

**RAPPORT EXPLICATIF**  
**accompagnant l'avant-projet de loi d'adaptation à la**  
**Constitution du canton de Fribourg (organisation du pouvoir**  
**judiciaire)**

*[date en toutes lettres]*

**A GÉNÉRALITÉS**

**I. Les nouvelles dispositions de la Constitution concernant le pouvoir judiciaire et le Ministère public**

**1. Remarques liminaires**

**1.1 Considérations générales**

Par rapport à la Constitution de 1857, la nouvelle Constitution, essentiellement, codifie ou précise certains principes applicables au pouvoir judiciaire et, surtout, introduit plusieurs nouveautés concernant le pouvoir judiciaire et le Ministère public (statut des personnes et surveillance).

Les dispositions constitutionnelles topiques ont dû être interprétées, pour l'adaptation de droit cantonal, selon les méthodes traditionnelles d'interprétation (grammaticale, systématique, historique et téléologique). Il faut constater que l'interprétation historique, fondée sur les travaux des Constituants, n'a pas toujours pu dégager directement le sens voulu pour certaines dispositions. Cela dit, un principe a été systématiquement suivi : les multiples silences de la Constituante (et de la Constitution) en matière d'organisation judiciaire ne peuvent en principe que signifier, dans les domaines considérés, le maintien de la situation actuelle.

**1.2 La définition du "pouvoir judiciaire" et des "membres" de celui-ci**

- a) La définition des termes "pouvoir judiciaire", notion spécifique plusieurs fois utilisée, s'impose d'emblée (la LOJ n'utilise pas ces termes mais ceux "d'ordre judiciaire"). Par pouvoir judiciaire, on a fait apparemment référence aux pouvoirs "classiques" de l'Etat (législatif, exécutif, judiciaire), dont la séparation est rappelée dans la Constitution (cf. art. 85 Cst.) (cf. aussi art. 31 Cst. 1857). Cette notion est utilisée à l'article 120 al. 3 Cst. (moyens accordés par le Grand Conseil), à l'article 121 Cst. (indépendance et élection des membres du pouvoir judiciaire), à l'article 125 Cst. (Conseil de la magistrature comme autorité de surveillance du pouvoir judiciaire), à l'article 127 Cst. (surveillance administrative et disciplinaire du pouvoir judiciaire) et à l'article 128 Cst. (élections : candidatures aux postes du pouvoir judiciaire).
- b) Le champ d'application de la Constitution, s'agissant des autorités visées, n'est pas immédiatement perceptible. Le Constituant ayant été peu prolixe à cet égard, il convient d'interpréter le texte selon les méthodes habituelles d'interprétation.

L'article 123 Cst. mentionne, d'une part, dans son titre médian les termes « juridictions civile, pénale et administrative » et, d'autre part, mais seulement à titre exemplatif, les autorités principales visées, y compris le Tribunal cantonal comme autorité ordinaire de la juridiction administrative (cf. al. 1, 2 et 3 de l'art. 123 Cst.). L'article 123 al. 4 Cst. complète le système en faisant référence aux « autorités judiciaires spéciales ». Une première interprétation globale de ces dispositions démontre que les termes utilisés visent et les autorités judiciaires (civiles et pénales) spéciales statuant en instance unique ou en première instance (par ex. la Chambre des prud'hommes, le Tribunal des baux, la Chambre pénale des mineurs, la Commission de surveillance en matière de privation de liberté à des fins d'assistance, l'Autorité de surveillance du registre foncier et les commissions de conciliation en matière de bail à loyer ou de bail à ferme non agricole) et les autorités spéciales de la juridiction administrative indiquées à l'article 3 al. 2 let. b et c ainsi qu'aux articles 117 et 125s du CPJA

(essentiellement, la Commission d'expropriation, les tribunaux arbitraux en matière d'assurances sociales, la Commission de recours de l'Université, la Commission de recours en matière d'améliorations foncières et la Commission de recours en matière de nouvelles mensurations parcellaires). Cette interprétation (systématique), s'agissant des autorités spéciales de la juridiction administrative, semble conforme à l'article 123 Cst. dès lors que le champ d'application dudit article comprend globalement toutes les autorités (spéciales et générale) de la juridiction administrative. A remarquer par ailleurs que le Constituant n'a apparemment pas voulu reprendre le texte de l'article 1<sup>er</sup> let. k LOJ actuelle, lequel fait expressément référence aux « tribunaux spéciaux prévus par la loi ». Une interprétation de type téléologique arrive au même résultat. La Constitution a apparemment voulu viser toutes les autorités du pouvoir judiciaire dont l'indépendance doit être garantie (cf. art. 121 al. 1 Cst.). Pour garantir dite indépendance, il est essentiel que le choix des autorités ne dépende pas d'une autorité exécutive, mais de la haute autorité législative du canton, à savoir le Grand Conseil. Sous cet angle, il ne serait apparemment pas admissible que le Conseil d'Etat continue à désigner les membres de certaines autorités spéciales de la juridiction administrative, autorités qui seraient chargées d'examiner les recours contre des unités administratives dépendant de l'exécutif. L'indépendance voulue par le Constituant ne serait ici pas garantie.

Cette interprétation a des incidences importantes sur les autorités en place, dont les membres ne sont actuellement pas élus par le Grand Conseil. Elle implique essentiellement que les membres de ces autorités soient soumis au (nouveau) système d'élection prévu par la Constitution (élection par le Grand Conseil et non plus par le Conseil d'Etat) et aussi à la surveillance du Conseil de la magistrature et du Tribunal cantonal.

Bien évidemment, cette interprétation de l'article 123 Cst. ne peut raisonnablement pas viser les autorités spéciales de la juridiction administrative prévues à l'article 3 al. 1 let. a CPJA (Conseil d'Etat, Directions et autres autorités administratives agissant sur recours). Ces autorités sont soumises à des règles spécifiques en matière d'élection et de surveillance.

- c) Lorsqu'ils ont mentionné les termes "membres du pouvoir judiciaire" ou "candidatures aux postes du pouvoir judiciaire", les Constituants ont utilisé une définition restreinte. La Constitution a, de fait, restreint la notion aux magistrats (ou juges) aux membres professionnels ou non professionnels des autorités judiciaires. Ne sont pas visées par-là les personnes que la LOJ dénomme "autres collaborateurs de l'ordre judiciaire" comme les greffiers, les secrétaires du Ministère public, les comptables et les huissiers.

Pour les besoins du présent rapport, les notions de "juges" (=magistrats) et de "collaborateurs du pouvoir judiciaire" (=collaborateur de l'ordre judiciaire visés par la LOJ) sont utilisées ci-après.

- d) Même si le Ministère public ne fait pas partie du pouvoir judiciaire, dans le présent rapport les membres du Ministère public (Procureur général, substituts) sont assimilés ci-après aux membres du pouvoir judiciaire et les stagiaires ou secrétaires aux collaborateurs du pouvoir judiciaire, selon les termes choisis ci-dessus.

L'avant-projet de loi d'adaptation utilise le même artifice.

### **1.3 Une forte persistance : l'indépendance du pouvoir judiciaire**

L'article 121 al. 1 Cst. garantit l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il s'agit là de l'un des principes axiaux de l'organisation judiciaire, avec les principes de l'impartialité, de l'égalité et de la transparence. Certains de ces principes ont été repris par le législateur (cf. art. 2 CPP pour ce qui est du principe de l'impartialité, lié à la recherche de la vérité en matière pénale).

L'indépendance du pouvoir judiciaire signifie que les tribunaux ne doivent recevoir aucune instruction du

pouvoir législatif et exécutif dans leur activité juridictionnelle. Cette indépendance ne signifie toutefois pas que les autorités judiciaires inférieures ont toute latitude pour dire le droit. Ces autorités sont soumises en cette matière comme on l'a déjà vu, par les recours des justiciables, à l'autorité supérieure du Tribunal cantonal (cf. art. 124 al. 1 Cst.), lequel a la faculté, voire l'obligation, d'édicter des directives lorsque l'interprétation du droit l'exige.

#### **1.4 Les principes de procédure (pro memoria)**

La Constitution fixe, aux articles 29 à 32, certains principes de procédure que les juges ainsi que les autorités doivent respecter (équité, droit d'être entendu,...). Le Tribunal cantonal, comme autorité supérieure en matière civile, pénale et administrative, ainsi que les autorités spéciales de la juridiction administrative sont chargées de veiller à l'application de ces principes.

### **2. Les nouveautés**

#### **2.1 Le système d'élection des membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public**

##### **2.1.1 Principes**

Une nouveauté essentielle est introduite par rapport à l'ancien droit : tous les juges et les membres du Ministère public (et non plus seulement les juges du TC et du TA) sont élus par le Grand Conseil (cf. art. 103 al. 1 let. e Cst.), sur préavis du Conseil de la magistrature (cf. art. 128 Cst.). Cette même autorité est compétente pour révoquer ces magistrats (cf. art. 121 al. 2 Cst.). Ces élections valent pour une durée indéterminée, et non plus pour une période limitée comme c'est le cas actuellement (5 ans).

##### **2.1.2 Conditions d'élection**

La Constitution a fixé, à l'article 128, les conditions cadres d'élection des juges; elle a marqué par-là une claire volonté de dépolitiser l'élection de ces magistrats dont la fonction est, rappelons-le, de dire le droit en toute indépendance, en respectant les règles de procédure fixées. Ces exigences valent pour tous les juges, qu'ils soient membres permanents ou non permanents des autorités judiciaires (juges, juges suppléants, assesseurs).

L'article 86 al. 1 Cst. reprend une exigence concernant le domicile contenue aux articles 61, 69 et 73 LOJ. L'alinéa 2 permet aussi au législateur d'élire aux fonctions de l'ordre judiciaire des ressortissants étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement (permis C), pour autant qu'ils soient domiciliés dans le canton depuis au moins 5 ans.

La Constitution n'a pas fixé de limite d'âge maximale, laissant cette matière au législateur. En revanche, elle a clairement opté (si l'on s'en réfère aux travaux préparatoires de la Constituante) pour la suppression de la limite d'âge inférieure (25 ans révolus) actuellement fixée à l'article 11 LOJ.

Enfin, signalons que le législateur devra préciser les conditions cadres d'élection en s'inspirant tout logiquement des conditions prévues par la législation sur le personnel de l'Etat (cf. art. 26 de la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat, LPers, RSF 122.70.1 et art. 21 du règlement du 17 décembre 2002 du personnel de l'Etat, RPer, RSF 122.70.11). Il ne fait pas de doute, sous cet angle, que les présidents des tribunaux devront aussi posséder les qualités requises pour conduire le personnel du tribunal.

##### **2.1.3 Procédure d'élection**

La Constitution est muette sur la procédure d'élection. Il semble, à interpréter les travaux préparatoires de la Constituante, que dite procédure devrait être menée par le Conseil de la magistrature, et non pas par le Grand Conseil, autorité d'élection. Une séparation claire entre l'examen des candidatures sous un angle "technique"

et le choix (toujours politique) des juges a apparemment été voulue.

La question du contenu du préavis du Conseil de la magistrature a beaucoup occupé les Constituants. Il semble que l'option retenue soit la suivante : le Conseil de la magistrature soumettrait au Grand Conseil la liste de tous les candidats avec son préavis (positif ou négatif) sur (tous) ceux-ci. L'avant-projet de la loi d'adaptation opte clairement pour cette interprétation.

La Constitution ne dit rien non plus sur la procédure suivie devant le Grand Conseil. Il appartient au législateur de régler celle-ci, notamment en précisant à cet égard le rôle de la Commission de justice (actuellement, ce rôle est précisé, pour l'élection des juges cantonaux, à l'art. 33 al. 1 let. b LRGC).

## **2.2 La révocation des membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public**

La révocation des juges ne peut être prononcée que par l'autorité d'élection, c'est-à-dire le Grand Conseil, et dans les seuls cas prévus par la loi (cf. art. 121 al. 2, 2<sup>e</sup> phr. Cst.).

La révocation dont il est ici question concerne manifestement la révocation prononcée à la suite d'une procédure disciplinaire menée par le Conseil de la magistrature (cf. art. 127 al. 1 Cst.). Cette révocation concerne aussi la "révocation" pour d'autres motifs qu'il appartiendra au législateur le cas échéant de préciser (par ex. : renvoi pour de justes motifs, licenciement du fait que l'intéressé ne répond plus aux conditions de son élection, ...). Le silence du Constituant, confirmé par les travaux préparatoires de la Constituante, laisse dans ce domaine et comme déjà dit une grande liberté de manœuvre au législateur. C'est donc une interprétation "large" qui est proposée dans le cadre de l'avant-projet de loi d'adaptation.

## **2.3 La surveillance du pouvoir judiciaire**

### 2.3.1 En général

- a) La Constitution contient quelques dispositions concernant la surveillance du pouvoir judiciaire; elle introduit surtout un nouvel organe de surveillance (le Conseil de la magistrature) ne faisant pas partie du pouvoir judiciaire comme tel. Par ailleurs, l'article 104 let. b Cst. précise que le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur la justice et l'article 127 Cst. prévoit, mais sans l'aménager, la surveillance (directe) du Conseil de la magistrature (le cas échéant du Tribunal cantonal) sur le pouvoir judiciaire. Cette surveillance est conçue comme surveillance "administrative" et surveillance "disciplinaire".
- b) Un examen approfondi du système montre d'abord que la nouvelle Constitution, comme l'ancienne, ne règle absolument pas le fonctionnement du pouvoir judiciaire. Ensuite – et cela est important – la LOJ accorde au Tribunal cantonal des compétences en matière d'organisation (au sens strict) du pouvoir judiciaire (organisation du TC et des tribunaux de première instance). De même, elle confie un rôle essentiel aux présidents des tribunaux (exposé en droit actuel aux art. 82 et 97 al. 1 LOJ; cf. aussi art. 156 al. 1 LOJ pour ce qui est du président de l'Office des juges d'instruction) pour ce qui est de la conduite et du bon fonctionnement des greffes (surveillance du personnel, expédition régulière des affaires).
- c) Ainsi, on constate que les responsabilités en matière d'organisation judiciaire (au sens large) sont partagées entre, d'une part, les tribunaux et, d'autre part, le pouvoir législatif et exécutif. On voit surtout que le rôle de "direction" du Tribunal cantonal porterait essentiellement sur l'organisation des tribunaux. Ce rôle central comprend aussi le contrôle de l'exécution des normes ou directives d'organisation qu'il édicte.

### 2.3.2 Le partage des responsabilités (Conseil de la magistrature / Tribunal cantonal)

La mise sur pied d'un Conseil de la magistrature ne devrait pas bouleverser le système d'organisation judiciaire mis en place par le législateur. Mais, la détermination aussi précise que possible des tâches et compétences dévolues au Conseil de la magistrature, au Tribunal cantonal et, aussi, aux autorités judiciaires de première instance (ainsi qu'au pouvoir législatif et exécutif) semble nécessaire. Il s'agit en l'occurrence d'éviter des conflits négatifs ou positifs de compétence. D'un point de vue général, on peut dire que l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire sont l'affaire des tribunaux eux-mêmes (le Tribunal cantonal pour son organisation actuelle et celle des autres tribunaux; les divers tribunaux pour leur fonctionnement), sous réserve des tâches dévolues au Grand Conseil et au Conseil d'Etat. En revanche, le Conseil de la magistrature a pour tâche essentielle de veiller à la bonne organisation et au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire et de prendre les mesures administratives et disciplinaires nécessaires en cas de problèmes constatés.

Schématiquement et en résumé, la répartition des rôles et compétences est la suivante, si l'on s'en tient au système actuellement pratiqué.

a) Organisation du pouvoir judiciaire

aa) Organisation au sens strict

**NB** : par organisation au sens strict, lon entend par exemple : l'organisation des structures générales et l'organisation matérielle de détail (locaux, dossiers actifs ou archives, matériel de bureau, matériel informatique, ...)

- Responsabilité du législatif et de l'exécutif qui, essentiellement, mettent en place les structures judiciaires générales (cf. les dispositions topiques de la LOJ) et, aussi, responsabilité du Tribunal cantonal qui a la tâche de régler son organisation ainsi que l'organisation des tribunaux d'arrondissement et des justices de paix (organisation structurelle et matériel de détail permettant un fonctionnement adéquat) (cf. art. 92 LOJ); le Tribunal cantonal peut faire à cet égard des propositions au Grand Conseil / Conseil d'Etat.
- Surveillance administrative du Tribunal cantonal et des tribunaux par le Conseil de la magistrature (cf. art. 127 al. 1 Cst.). Le Conseil de la magistrature peut faire des propositions au Conseil d'Etat / Grand Conseil pour améliorer les structures judiciaires générales, soit directement, soit à l'occasion de son rapport au Grand Conseil.

bb) Dotation en matériel, en locaux et en personnel (dotation, en général, de moyens nécessaires)

- Responsabilité du Conseil d'Etat et du Grand Conseil (cf. art. 101, 102, 112, 113 et 120 al. 3 Cst.), éventuellement sur proposition du Tribunal cantonal et du Conseil de la magistrature.

b) Fonctionnement du pouvoir judiciaire (manière de fonctionner : conduite et gestion du personnel et des affaires, ...)

- Responsabilité des tribunaux, soit du plénum, soit par leurs présidents (cf. art. 82, 95 al. 2 et 97 al. 1 LOJ).
- Surveillance administrative et disciplinaire par le Conseil de la magistrature (cf. art. 127 al. 1 Cst.). Le Conseil de la magistrature peut déléguer au Tribunal cantonal la compétence de surveillance administrative des autorités judiciaires de première instance (cf. art. 127 al. 2 Cst.).

c) Qualité des décisions judiciaires

- Responsabilité des tribunaux (cf. le principe d'indépendance) et contrôle par le Tribunal cantonal (moyens de droit divers aménagés par la législation), lequel peut agir par des directives.

- Aucune compétence du Conseil d'Etat, du Grand Conseil et du Conseil de la magistrature

D'un point de vue formel, la législation doit faire clairement ressortir ces distinctions; il s'agit, comme déjà rappelé, d'éviter des conflits (positifs ou négatifs) de compétence.

**Une remarque finale : la répartition actuelle des tâches et compétences telle qu'exposée ci-dessus ne doit pas être remise en cause à l'occasion de l'adaptation, à la Constitution, de l'organisation judiciaire cantonale. C'est le lieu de rappeler ici que les Constituants eux-mêmes ont clairement exclu d'accorder au pouvoir judiciaire son autonomie financière (cf. le Rapport final de la Commission 6 de décembre 2002, p. 375).**

### 2.3.3 La surveillance exercée par le Grand Conseil

- a) La Constitution précise clairement que le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur la justice. Cette tâche, ancrée à l'article 104 let. b Cst., correspond à ce qui est communément admis. La Constitution a prévu un système permettant au Grand Conseil d'être en mesure d'exercer ce rôle. Ainsi, le Conseil de la magistrature a l'obligation de renseigner annuellement le législatif de son activité (et de l'activité du pouvoir judiciaire dans son entier, selon une interprétation historique du texte constitutionnel) (cf. art. 127 al. 3 Cst.). Le Grand Conseil doit obtenir tous les renseignements utiles pour exercer sa tâche de haute surveillance.

Un système d'enquête parlementaire est instauré aux articles 40b ss LRGC (Commission d'enquête). Ce système reste applicable en sus des compétences du Conseil de la magistrature, les Constituants n'ayant pas exclu cette possibilité.

- b) La Constitution ne confie plus aucune tâche particulière de surveillance à la charge du Conseil d'Etat sur le pouvoir judiciaire, contrairement à la Cst. 1857 (cf. art. 52 al. 1 let. h Cst. 1857 : "surveillance de la marche générale de l'administration de la justice, concrétisée à l'art. 96 al. 1 LOJ). Comme on l'a vu, l'exécutif jouera (avec le Grand Conseil) un rôle important pour la mise en place de l'organisation judiciaire et pour la mise à disposition de moyens en locaux, en matériel et en personnel, ce d'autant que le Constituant a prévu une règle spécifique (et apparemment contraignante) à l'article 120 al. 3 Cst. ("*Le Grand Conseil accorde au pouvoir judiciaire les moyens nécessaires pour assurer la célérité et la qualité de la justice*"). Les propositions topiques à cet égard ressortiront du projet de budget ainsi que du programme de législature et du plan financier (cf. art. 112 et 113 Cst.). Elles pourraient aussi, selon leur importance, être directement formulées dans des projets de lois.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat peut aussi faire part à l'autorité de surveillance administrative du pouvoir judiciaire (le Conseil de la magistrature) de ses remarques et propositions. Sous cet angle, il convient de maintenir le prescrit de l'article 96 al. 2 LOJ (cf. article 99 AP-LOJ).

Enfin, le Conseil d'Etat, par la Direction de la sécurité et de la justice, conserverait en principe et sauf exceptions ses tâches liées à l'application de la législation sur le personnel de l'Etat, pour le personnel soumis à cette législation.

## 2.4. La surveillance du Ministère public

### 2.4.1 L'article 127 al. 1 Cst.

- L'article 127 al. 1 Cst. prévoit que le Conseil de la magistrature est chargé de la surveillance administrative du Ministère public. Les travaux préparatoires des Constituants ne sont pas très prolixes à cet égard. Un principe s'est cependant assez rapidement dégagé : le Ministère public est placé sous la surveillance directe du Conseil de la magistrature (cf. thèse 6.25 du rapport final de la Commission 6,

de décembre 2001). A remarquer que cette thèse a été confirmée en plenum de la Constituante, lors de la séance du 23 mai 2002.

- Le contenu de cette surveillance directe n'a, en revanche, pas été explicité. A-t-on voulu viser globalement la surveillance de la gestion du personnel, de la gestion financière ou de la gestion purement "administrative" (suivi des affaires, conduite de celles-ci, planification,...) ? A l'inverse, a-t-on voulu limiter la surveillance à l'un des aspects susmentionnés ? Comme il est indiqué en préambule, en l'absence de débats clairs sur cette question, c'est la situation actuelle qui est maintenue.

#### 2.4.2 Le partage des responsabilités (Conseil de la magistrature / Direction de la sécurité et de la justice)

Le partage des responsabilités entre le Conseil de la magistrature et la Direction de la sécurité et de la justice (DSJ) est donc le suivant :

- a) Le Conseil de la magistrature ne surveille, comme autorité spéciale (de surveillance) au sens de l'article 61 al. 2 LOCEA, que les tâches de planification, de conduite et de gestion du personnel du Ministère public, exercées par le Procureur général.
- b) Cependant, le Conseil de la magistrature ne se charge d'aucune tâche en matière de surveillance de la gestion financière (tâche dévolue au Conseil d'Etat par la DSJ.)

### 2.5 Le pouvoir disciplinaire concernant les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public

#### 2.5.1 Les membres du pouvoir judiciaire

- a) L'article 127 al. 1 Cst. confie au Conseil de la magistrature la surveillance disciplinaire du pouvoir judiciaire.

Une première interprétation de la volonté exprimée par les Constituants montre que le maintien d'une responsabilité disciplinaire a été voulu et que l'application, pour le surplus, de la législation sur le personnel de l'Etat n'a pas été exclue. Apparemment, les Constituants – qui ont il est vrai débattu de façon succincte de cette question – ont voulu conserver le système actuel où cohabitent la responsabilité disciplinaire (cf. art. 109ss LOJ) et l'application des mécanismes de la législation sur le personnel de l'Etat permettant notamment le licenciement et le renvoi pour de justes motifs des intéressés.

La question liée au champ d'application personnel de la procédure disciplinaire est plus délicate. A lire les travaux préparatoires, seules les autorités judiciaires ("les juges") ont été visées. Par ailleurs, on peut aussi penser que le Conseil de la magistrature, tel qu'il est conçu, ne doit traiter que les cas des magistrats et des membres du Ministère public (cf. aussi le principe "*de minima non curat praetor*"). Une interprétation systématique des alinéas 1 et 2 de l'article 127 Cst. démontre aussi que les collaborateurs du pouvoir judiciaire ne sont pas visés.

- b) Enfin, la séparation formelle, dans la loi d'organisation judiciaire, des responsabilités disciplinaire et administrative des magistrats n'est pas judicieuse. Il est proposé, à cet égard, de mettre sur pied un système "unifié" de révocation incluant l'aspect disciplinaire (matériellement : violation fautive de devoirs de fonction) et l'aspect administratif (cf. licenciement et renvoi pour de justes motifs). A l'instar de ce qui a été prévu dans le cadre de la nouvelle législation sur le personnel de l'Etat, l'aspect (matériellement) disciplinaire est intégré dans un système – unique – de résiliation des rapports de service.

#### 2.5.2 Les membres du Ministère public

- a) L'article 127 al. 1 Cst. confie aussi clairement au Conseil de la magistrature la surveillance disciplinaire des membres du Ministère public. Il en découle que ce dernier organe et le Grand Conseil (autorité d'élection, donc de révocation) sont seuls compétents pour prendre les décisions et les mesures à l'encontre des membres du Ministère public, à l'exclusion de la DSJ.
- b) La Direction de la sécurité et de la justice reste par contre compétente pour prendre des mesures concernant les collaborateurs du Ministère public qu'elle a la compétence d'engager (secrétaires, ...).

### **3. Les nouveautés et les persistances : un résumé**

#### **3.1 Les nouveautés**

En résumé, les nouveautés suivantes sont à relever :

- a) Un Conseil de la magistrature est créé, qui exerce la surveillance administrative et disciplinaire sur le pouvoir judiciaire. En d'autres termes, ce nouvel organe est chargé de veiller à la bonne organisation et au bon fonctionnement du pouvoir judiciaire et du Ministère public et de prendre ou de proposer toutes les mesures administratives et disciplinaires en cas de problèmes constatés.
- b) Le Grand Conseil élit les juges pour une durée indéterminée, sur la base du préavis du Conseil de la magistrature. Celui-ci doit examiner si les candidats à l'élection remplissent les conditions légales. Le Grand Conseil est seul compétent pour les révoquer.
- c) Les conditions d'élection des juges doivent être fixées en référence aux compétences et qualités personnelles des candidats. L'élection ne devrait pas être politisée et le législateur peut prévoir, à certaines conditions, l'élection de juges de nationalité étrangère. Elle a lieu pour une durée indéterminée.
- d) Le statut des magistrats permanents du pouvoir judiciaire est, par rapport au droit actuel, précisé pour certains domaines (élection à durée indéterminée, conditions d'élection, ...). Comme déjà dit, le Grand Conseil est seul compétent pour révoquer ces magistrats.

#### **3.2 Les persistances**

Les nouveautés n'empêchent pas de fortes persistances, dont les principales sont évoquées ci-après :

- a) Le pouvoir judiciaire et le Ministère public sont indépendants des autres pouvoirs.
- b) Le Grand Conseil conserve la haute surveillance sur le pouvoir judiciaire (cf. art. 104 let. b Cst.). Ce pouvoir s'exerce notamment sur la base de rapports, de plaintes ou de pétitions adressées au législatif. Le pouvoir d'intervention du Grand Conseil est essentiel en matière législative et pour ce qui est du budget du pouvoir judiciaire; il est toutefois limité, sous certains aspects, par l'existence du Conseil de la magistrature (pouvoir de surveillance étendu de celui-ci).
- c) Le Conseil d'Etat conserve ses tâches concernant l'organisation (au sens général : mise à disposition de moyens) du pouvoir judiciaire et du Ministère public et la préparation du budget de ceux-ci. Il conserve aussi, avec la Direction de la sécurité et de la justice, ses tâches liées à l'application de la législation sur le personnel de l'Etat, sous réserve des tâches confiées au Conseil de la magistrature (pouvoir disciplinaire) ou au Tribunal cantonal (gestion de son personnel).
- d) Le Tribunal cantonal continue à être responsable, sous réserve des tâches confiées au Grand Conseil et au Conseil d'Etat, de l'organisation de détail (au sens strict) du pouvoir judiciaire; il est en conséquence aussi compétent pour surveiller (contrôler) l'organisation des tribunaux inférieurs

(greffes, ...). Il continue par ailleurs de veiller, comme autorité judiciaire supérieure, à la conformité au droit des décisions de justice.

- e) Le fonctionnement ordinaire ("de tous les jours") des tribunaux continue à être de la responsabilité de ceux-ci. Les présidents continuent à jouer à cet égard un rôle déterminant.
- f) Les magistrats permanents de première instance continuent à être soumis, pour ce qui est du statut, à la législation sur le personnel de l'Etat, sous réserve de règles spécifiques figurant dans la LOJ. Par ailleurs, l'essentiel du statut des juges du Tribunal cantonal est régi soit dans la LOJ pour certains aspects particuliers (serment, limite d'âge, mesures administratives et disciplinaires, incompatibilités, ...), soit dans la législation spéciale (cf. la loi du 15 juin 2004 relative au traitement et à la prévoyance professionnelle des conseillers d'Etat, des préfets et des juges cantonaux).
- g) Les collaborateurs du pouvoir judiciaire continuent à être soumis à la législation sur le personnel de l'Etat, sous réserve de règles spéciales figurant dans la LOJ.

#### **4. Un point particulier : le recours contre les décisions du Grand Conseil relatives aux magistrats**

A l'instar du droit actuel, les décisions du Grand Conseil en matière d'élection et de révocation des magistrats pourront faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. La question d'un recours au Tribunal fédéral devra être revue à la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation judiciaire fédérale (cf. la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, LTF).

En effet, le nouveau droit fédéral semble exiger que les cantons instituent des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales supérieures de dernière instance (cf. art. 75 al. 2 et 86 al. 2 LTF).

## **II. Les adaptations de l'organisation judiciaire exigées par la nouvelle Constitution**

### **1. Généralités**

Les nouvelles dispositions constitutionnelles concernant le pouvoir judiciaire exigent essentiellement une adaptation de la loi d'organisation judiciaire et de diverses lois contenant des dispositions sur l'organisation judiciaire et le statut des juges. Des dispositions concernant le Conseil de la magistrature s'imposent aussi.

L'optique a été prise de ne pas rédiger un avant-projet de loi spécifique pour le Conseil de la magistrature ni pour le Tribunal cantonal unifié (en effet, l'organisation du futur Tribunal cantonal et le statut de ses juges seront essentiellement et logiquement ancrés dans la LOJ).

En conséquence, l'avant-projet se propose d'adapter la LOJ pour donner suite aux nouveautés introduites par la Constitution, mais sans toucher à la systématique de celle-ci, lacunaire sur plusieurs points (cf. par ex. l'absence de réelle disposition concernant le champ d'application et le fait que la rédaction de certains articles ne correspond plus aux règles actuelles en matière de technique législative). Datant de 1949, la LOJ sera complètement revue au courant de la prochaine législature et ce travail de toilettage pourra avoir lieu à ce moment.

### **2. Organisation judiciaire et statut des magistrats**

#### **2.1 Généralités**

On l'a vu, la nouvelle Constitution introduit de nouvelles dispositions concernant l'élection, la révocation et la surveillance des membres du pouvoir judiciaire. Toutes ces matières concernent directement ou indirectement le statut des magistrats.

En droit actuel, le statut des magistrats professionnels (entendu comme l'ensemble des droits et obligations des intéressés, y compris la procédure prévue pour décider en la matière et les conséquences de violations) est réglé différemment selon les cas. Si les juges de première instance sont soumis à la législation sur le personnel de l'Etat, les juges du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif, eux, n'y sont pas soumis (cf. art. 3 al. 1, 1<sup>ère</sup> phr. LPers) et un système spécial est prévu pour le traitement et la prévoyance de ces magistrats (cf. la loi du 15 juin 2004 relative au traitement et à la prévoyance professionnelle des conseillers d'Etat, des préfets et des juges cantonaux; RSF 112.1.3). Pour ces deux catégories de magistrats, cependant, la LOJ prévoit déjà une série de dispositions réglant le statut. Ces dispositions figurent au chapitre II (éligibilité, nomination, durée de fonction, serment), au chapitre III (incompatibilités) et au chapitre V (surveillance, discipline et responsabilité). Le chapitre IV de la LOJ traite aussi indirectement du statut des magistrats puisqu'il précise certaines obligations (de direction) incombant aux magistrats (cf. art. 82 LOJ) et fixe la compétence pour l'octroi de congés (cf. art. 91 al. 3 LOJ).

Il apparaît qu'en droit actuel, plusieurs éléments concernant le statut des juges du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif et, dans une moindre mesure, des juges de première instance, ne sont pas formellement réglés. Ces "lacunes" concernent soit des règles de fond, soit des règles de compétence, dans les domaines des devoirs généraux et spéciaux, des vacances, des congés, du perfectionnement professionnel et de l'évaluation des prestations.

## **2.2 L'option retenue**

L'avant-projet de loi d'adaptation pourrait compléter les dispositions de la LOJ pour y faire figurer l'entier des dispositions concernant le statut des magistrats, telles qu'évoquées ci-dessus. La LOJ pourrait, selon les cas, contenir ainsi un renvoi général à la législation sur le personnel de l'Etat et ne contenir que les règles dérogatoires (voulues) concernant le fond ou la compétence.

Cela dit, comme le statut actuel des juges cantonaux ne pose pas de problèmes pratiques, nous renonçons à régler l'entier du statut de ces magistrats dans la LOJ. Nous optons ainsi pour le statu quo, nous contentant d'adapter aux exigences de la nouvelle Constitution les seules dispositions figurant (déjà) dans cette loi. Il est prévu, en effet, de régler globalement le statut des magistrats (de première et de seconde instance) dans une future loi sur le statut des magistrats qui sera soumise au Grand Conseil au cours de la prochaine législature. Cette future loi, vraisemblablement, réglera l'entier du statut des magistrats et l'on peut penser que la LOJ ne contiendrait plus aucune disposition à cet égard.

Comme déjà dit, il appartiendra surtout à la (future) loi spéciale de déterminer si et dans quelle mesure les dispositions générales de la législation sur le personnel s'appliqueront aux magistrats permanents et quelles autorités judiciaires seront compétentes pour prendre des décisions dans ces domaines (par ex. : quelles autorités exercent les compétences dévolues par la LPers au chef de service ou à l'autorité d'engagement). Cette loi devra aussi clairement déterminer quels sont les devoirs des membres non permanents du pouvoir judiciaire. La violation de ces devoirs donnera en effet lieu aux mesures administratives idoines prévues par le nouveau droit introduit par l'avant-projet (cf. art. 19ss LOJ tels que prévus).

## **2.3 La modification (minimum) de la LOJ**

L'avant-projet introduit donc clairement dans la loi d'organisation judiciaire un chapitre II traitant de façon globale de l'essentiel du statut des membres et collaborateurs du pouvoir judiciaire. Ce chapitre n'est cependant circonscrit, à l'instar du droit actuel, qu'à certains aspects du statut, à savoir, à l'éligibilité, la procédure d'élection, le serment, la limite d'âge et les mesures administratives. Pour le reste, deux articles

"chapeau", renvoyant à la législation spéciale, sont introduits (soit la LPers, soit la future loi spéciale sur le statut des juges) (cf. art. 11 et 23 LOJ-AP). Sous le chapitre en question figurent donc les règles dérogatoires "minimum" applicables au statut de ces personnes et exigées par la Constitution. Ces dérogations par rapport à la loi sur le personnel de l'Etat concernent soit des règles de fond, soit des règles de compétence; elles sont traitées aux articles 12 à 25 LOJ-AP.

Les dispositions du droit actuel en matière de surveillance et de responsabilité sont adaptées en conséquence (cf. art. 93 à 102 LOJ-AP). L'option a été prise de maintenir un chapitre spécial, comme le fait le droit actuel, mais en l'étendant au fonctionnement de la justice.

Enfin, l'avant-projet modifie toute une série de lois cantonales organisant des autorités judiciaires spéciales ou des autorités de la juridiction administrative spéciale (cf. art. 7ss de l'avant-projet). Ces modifications concernent pour l'essentiel le statut des membres et des secrétaires (élections, nominations) ainsi que, le cas échéant, la surveillance, par le Tribunal cantonal ou par le Conseil de la magistrature de l'activité de ces autorités.

### **3. Le Conseil de la magistrature**

L'avant-projet renonce à prévoir une loi spéciale sur le Conseil de la magistrature. Il intègre dans la LOJ, dans un titre spécial nouveau (cf. Titre 3° b) les dispositions nécessaires concernant l'organisation et le fonctionnement de cet organe indépendant, comme aussi les attributions de celui-ci.

L'avant-projet a le souci de laisser à cet organe indépendant de surveillance – faisant partie de l'organisation judiciaire au sens large – une certaine autonomie d'organisation afin d'assurer à son fonctionnement toute la souplesse voulue.

## **4. La réunion du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif**

### **1. Introduction**

La nouvelle Constitution cantonale du 16 mai 2004 prévoit la réunion du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif. Les articles 123 et 124 Cst. consacrent en effet le principe selon lequel le Tribunal cantonal est l'autorité supérieure en matière civile, pénale et administrative et qu'il est également l'autorité ordinaire de la juridiction administrative.

Enfin, l'article 152 Cst. prévoit que le Tribunal cantonal unifié commence son activité le 1er janvier 2008.

### **2. La situation actuelle**

#### **2.1 Le Tribunal cantonal**

Le Tribunal cantonal, situé à Fribourg, place de l'Hôtel-de-Ville, est l'autorité supérieure en matière civile et pénale.

Il est composé de huit cours ou chambres: la Ire et la Iie Cour d'appel civil, la Cour d'appel pénal, la Chambre pénale, la Cour de modération, la Chambre des poursuites et des faillites, la Chambre des tutelles et la Chambre du registre du commerce. Chacune des cours/chambres siège à trois juges. Exceptionnellement, les cours d'appel civil peuvent siéger à cinq juges, sur demande de l'un de ses membres (cf. art. 146 al. 3 LOJ); cette faculté – rarement requise en pratique – permet de trancher les questions de principe.

Le Tribunal cantonal est composé de sept juges à plein temps et de 14 juges suppléants. Il dispose d'un greffier-chef à 100%, de six greffiers adjoints (4 équivalents plein temps; ci-après : EPT), d'une cheffe de

bureau à 100%, de cinq secrétaires (2,7 EPT) et d'un technicien infocentre à 100%. Il dispose également, en général, d'un greffier stagiaire à 100%.

En 2004, le Tribunal cantonal a eu à traiter 2335 affaires (2072 affaires introduites et 263 affaires pendantes au 1er janvier 2004). Il a fait face à une augmentation des nouvelles affaires de 24,5% par rapport à l'année précédente (2003 : 1665 affaires introduites).

## 2.2 Le Tribunal administratif

Le Tribunal administratif, situé à Givisiez, rte André-Piller 21, est l'autorité supérieure en matière administrative.

Il est composé de cinq cours : trois cours administratives générales et deux cours spéciales, à savoir la Cour fiscale et la Cour des assurances sociales. Les trois cours générales siègent à trois juges; la Cour fiscale siège à un juge et quatre assesseurs et la Cour des assurances sociales à un juge et deux assesseurs.

Le Tribunal administratif est composé de sept juges à plein temps, de six assesseurs auprès des cours spéciales ainsi que de sept juges suppléants et de six assesseurs suppléants. Il dispose d'un greffier-chef à 100%, de neuf greffiers-rapporteurs (7 EPT), d'une cheffe de bureau à 100%, de cinq secrétaires (3 EPT) et de deux apprentis (1,2 EPT). Il dispose également, en général, de deux greffiers stagiaires à 100%.

En 2004, le Tribunal administratif a eu à traiter 2035 affaires (1243 affaires introduites et 792 affaires pendantes au 1er janvier 2004). Il a fait face à une importante augmentation des nouvelles affaires par rapport à l'année précédente (2003: 993 affaires introduites).

Le Tribunal administratif est également appelé à gérer le Tribunal arbitral en matière d'assurance-maladie et accidents et à mettre son infrastructure à la disposition de celui-ci.

## 3. **Les objectifs**

Six objectifs ont été posés pour la réunion des deux Tribunaux, qui sont les suivants :

- 1) Créer **une réunification en profondeur**. C'était une volonté claire de créer une nouvelle autorité judiciaire supérieure. L'hypothèse d'une simple juxtaposition des deux instances existantes, en gardant leur structure et leur fonctionnement actuels, a été écartée.
- 2) Créer **des dispositions cadres** qui fixent les règles essentielles relatives à l'organisation juridictionnelle du Tribunal cantonal unifié, mais laissent à celui-ci la compétence de s'organiser selon ses besoins et en fonction du nombre des affaires à répartir entre les cours. Il importe en effet que les compétences d'organisation contenues dans les règlements du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif soient maintenues pour le futur Tribunal cantonal unifié.
- 3) Créer **des dispositions qui répondent aux besoins futurs**. Il importe en effet que les nouvelles dispositions législatives soient aptes à permettre une évolution du Tribunal cantonal unifié, en fonction par exemple de l'augmentation de la population et, partant, des affaires qui lui seront soumises, ainsi que des réformes législatives, nombreuses, étant déjà annoncées pour un avenir proche.
- 4) Créer **une structure de base « uniforme »**. L'organisation juridictionnelle des différentes cours sera similaire, afin de concrétiser l'unité organisationnelle du Tribunal cantonal unifié. Cette option n'exclut pas la prise en compte des spécificités inhérentes aux matières traitées, civil, pénal et administratif.
- 5) Disposer d'une structure suffisante permettant d'**assurer la qualité et la célérité de la justice**. En effet, comme l'a d'ailleurs voulu le Constituant, l'autorité judiciaire supérieure du canton doit disposer des moyens nécessaires pour réaliser cet objectif.

- 6) Enfin, examiner si des **dispositions légales transitoires** doivent être prévues. L'organisation administrative du Tribunal cantonal unifié ne pourra en effet être effective que lorsque les deux instances seront réunies dans un même bâtiment. Dans l'intervalle, chaque tribunal devra pouvoir continuer à disposer de son infrastructure actuelle. Il importera également de régler le statut des collaborateurs des deux tribunaux et, en particulier, le sort de ceux dont les postes pourraient être supprimés.

#### **4. Les modifications légales**

##### **4.1 Modification de la loi du 22 novembre 1949 d'organisation judiciaire**

Pour réaliser ces objectifs, les modifications nécessaires de la loi du 22 novembre 1949 d'organisation judiciaire ont été mise en place pour permettre la réunion, au 1er janvier 2008 du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif. Il est en effet apparu que la mise en œuvre d'une loi sur l'organisation du Tribunal cantonal unifié n'est pas nécessaire. En effet, c'est actuellement la loi d'organisation judiciaire qui contient les dispositions générales d'organisation du Tribunal cantonal; une modification de celles-ci permet de les adapter aux particularités du nouveau Tribunal cantonal unifié. Comme c'est le cas actuellement pour les deux tribunaux cantonaux, le Tribunal cantonal unifié sera habilité à déterminer par voie réglementaire son organisation interne; celle-ci sera dès lors ancrée dans le règlement Tribunal cantonal unifié.

Ces modifications sont commentées dans le détail article par article ci-dessous. Pour l'essentiel, elles peuvent être résumées comme suit.

##### **4.2 Résumé des modifications proposées**

Le Tribunal cantonal unifié est composé de trois sections : civile, pénale et administrative ; cette division n'est qu'organisationnelle, les sections n'ayant aucune compétence juridictionnelle.

Les sections sont divisées en cours, dont le nombre, leur dénomination et leurs attributions sont fixés par le Tribunal cantonal unifié, dans son règlement. Chaque cour est composée de trois juges. La possibilité de siéger à cinq juges, actuellement prévue uniquement pour les cours d'appel civil (art. 146 al. 3 LOJ), est maintenue, mais élargie à toutes les matières du droit civil, pénal et administratif.

Le Tribunal cantonal unifié disposera, comme c'est le cas actuellement, de 14 postes de juge (14 EPT). La fonction de juge cantonal pourra être exercée à mi-temps, mais cette possibilité sera limitée à deux équivalents plein temps (4 postes à mi-temps).

La fonction d'assesseur, qui n'existe aujourd'hui qu'auprès de la Cour fiscale (4 assesseurs) et de la Cour des assurances sociales (2 assesseurs) du Tribunal administratif, est supprimée afin d'unifier le fonctionnement des cours et de professionnaliser celles-ci.

Le Tribunal cantonal unifié disposera de deux catégories de greffiers : les greffiers et les greffiers-rapporteurs. Le système des greffiers-rapporteurs est donc maintenu et la possibilité de faire appel à un greffier-rapporteur sera élargie à chacune des trois sections (civile, pénale et administrative).

Le Tribunal cantonal unifié disposera d'une commission administrative qui sera responsable de l'administration du tribunal et traitera des affaires qui ne relèvent ni du Tribunal plénier, ni du président. Il instituera également d'autres commissions (commission de gestion, commission informatique, commission de la bibliothèque, etc.).

Le Tribunal cantonal unifié disposera d'un secrétaire général à 100%, juriste, qui aura des tâches administratives et judiciaires (transformation de l'un des deux postes actuels de greffier-chef, avec adaptation du cahier des charges). Il disposera également d'un(e) comptable, d'un informaticien, d'un(e)

documentaliste et d'un pool de secrétaires. Seul le poste de documentaliste est un nouveau poste. Il pourra enfin compter sur les services d'un huissier, pour des questions de sécurité et de police d'audience, mais également pour les citations et les notifications.

## **5. L'infrastructure**

### **5.1 Besoins en locaux**

Les besoins en locaux ont été chiffrés, de façon approximative, et se montent à:

- surface rez et étages: 2967 m<sup>2</sup>
- surface en sous-sol: 245 m<sup>2</sup>

La recherche de locaux adaptés pour accueillir le Tribunal cantonal unifié suit son cours. Le Service des bâtiments étudie actuellement différentes possibilités, que cela soit l'aménagement d'un bâtiment de l'Etat, l'acquisition d'un bâtiment permettant d'accueillir le Tribunal cantonal unifié ou la construction d'un nouveau bâtiment.

La réunion des deux tribunaux sous un même toit ne pourra vraisemblablement pas être réalisée pour le 1er janvier 2008. Le coût d'une transformation d'un bâtiment existant comme la construction d'un nouvel immeuble (mais sans le terrain et les aménagements extérieurs) sont estimés à 9 millions de francs (soit environ 3000 francs le m<sup>2</sup>, y. c. le mobilier).

### **5.2 Aménagement et mobilier**

Les deux tribunaux actuels sont équipés. Ils emporteront leur mobilier lors du déménagement.

Toutefois, les locaux supplémentaires devront être équipés (postes supplémentaires, salles d'audience, etc.). Les coûts de cet équipement seront intégrés dans le budget global afférent à la construction/transformation du bâtiment qui abritera le futur Tribunal cantonal unifié.

L'une des salles d'audience devra disposer d'un aménagement particulier qui répondra aux soucis de sécurité en matière pénale (prévenus séparés de l'assistance) et qui permettra de conduire des auditions conformément à la LAVI (possibilité d'entendre une victime sans qu'elle ne soit physiquement présente dans la salle d'audience). Ces aménagements engendreront également des frais supplémentaires.

Enfin, les questions de sécurité devront être examinées.

### **5.3 Matériel de bureau**

La réunification des deux tribunaux n'entraînera pas d'augmentation des coûts relatifs au matériel de bureau.

### **5.4 Bibliothèque**

Pour autant que le bâtiment devant abriter le Tribunal cantonal unifié le permettra, une fois réalisée la réunion physique des deux instances, le tribunal ne disposera que d'une seule grande bibliothèque. Cela permettra de réaliser des économies, notamment par la suppression de plusieurs abonnements à des revues juridiques, actuellement payés à double.

Ouverte au public comme l'est actuellement la bibliothèque du Tribunal administratif, cette bibliothèque sera gérée par un documentaliste.

### **5.5 Informatique**

Une fois réuni sous le même toit, le nouveau Tribunal cantonal ne disposera plus que d'un seul système informatique et d'une seule et même application Tribuna.

## 5.6 Archives

Le Tribunal cantonal unifié devra disposer de vastes locaux de pré-archivage permettant la réunion des archives des deux instances. Une unification du système d'archivage devra se faire avec le temps.

## **6. Les dispositions transitoires**

Dans l'hypothèse où la réunion des deux tribunaux sous le même toit ne pourrait pas être effective au 1er janvier 2008, ce qui dépend exclusivement de la question de savoir si des locaux peuvent être mis à disposition du Tribunal cantonal unifié à cette date, l'on a examiné s'il y a lieu de prévoir des dispositions transitoires et procéder par étapes pour permettre la réunification en profondeur proposée. L'on est arrivé à la conclusion que la réunification pourra se réaliser au 1er janvier 2008, même si les deux tribunaux continueront à travailler à Fribourg, et, respectivement, à Givisiez.

Après analyse de la situation, on a en effet constaté que les options prises pour cette réunion n'impliquent globalement pas l'adoption de dispositions transitoires, sauf pour régler temporairement la situation particulière des greffiers et des cheffes de bureau ainsi que pour permettre aux commissions de la bibliothèque de poursuivre leur activité. Les aménagements nécessaires à la mise en œuvre des modifications proposées se feront par le biais de l'application du règlement du Tribunal cantonal unifié, lequel devra être adopté dans le premier semestre de 2007 déjà et pourra même faire l'objet d'une application anticipée pour permettre à la nouvelle structure d'être effective au 1er janvier 2008. Pour résumer, ce règlement devra notamment prévoir les points suivants :

1. le Tribunal plénier du Tribunal cantonal unifié siègera au moins une fois par trimestre avant la réunion physique, ou plus si le président du Tribunal cantonal unifié l'estime nécessaire;
2. des Tribunaux pléniers réunissant une ou deux sections pourront être organisés afin de permettre aux deux tribunaux de continuer à gérer leurs affaires internes jusqu'à la réunion physique;
3. pour la vice-présidence du Tribunal cantonal unifié, une alternance entre les membres actuels du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif devra être prévue (le vice-président sera probablement élu président par le Grand Conseil l'année suivante);
4. des dispositions devront être prises pour régler la situation du personnel à double ou les changements de statut (cf. greffiers-chefs, cheffes de bureau, etc.);
5. les greffiers pourront être appelés à travailler dans d'autres cours ou sections si besoin;
6. des dispositions devront être prises pour régler les problèmes liés à l'informatique et à la comptabilité.

## **II. Conséquences financières et en personnel**

### **1. Statut des membres du pouvoir judiciaire et Conseil de la magistrature**

Les incidences financières relatives au nouveau statut des membres du pouvoir judiciaire dépendent des nouvelles tâches exercées. Or, il apparaît, à l'analyse, qu'aucune nouvelle tâche n'est réellement exercée, mais que des attributions sont transférées du Grand Conseil, du Collège électoral, du Tribunal cantonal ou de la Direction de la sécurité et de la justice, au Conseil de la magistrature. La situation à cet égard peut être résumée comme suit.

#### 1.1 Election des magistrats

Actuellement, la préparation de l'élection des magistrats de première instance est une tâche exercée par le Service de la justice, lequel prépare les dossiers pour le Collège électoral. Pour les juges au Tribunal cantonal, cette tâche est exercée par le Grand Conseil. A l'avenir, la préparation des élections reviendra au Conseil de la magistrature, qui sera assisté par le Service de la justice. Cette préparation comprendra la mise au concours formelle et, surtout, l'examen des candidatures en procédant aux vérifications nécessaires. En définitive, il n'y a aucune tâche nouvelle ; simplement ces tâches sont exercées par une autre autorité.

## 1.2 Tâches de la Commission de justice du Grand Conseil

En droit actuel, la Commission de justice du Grand Conseil exerce déjà un certain nombre de tâches en relation avec le pouvoir judiciaire (cf. art. 33 LRG) (examen des rapports annuels du Tribunal cantonal, examen des plaintes en matière judiciaire, ...). L'avant-projet étoffe quelque peu ces tâches mais, d'un autre côté, retire à dite commission certaines tâches désormais exercées par le Conseil de la magistrature (cf. la préparation de l'élection des juges du Tribunal cantonal, examen des plaintes et dénonciation de tiers). La Commission de justice aura par contre pour tâche (nouvelle) de donner son préavis sur les propositions de révocation de magistrat (avec audition possible de l'intéressé).

## 1.3 Enquêtes et inspections

En droit actuel, le Tribunal cantonal exerce un rôle primordial s'agissant des enquêtes disciplinaires à l'encontre des magistrats de première instance; il procède aussi à certaines inspections auprès de ces autorités (cf. art. 114 LOJ actuel). Cela dit, le Grand Conseil est seul compétent pour les enquêtes disciplinaires concernant les juges cantonaux (cf. art. 113 LOJ).

A l'avenir, toutes les enquêtes seront confiées au Conseil de la magistrature et les inspections seront en quelque sorte réparties entre le Tribunal cantonal et le Conseil de la magistrature. La situation pour les inspections est en effet particulière. Aux inspections déjà effectuées sur la base du droit actuel par le Tribunal cantonal s'ajouteront celles que le Conseil de la magistrature entreprendra (inspections du Tribunal cantonal et du Ministère public; inspections d'autorités de première instance, sous réserve de délégation au Tribunal cantonal). Il en résulte donc de nouvelles tâches en la matière, à la charge du Conseil de la magistrature. Mais les tâches du Tribunal cantonal en seront diminuées d'autant.

## 1.4 Mesures disciplinaires et administratives

Actuellement, les mesures disciplinaires prises à l'encontre des magistrats permanents sont de la compétence du Grand Conseil, pour les juges cantonaux, ou du Tribunal cantonal pour les magistrats de première instance (cf. la révocation disciplinaire). A cela s'ajoute la non-réélection – qui a les effets d'une révocation – qui est de la compétence soit du Grand Conseil, soit du Collège électoral pour les magistrats de première instance. Toutes ces mesures n'ont cependant pratiquement jamais été prises. L'avant-projet prévoit en la matière la compétence d'instruction du Conseil de la magistrature, la compétence décisionnelle étant répartie entre le Conseil de la magistrature et le Grand Conseil.

Globalement, aucune nouvelle tâche n'est donc exercée.

## 1.5 Conséquences financières et en personnel

Le nouveau droit a pour effet de confier au nouvel organe de surveillance (le Conseil de la magistrature) des tâches exercées actuellement par des autorités cantonales diverses.

Il est en l'état difficile d'évaluer les réelles incidences financières liées à ce déplacement de tâches. L'on peut admettre par ailleurs que le volume des tâches exercées selon l'ancien droit pour l'élection des magistrats et

la surveillance de ceux-ci (y compris les mesures disciplinaires ou administratives, extrêmement rares en pratique) sera identique avec le nouveau système.

Il est aussi très difficile d'évaluer (financièrement) quelles économies seront réalisées auprès des autorités libérées de certaines tâches (Tribunal cantonal, Direction de la sécurité et de la justice, Grand Conseil). Cela dit, les frais liés à la mise sur pied et au fonctionnement du Conseil de la magistrature pourraient être estimés en l'état comme suit :

- |    |                                                                                  |                  |
|----|----------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| a) | Rétribution des membres :                                                        |                  |
| •  | séances ordinaires (min. 4 par an)<br>(rétribution des 4 membres "extérieurs") : | 3000.— (minimum) |
| •  | séances extraordinaires (cf. par voie de circulation) :                          | inconnue         |
| •  | inspections :                                                                    | inconnue         |
| •  | enquêtes administratives :                                                       | inconnue         |
| b) | Fonctionnement du secrétariat :                                                  |                  |
| •  | Augmentation en conséquence du personnel du Service de la justice                | à déterminer     |
| •  | frais administratifs :                                                           | inconnus         |
| •  | frais liés au secrétariat du Service de la justice (à étoffer) :                 | inconnus         |

## **2. Réunion du Tribunal cantonal et du Tribunal administratif**

Les conséquences financières sont en l'état difficiles à évaluer. Il y aura probablement une augmentation des postes de greffiers, liée à la suppression des assesseurs.

Une fois les deux tribunaux réunis, l'on procédera au réexamen des cahiers des charges de tous les collaborateurs, afin de voir si l'on trouve de la disponibilité au sein des effectifs actuels pour occuper les postes de comptable, de documentaliste et d'huissier. Il se peut que pour ces deux derniers postes, aucun disponible ne puisse être trouvé.

Les autres coûts importants engendrés par la réunification concernent les locaux (cf. point 5.1 ci-dessus).

## **III. Conformité avec le droit supérieur**

L'organisation de la justice civile, pénale et administrative est de la seule compétence du canton. L'avant-projet proposé exécute les dispositions de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 et sont conformes à celle-ci.

Par ailleurs, l'avant-projet ne concerne pas une matière régie par le droit de l'Union européenne. A remarquer aussi que la limitation de l'accès aux personnes de nationalité étrangère, telle que prévue à l'article 86 al. 2 Cst. (et repris par l'art. 12 al. 2 LOJ-AP) est admissible, s'agissant de fonctions participant à l'exercice de l'autorité publique. Elle ne viole pas l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999.

## B. COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS

### Avant-projet de loi d'adaptation à la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (organisation du pouvoir judiciaire)

#### 1. Art. 1 (loi du 15 mai 1979 portant règlement du Grand Conseil) (LRGC)

##### *Art. 33 al. 1 et 4 LRG*

Cet article modifie les tâches de la Commission de justice du Grand Conseil au vu des nouvelles dispositions de la Constitution en matière d'organisation judiciaire. Ces tâches découlent de l'activité de haute surveillance du Grand Conseil sur la justice (cf. art. 104 let. b Cst.) Diverses tâches d'examen et de préavis sont ainsi exercées par la Commission de justice, laquelle est maintenue (examen de rapports, préavis lors d'élections). Par contre, la Commission de justice n'aurait plus aucune tâche en ce qui concerne l'élection des magistrats. Seul le Conseil de la magistrature sera compétent pour mener la procédure d'élection. Le Grand Conseil procédera aux élections proprement dites sur la base du ou des préavis du Conseil de la magistrature. Un tel système a été voulu par le Constituant (cf. art. 128 Cst.).

L'avant-projet introduit une nouveauté : la tâche spécifique de traiter de certains conflits de compétences (cf. art. 33 al. 1 let. g; art. 105 let. b Cst.).

Enfin, l'avant-projet codifie et précise une tâche importante de la Commission en matière d'examen de projets de lois (cf. art. 33 al. 1 let. f). Il rappelle aussi que la Commission traite des pétitions relatives au domaine judiciaire. Cette tâche, déjà évoquée à l'article 39b al. 2 LRG, ne vise que les pétitions générales qui ne concernent pas une affaire jugée ou à juger (cf. art. 1 al. 2 de la loi du 21 mai 1987 sur le droit de pétition). Ainsi, les plaintes et dénonciations de tiers à l'égard du pouvoir judiciaire ou de ses membres seront désormais traitées par le Conseil de la magistrature (cf. le commentaire ad art. 20 LOJ ci-dessous).

##### *Art. 40b al. 2, 3<sup>e</sup> phr. et 40g LRG*

Les articles 40b al. 2 et 40g LRG traitent de l'institution et des conclusions de commissions d'enquêtes. Ils sont modifiés pour y introduire le droit d'être entendu du Conseil de la magistrature et du Tribunal cantonal, deux autorités de surveillance importantes en matière judiciaire.

##### *Art. 59 al. 2 LRG*

L'alinéa 2 de l'article 59 LRG est adapté pour tenir compte de la (nouvelle) compétence du Grand Conseil, laquelle est limitée à la révocation des membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public. Dans le système proposé, le Grand Conseil n'est plus compétent pour prononcer d'autres sanctions ou mesures (cf. art. 110 et 113 de la LOJ actuelle). Sous cet angle, l'avant-projet applique strictement la règle de compétence fixée à l'article 121 al. 2 Cst., donnant par contre au Conseil de la magistrature la compétence de prononcer d'autres mesures (cf. le commentaire ad art. 20 LOJ ci-dessous).

##### *Art. 104 al. 1 LRG*

Cet article est adapté pour y faire figurer les membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public et, aussi, pour supprimer la référence au Tribunal administratif.

#### 2. Art. 2 (loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat) (LPers)

L'article 3 de la loi du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers) est simplement adapté pour des raisons terminologiques (suppression de la référence au TA).

**3. Art. 3 (Décret du 7 mars 1848 relatif au serment des fonctionnaires de l'Etat)**

L'avant-projet modifie ce décret, en ses articles 2 et 4, pour y supprimer la référence au Tribunal administratif.

**4. Art. 4 et 5 (Décret du 7 mars 1831 déterminant les sceaux des autorités supérieures et décret du 27 mai 1836 fixant le rang des autorités supérieures dans les cérémonies publiques)**

L'avant-projet adapte certaines dispositions de ces décrets pour y supprimer la référence au Tribunal administratif.

**5. Art. 6 (Loi du 22 novembre 1949 d'organisation judiciaire) (LOJ)**

***Titre de la loi***

L'avant-projet propose de modifier quelque peu le titre de la loi en faisant référence à l'organisation de la justice, au sens large, pour pouvoir y intégrer le Conseil de la magistrature et le Ministère public qui ne font pas partie du pouvoir judiciaire.

L'organisation de la justice, par ailleurs, doit être prise dans un sens large; elle recouvre, à l'instar du droit actuel, aussi bien le fonctionnement et la surveillance de la justice que l'essentiel du statut des juges et des collaborateurs du pouvoir judiciaire. Tous ces aspects sont liés et l'on comprend que le législateur de 1949 les ait tous traités dans un seul texte.

***Art. 1, phr. intr. et let. k et l (nouvelles) et al. 2 à 4 (nouveau) LOJ***

L'article premier LOJ, dans sa teneur actuelle, précise les principaux tribunaux et autorités qui rendent la justice civile et pénale; il fixe incidemment le champ d'application de la loi. L'avant-projet propose d'étendre, comme déjà dit, ledit champ d'application aux autorités (ordinaires et spéciales) de la juridiction administrative. La phrase introductive, comme le titre du chapitre premier, continuerait à mentionner les termes "autorités judiciaires"; ces termes – consacrés – sont utilisés comme termes génériques dans tout le corps de la loi : ils recouvrent toutes les autorités judiciaires civiles, pénales et les autorités de la juridiction administrative (sauf celles exposées à l'art. 3 al. 2 let. a CPJA; cf. la réserve de l'art. 1 al. 3 LOJ telle que proposée). L'énumération de l'article premier (al. 1) est donc complétée pour y faire figurer expressément, à la lettre k, les autorités spéciales de la juridiction administrative (cf. aussi les considérations figurants sous le pt A I 1.2 du présent rapport).

Par ailleurs, on saisit l'occasion de cette modification légale pour modifier la rédaction de la lettre k de cet article (qui devient la let. l) en prévoyant que l'administration de la justice appartient également "aux autorités judiciaires spéciales prévues par la loi". Cette nouvelle formulation est celle prévue à l'article 123 al. 4 Cst. Elle a l'avantage de permettre par exemple de désigner le nouveau juge de la détention, fonction qui ne peut pas être assimilée à un "tribunal spécial".

L'alinéa 2 (nouveau) de l'avant-projet étend le champ d'application de la loi à deux autorités (le Ministère public et le Conseil de la magistrature) qui ne sont pas comme telles des autorités judiciaires, mais des autorités participant à l'organisation de la justice (au sens large).

Un nouvel alinéa 3 est aussi introduit, cette fois pour restreindre le champ d'application de la loi. En effet, le Conseil d'Etat et les autres autorités administratives prévues à l'article 3 al. 2 let. a CPJA ne peuvent être soumis à la loi d'organisation judiciaire, même si ces autorités sont aussi des autorités de recours en matière administrative.

Enfin, une réserve est introduite dans un nouvel alinéa 4. Cette réserve vise essentiellement les dispositions d'organisation judiciaire figurant dans les lois modifiées par les articles 7 à 20 de l'avant-projet (cf. le commentaire général de ces modifications, pt B. 6 ci-dessous). D'autres lois importantes sont ici réservées implicitement : la législation sur le statut des membres et des collaborateurs du pouvoir judiciaire (à créer) et sur le statut du personnel de l'Etat (cf. l'art. 11 et 24 al. 1 LOJ-AP). Il en va de même, par exemple, de l'organisation tutélaire, régie par des lois spéciales (cf. la loi du 23 novembre 1949 d'organisation tutélaire, RSF 212.5.1; loi du 26 novembre 1998 concernant la privation de liberté à des fins d'assistance (RSF 212.5.5).

## ***Art. 2 LOJ***

### Juges cantonaux

Actuellement, le Tribunal cantonal et le Tribunal administratif sont chacun composés de 7 juges cantonaux à plein temps. En opérant leur réunion, il est naturel que le Tribunal cantonal unifié dispose de 14 postes de juges cantonaux.

Les juges seront élus comme juges au Tribunal cantonal unifié (et non au sein d'une section ou d'une cour en particulier). Tout juge sera tenu d'accepter les fonctions dont il sera chargé par le Tribunal cantonal unifié ou les sections dont il est membre. Le Tribunal plénier fixera la durée de cette affectation (au minimum deux ans) et décidera dans quelle section siègera le juge nommé en cas de vacance.

### Suppléance et juges suppléants

En règle générale, les juges attribués aux différentes cours se suppléent les uns les autres. Cette suppléance n'exclut en rien les spécialisations des juges suppléants dans les différents domaines.

Ce système permet une suppléance facile et rapide des juges titulaires en cas de nécessité.

La suppression des assesseurs entraînera une réorganisation du travail au sein du Tribunal cantonal unifié et la nécessité d'engager du personnel de greffe supplémentaire (de façon temporaire) ou de faire appel à des juges suppléants.

La fonction de juge assesseur, existant actuellement dans les deux cours spéciales du Tribunal administratif, la Cour fiscale (4 assesseurs) et la Cour des assurances sociales (2 assesseurs), est supprimée. Toutes les cours seront ainsi toujours composées de trois juges cantonaux permanents et professionnels.

La suppression des assesseurs se justifie compte tenu de la volonté d'unifier le fonctionnement des cours et de professionnaliser celles-ci. Cela correspond à la conception moderne de la justice : professionnalisme, transparence et absence d'apparence de prévention.

Il conviendra donc de prévoir un nombre suffisant de juges suppléants externes (en tous cas autant qu'il y a de juges cantonaux). Leur nombre n'entraînera pas de charges financières supplémentaires importantes dans la mesure où ces derniers ne seront rétribués que lorsqu'ils siègent. Il serait hautement souhaitable que les juges suppléants puissent être appelés en fonction de leurs compétences approfondies dans certains domaines (ex. droit fiscal) et selon les besoins du Tribunal cantonal unifié.

L'alinéa 2 introduit la possibilité d'exercer la fonction de juge cantonal à temps partiel. Cela étant, le temps partiel ne pourra être organisé que par mi-temps pour permettre une répartition simple des dossiers entre les juges. En Tribunal plénier, chaque juge disposera d'une voix, même s'il exerce sa fonction à temps partiel.

Le nombre de personnes travaillant à temps partiel devra être limité; en effet, il paraît raisonnable de limiter à deux postes la possibilité d'exercer la fonction de juge à temps partiel (soit quatre personnes à mi-temps) pour des questions de fonctionnement et d'organisation du Tribunal cantonal unifié (Tribunal plénier, nombre de bureaux, etc.).

L'exercice d'une activité annexe pourra être régulé, soumis à autorisation du Conseil de la magistrature, voire interdit.

Enfin, la formulation de la LOJ actuelle, qui prévoit que « *deux juges au moins doivent être de langue allemande* », est abandonnée, à l'alinéa 3, au profit du texte de l'article 6 al. 3 de la loi du 24 avril 1990 d'organisation du Tribunal administratif (LOTA). En effet, vu l'augmentation du nombre de juges cantonaux à 14 postes, il n'est plus adapté de ne prévoir que deux juges de langue allemande.

#### ***Art. 4 al. 2, 1<sup>re</sup> phr. et al. 3, 1<sup>re</sup> phr. LOJ***

Dans cet article l'autorité d'élection est modifiée : le « Collège électoral » est remplacé par le « Conseil de la magistrature ».

#### ***Art. 6 LOJ***

Cet article est modifié car dorénavant, les dispositions sur le Ministère public ne figurent plus dans une loi spéciale, mais dans un nouveau chapitre de la LOJ (chapitre premier a).

#### ***Art. 10a LOJ***

Cet article fixe un certain nombre de définitions nécessaires pour la compréhension du système, à savoir celles de "membres du pouvoir judiciaire", de "membres permanents du pouvoir judiciaire", de "membres non permanents du pouvoir judiciaire" et de "collaborateurs du pouvoir judiciaire". Ces précisions sont indispensables car l'avant-projet contient des dispositions qui ne concernent parfois qu'une seule de ces catégories de personnes. Par ailleurs, les magistrats non permanents visés ici sont ceux qui sont exclus de l'application de la loi sur le personnel de l'Etat (cf. art. 3 al. 2 LPers).

#### ***Art. 10b et Chapitre premier a LOJ***

Les dispositions concernant le Ministère public figurent actuellement dans la loi du 11 février 1873 sur le Ministère public (RSF 122.4.1). Pour une bonne part et comme déjà dit, les dispositions de cette loi sont devenues désuètes.

L'article 10b rappelle les règles d'organisation principales concernant le Ministère public et précise la surveillance de cette unité administrative. L'avant-projet prévoit donc qu'il appartient au Conseil de la magistrature de surveiller la gestion et le fonctionnement du Ministère public, à l'exclusion du contrôle de la gestion des finances et de l'organisation, dévolu à la Direction de la sécurité et de la justice. Cette surveillance, par le Conseil de la magistrature, comprend aussi la surveillance "disciplinaire" des membres du Ministère public (procureur général et substitut), la Direction de la sécurité et de la justice restant par contre compétente pour prendre les mesures concernant les collaborateurs du Ministère public (secrétaires, stagiaires, ...) qu'elle a la compétence d'engager. La surveillance "disciplinaire" dévolue au Conseil de la magistrature prendra plusieurs formes (cf. les mesures prévues et organisées aux art. 19 à 23 LOJ-AP).

L'article 10b al. 2, 1<sup>re</sup> phr. prévoit que le Ministère public doit annuellement faire rapport à la Direction de la sécurité et de la justice sur son organisation; il s'agit là de la conséquence de son rattachement administratif. Rappelons que le Ministère public devra faire rapport au Conseil de la magistrature sur son activité juridictionnelle et sa gestion (cf. art. 100 al. 2 LOJ-AP).

L'alinéa 3 de l'article 10b LOJ renvoie à la législation spéciale concernant les attributions du Ministère public. Rappelons ici que celui-ci exerce des tâches essentiellement en matière pénale (cf. art. 10 CPP), en matière administrative (cf. art. 87 al. 1 CPJA : instruction des recours par le Conseil d'Etat) et en matière civile (cf. art. 38 LACC : annulation du mariage).

#### ***Art. 11 et Intitulé du chapitre II LOJ***

Le chapitre II de la LOJ reçoit une nouvelle dénomination, au contenu plus large que celui actuellement utilisé. Comme déjà dit, l'article 11 est en quelque sorte un article "chapeau". A ce titre, il pose un renvoi général implicite à plusieurs législations spéciales pour les membres permanents du pouvoir judiciaire (sur le statut – futur - des membres du pouvoir judiciaire, sur le statut du personnel et sur certaines autorités spéciales de la juridiction administrative).

#### ***Art. 12 LOJ***

L'article 12 fixe de façon exhaustive les conditions d'éligibilité des membres permanents du pouvoir judiciaire, reprenant pour des raisons systématiques et didactiques les conditions directement fixées par le Constituant à l'article 86 Cst. (cf. art. 12 al. 1 let. a tel que proposé). L'article distingue selon la nature des conditions (al. 1 : conditions formelles; al. 2 : conditions matérielles). Cette distinction n'est pas sans importance sur les conséquences d'une non-réalisation des conditions qui interviendrait après l'élection. Si les conditions prévues à l'article 12 al. 1 ne sont plus réalisées, l'intéressé devra être révoqué, à moins qu'il ne démissionne (cf. art. 19 al. 1 LOJ-AP). Par contre, la non-réalisation des conditions matérielles pourra donner lieu à une révocation.

L'article 12 al. 1 let. b reprend la disposition de l'article 8 al. 2 Cst.

Les conditions liées à la formation (cf. art. 12 al. 2 let. a) sont reprises du droit actuel, qui a donné entièrement satisfaction; la loi codifie ainsi l'exigence générale de formation prévue à l'article 128 Cst. Cela dit, les exigences valables actuellement pour les présidents de tribunaux sont étendues à tous les magistrats permanents, donc aussi aux juges du Tribunal cantonal. Par ailleurs, l'exigence du master, nouveau titre de formation universitaire équivalant à la licence, est introduite.

Les dispositions de l'article 12 al. 2 let. b et c de l'avant-projet codifient les exigences d'expérience professionnelle et de qualités personnelles mentionnées à l'article 128 Cst. Le Conseil de la magistrature pourra effectuer des "tests de sécurité" (contrôles au casier judiciaire, aux dossiers de police et auprès de l'Office des poursuites et faillites) et des tests de personnalité.

L'article 12 al. 2 let. d introduit une exigence importante : la connaissance de l'autre langue officielle du canton; il s'agit-là bien sûr de la connaissance "passive" de l'autre langue. A remarquer qu'une règle spéciale est fixée pour le Tribunal cantonal (cf. art. 2 al. 3 LOJ-AP). Des règles spécifiques existent aussi par exemple pour la juridiction des prud'hommes (cf. art. 7 de l'avant-projet).

#### ***Art. 13 LOJ***

Les conditions d'élection des membres non permanents du pouvoir judiciaire sont les mêmes que celles applicables aux membres permanents, sauf pour ce qui est de la formation et de la connaissance de l'autre langue officielle du canton. De telles exigences – qui n'ont pas cours actuellement – seraient à n'en pas douter disproportionnées, les compétences personnelles et la personnalité des candidats étant déterminantes.

#### ***Art. 14 LOJ***

Cet article fixe les règles nécessaires et essentielles pour la procédure de l'élection des membres du pouvoir judiciaire. Le détail de la procédure, devant le Conseil de la magistrature, sera fixé par celui-ci (cf. notamment, art. 167 LOJ-AP).

A remarquer que le Grand Conseil, dans l'optique retenue, ne pourra se prononcer que sur les dossiers des candidats préavisés (positivement ou négativement). Il ne pourra pas, au vu du système prévu par le Constituant, élire un candidat qui n'aurait pas suivi la procédure devant le Conseil de la magistrature (mise au concours, ...).

Le Grand Conseil pourrait toutefois renvoyer le ou les dossiers au Conseil de la magistrature, par motion d'ordre, pour nouvelle mise au concours.

S'agissant d'une élection, il n'y a pas de période probatoire.

#### ***Art. 15 LOJ***

L'article 15 est la reprise des articles 22 à 25 LOJ, mais la disposition est limitée aux membres du pouvoir judiciaire et le serment est désormais prêté, pour tous les magistrats, devant l'autorité d'élection (le Grand Conseil). Le serment des collaborateurs de l'ordre judiciaire est traité à l'article 25 LOJ (désormais, seuls les greffiers prêteront serment).

#### ***Art. 16 LOJ***

Cet article fixe la compétence du Conseil de la magistrature concernant les congés qui doivent être accordés aux membres permanents du pouvoir judiciaire.

Matériellement, cette règle concerne le statut des magistrats, mais elle se justifie d'être traitée par l'avant-projet car la disposition de l'article 91 al. 3 LOJ actuelle ne peut plus être appliquée telle quelle. A remarquer que les règles de fond concernant la durée des congés applicables aux juges du Tribunal cantonal (congés payés de courte durée; congés payés de longue durée; congés payés de longue durée et congé pour charges publiques) ne sont pas fixées dans la loi d'organisation judiciaire; elles le seraient dans la future loi sur le statut des magistrats. En l'état, les dispositions de la LPers s'appliquent, par contre, aux magistrats de première instance, toujours soumis à la LPers.

#### ***Art. 17 LOJ***

Cet article désigne l'autorité compétente pour recevoir la démission d'un membre du pouvoir judiciaire. Les tâches et compétences de cette autorité seront précisées dans la future loi sur le statut des juges, pour les juges du Tribunal cantonal. Pour les juges de première instance, les dispositions de fond figurent déjà à l'article 42 LPers (délais de résiliation pour démission; prolongation dudit délai).

#### ***Art. 18 LOJ***

Cet article fixe l'âge limite pour les fonctions exercées par les magistrats permanents (cf. al. 1) et par les magistrats non permanents (cf. al. 2). Il reprend les dispositions de l'article 20 bis LOJ dans sa teneur actuelle.

L'avant-projet ne prévoit plus, contrairement au droit actuel, une limite d'âge inférieure (cf. la limite de vingt-cinq ans fixée à l'art. 11 LOJ actuel).

#### ***Art. 19 à 23 LOJ***

Les articles 19 à 23 exposent les règles applicables aux mesures administratives qui peuvent être prises à l'encontre des membres (permanents ou non permanents) du pouvoir judiciaire. L'avant-projet a choisi l'option de prévoir, dans la loi d'organisation judiciaire, un système spécial "unifié" de mesures administratives, intégrant sur le fond d'une part les systèmes de licenciement et de renvoi pour de justes motifs prévus par la loi sur le personnel de l'Etat (cf. art. 38 et 44 LPers) et, d'autre

part, le système de responsabilité "disciplinaire" (matériellement : violation fautive de devoirs de service). Cette option correspond à ce qui a été apparemment voulu par les Constituants qui ont maintenu (matériellement) la responsabilité disciplinaire des magistrats (cf. art. 127 al. 1 Cst.), sans toutefois exclure l'application des mesures administratives lorsque les magistrats, par exemple, ne rempliraient plus les conditions de leur élection (par ex., incapacité survenante,...).

A remarquer que le terme "disciplinaire" est mentionné pour faire une référence, quand même, au prescrit de la Constitution (cf. art. 127 al. 1 Cst.).

#### ***Art. 19 LOJ***

L'article 19 expose les diverses causes pouvant amener l'autorité compétente à révoquer les juges; sous cet angle, il réalise l'exigence constitutionnelle fixée à l'art. 121 al. 2 Cst. Sur le fond, cet article reprend les motifs prévus par la loi sur le personnel de l'Etat, mais en distinguant les cas de révocation (facultative ou obligatoire).

Les devoirs de fonction dont la violation est sanctionnée seront ceux fixés dans la législation spéciale évoquée à l'article 11 LOJ-AP (cf. notamment, art. 56ss LPers).

L'alinéa 2 de la disposition précise, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 38 al. 2 LPers, qu'un renvoi basé sur la non réalisation des exigences prévues à l'article 12 al. 2 let. b LOJ (cf. aussi art. 38 al. 1 LPers) ne peut avoir lieu que si ces motifs sont attestés par une évaluation. L'autorité compétente pour dite évaluation est le Conseil de la magistrature.

A signaler que le magistrat qui viole les dispositions concernant les incompatibilités dues à la parenté sera considéré comme démissionnaire (cf. art. 52b al. 2 LOJ-AP).

#### ***Art. 20 LOJ***

Cet article expose les autres mesures qui peuvent être prises par l'autorité compétente. Il reprend les avertissements prévus par la législation sur le personnel de l'Etat et mentionne aussi l'amende, considérée ici comme sanction disciplinaire, c'est-à-dire comme mesure administrative prononcée en raison de la violation fautive de devoirs de fonction.

La violation des règles sur les incompatibilités, prévue à l'alinéa 2, il est évident, ne peut concerner que les incompatibilités liées à des fonctions ou professions.

L'alinéa 3 de l'article 20 reprend, en le simplifiant pour des raisons de clarté, les dispositions de l'article 33 al. 2 LPers.

#### ***Art. 21 LOJ***

L'article 21 détermine la compétence pour la procédure et pour le prononcé des mesures. Le Conseil de la magistrature exerce à cet égard un rôle central : il mène la procédure et est compétent pour prendre des mesures "mineures", la compétence de révocation appartenant au Grand Conseil (cf. art. 121 al. 2 Cst.).

#### ***Art. 22 LOJ***

L'article 22 fixe quelques règles essentielles de procédure, renvoyant de façon générale au code de procédure et de juridiction administrative. Les alinéas 2 et 3 prévoient des dispositions garantissant au mieux le droit d'être entendu du magistrat concerné. A remarquer que la "décision" d'ouvrir une procédure devra être prise par le Conseil de la magistrature, en plénum, l'instruction du dossier pouvant être confiée à une délégation (cf. art. 167 al. 4 LOJ-AP).

L'article 22 al. 4 reprend l'article 114ter actuel, avec la précision que le tiers dénonciateur n'a pas accès au dossier. Les dispositions des articles 23ss de la loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD), concernant le droit d'accès, ne s'appliqueront donc pas.

#### ***Art. 23 LOJ***

Cet article constitue la reprise de la règle fixée (pour les renvois pour de justes motifs) à l'article 45 al. 3 LPers. Cette règle est toutefois généralisée à toutes les mesures prévues par les articles 19 et 20 LOJ-AP.

#### ***Art. 24 LOJ***

Cet article traite du statut des collaborateurs du pouvoir judiciaire, prévoyant un renvoi général à la législation sur le personnel de l'Etat. Les dispositions des alinéas 1 let. a et b et de l'alinéa 2 sont la reprise – éventuellement adaptée – du droit actuel (cf. art. 15, 19, 20 et 47ss LOJ dans leur teneur actuelle). Avec l'introduction du système de Bologne, les universités ne délivrent plus de "licences" mais des diplômes "Bachelor" ou "Master". L'équivalent de l'ancienne licence est un master, raison pour laquelle ce diplôme est exigé pour exercer la fonction de greffier (et pas seulement un bachelor).

Le doctorat en droit n'est plus exigé : en effet, cette exigence avait déjà été abandonnée dans la pratique par le Tribunal cantonal et par les tribunaux d'arrondissement. Quant à la disposition de l'alinéa 1 let. c, elle est rendue nécessaire dès lors que l'article 91 al. 3 LOJ ne peut plus subsister, comme déjà dit, dans sa teneur actuelle. Si la compétence pour accorder les congés des magistrats est dévolue au Conseil de la magistrature (cf. art. 16 LOJ-AP), la compétence pour accorder des congés aux collaborateurs du pouvoir judiciaire est répartie entre le Tribunal cantonal et la Direction de la sécurité et de la justice, en application de la législation sur le personnel de l'Etat. Rappelons ici que le Tribunal cantonal est l'autorité d'engagement pour le personnel de son greffe (cf. art. 3 al. 1 let. b RPers).

#### ***Art. 25 LOJ***

L'avant-projet maintient le serment pour les greffiers, selon le système actuellement en vigueur (cf. art. 25 LOJ dans sa teneur actuelle).

#### ***Art. 47 LOJ***

Le titre médian de l'article 47 LOJ est modifié. Désormais, le chapitre III distinguera entre les incompatibilités liées à des fonctions ou professions (cf. art. 47 à 51 LOJ) et celles liées à la parenté (cf. art. 12 LOJ dans sa teneur actuelle). Toutes ces incompatibilités sont désormais regroupées sous le même chapitre (III).

#### ***Art. 52 LOJ***

A l'alinéa 52 al. 2, la compétence du Tribunal cantonal est remplacée par celle du Conseil de la magistrature. La matière concerne au fond une condition spécifique en relation avec le statut du magistrat et il se justifie de donner la compétence à l'organe supérieur de surveillance.

#### ***Art. 52a LOJ***

Cet article reprend les dispositions de l'article 12 LOJ dans sa teneur actuelle (incompatibilités liées à la parenté). A remarquer que cet article devra être le moment venu revu pour être adapté conformément aux dispositions qui seront introduites, dans la LOJ, par la loi introduisant le partenariat enregistré dans la législation cantonale.

### ***Art. 52b LOJ***

Cet article détermine les conséquences des violations des règles sur les incompatibilités, en distinguant selon le genre d'incompatibilités. Celui qui donne lieu à une incompatibilité liée à la parenté est considéré comme démissionnaire (cf. le prescrit de l'art. 12 al. 3 LOJ dans sa teneur actuelle), alors que dans les autres cas, une procédure de révocation peut être introduite (cf. art. 19 al. 2 let. b LOJ-AP).

### ***Art. 60a LOJ***

Le Tribunal cantonal unifié étant également une autorité administrative, il convient d'effectuer un renvoi général aux règles du Code de juridiction et de procédure administrative pour les questions de récusation en matière administrative, dans la mesure où le système prévu n'est pas identique à celui mis en place pour les affaires civiles et pénales.

### ***Art. 61 LOJ***

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

### ***Art. 61a LOJ***

Le Tribunal plénier est composé de tous les juges cantonaux. Il est présidé par le président du Tribunal cantonal unifié, lequel a une voix prépondérante en cas d'égalité des voix.

Comme cela est le cas actuellement au Tribunal cantonal et au Tribunal administratif, le Tribunal plénier désignera le vice-président du Tribunal cantonal unifié, lequel devra être choisi parmi les juges cantonaux exerçant leur fonction à plein temps. Il désignera également le président des trois sections, civile, pénale et administrative.

Il appartiendra au Tribunal plénier de fixer le nombre de cours nécessaires au Tribunal cantonal unifié.

Le Tribunal plénier aura également pour attribution de régler les questions de divergence de jurisprudence entre deux sections ou deux cours au sein de deux sections différentes. Les divergences entre deux cours au sein de la même section seront soumises au Tribunal plénier de la section concernée.

Lors des prises de décision, les juges à mi-temps ont une voix. L'option de ne leur accorder qu'une  $\frac{1}{2}$  voix a été écartée au motif que le juge cantonal à mi-temps, même s'il n'exerce sa fonction qu'à temps partiel, engage pleinement sa responsabilité et doit pouvoir faire part de son avis au même titre que ses collègues exerçant à plein temps.

### ***Art. 62 LOJ***

Le président du Tribunal cantonal unifié est élu par le Grand Conseil pour une année ; il n'est pas immédiatement rééligible (art. 124 al. 3 Cst). Pour des questions d'organisation et au vu de l'importance de la tâche, les juges à temps partiel ne peuvent pas accéder à la présidence du Tribunal cantonal unifié.

Comme précisé au commentaire de l'article 61a, c'est le Tribunal plénier qui désignera le vice-président du Tribunal cantonal unifié. Celui-ci devra être choisi parmi les juges à plein temps dans la mesure où les personnes à mi-temps ont été exclues de la présidence du Tribunal cantonal unifié. Le vice-président n'est pas immédiatement rééligible.

### ***Art. 63 LOJ***

Le Tribunal cantonal unifié est composé de trois sections : civile, pénale et administrative.

Cette division n'est qu'organisationnelle ; elle permet de délimiter clairement les matières, qui sont les trois matières générales du droit, et cela conformément au texte de la Constitution qui prévoit que « *le Tribunal cantonal est l'autorité supérieure en matière civile, pénale et administrative* » (art. 124 al. 1 Cst). Elle permet également de faciliter la période transitoire, dans l'attente de la réunion physique des deux instances actuelles.

Comme telles, les sections n'auront aucune compétence juridictionnelle.

En cas de divergence de jurisprudence entre deux cours, la question est soumise au Tribunal plénier de la section pour échange de vues.

Pour l'exercice des activités juridictionnelles du Tribunal cantonal unifié, les sections sont divisées en cours.

Le Tribunal plénier fixe le nombre de cours, leur dénomination et leurs attributions dans son règlement, selon ses besoins. Il n'y a pas lieu de fixer dans la loi un nombre minimal de cours. Rien n'exclut en effet la création d'une nouvelle cour pour un meilleur traitement des affaires (comme la création d'une cour de la famille par exemple), ni la suppression ou l'augmentation du nombre de cours par rapport à la situation actuelle.

Les cours pourront être réorganisées, notamment à chaque nouvelle élection d'un juge cantonal ; la composition des différentes cours sera examinée en tenant compte des intérêts de la justice et du Tribunal cantonal unifié et, dans la mesure du possible, des souhaits des magistrats en place.

### ***Art. 63a LOJ***

Chaque section a un président, désigné par le Tribunal plénier. Des séances de sections sont organisées selon les besoins.

Les présidents de sections devront notamment présider les séances de sections, veiller à l'application uniforme du droit au sein de la section, à la répartition équilibrée des affaires entre les cours et à la répartition des greffiers selon les besoins des cours.

Les trois présidents de sections font partie de la Commission administrative (cf. commentaire de l'art. 92 al. 2).

Le Tribunal plénier désigne également le président de chacune des cours, leurs membres et leurs suppléants. Les présidents de cour président les séances.

### ***Art. 63b LOJ***

Toutes les cours du Tribunal cantonal unifié seront formées de trois juges. Cela s'appliquera également aux cours qui traiteront des affaires fiscales et d'assurances sociales.

La possibilité de siéger à cinq juges, actuellement prévue uniquement pour les cours d'appel civil (art. 146 al. 3 LOJ), est maintenue, mais élargie à toutes les matières, civil, pénal et administratif. Ainsi le règlement du Tribunal cantonal unifié pourra prévoir qu'une cour siège à cinq juges dans des cas particuliers, comme un changement de jurisprudence, pour certains types de décisions ou à la demande de l'un des juges, par exemple.

#### **Art. 64 LOJ**

Le Tribunal cantonal unifié disposera d'un secrétaire général à 100%. Ce poste devra être attribué à un juriste, qui aura des tâches administratives et judiciaires. Il ne s'agit pas de créer un nouveau poste mais de transformer l'un des deux actuels postes de greffier-chef, avec un cahier des charges spécifique.

Le secrétaire général exerce une fonction d'état-major auprès Tribunal plénier du Tribunal cantonal unifié, de sa commission administrative et de son président, en matière de personnel, d'organisation, d'administration, de finances et de relations publiques. La fonction de secrétaire général consiste à assurer – au-delà du mandat annuel du président du Tribunal cantonal unifié – la continuité de la gestion administrative du Tribunal. Le secrétaire général sera notamment en charge de l'information au public.

Il assurera, en collaboration avec les présidents de sections, la répartition des dossiers au sein de sections et gèrera le personnel du Tribunal cantonal unifié. C'est également lui qui tiendra les procès-verbaux des séances du Tribunal plénier et qui en préparera les décisions.

Le secrétaire général pourra être appelé à fonctionner comme un greffier, comme le font actuellement les deux greffiers-chefs.

#### **Art. 64a LOJ**

Il y a deux catégories de greffiers : le greffier et le greffier-rapporteur.

Le greffier est le collaborateur qui travaille sous l'autorité d'un juge ; il tient notamment les procès-verbaux d'audience et rédige, à son attention, les projets de décisions.

Le greffier-rapporteur, quant à lui, rédige de façon autonome les projets de jugements et les présente aux cours, mais instruit également en toute indépendance les affaires confiées. Cette fonction n'existe pour l'instant qu'au Tribunal administratif, en matière fiscale et en assurances sociales.

Le système des greffiers-rapporteurs est maintenu pour le Tribunal cantonal unifié. Il a également été décidé d'élargir la possibilité de faire appel à un greffier-rapporteur à chacune des trois sections (civile, pénale et administrative).

Il est important que le Tribunal cantonal unifié soit doté d'un nombre suffisant de greffiers afin que les juges soient assistés de manière efficace dans leurs tâches juridictionnelles, compte tenu de l'augmentation de celles-ci et de la suppression des assesseurs.

Les greffiers et les greffiers-rapporteurs sont engagés par le Tribunal cantonal unifié, mais seront affectés, par décision du Tribunal plénier et selon les besoins du Tribunal, à une section, voire à une cour ou à un juge en particulier. Il importe que les greffiers puissent se spécialiser dans un ou plusieurs domaine(s) du droit, tout en demeurant mobiles et aptes à travailler dans une autre cour ou section.

L'alinéa 2 traite du personnel du greffe autre que les greffiers. Ainsi, le Tribunal cantonal unifié disposera notamment d'un comptable, d'un informaticien, d'un documentaliste et d'un pool de secrétaires.

Un *comptable* sera nécessaire pour la tenue de la comptabilité du Tribunal cantonal unifié. Cette personne travaillera sous la responsabilité du secrétaire général. Il ne s'agit pas de créer un nouveau

poste. Ce poste sera organisé avec l'effectif actuel des deux tribunaux, qui disposent chacun de personnel pour tenir leur comptabilité.

Le poste d'*informaticien*, actuellement rattaché au pouvoir judiciaire, est indispensable et doit être maintenu pour le Tribunal cantonal unifié.

Il y a lieu de créer un poste de *documentaliste*. Ce poste pourra être occupé par un juriste. Le documentaliste aura pour tâches de s'occuper de la bibliothèque, de préparer la reliure interne des cours, de tenir la banque de données juridiques du Tribunal cantonal unifié contenant non seulement la jurisprudence cantonale, mais également la jurisprudence fédérale et de publier celle du Tribunal cantonal unifié. Par son activité, il déchargera les juges et les greffiers, auxquels ces attributions sont aujourd'hui confiées, et leur permettra de se consacrer pleinement à leur activité juridictionnelle.

Le *secrétariat* fonctionnera en pool pour ce qui est des activités de pur secrétariat, comme la dactylographie, la correspondance, l'enregistrement et le suivi des dossiers, avec, cas échéant, des attributions particulières (réception et permanence téléphonique). Les secrétaires seront cependant rattaché(e)s à une section, pour les activités spécifiques de celle-ci (p. ex. tenue de procès-verbaux).

La coordination des secrétariats de section (détermination des horaires de travail, organisation des vacances, gestion des absences, etc.) pourrait cependant être assumée par un(e) secrétaire responsable du secrétariat, qui serait la personne de référence du secrétaire général pour le secrétariat du Tribunal cantonal unifié. Ce dernier poste serait organisé avec l'effectif actuel des deux tribunaux.

Le personnel du Tribunal cantonal unifié, soit les greffiers, le comptable, le documentaliste, les huissiers et le pool de secrétaires, travaillera sous la responsabilité du secrétaire général du Tribunal cantonal unifié.

#### ***Art. 65 LOJ***

Il est nécessaire d'avoir un huissier pour le Tribunal cantonal unifié et cela, tout d'abord, pour des questions de sécurité et de police d'audience, mais également pour les citations et les notifications.

#### ***Art. 70 al. 1 LOJ***

L'alinéa 1 de l'article 70 est adapté. L'élection du vice-président aura lieu désormais par le Grand Conseil et non plus par le Collège électoral.

#### ***Art. 83 LOJ***

L'article 83 LOJ traite des cas d'empêchement du président du tribunal, fixant un système de remplacement "automatique". Pour tenir compte des circonstances spéciales, essentiellement de l'urgence, l'avant-projet introduit une disposition habilitant le Tribunal cantonal à désigner un président d'un autre arrondissement. La possibilité de désigner un greffier comme président ad hoc – utilisée parfois dans l'extrême urgence – est maintenue; toutefois, c'est le Conseil de la magistrature qui est compétent pour le désigner.

#### ***Art. 91 al. 3 LOJ***

L'alinéa 3 de l'article 91, concernant notamment les congés accordés aux membres du pouvoir judiciaire, est abrogé. La matière est désormais fixée aux articles 16 et 24 al. 1 let. c LOJ-AP.

### ***Art. 92 al. 2 et 3 LOJ***

L'article 92 traite du pouvoir réglementaire du Tribunal cantonal en matière d'organisation. Le Tribunal cantonal exerce, on l'a vu, un rôle important en matière d'organisation structurelle, matérielle et en personnel des autorités judiciaires. Cette tâche organisationnelle s'accompagne, tout naturellement, d'un devoir de surveillance spécial tel que défini à l'article 94 LOJ.

S'agissant de l'alinéa 2, le pouvoir réglementaire du Tribunal cantonal unifié, déjà existant tant pour le Tribunal cantonal (art. 92 al. 1 LOJ) que pour le Tribunal administratif (art. 23 LOTA), est maintenu.

Le Tribunal plénier pourra ainsi déléguer certaines tâches ou compétences décisionnelles au président du Tribunal cantonal unifié, à la commission administrative ou à une autre commission qu'il aurait mise sur pied.

La *commission administrative* est en quelque sorte une délégation du Tribunal plénier. Elle est responsable de l'administration du Tribunal, traite des affaires qui ne relèvent ni du Tribunal plénier, ni du président et exerce les tâches qui lui ont été déléguées par Tribunal plénier dans le règlement du Tribunal cantonal unifié. Elle est composée du président du Tribunal cantonal unifié, des trois présidents de sections et du secrétaire général.

Le Tribunal cantonal unifié instituera, selon ses besoins, d'autres commissions, comme, par exemple, une commission de gestion et de surveillance (pour gérer les questions organisationnelles et exécuter les tâches qui relèvent de la compétence du Tribunal cantonal unifié pour les tribunaux de première instance et les justices de paix), une commission informatique, une commission de la bibliothèque, etc.

Un alinéa 3 est ajouté à l'article 92 pour y réserver les compétences du Grand Conseil et du Conseil d'Etat en matière financière et organisationnelle. Le pouvoir organisationnel du Tribunal cantonal (définition des structures et des moyens nécessaires) ne pourra être mis en œuvre que si le cadre financier (budgétaire) est donné par l'exécutif et le législatif (cf. art. 102 et 113 Cst.).

### ***Art. 93 à 115 LOJ***

Les articles 93 à 115 LOJ exposent les principes et règles nécessaires concernant le fonctionnement, la surveillance et la responsabilité. Le parti est pris de maintenir, à l'instar du droit actuel, un chapitre distinct traitant essentiellement du fonctionnement et de la surveillance du pouvoir judiciaire, l'organisation interne des autorités judiciaires faisant l'objet d'un chapitre distinct (cf. ch. IV LOJ). Les dispositions concernant la responsabilité disciplinaire (cf. art. 109 à 114 ter LOJ, dont leur teneur actuelle) sont abrogées, le droit disciplinaire étant "intégré" au chapitre II.

Les articles 94 à 99 distinguent clairement, pour ce qui est de la surveillance, entre les autorités compétentes. En fixant aussi précisément que possible les tâches de surveillance du Conseil de la magistrature, du Tribunal cantonal, des autorités de première instance (et du Conseil d'Etat), l'avant-projet veut tout mettre en œuvre afin d'éviter des conflits de compétence positifs ou négatifs.

### ***Art. 93 LOJ***

Cet article fixe certains principes essentiels concernant le fonctionnement du pouvoir judiciaire, déjà évoqués par la Constitution. Le principe de l'indépendance est une reprise de la disposition de l'article 121 Cst. Les principes dits de qualité et de célérité de la justice sont évoqués quant à eux à l'article 120 al. 3 Cst.

#### ***Art. 94 LOJ***

Cet article précise les tâches de surveillance essentielles qui incombent au Conseil de la magistrature, rappelant que cette autorité de surveillance peut déléguer certaines compétences au Tribunal cantonal (cf. art. 127 al. 2 Cst.). La surveillance du Conseil de la magistrature a une double composante : la surveillance du fonctionnement (gestion, contrôle) de toutes les autorités judiciaires (la justice est-elle rendue efficacement, avec toute la qualité et la rapidité voulue ?) et la surveillance sur la manière avec laquelle le Tribunal cantonal exerce son pouvoir (originaire) d'organisation.

#### ***Art. 95 LOJ***

L'article 95 précise la tâche de surveillance "originaire" qui incombe au Tribunal cantonal. Cette surveillance est une tâche qui découle directement du pouvoir d'organisation prévu à l'article 92 LOJ; l'autorité qui a la compétence d'organiser a bien sûr la compétence, l'obligation même, de contrôler si ses directives, instructions ou réglementations édictées à cet égard sont suivies d'effet.

#### ***Art. 96 LOJ***

Cet article fixe les moyens d'investigation à disposition du Tribunal cantonal (demande de renseignements, rapports d'autorités judiciaires, inspections. L'avant-projet rappelle à l'alinéa 2, à l'instar de ce que le droit actuel prévoit, les inspections auxquelles le Tribunal cantonal doit procéder. Celles-ci devront être coordonnées avec celles effectuées par le Conseil de la magistrature (cf. art. 168 al. 1 let. d LOJ-AP).

#### ***Art. 97 LOJ***

L'article 97 LOJ précise les moyens d'intervention à disposition du Tribunal cantonal.

Ces moyens sont d'abord les directives générales (cf. les directives actuelles du Tribunal cantonal), mais aussi les instructions particulières données de cas en cas. Cet article traite aussi d'autres moyens d'intervention : les dénonciations à l'autorité de surveillance, laquelle devra éventuellement prendre des mesures contre les magistrats concernés.

#### ***Art. 98***

Cet article reprend l'actuel article 97 al. 1 LOJ.

#### ***Art. 99 LOJ***

Cet article reprend, en les groupant, les dispositions des articles 96 al. 2 et 97 al. 3 LOJ, dans leur teneur actuelle. Dans le nouveau système, le Conseil d'Etat n'a clairement et définitivement plus la compétence de veiller, de manière générale, à la bonne marche de l'administration de la justice (cf. art. 96 al. 1 LOJ dans sa teneur actuelle).

Mis à part le contrôle financier, le Conseil d'Etat conserve la faculté de faire part aux autres autorités de surveillance de toute remarque sur des questions qui apparaîtraient lors de l'exercice de ses tâches légales en matière de personnel et de gestion financière. Il pourra ainsi aviser l'autorité de surveillance par exemple de lacunes d'organisation ou, encore, aviser celle-ci de la violation, par les membres d'autorités judiciaires, de devoirs de fonction.

#### ***Art. 100 LOJ***

Pour des raisons de clarté et de systématique, l'avant-projet fixe dans un seul article tous les rapports que les autorités judiciaires doivent fournir aux autorités de surveillance (Conseil de la magistrature et Tribunal cantonal) en précisant les auteurs, les destinataires et le contenu de ces documents. Ces rapports portent, selon les cas, soit sur le fonctionnement (gestion, contrôle), soit sur l'organisation

des autorités judiciaires. Ils portent aussi sur l'autorité juridictionnelle comme telle (genre et nombre d'affaires). Les destinataires directs de ces rapports (Conseil de la magistrature ou Tribunal cantonal) sont les autorités à qui incombe la surveillance dans le domaine considéré. Rappelons ici que le Tribunal cantonal reste le responsable "primaire" de l'organisation des autorités judiciaires.

#### ***Art. 101 LOJ***

Cet article reprend les dispositions de l'article 98 LOJ dans sa teneur actuelle.

#### ***Art. 102 LOJ***

L'article 115 actuel LOJ traite de la responsabilité pénale des membres et des collaborateurs du pouvoir judiciaire, renvoyant de façon générale aux dispositions des lois pénales. L'article 102 LOJ-AP, reprend ce renvoi mais introduit une procédure de prise à partie pour les membres du pouvoir judiciaire qui commettraient des crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions. Cette disposition n'est pas inutile; songeons aux quérulents qui déposent des plaintes pénales contre des magistrats. L'avant-projet introduit ici une protection spécifique qui existe déjà pour les Conseillers d'Etat (cf. art. 18 LOCEA).

#### ***Art. 103 à 115 LOJ***

Ces articles sont abrogés car remplacés, comme déjà dit, par d'autres dispositions.

#### ***Art. 125 al. 1, 131 et 132 LOJ***

Les dispositions de ces articles sont adaptées, essentiellement pour des raisons terminologiques.

#### ***Art. 146 LOJ***

Il a été décidé de ne pas fixer dans la loi le nombre des cours ni leur dénomination (cf. art. 63 al. 3 LOJ-AP). La formulation de cet alinéa a donc été revue et prévoit que le Tribunal cantonal unifié forme *notamment* deux ou plusieurs cours d'appel et une Cour de modération. Par ailleurs, il est inutile d'indiquer que ces cours seront formées de trois juges car cela est réglé par l'article 63b al. 1.

Il convient d'abroger l'alinéa 3 de cette disposition dans la mesure où la possibilité de siéger à cinq juges est réglée par l'article 63b al. 2.

#### ***Art. 155 LOJ***

L'article 155 al. 3 LOJ est adapté pour préciser que le Grand Conseil (et non plus l'autorité de nomination actuelle, le Collège électoral) est désormais compétent en sa qualité d'autorité d'élection des juges.

#### ***Art. 164 al. 1 LOJ***

Il convient de remplacer le terme « sections » par celui de « cours ». En effet, la Chambre pénale et le Cour d'appel pénal ne seront pas des sections du Tribunal cantonal unifié, mais bien des cours. Il s'agit de ne pas confondre avec la division organisationnelle du Tribunal cantonal unifié en trois sections, civile, pénale et administrative.

#### ***Titre troisième a (nouveau) et art. 165 LOJ***

Un nouveau titre est introduit dans la loi d'organisation judiciaire, avec un article unique (art. 165 LOJ-AP). Ce titre traite de la troisième partie du domaine régi par la loi sur l'organisation de la justice : l'organisation de la juridiction administrative. Cela étant, un renvoi général est bien sûr

opéré à la législation spéciale. Ce renvoi concerne essentiellement le CPJA et les diverses lois, modifiées par l'avant-projet, fixant l'organisation de certaines autorités de la juridiction administrative (cf. art. 12 à 20 de l'avant-projet). Il concerne aussi la loi sur l'organisation de la justice dans la mesure où celle-ci fixe les règles essentielles concernant le Tribunal cantonal, lequel est aussi l'autorité ordinaire de la juridiction administrative.

### ***Titre troisième b (nouveau)***

Un nouveau titre est aussi introduit, dans le but d'ancrer dans la LOJ les dispositions essentielles nécessaires concernant le Conseil de la magistrature (statut, organisation et fonctionnement et attributions de cet organe de surveillance).

#### ***Art. 166 LOJ***

Le statut du Conseil de la magistrature ressort des travaux préparatoires de la Constitution.

Cet organe de surveillance est indépendant des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif. L'avant-projet propose, à l'instar de la Commission du barreau, que son secrétariat soit assuré par le Service de la justice. On rappelle que ledit service prépare déjà actuellement les élections pour le Collège électoral. Par ailleurs, cette option garantit l'indépendance du Conseil de la magistrature vis-à-vis du législatif et du pouvoir judiciaire, étant précisé que ce rattachement est purement administratif et que, l'exécutif n'ayant plus aucune compétence de surveillance sur le pouvoir judiciaire, le Conseil d'Etat ne peut lui donner directement des directives ou instructions.

#### ***Art. 167 LOJ***

Cet article traite de l'organisation et du fonctionnement du Conseil de la magistrature, en procédant d'entrée de cause à un renvoi au Conseil de la magistrature qui disposerait d'un large pouvoir à cet égard, sous réserve des dispositions des alinéas 2 à 4 (cf. al. 1).

L'alinéa 2 habilite le Conseil de la magistrature à constituer des délégations chargés de certaines tâches d'instruction. L'avant-projet fixe cependant à l'alinéa 4 certaines restrictions à ce pouvoir organisationnel, en exigeant expressément que certaines décisions et mesures, comme aussi les préavis, soient pris par le plénum et non par une délégation. Il en irait de même de la "décision" d'ouvrir une enquête contre des magistrats et, aussi, des mesures qui pourraient être prises contre ceux-ci.

#### ***Art 168 LOJ***

L'article 168 LOJ-AP fixe certaines règles concernant les membres du Conseil de la magistrature. D'abord, il prévoit l'élection de suppléants, nécessaires pour faire fonctionner cet organe de surveillance (cf. les possibilités de récusation des membres). Il fixe aussi une règle concernant une représentation équilibrée des membres (cf. al. 1). Des règles spéciales sont aussi prévues pour les incompatibilités (cf. al. 2). L'alinéa 3 traite de la récusation, renvoyant de façon générale aux dispositions du CPJA, en précisant que l'appartenance fonctionnelle n'est pas un motif de récusation (un membre d'un tribunal n'a pas à se récuser pour ce fait même).

Rappelons que le Conseil de la magistrature comprendra, conformément au texte de l'article 126 Cst., un membre du Grand Conseil, un membre du Conseil d'Etat, un membre du Tribunal cantonal, un membre de l'Ordre des avocats fribourgeois, une ou un professeur ordinaire de la Faculté de droit de l'Université, un membre du Ministère public, un membre des autorités judiciaires de première instance et deux autres membres.

#### ***Art. 168a LOJ***

Cet article fixe certaines règles concernant, la fréquence des séances (al. 1), le quorum (al. 2) et la possibilité de prendre, par voie de circulation, des décisions si l'unanimité est réalisée (al. 3). Il est évident que la fréquence des séances dépendra du nombre et du volume des affaires à traiter.

La saisine du Conseil de la magistrature interviendra d'office ou sur requête (cf. notamment la disposition de l'art. 21 al. 1 LOJ telle que proposée).

#### ***Art. 168b LOJ***

L'article 168c LOJ-AP traite du secret de fonction et de l'information du Conseil de la magistrature à l'égard de l'extérieur. Les dispositions de l'alinéa 1 s'inspirent de celles fixées à l'article 60 LPers.

#### ***Art. 168c LOJ***

A l'instar de ce qui existe pour les membres des autorités judiciaires, l'avant-projet prévoit une procédure de prise à partie lorsque les membres du Conseil de la magistrature sont accusés pénalement. Il importe que les membres de cette haute autorité puissent agir avec toute la sérénité voulue et soient à l'abri de plaintes pénales de quérulents.

#### ***Art. 168d LOJ***

Cette disposition est le pendant de l'actuel article 131 al. 2 LOJ.

#### ***Art. 168e LOJ***

L'article 168e LOJ-AP rappelle les tâches et compétences essentielles qui incombent au Conseil de la magistrature, en application de la Constitution.

#### ***Art. 168f LOJ***

Cet article précise les modalités liées aux tâches de surveillance qui incombent au Conseil de la magistrature (tâches précisées à l'art. 94 LOJ-AP). Cet article énumère ainsi les moyens d'investigation à disposition du Conseil de la magistrature pour l'exercice de son pouvoir de surveillance défini à l'article 94 LOJ-AP. Ces moyens sont divers; ils vont de la simple requête de renseignement à des inspections ou enquêtes administratives en passant par l'analyse des rapports qui lui sont adressés et le traitement de dénonciations de tiers ou d'autorités. A remarquer que les inspections du Conseil de la magistrature devront être planifiées (qui inspecte ? quelle autorité ? et sur quels points ?), dans l'idéal une fois l'an (cf. art. 168g al. 2 LOJ-AP). Il s'agit en effet d'éviter que les tâches (propres) de contrôle du Tribunal cantonal ne chevauchent ou contredisent celles du Conseil de la magistrature.

L'enquête administrative visée à l'article 168g al. 3 sera nécessaire pour examiner l'organisation et/ou le fonctionnement d'une autorité, par exemple après le dépôt d'une dénonciation. Les dispositions concernant les droits et les obligations des personnes auditionnées – prévus à l'article 129 LPers -, seront applicable par analogie.

#### ***Art. 168g LOJ***

L'article 168h LOJ-AP rappelle les moyens d'intervention (ordinaires) à disposition de l'autorité de surveillance lorsque des mesures doivent être prises.

Le Tribunal cantonal devra renseigner le Grand Conseil à cet égard (cf. art. 168h al. 3 et 168f al. 2 LOJ-AP).

### *Art. 168h LOJ*

Cet article est un article renvoi. Il rappelle la seconde tâche importante du Conseil de la magistrature (élections).

## **6. Art. 7 à 20 (Modification de diverses autres lois)**

### *Art. 7 à 9*

Les articles 7 à 9 de l'avant-projet modifient des lois traitant d'autorités judiciaires civiles spéciales, à savoir la loi sur la juridiction des prud'hommes, la loi sur le Tribunal des baux et la loi sur la juridiction pénale des mineurs. Il s'agit essentiellement d'adapter les renvois (à la LOJ) contenus dans ces lois, de préciser certaines conditions d'éligibilité pour certains magistrats, de supprimer les références à la nomination (par le Collège électoral) et au serment et d'abroger les dispositions concernant les rapports d'activité (l'art. 100 LOJ-AP fixe le contenu et la fréquence de ces rapports).

### *Art. 10*

L'article 10 de l'avant-projet modifie la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents pour y supprimer la référence au TA (cf. art. 18 al. 1 LResp). L'avant-projet saisit aussi cette occasion pour supprimer toute référence à la compétence du Tribunal fédéral existant dans certains cas (cf. art. 17 al. 2 et 18 al. 2 LResp). A la suite de la future loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, la législation fédérale ne donnera vraisemblablement plus la possibilité aux cantons de prévoir que des actions en responsabilité impliquant les membres des autorités supérieures des cantons soient jugées par le Tribunal fédéral.

### *Art. 11*

L'article 11 de l'avant-projet modifie la loi concernant la privation de liberté à des fins d'assistance. L'article 17 al. 3 de dite loi est modifié pour y supprimer la mention de la nomination, par le Collège électoral, des membres de la Commission de surveillance en matière de privation de liberté à des fins d'assistance. Rappelons, comme déjà dit, que cette commission est une autorité judiciaire civile spéciale.

### *Art. 12 à 20*

Les articles 12 à 20 de l'avant-projet modifient la loi sur le registre foncier, la loi sur les mensurations cadastrales, la loi sur le bail à loyer et à ferme non agricole, la loi sur l'Université, la loi sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages, la loi sur l'expropriation, la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse, survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et, enfin, la loi sur les améliorations foncières.

Toutes ces modifications sont des adaptations aux nouvelles dispositions de la loi d'organisation judiciaires introduites par l'avant-projet. Elles concernent pour l'essentiel des autorités spéciales de la juridiction administrative qui rentrent, comme déjà dit, selon nous, dans le champ d'application de l'article 123 Cst. Il s'agit essentiellement, selon les cas, de supprimer les dispositions prévoyant la nomination par le Conseil d'Etat ou le Collège électoral des membres de ces autorités spéciales, de préciser les autorités de surveillance compétentes (parfois une Direction et le Tribunal cantonal; cf. le cas de la commission de surveillance du registre foncier et de la commission de recours en matière d'améliorations foncières), de modifier certaines conditions d'éligibilité ou de remplacer la compétence de surveillance du Tribunal administratif par celle du Conseil de la magistrature. Il s'agit aussi de préciser la fréquence des rapports généraux d'activité que ces autorités devront adresser au Conseil de la magistrature, avec copie au Tribunal cantonal.

## **7. Art. 21 (Abrogations)**

L'article 21 de l'avant-projet abroge des lois dont les contenus sont intégrés, après adaptations, dans la loi d'organisation judiciaire telle que proposée.

## **8. Art. 22 à 25 (Dispositions transitoires)**

Les articles 22 à 25 de l'avant-projet fixent certaines dispositions de droit transitoire. La première situation réglée ici (cf. art. 22 et 23) est celle des magistrats qui, nommés conformément au droit actuel par le Tribunal cantonal, le Collège électoral ou encore le Conseil d'Etat (cf. les membres du Ministère public), seront encore en fonction le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Il est prévu, pour ces personnes, une procédure de confirmation (par le Grand Conseil) sans mise au concours du poste. En pratique, il appartiendra au Conseil de la magistrature, conformément au nouveau droit, de vérifier si les magistrats concernés remplissent (toujours) les conditions d'éligibilité fixées par le nouveau droit et de proposer (ou non) au Grand Conseil la confirmation de ces magistrats à leur poste. Si le Grand Conseil refuse de confirmer le magistrat, une procédure de mise au concours doit être initiée par le Conseil de la magistrature.

L'avant-projet prévoit aussi une indemnisation pour les magistrats qui ne seraient pas "confirmés" par le Grand Conseil pour un motif non exposé à l'article 12 LOJ-AP. Une telle protection s'impose, sûrement, car l'on doit bien partir de l'idée qu'un magistrat en place – contre lequel aucune plainte n'a été formulée depuis sa nomination – est présumé remplir les conditions d'élection du nouveau droit. Cette protection est donnée pour parer à tout arbitraire de l'autorité de nomination même si un recours de l'intéressé au Tribunal fédéral serait possible. L'article 23 LOJ-AP fixe les critères applicables pour la fixation de l'indemnité. L'avant-projet reprend ici l'essence de certaines des dispositions prévues pour les conseillers d'Etat ou les préfets non-réélus (cf. art. 8ss et 14ss de la loi du 15 juin 2004 relative au traitement et à la prévoyance professionnelle des conseillers d'Etat, des préfets et des juges cantonaux; RSF 122.13).

L'article 24 fixe quant à lui le sort des procédures administratives ou disciplinaires pendantes lors de l'entrée en vigueur de la loi, selon les dispositions habituelles. L'on songera ici par exemple à des procédures disciplinaires pendantes devant le Tribunal cantonal ou à des plaintes ou dénonciations de tiers pendantes devant le Tribunal cantonal ou le Grand Conseil (par ex. devant la Commission de justice).

Enfin, l'article 25 de l'avant-projet fixe une procédure spéciale pour la première élection des membres du Conseil de la magistrature. Le système choisi ici est celui de l'élection en deux temps. A rappeler que le Conseil de la magistrature (au complet) devra pouvoir œuvrer dès le 1<sup>er</sup> juillet 2007 (cf. art. 152 al. 1 Cst.).