

**Avis de droit concernant la surveillance exercée par le Tribunal
fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance –
nécessité de légiférer**

Thierry Tanquerel

Professeur honoraire de l'Université de Genève

2 février 2024

Table des matières

Partie introductive

I.	Le mandat	3
II.	Le contexte	6
III.	Le champ et la structure de l'avis de droit	10

Première partie : Etat des lieux

IV.	Le cadre constitutionnel	12
A.	<i>La séparation des pouvoirs</i>	12
B.	<i>L'indépendance des autorités judiciaires</i>	14
C.	<i>Le principe de la légalité</i>	20
D.	<i>Les garanties de procédure</i>	21
E.	<i>Les fondements constitutionnels de la surveillance des autorités judiciaires</i>	22
V.	Les types de surveillance	23
A.	<i>Introduction</i>	23
B.	<i>La surveillance hiérarchique</i>	23
C.	<i>La surveillance de tutelle</i>	26
D.	<i>Le droit disciplinaire</i>	27
VI.	Les limites du régime de surveillance en vigueur	29
A.	<i>La surveillance interne aux tribunaux fédéraux</i>	29
B.	<i>La surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance</i>	33
1.	Les bases légales et le type de surveillance	33
2.	Les instruments de la surveillance	34
3.	Les rapports avec la haute surveillance	37

Deuxième partie : Perspectives de réforme

VII.	Extension de la surveillance	39
A.	<i>Interne aux tribunaux</i>	39
1.	Surveillance disciplinaire	39
2.	Surveillance de tutelle	40
B.	<i>Du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance</i>	40
VIII.	Proposition d'un modèle	42
A.	<i>Les modèles non retenus</i>	42
B.	<i>Le modèle retenu : un Conseil supérieur de la magistrature</i>	42

Partie conclusive

IX.	Réponses aux questions posées	46
X.	Conclusions générales	48
	Bibliographie	51

Partie introductive

I. Le mandat

1. Par contrat du 8 septembre 2023, la Confédération suisse, soit pour elle les Commissions de gestion du Parlement (ci-après : CdG) ont confié au soussigné un mandat d'expertise concernant la surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance et l'éventuelle nécessité de légiférer à cet égard.
2. Un mandat identique a été confié à la professeure Daniela Thurnherr, les mandataires étant expressément invités à rédiger leur expertise de façon indépendante et autonome, à savoir sans se concerter.
3. Le contrat précité se réfère au mandat d'expertise établi par les CdG également en date du 8 septembre 2023. Ce document définit l'objet de l'expertise, à savoir un avis de droit, comme suit :

Il s'agit de clarifier tant le cadre constitutionnel que la nécessité de légiférer en matière de surveillance des tribunaux fédéraux de première instance et du Tribunal fédéral afin de déterminer comment la structure de surveillance actuelle pourrait être améliorée et d'envisager d'autres modèles de surveillance. Le mandat ne porte pas sur la haute surveillance parlementaire exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance et sur le Tribunal fédéral. L'expertise devra répondre aux questions suivantes :

A. Cadre constitutionnel

1. *Quel est le cadre constitutionnel de la surveillance exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance ?
Quel est le rapport entre la surveillance exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance et, en particulier, la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juges et l'autonomie administrative des tribunaux ?*
2. *Y a-t-il, sur la base de la Constitution, des particularités supplémentaires lorsque la surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance est exercée – comme c'est le cas actuellement – par une autre instance judiciaire ?*
3. *La création d'un droit d'ingérence de la CA TF dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce sur les tribunaux fédéraux de première instance serait-elle problématique du point de vue du droit constitutionnel ?*
4. *Quel est le cadre constitutionnel de la surveillance exercée sur le Tribunal fédéral ? Quel est le rapport entre la surveillance exercée sur le Tribunal fédéral et la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juges et l'autonomie administrative du tribunal ? Quelles sont les compétences et les obligations de la CA TF à cet égard ?*

5. *Est-il juridiquement approprié de séparer la surveillance dite de tutelle ou institutionnelle (Organaufsicht) de la surveillance disciplinaire pour les tribunaux fédéraux de première instance comme pour le Tribunal fédéral ? Quels en sont les avantages et les inconvénients ?*

B. Organisation de la surveillance

1. *À quelles limites constitutionnelles se heurte-t-on selon que la surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance est exercée par :*
 - a. *les tribunaux fédéraux de première instance eux-mêmes,*
 - b. *les autres tribunaux fédéraux de première instance (surveillance disciplinaire réciproque, comme par exemple dans la phase de recours selon l'art. 36, al. 2, de la loi sur le personnel de la Confédération),*
 - c. *la CA TF,*
 - d. *un organe externe au tribunal (par exemple, à l'instar de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération ou dans l'esprit du Conseil de la magistrature que connaissent les cantons de Fribourg, de Genève, de Neuchâtel, du Jura, du Tessin et du Valais) ?*

Lorsqu'une distinction stricte est opérée entre la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire, respectivement lorsqu'elles ne sont pas exercées par la même instance, quelle influence cela a-t-il sur les résultats ?

2. *Que faut-il changer au niveau législatif en cas de modification du modèle de surveillance actuel :*
 - a. *si la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire que la CA TF exerce sur les tribunaux fédéraux de première instance sont étendues ?*
 - b. *si la surveillance disciplinaire que les tribunaux fédéraux de première instance exercent sur eux-mêmes est étendue ?*
 - c. *si la surveillance de tutelle et / ou la surveillance disciplinaire que la CA TF exerce sur le Tribunal fédéral sont étendues ?*
3. *Selon vous, quelle forme devrait idéalement prendre la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire exercées sur*
 - a. *les tribunaux fédéraux de première instance ;*
 - b. *le Tribunal fédéral ; et*
 - c. *les Commissions fédérales d'estimation ?*

Quels seraient les avantages et les inconvénients de votre proposition par rapport à l'organisation actuelle et à la pratique très modérée de la surveillance et par rapport à d'autres modèles de surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance, sur le Tribunal fédéral et sur les Commissions fédérales d'estimation ?

4. *L'Assemblée fédérale (Chambres réunies) peut révoquer un ou une juge du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral des brevets – mais pas du Tribunal fédéral. C'est la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ) qui prépare cette procédure. Selon le modèle de surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance et sur le Tribunal fédéral, convient-il de revoir cette règle ? Dans*

l'affirmative, quels changements seraient appropriés et quels en seraient les avantages et les inconvénients ?

4. Pour la mise en place du mandat et le suivi de son exécution, les contacts avec le soussigné ont été conduits, pour le compte de la mandante, par le Secrétariat des CdG (ci-après : le Secrétariat).
5. Les documents suivants ont été mis à disposition du soussigné par le Secrétariat :
 - a. Courrier du 25 janvier 2023 des sous-commissions Tribunaux/MPC des CdG à la Commission administrative du Tribunal fédéral (ci-après : CA-TF) sous l'en-tête « Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux de première instance – nécessité de légiférer ».
 - b. Rapport de la CA-TF de mars 2023 intitulé « Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer » (cité ci-après : CA-TF 2023) en réponse au courrier précité.
 - c. Courriers du 16 août 2021 des CdG, adressés respectivement à deux juges du Tribunal pénal fédéral à titre de « lettre d'avertissement ». Ces courriers ont été transmis au soussigné sous forme caviardée, les identités des personnes concernées ou mentionnées ayant été masquées.
 - d. Rapport de la CA-TF, du 5 avril 2020, concernant la procédure de surveillance relative aux incidents qui ont eu lieu au Tribunal pénal fédéral (12_T2/2020) (cité ci-après : CA-TF 2020).
6. Conformément au contrat du 8 septembre 2023, le soussigné a déposé un bref rapport intermédiaire le 10 décembre 2023. A cette occasion, il a été relevé que, comme le mandat d'expertise faisait allusion à la surveillance exercée par les tribunaux sur eux-mêmes, il serait intéressant, dans l'idéal, d'effectuer une enquête de terrain pour cerner les contours et modalités concrètes de cette « auto-surveillance ». Il était toutefois proposé de renoncer à une telle étude pour trois raisons : le mandat porte sur un avis de droit, une étude empirique nécessiterait un renfort spécialisé, des recherches auprès des tribunaux fédéraux de première instance poseraient des problèmes de temps disponible et de secret de fonction. La mandante a approuvé cette manière de voir.
7. Le soussigné s'est donc appuyé sur les textes légaux et réglementaires, la doctrine, ainsi que les documents publics relatifs à l'objet de l'expertise : rapports et « constats en matière de haute surveillance » des CdG, rapports de gestion du Tribunal fédéral, décisions publiées de la CA-TF, divers avis de droit ayant fait l'objet d'une publication au moins électronique, ainsi que les documents mentionnés sous ch. 5.

8. C'est le lieu de remarquer que la position des personnes impliquées professionnellement dans la mise en œuvre de la surveillance sur les tribunaux ne s'exprime pas seulement dans les rapports ou prises de positions des instances concernées, mais trouve une large place dans la doctrine. C'est ainsi que, parmi les auteurs figurant dans la bibliographie on trouve le président actuel du Tribunal fédéral et de la CA-TF¹, un précédent président du Tribunal fédéral², un juge fédéral³, un secrétaire général du Tribunal fédéral⁴, un ancien président du Tribunal administratif fédéral⁵, un greffier-juriste du Conseil supérieur de la magistrature du canton de Genève⁶, des professeurs, y compris le soussigné, ayant été juges avant de rejoindre l'enseignement⁷, auxquels il faut ajouter des magistrats étrangers⁸. Cette présence forte des praticiens concernés dans la doctrine permet à celle-ci de compter sur une somme considérable d'expérience de première main. Elle peut aussi influencer la perception des enjeux, même si les auteurs en cause s'expriment à titre personnel et font preuve de rigueur académique.

II. Le contexte

9. Il y a quelques années, la doctrine a eu l'occasion de relever que l'autorité de surveillance des tribunaux fédéraux de première instance, soit le Tribunal fédéral, et l'autorité de haute surveillance, soit l'Assemblée fédérale, pouvaient se compléter de façon sensée dans leurs rôles respectifs et que le rapport entre ces deux fonctions était en principe réglé de manière appropriée⁹. La relation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif a été jugée relativement récemment comme s'étant détendue¹⁰.
10. Une divergence, pour ne pas parler d'un conflit, est toutefois survenue en 2020 à propos du rapport de la CA-TF relatif aux incidents qui ont eu lieu au Tribunal pénal fédéral (ci-après : TPF). Dans ce document, la CA-TF a consacré quelques passages à la relation entre surveillance et haute surveillance, indiquant que cette dernière ne devait pas interférer dans la gestion opérationnelle des tribunaux fédéraux, notamment en ce qui concerne la composition de la cour amenée à statuer ou l'affectation, même temporaire, des greffiers aux cours¹¹. Elle évoquait une

¹ DONZALLAZ (2022a et 2022b).

² MEYER/TSCHÜMPERLIN (2012).

³ FONJALLAZ (2011).

⁴ TSCHÜMPERLIN (2009) ; MEYER/TSCHÜMPERLIN (2012).

⁵ METZ (2020).

⁶ DAVID (2022).

⁷ POLTIER (2011 et 2008) ; TANQUEREL (2018a, 2018b et 2014). Le soussigné a en effet été juge au Tribunal administratif du canton de Genève pendant quatre ans et a été membre du Conseil supérieur de la magistrature du canton de Genève pour deux mandats de trois ans.

⁸ THOMAS (2007) ; WIWINIUS (2016).

⁹ TSCHÜMPERLIN (2009) p. 243 ; voir aussi MEYER/TSCHÜMPERLIN (2012) n° 6.

¹⁰ KOLLER (2018) n° 80 *in fine*.

¹¹ CA-TF (2020) n° 22 et 81.

résolution en cascade des problèmes internes aux tribunaux : premièrement par le tribunal concerné, deuxièmement par le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de surveillance et seulement en troisième lieu par le Parlement, en tant qu'autorité de haute surveillance¹². Elle ajoutait que, dans ce contexte, une approche directe de parlementaires par des juges violait le secret de fonction¹³. Parmi les recommandations formulées à l'égard du TPF figurait celle de mettre fin au rapport de travail avec sa secrétaire générale¹⁴.

11. Les CdG ont réagi avec force à ce rapport dans une prise de position¹⁵ et un « constat en matière de haute surveillance »¹⁶, tous deux du 24 juin 2020 et publiés dans la Feuille fédérale. La controverse a eu suffisamment d'écho pour attirer l'attention de la doctrine¹⁷.
12. Dans leur prise de position, les CdG ont formulé des critiques sévères et exprimé des divergences marquées à l'égard du rapport de CA-TF. Elles ont notamment reproché au rapport de tenir à l'endroit de certains membres du TPF un langage qui n'est pas digne du Tribunal fédéral¹⁸. Elles ont affirmé ne pas comprendre la conclusion de la CA-TF selon laquelle il n'existe au sein du TPF aucun indice d'agression sexuelle de quelque nature que ce soit, pas de harcèlement sexuel physique ou psychologique¹⁹. Elles ont estimé que la CA-TF avait violé le droit d'être entendu en publiant son rapport sans avoir préalablement donné au TPF et aux personnes nommément citées dans celui-ci la possibilité de prendre position²⁰. Elles ont enfin considéré que la recommandation de la CA-TF au TPF de licencier sa secrétaire générale constituait une ingérence inadmissible dans l'autonomie organisationnelle de celui-ci²¹. Les CdG ont encore indiqué qu'il y avait lieu de « prendre certaines mesures, notamment d'examiner en détail les bases légales de la surveillance visée à l'art. 1, al. 2, de la loi sur le Tribunal fédéral, qui n'est actuellement réglée que de manière rudimentaire »²².

¹² CA-TF (2020) n° 81.

¹³ *Id.*

¹⁴ CA-TF (2020) n° 92 et 102.

¹⁵ Procédure de surveillance relative aux incidents qui ont eu lieu au Tribunal pénal fédéral, Rapport de la Commission administrative du Tribunal fédéral du 5 avril 2020 (12_T2/2020). Avis des commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 24 juin 2020, FF 2020 p. 9125 ss. Cité ci-après : Avis CdG 2020

¹⁶ Le droit à l'information des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats à la suite du rapport de la Commission administrative du Tribunal fédéral du 5 avril 2020 (12T_2/2020) relatif aux incidents qui ont eu lieu au Tribunal pénal fédéral. Constat en matière de haute surveillance des commissions de gestion du 24 juin 2020, FF 2020 p. 9135 ss. Cité ci-après : Constat CdG 2020.

¹⁷ GÄCHTER (2020) n° 5 évoque une « véhémence inhabituelle » de la part des CdG ; voir aussi le même n° 25 et 26 ; NEUENSCHWANDER (2021a) n° 19 et (2021b) n° 29 ; DONZALLAZ (2022b) n° 18, évoquant « une véhémence peu usuelle pour nos contrées ».

¹⁸ Avis CdG (2020) p. 9128.

¹⁹ Avis CdG (2020) p. 9129.

²⁰ Avis CdG (2020) p. 9129 s.

²¹ Avis CdG (2020) p. 9131.

²² Avis CdG (2020) p. 9131 s.

13. Dans leur constat, les CdG ont souligné que l'interprétation des dispositions de la LParl²³ relatives au droit à l'information des commissions de surveillance n'est soumise à aucun examen par un tribunal et que c'est aux commissions de surveillance elles-mêmes qu'il incombe d'interpréter définitivement leur droit à l'information. Les CdG ont affirmé que « [l']ordre constitutionnel est ainsi concrétisé, qui confère à l'Assemblée fédérale l'autorité suprême de la Confédération (art. 148, al. 1, Cst.) et l'exercice de la haute surveillance sur les tribunaux fédéraux (art. 169, al. 1, Cst.). »²⁴ L'interprétation de la CA-TF ne saurait lier les CdG²⁵. Ces dernières ont également fait valoir que, globalement, le droit de s'autoadministrer du TPF (art. 60, al. 1, LOAP²⁶) n'était en rien différent de celui dont dispose le Conseil fédéral. A cet égard, la seule limite de la haute surveillance parlementaire résidait dans l'article 26, alinéa 4, LParl, lequel prévoit que « [l]a haute surveillance ne confère pas la compétence d'annuler ou de modifier une décision. Il ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires, ni des décisions du Ministère public de la Confédération »²⁷. Les CdG relevaient que la loi ne prévoyait nulle part une norme portant sur une « gestion opérationnelle » dans laquelle le Parlement ne serait pas autorisé à interférer dans le cadre de la haute surveillance²⁸. Elles considéraient en outre que la hiérarchie des compétences en matière de surveillance et de haute surveillance exposée dans le rapport de la CA-TF était contraire au droit et à la pratique usuelle des CdG²⁹. Ces dernières avaient, dans certains cas (par exemple, lors d'événements d'une grande portée et revêtant un intérêt public important), la possibilité d'éclaircir les faits jusque dans les détails, elles-mêmes ou à l'aide d'experts, sans suivre la voie de service³⁰. Enfin, les CdG ont affirmé que le fait de leur transmettre directement une information ne pouvait constituer une violation du secret de fonction³¹.
14. Divers échanges ont eu lieu par la suite entre la CA-TF et les sous-commissions Tribunaux/MPC des CdG, dont le détail n'est pas connu du soussigné. Par courrier du 25 janvier 2023³², les sous-commissions ont invité la CA-TF à leur faire rapport de manière approfondie sur la nécessité de légiférer en matière de surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance. Ce courrier contenait une série de questions auxquelles la CA-TF était invitée à répondre.

²³ Loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl) du 13 décembre 2002 (RS 171.10).

²⁴ Constat CdG (2020) n° 10.

²⁵ Constat CdG (2020) n° 11.

²⁶ Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP) du 19 mars 2010 (RS 172.71).

²⁷ Constat CdG (2020) n° 14.

²⁸ Constat CdG (2020) n° 15.

²⁹ Constat CdG (2020) n° 17 s.

³⁰ Constat CdG (2020) n° 19.

³¹ Constat CdG (2020) n° 20.

³² *Supra* ch. 5a.

15. La CA-TF a répondu à cette invite par son rapport de mars 2023, sur lequel nous reviendrons dans la suite du présent avis de droit en tant que besoin. A ce stade, il suffit de mentionner quelques considérations générales importantes. La CA-TF considère que le pouvoir de surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance s'apparente à la tutelle sur une entité décentralisée³³. Il s'agit donc d'une surveillance institutionnelle et non hiérarchique³⁴. La CA-TF voit la surveillance exercée par le Tribunal fédéral comme étant « au service de la haute surveillance parlementaire », les conclusions de l'activité de surveillance étant communiquées à l'autorité de haute surveillance ; il s'agit, par ce mécanisme, de permettre à l'autorité fédérale de contrôle de bénéficier des compétences techniques du Tribunal fédéral³⁵. Selon la CA-TF, les limites assignées par la LParl à la haute surveillance sont largement pertinentes pour fixer les limites de la surveillance³⁶. La loi ne précisant pas les moyens de la surveillance, c'est un règlement du Tribunal fédéral qui le fait, ce qui peut poser un problème lorsque certaines mesures doivent reposer sur une base légale formelle³⁷. Ces dernières années, la CA-TF a été amenée à diligenter des enquêtes aussi bien concernant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) que le TPF³⁸. La CA-TF peut établir des directives, pour la mise en œuvre desquelles elle ne dispose cependant d'aucun moyen d'exécution. Elle agit également par des recommandations et par des « décisions », lesquelles ne doivent pas être comprises dans le sens usuel du terme, car elles ne permettent pas de modifier les droits et obligations de leurs destinataires³⁹. La CA-TF relève que, selon les CdG, une simple recommandation au contenu non impératif mais spécifique (concernant une personne déterminée) constitue une ingérence inadmissible dans l'autonomie organisationnelle du TPF, ce qui limite radicalement les possibilités pour la CA-TF d'exercer sa charge⁴⁰. Par ailleurs, la CA-TF considère qu'en adressant des lettres d'avertissement à deux juges du TPF, les CdG se sont reconnu un droit de prendre des mesures disciplinaires. Elle estime qu'elle n'a pas une même compétence par extension, car, contrairement aux CdG, qui sont habilitées à révoquer les juges fédéraux de première instance, elle ne dispose d'aucun pouvoir direct sur ceux-ci⁴¹. La CA-TF conclut, en ce qui concerne ses moyens d'intervention, en constatant que l'appareil législatif est pauvre et ne permet en aucune manière à la CA-TF d'adopter de véritables mesures impératives et exécutoires pour tirer les conséquences des constats opérés lors de ses procédures de contrôle⁴². La CA-TF relève encore qu'elle ne peut évoquer une affaire administrative d'un tribunal de première instance, le Tribunal fédéral ne disposant

³³ CA-TF (2023) n° 29.

³⁴ CA-TF (2023) n° 30.

³⁵ CA-TF (2023) n° 32 s. Voir aussi n° 135.

³⁶ CA-TF (2023) n° 37.

³⁷ CA-TF (2023) n° 48 et 51.

³⁸ CA-TF (2023) n° 56, note 90.

³⁹ CA-TF (2023) n° 67 ss.

⁴⁰ CA-TF (2023) n° 72 s.

⁴¹ CA-TF (2023) n° 77 ss. Voir aussi n° 165.

⁴² CA-TF (2023) n° 83.

pas d'un droit d'ingérence dans les affaires des tribunaux qu'il surveille⁴³. Quant à adresser une injonction individualisée à un seul membre d'un tribunal surveillé, cela constituerait une mesure disciplinaire, matière exclue de la surveillance institutionnelle⁴⁴. La CA-TF consacre enfin une section de son rapport au droit disciplinaire dans une perspective *de lege ferenda*⁴⁵.

16. En ce qui concerne les réponses spécifiques aux questions posées par les CdG, on relèvera notamment que la CA-TF ne voit pas fondamentalement d'intérêt à la fusion des systèmes de surveillance institutionnelle et de surveillance disciplinaire⁴⁶. Confier de nouvelles tâches disciplinaires au Tribunal fédéral surchargerait celui-ci⁴⁷. La CA-TF juge cependant que le système actuel du « tout ou rien », avec la seule révocation comme mesure disciplinaire, est inadéquat⁴⁸. Sur un autre point, la CA-TF juge délicat un élargissement de la surveillance institutionnelle, surtout s'il s'agit de corriger ou réprimer des comportements individuels, ce qui conduit à une surveillance de type disciplinaire⁴⁹. Quant à l'éventualité de l'introduction d'un droit disciplinaire (pour les juges) interne aux tribunaux de première instance, elle impliquerait l'incorporation d'une telle faculté dans chaque loi spécifique à ces tribunaux. Selon la CA-TF, cette formule présenterait l'avantage de la connaissance du système, mais le désavantage corrélatif d'une trop grande proximité. La détermination des voies de recours ne serait pas très simple.⁵⁰
17. S'étant penchées sur la prise de position de la CA-TF, les CdG ont remarqué qu'il faudrait également repenser la manière dont est organisée la surveillance du Tribunal fédéral. Afin de pouvoir poursuivre leurs travaux sur le sujet complexe de la surveillance des tribunaux fédéraux en s'appuyant sur une base claire et indépendante de la perception de la CA-TF en ce qui concerne les possibilités et les limites juridiques (constitutionnelles), les CdG ont décidé de demander à deux experts un avis de droit selon le mandat exposé plus haut⁵¹.

III. Le champ et la structure de l'avis de droit

18. Le mandat d'expertise stipule expressément que « [l]e mandat ne porte pas sur la haute surveillance parlementaire exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance et sur le Tribunal fédéral ». Pour répondre à une question du soussigné, le

⁴³ CA-TF (2020) n° 93 et 113.

⁴⁴ CA-TF (2020) n° 113.

⁴⁵ CA-TF (2020) n° 136 ss. Voir aussi n° 191.

⁴⁶ CA-TF (2020) n° 164.

⁴⁷ CA-TF (2020) n° 166.

⁴⁸ CA-TF (2020) n° 169.

⁴⁹ CA-TF (2020) n° 179.

⁵⁰ CA-TF (2020) n° 193 ss.

⁵¹ Les considérations résumées dans ce paragraphe sont tirées de l'introduction du « mandat d'expertise » mentionné *supra* sous ch. 3.

Secrétariat a précisé que le but de cette affirmation consistait « simplement à éviter que les expertises proposeront des modèles qui abolissent la haute surveillance parlementaire des CdG, tandis que le fait que c'est la commission judiciaire qui exerce certains droits de révocation nous paraît être matière à discuter ».

19. Afin de respecter le cadre du mandat, le présent avis de droit ne contiendra aucune proposition portant sur les bases constitutionnelles et légales de la haute surveillance parlementaire sur les tribunaux fédéraux.
20. Il convient toutefois de souligner qu'une discussion de la surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux de première instance et de la surveillance des tribunaux fédéraux sur eux-mêmes ne peut faire abstraction des rapports de cette surveillance avec la haute surveillance. La doctrine relative à la surveillance évoque d'ailleurs systématiquement également la haute surveillance, que ce soit pour souligner les différences entre les deux ou pour expliciter les rapports qu'elles entretiennent⁵². La haute surveillance devra donc être évoquée dans le présent avis de droit, non pas en vue de l'évaluer pour elle-même ou d'en proposer une éventuelle réforme, mais afin de déterminer la portée et la place adéquates de la surveillance, ainsi que son articulation avec la haute surveillance.
21. Dans cette perspective, le présent avis de droit partira du postulat que la réglementation constitutionnelle et légale de la haute surveillance ne sera pas modifiée. Mais il ne saurait reposer sur la présomption irréfragable que l'interprétation des CdG relative à la portée de la haute surveillance et à son rapport avec la surveillance est présumée la plus conforme au cadre juridique en vigueur. Un tel postulat produirait en effet un avis de droit biaisé, qui ne pourrait plus être considéré comme indépendant.
22. En ce qui concerne la question du mandat d'expertise portant sur « la surveillance exercée sur le Tribunal fédéral »⁵³, il faut partir de l'idée qu'elle ne concerne pas la haute surveillance de l'Assemblée fédérale sur ledit tribunal, exclue en principe du mandat, mais celle de la surveillance du Tribunal fédéral par lui-même, soit par la CA-TF, évoquée plus loin dans le mandat⁵⁴.
23. Dès lors que le mandat porte sur la surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance, la question de la surveillance sur les commissions fédérales d'estimation en est en principe exclue. Les questions posées dans le mandat confirment cette exclusion, à une exception près. En effet, la

⁵² GÄCHTER (2020) n° 8 ss ; KOLLER (2018) n° 71 ss ; MEYER/TSCHÜMPERLIN (2012) n° 6 ss ; TSCHÜMPERLIN (2009) p. 235 ss.

⁵³ Question A, 4.

⁵⁴ Question B, 2, c.

question portant sur forme que devrait idéalement prendre la surveillance inclut la surveillance exercées sur les commissions fédérales d'estimation⁵⁵.

24. Pour la doctrine, la question du mode d'élection, et de réélection, des juges fédéraux mérite d'être évoquée dans le cadre d'une analyse globale de l'indépendance de la justice⁵⁶, ce qui en fait un sujet connexe de celui de la surveillance. Au vu du mandat confié au soussigné, le champ de l'avis de droit demandé est cependant plus étroit : il se limite à la question de la surveillance, sans s'étendre au mode de désignation des juges. Cette question ne sera donc pas traitée. Sera néanmoins évoquée l'articulation de la surveillance, le cas échéant de la surveillance disciplinaire, avec l'éventuelle révocation ou non-réélection d'un juge.
25. Il résulte du mandat d'expertise que celle-ci doit consister en un avis de droit. Ce dernier sera donc exclusivement centré sur une perspective juridique, abstraction étant faite de toute considération relative à la faisabilité politique des propositions émises.
26. Pour répondre de manière cohérente et synthétique aux questions posées, l'avis de droit s'articulera en deux parties consacrées, premièrement, à un état des lieux et, deuxièmement, aux perspectives de réforme. Il exposera d'abord le cadre constitutionnel de la surveillance des tribunaux fédéraux (IV), les différents types de surveillance (V) et les limites du régime de surveillance en vigueur (VI). Il abordera ensuite la question d'une extension de la surveillance (VII), avant de proposer un modèle « idéal » (VIII). Une partie conclusive permettra de récapituler les réponses aux questions posées (IX) et de présenter les conclusions générales principales de l'avis de droit (X).

Première partie : Etat des lieux

IV. Le cadre constitutionnel

A. *La séparation des pouvoirs*

27. La séparation des pouvoirs n'est pas mentionnée dans la Constitution fédérale actuelle⁵⁷, ni d'ailleurs dans celles qui l'ont précédée⁵⁸. Elle est cependant reconnue par le Tribunal fédéral comme un droit constitutionnel individuel⁵⁹ et constitue un

⁵⁵ Question B, 3, c.

⁵⁶ Voir, par exemple, BOHNET (2021) n° 46 ; NEUENSCHWANDER (2021b) n° 21 ss ; MARTENET (2020) n° 53 et 70 ; METZ (2020) n° 9 ; FONJALLAZ (2011) p. 56 s. ; KIENER (2001) p. 255 ss.

⁵⁷ Constitution fédérale (Cst.) du 18 avril 1999 (RS 101).

⁵⁸ MARTENET (2020) n° 28.

⁵⁹ ATF 142 I 26, consid. 3.3.

principe essentiel de l'organisation étatique helvétique⁶⁰. Sous son aspect de séparation personnelle des pouvoirs, elle a reçu une consécration expresse à l'article 144, alinéa 1, Cst., qui prévoit que les fonctions de membre du Conseil national, du Conseil des Etat, du Conseil fédéral et de juge au Tribunal fédéral sont incompatibles⁶¹.

28. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, le principe de séparation des pouvoirs a très souvent été jumelé avec celui de l'indépendance des tribunaux. Ainsi, pour MARTENET, « [l']indépendance des autorités judiciaires forme une des pierres angulaires de la séparation des pouvoirs, en tout cas dans son acception contemporaine, de l'Etat de droit et de la *rule of law* »⁶². Pour BOHNET, « [l']indépendance du pouvoir judiciaire est une expression du principe de la séparation des pouvoirs »⁶³. UEBERSAX considère que l'indépendance des tribunaux doit être garantie, en particulier eu égard au principe de séparation des pouvoirs⁶⁴.
29. Au vu de ce qui vient d'être exposé, il apparaît que le principe de séparation de pouvoir a une portée particulière dans la relation entre le pouvoir judiciaire et les deux autres pouvoirs. Comme la doctrine l'a relevé, « [l]e pouvoir judiciaire est le seul parmi les trois principaux organes étatiques à déduire du principe de la séparation des pouvoirs le postulat de son indépendance. Le parlement et le gouvernement peuvent à la rigueur s'en passer mais, pour les juges, l'indépendance apparaît à la fois comme la condition et le résultat de leur fonction spécifique »⁶⁵.
30. En tant qu'élément du cadre constitutionnel de la surveillance des tribunaux, le principe de séparation des pouvoirs ne saurait cependant être réduit au seul rôle de fondement de l'indépendance des tribunaux. Une telle façon de voir revient à nier à ce principe toute portée juridique propre hors de la problématique de l'indépendance des tribunaux, qui sera examinée ci-après. Or, la portée de la séparation des pouvoirs ne se confond pas avec celle de l'indépendance des tribunaux, pour deux raisons au moins.
31. Premièrement, comme les CdG en ont sans doute eu l'intuition en établissant le mandat de la présente expertise, une intervention dans le fonctionnement des tribunaux n'a pas la même portée en termes institutionnels suivant qu'elle émane d'un autre pouvoir, exécutif ou législatif, d'une autorité indépendante des trois pouvoirs ou encore d'une instance relevant elle-même du pouvoir judiciaire. Dans le premier cas, le principe de séparation des pouvoirs a bel et bien une portée propre.

⁶⁰ DONZALLAZ (2022a) n° 34 ; MALINVERNI et al. (2021a) n° 1803.

⁶¹ MALINVERNI et al. (2021a) n° 1803.

⁶² MARTENET (2020) n° 52 et, dans un sens analogue, n° 30.

⁶³ BOHNET (2021) n° 44.

⁶⁴ UEBERSAX (2020) n° 10. Voir aussi PELLATON (2016) n° 98 ; NEUENSCHWANDER (2021b) n° 2 ; SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 5 ; FONJALLAZ (2011) p. 49.

⁶⁵ MALINVERNI et al. (2021a) n° 1795.

Il peut certes être nuancé – comme le fait l'article 169, alinéa 1 Cst., qui confie à l'Assemblée fédérale la haute surveillance sur les tribunaux fédéraux. Mais il reste un enjeu, car la maxime de base résultant du principe de la séparation des pouvoirs veut que la résolution des conflits relatifs à l'application de la loi relève du pouvoir judiciaire et que l'édiction de la législation relève du pouvoir législatif. Le pouvoir législatif retient ainsi le droit de modifier la loi si l'interprétation du droit en vigueur effectuée par les tribunaux ne lui convient pas⁶⁶. C'est en ce sens qu'il a pu être affirmé, à juste titre, que le plus important instrument de contrôle de l'Assemblée fédérale envers les tribunaux est la législation, puisque les tribunaux sont soumis à la loi, conformément à l'article 191c Cst.⁶⁷ En utilisant cet instrument, l'Assemblée fédérale n'empiète nullement dans l'exercice des fonctions judiciaires, alors que la haute surveillance porte inévitablement sur cet exercice – quand bien même elle ne porterait pas sur le résultat de celui-ci – ce qui induit un enjeu de séparation des pouvoirs. A l'inverse, la question de la séparation des pouvoirs ne joue pas de rôle dans les relations entre tribunaux fussent-elles de surveillance⁶⁸.

32. Deuxièmement, comme on le verra plus en détail ci-après⁶⁹, le principe d'indépendance des autorités judiciaires vaut non seulement à l'égard des autres pouvoirs de l'Etat, mais également au sein même du pouvoir judiciaire et même, sous son aspect d'indépendance personnelle des juges, au sein d'un même tribunal. Il ne peut donc avoir pour seul fondement le principe de séparation des pouvoirs et sa portée s'étend à des situations que celle-ci ne couvre pas.
33. Il faut donc retenir que le principe de séparation des pouvoirs a des conséquences propres sur l'admissibilité des mécanismes de surveillance des tribunaux et sur la manière de concevoir celle-ci qui correspond le mieux à l'esprit de la Constitution.

B. L'indépendance des autorités judiciaires

34. L'article 191c Cst. prévoit que « [d]ans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi. » Cette disposition a été introduite avec le « paquet » relatif à la réforme de la justice accepté par le peuple et les cantons le 12 mars 2000 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.
35. L'adoption de l'article 191c n'a cependant fait qu'ancrer dans la Constitution un principe qui était déjà reconnu en tant que principe non écrit et qui était garanti, au niveau international, aussi bien par l'article 14, alinéa 2, du Pacte ONU II⁷⁰ que par

⁶⁶ KOLLER (2018) n° 79 ; FONJALLAZ (2011) p. 52.

⁶⁷ GÄCHTER (2020) n° 8.

⁶⁸ MEYER/TSCHÜMPERLIN (2012) n° 6.

⁶⁹ *Infra* ch. 34 ss.

⁷⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), Conclu à New York le 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁷¹ et, au niveau national, en tant que droit fondamental individuel, par l'article 30 Cst.⁷² Il a été dit que l'introduction de l'article 191c Cst. visait à donner une dimension institutionnelle au principe de l'indépendance des autorités judiciaires⁷³ et que l'article 191c Cst. était « l'accessoire institutionnel » de l'article 30 Cst. et de l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁷⁴. A vrai dire, la dimension institutionnelle de l'indépendance de la justice existait déjà nécessairement sur la base des articles 14, alinéa 2, du Pacte ONU II, 6, paragraphe, 1, CEDH et 30 Cst. En effet, dans la mesure où ces dispositions garantissent le droit de voir sa cause jugée par un tribunal indépendant, il convient nécessairement que des tribunaux indépendants soient accessibles aux justiciables ou, dit autrement, que les tribunaux auxquels les justiciables ont accès soient indépendants⁷⁵.

36. Pour juger de la notion de tribunal indépendant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme revêt une importance fondamentale, d'une part, en raison du rayonnement dont elle jouit⁷⁶, d'autre part, plus directement, parce que le grief de violation de l'article 6 CEDH peut lui être soumis une fois toutes les voies de droit nationales épuisées. Lorsqu'elle a eu à déterminer si un organe pouvait passer pour « indépendant » – notamment à l'égard de l'exécutif et des parties –, la Cour a tenu compte de facteurs tels que le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y avait ou non une apparence d'indépendance⁷⁷. Pour la Cour, « [e]n la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit l'adage anglais, “justice must not only be done, it must also be seen to be done” (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable »⁷⁸.
37. Il est ici question d'indépendance des autorités judiciaires ou, ce qui est synonyme, des tribunaux. Il n'y a pas lieu d'approfondir la question des critères permettant de déterminer si une instance constitue un tribunal⁷⁹. Il ne fait en effet aucun doute que le Tribunal fédéral et les tribunaux fédéraux de première instance, de même que les commissions fédérales d'estimation, qui font l'objet du présent avis de droit, sont

⁷¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), conclue à Rome le 4 novembre 1950 (RS 0.101).

⁷² NEUENSCHWANDER (2021b) n° 1 et 2.

⁷³ *Id.* n° 2.

⁷⁴ FONJALLAZ (2011) p. 50.

⁷⁵ SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 2.

⁷⁶ MARTENET (2020) n° 52.

⁷⁷ Arrêt de la Grande Chambre de la CourEDH du 25 septembre 2018, n° 76639/11, *Denisov c. Ukraine*, consid. 60 (avec références).

⁷⁸ *Id.* consid. 63.

⁷⁹ Cf. SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 2.

des autorités judiciaires ou des tribunaux au sens de l'article 191^c Cst.⁸⁰ et des autres dispositions garantissant l'indépendance des tribunaux⁸¹.

38. Ce n'est pas le lieu ici de traiter dans toutes ses dimensions la question de l'indépendance des autorités judiciaires. On se contentera donc de mettre en évidence quelques aspects de cette question qui ont une portée évidente en ce qui concerne la surveillance – ou la haute surveillance – des tribunaux. On peut à cet égard remarquer d'emblée que la doctrine admet une relation de tension entre le principe d'indépendance des tribunaux et la surveillance/haute surveillance de la justice⁸² et considère que le premier peut constituer une limite constitutionnelle à l'exercice de la seconde⁸³.
39. Il faut souligner que le principe d'indépendance des autorités judiciaires ne concerne pas seulement la relation entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs, mais déploie également ses effets, à l'intérieur du pouvoir judiciaire, entre les diverses instances qui le composent⁸⁴. Le contrôle du contenu des décisions judiciaires passe par les voies de recours prévues dans l'ordre juridique en cause. Lorsque les décisions d'une autorité judiciaire peuvent être portées, par un recours ou un appel, devant une autre autorité judiciaire, on a coutume de dire que cette dernière est supérieure à la première. On dira aussi de l'autorité judiciaire qui statue en dernier ressort dans un ordre juridique qu'elle est « suprême ». Ainsi en est-il pour le Tribunal fédéral à l'article 188, alinéa 1, Cst. Mais cette hiérarchie juridictionnelle ne doit pas être confondue avec celle qui prévaut dans l'administration⁸⁵. Elle n'implique pas le pouvoir pour les juridictions supérieures de donner des instructions aux tribunaux inférieurs sur la manière de trancher des affaires qui leur sont soumises⁸⁶ en dehors des leçons résultant de la jurisprudence rendue sur recours. Certes, le contrôle de la jurisprudence des tribunaux inférieurs a un aspect aléatoire, car les parties peuvent renoncer à recourir⁸⁷, et lacunaire, car un recours n'est pas toujours possible. Cela ne permet cependant pas aux tribunaux « supérieurs » ou même « suprêmes » d'intervenir dans cette jurisprudence hors de leur fonction strictement juridictionnelle, par exemple dans l'exercice d'une fonction de surveillance⁸⁸.

⁸⁰ NEUENSCHWANDER (2021b) n° 9 ; REICH (2015) n° 13.

⁸¹ *Supra* ch. 35.

⁸² DONZALLAZ (2022a) n° 57 ; REICH (2015) n° 19 ; FONJALLAZ (2011), p. 49 s., par rapport à la haute surveillance ; KIENER (2001) p. 295.

⁸³ BIAGGINI (2008) p. 12, 15, 16, 17.

⁸⁴ SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 14 ; DAVID (2022) n° 10 ; NEUENSCHWANDER (2021b) n° 4 ; UEBERSAX (2020) n° 10 ; WIWINIUS (2016) n° 34 ; POLTIER (2011) p. 1024 ; COMMISSION DE VENISE (2010) n° 71.

⁸⁵ KOLLER (2018) n° 93 y voit non pas une relation hiérarchique, mais une « supériorité fonctionnelle » (« *funktionelle Überordnung* »).

⁸⁶ POLTIER (2011) p. 1024.

⁸⁷ TSCHÜMPERLIN (2009) n° 2.

⁸⁸ SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 14 ; NEUENSCHWANDER (2021a) n° 17 ; HÄGGI FURRER/MERKER (2015) n° 25 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 559 ; OFJ (2004) III, E, 1, d.

40. Le principe d'indépendance a aussi une portée au sein même d'un tribunal, lorsque celui-ci est collégial⁸⁹. La délibération entre les membres de la composition appelée à statuer sur une affaire est fondée sur l'échange des arguments, la force de conviction de ceux-ci et, le cas échéant, un vote au sein de la composition. Elle ne saurait découler d'une relation d'autorité entre les membres du Tribunal. S'il y a bien une relation hiérarchique entre les juges et les greffiers ou les collaborateurs scientifiques, qui peuvent se voir dicter le résultat d'un jugement à préparer⁹⁰, il ne saurait y en avoir entre juges, en tout cas en ce qui concerne l'exercice de la fonction juridictionnelle⁹¹.
41. Pour synthétiser, on dira que le principe d'indépendance des autorités judiciaires implique, dans l'exercice des compétences juridictionnelles, l'indépendance du pouvoir judiciaires envers les autres pouvoirs, celle des tribunaux envers les autres tribunaux et celle des juges vis-à-vis de leurs collègues : «[u]n juge ne doit pas être soumis à un autre juge, en dehors des mécanismes des voies de recours »⁹².
42. Selon les termes mêmes de l'article 191 c. Cst. l'indépendance des autorités judiciaires se rapporte à « l'exercice de leurs compétences juridictionnelles ». Comme on l'a déjà noté, la doctrine insiste sur le fait qu'un tribunal supérieur ne saurait exercer un contrôle juridictionnel des décisions rendues par un tribunal inférieur soumis à sa surveillance en dehors d'une procédure de recours⁹³. Le Tribunal fédéral a codifié cette règle à propos de la surveillance qu'il exerce sur les tribunaux fédéraux de première instance à l'article 2, alinéa 2, RSTF⁹⁴ qui précise que « [l]a jurisprudence est exclue de cette surveillance ». En application de cette règle, le Tribunal fédéral n'intervient lorsqu'il est saisi d'une plainte en tant qu'autorité de surveillance pour déni de justice formel que si un problème structurel d'ordre organisationnel ou structurel est constaté⁹⁵. Certains cas peuvent être délicats : le Tribunal fédéral considère qu'une organisation ou une mise en œuvre insuffisante de la coordination de la jurisprudence entre dans sa compétence de surveillance, mais il a laissé ouverte la question de savoir si l'unité de la jurisprudence en tant que telle pouvait faire l'objet d'une procédure de surveillance⁹⁶.
43. L'accent mis sur l'exclusion d'un contrôle de la jurisprudence hors des voies de recours, couplé avec l'affirmation que « [l]'indépendance des juges ne s'étend

⁸⁹ SCHINDLER/SCHULER/WYSS (2023) n° 7 et 14 ; UEBERSAX (2020) n° 10 ; WIWINIUS (2016) n° 34 ; KIENER (2001) p. 219 ss ; COMMISSION DE VENISE (2010) n° 71.

⁹⁰ POLTIER (2011) p. 1027 et 1029.

⁹¹ POLTIER (2011) p. 1024 et 1027.

⁹² BOHNET (2021) n° 47. Voir aussi THOMAS (2007) n° 7.

⁹³ *Supra* note 88.

⁹⁴ Règlement du Tribunal fédéral relatif à la surveillance du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets (Règlement sur la surveillance par le Tribunal fédéral, RSTF) du 11 septembre 2006 (RS 173.110.132).

⁹⁵ ATF 144 II 486, consid. 3.1

⁹⁶ ATF 135 II 426, consid. 4.2. Sur cette question, y répondant positivement, TSCHÜMPERLIN (2009) p. 235 et (2013) n° 15 ; nuancé, DONZALLAZ (2022a) n° 75.

toutefois pas au-delà de ce qui est nécessaire au but premier de la fonction judiciaire, qui est de dire le droit »⁹⁷, peut toutefois donner lieu à des interprétations *a contrario*, qui limitent indûment le principe d'indépendance de la justice. Ainsi, lorsqu'il est affirmé que la surveillance ne peut en aucun cas être utilisée pour influencer d'une quelconque manière la décision ou la procédure dans un cas déterminé⁹⁸, on ne saurait en déduire qu'une influence sous la forme de directives de fond générales serait admissible. Des injonctions générales visant à la modification de la jurisprudence, formulées dans le cadre d'une haute surveillance ou d'une surveillance, heurteraient directement le principe d'indépendance des autorités judiciaires⁹⁹. On ne peut non plus suivre les CdG lorsqu'elles affirment que la seule restriction à leur activité de haute surveillance réside dans la règle de l'article 26, alinéa 4, LParl, qui prévoit que la haute surveillance ne confère pas la compétence d'annuler ou de modifier une décision et qu'il ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires ni des décisions du Ministère public de la Confédération¹⁰⁰. Si l'on prenait cette affirmation à la lettre en la poussant à l'extrême, on pourrait en conclure que les CdG se reconnaissent, en cas de besoin, un droit illimité d'intervenir dans le fonctionnement des tribunaux fédéraux. Or, comme tous les organes de l'Etat, même si elle est autorité suprême de la Confédération (art. 148, alinéa 1, Cst.), l'Assemblée fédérale, est liée par la Constitution dans l'exercice de ses compétences. Dans la mise en œuvre de sa compétence de haute surveillance, elle est donc liée par les articles 30 et 191^c Cst. qui consacrent l'indépendance des autorités judiciaires¹⁰¹. Cette dernière ne se limite pas à une interdiction d'intervention directe dans la jurisprudence par des entités externes au tribunal compétent. Elle postule plus largement « qu' aucune autorité non judiciaire n'ait dans ses rapports avec le pouvoir judiciaire, des attributions qui la mettraient en mesure d'intervenir dans le règlement des affaires soumises au juge »¹⁰². Au vu de la portée exposée plus haut du principe d'indépendance des autorités judiciaires¹⁰³, cette maxime doit s'appliquer en définitive à toute entité externe au tribunal compétent.

44. Le principe d'indépendance des autorités judiciaires couvre donc non seulement les décisions proprement dites rendues par ces autorités, mais également les éléments de fonctionnement d'un tribunal qui sont en relation tellement étroite avec le prononcé des décisions, qu'une influence sur ces éléments pourrait être considérée comme une influence sur la jurisprudence¹⁰⁴. Dans ces cas, pour respecter le principe d'indépendance, l'autorité de surveillance devra faire preuve de retenue, voire s'abstenir d'intervenir. Il n'est pas toujours aisé de déterminer quelles sont les

⁹⁷ NEUENSCHWANDER (2021b) n° 5 ; dans le même sens, REICH (2015) n° 14.

⁹⁸ KOLLER (2018) n° 89.

⁹⁹ FONJALLAZ (2011) p. 49, en ce qui concerne la haute surveillance.

¹⁰⁰ Constat CdG (2020) n° 14 et 15.

¹⁰¹ KOLLER (2018) n° 78.

¹⁰² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 559.

¹⁰³ *Supra* ch. 39 et 40.

¹⁰⁴ KOLLER (2018) n° 83 ; POLTIER (2011) p. 1021.

activités d'un tribunal qui relèvent de la jurisprudence ou de la gestion¹⁰⁵. Quoiqu'il en soit, comme on vient de le voir, même certaines activités de gestion pourraient être couvertes par le principe d'indépendance des autorités judiciaires.

45. Le Constituant et le législateur ont tenu compte de ce qui précède en consacrant le principe d'autonomie de gestion des tribunaux. Ce principe est ancré au niveau constitutionnel à l'article 188, alinéa 3, Cst., en ce qui concerne le Tribunal fédéral. Il est prévu, au niveau de la loi, pour les deux principaux tribunaux fédéraux de première instance : par les articles 14 et 27 LTAF¹⁰⁶, en ce qui concerne le TAF ; par les articles 51 et 60 LOAP, en ce qui concerne le TPF.
46. Un auteur a relevé à juste titre que « [l']idée centrale ici est que le pouvoir judiciaire doit bénéficier d'une marge de manœuvre dans le cadre de ses tâches administratives afin de renforcer l'indépendance de la justice »¹⁰⁷. Dans cette perspective, il est normal que la surveillance comme la haute surveillance¹⁰⁸ tiennent compte de l'autonomie administrative des tribunaux surveillés, comme élément de protection de leur indépendance. Certes, comme l'a souligné un autre auteur, la surveillance implique nécessairement une limitation de l'autonomie : si cette dernière était absolue, la surveillance serait exclue¹⁰⁹. Or, en elle-même, une surveillance du bon fonctionnement – conforme à la Constitution – des tribunaux ne remet pas en question leur indépendance¹¹⁰. Cela n'implique nullement que la surveillance (ou la haute surveillance) puisse vider de sa substance l'autonomie de gestion. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, si les CdG semblent ne pas admettre que l'autonomie de gestion des tribunaux puisse restreindre leur haute surveillance¹¹¹, elles indiquent clairement que celle-ci limite la surveillance exercée par le Tribunal fédéral¹¹².
47. On notera enfin, en ce qui concerne les relations au sein d'une même juridiction, que s'il serait à l'évidence inadmissible que certains membres de celle-ci puissent donner des instructions à leurs collègues sur la manière de trancher une affaire, il serait aussi problématique, même en l'absence d'un tel pouvoir d'instruction, que l'organisation du tribunal place certains de ses membres dans une position de subordination telle, vis-à-vis par exemple de la présidence dudit tribunal, que ceux-ci ne seraient plus en mesure de se prononcer en toute indépendance sur les affaires qu'ils sont appelés à trancher. Cette dimension de l'indépendance des juges doit

¹⁰⁵ POLTIER (2012) n° 9.

¹⁰⁶ Loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF) du 17 juin 2005 (RS 173.32).

¹⁰⁷ POLTIER (2012) n° 8. Dans le même sens, CHAIX (2021) n° 21 à propos de l'art. 188, al. 3 Cst.

¹⁰⁸ NEUENSCHWANDER (2021a) n° 19.

¹⁰⁹ TSCHÜMPERLIN (2009) p. 234.

¹¹⁰ KOLLER (2018) n° 77 ; KIENER (2001) p. 295.

¹¹¹ *Supra* ch. 43.

¹¹² Avis CdG (2020) p. 9131.

notamment être prise en considération sous l'angle de la surveillance exercée par les tribunaux « sur eux-mêmes » telle qu'évoquée dans le mandat d'expertise¹¹³.

C. *Le principe de la légalité*

48. Le principe de la légalité, qui vaut, conformément à l'article 5, alinéa 1, Cst. pour toutes les activités de l'Etat, est usuellement décliné en deux composantes. Selon le principe de la primauté de la loi (ou suprématie de la loi), l'Etat, à savoir toutes les instances, entités et personnes qui agissent pour lui, doivent respecter l'ensemble des dispositions légales, ainsi que leur hiérarchie. En vertu du principe de l'exigence de la base légale, les mêmes ne peuvent agir que si la loi le leur permet. A cet égard, le niveau d'exigence peut varier selon le contexte, tant en ce qui concerne la densité normative de la base légale qu'en ce qui concerne la qualité de cette dernière : dans certaines circonstances une base légale formelle sera nécessaire¹¹⁴.
49. En ce qui concerne la surveillance sur les tribunaux, le principe de la légalité intervient sous des angles et dans des contextes divers.
50. Comme on le verra¹¹⁵, en tant qu'elle vise à assurer un bon fonctionnement des tribunaux, dont le rôle est de dire le droit, la surveillance contribue à la mise en œuvre du principe de primauté de la loi.
51. La primauté de la loi constitue au surplus à la fois un fondement et une limite de la surveillance. D'un côté, lorsque la loi prévoit une surveillance, celle-ci doit être mise en œuvre : l'autorité investie de la charge de la surveillance n'a pas la simple faculté, mais le devoir d'exercer celle-ci¹¹⁶. D'un autre côté, la surveillance ne saurait permettre de déroger à la répartition légale des compétences entre les différentes instances judiciaires. Elle ne saurait non plus permettre de contourner le régime des voies de recours prévu par le législateur.
52. L'exigence de la base légale intervient de manière différenciée selon le type de surveillance en cause. Dans le cas d'une surveillance hiérarchique, que l'on retrouve surtout vis-à-vis du personnel des tribunaux autre que les magistrats, elle passe au second plan, une fois le principe de la relation hiérarchique établie¹¹⁷. En ce qui concerne la surveillance dite de tutelle, par laquelle une instance – tribunal ou Conseil de la magistrature – surveille des tribunaux et ou des juges, le principe de la surveillance nécessitera une base légale formelle, de même que les mesures

¹¹³ Question B, 1, a.

¹¹⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres, TANQUEREL (2018a) n° 448 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 621 ss.

¹¹⁵ *Infra* ch. 61.

¹¹⁶ FREY HAESLER (2017) p. 11.

¹¹⁷ *Infra* ch. 73.

susceptibles de toucher la situation juridique de personnes¹¹⁸. C'est en matière de droit disciplinaire, permettant le prononcé de sanctions, que l'exigence de la base légale sera la plus élevée¹¹⁹.

D. Les garanties de procédure

53. Il n'y a pas lieu de détailler ici le catalogue des garanties de procédure découlant tant du droit international que de la Constitution fédérale¹²⁰. On se contentera donc de quelques observations essentielles concernant leur portée dans le cadre de la surveillance des tribunaux fédéraux.
54. Les deux garanties pour lesquelles des problèmes paraissent se poser concrètement sont le droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.) et le droit d'accès à la justice (art. 29a Cst. et 6, par. 1, CEDH).
55. Les garanties de procédure peuvent être invoquées aussi bien par les personnes morales que par les personnes physiques¹²¹. Or, en tant que tels, les tribunaux fédéraux ne sont ni l'une ni l'autre. Ils ne sont, en tant qu'instances judiciaires, pas titulaires des droits fondamentaux.
56. Parler de « droit d'être entendu » d'un tribunal sujet d'une investigation ou d'un rapport de surveillance¹²² est donc une impropriété de langage. En termes de bonne gouvernance, il paraît évidemment normal, équitable et judicieux que l'instance surveillée soit entendue et puisse faire valoir son point de vue lorsque des reproches lui sont adressés et/ou que des recommandations qui la concernent sont formulées dans le cadre de la surveillance. Il est donc opportun que les règles applicables intègrent cette exigence, comme le fait l'article 7, alinéa 3, deuxième phrase, RSTF en ce qui concerne les rapports d'enquête. Mais on ne peut y voir, juridiquement, la concrétisation d'un « droit d'être entendu » du tribunal concerné, au sens de l'article 29a, alinéa 2, Cst.
57. En revanche, lorsque, dans le cadre d'une procédure de surveillance, une décision est prise envers une personne déterminée, qu'il s'agisse d'une sanction disciplinaire ou d'une autre décision touchant cette personne dans ses droits ou ses obligations, le droit d'être entendu devra être respecté. Il en ira de même du droit d'accès à un tribunal.
58. Dans ce contexte, il faut relever que certains instruments utilisés dans la surveillance des tribunaux fédéraux de première instance, comme des rapports d'enquête ou des

¹¹⁸ *Infra* ch. 84.

¹¹⁹ *Infra* ch.91.

¹²⁰ A ce sujet, parmi d'autres, MALINVERNI et al. (2021b) n° 1329 ss.

¹²¹ *Id.* n° 1334.

¹²² Cf. DONZALLAZ (2022a) n° 84.

recommandations, sont susceptibles de mentionner des personnes déterminées sans pour autant constituer des décisions. La question des éventuels droits de procédure des personnes en cause reste délicate¹²³.

E. Les fondements constitutionnels de la surveillance des autorités judiciaires

59. En ce qui concerne la surveillance des tribunaux prise dans son sens le plus large, la Cst. ne mentionne que la haute surveillance incombant à l'Assemblée fédérale (art. 169, al. 1, Cst.). La surveillance « simple » n'est expressément évoquée qu'au niveau législatif¹²⁴. On peut néanmoins identifier plusieurs fondements constitutionnels de la surveillance en partant du but de celle-ci. Pour KIENER, adoptant une approche d'une certaine hauteur, la surveillance de la justice vise à s'assurer que la fonction étatique juridictionnelle est exercée conformément au sens de la Constitution, que la justice n'agit pas dans un espace d'irresponsabilité et que le droit d'accès à la justice des citoyennes et citoyens reste garanti dans les faits¹²⁵. Plus brièvement et techniquement, l'article 2, alinéa 2, RSTF indique que « [l]a surveillance a pour but une exécution conforme à la loi, efficace et économique des tâches incombant aux tribunaux concernés ».
60. En partant de ces formulations, qui se complètent, il est assez aisé d'identifier, des dispositions et principes constitutionnels qui fondent une exigence de surveillance des autorités judiciaires.
61. Le premier principe qui vient à l'esprit est évidemment celui de la légalité (art. 5, al. 1, Cst.). Les tribunaux étant chargés de dire le droit, leur bon fonctionnement est essentiel à la mise en œuvre du principe de la légalité.
62. Sous l'angle de l'efficacité, évoquée par le RSTF, c'est l'article 170 Cst. qui entre en ligne de compte.
63. Par ailleurs, un fonctionnement adéquat des tribunaux est essentiel pour que soit effectif le droit d'accès à la justice ancré à l'article 29a Cst. Il a d'ailleurs été souligné en doctrine que l'égalité d'accès de chaque citoyen à un tribunal fait partie intégrante de la surveillance¹²⁶. Plus largement, la bonne marche de la justice est une condition de la réalisation des droits fondamentaux au sens de l'article 35 Cst.
64. Dans la mesure où la haute surveillance et la surveillance sont complémentaires, on peut aussi considérer que la mention expresse de la haute surveillance à l'article 169, alinéa 1, Cst. postule implicitement l'existence d'une surveillance.

¹²³ *Infra* ch. 112.

¹²⁴ *Infra* ch. 104 s.

¹²⁵ KIENER (2001) p. 295 (traduction libre par nos soins).

¹²⁶ DONZALLAZ (2022a) n° 67.

65. Le cadre constitutionnel de la surveillance de la justice ne consiste donc pas uniquement en limites à celle-ci, mais également dans un mandat constitutionnel implicite fondant son principe. La surveillance des tribunaux est nécessaire à la réalisation des buts assignés à la justice¹²⁷, mais elle doit faire l'objet d'une mise en œuvre équilibrée pour éviter qu'elle ne porte atteinte à ce qu'elle cherche à protéger¹²⁸.

V. Les types de surveillance

A. Introduction

66. Le nombre de qualifications qu'attire le terme « surveillance » est impressionnant : haute, hiérarchique, de tutelle, institutionnelle, horizontale, verticale, parlementaire, administrative, de gestion, disciplinaire, juridictionnelle, jurisprudentielle, externe, interne, entre pouvoirs, interne à la justice, interne à un tribunal, financière, budgétaire, technique, préventive, concomittante, postérieure, etc.¹²⁹ Cette profusion reflète la diversité des critères – parfois exclusifs parfois cumulatifs – qui peuvent être utilisés pour classer les diverses formes de surveillance.
67. Toutes les classifications n'ont pas le même intérêt pour le sujet du présent avis de droit. Il y a lieu de mettre en évidence deux d'entre elles.
68. La première est celle du champ considéré. A cet égard, FREY HAESLER distingue avec pertinence trois situations : la surveillance s'exerçant entre différents pouvoirs, la surveillance interne au pouvoir judiciaire et la surveillance interne à un tribunal¹³⁰. Cette distinction, strictement descriptive, ne présente pas de difficultés de compréhension.
69. La deuxième distinction pertinente est celle généralement opérée entre surveillance hiérarchique et surveillance de tutelle, qui repose sur la nature de la relation entre l'entité qui surveille et celle qui est surveillée. Ces deux notions méritent quelques commentaires. Il en est de même de la notion de surveillance disciplinaire, qui se réfère à un instrument particulier de surveillance, le droit disciplinaire.

B. La surveillance hiérarchique

70. Dans la forme traditionnelle de l'organisation administrative, l'administration est structurée sous une forme pyramidale. Au sommet trône un organe directeur, dont

¹²⁷ PEIER (2020) n° 3.

¹²⁸ KIENER (2001) p. 295.

¹²⁹ Cette liste est largement inspirée par les diverses classifications exposées par FREY HAESLER (2017) spéc. 11 ss et 87 ss.

¹³⁰ FREY HAESLER (2017) p. 17 et p. 87 ss.

dépendent à des niveaux successifs des subdivisions dont le nombre, la stratification et la dénomination varient. Ce modèle est encore celui de l'administration centrale à tous les niveaux institutionnels. Il est largement reproduit au sein des entités décentralisées : l'entité en cause jouit d'une certaine autonomie à l'égard de la collectivité dont elle dépend, mais elle est elle-même organisée sous la forme pyramidale.¹³¹

71. Le principe de fonctionnement d'une telle structure est le pouvoir hiérarchique. En ce qui concerne l'organe directeur de la structure, ce pouvoir est fondé directement sur la Constitution pour la Confédération et les cantons, par la loi pour les communes ou les entités décentralisées¹³². L'article 178, alinéa 1, Cst. prévoit ainsi que « [l]e Conseil fédéral dirige l'administration ».
72. Le pouvoir hiérarchique confère à l'autorité qui en dispose une série de facultés, qui sont inhérentes à la relation hiérarchique¹³³ :
 - a. Le pouvoir de direction et d'instruction, qui peut s'exercer tant de manière générale (directives) que particulière (instructions spécifiques), y compris pour l'organisation du travail.
 - b. Le pouvoir de contrôle.
 - c. Le pouvoir de statuer sur recours hiérarchique, lorsque la loi ne prévoit pas d'autre voie de recours.
 - d. Le pouvoir de contrôler, en principe librement, l'opportunité des décisions des autorités inférieures.
 - e. Le pouvoir d'évoquer une affaire, soit de se substituer à l'autorité inférieure pour statuer.
 - f. Le pouvoir de révoquer les décisions d'autorités inférieures.
73. Les « pouvoirs » qui viennent d'être évoqués sont, on l'a dit, inhérents à la relation hiérarchique. L'autorité investie de la direction de l'administration en bénéficie donc en raison de son statut constitutionnel ou légal d'organe directeur, sans qu'une base légale particulière ne soit nécessaire pour chacun d'eux. Elle peut les déléguer aux divers échelons inférieurs de la pyramide administrative.

¹³¹ TANQUEREL (2018a) n° 118 ss.

¹³² TANQUEREL (2018a) n° 122.

¹³³ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 25 ss ; TANQUEREL (2018a) n° 124.

74. Le législateur est évidemment libre d'encadrer le pouvoir hiérarchique soit en limitant certaines des facultés qui lui sont en principe liées, comme l'évocation, soit en réglementant lui-même divers aspects de l'organisation ou du fonctionnement de l'administration. De plus, il va de soi que l'exercice des pouvoirs d'instruction, d'évocation et de révocation est lié par la loi comme pour toute autorité administrative¹³⁴.
75. On peut ainsi parler de surveillance hiérarchique (*Dienstaufsicht*) lorsque l'autorité qui exerce la surveillance en cause dispose d'un pouvoir hiérarchique, avec ses diverses composantes, sur l'entité surveillée¹³⁵.
76. En ce qui concerne la surveillance de la justice, les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des autorités judiciaires excluent évidemment une surveillance hiérarchique des tribunaux par le gouvernement ou le parlement.
77. Le principe d'indépendance de la justice exclut également une surveillance hiérarchique, au sens strict, d'une instance judiciaire supérieure sur les tribunaux inférieurs, puisque, pour le moins, l'activité jurisprudentielle doit en être exclue¹³⁶. L'affirmation de POLTIER, selon laquelle « [o]n admet ainsi généralement un lien de subordination hiérarchique entre le tribunal supérieur et les tribunaux inférieurs »¹³⁷, trouve sans doute un écho en droit positif là où, comme dans le canton de Vaud, la Constitution¹³⁸ prévoit que le Tribunal cantonal « dirige et surveille l'ordre judiciaire ». Elle ne saurait, à notre sens, s'imposer lorsqu'est simplement prévue une surveillance d'autorités judiciaires inférieures par un tribunal supérieur. Et même dans le cas du canton de Vaud, le régime actuel, avec un Conseil supérieur de la magistrature chargé la surveillance disciplinaire des magistrats¹³⁹, ne correspond nullement à la figure de la relation hiérarchique qui a été évoquée plus haut.
78. Le principe d'indépendance de la justice, dans sa portée pour chaque juge, exclut de la même manière une surveillance hiérarchique des juges au sein d'une juridiction¹⁴⁰. Il n'exclut en revanche nullement la subordination hiérarchique du personnel du tribunal envers l'instance interne chargée de sa direction administrative et le cas échéant envers le juge auquel ce personnel est affecté ; le personnel des tribunaux pourra donc être soumis à une surveillance hiérarchique.

¹³⁴ TANQUEREL (2018a) n° 125.

¹³⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022) n° 137.

¹³⁶ *Supra* ch.39.

¹³⁷ POLTIER (2011) p. 1024.

¹³⁸ Art. 133, al. 2, let. a, de la Constitution vaudoise (Cst.-VD) du 14 avril 2003 (RS/VD 101.01).

¹³⁹ Art. 136d Cst-VD et, surtout, art. 25, al. 2, et 32, al. 1, let. a, de la loi sur le Conseil de la magistrature (LCMag-VD) du 31 mai 2022 (RS/VD 173.07).

¹⁴⁰ *Supra* n° 40.

C. *La surveillance de tutelle*

79. C'est dans le cadre de la relation entre les entités administratives décentralisées et les collectivités dont ces entités dépendent qu'à été développée la notion de « pouvoir de surveillance », de « tutelle », de surveillance organisationnelle, de surveillance institutionnelle ou encore de surveillance de tutelle, dont l'équivalent en allemand s'exprime par les termes de *Verbandaufsicht* ou *Organisationsaufsicht*¹⁴¹. L'existence d'une telle surveillance a d'ailleurs été considérée comme une condition de validité d'une décentralisation¹⁴².
80. Le contexte est donc très différent de celui de la surveillance hiérarchique. Cette dernière est consubstantielle à la relation hiérarchique. Une fois celle-ci posée, la surveillance hiérarchique va de soi, le législateur pouvant y apporter certaines limites. Dans le cas de la relation de tutelle, la surveillance doit être construite en contrepoids de l'autonomie accordée à l'entité surveillée, pour l'essentiel par le législateur.
81. Il en résulte que la portée et les instruments de la surveillance de tutelle peuvent largement varier d'une situation à l'autre. D'une manière générale, la surveillance de tutelle a une portée moindre que la surveillance hiérarchique¹⁴³ (sinon, il n'y aurait plus d'autonomie).
82. Parmi les instruments classiques de cette surveillance, on trouve avant tout le pouvoir de se renseigner, l'exigence de la production de rapports, l'organisation d'inspections ; peuvent entrer en ligne de compte le pouvoir d'édicter des directives générales, exceptionnellement celui de donner des instructions dans des cas d'espèce ; le pouvoir d'annuler des décisions pour non-conformité au droit ; le pouvoir de se saisir de plaintes à l'autorité de surveillance ; celui de statuer sur des recours lorsque ceux-ci doivent être adressés à l'autorité de surveillance. La loi peut prévoir aussi un pouvoir d'approbation de certains actes, ainsi que celui de nommer ou de révoquer les organes de l'entité surveillée¹⁴⁴. La fixation d'objectifs stratégiques par l'autorité de tutelle est un instrument désormais typique de la surveillance¹⁴⁵.
83. Il convient de souligner que les instruments qui viennent d'être évoqués l'ont été à titre d'exemple de modalités envisageables de la surveillance et non de composantes incontournables de celle-ci. C'est dans chaque situation, en fonction du degré d'autonomie conféré à l'entité surveillée et des règles de surveillance adoptées, le cas

¹⁴¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022) n° 138 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 373 ss ; TANQUEREL (2018a) n° 130 ss.

¹⁴² MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 373 ; TANQUEREL (2018a) n° 130.

¹⁴³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022) n° 138.

¹⁴⁴ TANQUEREL (2018a) n° 131.

¹⁴⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (2022) n° 138 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 378 s.

échéant, par le législateur, qu'il est possible de déterminer les contours exacts de la surveillance.

84. Une question délicate est celle de la légalité des mesures de surveillance : l'autorité de surveillance peut-elle mettre en œuvre uniquement les instruments de surveillance prévus par la loi. La réponse exige une interprétation de la loi qui prévoit la décentralisation. Si cette loi mentionne expressément l'autonomie, cela constitue un argument en faveur de la limitation de la surveillance aux instruments qu'elle prévoit¹⁴⁶. Les mesures de surveillance consistant dans des décisions individuelles touchant aux droits ou obligations de personnes déterminées devront, en tout cas dans leur principe, être prévues par la loi (formelle), les exigences spécifiques aux sanctions disciplinaires étant réservées¹⁴⁷.
85. On peut rapprocher de la surveillance de tutelle, celle exercée par une instance spécialisée, créée et habilitée par la loi, sur un type d'activité économique (FINMA, pour les marchés financiers), une profession (commissions de surveillance des avocats ou des médecins prévues par le droit cantonal), voire, dans le champ du présent avis de droit, une catégorie de magistrats, à savoir les magistrats judiciaires (conseils supérieurs de la magistrature dans certains cantons). Comme pour la surveillance de tutelle proprement dite, la relation de surveillance intervient, dans ces cas, hors relation hiérarchique. La différence, importante, réside dans le fait que l'autorité de surveillance n'est pas la collectivité qui aurait créé l'entité surveillée, mais une instance spécifique instituée par le législateur.
86. Les tribunaux ne sont pas des entités décentralisées, mais des composantes du troisième pouvoir (judiciaire). Cela étant, lorsqu'un tribunal est chargé de la surveillance d'un autre tribunal, si l'on écarte, pour les raisons évoquées plus haut, l'existence d'un pouvoir hiérarchique du premier sur le second, l'analogie avec la surveillance de tutelle s'impose. Cette analogie doit évidemment tenir compte des particularités de la justice, notamment le principe d'indépendance des autorités judiciaires.

D. Le droit disciplinaire

87. Le droit disciplinaire est celui des sanctions disciplinaires. Ces dernières sont définies par la doctrine comme celles dont dispose l'administration à l'égard des personnes qui se trouvent dans un rapport de droit spécial avec l'Etat ou qui exercent une profession soumise à une surveillance spéciale de l'Etat. Le droit disciplinaire réunit les normes qui déterminent les comportements susceptibles de sanctions

¹⁴⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (2018) p. 381.

¹⁴⁷ *Infra* ch. 91.

disciplinaires, fixent la nature et l'ampleur admissible de ces sanctions et définissent les éventuelles règles de procédure qui leur sont applicables.¹⁴⁸

88. La surveillance disciplinaire peut dès lors se définir comme l'activité consistant à déterminer, dans un cas d'espèce, si une personne soumise au droit disciplinaire doit faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Il n'y a donc de surveillance disciplinaire que pour des personnes à l'égard desquelles la loi prévoit la menace de sanctions disciplinaires. La conception défendue ici est plus étroite que celle retenue par la CA-TF, qui semble considérer que toute mesure de surveillance visant une personne en particulier a un caractère disciplinaire¹⁴⁹.
89. Il en résulte que la surveillance disciplinaire doit être conceptuellement distinguée de la surveillance de l'activité individuelle de personnes dans le cadre d'une surveillance hiérarchique ou d'une surveillance de tutelle. En effet, il existe des surveillances hiérarchiques dépourvues de composante disciplinaire, par exemple en ce qui concerne le personnel des collectivités qui – à l'instar des cantons de Vaud, Berne et Fribourg – ont renoncé au régime disciplinaire. Et le fait qu'un régime de surveillance de tutelle ne comprenne pas de sanctions disciplinaires n'est pas un élément qui empêcherait la surveillance de se pencher sur les comportements individuels au sein de l'entité surveillée.
90. Compte tenu de son caractère fondamentalement sanctionnateur, la sanction disciplinaire exige une faute de la part de la personne visée¹⁵⁰.
91. Pour la même raison, une base légale formelle est en tout cas nécessaire pour poser le principe d'un régime disciplinaire. Sous l'angle du catalogue des sanctions, l'exigence de base légale est stricte : seules les sanctions prévues par une loi formelle peuvent être prononcées, sous réserve de quelques nuances dans le cas d'un rapport de droit spécial¹⁵¹. Sous l'angle de la légalité de l'infraction, la définition de principe doit aussi figurer dans une loi formelle, la densité normative pouvant être atténuée par le recours à des formulations générales¹⁵².
92. L'autorité compétente pour prononcer une sanction disciplinaire doit avoir ces contraintes légales en tête lorsqu'elle exerce sa surveillance « disciplinaire », quand bien même elle serait également chargée de la surveillance de tutelle ou hiérarchique de l'entité à laquelle appartiennent les personnes sujettes au régime disciplinaire. Elle doit également avoir en tête les objectifs différents de ces types de surveillance¹⁵³.

¹⁴⁸ TANQUEREL (2018b) p. 11, avec références.

¹⁴⁹ CA-TF (2020) n° 78, 113 et 165.

¹⁵⁰ TANQUEREL (2018b) p. 22.

¹⁵¹ TANQUEREL (2018b) p. 21.

¹⁵² TANQUEREL (2018b) p. 19 ss.

¹⁵³ En ce sens, KIENER (2001) p. 297.

93. Il ne résulte nullement de ce qui précède qu'il conviendrait de séparer strictement surveillance en général, pouvant amener à une mesure administrative et procédure disciplinaire. Il est en effet des situations – comme lorsqu'il s'agit de savoir s'il convient de mettre fin aux fonctions d'un employé ou d'un juge – où il est très difficile de faire le départ entre incompétence et faute. Vouloir à tout prix distinguer les deux perspectives peut conduire à un résultat absurde ou au risque de négliger l'intérêt public. Comme exemple du premier cas, on peut mentionner la situation dans laquelle, pour des raisons procédurales, il est avantageux pour la personne visée de se présenter comme fautive plutôt qu'incompétente¹⁵⁴. Comme exemple du deuxième, on évoquera la situation dans laquelle, trop focalisée sur une perspective disciplinaire liée à la faute, l'autorité compétente néglige la protection du public ou des collègues face à une personne « toxique » en raison de troubles psychiques, qui ne peuvent lui être imputés à faute¹⁵⁵.
94. D'un point de vue pragmatique, centré sur l'intérêt public, une surveillance disciplinaire de personnes agissant au sein d'une entité publique devrait être conçue comme un complément de la surveillance hiérarchique ou de la surveillance de tutelle et non comme un régime spécial traité isolément. On peut donc ne pas partager sur ce point l'avis de la CA-TF, qui insiste sur une claire distinction entre surveillance institutionnelle et surveillance disciplinaire¹⁵⁶.

VI. Les limites du régime de surveillance en vigueur

A. *La surveillance interne aux tribunaux fédéraux*

95. Lorsque l'on parle de surveillance interne aux tribunaux ou, pour reprendre la terminologie du mandat d'expertise, de surveillance des tribunaux sur eux-mêmes, il convient de tenir compte du terme « surveillance ». A cet égard, on ne peut suivre FREY HAESLER, qui évoque, sous la rubrique de la surveillance interne (*Gerichtsinterne Aufsicht*) pratiquement toutes les activités des tribunaux relatives à leur organisation ou à leur fonctionnement¹⁵⁷. Or, lorsqu'un tribunal édicte un règlement de sa compétence, compose ses cours ou désigne une candidature pour l'élection de sa présidence, il exerce ses activités administratives, il ne les surveille pas. Il convient donc d'identifier, parmi les activités autres que la jurisprudence exercées par un tribunal, celles qui relèvent des buts de la surveillance tels qu'ils ont été rappelés plus haut¹⁵⁸, soit celles qui visent, au moins en partie, à contrôler le bon fonctionnement de la juridiction.

¹⁵⁴ TANQUEREL (2018b) p. 17.

¹⁵⁵ TANQUEREL (2018b) p. 34.

¹⁵⁶ CA-TF (2020) n° 158 ss.

¹⁵⁷ FREY HAESLER (2017) p. 179 ss.

¹⁵⁸ *Supra* ch. 59.

96. En ce qui concerne le Tribunal fédéral, on peut mentionner les éléments suivants :
- a. La préparation du rapport de gestion par la CA-TF (art. 12, al. 3 RTF¹⁵⁹) et son approbation par la Cour plénière (art. 15, al. 1, let. c, LTF) constituent clairement une tâche de surveillance. L'élaboration du rapport implique en effet d'analyser le fonctionnement du Tribunal, de discuter le cas échéant les problèmes constatés et d'exposer les remèdes apportés. Cela est d'autant plus vrai que l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les postes de juge au Tribunal fédéral du 30 septembre 2011 prévoit, à son article 2, que « [l]e Tribunal fédéral procède à un contrôle de gestion qui sert de base à l'Assemblée fédérale pour exercer la haute surveillance et déterminer le nombre de juges » (al. 1) et qu'« [i]l rend compte dans son rapport de gestion de l'évolution de la charge de travail et, de manière générale, des résultats du contrôle de gestion » (al. 2). Le rapport de gestion est donc un élément central de la haute surveillance par les CdG et constitue le moyen par lequel le Tribunal fédéral assume son rôle de « surveillance sur lui-même », dans le système d'ensemble de la surveillance/haute surveillance des tribunaux fédéraux. En pratique, comme elle est chargée de la rédaction du rapport, c'est la CA-TF qui met en œuvre les contrôles nécessaires à la rédaction de celui-ci.
 - b. Dans la mesure où la CA-TF peut modifier l'attribution de domaines de compétence ou de groupes d'affaires en vue d'équilibrer le charge de travail des cours (art. 12, al. 1, let. c, RTF), elle doit opérer un monitoring de cette charge de travail. Tant ce mode de contrôle que la possibilité de prendre des mesures pour remédier à un déséquilibre relèvent d'une activité de surveillance interne.
 - c. La procédure de règlement des conflits entre juges prévue par l'article 24 RTF en application de l'article 15, alinéa 1, lettre a, LTF relève aussi de la surveillance, dans la mesure où elle constitue un instrument destiné à remédier à un problème de fonctionnement. Elle prévoit un système en cascade en partant des intéressés, puis passant à la cour concernée, au président du Tribunal fédéral et enfin à la CA-TF, qui « prend les dispositions appropriées ».
 - d. On peut aussi considérer comme relevant d'une activité de surveillance la procédure d'autorisation d'une activité accessoire des juges, prévue dans son principe par l'article 7, alinéa 1, LTF et dont les modalités sont précisées, en vertu de l'article 7, alinéa 2, LTF, par les article 18 ss RTF. Les demandes d'autorisation passent par le président de la cour du juge concerné, puis pour préavis à la Conférence des présidents et, pour décision, à la CA-TF (art. 20

159

Règlement du Tribunal fédéral (RTF) du 20 novembre 2006 (RS 171.110.131).

RTF). Cette procédure constitue de la surveillance préventive sous l'angle de l'examen des conditions d'octroi de l'autorisation : le plein exercice de la fonction de juge, ainsi que l'indépendance et la réputation du tribunal ne doivent pas être affectés (art. 7, al. 1, LTF et 18 RTF). L'article 19, alinéa 1, RTF liste les activités autorisables. La procédure comporte également un volet de contrôle *a posteriori* : une liste des autorisations accordées doit être tenue à jour, la CA-TF peut demander aux juges des renseignements sur le temps utilisé et les indemnités reçues et la fin des activités doit être annoncée (art. 21 RTF).

97. On constate donc que la CA-TF exerce une forme de surveillance interne sur le Tribunal fédéral, cela essentiellement au travers de l'instrument du rapport de gestion, qui implique un contrôle de gestion préalable. La CA-TF n'est cependant pas investie d'une compétence explicite de surveillance des différentes cours et des juges du Tribunal fédéral. Contrairement à ce que laisse entendre le mandat d'expertise¹⁶⁰, la CA-TF n'exerce pas de « surveillance de tutelle » sur le Tribunal fédéral, car elle est un organe interne dudit tribunal et non un organe extérieur, ce qui est la marque de la tutelle. La CA-TF ne disposant d'aucun pouvoir hiérarchique sur les cours et les juges, elle n'exerce pas non plus une surveillance hiérarchique.
98. Aucune disposition légale ne prévoit la possibilité d'infliger une sanction disciplinaire à un juge du Tribunal fédéral. Il n'y a donc pas de droit disciplinaire relatif aux membres du Tribunal fédéral. Partant, la CA-TF ne saurait exercer une quelconque surveillance disciplinaire à leur égard.
99. Le régime est différent pour le personnel du Tribunal fédéral. Celui-ci est soumis au pouvoir hiérarchique du Secrétaire général (art. 26, al. 1, LTF et 49, al. 1, RTF), qui exerce donc sur le personnel une surveillance hiérarchique (art. 53 RTF). L'OpersTF¹⁶¹ prévoit un régime disciplinaire (art. 61 ss OpersTF), dont l'examen est exorbitant au présent avis de droit.
100. On retrouve largement les mêmes caractéristiques au sein des tribunaux fédéraux de première instance :
 - a. Une obligation de présenter un rapport de gestion existe tant pour le TAF (art. 3, al. 3, LTAF), que pour le TPF (art. 34, al. 3, LOAP) et pour le Tribunal fédéral des brevets (ci-après : TFB) (art. 3, al. 3, LTFB¹⁶²). En vertu des trois dispositions citées, le rapport doit être adressé au Tribunal fédéral (voir aussi art. 4, al. 1, RSTF), à l'intention de l'Assemblée fédérale. L'article 4, alinéa 2, RSTF précise que le rapport renseigne sur la composition des cours, la nature

¹⁶⁰ Question B, 2, c.

¹⁶¹ Ordonnance sur le personnel du Tribunal fédéral (OpersTF) du 27 août 2001 (RS 172.220.114).

¹⁶² Loi sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB) du 20 mars 2009 (RS 173.41).

et le volume des affaires traitées ainsi que sur les autres sujets relevant de la surveillance.

- b. L'adoption du rapport est de la compétence de la cour plénière pour le TAF (art. 16, al. 1, let. d, LTAF) et pour le TPF (art. 53, al. 2, let. d, LOAP¹⁶³). Elle est de la compétence de la commission administrative pour le TFB (art. 4, al. 1, let. d, RTFB¹⁶⁴). Dans les deux premiers cas, la commission administrative est compétente pour la rédaction du rapport, en vertu de sa compétence résiduelle (art. 11, al. 3, let. m, RTAF¹⁶⁵ ; art. 54, al. 4, let. g, LOAP).
 - c. On trouve quelques dispositions légales ou réglementaires qui renforcent le rôle de surveillance interne des commissions administratives. Ainsi la CA-TPF doit-elle veiller à ce que les prestations des services scientifiques et administratifs répondent aux besoins du tribunal (art. 54, al. 4, let. d, LOAP) ; il en va de même de la CA-TAF (art. 18, al. 4, let. d, LTAF). La CA-TPF exerce la surveillance sur le secrétariat général (art. 5, al. 2, let. d, ROTPF¹⁶⁶) et la CA-TAF la surveillance sur l'activité du secrétaire général et de son suppléant (art. 11, al. 3, let. j, RTAF).
 - d. Dans les trois tribunaux, on trouve des procédures d'autorisation pour activités externes des juges (art. 7 LTAF ; 45 LOAP ; 11 LTFB).
 - e. Il existe un comité de conciliation pour aplanir les différends entre juges au sein du TAF (art. 16 RTAF).
 - f. Le personnel est soumis au pouvoir hiérarchique, donc à la surveillance hiérarchique, du secrétaire général pour le TAF (art. 28 LTAF) et pour le TPF (art. 61 LOAP), du premier greffier pour le TFB (art. 5 RTFB). Il existe un régime disciplinaire (art. 98 ss OPers¹⁶⁷, par renvoi de l'art. 1, al. 2, OPersT¹⁶⁸).
101. Comme pour la CA-TF, la charge de rédiger le rapport de gestion, qui incombe aux commissions administratives respectives, implique une forme de surveillance sur le tribunal concerné. Mais il ne s'agit toujours pas d'une surveillance de tutelle, puisqu'elle est interne, ni d'une surveillance hiérarchique, les commissions administratives respectives n'ayant pas de pouvoir hiérarchique sur les juges de leur

¹⁶³ Cet article prévoit une transmission « à l'Assemblée fédérale », ce qui contredit l'art. 34, al. 3, de la même loi, qui prévoit bien une transmission au Tribunal fédéral.

¹⁶⁴ Règlement du Tribunal fédéral des brevets (RTFB) du 18 septembre 2011 (RS 173.413.1).

¹⁶⁵ Règlement du Tribunal administratif fédéral (RTAF) du 17 avril 2008 (RS 173.320.1).

¹⁶⁶ Règlement sur l'organisation du Tribunal pénal fédéral (Règlement sur l'organisation du TPF, ROTPF) du 31 août 2010 (RS 173.713.161).

¹⁶⁷ Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) du 3 juillet 2001 (RS 172.220.111.3).

¹⁶⁸ Ordonnance relative aux conditions de travail du personnel du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets (OPersT) du 26 septembre 2003 (RS 172.220.117).

tribunal. Aucune des commissions administratives n'est explicitement investie de la mission de surveiller les cours et les juges de leur tribunal.

102. Aucune sanction disciplinaire n'est prévue pour les juges des tribunaux fédéraux de première instance, sous réserve de la révocation, qui est de la compétence de l'Assemblée fédérale (art. 10 LTAF ; 49 LOAP ; 14 LTFB). Les organes de ces tribunaux ne disposent donc d'aucune compétence disciplinaire. Il n'existe donc pas de surveillance disciplinaire des tribunaux fédéraux de première instance sur eux-mêmes.

B. *La surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance.*

103. Il n'y a pas lieu ici d'analyser en détail les modalités de la surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance¹⁶⁹, dont on a exposé plus haut le cadre constitutionnel. On se concentrera sur les limites de cette surveillance, dans l'optique de répondre aux questions des CdG portant sur une éventuelle extension de celle-ci.

1. Les bases légales et le type de surveillance

104. L'article 1, alinéa 2, LTF prévoit que le Tribunal fédéral exerce la surveillance « sur la gestion » du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral des brevets. Le principe de cette surveillance est répété dans les lois établissant respectivement le TAF (art. 3, al. 1, LTAF), le TPF (art. 34, al. 1, LOAP) et le TFB (art. 3, al. 1, LTFB) et cela en termes identiques : « [l]e Tribunal fédéral exerce la surveillance administrative sur la gestion du Tribunal administratif fédéral »¹⁷⁰. Le fait que le terme « administrative » ne figure pas dans la LTF n'a aucune portée, une surveillance sur la gestion étant nécessairement administrative¹⁷¹.
105. L'article 15, alinéa 1, lettre a, LTF délègue au Tribunal fédéral, soit à sa Cour plénière, la compétence d'édicter, parmi d'autres, un règlement relatif à l'exercice de la surveillance sur le TAF et le TPF. Quant à l'article 17, alinéa 4, lettre g, LTF, il confie la surveillance sur le TPF et le TAF à la CA-TF ; cette dernière est aussi compétente pour la surveillance du TBF comme l'indique l'intitulé même du RSTF, l'omission du TBF à l'article 17 LTF résultant d'une inadvertance du législateur¹⁷².
106. Avec la doctrine, il faut admettre que l'on se trouve en l'espèce dans une surveillance de tutelle¹⁷³, ou du moins dans une surveillance qui n'est pas une surveillance

¹⁶⁹ Pour une telle analyse, voir DONZALLAZ (2022a) ; KOLLER (2018) ; TSCHÜMPERLIN (2013) et (2009).

¹⁷⁰ TSCHÜMPERLIN (2013) n° 8.

¹⁷¹ TSCHÜMPERLIN (2013) n° 9.

¹⁷² TSCHÜMPERLIN (2013) n° 25.

¹⁷³ OFJ (2004) ch. III, D ; TSCHÜMPERLIN (2009) p. 236.

hiérarchique et s'apparente à la tutelle¹⁷⁴. Le simple fait que le Tribunal fédéral soit chargé de la surveillance des tribunaux fédéraux de première instance ne lui confère pas un pouvoir hiérarchique sur ceux-ci¹⁷⁵. Il n'y a pas dans la législation fédérale de disposition analogue à l'article 133, alinéa 2, lettre a, de la Constitution vaudoise¹⁷⁶. L'autonomie administrative accordée expressément au TAF et au TPF, et de façon plus implicite au TFB¹⁷⁷, plaide aussi pour cette conclusion. Il en va de même du principe d'interprétation conforme, en regard du principe d'indépendance des autorités judiciaires dans sa portée interne au pouvoir judiciaire.

107. La CA-TF n'étant pas investie d'un pouvoir hiérarchique sur les tribunaux fédéraux de première instance, elle ne saurait invoquer les facultés inhérentes à ce pouvoir. Il y a donc lieu d'examiner les limites de ses instruments de surveillance.

2. *Les instruments de la surveillance*

108. La loi formelle ne prévoit qu'un seul instrument de surveillance, à savoir le rapport de gestion qui doit être transmis au Tribunal fédéral¹⁷⁸. C'est donc le Tribunal fédéral lui-même qui s'est chargé d'énumérer les instruments de la surveillance par le RSTF. Ces instruments sont les suivants, selon l'article 3 RSTF :

- a. examen du rapport de gestion;
- b. entretiens avec les directions des tribunaux et contrôles de la marche des affaires;
- c. surveillance financière;
- c^{bis}. surveillance en matière de protection des données;
- d. enquêtes;
- e. informations à l'autorité exerçant la haute surveillance;
- f. traitement des demandes adressées à l'autorité de surveillance.

109. A cette liste, il faut ajouter les directives prévues par l'article 10 RSTF en vue de la bonne exécution de la surveillance. Si celles-ci sont en principe impératives, la CA-TF ne dispose d'aucun moyen coercitif pour en garantir le respect. Elles ont été qualifiées de *lex imperfecta*¹⁷⁹. Il conviendrait cependant de vérifier « sur le terrain », si cette lacune a un réel effet négatif.

110. Les instruments prévus par le RSTF ne semblent pas poser de problème quant à leur principe. En effet, sous réserve des directives, qui viennent d'être évoquées, ces

¹⁷⁴ TSCHÜMPERLIN (2013) n° 13 ; KOLLER (2018) n° 94 et 101.

¹⁷⁵ KOLLER (2018) n° 92.

¹⁷⁶ *Supra* ch. 77.

¹⁷⁷ TSCHÜMPERLIN (2013) n° 8, souligne que le Tribunal fédéral a d'emblée traité le TFB de la même manière que le TAF et le TPF sous l'angle de l'autonomie.

¹⁷⁸ *Supra* ch. 100, let. a.

¹⁷⁹ TSCHÜMPERLIN (2009) p. 240.

instruments sont essentiellement de nature « souple » (*soft law*), fondés sur la coopération et la coordination¹⁸⁰. Tel est particulièrement le cas des rapports qui concluent une enquête au sens de l'article 7 RSTF.

111. C'est plutôt dans des cas d'application concrets que des difficultés de délimitation de ce qui est admissible, eu égard à l'autonomie administrative des tribunaux fédéraux de première instance, que des difficultés peuvent apparaître. Le différend entre la CA-TF et les CdG évoqué dans la partie introductive du présent avis de droit en donne un exemple. En effet, les CdG ont critiqué le fait que la CA-TF avait émis une recommandation portant sur le licenciement d'une personne déterminée, estimant que cette manière de faire violait l'autonomie organisationnelle du TPF¹⁸¹. La question peut ainsi se poser d'une réglementation légale plus précise des compétences de la CA-TF, ce qui signifierait que la pesée des intérêts entre les besoins de la surveillance et la protection de l'autonomie des tribunaux surveillés serait davantage effectuée par le législateur. A notre avis, en l'état, l'exclusion de principe de toute recommandation touchant à des personnes déterminées entrave exagérément la mission de surveillance. A l'inverse, le recours à cette méthode ne devrait être envisagé qu'en cas de nécessité absolue pour résoudre un grave problème de fonctionnement de l'instance surveillée.
112. Un autre problème a été soulevé dans le cadre du différend entre les CdG et la CA-TF, à savoir celui du droit d'être entendu en ce qui concerne les rapports visés à l'article 7 RSTF. Les CdG ont estimé que la publication d'un rapport mettant clairement en cause des personnes déterminées, sans avoir préalablement donné au TPF et aux personnes concernées la possibilité de prendre position, violait le droit d'être entendu¹⁸². Il faut convenir que ni un rapport ni les simples recommandations qu'il peut contenir ne constituent des décisions impliquant l'exercice d'un droit d'être entendu¹⁸³. Cela étant, c'est précisément le risque posé par les instruments souples, comme les rapports et les recommandations, que de passer « au travers » de la grille des garanties de procédure, au motif de leur absence de force contraignante. Or, ces instruments peuvent avoir en fait des conséquences importantes, qui plus est pour des personnes déterminées. Il faut donc saluer la règle de l'article 7, alinéa 3, *in fine*, RSTF, qui va au-delà du droit d'être entendu en prévoyant que « le tribunal concerné et, le cas échéant les personnes touchées, peuvent se déterminer sur ce rapport ». Cette règle doit être appliquée avec raison et bonne foi. Il est vrai que le cercle des personnes mentionnées dans un rapport peut être très large¹⁸⁴. Mais il ne semble pas particulièrement difficile de déterminer les personnes pour lesquelles la publication ou la transmission du rapport peut avoir, en elle-même, des conséquences négatives importantes, cela indépendamment des suites qui seront

¹⁸⁰ KOLLER (2018) n° 103.

¹⁸¹ *Supra* ch. 12.

¹⁸² *Supra* ch. 12.

¹⁸³ Cf. GÄCHTER (2020) n° 33.

¹⁸⁴ DONZALLAZ (2022a) n° 84.

données à ce rapport. Le fait que les personnes en cause n'auraient pas la qualité de partie est sans pertinence pour l'application de l'article 7, alinéa 3, RSTF. Comme, en l'espèce, l'enjeu porte sur la publication ou la transmission de contenus susceptibles en eux-mêmes d'être dommageables, les personnes concernées doivent logiquement pouvoir se déterminer avant cette publication ou transmission.

113. Une limite importante de la surveillance exercée par la CA-TF sur les tribunaux fédéraux de première instance est constituée par les instruments qu'elle n'a pas à disposition selon le droit en vigueur.
114. Le premier des ces instrument est le droit d'évocation, ou droit d'ingérence (*Selbsteintrittrecht*) pour utiliser la terminologie des CdG¹⁸⁵, qui permet à une autorité supérieure de statuer à la place d'une autorité subordonnée dans un cas d'espèce. Nous avons vu que le droit d'évocation est inhérent à la relation hiérarchique¹⁸⁶. Or, nous avons vu également que la CA-TF n'a pas de pouvoir hiérarchique sur les tribunaux fédéraux de première instance et n'exerce pas sur eux une surveillance hiérarchique¹⁸⁷. Compte tenu du fait qu'un droit d'évocation ou d'ingérence interviendrait dans l'attribution légale des compétences des entités en cause et qu'il constituerait une atteinte importante à l'autonomie administrative des tribunaux surveillés, il ne pourrait exister qu'en vertu d'une base légale formelle qui n'existe pas en l'état¹⁸⁸. Nous verrons plus loin dans quelle mesure une telle base légale pourrait être introduite sans violer les principes constitutionnels¹⁸⁹.
115. Faute de base légale en ce sens, la CA-TF ne dispose pas de compétences disciplinaires propres : elle ne peut pas infliger de sanctions disciplinaires aux juges des tribunaux surveillés. Dans la mesure où l'on admettrait qu'elle peut faire des recommandations portant sur des personnes déterminées, elle pourrait cependant recommander l'ouverture de procédures disciplinaires envers des membres du personnel des tribunaux concernés.
116. La CA-TF a cependant, dans les cas les plus graves, la possibilité de signaler, dans son rapport à l'Assemblée fédérale, des situations qui justifieraient une révocation aux conditions légales (art. 10 LTAF ; 49 LOAP ; 14 LTFB).

¹⁸⁵ Question A, 3.

¹⁸⁶ *Supra* ch. 72, let. e et 73.

¹⁸⁷ *Supra* ch. 106 s.

¹⁸⁸ Constatant aussi l'absence de droit d'évocation, KOLLER (2018) n° 94 ; TSCHÜMPERLIN (2013) n° 13 et 73, qui admet cependant, n° 24, une exception dans des cas extrêmes. La CA-TF a aujourd'hui la position qu'elle ne dispose pas d'un droit d'ingérence, *supra* ch. 15.

¹⁸⁹ *Infra* ch. 134.

3. *Les rapports avec la haute surveillance*

117. Dans son rapport de 2020 concernant le TPF, la CA-TF a évoqué une résolution en cascade des problèmes internes aux tribunaux : premièrement par le tribunal concerné, deuxièmement par le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de surveillance et seulement en troisième lieu par le Parlement, en tant qu'autorité de haute surveillance¹⁹⁰. Les CdG se sont insurgées contre cette manière de voir, la jugeant contraire au droit et à leur pratique. On peut se demander si cette réaction ne résulte pas d'un malentendu, provoqué par le fait que la CA-TF a introduit son schéma de résolution en indiquant qu'il devait s'appliquer « toujours et dans tous les cas »¹⁹¹ et l'a consolidé avec d'autres considérations qui auraient méritées d'être traitées à part, comme la question de la violation du secret de fonction.
118. L'idée qu'il y aurait une construction de la surveillance « par étages » (*abgestuften Aufsicht*) est pourtant approuvée en doctrine¹⁹² et a du sens du point de vue du respect des principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance des autorités judiciaires et de proportionnalité. Il apparaît logique de donner en premier lieu aux tribunaux concernés la possibilité d'analyser leur propre fonctionnement et de corriger eux-mêmes d'éventuels défauts, de prévoir ensuite une intervention de l'instance de surveillance « ordinaire » et de réserver la haute surveillance comme dernier degré d'intervention. Dans cette perspective, il convient que les compétences de l'autorité de surveillance ne soient pas plus étroites que celles de l'autorité de haute surveillance¹⁹³, sous réserve de l'option « nucléaire » de la révocation ou de la non-réélection d'un juge, qui est réservée à l'Assemblée fédérale.
119. Dans le modèle évoqué ici, chaque strate du système de surveillance « sert » la strate supérieure, en lui fournissant des éléments d'analyse, le cas échéant critiques, et donc en la déchargeant. Mais la strate intermédiaire, celle de la surveillance, protège aussi la strate surveillée d'une intrusion de la haute surveillance qui ne respecterait pas suffisamment les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des autorités judiciaires.
120. Ce modèle est parfaitement compatible avec la conception de la haute surveillance qui ressort de l'article 169, alinéa 1, Cst., à savoir une haute surveillance sur « les tribunaux fédéraux » et non sur le seul Tribunal fédéral¹⁹⁴. La haute surveillance de l'Assemblée fédérale n'est donc pas seulement « une surveillance de la

¹⁹⁰ *Supra* ch. 10.

¹⁹¹ CA-TF (2020) n° 81.

¹⁹² KOLLER (2018) n° 104 ; GÄCHTER (2020) n° 18 et 25.

¹⁹³ TSCHÜMPERLIN (2013) n° 15, note 20.

¹⁹⁴ La situation fédérale se distingue ainsi de celle que nous avons dû analyser en 2014, dans laquelle le parlement vaudois exerçait une haute surveillance sur le Tribunal cantonal, ce qui ne visait les autres tribunaux qu'à travers la surveillance exercée sur eux par ledit Tribunal cantonal, TANQUEREL (2014) n° 36 ss.

surveillance »¹⁹⁵. Il est incontestable que les CdG peuvent intervenir directement envers les tribunaux fédéraux de première instance si nécessaire, notamment si la CA-TF, malgré une invite des CdG, ne s'engage pas sur un point qui mériterait une intervention de surveillance. Une telle faculté, utilisée avec retenue et discernement, ne revient pas à ruiner la construction de la surveillance par étages.

121. Un certain nombre d'éléments apparus au cours de notre analyse semblent cependant contredire directement cette construction :
 - a. La CA-TF insiste sur le fait que la surveillance est « au service » de la haute surveillance et qu'elle doit permettre à l'autorité fédérale de contrôle de bénéficier des compétences techniques du Tribunal fédéral¹⁹⁶. Dans cette logique, la CA-TF renonce à intervenir lorsque le parlement agit lui-même¹⁹⁷.
 - b. Quant aux CdG, elles contestent, semble-t-il, le bien-fondé même de la conception par étages de la surveillance¹⁹⁸. Si on les prend à la lettre, elles semblent même considérer que leur pouvoir d'intervention est sans limites, dès lors qu'elles n'interviennent pas directement sur les décisions jurisprudentielles des tribunaux¹⁹⁹. Dans le même temps, elles insistent sur les limites de la surveillance exercée par la CA-TF²⁰⁰. On devrait en conclure que la surveillance exercée par le TF est plus limitée que la haute surveillance exercée par les CdG.
122. Cette double approche ne nous semble pas tenir compte adéquatement des bases constitutionnelles et légales de la surveillance. Celle-ci sert objectivement la haute surveillance, mais elle constitue une tâche propre du Tribunal fédéral et non une simple assistance de celui-ci envers l'Assemblée fédérale. Cette dernière est, de son côté, liée par la Constitution dans l'exercice de la haute surveillance, rien dans la teneur de l'article 169, alinéa 1, Cst. ne permettant de conclure que cette disposition écarterait l'application de l'article 191^c Cst et dérogerait complètement au principe la séparation des pouvoirs. Au demeurant, il est possible qu'ici la rhétorique s'éloigne davantage que la pratique de la conception globale « par étage » défendue dans le présent avis de droit.

¹⁹⁵ GÄCHTER (2020) n° 11.

¹⁹⁶ CA-TF (2023) n° 32 s. et 135.

¹⁹⁷ TSCHÜMPERLIN (2009) p. 239.

¹⁹⁸ *Supra* ch. 12.

¹⁹⁹ *Supra* ch. 43.

²⁰⁰ *Supra* ch. 12.

Deuxième partie : Perspectives de réforme

VII. Extension de la surveillance

A. *Interne aux tribunaux*

1. *Surveillance disciplinaire*

123. Le mandat d'expertise envisage l'hypothèse où la surveillance disciplinaire que les tribunaux fédéraux exercent sur eux-mêmes serait étendue²⁰¹. Or, aujourd'hui, il n'y a aucune surveillance disciplinaire à l'interne des tribunaux fédéraux de première instance (sous réserve du droit disciplinaire du personnel, qui n'est pas en cause ici)²⁰². La question est donc celle de l'instauration d'une telle surveillance pour les juges des tribunaux concernés.
124. Conformément au principe de la légalité des sanctions disciplinaires²⁰³, il conviendrait d'inscrire dans les lois régissant respectivement le TAF, le TPF et le TFB, le principe de telles sanctions, la définition au moins en termes généraux des infractions disciplinaires, la liste des sanctions, la détermination de l'autorité compétente, ainsi que la voie de recours. Les considérations émises par la CA-TF à ce sujet²⁰⁴ sont totalement pertinentes.
125. On pourrait aussi imaginer une procédure interne aux tribunaux de première instance qui se contenterait de préparer, dans les cas qui le justifient, une recommandation à l'Assemblée fédérale en vue d'une révocation. Cette procédure devrait être réglée par la loi.
126. Le mandat d'expertise envisage aussi une extension de la surveillance disciplinaire que la CA/TF exerce sur le Tribunal fédéral²⁰⁵.
127. A cet égard, la situation est la même que pour les tribunaux fédéraux de première instance. Il n'y a en l'état aucune surveillance disciplinaire interne au Tribunal fédéral, en ce qui concerne les juges²⁰⁶. Une telle surveillance devrait donc être introduite par la loi, de la même manière que pour les autres tribunaux fédéraux. La question de la voie de recours serait délicate, car il s'agirait de la prévoir contre une décision d'une instance du Tribunal fédéral visant un membre de celui-ci. La création d'une instance spéciale externe serait problématique eu égard à l'article 188, alinéa, Cst., qui fait du Tribunal fédéral l'autorité judiciaire suprême de la Confédération. La création d'une

²⁰¹ Question B, 2, b.

²⁰² *Supra* ch. 102.

²⁰³ *Supra* ch. 91.

²⁰⁴ CA-TF (2023) n° 193 ss.

²⁰⁵ Question B, 2, c.

²⁰⁶ *Supra* ch. 98.

cour spéciale interne se heurterait aussi à des problèmes de conflits d'intérêts et de cohérence quasi-insolubles.

128. De toute façon, la formule d'une surveillance disciplinaire interne à un tribunal serait extrêmement inusitée en Suisse. Du point de vue de l'indépendance individuelles des juges, elle serait problématique, car elle dénoterait une certaine relation hiérarchique entre l'instance habilitée à sanctionner et les juges visés. La doctrine se prononce à juste titre contre une telle formule²⁰⁷.

2. *Surveillance de tutelle*

129. Le mandat d'expertise évoque encore l'extension de la surveillance de tutelle exercée par la CA-TF sur le Tribunal fédéral. Or, nous avons relevé que les compétences de la CA-TF portant sur des activités internes au Tribunal fédéral ne constituaient pas une surveillance de tutelle, laquelle, par définition, ne pouvant pas être interne²⁰⁸. Une surveillance de tutelle de la CA-TF sur le Tribunal fédéral ne pourrait donc être ni instituée ni étendue. En revanche, on pourrait imaginer que le contrôle du bon fonctionnement général du Tribunal fédéral figure parmi les missions explicites de la CA-TF.

B. *Du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance*

130. Il s'agit ici d'examiner, pour citer le mandat d'expertise, les changements législatifs nécessaires en cas d'extension de la surveillance de tutelle et de la surveillance disciplinaire exercées par la CA-TF sur les tribunaux de première instance²⁰⁹.
131. Il nous paraît que le RSTF a utilisé pleinement la délégation législative conférée au Tribunal fédéral par l'article 15, alinéa 1, LTF. Si l'on veut aller plus loin, en étendant, la surveillance exercée par la CA-TF sur les tribunaux fédéraux de première instance, il conviendrait de passer par la loi. Il n'est pas possible d'envisager toutes les possibilités imaginables d'extension de la surveillance, même si cette extension n'est évidemment pas libre, vu les limites constitutionnelles posées à la surveillance. On se contentera donc de reprendre quelques-unes des questions évoquées à propos des limites du régime actuel.
132. Il serait possible de faire remonter au niveau de la loi, certains des instruments mentionnés dans le RSTF, afin de leur donner plus de force, au moins symbolique. On pensera ici essentiellement aux directives de l'article 10 RSTF, voire aux enquêtes de l'article 7 RSTF. Il ne s'agit cependant pas d'une opération indispensable du strict point de vue juridique.

²⁰⁷ PELLATON (2016) n° 761 ss.

²⁰⁸ *Supra* ch. 97.

²⁰⁹ Question B, 2, a.

133. S'il apparaît que la possibilité de faire des recommandations « ciblées » sur des personnes déterminées constitue effectivement un instrument indispensable pour la surveillance, il serait sans doute utile de clarifier légalement la situation dans le sens que nous avons précisé plus haut²¹⁰.
134. Sur la question du droit d'évocation/d'ingérence, nous avons conclu à la nécessité d'une base légale formelle²¹¹. Mais il faut encore vérifier si un tel droit se heurterait au principe d'indépendance des tribunaux, considéré ici dans sa portée interne à la justice. S'il était conféré sans restriction, un droit d'ingérence de la CA-TF infléchirait nettement la surveillance de celle-ci, actuellement surveillance de tutelle, vers une surveillance de type hiérarchique. Une telle évolution ne serait pas conforme au principe d'indépendance des autorités judiciaires. En revanche, on pourrait admettre une habilitation assortie de conditions strictes en ce qui concerne la gravité de l'enjeu (éviter un dysfonctionnement grave du tribunal concerné), la proportionnalité (les moyens moins incisifs ont été mis en œuvre en vain ou apparaissent d'emblée comme futiles dans le cas d'espèce), ainsi que le caractère exceptionnel du recours au droit d'ingérence. Les conditions devront figurer de façon claire dans l'habilitation légale.
135. En ce qui concerne l'introduction d'une surveillance disciplinaire, les exigences de base légale seraient les mêmes que si une telle surveillance était introduite à l'interne. S'agissant par hypothèse de sanctions disciplinaires prononcées par la CA-TF, la question du recours sera délicate.
136. Les deux principaux arguments en faveur de l'introduction d'une surveillance disciplinaire en complément de la surveillance de tutelle sont les suivants :
- a. Au vu de l'existence de la révocation, l'absence de toute solution intermédiaire entre l'admonestation informelle et la révocation est difficile à justifier. La CA-TF soulève ce point à juste titre²¹².
 - b. L'absence de sanctions intermédiaires pousse à des solutions informelles, soustraites à tout recours, comme l'illustre l'exemple des « lettres d'avertissement » adressées par les CdG à deux juges du TPF, lettres dont le statut juridique n'est certainement pas clair.
137. Le fait de confier la surveillance disciplinaire à la CA-TF pose cependant le double problème de la surcharge du Tribunal fédéral, dont la mission première est au demeurant de dire le droit, objection que la CA-TF soulève à raison²¹³, et celui de

²¹⁰ *Supra* ch. 111 *in fine*.

²¹¹ *Supra* ch. 114.

²¹² CA-TF (2023) n° 169.

²¹³ CA-TF (2023) n° 166.

l'opportunité de cette solution sous l'angle de l'indépendance des autorités judiciaires dans sa dimension interne à la justice.

138. Enfin, il a été affirmé que le différend récent entre les CdG et la CA-TF serait dû à une carence du législateur dans la délimitation entre surveillance et haute surveillance²¹⁴. Si tel était bien le cas, une modification législative se justifierait pour y remédier. On peut cependant penser que le différend trouve plutôt sa source dans la collision inévitable des intérêts entre des instances émanant de deux des pouvoirs de l'Etat. Dans ce cas, la solution résidera davantage dans un dialogue pragmatique que dans une intervention législative tranchant dans le vif²¹⁵.

VIII. Proposition d'un modèle

A. *Les modèles non retenus*

139. Un auteur a proposé de renoncer purement à la surveillance par la CA-TF en se contentant de la haute surveillance, ce qui redonnerait à l'Assemblée fédérale son rôle de direction démocratique²¹⁶. Cette voie nous paraît contraire à l'esprit des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des autorités judiciaires.
140. Un modèle de surveillance croisée des tribunaux fédéraux de première instance serait inédit au point d'être incongru. On peine à voir quels avantages il aurait par rapport au statu quo.
141. Le modèle du statu quo, légèrement amélioré dans le sens des propositions d'extension énoncées plus haut²¹⁷, mais sans surveillance disciplinaire, serait parfaitement envisageable. Nous n'avons en effet pas identifié de nécessité absolue de légiférer. Ce modèle serait évidemment le plus simple à mettre en œuvre. Il nous paraît cependant moins optimal que le modèle avec Conseil supérieur de la magistrature exposé ci-après.

B. *Le modèle retenu : un Conseil supérieur de la magistrature*

142. Compte tenu des contraintes analysées dans le présent avis de droit, le modèle « idéal », qui présenterait le meilleur rapport entre les avantages et les inconvénients, serait le suivant :

²¹⁴ GÄCHTER (2020) n° 15.

²¹⁵ Le problème semble s'être posé dans les mêmes termes il y a quelques années, cf. BIAGGINI (2008) p. 41 ss.

²¹⁶ METZ (2020) n° 10.

²¹⁷ *Supra* ch. 130 ss.

- a. La surveillance des tribunaux fédéraux de première instance serait confiée à un Conseil supérieur de la magistrature (ci-après : CSM) indépendant du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale et des tribunaux fédéraux.
- b. Le CSM exercerait d'abord la surveillance sur la gestion des tribunaux fédéraux de première instance telle qu'elle incombe actuellement au Tribunal fédéral. La palette des instruments de surveillance pourrait être complétée dans le sens évoqué plus haut²¹⁸.
- c. Cette surveillance serait complétée par une surveillance disciplinaire sur les juges des tribunaux fédéraux de première instance.
- d. L'arsenal disciplinaire serait limité à la révocation, dont la compétence passerait de l'Assemblée fédérale au CSM, et à une ou deux sanctions intermédiaires, comme l'avertissement ou le blâme. Dans le cas de magistrats judiciaires, des sanctions graves mais inférieures à la révocation n'ont pas grand sens : lorsqu'elles sont prononcées, la crédibilité du juge en cause est atteinte d'une manière si prononcée qu'une poursuite de l'exercice de la fonction devient quasiment impossible.
- e. Le CSM serait élu par l'Assemblée fédérale soit pour un mandat de six ans, comme les juges fédéraux, soit, pour augmenter son indépendance, pour un mandat non renouvelable de 9 ans. En cas de vacance en cours de mandat, la personne élue en remplacement terminerait le mandat.
- f. Le CSM serait composé de 5 personnes, dont deux magistrats issus des tribunaux surveillés, une personne ayant une expérience passée de magistrat judiciaire, et deux autres personnes disposant d'une expertise particulière dans le domaine (p. ex. professeur d'université). Contrairement à ce que prévoyait le projet de CSM de 2001, aucun parlementaire fédéral ne devrait faire partie du CSM. Des suppléants pourraient être prévus.
- g. Le Tribunal fédéral ne serait pas soumis à la surveillance du CSM. Le système actuel, qui ne prévoit une surveillance que pour les tribunaux fédéraux de première instance serait maintenu. L'affaire du « juge cracheur », en 2003, en a certes montré les limites, mais elle est restée isolée jusqu'ici. Un besoin impératif de doubler la haute surveillance sur le Tribunal fédéral d'une surveillance par le CSM envisagé n'est pas démontré. La question pourrait être revue dans quelques années, sur la base d'une évaluation du régime du CSM, si celui-ci est introduit.

- h. Le Tribunal fédéral pourrait ainsi être autorité de recours contre les décisions du CSM. De cette manière serait résolu le problème de la voie de recours contre une décision de révocation d'un juge. Avec la CA-TF et la doctrine²¹⁹, nous sommes en effet d'avis que l'ouverture d'une telle voie de recours s'impose en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁰.
 - i. Le CSM ferait rapport à l'Assemblée fédérale et lui transmettrait les rapports des tribunaux surveillés, comme le fait actuellement la CA-TF.
 - j. Un rôle du CSM dans la sélection des juges serait envisageable, mais n'est pas du tout indispensable. Le modèle est cohérent même s'il se limite à la surveillance.
 - j. De même, un préavis du CSM dans le cadre de la réélection des juges serait envisageable, sans être indispensable. On pourrait imaginer que le CSM n'intervienne qu'au stade de la réélection et non à celui de la sélection.
 - k. La question de savoir si la surveillance des commissions fédérales d'estimation devrait revenir au CSM devrait faire l'objet d'une étude séparée, en raison du régime actuel très complexe de surveillance desdites commissions.
143. Les avantages du modèle proposé seraient les suivants :
- a. La formule de CSM proposée s'éloigne considérablement de ce qui avait été envisagé dans le projet de CSM fédéral de 2001²²¹. Il s'agit ici de mettre en œuvre un modèle qui se répand dans les cantons et qui semble faire ses preuves²²². Le CSM envisagé est une véritable autorité de surveillance, qui exerce une compétence de plein droit, et non un simple auxiliaire de l'Assemblée fédérale dans son rôle de haute surveillance.
 - b. L'instauration d'un CSM renforcerait donc structurellement l'indépendance constitutionnellement garantie des tribunaux fédéraux de première instance. N'ayant ni compétence législative ni juridictionnelle, un CSM sera objectivement moins soumis à la tentation de s'immiscer dans la jurisprudence des tribunaux surveillés.

²¹⁹ CA-TF (2023) n° 156 ; PELLATON (2016) n° 795 et 837.

²²⁰ Arrêt de la Grande Chambre de la CourEDH du 23 juin 2016, n° 20261/12, *Baka c. Hongrie*, consid. 100 ss ; voir aussi Arrêt de la Grande Chambre de la CourEDH du 25 septembre 2018, n° 76639/11, *Denisov c. Ukraine*, consid. 52.

²²¹ Voir le Rapport additionnel de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats relatif au projet de loi fédérale sur le Conseil de la magistrature (LCM) du 16 novembre 2001 (FF 2002 p. 1128 ss). Voir aussi MARTY (2009).

²²² DAVID (2022) n° 23 ss ; PELLATON (2016) n° 860 ss.

- c. Avec l'instauration d'un CSM, le Tribunal fédéral sera déchargé d'une tâche qui prend beaucoup de temps et pourra ainsi se consacrer entièrement à sa principale et vraie mission de juridiction suprême.
- d. La création d'un CSM permet d'adjoindre un volet disciplinaire à la surveillance, ce qui aurait été difficile dans le régime actuel de surveillance par la CA-TF.
- e. Elle permet aussi de résoudre la question du recours contre les décisions de révocation.

144. Les inconvénients du modèle proposé seraient les suivants :

- a. La mise en œuvre du modèle requiert une révision législative importante.
- b. Le modèle implique la création d'une nouvelle instance, ce qui objectivement complique la structure de la justice fédérale et entraîne des coûts.
- c. Confier au CSM la compétence de révocation des juges pourrait théoriquement provoquer des décisions contradictoires du CSM sur révocation et de l'Assemblée fédérale sur non-réélection. Ce risque ne doit toutefois pas être surestimé et peut être pallié par une coordination et un dialogue adéquats entre le CSM et les instances compétentes de l'Assemblée fédérale, surtout si le CSM reçoit une compétence de préavis en matière de réélection.
- d. Le CSM n'aura pas, du moins pas d'emblée, les « compétences techniques » dont dispose actuellement la CA-TF en termes de connaissance des rouages de la justice fédérale.

145. La proposition de création d'un CSM a récemment été relancée par une motion du Conseiller national (à l'époque) Fabio Regazzi²²³. Le Conseil fédéral s'y est opposé et le motionnaire a retiré sa proposition faute d'appuis politiques. On se tiendra néanmoins ici à l'idée de proposer ce qui, juridiquement et institutionnellement, nous paraît le plus adéquat, sans tenir compte de la faisabilité politique.

²²³

Motion 21.3372, du 13 mars 2021. Voir DONZALLAZ (2022a) n° 58.

Partie conclusive

IX. Réponses aux questions posées

146. Nous reprenons ci-après les questions posées par le mandat d'expertise, en indiquant où il y est répondu principalement dans le présent avis de droit.

A. Cadre constitutionnel

1. *Quel est le cadre constitutionnel de la surveillance exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance ?*

Quel est le rapport entre la surveillance exercée sur les tribunaux fédéraux de première instance et, en particulier, la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juges et l'autonomie administrative des tribunaux ?

Il a été répondu à cette question sous IV.

2. *Y a-t-il, sur la base de la Constitution, des particularités supplémentaires lorsque la surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance est exercée – comme c'est le cas actuellement – par une autre instance judiciaire ?*

Il a été répondu à cette question sous IV et VI. Le cadre constitutionnel est le même, mais les conséquences peuvent être différentes suivant les institutions concernées. Ainsi, le principe de séparation des pouvoirs ne joue pas de rôle pour les relations au sein du pouvoir judiciaire.

3. *La création d'un droit d'ingérence de la CA TF dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce sur les tribunaux fédéraux de première instance serait-elle problématique du point de vue du droit constitutionnel ?*

Il a été répondu à cette question sous VII, B.

4. *Quel est le cadre constitutionnel de la surveillance exercée sur le Tribunal fédéral ? Quel est le rapport entre la surveillance exercée sur le Tribunal fédéral et la séparation des pouvoirs, l'indépendance des juges et l'autonomie administrative du tribunal ? Quelles sont les compétences et les obligations de la CA TF à cet égard ?*

Il a été répondu à cette question sous VI, A.

5. *Est-il juridiquement approprié de séparer la surveillance dite de tutelle ou institutionnelle (Organaufsicht) de la surveillance disciplinaire pour les tribunaux fédéraux de première instance comme pour le Tribunal fédéral ? Quels en sont les avantages et les inconvénients ?*

Il a été répondu à cette question sous V, C et D.

B. Organisation de la surveillance

1. *À quelles limites constitutionnelles se heurte-t-on selon que la surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance est exercée par :*
 - a. *les tribunaux fédéraux de première instance eux-mêmes,*

- b. *les autres tribunaux fédéraux de première instance (surveillance disciplinaire réciproque, comme par exemple dans la phase de recours selon l'art. 36, al. 2, de la loi sur le personnel de la Confédération),*
- c. *la CA TF,*
- d. *un organe externe au tribunal (par exemple, à l'instar de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération ou dans l'esprit du Conseil de la magistrature que connaissent les cantons de Fribourg, de Genève, de Neuchâtel, du Jura, du Tessin et du Valais) ?*

Lorsqu'une distinction stricte est opérée entre la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire, respectivement lorsqu'elles ne sont pas exercées par la même instance, quelle influence cela a-t-il sur les résultats ?

Il a été répondu à cette question sous IV, V, D et VIII.

2. *Que faut-il changer au niveau législatif en cas de modification du modèle de surveillance actuel :*
 - a. *si la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire que la CA TF exerce sur les tribunaux fédéraux de première instance sont étendues ?*
 - b. *si la surveillance disciplinaire que les tribunaux fédéraux de première instance exercent sur eux-mêmes est étendue ?*
 - c. *si la surveillance de tutelle et / ou la surveillance disciplinaire que la CA TF exerce sur le Tribunal fédéral sont étendues ?*

Il a été répondu à cette question sous VII.

3. *Selon vous, quelle forme devrait idéalement prendre la surveillance de tutelle et la surveillance disciplinaire exercées sur*
 - a. *les tribunaux fédéraux de première instance ;*
 - b. *le Tribunal fédéral ; et*
 - c. *les Commissions fédérales d'estimation ?*

Quels seraient les avantages et les inconvénients de votre proposition par rapport à l'organisation actuelle et à la pratique très modérée de la surveillance et par rapport à d'autres modèles de surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance, sur le Tribunal fédéral et sur les Commissions fédérales d'estimation ?

Il a été répondu à cette question sous VIII.

4. *L'Assemblée fédérale (Chambres réunies) peut révoquer un ou une juge du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral des brevets – mais pas du Tribunal fédéral. C'est la Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale (CJ) qui prépare cette procédure. Selon le modèle de surveillance sur les tribunaux fédéraux de première instance et sur le Tribunal fédéral, convient-il de revoir cette règle ? Dans l'affirmative, quels changements seraient appropriés et quels en seraient les avantages et les inconvénients ?*

Il a été répondu à cette question sous VIII.

X. Conclusions générales

147. Le cadre constitutionnel de la surveillance des tribunaux fédéraux de première instance est essentiellement marqué par les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des autorités judiciaires.
148. Le principe de séparation des pouvoirs a une portée particulière dans la relation entre le pouvoir judiciaire et les deux autres pouvoirs. Il a une portée propre, dans ce cadre, qui ne se limite pas à être un des fondements de l'indépendance des tribunaux. En revanche, il ne joue pas de rôle dans les relations entre tribunaux, fussent-elles de surveillance.
149. Le principe d'indépendance des autorités judiciaires découle aussi bien de garanties internationales (CEDH, Pacte II ONU) que des articles 30 et 191^c Cst. Sa portée ne se limite pas aux relations entre les tribunaux et les entités ne relevant pas du pouvoir judiciaire, mais concerne également les relations entre tribunaux et même celles entre les juges au sein d'un tribunal. Fondamentalement, « un juge ne doit pas être soumis à un autre juge, en dehors du mécanisme des voies de recours ».
150. Jouent également un rôle dans la mise en œuvre de la surveillance des tribunaux, le principe de la légalité et les garanties procédurales. Le premier limite les possibilités d'intervention de la surveillance lorsque des compétences résultent de la loi et lorsqu'un instrument de surveillance doit reposer sur une base légale formelle. Les secondes entrent en considération lorsque des mesures relevant de la surveillance portent sur la situation juridique de personnes, comme dans le cas du droit disciplinaire.
151. Le cadre constitutionnel ne fait cependant pas que limiter la surveillance des tribunaux mais comporte également un mandat de la mettre en œuvre, afin d'assurer la réalisation des buts assignés à la justice. La surveillance doit être accomplie dans le sens de ce mandat, mais de manière équilibrée afin de ne pas porter atteinte à l'indispensable indépendance de la justice. Il en va de même de la haute surveillance.
152. Parmi les types de surveillance, il faut mettre en évidence la surveillance hiérarchique et la surveillance de tutelle. La première est typique de l'administration centrale, marquée par la relation hiérarchique. La seconde est typique de la situation où une entité étatique est surveillée par une entité qui lui est extérieure. Le principe de la légalité, sous l'angle de l'exigence de la base légale, joue un rôle plus important pour la surveillance de tutelle.
153. La surveillance disciplinaire n'existe que si des sanctions disciplinaires sont prévues pour certaines personnes. Elle est fortement marquée par l'exigence de la base légale. Elle peut venir en complément aussi bien de la surveillance hiérarchique que de la

surveillance de tutelle. Si on la conçoit comme un instrument visant à la bonne marche d'une institution, il n'est pas forcément opportun de la prévoir et de la mettre en œuvre isolément.

154. En ce qui concerne la surveillance des tribunaux fédéraux par eux-mêmes, on trouve certaines activités internes de ces tribunaux qui relèvent de la surveillance, la plus évidente étant l'obligation d'établir un rapport de gestion. Mais les commissions administratives respectives de ces tribunaux n'exercent ni surveillance de tutelle, ni surveillance hiérarchique, ni surveillance disciplinaire sur lesdits tribunaux.
155. La surveillance exercée par la CA-TF sur les tribunaux fédéraux de première instance est une surveillance de tutelle, peu réglementée par la loi. C'est essentiellement le RSTF qui, sur délégation législative, en prévoit les instruments, qui restent des instruments de droit souple.
156. Un certain renforcement législatif de cette surveillance serait envisageable. En particulier la création d'un droit d'évocation/d'ingérence ne serait pas contraire à la Constitution à condition qu'il soit exceptionnel et encadré par des conditions légales strictes.
157. La surveillance des tribunaux fédéraux de première instance s'insère de manière constitutionnellement appropriée dans un modèle « en étages » : surveillance interne aux tribunaux concernés, surveillance par la CA-TF, haute surveillance de l'Assemblée fédérale. Ce modèle n'entrave pas l'exercice de la haute surveillance. Il existe un différend entre les CdG et la CA-TF à ce sujet, différend dont la résolution proviendra probablement davantage d'un dialogue que d'une intervention législative.
158. L'introduction d'une surveillance disciplinaire confiée à la CA-TF offrirait une solution intermédiaire entre le pur droit souple et la révocation des juges par l'Assemblée fédérale. Elle écarterait la tentation de pratiques disciplinaires déguisées. Elle demanderait une réglementation complète dans la loi formelle. Elle se heurterait cependant à la surcharge du Tribunal fédéral et au fait que la surveillance ne constitue pas la tâche première de celui-ci.
159. A titre de modèle « idéal » est proposée la création d'un Conseil supérieur de la magistrature. Ce CSM exercerait la surveillance de tutelle sur les tribunaux fédéraux de première instance, ainsi que la surveillance disciplinaire sur les juges de ces tribunaux, y compris la révocation, qui ne serait plus de la compétence de l'Assemblée fédérale. Le CSM n'aurait pas de compétences concernant le Tribunal fédéral. Il serait composé de 5 membres élus par l'Assemblée fédérale.
160. Le modèle proposé aurait l'avantage de décharger le Tribunal fédéral tout en renforçant structurellement l'indépendance des autorités judiciaires. Il permettrait

aussi de résoudre l'épineuse question du recours contre une éventuelle décision de révocation.

Genève le 2 février 2024

Thierry Tanquerel
Professeur honoraire de l'Université de Genève

Bibliographie

Les ouvrages, articles ou autres documents figurant dans la bibliographie sont cités dans les notes de bas de page par le nom de l'auteur, le cas échéant abrégé s'il s'agit d'une instance ou d'une organisation, suivi de la date.

BIAGGINI Giovanni (2008), *Droit à l'information des Commissions de gestion des Chambres fédérales dans le cadre d'une poursuite pénale du point de vue constitutionnel*, Avis de droit à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, du 5 juin 2008 (publié sur le site des commission de gestion des Chambres fédérales).

BOHNET François (2021), « Art. 30 », in : Martenet/Dubey, édit., *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 892 ss.

CHAIX François (2021), « Art. 188 », in : Martenet/Dubey, édit., *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 3421 ss.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE) (2010), *Rapport sur l'indépendance du système judiciaire – Partie I : L'indépendance des juges*, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 82e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010).

DAVID Samuel, « Surveillance de la justice par les conseils de la magistrature », *Justice - Justiz - Giustizia* 2022/1.

DONZALLAZ Yves (2022a), « Art. 1 », in : Aubry Girardin et al., *Commentaire de la LTF*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, p. 1 ss.

DONZALLAZ Yves (2022b), « Art. 3 », in : Aubry Girardin et al., *Commentaire de la LTF*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli, p. 60 ss.

EHRENZELLER Kaspar (2023), « Art. 169 », in : Ehrenzeller et al., édit., *Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, 4^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall, Dike/Schulthess, p. 4042 ss.

FONJALLAZ Jean (2011), « Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile », *AJP/PJA* 2011, p. 49 ss.

FREY HAESLER Mirjam (2017), *Aufsicht über die Justiz*, Bâle, Helbing Lichtenhahn.

GÄCHTER Thomas (2020) « Knarren im Gebälk », *Justice - Justiz - Giustizia* 2020/3.

HÄGGI FURRER Reto, MERKER Michael (2015), « Art. 169 », in : Waldmann/Belser/Epiney, édit., *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 2516 ss.

KIENER Regina (2001), *Richterliche Unabhängigkeit*, Berne, Stämpfli.

KISS Christina (2003), « Das neue Bundesstrafgericht », *AJP/PJA* 2003, p. 141 ss.

KOLLER Heinrich (2018), « Art. 1 », in : Niggli et al., édit., *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, 3^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn.

MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, HERTIG RANDALL Maya, FLÜCKIGER Alexandre (2021a), *Droit constitutionnel suisse. Vol. I : l'Etat*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli.

MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, HERTIG RANDALL Maya, FLÜCKIGER Alexandre (2021b), *Droit constitutionnel suisse. Vol. II : Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne, Stämpfli.

MARTY Dick (2014), *Haute surveillance et surveillance des autorités judiciaires dans le canton de Vaud – Situation actuelle et solutions possibles*, Rapport du 14 novembre 2014 (publié sur le site de l'Etat de Vaud).

MARTY Dick (2009), « Qui a peur du Conseil de la magistrature ? », in: *Justice - Justiz - Giustizia* 2009/2.

MARTENET Vincent (2020), « La séparation des pouvoirs », in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, édit., *Droit constitutionnel suisse. Vol. II*, p. 999 ss.

- METZ Markus (2020), « Aufsicht in der Justiz », *Justice - Justiz - Giustizia* 2020/3.
- MEYER Lorenz, TSCHÜMPERLIN Paul (2012), « Die Aufsicht des Bundesgerichts », *Justice - Justiz - Giustizia* 2012/3.
- MOOR Pierre, FLÜCKIGER Alexandre, MARTENET Vincent (2012), *Droit administratif. Vol. I : Les fondements*, 3^{ème} éd., Berne, Stämpfli.
- MOOR Pierre, BELLANGER François, TANQUEREL Thierry (2018), *Droit administratif. Vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat*, 2^{ème} éd., Berne, Stämpfli.
- NEUENSCHWANDER Anouk (2021a), « Art. 169 », in : Martenet/Dubey, édit., *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 3133 ss.
- NEUENSCHWANDER Anouk (2021b), « Art. 191c », in : Martenet/Dubey, édit., *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 3133 ss.
- OFJ – Office fédéral de la justice (2004), Avis de droit concernant la surveillance du Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral par le Tribunal fédéral, *VPB* 69.48.
- PEIER Daniel (2020), « Gerichtsaufsicht in der Praxis », *Justice - Justiz - Giustizia* 2020/3.
- PELLATON Nicolas (2016), *Le droit disciplinaire des magistrats du siège*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn.
- POLTIER Etienne (2011), « L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux », *AJP/PJA* 2011/8, p. 1018 ss.
- POLTIER Etienne (2008), « Le pouvoir judiciaire “s’administre lui-même” », *Justice - Justiz - Giustizia* 2012/3.
- REICH Johannes (2015), « Art. 191c », in : Waldmann/Belser/Epiney, édit., *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 2805 ss.
- SCHINDLER Benjamin, SCHULER Ruben, WYSS Damian (2023), « Art. 191c », in : Ehrenzeller et al., édit., *Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, 4^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall, Dike/Schulthess, p. 4549 ss.
- TANQUEREL Thierry (2018a), *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess.
- TANQUEREL Thierry (2018b), « Caractéristiques et limites du droit disciplinaire », in : Bellanger/Tanquerel, édit., *Le droit disciplinaire*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, p. 9 ss.
- TANQUEREL Thierry (2014), *Avis de droit relatif aux compétences de la Commission de haute surveillance du Tribunal cantonal vaudois et en particulier à la portée à donner à l'exception de l'indépendance juridictionnelle contenue à l'article 135 de la Constitution vaudoise*, du 9 mai 2014 (publié sur le site de l'Etat de Vaud).
- THOMAS John (2007), *Conseils de la magistrature : Etats sans conseil*, Rapport préliminaire de Lord Justice Thomas, du 23 mars 2007, à l'attention du Conseil consultatif de juges européens (Conseil de l'Europe).
- TSCHANNEN Pierre, MÜLLER Markus, KERN Markus (2022), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Berne, Stämpfli.
- TSCHÜMPERLIN Paul (2013), « Art. 3 », in : Calame/Hess-Blumer/Stieger, édit., *Patentgerichtsgesetz (PatGG). Kommentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, p. 56 ss.
- TSCHÜMPERLIN Paul (2009), « Die Aufsicht des Bundesgerichts », *SJZ* 2009 p. 233 ss.
- UEBERSAX Peter (2020), « Gerichte des Bundes », in : Diggelmann/Hertig Randall/Schindler, édit., *Droit constitutionnel suisse. Vol. III*, p. 1757 ss.
- WIWINIUS Jean-Claude (2016), « La place du système judiciaire et ses relations avec les autres pouvoirs de l'Etat dans une démocratie moderne », *Justice - Justiz - Giustizia* 2016/4.