

4

Extrait de la décision incidente de la Cour III dans la cause P. contre
l'Office fédéral des migrations (ODM)
C-198/2006 du 24 avril 2007

**Récusation du juge instructeur, ancien membre de l'une des entités
remplacées par le Tribunal administratif fédéral (TAF).**

Art. 34 al. 1 let. b et e LTF. Art. 38 LTAF.

La participation antérieure d'un juge ou d'un greffier du TAF à l'instruction de la même cause auprès de l'une des anciennes autorités de recours remplacées par le nouveau tribunal ne constitue pas un motif de récusation au sens de l'art. 34 al. 1 let. b LTF. Une prévention du juge ou du greffier concerné ne saurait dès lors être retenue que si les conditions d'application d'un autre motif de récusation fondé sur l'art. 34 al. 1 LTF sont réalisées (consid. 2–5).

**Ausstand des Instruktionsrichters, ehemaliges Mitglied einer der
Vorgängerorganisationen des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer).**

Art. 34 Abs. 1 Bst. b und e BGG. Art. 38 VGG.

Die frühere Mitwirkung eines Richters oder eines Gerichtsschreibers des BVGer anlässlich der Instruktion in derselben Sache bei einer der Vorgängerorganisationen des BVGer stellt keinen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. b BGG dar. Eine Befangenheit des betroffenen Richters oder Gerichtsschreibers würde nur vorliegen, falls die Voraussetzungen eines anderen Ausstandsgrunds gemäss Art. 34 Abs. 1 BGG erfüllt sind (E. 2–5).

**Ricusaione del giudice dell'istruzione, precedentemente membro
di un'autorità di ricorso sostituita dal Tribunale amministrativo fe-
derale (TAF).**

Art. 34 cpv. 1 lett. b ed e LTF. Art. 38 LTAF.

La partecipazione anteriore di un giudice o di un cancelliere del TAF all'istruzione della stessa causa innanzi ad un'autorità di ricorso poi sostituita dal TAF, non è motivo di ricusazione ai sensi dell'art. 34 cpv. 1 lett. b LTF. La prevenzione di un giudice o di un cancelliere è ritenuta solo se fondata su un altro motivo sussumibile all'art. 34 cpv. 1 LTF (consid. 2–5).

A. Le 3 mai 2005, P. a recouru auprès du Service des recours du Département fédéral de justice et police (DFJP) contre une décision rendue le 18 mars 2005 par l'Office fédéral des migrations (ODM), lui refusant la délivrance d'une autorisation de séjour hors contingent au sens de l'art. 13 let. f de l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RS 823.21).

B. En date du 1^{er} janvier 2007, à la suite du remplacement du Service des recours du DFJP par le Tribunal administratif fédéral (TAF), la procédure a été reprise par la Cour III du nouveau tribunal.

C. Par acte du 26 février 2007, la recourante, après avoir été informée de la composition du collège de juges appelé à statuer et de l'identité de la greffière en charge du dossier, a immédiatement requis la récusation du juge X. et de la greffière Y. Elle a invoqué que ces personnes auraient dû se récuser, dans la mesure où elles avaient déjà participé à l'instruction de la cause avant le 1^{er} janvier 2007, en qualité de membre d'une autre autorité, le Service des recours du DFJP. Elle a notamment relevé que la greffière concernée, agissant sous la responsabilité de son supérieur hiérarchique X., avait rendu «une décision sur le montant de l'avance de frais» en date du 13 mai 2005.

D. Dans leurs déterminations des 12 et 13 mars 2007, X. et Y. ont contesté les motifs de récusation invoqués.

E. Invitée à se prononcer sur ces déterminations, la recourante n'a pas réagi dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet.

Le TAF a rejeté la demande de récusation.

Extraits des considérants:

1.

1.1 Le TAF, qui statue en dernière instance sur les recours dirigés contre les décisions rendues par l'ODM en matière d'exceptions aux mesures de limitation (cf. art. 1 al. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32], en relation avec l'art. 83 let. c ch. 5 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]; cf. art. 31 à 34 LTAF, en relation avec l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers [LSEE, RS 142.20]), est également compétent pour se prononcer définitivement sur les décisions rendues au cours d'une telle procédure et portant sur un aspect formel, tel la récusation (cf. dans ce sens, Arrêt du Tribunal fédéral 2C.46/2007 du 8 mars 2007; Message du Conseil fédéral du

28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale [ci-après message révision OJ], FF 2001 4000 ss, spéc. p. 4119; FRANÇOIS BELLANGER, Le recours en matière de droit public, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel [éd.], Les nouveaux recours fédéraux en droit public/Journée de droit administratif 2006, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 43 ss, spéc. p. 53; HANSJÖRG SEILER, in: HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, p. 318, n. 13; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/DOMINIK VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, p. 156, n. 5).

1.2 Aux termes de l'art. 38 LTAF, les dispositions de la LTF relatives à la récusation des juges et des greffiers du Tribunal fédéral (TF) s'appliquent par analogie à la procédure devant le TAF.

Le législateur a estimé qu'il se justifiait de soumettre les juges et les greffiers de ces tribunaux, en raison de leur qualité respective de membre d'une d'autorité judiciaire, à une réglementation uniforme (cf. message révision OJ, FF 2001 4190, dans sa version allemande, BBl 2001 4393).

1.3 Dans la mesure où le juge et la greffière visés ont contesté les motifs de récusation invoqués (cf. art. 36 al. 2 LTF), la Cour III statue en l'absence des intéressés (cf. art. 37 al. 1 LTF; message révision OJ, FF 2001 4090).

1.4 Présentée en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, la demande de récusation déposée par P., en sa qualité de partie à la procédure, est recevable (cf. art. 36 al. 1 LTF).

2.

2.1 La question centrale qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la participation antérieure d'un juge ou d'un greffier du TAF à l'instruction de la même cause, en qualité de membre de l'une des anciennes instances de recours remplacées par le nouveau tribunal, est susceptible de constituer, à elle seule, un motif de récusation.

2.2 Les motifs de récusation sont définis à l'art. 34 al. 1 LTF (applicable par analogie).

Cette disposition, qui va plus loin que l'ancien droit, abandonne la distinction entre récusation obligatoire (art. 22 de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire [OJ de 1943, RS 3 521]) et facultative (art. 23 aOJ). Selon la nouvelle loi, tous les motifs de récusation doivent être pris en compte d'office et sont obligatoires (cf. message révision OJ, FF 2001 4090; GÜNGERICH, in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, op. cit., p. 119; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, op. cit., p. 53; BENOÎT BOVAY, Les

dispositions générales de procédure, in: ALAIN WURZBURGER/BENOÎT BOVAY/DENIS TAPPY/JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET/ETIENNE POLTIER/LAURENT MOREILLON/HANSJÖRG PETER, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007, p. 30 ss).

2.3 La recourante invoque principalement l'art. 34 al. 1 let. b LTF, à teneur duquel les juges et les greffiers du TF (et, par analogie, ceux du TAF) se refusent s'ils ont agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité (...).

Elle fait valoir que le juge et la greffière concernés auraient dû se récuser, dans la mesure où ils avaient déjà agi dans la même cause en qualité de membre d'une autorité administrative de recours, le Service des recours du DFJP.

La question se pose dès lors de savoir si tel est véritablement le sens de la disposition précitée, qu'il convient d'interpréter.

3.

3.1 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de s'écarter du sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. A l'inverse, il n'y a lieu de se fonder sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle, sans ambiguïté aucune, une solution matériellement juste. Si le texte n'est pas absolument clair, respectivement si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but et de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), et de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Lors de cet examen, il convient de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une pluralité de méthodes, étant précisé que les différentes méthodes d'interprétation ne sont soumises à aucun ordre de priorité (cf. ATF 132 III 226 consid. 3.3.5 p. 237, ATF 128 II 56 consid. 4 p. 62, et réf. cit.; Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2006 n° 7 consid. 5.2 p. 77, JICRA 2001 n° 20 consid. 3a p. 151 s. et réf. cit.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'Etat, Berne 2006, p. 505 ss; PIERRE MOOR, Droit

administratif, vol. I: Les fondements généraux, Berne 1994, p. 142 ss; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 122 ss).

Selon la jurisprudence, plus la loi est récente, moins il sera possible de s'écarter de la volonté clairement exprimée du législateur, notamment pour donner à la loi une portée qui lui a été refusée lors des débats parlementaires (ATF 125 II 238 consid. 5a p. 245 et réf. cit.). Les travaux préparatoires ne seront toutefois pris en considération que s'ils apportent une réponse claire à une disposition légale ambiguë et ont trouvé leur expression dans le texte même de la loi (ATF 124 III 126 consid. 1b/aa p. 129 et réf. cit.).

3.2 Le texte de l'art. 34 al. 1 let. b LTF (dont le sens est identique à celui des versions allemande et italienne) n'exclut pas, a priori, l'application de la norme au cas concret (subsomption), si l'on se réfère à l'acception courante des termes utilisés. En effet, avant l'entrée en fonction du TAF, le juge et la greffière dont la récusation est requise étaient bel et bien en charge de la même cause «en qualité de membre d'une (autre) autorité». Au sein de cette autorité, ils occupaient toutefois une fonction comparable, impliquant des tâches et des responsabilités similaires à celles qu'ils exercent actuellement auprès du TAF. La question se pose dès lors de savoir si l'on peut considérer qu'ils ont agi précédemment «à un autre titre».

Sur ce point, le texte légal n'est pas clair. Il convient dès lors de rechercher le véritable sens de l'art. 34 al. 1 let. b LTF en ayant recours à d'autres méthodes d'interprétation.

3.3 La LTAF a été édictée dans le cadre de la réforme de la justice acceptée par le peuple et les cantons en date du 12 mars 2000 (cf. art. 191a al. 2 et art. 191c de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), qui préconisait notamment le remplacement des anciennes commissions fédérales de recours et d'arbitrage et des services de recours de l'administration fédérale par le TAF, une autorité judiciaire ordinaire disposant d'une compétence générale pour connaître des affaires administratives fédérales, en dernière instance ou sous réserve d'un recours devant le TF (cf. message révision OJ, FF 2001 4014, 4026 s., 4049 s., 4173 s., 4194 s.; PIERRE LOUIS MANFRINI, *Le Tribunal administratif fédéral*, in: Bellanger/Tanquerel [éd.], op. cit., p. 25 ss; PIERRE MOOR, *De l'accès au juge et de l'unification des recours*, in: Bellanger/Tanquerel [éd.], op. cit., p. 153 ss).

Certes, cette réforme visait notamment à assurer au justiciable la garantie de l'accès au juge consacrée par l'art. 29a Cst., entré en vigueur le

1^{er} janvier 2007 (ALAIN WURZBURGER, La nouvelle organisation judiciaire fédérale, in: Journal des tribunaux [JdT] 2005 I 631 ss, spéc. p. 634 ss).

De sérieuses raisons permettent toutefois de penser que le législateur fédéral n'entendait pas, pour autant, dessaisir de manière générale tous les juges et les greffiers du TAF, issus des anciennes juridictions administratives de recours remplacées par le nouveau tribunal, des causes dont ils avaient précédemment la charge.

3.4 En effet, à suivre l'argumentation de la recourante, tous les juges et les greffiers du TAF seraient contraints de se récuser dans les causes qu'ils avaient précédemment instruites en qualité de membre de l'une des entités remplacées par le nouveau tribunal, ce qui nécessiterait une redistribution complète des anciennes affaires reprises par ce tribunal, occasionnant par là une perte de connaissances susceptible d'entraîner un retard important dans le traitement des dossiers. Quant aux juges (...) qui – sans avoir participé directement à l'instruction des causes – en ont assumé la responsabilité en leur qualité de supérieur hiérarchique, ils seraient empêchés d'exercer leur fonction de juge dans toutes les causes reprises par le TAF relevant de leur domaine de spécialisation. Enfin, dans toutes ces constellations, l'annulation rétroactive de toutes les opérations auxquelles les juges et les greffiers concernés ont participé pourrait être exigée (cf. art. 38 al. 1 LTF), au risque de compromettre le bon fonctionnement du nouveau tribunal, voire de paralyser l'activité de celui-ci.

3.5 Or, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, l'un des buts principaux de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale était de soulager le TF, confronté à une augmentation constante de sa charge de travail au cours des trente dernières années, notamment par le développement d'instances judiciaires inférieures (telles le TAF) aptes à le décharger. Pour ce faire, le TAF a été conçu comme un tribunal centralisé et à caractère professionnel, doté d'une structure et d'une organisation lui permettant d'assurer l'accomplissement de ses tâches avec compétence et efficacité (cf. message révision OJ, FF 2001 4010 ss, 4049 ss, 4177 s. et 4180; Commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, Rapport final au DFJP, Berne, juin 1997, p. 11 ss, 21 ss, 44 ss); il a notamment été jugé «essentiel, pour le fonctionnement du nouveau tribunal, que celui-ci puisse dès le départ compter dans ses rangs des collaborateurs qualifiés et expérimentés» (cf. Message du Conseil fédéral du 25 août 2004 relatif à la mise en place du TAF, FF 2004 4481 ss, spéc. p. 4489).

Le législateur fédéral a ainsi chargé la Direction provisoire du TAF de recruter les greffiers et les collaborateurs scientifiques et administratifs en

premier lieu parmi les candidats issus des anciens services et commissions de recours qui disposaient des qualifications voulues et dont le profil correspondait au poste à repourvoir (cf. art. 3 al. 3 let. b de la loi fédérale du 18 mars 2005 concernant la mise en place du TAF [FF 2005 2131], en relation avec l'art. 13a al. 1 de l'ordonnance du 26 septembre 2003 relative aux conditions de travail du personnel du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral [OPersT, RS 172.220.117]). Dans cette optique, il a également prévu que la Cour plénière du TAF, lors de l'attribution des juges aux différentes cours, devait notamment tenir compte de la spécialisation professionnelle et des connaissances linguistiques de ceux-ci (cf. art. 19 al. 2 LTAF; message révision OJ, FF 2001 4180). Aussi, dans leur très grande majorité, les juges du TAF élus le 5 octobre 2005 par l'Assemblée fédérale sont-ils issus des entités auxquelles le nouveau tribunal s'est substitué, et poursuivent actuellement leur activité dans leur ancien domaine de spécialisation.

3.6 Il est dès lors patent que le législateur fédéral entendait, autant que faire se peut, préserver les connaissances et le savoir-faire acquis par les personnes travaillant auprès des anciennes instances de recours remplacées par le TAF, notamment en vue de garantir une certaine continuité dans le traitement des dossiers. C'est ainsi que, lors de l'entrée en fonction du nouveau tribunal, les anciennes affaires ont été attribuées, dans la mesure du possible, aux juges et/ou aux greffiers qui les avaient précédemment instruites, par souci d'efficacité.

Dans la mesure où la volonté du législateur fédéral, telle qu'elle ressort des travaux préparatoires, a trouvé son expression dans des textes de loi récents, l'on ne saurait s'en écarter (cf. ATF 125 II 238 et ATF 124 III 126 précités).

4.

4.1 Au demeurant, cette interprétation est conforme au sens et au but de l'art. 34 LTF.

Cette disposition assure la mise en oeuvre, sur le plan législatif, du droit de toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire (cf. art. 29a Cst.) à ce que cette cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (cf. art. 30 al. 1 Cst., garantie qui est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs) et, de manière plus générale, du droit du justiciable à un procès équitable (cf. art. 29 al. 1 Cst.; GÜNGERICH, op. cit.; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, op. cit., vol. II: Les droits fondamentaux, p. 562 ss et 571 ss).

4.2 S'agissant de la portée de l'art. 30 al. 1 Cst., le TF, se fondant sur la jurisprudence qu'il a développée en relation avec l'art. 58 de la Cons-

titution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.) et l'art. 6 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101), a retenu que le justiciable avait un droit à ce que sa cause soit examinée par un juge impartial, exempt de préjugés et de parti pris, en l'absence de circonstances extérieures à la cause susceptibles d'influencer l'issue du procès (cf. ATF 131 I 113 consid. 3 p. 115 ss, ATF 126 I 168 consid. 2 p. 169 s., ATF 114 Ia 50 consid. 3 p. 53 ss).

Or une intervention antérieure du même magistrat dans la même affaire (Vorbefassung) peut précisément constituer une circonstance de nature à éveiller des soupçons de partialité. Tel est notamment le cas lorsque celui-ci est intervenu successivement à plusieurs stades de la même procédure à des titres divers (par exemple, en cas de cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond) ou lorsqu'il a participé à des procédures antérieures, préalables ou distinctes, dans la même cause (au sens strict ou au sens large).

Constatant qu'il n'est pas possible d'énoncer de manière générale et abstraite les conditions requises pour qu'une participation répétée du même magistrat à la même affaire soit admissible, vu la diversité des règles d'organisation judiciaire et de procédure applicables en Suisse, le TF a retenu qu'il convenait, dans chaque cas, d'examiner si, en dépit de l'intervention du juge à un stade antérieur de la procédure, l'issue de la cause, loin d'être prédéterminée, demeurait encore indéterminée (Offenheit des Verfahrensausgangs), en tenant compte d'un certain nombre de critères. Il a ainsi jugé qu'une participation répétée du même magistrat à la même affaire était inconstitutionnelle en particulier lorsque celui-ci avait exercé des tâches juridictionnelles distinctes au plan fonctionnel et organisationnel, mais non lorsqu'il avait accompli des actes d'instruction dans l'exercice de la même fonction (cf. ATF 131 I 113, ATF 126 I 168 et ATF 114 Ia 50 précités; JICRA 2003 n° 26 consid. 3d p. 170; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., vol. II, p. 579, n. 1245 et 1246; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Berne 2001, p. 135 ss, spéc. p. 141 ss; BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 143 ss).

4.3 Or le TAF, en poursuivant le traitement des affaires pendantes auprès des anciennes instances de recours auxquelles il se substitue (cf. art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF), n'exerce pas des tâches juridictionnelles distinctes – au plan fonctionnel et organisationnel – de celles des entités qu'il remplace, mais reprend les tâches juridictionnelles qui incombaient auparavant à celles-ci (cf. message révision OJ, FF 2001 4173), même s'il traite

ces affaires sur la base du nouveau droit de procédure (cf. art. 53 al. 2 phr. 2 LTAF).

Il en va de même, in casu, du juge et de la greffière dont la récusation est requise, qui exercent auprès du TAF une fonction comparable à celle qu'ils occupaient auparavant au sein du Service des recours du DFJP (cf. consid. 3.2 supra).

5. Dans ces conditions, force est de conclure que la participation antérieure d'un juge ou d'un greffier du TAF à l'instruction de la même cause au sein de l'une des anciennes instances de recours remplacées par le nouveau tribunal ne constitue pas un motif de récusation au sens de l'art. 34 al. 1 let. b LTF.

Une prévention du juge ou du greffier concerné ne saurait dès lors être retenue que si les conditions d'application d'un autre motif de récusation prévu par l'art. 34 al. 1 LTF sont réalisées.