la doctrine admettent, de façon plus ou moins large, la possibilité d'appliquer *par analogie* les principes généraux du droit pénal en matière disciplinaire. Cela relativise quelque peu la portée de la question de la nature juridique du droit disciplinaire. Toutefois, on constate qu'une telle application analogique est généralement exclue concernant notamment les principes *ne bis in idem* et *nullum crimen sine lege*, en vertu de la nature particulière attribuée au droit disciplinaire.

Selon cette approche, et en particulier, le principe *nullum crimen sine lege* ne s'appliquerait pas strictement en droit disciplinaire car il serait impossible de décrire tous les manquements possibles aux devoirs liés à une profession ou à une fonction donnée²³.

Ainsi, de jurisprudence constante, le Tribunal fédéral adopte une théorie, issue de la doctrine, selon laquelle le principe de la légalité trouverait une application différenciée en droit disciplinaire : alors qu'il régirait strictement les sanctions disciplinaires, ce principe ne gouvernerait que de manière très restreinte la définition des

²² ATF 138 I 367, consid. 5.4.

²³ MARTI/PETRY, p. 232 s. et les réf. Cf. ég., entre beaucoup d'autres, DEUMIER, p. 250; MARTENS, p. 176.

manquements susceptibles d'entraîner des sanctions. Des clauses générales pourraient ainsi satisfaire à l'exigence de légalité²⁴.

b) Critique

A notre sens, le fondement de cette approche est contestable. A la suite de DELPÉRÉE, nous pensons en effet que « l'absence d'énumération légale des manquements professionnels [...] constitue une lacune accidentelle et non une caractéristique essentielle du droit disciplinaire »²⁵. La diversité des faits pouvant constituer une infraction disciplinaire n'est pas différente de celle prévalant en droit pénal; elle ne constitue pas un obstacle à la détermination légale des infractions. Il serait donc erroné de vouloir trouver ici un critère de distinction entre droit disciplinaire et droit pénal.

Ainsi, il convient de retenir qu'il est matériellement possible de circonscrire les motifs justifiant l'ouverture d'une procédure disciplinaire et pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires. La question de la précision de la base légale sera discutée ci-dessous au regard du Chapitre III.

3. L'admissibilité des normes-cadres

a) La jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 22 juin 2012, précité²⁶, a assis une jurisprudence jusqu'ici non publiée, selon laquelle « Le principe de la légalité n'interdit [...] pas les normes de renvoi, qui sanctionnent la violation de prescriptions légales, insérées dans la loi elle-même, dans ses dispositions d'application ou encore dans d'autres actes législatifs, fédéraux ou cantonaux. La disposition pénale doit être lue comme si la règle de concrétisation faisait partie intégrante de son texte. Le comportement incriminé n'est donc pas indéterminé ».

Notre Haute Cour a poursuivi son analyse en considérant, dans cet arrêt, que la disposition dont il était question (une disposition cantonale sur les marchés publics sanctionnant la violation par les soumissionnaires « des règles sur les marchés publics ») était « une "Blankettnorm" de droit pénal [; que] de telles normes sont fréquentes parmi les dispositions pénales des lois spéciales et en principe admissibles sous l'angle constitutionnel »²⁷.

²⁴ P. ex. TF 2C_268/2010 du 18.06.2010, consid. 5.1; TF 2A.191/2003 du 22.01.2004, consid. 7.5. Concernant la question des clauses générales, voir également *infra*, Chap. II.3.

²⁵ DELPÉRÉE, p. 71, en France et en Belgique.

²⁶ ATF 138 I 367, consid. 5.4.

²⁷ ATF 138 I 367, consid. 5.5.

b) Eléments d'appréciation

Ces considérants sont intéressants à plusieurs titres. D'une part, on relève que l'admission de l'utilisation de normes de renvoi confère une très grande marge d'interprétation aux tribunaux, partant renforce le risque de rendre, concernant les comportements érigés en infractions, encore plus indéterminables les critères de référence.

D'autre part, on remarque que la notion de « Blankettnorm », que DOUCET/FLECK, dans leur célèbre dictionnaire, traduisent par : norme « de délégation, [ou norme] contenant des indications ou incriminations vagues et élastiques »²⁸, peut permettre de réduire ou d'étirer la densité normative au point de rendre celle-ci inconsistante. Ce qui dénote une certaine contradiction en particulier avec le principe pénal « *nullum crimen sine lege* »...

Il convient en outre de souligner que les deux arrêts cités par notre Haute Cour au regard de la question de l'admissibilité des « Blankettnormen »²⁹ ont été rendus en matière de surveillance disciplinaire des avocats. Plus précisément, ces deux arrêts ont posé le principe selon lequel les règles déontologiques des ordres cantonaux – à l'époque – des avocats peuvent servir à interpréter les dispositions légales établissant les règles professionnelles des avocats.

Ce dernier élément mérite d'être relevé, car il apparaît que l'on sort du cadre du renvoi – statique ou dynamique – à d'autres actes législatifs, pour toucher ici aux rapports entre, d'une part, les dispositions légales visant à réglementer le comportement des avocats et, d'autre part, les règles déontologiques, celles-ci étant, dans les deux arrêts en question, purement associatives (privées). On constate donc que l'on touche aux limites admissibles en ce qui concerne la légalité des infractions.

Les rapports entre dispositions légales et règles déontologiques seront étudiés dans la suite de notre contribution (*infra*, Chap. III.3.).

III. Vers une (meilleure) réglementation des comportements

1. Le besoin d'un référentiel

Si la jurisprudence des instances supérieures cantonales et du Tribunal fédéral en matière de discipline des magistrats, désormais largement accessible aux sujets du droit disciplinaire et au public, offre un certain cadre, elle ne devrait toutefois

²⁸ DOUCET/FLECK, p. 137, au regard du terme « Blankett ».

²⁹ ATF 106 Ia 100, consid. 7a; ATF 98 Ia 356, consid. 3a.

probablement pas permettre de se dispenser de dispositions érigeant expressément certains manquements en infractions disciplinaires³⁰. Il conviendrait, à notre sens, de rééquilibrer la répartition de la détermination des normes de comportement entre le législateur et les autorités judiciaires compétentes en matière disciplinaire.

La sécurité juridique dépend de la qualité de la loi et de la prévisibilité du droit. Ainsi que cela ressort de nombreux textes internationaux, les magistrats doivent pouvoir prévoir les conséquences, sur le plan disciplinaire, de leurs agissements³¹.

Comme déjà évoqué, le droit disciplinaire, outre son caractère répressif, assure une fonction préventive ou « disciplinante » pour les sujets auxquels il s'applique, dont il convient également de tenir compte. La protection juridique des magistrats se trouve augmentée du fait de la définition claire des règles qui leur sont applicables, en particulier au niveau des comportements susceptibles d'entraîner une sanction³². Les juges chargés de la conduite des procédures disciplinaires à l'encontre des magistrats, de même que le public confronté à l'activité judiciaire, ont par ailleurs un intérêt certain à disposer d'un référentiel afin d'évaluer la conformité des comportements desdits magistrats.

Il convient désormais de discuter du choix du modèle normatif³³ devant permettre la définition et l'appréciation de la (non-)conformité des comportements des magistrats.

2. L'élaboration d'un catalogue des infractions disciplinaires ?

a) La recherche de standards de conduite

D'une manière générale, on peut retenir, à titre de critère de référence permettant d'apprécier la conformité d'un comportement déterminé, le test de l'atteinte à l'indépendance, à l'impartialité ou à l'intégrité de la magistrature – et partant l'atteinte à la confiance du public en la Justice.

³⁰ En ce sens : CONSEIL CONSULTATIF DE JUGES EUROPÉENS, Avis n° 10 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du 23.11.2007, sur le Conseil de la Justice au service de la société (ci-après : CCJE, Avis n° 10), par. 58 : « les décisions disciplinaires ne couvrent pas l'ensemble du champ d'application de la déontologie; elles ne constituent pas non plus le guide de bonnes pratiques dont les juges ont besoin ».

³¹ Cf. p. ex. Charte européenne sur le statut des juges (1998), ch. 5.1; CCJE, Magna Carta des juges (2010; ci-après : CCJE, Magna Carta), principe 19; CCJE, Avis n° 3 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du 19.11.2002, sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité (ci-après : CCJE, Avis n° 3), par. 63-65; Résolutions du Congrès international de droit pénal de Pékin (2004), section III, préambule et résolution 1; IBA Minimum Standards of Judicial Independence (1982), Rule 29a.

³² Dans ce sens, DELPÉRÉE, p. 140 s., 204; RICOL, p. 22.

³³ En France, JEAMMAUD, p. 19.

Appelée à se prononcer sur la conformité de la destitution d'un juge, la Cour d'appel du Québec a ainsi défini, dans un arrêt célèbre, que « [l]a confiance que porte le public envers son système de justice, qu'il incombe à chaque juge de préserver, est au cœur de [l']enquête et doit dicter l'ultime conclusion de [l'autorité disciplinaire]. Il s'agit donc de vérifier [...] si la conduite qui est reprochée [au magistrat] "porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge" »³⁴.

La méthode consistant, pour l'autorité chargée de la mise en œuvre du droit disciplinaire, à confronter chaque comportement individuel qui lui est soumis aux principes précités n'est pas pleinement satisfaisante. A notre sens, les comportements devraient bien plutôt être définis et typicisés en amont, c'est-à-dire au niveau légal. Ainsi, les magistrats chercheraient à se conformer à des règles claires de comportement, objectivées au possible, et non à des principes dont l'interprétation ne peut être que subjective. Bien entendu, les principes cités plus haut guideraient le législateur dans ses réflexions.

b) Le choix de la technique de réglementation

Faut-il prescrire des obligations (devoirs professionnels) dont la violation (fautive) entraîne le prononcé de sanctions ? des interdictions assorties de sanctions en cas de non-respect ? Ou alors faut-il édicter des infractions (pénales) assorties de sanctions ? Dans ce dernier cas, doit-on prévoir une corrélation stricte entre infractions et sanctions, restreignant ainsi le pouvoir d'appréciation des autorités chargées de la mise en œuvre du droit disciplinaire, ou laisse-t-on au contraire à ces dernières un pouvoir étendu ?

La définition de devoirs professionnels, en tant qu'elle vise un comportement-modèle (comportement idéal attendu), permet de se livrer à une réflexion sur la condition et l'exercice de la fonction de magistrat. Cette technique correspond davantage à l'approche déontologique de la réglementation du comportement des magistrats judiciaires. Ces derniers devraient conduire eux-mêmes cette réflexion et définir les principes auxquels ils se proposent d'adhérer.

Dans un cadre juridictionnalisé, l'approche disciplinaire de la réglementation du comportement des magistrats judiciaires est la prérogative de l'Etat, en tant que titulaire de l'exercice de la puissance publique, et non du corps des magistrats lui-même. En effet, on ne peut abandonner aux juges le soin de la réglementation de leur comportement par le seul biais de la déontologie. A notre sens, il s'agirait de

³⁴ Arrêt de la Cour d'appel du Québec du 09.12.2005 dans l'affaire *Andrée Ruffo c. Ministre de la Justice*, 2005 QCCA 1197 (CanLII), [2006] RJQ 26, par. 18.

cataloguer directement des infractions – formulées de la même manière qu'en droit pénal spécial –, lesquelles seraient assorties de sanctions³⁵.

Le choix de cette dernière méthode ne devrait pas être compris comme une atteinte à l'indépendance des magistrats, bien au contraire. En effet, partant de la prémisse qu'il est nécessaire de conserver une surveillance disciplinaire sur les juges, il apparaît que l'on ne peut tolérer toute liberté d'incriminer et de punir et qu'il faut assurer un minimum de prévisibilité du régime disciplinaire, notamment au niveau des comportements pouvant entraîner une sanction. La protection de l'indépendance des magistrats passe donc, selon nous, notamment par une définition claire des infractions disciplinaires.

Il convient par ailleurs de relever que cette normativisation des infractions, outre un effet préventif non négligeable, renforcerait l'efficacité de la répression disciplinaire³⁶. Le principe de l'opportunité des poursuites disciplinaires, expression du principe général de la proportionnalité, ne s'en trouverait en particulier pas affecté : celui-ci intervient au stade postérieur de l'application de la norme³⁷.

La question – fort délicate – de la mesure de la corrélation, à l'intérieur du texte légal, de l'infraction disciplinaire avec des sanctions peut être laissée ouverte dans le cadre de cette étude. Nous indiquons toutefois qu'une certaine corrélation³⁸ permettrait de réduire les risques liés à une possible attitude corporatiste³⁹ de l'autorité disciplinaire dans l'exécution de sa surveillance. Si cette cautèle paraît importante, il est toutefois clair que le débat devrait être soigneusement dirigé au niveau de l'adoption des textes législatifs, afin que le système soit (reste) suffisamment cohérent et affiné pour permettre au juge d'apprécier les sanctions en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce⁴⁰.

3. La question spécifique de l'utilisation des règles déontologiques

a) Généralités

La déontologie des magistrats judiciaires connaît, ces dernières années, un développement sans précédent. Celle-ci s'est progressivement détachée du droit disciplinaire pour former un domaine d'étude à part entière⁴¹.

³⁵ En ce sens, en France, RICOL, p. 58, 69 ss; DELPÉRÉE, p. 133 ss, 197.

³⁶ DELPÉRÉE, p. 144.

³⁷ Cf. KILLIAS, N 818 ss.

³⁸ Cf. ég. RICOL, p. 137; comp. DELPÉRÉE, p. 198.

³⁹ Cf. CCJE, Avis n° 10, par. 91.

⁴⁰ Cf., en Italie, le Decreto Legislativo 23.02.2006, *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati* (n° 109), qui prévoit à l'art. 12 des types de sanctions minimales en fonction de la catégorie d'infraction retenue parmi la liste des art. 2 à 4 dudit décret.

⁴¹ EPINEUSE, *passim*.

Avant d'examiner la mesure dans laquelle les règles déontologiques peuvent être utilisées dans l'appréciation des comportements susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires, il convient de s'arrêter brièvement sur le rapport général existant entre la discipline et la déontologie des magistrats judiciaires.

Le principe selon lequel les normes disciplinaires doivent être distinguées des règles ou principes déontologiques a été couronné par le Conseil Consultatif des Juges Européens dans son avis du 19 novembre 2002⁴².

Les normes disciplinaires sont édictées par le législateur aux fins de réglementer l'exercice de la profession dans l'intérêt public. Elles constituent du droit public et ont, à ce titre, un caractère contraignant (*Durchsetzbarkeit*)⁴³.

Les règles déontologiques, parfois consignées dans des codes éthiques ou principes de conduite professionnelle⁴⁴, émanent en principe des associations professionnelles, celles-ci disposant cas échéant d'un pouvoir de contrainte de nature privée, associative. Obéissant à des standards très élevés, les règles déontologiques « expriment une capacité de la profession de réfléchir sa fonction dans des valeurs en adéquation avec les attentes du public et en contrepartie des pouvoirs attribués »⁴⁵.

Les travaux du Conseil Consultatif des Juges Européens ont permis de mettre en évidence qu'un Etat démocratique moderne ne peut se dispenser du droit disciplinaire en tant que bras armé⁴⁶ – avec évidemment les garanties et limites que cela doit comporter – de la réglementation du comportement des juges⁴⁷.

b) Le renvoi et l'aide à l'interprétation

Si la discipline et la déontologie se rapportent à des domaines distincts, celles-ci sont toutefois dans un étroit rapport d'influence. Les règles déontologiques ne constituent – généralement – pas en tant que telles une base légale⁴⁸, mais il faut leur reconnaître une certaine portée juridique dans la mesure où elles peuvent servir à interpréter et à préciser les règles disciplinaires⁴⁹. En particulier, elles peuvent avoir un rôle déterminant dans la qualification disciplinaire des comportements⁵⁰.

⁴² CCJE, Avis n° 3, par. 4.

⁴³ TF 2A.448/2003 du 03.08.2004, consid. 3, concernant la profession d'avocat.

⁴⁴ CCJE, Avis n° 3, par. 41-43.

⁴⁵ CCJE, Avis n° 3, par. 45. Cf. ég. id., par. 48 s.; CCJE, Magna Carta, principe 18; KRUX, p. 58 s.

⁴⁶ L'expression est également utilisée par LONDERS, p. 2.

⁴⁷ CCJE, Avis n° 3, par. 58. Cf. ég. HUG, p. 13. L'on constate toutefois que certains partisans de la déontologie judiciaire « moderne » se réclament d'une vision qui exclurait pratiquement tout intérêt au droit disciplinaire, qualifiant celui-ci de « résiduaire » ou de marginal (p. ex., en Belgique, LONDERS, p. 3 s.).

⁴⁸ TF, SJ 1987 530.

⁴⁹ Message LLCA, FF 1999 5331, p. 5355, 5368.

⁵⁰ Cf. CHAPPUIS, p. 127 s. et *passim*, concernant la profession d'avocat.

Différents niveaux d'application ou d'utilisation des règles déontologiques sont envisageables. Les règles déontologiques peuvent être incorporées au droit positif par un simple renvoi. La jurisprudence disciplinaire peut également s'appuyer sur ces règles, à titre d'« aides à l'interprétation » ou de « sources d'inspiration »⁵¹.

c) Eléments d'appréciation

Le législateur, de même que les tribunaux par voie prétorienne (cf. art. 1 al. 2 CC), ne devraient pas, sans autre, incorporer les règles déontologiques par un renvoi des normes disciplinaires à celles-ci⁵². Il ressort notamment des travaux du Conseil Consultatif des Juges Européens que « bien qu'il y ait tant chevauchement qu'effet réciproque, la déontologie devrait [...] rester indépendante du système de discipline des juges, en ce sens que la méconnaissance d'un de ces principes ne devrait pas pouvoir être en elle-même une cause de mise en jeu de la responsabilité disciplinaire »⁵³.

Les règles disciplinaires devraient – idéalement – être appliquées et interprétées *per se*, c'est-à-dire sans avoir recours aux règles et principes déontologiques⁵⁴. Le fait de mettre les normes déontologiques en parallèle avec des conduites justifiant une procédure disciplinaire tombe en contradiction avec la finalité de ces règles⁵⁵.

De plus, il convient de relever que l'interprétation des règles disciplinaires à l'aide des règles déontologiques, quand bien même elle permettrait à terme d'incorporer indirectement celles-ci au droit disciplinaire du fait des précédents ainsi créés (art. 1 al. 3 CC), ne devrait pas suffire à satisfaire l'exigence de précision de la base légale lorsque l'on se trouve en présence de normes-cadres ne déterminant clairement aucun comportement pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires⁵⁶.

Conclusion

Le droit disciplinaire (des magistrats) connaît, depuis plusieurs décennies, un développement que l'on peut qualifier d'épars. Certaines questions fondamentales

⁵¹ Cf. BOHNET/MARTENET, N 279 ss, 293 ss, concernant la profession d'avocat. Cf. ég. CAVALLINI, p. 14 ss.

⁵² CHAPPUIS, p. 138, à propos de « l'incorporation en procédure civile de normes privées [en l'occurrence les règles sur les réserves d'usage dans les correspondances entre avocats] et leur protection par l'autorité publique ».

⁵³ CCJE, Avis n° 3, par. 48; cf. ég. par. 60 i.i.

⁵⁴ BOHNET/MARTENET, N 296 et les réf., concernant la profession d'avocat.

⁵⁵ CCJE, Avis n° 3, par. 60 i.m. Comp. ABA Model Code of Judicial Conduct du 10.08.2010, préambule, par. 3.

⁵⁶ Cf. TA VD, arrêt du 15.05.2007, GE.2001.0125, consid. 4 et 6.

ont été traitées assez superficiellement, si ce n'est évitées; des lacunes subsistent, que ni le législateur, ni le juge n'affichent apparemment l'ambition de combler.

La détermination des comportements susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire semble vouloir être répartie entre législateur et juge. Or un fort déséquilibre apparaît du fait de la persistance de la volonté, pour le premier, de se limiter – de manière injustifiée, juridiquement et techniquement – à la formulation de règles générales. Le rôle (trop) important conféré aux autorités de mise en œuvre du droit disciplinaire entraîne une forte insécurité juridique.

On peut ainsi se demander si les instances judiciaires ne devraient pas, sous peine de verser dans l'arbitraire, sinon tenter de remédier au défaut de réglementation mis en évidence ci-dessus, du moins le dénoncer un peu plus courageusement.

Alors que l'on avait pu craindre pour la survie et le développement des règles déontologiques des avocats à l'époque de l'avènement de la LLCA⁵⁷, on remarque que le débat est tout autre concernant les magistrats. En effet, la tendance actuelle est à la réglementation déontologique, qui se développe au point de faire dangereusement ombrager au droit disciplinaire. Ces domaines, bien qu'interdépendants, doivent rester distincts. L'un appartient au corps qui se soucie de sa destinée et veut construire, indépendamment du débat politique, une éthique professionnelle. L'autre à l'Etat qui veut s'assurer le contrôle, avec toutes les précautions que cela implique, du fonctionnement des institutions judiciaires.

⁵⁷ CHAPPUIS, p. 128, 140 s., concernant la profession d'avocat. Cela avait notamment poussé à l'adoption rapide du Code suisse de déontologie (CSD du 10.06.2005).

Bibliographie

- BELLWALD PETER, *Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Beamten*, thèse Berne 1985.
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009.
- CAVALLINI DANIELA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Milan 2011.
- CHAPPUIS BENOÎT, « Signification et fonction des règles déontologiques », in WALTHER FELLMANN/CLAIRE HUGUENIN JACOBS/THOMAS POLEDNA (éd.), *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127 ss.
- DELPÉRÉE FRANCIS, *L'élaboration du droit disciplinaire dans la fonction publique*, thèse Paris 1969.
- DEUMIER PASCALE, « La sanction disciplinaire, un concept unifié ? », in PASCAL ANCEL/JOËL MORET-BAILLY (éd.), *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Saint-Etienne 2007, p. 239 ss.
- DOUCET MICHEL/FLECK KLAUS E. W., *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*, 6^e éd., Bâle 2002.
- DUGUIT LÉON, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris 1903.
- EPINEUSE HAROLD, « Pour une déontologie judiciaire comparée », in Conseil supérieur de la justice (éd.), *Vers une nouvelle déontologie*, Actes du Colloque « Vers une déontologie positive » tenu à Bruxelles le 30.05.2008, Bruxelles 2009, p. 21 ss.
- GUICHETEAU GEORGES, *De la discipline dans la magistrature*, thèse Rennes 1875.
- HUG PETER, « Ein Kodex gegen unanständige Richter », *Plädoyer* 2/2011 p. 11 ss.
- JEAMMAUD ANTOINE, « Disciplines et droit », in *Vers un droit commun disciplinaire ?* [op. cit.], p. 17 ss.
- KELLER DIETER, « Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich – Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinar massnahmenrecht », *ZBI* 1978 p. 185 ss.
- KILLIAS MARTIN, *Précis de droit pénal général*, 2^e éd., Berne 2001.
- KRIX BARBARA, « Réflexions sur la déontologie des magistrats en Allemagne », in *Vers une nouvelle déontologie* [op. cit.], p. 57 ss.
- LONDERS GHISLAIN, « Introduction générale – La déontologie du magistrat », in *Vers une nouvelle déontologie* [op. cit.], p. 1 ss.
- MARTENS PAUL, « La discipline des magistrats en Belgique et les droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1995 p. 175 ss.
- MARTI URSULA/PETRY ROSWITHA, « La jurisprudence en matière disciplinaire rendue par les juridictions administratives genevoises », *RDAF* 2007 I p. 227 ss.
- NÉZARD HENRY, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, thèse Paris 1903.
- RICOL JOSEPH, *Les tendances du droit disciplinaire – Droit disciplinaire et droit pénal*, thèse Toulouse 1908.