



Commission 3

« Institutions : les trois pouvoirs »

Rapport sectoriel 303

Pouvoir judiciaire

Rapporteur : David Lachat

30 avril 2010

Version finale

Table des matières

Introduction.....	4
303.1 Organisation judiciaire et élections.....	13
303.2 Principes régissant l'activité judiciaire	20
303.3 Autonomie du pouvoir judiciaire	24
303.4 Conseil supérieur de la magistrature et instance de recours	25
Liste des annexes disponibles sur internet (www.ge.ch/constituante).....	29
Table des thèses.....	30

Introduction

1. L'évolution du droit fédéral

- a) Selon l'ancienne Constitution fédérale (art. 122 al. 2 et 123 al. 3), la procédure civile, la procédure pénale et l'organisation judiciaire étaient du ressort des cantons. Notre petit pays présentait ainsi la particularité d'avoir autant de codes de procédure civile et de procédure pénale et autant de lois d'organisation judiciaire qu'il y a de cantons.

- b) A partir de 2000 s'est dessiné un mouvement tendant à l'unification des règles de procédure. A cette époque, les Chambres fédérales ont adopté la loi sur les fors en matière civile (LFors). Cette loi unifiait au niveau national les règles sur la compétence territoriale des tribunaux.

A la même époque (12 mars 2000), le peuple suisse a accepté un nouvel art. 122 Cst. Il prévoit à son alinéa 1 que « *la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la Confédération* » et à l'alinéa 2 que « *l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons, sauf dispositions contraires de la loi* ».

Simultanément, le Souverain a accepté un nouvel art. 123 Cst. qui pose les mêmes principes pour la législation en matière pénale et de procédure pénale.

Ainsi, était décidée l'unification au niveau fédéral de la procédure civile et de la procédure pénale, l'organisation des tribunaux demeurant en principe du ressort des cantons.

- c) Le 17 juin 2005, les Chambres fédérales ont adopté la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral. Elle a eu de l'influence sur les législations de procédure cantonale, par exemple s'agissant à Genève de l'exigence d'un double degré de juridiction pour les causes civiles, pénales et administratives.

- d) Le 5 octobre 2007, les Chambres fédérales ont adopté le Code de procédure pénale suisse en application de l'art. 123 al. 3 Cst.

Ce code modifie en profondeur la procédure pénale jusqu'alors en vigueur à Genève. En particulier, l'institution des juges d'instruction disparaît au profit des procureurs, magistrats chargés d'instruire les causes et de les mener jusqu'à leur terme devant la juridiction de jugement.

- e) Le 19 décembre 2008, les Chambres fédérales ont adopté le Code de procédure civile suisse, en application de l'art. 122 al. 1 Cst.

Ici également, la procédure genevoise s'en trouve modifiée, mais de manière moins marquée que dans le domaine de la procédure pénale.

- f) Le Souverain et le législateur genevois ont dû s'adapter à l'évolution du droit de procédure au niveau fédéral.

Ainsi, le 17 mai 2009, le Corps électoral a abrogé les art. 14 à 37 et 134 de l'actuelle Constitution cantonale, relatifs notamment aux droits des prévenus et au jury populaire. Ce dernier est apparu plutôt contraire au code de procédure pénale fédérale.

Puis, le Grand Conseil a adopté le 9 octobre 2009 une nouvelle loi d'organisation judiciaire cantonale et dans la foulée des lois sur la juridiction des Prud'hommes et sur la commission de conciliation en matière de baux, ainsi que la loi d'application du Code pénal, la loi d'application de la loi sur les poursuites et faillites et la loi d'application du Code civil. Plusieurs de ces lois doivent encore être soumises au peuple (référéndum obligatoire).

Les actuelles lois de procédure civile genevoise et Code de procédure pénale genevoise vont par ailleurs disparaître.

- g) L'entrée en vigueur de la nouvelle procédure fédérale, civile et pénale, est prévue pour le 1^{er} janvier 2011 (d'où l'expression « Justice 2011 »).

A la même date, entreront en vigueur les nouvelles lois cantonales énumérées ci-dessus ad f).

- h) Dans ses travaux sur le pouvoir judiciaire, la commission a largement tenu compte de l'évolution du droit fédéral et des décisions du peuple genevois et du Grand Conseil genevois qui en ont résulté.

En particulier, la commission a pour l'essentiel jugé inadéquat de remettre en cause les récentes décisions du Grand Conseil s'agissant de l'organisation judiciaire et la volonté du peuple relative à la suppression du jury populaire dans les juridictions de jugement.

2. Les auditions

- a) **M. Bernard ZIEGLER**, ancien conseiller d'Etat et ancien juge suppléant au Tribunal fédéral, a rappelé l'importance du principe de la séparation des pouvoirs. Quoique non inscrit dans la Constitution fédérale, ce principe l'est implicitement à l'art. 144 qui fonde les règles d'incompatibilité : une même personne ne peut pas exercer des fonctions dans plus d'un des trois pouvoirs.

Dans la Constitution cantonale, l'actuel art. 130 rappelle le principe de la séparation des pouvoirs, dont un justiciable peut déduire des droits subjectifs.

Afin que l'Etat fonctionne harmonieusement, la séparation des pouvoirs doit être tempérée par le principe de la collaboration entre les pouvoirs.

Les quelques exceptions connues à ce jour à la séparation des pouvoirs, par exemple les cas où l'exécutif se voit attribuer des fonctions législatives ou les cas où l'exécutif dispose de pouvoirs juridictionnels tendent à disparaître, notamment avec l'entrée en vigueur de « *Justice 2011* ».

Le cas de l'actuel art. 125 Cst. qui confère au Conseil d'Etat le soin d'édicter des règlements de police constitue une véritable délégation législative expresse en faveur du gouvernement. Il importe que la Constituante décide de son maintien, ou non.

Enfin, sur les relations entre les trois pouvoirs, M. ZIEGLER juge opportun de prévoir, à l'instar de l'art. 169 de la Constitution fédérale, un pouvoir de « *haute surveillance* » du Grand Conseil sur l'exécutif et sur le pouvoir judiciaire.

- b) **M. Bernard STRÄULI**, professeur de droit pénal et de procédure pénale à Genève, a décrit la nouvelle organisation judiciaire genevoise, issue des nouvelles lois fédérales de procédure et de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire.

Sur le plan constitutionnel, M. STRÄULI a recommandé le maintien d'une disposition du type de l'actuel art. 131 Cst. énumérant les juridictions, en y incluant le Ministère public, et en rappelant l'interdiction des tribunaux d'exception.

Le principe de la séparation des pouvoirs (art. 130 Cst. actuelle) doit être reformulé aux fins d'appréhender également la séparation entre les pouvoirs exécutif et législatif.

La haute surveillance d'un des pouvoirs sur la justice doit être reformulée et vraisemblablement transférée au Grand Conseil.

Pour les élections judiciaires, le P^r STRÄULI préconise le maintien du système actuel, soit l'élection des magistrats tous les six ans par le peuple. Entre ces élections générales, le Grand Conseil doit demeurer compétent pour élire les magistrats de l'ordre judiciaire. Les règles spéciales sur les juridictions des Prud'hommes doivent être abolies.

Le Conseil supérieur de la magistrature doit conserver ses fonctions de surveillance des magistrats.

Enfin, pour le P^r STRÄULI, l'indépendance financière du pouvoir judiciaire doit être traitée au niveau de la loi.

- c) **L'Association pour la médiation** (M. Jean-Franklin MIRIMANOFF, M^{me} Ingrid ISELIN et M. Christophe IMHOOS, auteurs la pétition n° 17) a insisté sur l'importance du règlement amiable des conflits.

Cette Association a proposé la rédaction d'un article constitutionnel sur la médiation, dont la teneur serait la suivante :

« 1. Le règlement amiable des différends a la priorité. Les autorités du canton encourageront le règlement des différends par la négociation, la médiation ou la conciliation. Elles prendront à cet effet les mesures d'information, de sensibilisation et de formation nécessaires.

2. L'Etat, les communes, les fondations et les autres entités de droit public ou semi-public privilégieront le recours à la négociation, à la médiation ou à la conciliation avant d'agir ou de défendre devant les tribunaux.

3. Les autorités de l'Instruction publique introduiront graduellement dans les écoles, les cycles d'orientation et les collèges du canton la médiation scolaire par les pairs ».

Certaines autres propositions de l'Association pour la médiation ont d'ores et déjà été introduites dans la pratique, telles : « *les magistrats du pouvoir judiciaire encourageront les parties à un litige à recourir à la négociation, à la médiation ou à la conciliation dans toutes les causes qui s'y prêtent et à tous les stades de la procédure* » et « *les futurs magistrats et avocats recevront lors de leurs études universitaires ou postuniversitaires une formation adéquate et suffisante sur la gestion des conflits, en particulier en matière de négociation, de médiation ou de conciliation* ». En effet, par exemple, dans la loi cantonale de procédure civile, aujourd'hui, et dans le Code de procédure civile fédérale, demain, le recours à la médiation est prévu. Les universités prodiguent des formations de médiateurs.

- d) **L'Association des magistrats du pouvoir judiciaire** (M^{me} Christine JUNOD, juge au Tribunal administratif, et M^{me} Catherine GAVIN, juge au Tribunal de pre-

mière instance) a insisté sur l'importance d'inscrire dans la Constitution le mode de désignation des juges.

A l'instar des conseillers d'Etat et des membres du Grand Conseil, les magistrats du pouvoir judiciaire doivent être élus par le peuple. Cela garantit l'équivalence du mode de désignation des trois pouvoirs et renforce l'indépendance de la justice.

Les candidats à la magistrature doivent avoir obtenu le brevet d'avocat et posséder une expérience pratique suffisante (cinq ans de pratique). Le passage par une école de la magistrature ne paraît pas indispensable, les connaissances de procédure étant acquises par la réussite du brevet d'avocat.

Le fait que les magistrats soient désignés via les partis politiques n'est pas un obstacle. Une fois élus, les magistrats de l'ordre judiciaire savent en effet se distancer de leurs partis et conserver à leur égard les nécessaires distance et indépendance.

La durée des mandats dans la magistrature judiciaire ne doit pas être traitée dans la Constitution.

Enfin, in globo, le Conseil supérieur de la magistrature donne, dans sa composition actuelle, satisfaction. Il serait toutefois souhaitable que cet instrument de surveillance des juges procède à un contrôle qualitatif de leur travail.

- e) **Les représentants du pouvoir judiciaire** (M. Daniel ZAPPELLI, procureur général, M. Louis PEILA, président de la Cour de justice, et M. Raphaël MAHLER, secrétaire général du pouvoir judiciaire) ont insisté sur la nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire. Il convient d'inscrire dans la Constitution l'indépendance de ce pouvoir par rapport à l'exécutif et par rapport au législatif. La haute surveillance sur le pouvoir judiciaire doit consister de la part du législatif à lui donner les moyens nécessaires pour exercer ses fonctions. Le procureur général peut présenter et défendre le budget de la justice au Grand Conseil.

La surveillance de l'activité des juges doit, elle, être dévolue au Conseil supérieur de la magistrature. Sa composition actuelle, avec une prédominance de membres émanant du pouvoir judiciaire, est adéquate.

- f) **Les représentants de l'Ordre des avocats** (M^e SPIRA, M^e DUCREST et M^e CARNICE) ont considéré inutile de mentionner dans la Constitution genevoise les garanties fondamentales en matière de procédure, d'ores et déjà inscrites dans la Convention européenne des droits de l'Homme et figurant pour partie dans le nouveau Code de procédure pénale fédérale.

Les avocats auditionnés ont insisté sur la nécessité de dépolitiser l'accès à la magistrature judiciaire, de privilégier la qualité des candidats et de rendre transparent le processus de sélection. Les juges doivent être choisis en fonction de leurs compétences techniques et de leurs qualités humaines. Le système actuel de la « *commission interpartis* » a parfois abouti au choix de candidats en fonction de leur seule adhésion à un parti, au mépris de leurs moindres compétences et qualités.

Pour l'Ordre des avocats, les magistrats de l'ordre judiciaire doivent être élus indépendamment d'une étiquette politique par le Grand Conseil, sur préavis soit d'une commission de présentation (art. 131 Constitution vaudoise), soit du Conseil supérieur de la magistrature (art. 128 Constitution fribourgeoise).

La question de « *l'avocat de la première heure* » dans la procédure pénale mérite par ailleurs l'attention du constituant.

- g) **M. Robert BADINTER**, l'ancien garde des sceaux de la République française, a exposé que le choix des juges par les partis politiques n'est pas exactement celui dont Montesquieu aurait rêvé. Ce mode d'élection impose aux élus un devoir d'ingratitude : « *Oubliez qu'on vous a nommé. Soyez ingrat, s'il le faut, mais soyez indépendant* ».

L'élection des juges par le peuple n'emporte par ailleurs pas la préférence de M. BADINTER, l'exemple américain démontrant que les candidats doivent se livrer à des campagnes onéreuses et, partant, doivent faire appel à des lobbies.

Les concours pratiqués à l'issue d'une école de la magistrature présentent l'avantage d'une formation juridique rigoureuse, pour autant que le concours soit difficile, comme en Allemagne.

La nomination des juges par des corps constitués impose, elle, des garanties d'indépendance. L'existence d'un Conseil supérieur de la magistrature permet de garantir une telle indépendance, pour autant qu'il ne soit pas dominé par la profession de magistrat, ni par des intérêts extérieurs.

Le système anglais, où la fonction de juge est le couronnement d'une carrière, a des relents aristocratiques. Il découle d'une forte tradition culturelle.

Finalement, M. BADINTER privilégie le système du concours à la française ou à l'allemande. Il rappelle cependant qu'en toute hypothèse compétence et intégrité sont essentielles à la magistrature judiciaire.

Une Cour constitutionnelle serait un luxe pour une République comme Genève, si limitée en nombre de citoyens. Créer des Cours constitutionnelles à l'échelle des cantons ouvrirait par ailleurs la voie à une fureur judiciaire. En revanche, au niveau fédéral, une telle Cour constitutionnelle semble indispensable.

La haute surveillance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confiée au seul Exécutif ; le Parlement doit y participer.

- h) Enfin, une délégation importante de la commission a participé à une **conférence** donnée au sein de la Faculté de droit de l'Université de Genève **sur la juridiction constitutionnelle**.

Le P^r HOTTELIER y a plaidé pour l'introduction à Genève d'un contrôle abstrait des normes, soit des lois votées par le Grand Conseil ou des règlements édictés par le Conseil d'Etat, aux fins de s'assurer de leur conformité à la Constitution cantonale. Ce contrôle abstrait des normes pourrait être confié soit à une juridiction ad hoc (Cour constitutionnelle), soit à la section de droit public de la Cour de justice. Cette juridiction se prononcerait également sur la recevabilité des initiatives, tâche actuellement dévolue au Grand Conseil.

M. Pierre-Yves BOSSHARD, juge à la Cour constitutionnelle vaudoise, a relaté l'expérience de cette nouvelle juridiction prévue par l'art. 136 de la Constitution vaudoise. En réalité, la Cour constitutionnelle est une section du Tribunal cantonal. Elle n'a pas nécessité la nomination de nouveaux juges. La Cour constitutionnelle vaudoise siège à cinq magistrats, choisis au sein du Tribunal cantonal, dans le respect des diverses sensibilités politiques.

A ce jour, la Cour constitutionnelle a rendu une quarantaine de décisions portant pour l'essentiel sur la constitutionnalité des lois et ordonnances et sur la validité des initiatives. Dans une décision, un magistrat a émis une opinion minoritaire, comme le permet désormais l'art. 134 de la Constitution vaudoise.

3. Les travaux de la commission

- a) La commission 3, dite « *des trois pouvoirs* », a consacré sept séances au pouvoir judiciaire, y compris les séances destinées aux auditions relatées ci-dessus et à l'approbation du présent rapport.
- b) La commission a implicitement ou explicitement décidé de ne pas inscrire dans la Constitution un certain nombre de principes :

- **Le jury populaire** garanti par l'actuel art. 137 de la Constitution est supprimé. Ainsi, en a décidé le Souverain, le 17 mai 2009. Au demeurant, il est douteux que le maintien du jury populaire dans les juridictions de jugement pénal soit compatible avec le droit fédéral ou plus précisément avec le nouveau Code de procédure pénale suisse.
- La majorité de la commission a refusé d'instituer une **Cour constitutionnelle** comme l'on fait les cantons du Jura (art. 104 de la Constitution jurassienne), de Vaud (art. 156 de la Constitution vaudoise), des Grisons (art. 55 de la Constitution grisonne) et de Nidwald (art. 69 de la Constitution de Nidwald).

Cette juridiction, qui aurait pu être l'une des sections de l'actuelle Cour de justice, aurait été chargée d'examiner sur recours la conformité au droit supérieur des lois votées par le Grand Conseil et des règlements édictés par le Conseil d'Etat. De la sorte, on aurait instauré au niveau cantonal un contrôle abstrait des normes.

Cette Cour constitutionnelle aurait été également chargée de se prononcer sur la recevabilité (conformité au droit supérieur, respect de l'unité de la forme et de l'unité de la matière) des initiatives populaires, dès leur annonce à la Chancellerie, avant la récolte des signatures.

La majorité de la commission a jugé inutile de créer, de la sorte, soit une juridiction nouvelle, soit des tâches supplémentaires pour les juridictions existantes. En effet, le contrôle abstrait des normes et l'examen de la recevabilité des initiatives peut d'ores et déjà être soumis au Tribunal fédéral, par la voie d'un recours de droit constitutionnel (art. 82 lettres b et c LTF).

L'Association des magistrats du pouvoir judiciaire a également jugé inutile d'instaurer une Cour constitutionnelle.

Les opposants à la création d'une Cour constitutionnelle ont notamment mis en évidence le fait que cette voie de droit nouvelle ralentirait le processus d'entrée en vigueur des lois et des règlements et de traitement des initiatives et inciterait les citoyens à multiplier les procédures. La majorité de la commission n'a pas voulu inciter à la « *fureur judiciaire* », selon l'expression de M. Robert BADINTER.

Par ailleurs, les citoyennes et citoyens peuvent, à l'occasion d'une affaire donnée, faire contrôler par les tribunaux genevois la conformité d'une loi ou d'une décision au droit supérieur (contrôle concret des normes).

Sur cette question, un rapport de minorité a été déposé (cf. ci-après ad 303.14.a).

Par ailleurs, les commissions n°1 et 2 se penchent également sur l'opportunité de transférer à une Cour constitutionnelle le soin d'examiner la recevabilité des initiatives.

A noter, à ce dernier propos, un récent arrêt du Tribunal fédéral (1C_357/2009) par lequel notre Cour suprême souligne que le pouvoir du Grand Conseil d'invalidier une initiative ne doit concerner que les cas de violation manifeste du droit supérieur (certitude de l'existence d'une telle violation). Il s'agit, disent nos juges fédéraux, d'éviter que le Grand Conseil n'ait à trancher de délicates questions de droit constitutionnel, sans en avoir les moyens (arrêt précité consid. 2.3 in fine).

- La commission a jugé inutile de mentionner au niveau constitutionnel **les conditions d'éligibilité des juges**.

Celles-ci figurent à l'art. 5 de la loi sur l'organisation judiciaire. Ne peuvent devenir magistrats de l'ordre judiciaire que les citoyens suisses, disposant de l'exercice des droits politiques à Genève, titulaires d'un brevet d'avocat, possédant trois ans de pratique professionnelle après le stage d'avocat et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation pour un crime ou délit portant atteinte à la probité et à l'honneur. De surcroît, les candidats à la magistrature judiciaire ne doivent pas avoir fait l'objet d'un acte de défaut de biens.

La commission a insisté sur la nécessité d'être titulaire du brevet d'avocat pour accéder à la magistrature judiciaire. Ce titre donne l'assurance d'une expérience pratique (à compléter par quelques années de travail sur le terrain).

Ces conditions légales apparaissent adéquates, y compris avec les nuances qu'elles comportent à propos des juges assesseurs, des juges suppléants et des juges prud'hommes.

Ultérieurement, la question d'une école de la magistrature pourra se poser. En effet, il n'est pas exclu que les nouvelles lois de procédure fédérale incitent les cantons romands à créer une telle école intercantonale. Le cas échéant, il conviendra de décider si les candidats à la magistrature devront avoir suivi cette école et réussi les examens qu'elle pourrait organiser, ou si cette école ne fera que contribuer à la formation permanente des magistrats (cf. art. 13-14 de la loi d'organisation judiciaire). A noter que l'Université de Neuchâtel prodigue déjà des cours aux futurs ou aux nouveaux magistrats. Il s'agit là d'un embryon d'école de la magistrature.

- De même, la commission a renoncé à inscrire dans la Constitution un **âge minimum** pour accéder à la magistrature judiciaire. De facto, les conditions d'exigibilité posées par la loi sur l'organisation judiciaire impliquent un âge minimum d'environ 30 ans.

Il n'a pas non plus semblé nécessaire à la commission d'inscrire dans la Constitution un **âge maximum** pour exercer des fonctions judiciaires. L'art. 10 de la loi d'organisation judiciaire fixe cette limite à 65 ans en règle générale et à 72 ans dans certains cas particuliers.

- Le droit fédéral (art. 75 al. 2 LTF) impose pour l'essentiel **un double degré de juridiction** (juridiction de première instance et juridiction de recours au niveau cantonal).

Il est apparu superflu à la commission de rappeler expressément ce principe dans la Constitution cantonale, à l'instar de ce que mentionne l'art. 129 de la Constitution du canton de Vaud :

« ¹Toute décision judiciaire en matière civile ou pénale peut être portée devant une seconde instance au niveau cantonal.

²La loi veille à ce qu'il n'y ait pas plus de deux instances judiciaires cantonales à trancher le fond du litige ».

- Les **incompatibilités frappant les magistrats du pouvoir judiciaire** peuvent être traitées au niveau de la loi, en ayant à l'esprit que les fonctions de juge sont incompatibles avec d'autres fonctions électives (dans un exécutif ou dans un législatif).

L'art. 133 de l'actuelle Constitution prévoit que les fonctions de juge, de procureur général et de substitut sont incompatibles avec toute autre activité lucrative. Cette disposition est désuète, dans la mesure où elle postule que les fonctions de magistrat de carrière sont des fonctions à plein temps, ce qui aujourd'hui pour l'essentiel est une évidence.

Au demeurant, la norme trouve de facto des exceptions (art. 133 al. 2 de la Constitution) : certains juges ne sont pas des professionnels (les assesseurs, les suppléants et certains autres magistrats), d'une part, et la loi actuelle prévoit des fonctions à mi-charge (art. 28 ss. de la loi sur l'organisation judiciaire), d'autre part. Les fonctions à mi-charge sont pour l'essentiel incompatibles avec une autre activité salariée.

Pour le surplus, les art. 6 à 9 de la loi d'organisation judiciaire prévoient des incompatibilités en raison de la fonction (art. 6 ; la règle découle de la séparation des pouvoirs), et de la personne (art. 9 ; incompatibilités liées à un degré de parenté ou d'alliance ou à une vie en commun).

La loi dispose enfin que certaines activités accessoires sont soumises à autorisation (art. 7 de la loi d'organisation judiciaire).

Cette réglementation est adéquate et suffisante. Elle n'a pas à être reprise dans la nouvelle Constitution.

- c) Ajoutons que lors de ses travaux sur la justice, la commission a insisté pour inscrire dans la Constitution le principe de la séparation des pouvoirs (et son corollaire sur la collaboration entre les pouvoirs). Ce point figure dans le rapport sectoriel sur le pouvoir législatif (rapport sectoriel n° 301).

Dans ce même rapport sur le pouvoir législatif, figure également le principe de confier au Grand Conseil le principe de la haute surveillance sur le pouvoir judiciaire.

La commission a enfin chargé un « ombudsman » d'examiner les différences entre l'administration et les administrés. Ce point figure dans le rapport sectoriel sur le pouvoir exécutif (n° 302).

- d) Le rapporteur estime que la commission a implicitement répondu à la pétition (n°82) que lui a adressée M. Christophe BARBEY « *pour une justice préventive* ». Il ne se justifie pas d'inscrire dans la Constitution que l'Etat mène une politique de prévention de la criminalité. Pareille thèse va de soi, mais ne justifie pas une disposition constitutionnelle ad hoc.

De même, la commission a répondu à la pétition (n° 9) de M. Alain MARTI sur le mode d'élection des juges.

Enfin, la pétition du Parti Communiste genevois (n° 61) pour un référendum révocatoire a été implicitement traitée par la commission. Cette dernière juge inopportun de permettre la révocation du procureur général par voie référendaire.

4. Les thèses et l'argumentaire de la commission

1. A propos du pouvoir judiciaire, la commission a retenu **treize principes** à inscrire dans la Constitution cantonale.

Pour l'essentiel, il s'agit d'une mise en forme de principes figurant dans l'actuelle Constitution. On signalera cependant trois nouveautés importantes retenues par la majorité de la commission :

- A l'exception du procureur général, les magistrats de l'ordre judiciaire seront désormais élus par le Grand Conseil et non plus par le peuple. Le Conseil supérieur de la magistrature devra obligatoirement émettre un préavis pour toutes les élections et réélections de magistrats.
- Les décisions de seconde instance pourront faire l'objet d'opinions dissidentes de la part des juges minoritaires.
- Le Conseil supérieur de la magistrature sera composé en majorité de personnes n'exerçant pas de fonctions au sein du pouvoir judiciaire. Cet organe de surveillance des magistrats devra se prononcer aussi sur la qualité de leur travail.

2. Les treize principes retenus par la commission à propos du pouvoir judiciaire sont énumérés ci-après.

A toutes bonnes fins, ils sont accompagnés d'une esquisse de rédaction d'articles constitutionnels. Ces projets d'articles devront encore être retravaillés par la commission de rédaction et ne sont mentionnés qu'à titre illustratif.

3. Ces treize principes sont développés en quatre chapitres :

- Organisation judiciaire et élections (thèses 303.11.a à 303.11.d) ;
- Principes régissant l'activité judiciaire (thèses 303.21.a à 303.21.e) ;
- Autonomie du pouvoir judiciaire (thèse 303.31.a) ;
- Conseil supérieur de la magistrature et instance de recours (thèses 303.41.a à 303.41.c).

A ces treize principes s'ajoutent quatre propositions de la minorité. Trois d'entre elles (cf. 303.12.a, 303.13.a et 303.14.a) ont trait à l'organisation judiciaire et aux élections. La quatrième concerne le maintien de la commission interpartis comme organisme de présélection des candidats à leur magistrature judiciaire (en lieu et place du Conseil supérieur de la magistrature) (cf. 303.42.a).

303.1 Organisation judiciaire et élections

303.11 Thèses et argumentaire de la majorité

Thèses, articles et résultats des votes

303.11.a

Confirmer qu'à Genève les juridictions sont :

- a) le Ministère public ;
- b) les juridictions de première instance en matière civile, administrative et pénale ;
- c) les juridictions de seconde instance en matière civile, administrative et pénale.

Résultats des votes : cette proposition a été adoptée à l'unanimité.

Argumentaire

La norme ainsi proposée reprend les art. 132 al. 1 et al. 2 et 136 de l'actuelle Constitution. Implicitement, la norme rappelle l'obligation d'un double degré de juridiction au niveau cantonal, tel qu'il est imposé par le droit fédéral (art. 75 al. 2 LTF).

Pour le surplus, la loi (art. 1 et art. 76 ss. de la loi d'organisation judiciaire) détaille les diverses juridictions.

Ainsi, le Ministère public, soit le procureur général, les premiers procureurs et les procureurs, fait l'objet des art. 76 à 82 de la loi d'organisation judiciaire.

Le Tribunal civil de première instance (« *Tribunal civil selon les art. 83 ss. de la loi d'organisation judiciaire* ») comportera le Tribunal de première instance proprement dit, le Tribunal des baux et loyers, le Tribunal des prud'hommes, ainsi que le Tribunal tutélaire et la justice de paix.

Les juridictions pénales de première instance (« *Tribunal pénal selon les art. 91 ss. de la loi d'organisation judiciaire* ») comporteront une section chargée des mesures de contrainte, le Tribunal de police, le Tribunal correctionnel, le Tribunal criminel (ancienne Cour d'assises) et le Tribunal d'application des peines et des mesures. Un tribunal spécial sera consacré aux mineurs (Tribunal des mineurs).

La juridiction administrative de première instance sera exercée par le Tribunal administratif de première instance (art. 114 ss. de la loi d'organisation judiciaire).

En seconde instance, la Cour de justice (ou « *Tribunal cantonal* », si le constituant ou le législateur entendait modifier l'appellation actuelle), comportera une section civile, soit la Chambre civile, la Chambre des baux et loyers, la Chambre des prud'hommes et l'Autorité de surveillance des Offices des poursuites et faillites du Tribunal tutélaire, du Registre foncier et du Registre du commerce.

La section pénale de la Cour de justice comportera la Chambre pénale des recours (art. 127 ss. de la loi d'organisation judiciaire) et la Chambre pénale d'appel et de révision (art. 129 ss. de la loi d'organisation judiciaire).

Enfin, en seconde instance, le contentieux administratif (de droit public) sera traité par la section administrative de la Cour de justice, soit la Chambre administrative et la Chambre des assurances sociales.

Un rapport de minorité ajoute une Cour constitutionnelle à cet organigramme (cf. ci-dessus 303.14.a).

Selon la volonté de la commission, l'organigramme des juridictions comportera trois blocs (Ministère public, Première instance, Seconde instance). Les second et troisième blocs se subdiviseront en juridictions civiles, pénales et administratives.

Enfin, ces subdivisions pourront elles-mêmes comporter diverses sous-subdivisions. Par exemple, les juridictions civiles de première instance seront composées du Tribunal de première instance, proprement dit, du Tribunal des baux, du Tribunal des prud'hommes, du Tribunal tutélaire, etc.).

a) Suggestion de texte :

Article A : Organisation judiciaire

1. *Les instances judiciaires sont :*
 - a) *le Ministère public ;*
 - b) *les juridictions de première instance en matière civile, administrative et pénale ;*
 - c) *les juridictions de seconde instance en matière civile, administrative et pénale.*
2. *La loi précise l'appellation, l'organisation et la composition des juridictions.*

303.11.b

Confirmer l'interdiction des tribunaux d'exception.

Résultats des votes : cette thèse a été acceptée à l'unanimité.

Argumentaire

L'art. 131 al. 4 de la Constitution actuelle dispose qu'il ne peut être établi, en aucun cas, des tribunaux temporaires exceptionnels.

La Constitution vaudoise (art. 127 al. 2) libelle ainsi ce principe « *il ne peut être instauré de tribunaux d'exception, sous quelque dénomination que ce soit* ».

Un tribunal d'exception est un tribunal établi en dehors des procédures constitutionnelles applicables, en vue de statuer dans un ou plusieurs cas concrets, qui est constitué généralement après la commission des faits et qui dispose du pouvoir d'infliger des peines excédant celles du droit pénal commun (ATF 110 Ib 280 consid. 5).

La Convention européenne des droits de l'Homme prohibe les tribunaux d'exception. La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (art. 38 al. 1 let. c) interdit à la Suisse de livrer un ressortissant étranger à un Etat qui entend le faire juger par un tribunal d'exception.

Suggestion de texte :Article A : Organisation judiciaire (suite)

3. Les tribunaux d'exception sont prohibés.

303.11.c

Faire élire le procureur général par le peuple, au système majoritaire à un tour, pour une durée de six ans, renouvelable une seule fois consécutivement.

Résultats des votes :

Le principe de l'élection du procureur général par le peuple a été approuvé par 5 voix pour (1 L, 2 R, 1 UDC, 1 PDC), 2 voix contre (Verts) et 6 abstentions (1 L, 1 MCG, 1 (GE) Avance, 2 AVIVO, 1 Associations).

La limitation à deux mandats des fonctions de procureur général a été acceptée par 11 voix pour (1 SolidaritéS, 2 S, 2 AVIVO, 1 Associations, 2 Verts, 2 L, 1 PDC), 2 voix contre (1 MCG, 1 UDC) et 3 abstentions (1 L, 2 R).

La majorité de la commission a souhaité préciser que les fonctions de procureur général sont limitées à deux mandats consécutifs. Après deux périodes judiciaires, le procureur général pourrait ainsi siéger quelque temps dans une autre juridiction et ensuite briguer, à nouveau, la tête du Ministère public.

Argumentaire

Le procureur général, aujourd'hui premier magistrat du pouvoir judiciaire dans les textes et demain toujours premier magistrat dans les faits, a été élu par le peuple en 1991, 2003 et 2009.

L'importance de la fonction implique que le procureur général soit élu par le Souverain, d'autant qu'il demeurera l'interlocuteur privilégié du Conseil d'Etat et du Grand Conseil. Il sera vraisemblablement amené à présenter et à défendre le budget, les comptes et le rapport de gestion du pouvoir judiciaire devant le Grand Conseil.

La lourdeur de la tâche et le nécessaire « *turnus* » des magistrats justifie que le procureur général ne reste pas en fonction au-delà de douze ans consécutifs. On rappelle d'ailleurs que la commission propose une limitation à dix ans des fonctions de conseiller d'Etat.

Sur cette question, un rapport de minorité figure ci-après sous 303.13.a.

Suggestion de texte :Article B : Election du procureur général

Le procureur général qui dirige le Ministère public est élu tous les six ans ou en cas de vacances par le Conseil général, selon le système majoritaire.

Le procureur général ne peut être réélu qu'une fois consécutivement.

303.11.d

Faire élire les autres magistrats du pouvoir judiciaire par le Grand Conseil pour des périodes de six ans, renouvelables.

Résultats des votes :

L'élection des magistrats du pouvoir judiciaire par le Grand Conseil a été acceptée par 7 voix pour (2 L, 2 Verts, 1 UDC, 1 AVIVO, 1 (GE) Avance), 6 voix contre (2 R, 1 AVIVO, 1 PDC, 1 MCG et 1 S) et 1 abstention (Associations).

La durée de la période judiciaire (six ans) a été adoptée à l'unanimité.

Argumentaire

En pratique, aujourd'hui, les magistrats de l'ordre judiciaire sont élus par le Grand Conseil, entre les élections générales ou tacitement. A l'occasion des élections judiciaires générales, les partis politiques « s'arrangent » en effet pour qu'il n'y ait pas plus de candidats que de postes à repourvoir. Les élections des juges par le peuple se comptent sur les doigts de la main et n'ont suscité guère d'intérêt de la part des électrices et des électeurs.

En faisant élire les magistrats de l'ordre judiciaire par le Grand Conseil, on donne à celui-ci la faculté d'examiner le bien-fondé de l'une ou l'autre des candidatures, ce d'autant que toute candidature sera précédée d'un préavis du Conseil supérieur de la magistrature. A l'heure actuelle, le système d'élections tacites des magistrats fait qu'il n'y a aucun véritable contrôle de la solidité des candidatures à l'occasion des élections générales.

On notera que le système d'élection proposé est analogue à celui des juges au Tribunal fédéral. Ces derniers sont désignés par les Chambres fédérales sans que ce mode de désignation ne crée de problèmes, notamment en termes de séparation des pouvoirs.

Enfin, on confirme que le Grand Conseil désignera non seulement les juges de carrière, mais également les juges accesseurs et les juges suppléants des diverses juridictions. L'élection des juges prud'hommes n'obéira plus à des règles particulières.

Sur la question de l'élection des magistrats de l'ordre judiciaire par le Grand Conseil et non par le peuple, un rapport de minorité figure infra ad 303.12.

Suggestion de texte :**Article C : Election des autres magistrats**

1. *Les magistrats du pouvoir judiciaire sont élus par le Grand Conseil.*
2. *L'élection générale a lieu tous les six ans.*
3. *Les magistrats sortants de charge sont immédiatement rééligibles.*

303.12 Thèses et argumentaire de la minorité 1

Auteur : Albert Rodrik

Thèses, articles et résultats des votes

303.12.a

Maintenir le principe de l'élection des magistrats par le peuple.

A une très faible majorité, la commission a privilégié l'élection des magistrats par le Grand Conseil (cf. ci-dessus 303.11.d).

La séparation des pouvoirs présuppose l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux deux autres pouvoirs, ainsi que l'équilibre de ces pouvoirs. Il est dès lors indispensable que les trois pouvoirs disposent de la même légitimité. Tous trois doivent être désignés par le Souverain, à l'issue d'une élection populaire.

Le système actuel d'élection des magistrats de l'ordre judiciaire, tel que prévu par les actuels art. 50 et 132 Constitution, et complété par les art. 115 ss. de la loi sur l'exercice des droits politiques, respecte les principes rappelés ci-dessus.

Ce système assure au pouvoir judiciaire sa légitimité. Certes, pour des raisons pragmatiques, et dans le but de ne pas déranger trop souvent les électrices et les électeurs, la règle connaît des exceptions, lorsqu'il n'y a pas plus de candidats que de postes à pourvoir (art. 50 al. 5 Constitution : élections tacites) ou pour la nomination des magistrats en dehors des élections générales, pour autant qu'il n'y ait pas plus que quatre postes à repourvoir (art. 114 de la loi sur les droits politiques), ou qu'il ne s'agisse pas de la création d'une nouvelle juridiction (ibidem).

En posant la règle que le Grand Conseil élit désormais tous les magistrats du pouvoir judiciaire, à l'exception du procureur général, y compris à l'occasion des élections judiciaires générales, on rompt l'équilibre entre les pouvoirs et l'on égratigne l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir législatif.

Ce dernier tient déjà les cordons de la bourse. De ce fait, il peut influencer considérablement le fonctionnement de la justice : « *Justice pauvre, pauvre justice !* » En confiant au Parlement le soin de nommer les juges, on aggrave encore la dépendance de la justice par rapport au législatif.

Dès lors, pour la minorité, il n'est pas question de souscrire à cette subordination sans justification de la justice au Parlement. En conséquence, la minorité demande à l'Assemblée plénière de la Constituante de rétablir le peuple comme source de légitimité du pouvoir judiciaire.

303.13 Thèses et argumentaire de la minorité 2

Auteur : Olivier Perroux

Thèses, articles et résultats des votes

303.13.a

Faire élire le procureur général par le Grand Conseil.

Les deux représentants Verts de la commission se sont opposés à l'élection du procureur général par le peuple (cf. 303.11.c).

La commission a décidé de s'arrêter au milieu du gué, en mettant fin à l'élection populaire des juges, tout en conservant celle du procureur général. Cette distinction ne semble pas pouvoir se justifier autrement que comme la perpétuation d'une tradition qui n'a plus de raison d'être, d'autant que la réforme de Justice 2011 redéfinit les prérogatives du procureur général.

En maintenant l'élection populaire d'un seul magistrat, la Constituante va conférer à ce dernier un poids démesurément grand vis-à-vis des autres membres du pouvoir judiciaire, voire des autorités politiques, poids né de la légitimité populaire d'une élection par le peuple.

303.14 Thèses et argumentaire de la minorité 3

Auteurs : Patrick-E. Dimier, Alfred Manuel

Thèses, articles et résultats des votes

303.14.a

Créer une Cour constitutionnelle.

La commission a rejeté l'idée de créer une Cour constitutionnelle par 4 voix pour (1 MCG, 1 Associations, 1 Vert et 1 PDC), 6 voix contre (3L, 1 GE (Avance), 1 AVIVO et 1 UDC) et 5 abstentions (1 S, 1 SolidaritéS, 2 R, 1 AVIVO).

L'une des sections de la Cour de justice doit se voir attribuer le soin de procéder au contrôle abstrait des normes. Les citoyennes et les citoyens doivent pouvoir demander à cette Cour constitutionnelle de contrôler la conformité au droit supérieur des lois votées par le Grand Conseil et des règlements édictés par le Conseil d'Etat.

La conformité au droit supérieur est une exigence élémentaire à laquelle doivent obéir toute loi et tout règlement. Le constituant doit mettre en place des mécanismes assurant le respect de cette règle fondamentale et de l'ensemble des règles constitutionnelles qui seront adoptées à l'issue des travaux de la Constituante.

L'anomalie existant au niveau fédéral, qui ne connaît pas le contrôle abstrait des lois votées par les Chambres fédérales, ne doit pas être reproduite à l'échelle des cantons.

A une époque où toute décision peut être déferée à la justice, il est incompréhensible que la validité des normes légales, lois et règlements, ne puisse pas, elle, être soumise à un examen des juges cantonaux.

Certes, le Tribunal fédéral peut revoir la validité des normes cantonales en regard du droit fédéral et de la Constitution cantonale, mais ce n'est pas un luxe de prévoir dans ce domaine qu'une juridiction cantonale précède, comme dans tous les autres domaines, le contrôle par le Tribunal fédéral.

Par ailleurs, depuis 1993, le Grand Conseil est chargé de se prononcer sur la recevabilité des initiatives, au regard du droit supérieur, cantonal et fédéral et des principes juridiques, telle l'unité de la forme ou du genre, l'unité de la matière et l'exécutabilité (art. 66 Constitution).

Pareille tâche ne peut pas être confiée à un organisme politique. Les votes de celui-ci sont entachés de prises de position partisans. Le contrôle de la recevabilité des initiatives doit être dès lors confié à un Tribunal, telle la Cour constitutionnelle. Celle-ci doit procéder à ce contrôle en amont, dès l'annonce d'une initiative en Chancellerie, avant la récolte des signatures. Dès lors, on évite de déranger les citoyens et le Grand Conseil pour une initiative invalide.

Dès lors, la minorité préconise la création au sein de la Cour de justice d'une Cour constitutionnelle chargée de se prononcer sur la conformité au droit supérieur des lois et des règlements, avant leur entrée en vigueur, et sur la validité des initiatives populaires, avant leur lancement.

Les arrêts de la Cour constitutionnelle pourront comporter des opinions dissidentes (cf. thèse 303.21.b) et devront être rendus en public (cf. thèse 303.21.c).

Notons qu'au sein de la commission diverses propositions ont été esquissées à propos de la Cour constitutionnelle, dont celle de M. Alfred MANUEL (Associations) qui a la teneur suivante :

1. Le pouvoir judiciaire cantonal comprend une juridiction nommée Cour constitutionnelle.
2. Elle est compétente pour :
 - a. contrôler sur requête la conformité au droit supérieur et l'unité de la matière des initiatives cantonales ou municipales ;
 - b. contrôler sur requête la conformité au droit supérieur des normes cantonales et communales ;
 - c. juger, sur recours et en dernière instance cantonale, les litiges relatifs à l'exercice des droits politiques ;
 - d. trancher les conflits de compétence entre autorités.
3. La loi définit les modalités de désignation des juges, la qualité pour agir et règle l'exécution du présent article.
4. Ses décisions sont publiées.

A propos du contrôle de la validité des initiatives, la commission doit encore attendre l'avis des commissions 1 et 2 qui devra décider s'il est opportun que le Grand Conseil continue à se prononcer sur la question ou si elle ne devrait pas être du ressort d'un tribunal.

303.2 Principes régissant l'activité judiciaire

303.21 Thèses et argumentaire de la majorité

Thèses, articles et résultats des votes

303.21.a

Réaffirmer l'indépendance des magistrats.

Résultats des votes :

Cette thèse a été adoptée par 12 voix pour (1 L, 1 SolidaritéS, 2 AVIVO, 1 Associations, 2 R, 1 MCG, 2 Verts et 2 S), 2 voix contre (1 UDC; 1 (GE) Avance) et 1 abstention (1 L).

Argumentaire

Ce principe important, exprimé parfois sous la forme de l'exigence d'impartialité, figure dans nombre de constitutions cantonales (par exemple, aux art. 126 al. 2 de la Constitution vaudoise, 84 al. 2 de la Constitution neuchâteloise, 101 de la Constitution jurassienne), ainsi qu'à l'art. 191c de la Constitution fédérale.

L'art. 1 de la nouvelle loi d'organisation judiciaire (GE) le consacre élégamment comme suit :

« ¹Dans l'exercice de leurs attributions judiciaires, les juridictions et les magistrats qui les composent sont indépendants.

²Ils ne sont soumis qu'à la loi ».

L'élection des magistrats résulte d'un processus politique et implique de facto une appartenance des candidats à un parti politique. Il est donc opportun de réaffirmer leur indépendance au niveau constitutionnel.

Suggestion de texte

Article D : Indépendance

1. Les juridictions et les magistrats qui les composent sont indépendants.
2. Ils sont impartiaux et ne sont soumis qu'à la loi.

303.21.b

Rendre publiques les opinions dissidentes.

Résultats des votes :

Cette nouveauté a été acceptée par 11 voix pour (1 SolidaritéS, 2 S, 2 AVIVO, 2 R, 2 Verts, 1 MCG) et 5 voix contre (3 L, 1 UDC, 1 PDC).

Argumentaire

Dans la pratique judiciaire anglo-saxonne, il est communément admis dans les juridictions collégiales (en principe les seules juridictions de recours) qu'un magistrat minorisé puisse émettre une opinion écrite divergente (« *dissenting opinion* »). Cette voix minoritaire peut concerner le résultat de la décision et/ou sa motivation.

La Constitution vaudoise a prévu (art. 134 Constitution vaudoise) que « *les juges du Tribunal cantonal peuvent exprimer des avis minoritaires dans les jugements ou arrêts* ».

La commission a décidé de reprendre ce principe en le formulant comme suit : « *Les jugements émis par les autorités de recours ou d'appel peuvent comporter des annexes reflétant les avis des juges minoritaires* ».

Les opinions dissidentes sont intéressantes. Elles permettent aux plaideurs et aux juristes de constater que le problème posé à la juridiction de recours peut trouver des solutions ou des motivations diverses. L'existence d'une argumentation minoritaire démontre au justiciable qu'il peut avoir des chances dans une procédure au Tribunal fédéral, d'une part. Souvent, par ailleurs, des opinions aujourd'hui minoritaires font leur chemin et contribuent à la majorité de demain, d'autre part.

L'histoire de la Cour suprême des Etats-Unis abonde en exemples de juges minoritaires, mais précurseurs. Au fil des années, leur opinion rejetée est devenue celle de la juridiction in corpore.

Suggestion de texte

Article E : Opinions dissidentes

Les jugements émis par les juridictions de seconde instance peuvent comporter des annexes reflétant l'avis des juges minoritaires.

303.21.c

Garantir la publicité des audiences.

Résultats des votes :

Cette thèse a été adoptée par la commission à l'unanimité, moins 2 abstentions (1 L, 1 UDC).

Argumentaire

Dans nos démocraties, les audiences judiciaires sont publiques. Le principe est repris par le nouveau Code de procédure civile suisse (art. 45) : « *Les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics. Les décisions doivent être accessibles au public ; le droit cantonal détermine si les délibérations sont publiques* ».

De même, le Code de procédure pénale suisse détaille le principe de publicité aux art. 69 à 72.

Les normes précitées contiennent des exceptions, notamment pour les causes du droit de la famille lorsque l'intérêt public ou un intérêt des particuliers (par exemple des victimes) l'exigent ou de forte affluence. La protection des mineurs implique également une restriction au caractère public de la justice.

Dans tous ces cas, le huis clos, total ou partiel, est prononcé.

Ces principes sont déjà admis par l'art. 134 de l'actuelle Constitution. Il s'agit aujourd'hui simplement d'adapter le droit cantonal au droit fédéral, la procédure étant désormais du ressort de la Confédération. La Convention européenne des droits de l'Homme influence aussi la publicité des audiences, d'où l'idée de limiter cette publicité conformément au droit fédéral et aux textes internationaux.

En conséquence, la commission propose d'inscrire dans la Constitution que « *les audiences sont publiques dans les limites autorisées par le droit fédéral* ».

Suggestion de texte

Article F : Publicité

Les audiences des tribunaux sont publiques dans les limites autorisées par le droit supérieur.

303.21.d

Favoriser la célérité et qualité de la justice.

Résultats des votes : cette thèse a été acceptée à l'unanimité.

Argumentaire

La Constitution doit garantir, dans toute la mesure du possible, une justice rapide et de qualité.

Entre autres textes, la Constitution vaudoise a prévu que le Grand Conseil accorde aux autorités judiciaires des moyens suffisants pour garantir la célérité et la qualité de la justice (art. 128 Constitution vaudoise).

La commission a considéré que ce principe devait être complété par l'obligation faite au Conseil supérieur de la magistrature de veiller au respect par les juges et par les procureurs de ces principes de célérité et de qualité.

Suggestion de texte

Article G : Célérité et qualité de la justice

1. *Le pouvoir judiciaire veille à la célérité et à la qualité de la justice ; le Conseil supérieur de la magistrature en assure le respect.*
2. *Le Grand Conseil accorde au pouvoir judiciaire les moyens suffisants à cet effet.*

303.21.e

Encourager la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaires des litiges.

Résultats des votes :

Cette thèse a été adoptée à la majorité, moyennant 1 voix contre (UDC).

Argumentaire

La commission a souhaité inscrire cette thèse dans la Constitution, de la manière suivante : « La médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaires des litiges sont encouragés ».

La formule est proche de celle de l'art. 120 de la Constitution fribourgeoise.

Par « autres modes de résolution extrajudiciaires des litiges », on entend la négociation et la conciliation.

La procédure civile fédérale prévoit à ses art. 213 à 218 que la procédure de conciliation judiciaire peut être remplacée à la demande de toutes les parties par une médiation.

Les Chambres fédérales ont renoncé à inscrire dans le Code de procédure pénale suisse des dispositions sur la médiation en matière pénale.

Suggestion de texteArticle H : Médiation

La médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaire des litiges sont encouragés.

303.3 Autonomie du pouvoir judiciaire

303.31 Thèses et argumentaire de la majorité

Thèses, articles et résultats des votes

303.31.a

Garantir l'autonomie du pouvoir judiciaire.

Résultats des votes : cette thèse a été acceptée à l'unanimité.

Argumentaire

La commission a souhaité garantir l'autonomie du pouvoir judiciaire en matière d'administration, d'organisation et de finance, mais dans le cadre du budget à adopter par le Grand Conseil.

En conséquence, le rapport entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est le suivant :

- Le pouvoir législatif assure la haute surveillance sur le pouvoir judiciaire. En particulier, il vote son budget et adopte ses comptes et son rapport de gestion.
- La présentation du budget du pouvoir judiciaire incombe à ce dernier et non au Conseil d'Etat.

Suggestion de texte

Article I : Autonomie du pouvoir judiciaire

Le pouvoir judiciaire est autonome en matière d'administration, d'organisation et de finance dans le cadre du budget adopté par le Grand Conseil.

303.4 Conseil supérieur de la magistrature et instance de recours

303.4 Thèses et argumentaire de la majorité

Thèses, articles et résultats des votes

303.41.a

Revoir la composition du Conseil supérieur de la magistrature. Il sera composé de 9 membres (3 désignés par le pouvoir judiciaire, 2 désignés par la faculté de droit, 2 par les avocats, 2 par le Grand conseil).

Résultats des votes :

Cette proposition a été acceptée à l'unanimité, moins 1 abstention (SolidaritéS).

Argumentaire

La commission a souhaité que le Conseil supérieur de la magistrature soit majoritairement composé de non-magistrats du pouvoir judiciaire. Il s'agit d'éviter que les juges soient jugés principalement par leurs pairs. De même, la commission a souhaité éviter que certains magistrats (parfois les plus chargés) occupent un siège de droit au Conseil supérieur de la magistrature.

Ainsi, la commission propose un Conseil de la magistrature de neuf membres :

- 3 représenteront le pouvoir judiciaire et seront élus par leurs pairs. L'un émanera des juridictions de première instance. Le second sera choisi par la Cour de justice. Le troisième sera élu par les magistrats du Ministère public.
- 2 représentants seront désignés par la Faculté de droit ; il doit s'agir de personnes aptes à juger les compétences scientifiques des candidats à la magistrature et la qualité de leur travail, notamment sous l'angle juridique.
- 2 représentants seront élus par les avocats, soit par l'ensemble des avocats inscrits au Barreau de Genève.
- Enfin, le Grand Conseil désignera les 2 derniers membres du Conseil supérieur de la magistrature.

La loi précisera les modalités de ces élections, ainsi que la durée des mandats. Celle-ci devrait en principe être égale à celle des juges, soit six ans.

L'adoption des thèses précitées et des thèses qui suivent à propos du Conseil supérieur de la magistrature impliquera une modification des art. 15 à 24 de la loi d'organisation judiciaire.

Suggestion de texte**Article J : Conseil supérieur de la magistrature**

1. Le Conseil supérieur de la magistrature est composé :
 - a) de trois membres élus, le premier par les magistrats du Ministère public, le second par les magistrats de première instance et le troisième par les magistrats de seconde instance ;
 - b) de deux membres désignés par la Faculté de droit de l'Université de Genève ;
 - c) de deux membres désignés par les avocats inscrits au Barreau de Genève ;
 - d) de deux membres élus par le Grand Conseil.
2. La loi précise le mode de désignation des membres du Conseil supérieur de la magistrature et la durée de leur mandat.

303.41.b

Donner au Conseil supérieur de la magistrature la tâche d'émettre un préavis pour les élections judiciaires.

Résultats des votes :

Cette thèse a été adoptée par 8 voix pour (1 AVIVO, 2 L, 1 Associations, 1 R, 1 UDC, 1 (GE) Avance) 1 voix contre (SolidaritéS) et 6 abstentions (1 AVIVO, 2 Verts, 1 MCG, 2 S).

Un rapport de minorité aborde cette question ci-après sous 303.44.

Argumentaire

Au sein de la commission, la création d'un organe officiel et transparent de présélection des candidats au pouvoir judiciaire a été adoptée, en lieu et place de l'occulte « *commission interpartis* ».

Sur la solution à adopter les voix se sont partagées entre un organe ad hoc (commission de présentation) et le Conseil supérieur de la magistrature.

Les partisans de la commission de présentation ont fait valoir qu'il était inopportun que les mêmes personnes jugent les candidats à la magistrature, puis les surveillent dans leur parcours professionnel.

En plus de ses tâches habituelles, le Conseil supérieur de la magistrature devra émettre un préavis écrit à propos de tous les candidats à toutes les élections judiciaires, qu'elles soient le fait du peuple (procureur général) ou du Grand Conseil.

Dès qu'une candidature sera inscrite en Chancellerie, le dossier du candidat devra être soumis au Conseil supérieur de la magistrature. Celui-ci devra en règle générale entendre le (les) candidat(es) et émettre un préavis succinctement motivé.

Le Conseil supérieur de la magistrature devra d'abord s'assurer que les candidats remplissent les conditions légales d'éligibilité. Il devra aussi dire si les candidats réunissent les qualités professionnelles et humaines requises.

Les candidats à la réélection devront également faire l'objet d'un préavis écrit du Conseil supérieur de la magistrature.

Ce préavis, non susceptible de recours, ne sera pas contraignant, ni pour le peuple, ni pour le Grand Conseil, mais il devra être connu de ces électeurs.

Les juridictions de baux et loyers et le Tribunal des prud'hommes sont des juridictions à composition paritaire. Ils comportent des assesseurs nommés par les milieux de locataires et de travailleurs et, en nombre égal, par les milieux d'employeurs et de bailleurs. La candidature de ces assesseurs n'aura pas à recueillir l'aval du Conseil supérieur de la magistrature, mais seulement celui des groupements représentatifs concernés.

Suggestion de texte

Article K : Tâches du Conseil supérieur de la magistrature

- 1. Le Conseil supérieur de la magistrature veille au bon fonctionnement des tribunaux et s'assure que les magistrats respectent les devoirs de leurs charges et les principes de qualité et de célérité de la justice.*
- 2. Avant l'élection ou la réélection de tout magistrat de l'ordre judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature préavise sur les candidatures en se fondant sur la formation, l'expérience professionnelle et les qualités personnelles des candidates et candidats.*

303.41.c

Prévoir une instance de recours des décisions du Conseil supérieur de la magistrature.

Résultats des votes :

La composition de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire a été acceptée par 14 voix pour et 1 abstention (SolidaritéS).

La durée du mandat des membres de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire a été acceptée par 12 voix pour, 1 voix contre (SolidaritéS) et 3 absentions (2 L, 1 UDC).

Argumentaire

L'adoption par les Chambres fédérales de la loi sur le Tribunal fédéral a imposé la création d'une instance cantonale de recours des décisions du Conseil supérieur de la magistrature. Il doit s'agir d'une véritable autorité de recours, dont les membres doivent être désignés comme les autres magistrats du pouvoir judiciaire.

En conséquence, les art. 135 à 139 de la loi d'organisation judiciaire instaurent une « *Cour d'appel du pouvoir judiciaire* ». Celle-ci connaît des recours contre les décisions du Conseil supérieur de la magistrature, mais également des recours contre

les décisions de la commission de gestion et du secrétaire général du pouvoir judiciaire en tant qu'elles touchent aux droits et obligations des membres du personnel du pouvoir judiciaire. La loi ajoute que d'autres décisions de la Cour de justice peuvent être déferées à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire, lorsque la loi le prévoit (art. 138 de la loi d'organisation judiciaire).

Par définition, cette juridiction n'est pas soumise au contrôle du Conseil supérieur de la magistrature (art. 137 let. a de la loi d'organisation judiciaire).

La commission a jugé utile de mentionner l'existence de cette juridiction dans la Constitution et de prévoir qu'elle est composée de trois magistrats. La future Constitution indiquera que ses magistrats seront désignés par le Grand Conseil sur proposition, pour l'un des magistrats, par ses collègues du pouvoir judiciaire, pour le second, par les avocats et pour le troisième, par la Faculté de droit.

Compte tenu du fait que ces magistrats ne sont pas soumis au contrôle disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature, il convient de limiter la durée de leur mandat à un seul mandat de six ans.

Pour le surplus, la loi réglera les détails, dans l'esprit des art. 135 à 139 de la loi d'organisation judiciaire

Précisons encore que les préavis du Conseil supérieur de la magistrature pour les élections judiciaires (thèse 303.41.b) ne seront pas susceptibles de recours auprès de la Cour d'appel du pouvoir judiciaire.

Suggestion de texte

Article L : Cour d'appel du pouvoir judiciaire

1. *La Cour d'appel du pouvoir judiciaire statue sur les recours rendus par les décisions du Conseil supérieur de la magistrature. Ses autres compétences sont fixées par la loi.*
2. *Elle est composée de trois magistrats, non rééligibles, désignés par le Grand Conseil sur proposition pour l'un des magistrats du pouvoir judiciaire, pour le second des avocats et pour le troisième de la Faculté de droit.*

303.42 Thèses et argumentaire de la minorité

Auteur : M^{me} Jocelyne Haller

Thèses, articles et résultats des votes

303.42.a

Maintenir la présélection des candidats par la commission interpartis.

Vote : par 8 voix pour (1 AVIVO, 2 Libéraux, 1 Association, 2 Radicaux, 1 UDC, 1 G[e] avance), 1 voix contre (SolidaritéS), 6 abstentions (1 AVIVO, 1 MCG, 2 Verts, 2 socialistes), la commission est en faveur que le Conseil supérieur de la magistrature soit l'organe de présélection, en plus de ses tâches habituelles de surveillance.

Argumentaire

La commission a souhaité charger le Conseil supérieur de la magistrature d'une nouvelle tâche, après en avoir modifié la composition. Cela même avant que la nouvelle mouture définie par la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire n'entre en fonction. Initiative qui laisse circonspecte l'auteur du présent rapport.

En ce qui concerne l'élection des magistrats nous sommes attachés non seulement à leur élection par le peuple, mais nous n'estimons pas pertinent que ces derniers fassent l'objet d'une présélection par l'instance qui devra par la suite exercer une fonction de surveillance à leur égard.

Nous nous inscrivons en faux contre cette tendance qui a prévalu dans nos travaux qui consistait à tourner en dérision la commission interpartis qui jusqu'ici présidait à la sélection des magistrats. Il faut remarquer que si cette instance officieuse faisait sourire d'aucuns, sa pertinence n'a pas été réellement mise en question. L'action de la commission interpartis apparaît de nature à garantir, par l'essence même de ses aspirations, une représentation équilibrée et plurielle des appartenances politiques des magistrats. Ce faisant, elle contraint les partis à trouver le meilleur éventail de compétences et de représentation. Equilibre que ne serait pas à même d'assurer le Conseil supérieur de la magistrature, car tel n'est pas son rôle. Cela étant, elle n'entend pas que ces derniers soient inféodés à ceux qui les délèguent, mais prétend garantir la présence de toutes les sensibilités politiques au sein de la magistrature. Chacun dans ce système comprend que les juges sont indépendants et ne se soumettent qu'à la loi. Enfin, il faut rappeler à ceux qui doutent des compétences de cette commission, qu'elle n'a pas hésité en son temps à trancher et à écarter des magistrats lorsque cela s'est avéré nécessaire.

C'est pourquoi, le groupe SolidaritéS invite l'Assemblée constituante à refuser la thèse de majorité citée plus haut et à s'en tenir à la pratique actuelle de la sélection des candidats à la magistrature par la commission interpartis.

* * * * *

**Liste des annexes disponibles sur internet
(www.ge.ch/constituante)**

Annexe 1: Propositions collectives, pétitions et demandes d'auditions

Table des thèses

Les thèses de minorité sont en italique.

303.1 Organisation judiciaire et élections

303.11.a

Confirmer qu'à Genève les juridictions sont :

- a) le Ministère public ;
- b) les juridictions de première instance en matière civile, administrative et pénale ;
- c) les juridictions de seconde instance en matière civile, administrative et pénale.

303.11.b

Confirmer l'interdiction des tribunaux d'exception.

303.11.c

Faire élire le procureur général par le peuple, au système majoritaire à un tour, pour une durée de six ans, renouvelable une seule fois consécutivement.

303.11.d

Faire élire les autres magistrats du pouvoir judiciaire par le Grand Conseil pour des périodes de six ans, renouvelables.

303.12.a

Maintenir le principe de l'élection des magistrats par le peuple.

303.13.a

Faire élire le procureur général par le Grand Conseil.

303.14.a

Créer une Cour constitutionnelle.

303.2 Principes régissant l'activité judiciaire

303.21.a

Réaffirmer l'indépendance des magistrats.

303.21.b

Rendre publiques les opinions dissidentes.

303.21.c

Garantir la publicité des audiences.

303.21.d

Favoriser la célérité et qualité de la justice.

303.21.e

Encourager la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaires des litiges.

303.3 Autonomie du pouvoir judiciaire

303.31.a

Garantir l'autonomie du pouvoir judiciaire.

303.4 Conseil supérieur de la magistrature et instance de recours

303.41.a

Revoir la composition du Conseil supérieur de la magistrature. Il sera composé de 9 membres (3 désignés par le pouvoir judiciaire, 2 désignés par la faculté de droit, 2 par les avocats, 2 par le Grand conseil).

303.41.b

Donner au Conseil supérieur de la magistrature la tâche d'émettre un préavis pour les élections judiciaires.

303.41.c

Prévoir une instance de recours des décisions du Conseil supérieur de la magistrature.

303.42.a

Maintenir la présélection des candidats par la commission interpartis.

* * * * *

Version finale