Commission d’experts pour la
révision totale de
l'organisation judiciaire fédérale

Rapport final

au

Département fédéral de justice et police

Juin 1997

Edité par l'Office fédéral de la justice

Diffusion:Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne
Art. n^{o}: 407.381 f

Table des matières

Table des abréviations **6**

1. Mandat, composition et mode de travail de la commission d'experts **8**

2. Points faibles de l'organisation judiciaire fédérale actuelle **9**

2.1. Les tâches actuelles du Tribunal fédéral **9**
2.1.1. Application uniforme du droit civil et pénal fédéral 9
2.1.2. Juridiction administrative et disciplinaire fédérale 10
2.1.3. Protection des droits constitutionnels des citoyens vis-à-vis des cantons 10
2.1.4. Jugement de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales comme juridiction unique 10
2.1.5. Tâches de surveillance et de législation 11

2.2. La surcharge du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances **11**
2.2.1. Etendue et effets de la surcharge 11
2.2.2. Causes de la surcharge 13
2.2.2.1. Causes de l'augmentation du nombre des recours et actions 13
2.2.2.2. Large accès au Tribunal fédéral 13
2.2.2.3. Le Tribunal fédéral comme juridiction unique 14

2.3. Complexité du système des voies de droit **15**

2.4. Caractère obsolète des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale **15**

2.5. Lacunes dans le contrôle des normes **17**

3. Buts de la réforme **17**

3.1. Assurer la protection juridique et l'application uniforme du droit fédéral et international **17**

3.2. Consolider l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de Cour suprême **18**

4. Rapport avec le message relatif à une nouvelle constitution fédérale 19

4.1. La juridiction de la Confédération, objet de la réforme de la constitution 19

4.2. Les propositions faites dans le cadre de la réforme de la justice, base de travail pour le projet de la commission d'experts 20

5. Les principales réformes 21

5.1. Développement des autorités judiciaires inférieures 21
5.1.1. Juridiction administrative fédérale 21
5.1.2. Juridiction pénale fédérale 21
5.1.3. Tribunaux cantonaux 22
5.1.4. Limitation des procès directs 23

5.2. Le recours unifié 23
5.2.1. Généralités 24
5.2.2. Les grandes lignes du recours unifié 25

5.3. Limitation de l'accès au Tribunal fédéral 28
5.3.1. Nécessité 28
5.3.2. Restrictions d'accès 29
5.3.2.1. Exclusion du recours combinée à une procédure d'avis préjudiciel 29
5.3.2.2. Procédure d'examen préalable 30
5.3.2.3. Procédure d'admission ou d'autorisation 30
5.3.2.4. Valeurs litigieuses 30
5.3.3. Proposition de la commission d'experts 32
5.3.3.1. Procédure générale d'examen préalable 32
5.3.3.2. Variante écartée: procédure générale d'admission 33
5.3.3.3. Liste d'exceptions pour les recours en matière de droit public, combinée avec une procédure d'avis préjudiciel 34
5.3.3.4. Abandon de la valeur litigieuse 35

5.4. Développement de la juridiction constitutionnelle 36
5.4.1. Le système du contrôle des normes dans le droit en vigueur 36
5.4.2. Institution du contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale 37

5.4.3. Motifs en faveur d'une extension du contrôle des normes 37
5.4.4. Organisation du futur contrôle des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale: système concentré 39
5.4.5. Pas d'autres innovations dans le domaine du contrôle des normes 40

5.5. Protection juridique en matière d'élections, votations et initiatives populaires fédérales 41

5.6. Intégration du Tribunal fédéral des assurances dans le Tribunal fédéral 41
5.6.1. Statut du Tribunal fédéral des assurances selon le droit en vigueur 41
5.6.2. Proposition de la commission d'experts 42

5.7. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale 44
5.7.1. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale précédant le Tribunal fédéral 44
5.7.2. Modèle pour les voies de recours 47
5.7.2.1. Décisions d'autorités fédérales 47
5.7.2.2. Décisions de dernière instance cantonale 49
5.7.3. Abandon, dans une large mesure, du recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale 49

5.8. Réforme de la juridiction pénale fédérale 50
5.8.1. Attributions du Tribunal pénal fédéral 50
5.8.2. Organisation du Tribunal pénal fédéral 55

6. Mesures rejetées 56

6.1. Représentation obligatoire, avocats accrédités 56

6.2. Avocats généraux 58

7. Bases constitutionnelles 59

7.1. Les propositions du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice comme base pour la révision de l'organisation judiciaire 59

7.2. Marge de manoeuvre réduite en cas de non-réalisation (partielle) de la réforme de la justice 60

7.3. Délégation de compétences législatives 63

8. Compatibilité des mesures proposées avec le droit européen 63

9. Commentaire du projet de loi 65

Chapitre premier: Organisation du Tribunal fédéral 65
Section 1: Statut 65
Section 2: Juges 67
Section 3: Organisation 69

Chapitre deuxième: Dispositions générales de procédure 74
Section 1: Compétence 74
Section 2: Conduite du procès 74
Section 3: Récusation 75
Section 4: Parties, mandataires, mémoires 76
Section 5: Délais (art. 41 à 47) 77
Section 6: Valeur litigieuse (art. 48 à 50) 78
Section 7: Langue du procès (art. 51) 78
Section 8: Procédure probatoire 79
Section 9: Procédure de jugement 79
Section 10: Frais (art. 59 à 65) 80
Section 11: Exécution (art. 66 à 68) 81
Section 12: Dispositions supplétives (art. 69) 81

Chapitre troisième: Le Tribunal fédéral juridiction de recours 82
Section 1: Recours en matière civile 82
Section 2: Recours en matière pénale 86
Section 3: Recours en matière de droit public 89

Chapitre quatrième: Procédure de recours 96
Section 1: Décisions attaquables 96
Section 2: Motifs de recours 99
Section 3: Moyens nouveaux (art. 91) 102
Section 4: Délai de recours (art. 92, 93) 103
Section 5: Examen préalable 104
Section 6: Procédure subséquente 107
Section 7: Procédure cantonale 111

Chapitre cinquième: Action (art. 106) 112

Chapitre sixième: Avis préjudiciel (art. 107 à 113) 113

Chapitre septième: Révision, interprétation et rectification 115

Section 1: Révision (art. 114 à 121) 115
Section 2: Interprétation et rectification (art. 122) 116

Table des abréviations

ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RS 101)
DFEP	Département fédéral de l'économie publique
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LAVI	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LCD	Loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	Loi fédérale du18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151)
LEx	Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LRTV	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (RS 784.40)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)

PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
P-LTF	Projet du 18 juin 1997 pour une loi fédérale sur le Tribunal fédéral
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
projet 96	Projet de Constitution 1996 (FF *1997* I 597 ss)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances

1. Mandat, composition et mode de travail de la commission d'experts

Par décision du 7 juin 1993, le Département fédéral de justice et police a institué une commission d'experts, chargée de préparer une révision totale de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ). La commission reçut pour mandat d'examiner, sans se limiter au cadre constitutionnel existant, toutes réformes de l'organisation judiciaire propres à assurer durablement une protection juridique qui soit aussi simple, rapide et effective que possible et qui réponde aux exigences du droit international.

La commission était invitée à examiner notamment les questions suivantes:

- mesures propres à éviter une surcharge des cours suprêmes;
  unification des voies de droit;
  création d'une juridiction administrative fédérale avec deux instances;
- réglementation dans l'OJ (et non plus dans la loi fédérale sur la procédure pénale) des voies de droit de la procédure pénale fédérale;
  extension de la juridiction constitutionnelle (modification de l'art. 113, 3^{e} al., cst.);
  introduction de restrictions d'accès, en relation notamment avec une juridiction constitutionnelle plus étendue;
  création de cours spécialisées, voire d'un tribunal constitutionnel.

Dans sa composition initiale, la commission était formée des membres suivants:

Heinrich Koller, professeur, directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne (président);
Walter Kälin, professeur, Berne (vice-président);
Ulrich Cavelti, président du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall;
Rolando Forni, juge fédéral, Lausanne (jusqu'au mois de mars 1994);
Alfred Kölz, professeur, Zurich (jusqu'au mois de mars 1995);
Rolf Lüthi, secrétaire général suppléant du Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, Berne;
Pierre Moor, professeur, Lausanne;
Peter Alexander Müller, juge fédéral, Lausanne (jusqu'au mois de décembre 1996);
Niklaus Oberholzer, avocat, Saint-Gall (jusqu'au mois de mars 1995);
Jean-François Poudret, professeur, Lausanne;
Thomas Probst, avocat, Bâle;
Rudolf Rüedi, juge fédéral, Lucerne;
Katharina Sameli, avocate, Zurich.

Pour compléter la commission, le DFJP a, le 23 décembre 1994, désigné quatre nouveaux membres, qui ont commencé leur travail sitôt après l'adoption du rapport intermédiaire de mars 1995:

- Heinz Hausheer, professeur, Berne;
- Fabienne Hohl, juge au Tribunal cantonal du canton de Fribourg;
- Niccolò Raselli, juge fédéral, Lausanne;
- Danielle Yersin, juge fédéral, Lausanne.

L'Office fédéral de la justice a assuré le secrétariat de la commission.

Celle-ci a tenu 31 séances plénières et quelques séances en sous-commissions. A sa demande, l'Institut suisse de droit comparé a établi des rapports sur l'organisation judiciaire dans les pays suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Etats-Unis, France, Italie et Suède. En outre, la commission a confié des mandats d'étude à trois experts:

- Paul Richli, professeur à Bâle: "Rechtsschutz im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns";
- Pierre-Robert Gilliéron, a. professeur à Lausanne: "Administration de la justice en matière de poursuite pour dettes, de faillite et de concordat";
- Rainer J. Schweizer, professeur à Saint-Gall: "Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen - aktuelle Situation und Reformbedürfnisse".

Lors de sa séance du 20 juin 1996, la commission a encore entendu M. Mark E. Villiger, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, au sujet de la procédure de déclaration d'irrecevabilité des requêtes devant ladite Commission.

Enfin, la commission a entendu, le 2 mai 1995, le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances, puis, le 13 juin 1995, des membres de la Fédération suisse des avocats et de l'Association suisse des juges, ce qui lui a permis de recueillir de précieux avis sur les principaux aspects du projet présenté dans son rapport intermédiaire.

2. Points faibles de l'organisation judiciaire fédérale actuelle

2.1. Les tâches actuelles du Tribunal fédéral

Avant d'évoquer les points faibles de l'organisation judiciaire fédérale, il convient de donner un aperçu, sommaire et non exhaustif, des différentes tâches qui incombent au Tribunal fédéral selon le droit en vigueur.

2.1.1. Application uniforme du droit civil et pénal fédéral

Aux termes de l'article 114 cst., il appartient à la législation fédérale de "donner à ce tribunal [au Tribunal fédéral] des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'article 64". Malgré le renvoi au seul article 64 et non à l'article 64bis cst., introduit ultérieurement, cette disposition vaut également pour le domaine du droit pénal.

Sur la base de l'article 114 cst., le législateur a créé quatre principales voies de droit, dont la fonction est d'assurer l'application uniforme du droit fédéral dans les domaines du droit civil, pénal et de la poursuite pour dettes et faillite: le recours en réforme (art. 43 ss OJ), le recours en nullité civil (art. 68 ss OJ), le recours devant la Chambre des poursuites et des faillites (recours LP; art. 78 ss OJ) et le pourvoi en nullité à la Cour de cassation (art. 268 ss PPF). Ces voies

de recours sont toutes ouvertes contre des décisions d'autorités cantonales. Parmi les 5571 affaires traitées par le Tribunal fédéral en 1996, on dénombre 759 recours en réforme, 870 pourvois en nullité, 301 recours LP et, seulement, 8 recours en nullité civils.

2.1.2. Juridiction administrative et disciplinaire fédérale

Le législateur a placé la juridiction administrative et disciplinaire fédérale prévue par l'article 114bis cst. dans la compétence du Tribunal fédéral. Selon les articles 97 ss OJ, le Tribunal fédéral connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions fondées sur le droit public (administratif) fédéral. Quant aux recours de droit administratif en matière d'assurances sociales, ils sont dans la compétence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), lequel est constitué en une cour autonome du Tribunal fédéral (art. 122 et 128 OJ). Peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif non seulement les décisions d'autorités fédérales mais aussi les décisions prises par des autorités cantonales en application du droit administratif fédéral. En 1996, 1218 recours de droit administratif ont été jugés par le Tribunal fédéral et 1632 par le TFA.

2.1.3. Protection des droits constitutionnels des citoyens vis-à-vis des cantons

Aux termes de l'article 113, 1er alinéa, chiffre 3 cst., le Tribunal fédéral connaît "des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités". Il y a un rapport étroit entre cette disposition et celle de l'article 5 cst., qui prévoit que la Confédération garantit aux cantons notamment leurs constitutions, la liberté et les droits du peuple et les droits constitutionnels des citoyens.

Pour assurer la protection juridictionnelle des droits constitutionnels des citoyens, le législateur a institué le recours de droit public (art. 84 ss OJ). Ce recours peut être formé uniquement contre des actes de souveraineté cantonaux (décisions ou arrêtés). C'est la plus utilisée des voies de droit au Tribunal fédéral: les statistiques dénombrent 2192 recours de droit public examinés en 1996, soit près du 40 pour cent de l'ensemble des causes jugées.

2.1.4. Jugement de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales comme juridiction unique

Le Tribunal fédéral connaît en première et unique instance d'une série de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales (cf. ch. 2.2.2.3., let. e à h). En 1996, il a statué sur 28 actions directes et sur une affaire pénale.

2.1.5. Tâches de surveillance et de législation

A côté de sa mission première, qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral doit encore assumer des tâches de surveillance et de législation dans certains domaines. Il en est ainsi notamment dans les domaines de l'organisation interne du tribunal et des tarifs pour les émoluments et les dépens, du droit de l'expropriation (art. 63 LEx) et de la poursuite pour dettes et la faillite (art. 15 LP).

2.2. La surcharge du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances

2.2.1. Etendue et effets de la surcharge

En 1996, le nombre des affaires entrées s'est élevé à 5615 pour le Tribunal fédéral et à 1866 pour le Tribunal fédéral des assurances. Au cours des dix dernières années, leur nombre a augmenté de près de 30 pour cent pour le Tribunal fédéral. Le volume de travail du TFA s'est avéré plus étroitement dépendant de la situation économique. Le nombre des affaires entrées y était déjà aussi élevé en 1981 qu'en 1994 (1588). Après une période de baisse continue jusqu'à 1139 affaires en 1990, la récession a provoqué à nouveau une forte augmentation ces deux dernières années.

Le nombre des juges fédéraux est demeuré le même depuis 1984. Le Tribunal fédéral se compose aujourd'hui de 30 membres et d'autant de juges suppléants, le TFA de 9 juges et de 9 suppléants.

Grâce à des mesures d'organisation et de procédure ainsi qu'à une augmentation de l'effectif des collaborateurs (greffiers et secrétaires-rédacteurs, collaborateurs personnels des juges, personnel de chancellerie), l'un et l'autre tribunaux fédéraux ont été en mesure d'accroître leur "capacité de liquidation" à tel point qu'en 1994, le nombre des affaires traitées a excédé de quelque 5 pour cent celui des affaires entrées. Toutefois, la statistique pour 1996 révèle que le nombre des affaires introduites (5615 au TF et 1866 au TFA) a derechef excédé celui des affaires liquidées (5571 au TF et 1632 au TFA). De toute évidence, la forte pression de travail à laquelle les juges sont soumis ne leur laisse plus assez de temps pour examiner chaque cas avec le soin requis, tout en assumant pleinement la mission impartie au Tribunal fédéral de veiller à l'application uniforme du droit et au développement de la jurisprudence. Les collaborateurs juridiques peuvent certes décharger les juges de certains travaux de préparation et de rédaction, mais en aucun cas de la responsabilité des jugements. Au Tribunal fédéral, chaque juge élabore en moyenne près de 80 rapports par an ainsi qu'un certain nombre de co-rapports. A cela s'ajoute le temps, difficilement quantifiable, qu'il consacre à l'instruction des recours. En outre, la masse actuelle des affaires le contraint à participer, en l'espace d'une année (soit en 230 jours de travail environ), au jugement de quelque 500 cas en moyenne, la règle étant au surplus qu'un juge examine chaque affaire de manière approfondie à deux reprises au moins: au moment de l'arrêt et à celui de sa motivation. De telles circonstances ne peuvent, à l'évidence, que mettre en péril la qualité (ou la rapidité) des jugements et, par

là, la réputation même du tribunal. Depuis quelques temps, des voix se font entendre dans la doctrine et dans la presse qui font état d'incongruités dans certains arrêts, ce qui ne peut s'expliquer que par le manque de temps dont dispose le Tribunal fédéral. La contrainte dans laquelle celui-ci se trouve de mettre prioritairement l'accent sur la liquidation quantitative des affaires se manifeste par un autre indice qui ne trompe pas: de toutes les affaires qui n'ont pas été liquidées par le président de Cour et ses collaborateurs, une proportion considérable est traitée selon la procédure simplifiée (art. 36a OJ) ou par voie de circulation (art. 36b OJ). Cette proportion fut, en 1996, d'un bon 97 pour cent au Tribunal fédéral et de plus de 99 pour cent au TFA. Or, il est clair que les juges de la section ne parviennent pas si souvent d'emblée à l'unanimité que la loi prescrit pour ces procédures. Il n'est pourtant conforme ni au sens de la loi ni à la mission du Tribunal fédéral que l'unanimité soit le fruit de discussions de couloir plutôt que des délibérations publiques prévues par l'article 17 OJ. Au surplus, la pression du temps risque de conférer un poids excessif au juge rapporteur, en le mettant pratiquement dans la position d'un juge unique.

La commission d'experts ne peut que partager fondamentalement l'analyse que le Tribunal fédéral a faite de la situation dans sa prise de position adressée le 27 janvier 1995 à la commission de gestion du Conseil national. Fondée sur une consultation de l'ensemble des juges, cette prise de position faisait valoir que le nombre actuel des affaires est excessif pour le tribunal suprême du pays, dont la mission constitutionnelle ne se limite pas au jugement de cas particuliers, mais s'étend aussi à l'application uniforme et au développement du droit. Elle soulignait que la charge du Tribunal fédéral ne saurait se mesurer uniquement à l'aune du report annuel des affaires, mais bien plutôt à celle de la pression de travail que reflète la statistique annuelle des affaires liquidées. Dans ses rapports sur sa gestion de ces dernières années, le Tribunal fédéral n'a pas manqué de rappeler cette situation problématique et la pressante nécessité d'une réforme de la justice.

Il est vrai que la révision partielle de l'OJ de 1991 a permis d'apporter certaines mesures de décharge, telles que le développement des autorités judiciaires inférieures, la généralisation de la composition à trois juges ou l'extension de la procédure par voie de circulation. Les effets de cette révision ne peuvent pas encore être évalués dans toute leur ampleur, car les nouvelles dispositions ne sont entièrement entrées en vigueur qu'au début de 1994 et les cantons avaient un délai au 15 février 1997 pour instituer des autorités judiciaires cantonales compétentes en matière de droit administratif fédéral. Toutefois, on ne peut guère espérer plus de ces mesures qu'un bref répit, lequel ne permet pas de faire l'économie d'une réforme plus fondamentale. A la suite du verdict négatif de la votation référendaire du 1er avril 1990, la révision de 1991 a dû être circonscrite à la reprise des propositions non contestées du projet du Conseil fédéral de 1985. Mais il ne faisait alors aucun doute, pour le Conseil fédéral comme pour le Parlement, qu'une révision plus vaste devrait être entreprise dans une seconde étape (cf. FF *1991* II 468 s.).

La surcharge du Tribunal fédéral et du TFA est devenue chronique depuis les années huitante au moins. Aujourd'hui, elle nuit tant à la protection juridique des particuliers (retard, risque d'un examen trop superficiel des recours) qu'à la mission spécifique de la juridiction suprême, qui est de garantir l'application

uniforme du droit et son développement. Seules de profondes réformes d'ordre structurel de l'organisation judiciaire fédérale peuvent permettre de remédier durablement à cette surcharge et à ses effets pernicieux.

2.2.2. Causes de la surcharge

2.2.2.1. Causes de l'augmentation du nombre des recours et actions

Le nombre des contestations portées devant le Tribunal fédéral (et le TFA) a connu une augmentation pratiquement constante au cours des trente dernières années. Il y a plusieurs raisons à cela. D'un côté, l'emprise, la technicité et la complexité des lois et ordonnances ont augmenté, en même temps que de nouveaux aspects de la vie et de l'économie étaient réglementés ou que des réglementations existantes étaient adaptées à l'évolution des techniques. L'accroissement de la législation fédérale étend du même coup le contrôle incombant au Tribunal fédéral, chaque loi nouvelle étant une occasion supplémentaire de recours. D'un autre côté, le citoyen est moins disposé aujourd'hui qu'hier à accepter sans autre les décisions des autorités. S'ajoute à cela la situation conjoncturelle, qui provoque une augmentation sensible du nombre des recours, en particulier au TFA, en matière d'assurance-invalidité et d'assurance-chômage. Contribuent enfin à l'augmentation du volume de travail des tribunaux l'imprégnation accrue des rapports juridiques par le droit international ainsi que l'extension considérable des assurances de protection juridique.

2.2.2.2. Large accès au Tribunal fédéral

Il existe déjà une limitation de l'accès au Tribunal fédéral pour les contestations civiles portant sur des droits de nature pécuniaire. Celles de ces contestations qui n'atteignent pas la valeur litigieuse - inchangée depuis 1960 - de 8000 francs ne peuvent en principe être portées devant le Tribunal fédéral ni par la voie de l'action (art. 41, let. b, et 42 OJ), ni par celle du recours en réforme (art. 46 OJ). Toutefois, suivant le motif invoqué, le recours en nullité (art. 68 OJ) ou celui de droit public (art. 84 OJ) peut être ouvert pour de telles contestations.

Pour ce qui est du droit administratif fédéral, l'accès au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif est partiellement restreint par les catalogues d'exceptions des articles 99 à 102 et 129 OJ.

Lorsqu'aucune de ces restrictions n'entre en ligne de compte, la recevabilité d'un moyen de droit adressé au Tribunal fédéral est déterminée uniquement par les conditions légales ordinaires (en particulier: épuisement des instances, qualité pour agir, délai, règles de forme). Ne joue aucun rôle à cet égard le fait qu'une contestation revête une importance de principe (par ex. parce que le jugement déploierait indirectement des effets à l'égard d'un grand nombre de justiciables) ou qu'il s'agisse au contraire d'un cas de pure routine.

Quand bien même le recours de droit public ne permet en principe d'invoquer que la violation de droits constitutionnels, et non pas n'importe quel grief, il en est fait aujourd'hui un usage très fréquent également dans les domaines du droit matériel civil et pénal ainsi que du droit de procédure correspondant.

Nombreuses sont les tentatives de déférer en tout état de cause un litige au Tribunal fédéral en faisant valoir une appréciation arbitraire des preuves ou une violation du droit d'être entendu (art. 4 cst.). Preuve en est le fait que le nombre des recours de droit public traités par les deux cours civiles du Tribunal fédéral excède chaque année largement celui des recours en réforme. Au demeurant, le Tribunal fédéral a lui-même contribué, par sa jurisprudence, à l'augmentation des recours de droit public en élargissant la qualité pour agir par cette voie.

L'accès au TFA est encore facilité par deux dispositions spéciales: par l'art 132 OJ, qui confère au TFA un plein pouvoir d'examen pour les recours portant sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurances (examen d'office de toutes les questions de fait, de droit et d'opportunité); et par l'article 134 OJ, selon lequel l'exonération des frais de procédure est de règle pour ces mêmes recours. Les trois quarts environ de tous les recours adressés au TFA bénéficient de ces deux dispositions.

2.2.2.3. Le Tribunal fédéral comme juridiction unique

Même après la révision de l'OJ de 1991, le Tribunal fédéral statue encore dans de nombreux cas en tant que première instance *judiciaire.* De telles procédures lui occasionnent un travail plus important que celles où son rôle se limite au contrôle de la légalité d'un jugement. En tant que première instance judiciaire, le Tribunal fédéral connaît:

a. des recours de droit public dans la mesure où le droit cantonal ne prévoit aucun recours à un tribunal (ce qui est encore très souvent le cas en matière de droit public et administratif cantonal);

b. des recours de droit administratif contre des décisions d'autorités *administratives* de la Confédération (seule la moitié environ des décisions d'autorités fédérales susceptibles de recours au TF sont rendues par des commissions fédérales de recours);

c. de recours en réforme et de recours en nullité civils et pénaux contre des décisions d'autorités administratives cantonales (une autorité judiciaire inférieure n'est pas exigée par les art. 48, 1er al., et 68 OJ; pour le droit pénal, cf. art. 268, ch. 3, PPF, art. 345, ch. 1, CP);

d. des recours à la Chambre des poursuites et des faillites (art. 78 ss OJ), en tant que les cantons n'ont pas désigné une autorité judiciaire comme autorité de surveillance;

e. des procès directs des articles 41 et 42 OJ;

f. des réclamations de droit public (art. 83 OJ) et des actions de droit administratif (art. 116 et 130 OJ);

g. des différends administratifs en matière cantonale dont la connaissance lui a été attribuée en vertu de l'article 114bis, 4e alinéa, cst (art. 121 OJ);

h. des affaires pénales qui relèvent de la juridiction fédérale (art. 340 et 341 CP) et qui n'ont pas fait l'objet d'une délégation de juridiction (art. 18 PPF), ainsi que des cas de droit pénal administratif prévus par l'article 21, 3e alinéa, DPA;

i. des recours à la Chambre d'accusation contre des actes administratifs relevant de l'instruction préparatoire et des mesures de contrainte prises ou confirmées par le procureur général, le juge d'instruction ou une autorité administrative de la Confédération (art. 102ter, 105bis, 2^{e} al., et 214 ss PPF, art. 26 et 27 DPA), ainsi que contre des décisions de suspension des recherches selon l'article 106, alinéa 1bis, PPF;

k. d'autres cas qui relèvent de la compétence de la Chambre d'accusation (par ex.: art. 51, 2^{e} al., 66 ss, 72, 110, 252, 3^{e} al., 264 PPF, art. 357 CP, art. 48 EIMP).

2.3. Complexité du système des voies de droit

L'organisation judiciaire fédérale (PPF, DPA et PA y compris) se caractérise par une multiplicité de moyens de droit, qu'il est parfois difficile de délimiter entre eux. Qui plus est, il arrive ici ou là que des régimes distincts coexistent dans le cadre d'une seule et même voie de droit, s'agissant notamment du pouvoir d'examen ou de l'épuisement des instances préalables. Il s'ensuit que tant le Tribunal fédéral que les parties à la procédure sont contraints de consacrer un temps excessif au traitement de questions formelles. La proportion des recours déclarés irrecevables par le Tribunal fédéral est d'ailleurs considérable: 25,4 pour cent en 1996 (soit 1424 cas); pour le recours de droit public, cette proportion est même de près du tiers. En revanche, le TFA - qui ne peut être saisi pratiquement que de recours de droit administratif - n'a prononcé cette même année que 13,5 pour cent de décisions d'irrecevabilité.

Le système actuel des voies de droit étant ce qu'il est, le justiciable doit souvent former, selon le grief invoqué, tel ou tel recours contre une même décision, voire en former deux. Il peut même advenir qu'un avocat consciencieux soit conduit à faire valoir deux fois pratiquement le même grief par deux moyens de droit distincts, et cela quand bien même seul l'un des deux peut être recevable. La conséquence en est que le recourant supportera nécessairement les frais de l'une des procédures, même s'il obtient gain de cause sur le fond.

Les principaux problèmes qui se posent sont les suivants:

délimitation entre le recours en réforme ou le pourvoi en nullité de l'article 268 PPF, d'un côté, et le recours de droit public, de l'autre;

délimitation entre le recours de droit public et celui de droit administratif (ce que l'interpénétration croissante du droit fédéral et cantonal ne facilite pas) et distinction d'avec le recours au Conseil fédéral.

2.4. Caractère obsolète des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral dispose de compétences résiduelles non négligeables en matière de juridiction administrative (art. 72 ss PA) et de quelques rares compétences en matière de juridiction de droit public (art. 73,

1er al., let. a et b, PA, art. 81 LDP). Les décisions du Conseil fédéral sur des contestations de droit public au sens de l'article 73, 1er alinéa, lettres a et b, PA peuvent être déférées à l'Assemblée fédérale (art. 79 PA). Plusieurs raisons font aujourd'hui apparaître les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral comme problématiques:

Elles compliquent le système de la juridiction de droit public de la Confédération. En effet, les domaines de compétences du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral sont séparés, en sorte que la voie de droit aboutit soit au Tribunal fédéral (ou à une instance inférieure dont la décision est définitive), soit au Conseil fédéral (ou à l'Assemblée fédérale). Or, la délimitation entre les domaines de compétences du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral est réglée de façon pour le moins opaque (avec des exceptions et des exceptions aux exceptions). On chercherait en vain un concept cohérent qui serait à la base de la délimitation des attributions respectives de ces deux autorités, étant rappelé que celles du Conseil fédéral se déduisent du catalogue des exceptions au recours de droit administratif (art. 99 à 101 OJ), conformément au principe de la subsidiarité du recours au Conseil fédéral. Il n'est pas rare que ces problèmes de compétences doivent se régler par un échange de vues. Il advient aussi parfois que, pour un même litige (en particulier dans le cas de contestations de droit public relatives à la violation de droits constitutionnels), certains griefs soient de la compétence du Tribunal fédéral et d'autres du Conseil fédéral, ce problème ayant dû être réglé jusqu'ici par le biais de l'attraction de compétences. Par ailleurs, lorsque la réalisation d'un projet implique l'application de différentes normes du droit matériel, la scission des voies de droit peut faire obstacle au principe de la coordination formelle et matérielle dans l'application du droit (cf., par ex., ATF *118* Ib 399 s.).

Le Conseil fédéral est ainsi chargé de tâches non gouvernementales et perd de ce fait du temps et de l'énergie pour assumer ses propres fonctions. Or, la charge occasionnée par ses tâches juridictionnelles n'est pas négligeable: le Conseil fédéral doit statuer en moyenne sur 75 recours par année environ.

En sa qualité d'autorité politique, le Conseil fédéral peut avoir tendance à donner un plus grand poids à des considérations politiques qu'à des arguments juridiques dans le jugement d'un recours.

Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg relative aux "droits civils" au sens de l'article 6, par. 1, CEDH, cette disposition a une portée toujours plus grande dans le domaine de la juridiction administrative, et les garanties qui en découlent, notamment le droit à un tribunal, doivent être assurées. Or, le Conseil fédéral ne satisfait pas aux exigences de la CEDH pour ce qui est de la garantie d'un tribunal indépendant.

La plupart des compétences actuelles du Conseil fédéral en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont dépourvues de justification propre et ne peuvent s'expliquer aujourd'hui que par des raisons historiques. Il faut réserver les contestations qui soulèvent de pures questions politiques et qui ne se prêtent pas à un contrôle juridique (ainsi par ex. dans le domaine des affaires étrangères). Dans les autres domaines, en revanche, une appréciation juridique par un tribunal est parfaitement concevable. Dans les cas où le droit matériel confère une marge d'appréciation à

l'administration, le respect des limites posées par la loi à l'exercice du pouvoir d'appréciation peut et doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire. A l'intérieur de ces limites, le Tribunal fédéral ne censure pas l'appréciation de l'administration (art. 104 OJ).

2.5. Lacunes dans le contrôle des normes

L'article 113, 3e alinéa, cst. limite le contrôle des normes en posant la règle que le Tribunal fédéral est lié par les lois et les arrêtés de portée générale votés par l'Assemblée fédérale ainsi que par les traités qu'elle a ratifiés.

L'Assemblée fédérale, en tant qu'organe institué par la constitution, est tenue de respecter celle-ci dans l'ensemble de son activité. S'avère-t-il toutefois, à l'occasion d'un cas d'application concret, qu'une loi votée par le Parlement n'est pas ou n'est plus conforme à la constitution, le Tribunal fédéral est alors impuissant à faire prévaloir la primauté du droit constitutionnel. Il en va de même en cas de ratification d'un traité qui contredit la constitution. En revanche, les lois cantonales ne bénéficient pas d'une telle impunité. Ces lacunes dans le contrôle des normes du droit fédéral affaiblissent l'autorité de la constitution. Pour faire valoir qu'une loi fédérale viole un droit fondamental, on ne peut invoquer aujourd'hui que la CEDH. Alors même que l'article 113, 3e alinéa, cst. n'indique pas la marche à suivre lorsqu'une loi fédérale ou un arrêté de portée générale est contraire à un traité, la primauté est reconnue à la CEDH en vertu du droit international (ATF *117* Ib 370 ss).

3. Buts de la réforme

3.1. Assurer la protection juridique et l'application uniforme du droit fédéral et international

L'organisation judiciaire fédérale dans son ensemble et les systèmes judiciaires des cantons doivent conjointement offrir la garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines du droit. Les jugements pénaux ainsi que les décisions qui ne sont pas rendues par une autorité judiciaire doivent en principe pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal impartial et indépendant. Le système des recours doit être aussi simple et clair que possible et les procédures doivent pouvoir être achevées dans un délai raisonnable.

Les organes de la juridiction fédérale assument la protection juridique là où des actes législatifs sont appliqués par des autorités fédérales. Il leur incombe au surplus - et tout particulièrement au Tribunal fédéral - d'assurer l'application uniforme du droit fédéral et international par les autorités fédérales et cantonales.

3.2. Consolider l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de Cour suprême

En tant que juridiction suprême, le Tribunal fédéral est chargé de quelques tâches spécifiques qui n'incombent pas, ou seulement dans une moindre mesure, aux autres tribunaux. Ainsi en est-il de l'application uniforme du droit, du développement de la jurisprudence et de la garantie des droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'est pas en mesure d'assumer convenablement ces tâches si, comme aujourd'hui, il est surchargé (cf. ch. 2.2.1.).

Pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer son rôle de tribunal suprême, il convient de le décharger. Une cour suprême ne doit pas non plus être trop nombreuse: il en va de l'unité de sa jurisprudence. C'est pourquoi la commission d'experts rejette, à une majorité évidente, la solution d'une augmentation pour le long terme du nombre actuel des juges fédéraux, et se prononce pour des mesures propres à réduire le volume de travail du Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral doit être déchargé des contestations de particuliers qui sont sans rapport avec les tâches d'une juridiction suprême. Une autorité judiciaire inférieure est tout aussi apte à statuer sur de tels litiges. L'accès au Tribunal fédéral doit toutefois rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit. Un justiciable sera moins tenté de recourir contre un jugement d'un tribunal inférieur rendu en sa défaveur si ce jugement lui apparaît conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral; il n'en ira en revanche pas de même de celui qui croit déceler une contradiction avec la jurisprudence ou une lacune dans celle-ci.

C'est en étant à même de consacrer suffisamment de temps au développement et à la mise en oeuvre d'une pratique cohérente en matière d'application du droit fédéral et international que le Tribunal fédéral peut contribuer le mieux au renforcement tout à la fois de la sécurité du droit et de la protection juridique, ce qui profite finalement à l'ensemble des justiciables. La qualité de la protection juridique ne saurait de toute façon se mesurer au seul nombre des instances de recours. Une trop longue succession d'instances nuit au contraire à la protection juridique, du fait de la durée de la procédure et des frais élevés qui en découlent.

S'agissant de déterminer de quelle manière et dans quelle mesure un certain nombre de contestations pourraient être soustraites au contrôle du Tribunal fédéral, la majorité de la commission a retenu, après mûre réflexion, une solution de compromis: la procédure d'examen préalable (voir chiffre 5.3.3.).

4. Rapport avec le message relatif à une nouvelle constitution fédérale

4.1. La juridiction de la Confédération, objet de la réforme de la constitution

Le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, adopté par le Conseil fédéral le 20 novembre 1996 (FF *1997* I 1 ss), comprend trois volets, à savoir

- le projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la constitution fédérale (projet A),
- le projet d'arrêté fédéral relatif à la réforme des droits populaires (projet B) et
- le projet d'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice (projet C).

Les commissions spéciales du Conseil national et du Conseil des Etats chargées de l'examen préalable ont commencé leurs travaux sur la réforme de la constitution à la fin janvier 1997. Elles devraient parvenir au terme de leurs délibérations cette année encore. Il est prévu que les conseils traiteront cet objet et en décideront en 1998. Puis le peuple et les cantons pourront se prononcer (référendum obligatoire).

Les projets relatifs à la réforme de la constitution abordent tous les trois la question de la *juridiction de la Confédération*. Alors que le projet A (art. 176 ss P-cst. 96) se limite à la mise à jour des normes actuellement en vigueur, c'est-à-dire des articles 106 à 114bis cst, le projet B prévoit une extension ponctuelle de la juridiction constitutionnelle dans le domaine de l'initiative populaire (compétence du Tribunal fédéral de déclarer non valides des initiatives populaires fédérales, art. 177 a P-cst. 96). Enfin, au cœur de la question de la réforme de la juridiction de la Confédération, le projet C comprend les propositions du Conseil fédéral pour une nouvelle réglementation constitutionnelle de la justice.

La réforme de la justice selon le projet C se fonde sur les travaux préparatoires d'une commission instituée par le Département fédéral de justice et police et présidée par le professeur Walter Kälin, qui était composée principalement de membres de la commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire (FF *1997* I 496). Comme cela ressort des explications données par le Conseil fédéral dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF *1997* I 502 ss), la réforme de la justice prévue par le projet C poursuit des buts qui sont tous en harmonie avec ceux de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (cf. ch. 3). La réforme de la justice a pour objectif essentiel de permettre au Tribunal fédéral d'assumer de nouveau d'une façon optimale ses tâches spécifiques en tant que Cour suprême. En outre, la protection juridique doit être garantie dans tous les domaines.

En conséquence, voici quels sont les points fondamentaux de la réforme de la justice:

- renforcement du rôle du Tribunal fédéral en tant que cour suprême;
- développement des autorités judiciaires inférieures: par la création d'un Tribunal pénal fédéral autonome de première instance, par l'institution

d'autres autorités judiciaires fédérales ainsi que par l'obligation générale faite aux cantons d'instituer des autorités judiciaires chargées de juger des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales;

création d'une base constitutionnelle pour restreindre l'accès au Tribunal fédéral (sans préjuger en détail des modalités) et, en compensation, inscription dans la constitution d'une garantie de l'accès au juge, laquelle ne doit cependant pas avoir une valeur absolue;

introduction de la juridiction constitutionnelle pour ce qui concerne les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale (sous la forme d'un contrôle concret des normes, de la compétence exclusive du Tribunal fédéral);

extension de la protection juridictionnelle dans le domaine des droits politiques de la Confédération;

mention explicite du principe de l'indépendance du juge et du principe de l'autonomie administrative;

unification des procédures civile et pénale.

Dans le cadre de la réforme de la justice, il est prévu de *biffer purement et simplement* les dispositions suivantes de la constitution en vigueur:

articles 106, 2e alinéa, et 112 cst (suppression des Assises fédérales);

articles 110, 1er alinéa, chiffres 2 et 4, ainsi que 111 cst (suppression de certains procès directs au Tribunal fédéral en matière civile);

article 114bis, 4e alinéa, cst (suppression des procès directs au Tribunal fédéral relatifs à des différends découlant du droit administratif cantonal).

4.2. Les propositions faites dans le cadre de la réforme de la justice, base de travail pour le projet de la commission d'experts

Le projet de la commission d'experts est conforme aux propositions faites par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la constitution. Il existe entre ces deux projets de réforme un rapport de *complémentarité*: La nouvelle réglementation constitutionnelle de la justice doit être concrétisée au niveau de la loi; Telle est la fonction du présent projet de la commission d'experts. La révision de l'organisation judiciaire fédérale qu'il propose nécessite de nouvelles bases constitutionnelles; celles-ci sont mises à disposition par la réforme de la justice prévue dans le cadre de la réforme de la constitution.

Avec son projet, la commission d'experts part de l'idée que le projet d'arrêté C entrera en vigueur. En d'autres termes, son projet exploite certaines possibilités que le droit constitutionnel en vigueur ne connaît pas. Tel est le cas notamment de *l'extension de la juridiction constitutionnelle* (contrôle des normes édictées par le législateur fédéral, art. 89 P-LTF) et de la *limitation de l'accès au Tribunal fédéral* (art. 77 et art. 94 ss P-LTF), mais aussi, par exemple, de la suppression de certains procès civils directs prévus par les articles 110 et 111 cst. ou de l'abandon des Assises fédérales (art. 112 cst.). Si les nouvelles bases

constitutionnelles proposées dans le projet C ne devaient être acceptées ni dans le cadre de la réforme constitutionnelle en cours, ni sous la forme d'une révision partielle de la constitution en vigueur, le projet de loi proposé ici devrait être radicalement modifié (cf. ch. 7.2.).

5. Les principales réformes

5.1. Développement des autorités judiciaires inférieures

Le principe est que le Tribunal fédéral ne doit plus statuer en tant que première instance *judiciaire,* car l'établissement et même le contrôle complet de l'état de fait n'est pas son travail. Les exceptions doivent être circonscrites à quelques rares cas particuliers. Cette option suppose que l'on développe les autorités judiciaires inférieures existantes ou que l'on en crée de nouvelles.

5.1.1. Juridiction administrative fédérale

Le développement des autorités judiciaires précédentes doit valoir en premier lieu pour la juridiction administrative fédérale.

Actuellement, les départements, établissements autonomes et commissions non judiciaires de la Confédération rendent chaque année quelque 3000 décisions qui ne sont pas susceptibles de recours devant une commission fédérale de recours. Entre autres domaines importants où il n'existe pas de commission de recours, on trouve la police des étrangers, la circulation routière, les approbations de plans pour des projets d'infrastructure et une grande partie des subventions fédérales. Lorsqu'elles ne relèvent pas de l'une des exceptions des articles 99 à 102 ou 129 OJ, ces décisions sont attaquables directement devant le Tribunal fédéral (art. 98, let. a à d, f et h, OJ).

Pour l'avenir, il faut exclure que des décisions d'autorités administratives puissent être déférées au Tribunal fédéral sans passer préalablement devant une autorité judiciaire. Cela ne devrait toutefois pas conduire à un développement des quelque 27 commissions de recours instituées par la législation fédérale actuelle. Il convient en effet d'assurer une meilleure coordination de la jurisprudence administrative rendue par les autorités fédérales qui statuent avant le Tribunal fédéral. C'est pourquoi la commission d'experts propose l'institution d'un seul et unique Tribunal administratif fédéral (chiffre 5.7).

5.1.2. Juridiction pénale fédérale

L'un des principes fondamentaux de la révision totale de l'organisation judiciaire est que, en matière pénale également, la compétence de notre Cour suprême doit être circonscrite au contrôle de la légalité des jugements de tribunaux inférieurs et que le Tribunal fédéral doit donc être déchargé de toutes les

attributions qu'il exerce en tant que juridiction unique. Aujourd'hui, il n'existe pas d'autorité judiciaire fédérale précédant le Tribunal fédéral dans l'ordre des instances, de sorte que la juridiction pénale fédérale de première instance est exercée par le Tribunal fédéral lui-même.

Il est vrai que le nombre des affaires pénales dont s'occupe le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de première instance est en soi très faible. Les Assises fédérales n'ont plus siégé depuis 1933 et la Cour pénale fédérale n'a jugé que six cas pendant ces douze dernières années. Cela s'explique notamment par la pratique très large de la délégation aux cantons d'affaires originairement de la compétence de la Cour pénale fédérale (art. 18 PPF). Cependant, les quelques affaires soumises à la Cour pénale fédérale lui occasionnent un travail disproportionné, car, d'une part, les juges fédéraux ne sont plus accoutumés par une pratique quotidienne à diriger des débats régis par le principe d'immédiateté et, d'autre part, ces procès focalisent souvent l'intérêt du public. Par ailleurs, le domaine de la juridiction pénale fédérale va vraisemblablement être étendu, notamment en matière de crime organisé et de criminalité économique.

Selon le projet 96 Réforme de la justice, les Assises fédérales doivent être supprimées. Il reste donc à décharger le Tribunal fédéral des attributions exercées par sa Cour pénale et à confier ces dernières, en même temps que celles qui relèvent des Assises, à un nouveau tribunal pénal autonome à créer. Comme le prévoit l'article 179, 1er alinéa, 2e phrase, du projet 96 Réforme de la justice, le Tribunal pénal fédéral pourra, à côté de ses attributions de première instance, assumer d'autres fonctions juridictionnelles, telles celles qu'exerce, en première instance ou sur recours, l'actuelle Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (chiffre 5.8.).

5.1.3. Tribunaux cantonaux

Si l'on entend consacrer de façon cohérente le principe qu'il appartient en premier lieu aux autorités judiciaires inférieures d'assurer la protection juridique du citoyen (cf. ch. 3.2. ci-dessus), il faut aménager partout l'accès à une telle autorité, y compris dans les cas qui relèvent de la compétence des cantons.

Pour ce qui est de la juridiction administrative liée à l'application du droit fédéral, un pas important dans ce sens a déjà été franchi avec l'introduction, en 1991, de l'article 98a OJ. En vertu de cette disposition, les cantons ont été tenus d'instituer, avant le 15 février 1997, une autorité de recours indépendante pour tous les cas pouvant être directement déférés au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Cette extension laisse toutefois subsister de trop grandes lacunes, où le Tribunal fédéral est encore appelé à statuer en première et unique instance judiciaire (cf. ch. 2.2.2.3).

Tel est le cas tout d'abord, et surtout, de tout le champ du droit public cantonal. L'afflux des recours de droit public — qui sont la cause principale de la surcharge du Tribunal fédéral — est dû en grande partie aux lacunes des juridictions cantonales en matière constitutionnelle et administrative. Il faut donc tendre à ce que chaque canton confie à une autorité judiciaire au moins le contrôle de l'application du droit administratif cantonal. Il n'est désormais plus possible de se borner à en appeler à la bonne volonté des cantons, comme

dans les messages de 1985 (FF *1985* II 820) et de 1991 (FF *1991* II 478). La commission d'experts est d'avis qu'il faut maintenant parvenir à ce que tous les cantons soient dotés d'une juridiction administrative disposant d'une compétence générale et d'un plein pouvoir d'examen (art. 78 ss, 103 et 104 P-LTF; voir aussi le projet 96 Réforme de la justice, art. 25a, 178a, 1er al., et 179a). A titre exceptionnel, le législateur cantonal conservera la faculté de soustraire au contrôle juridictionnel cantonal certains actes à caractère politique prépondérant (par exemple: octroi de la grâce) ainsi que les affaires en matière de droits politiques (par exemple: déclaration d'invalidité d'une initiative populaire, refus de soumettre une dépense au référendum financier).

La situation actuelle est beaucoup plus satisfaisante en matière de droit civil et de droit pénal, car il n'y a guère de cas qui échappent à la compétence des juridictions cantonales. On en dénombre toutefois quelques-uns, pour lesquels il n'y a pas de raison non plus de laisser ouvert un accès immédiat au Tribunal fédéral. Il existe en effet plus d'un exemple de décisions qui sont prises par une autorité administrative cantonale, sans autre voie de droit que celles des recours en réforme ou en nullité (art. 48, 1er al., et 68 OJ), du pourvoi en nullité (art. 268, ch. 3, PPF), ou du recours de droit public. En outre, même si l'autorité cantonale inférieure est judiciaire, il est souhaitable qu'une voie de recours existe devant un tribunal cantonal. Cela vaut notamment pour les mesures provisoires prises par le juge du divorce sur la base de l'article 145 CC. C'est pourquoi la commission d'experts a prévu le principe de la double instance judiciaire tant en matière civile que pénale (art. 71 et 74 P-LTF).

5.1.4. Limitation des procès directs

La constitution actuelle prévoit un certain nombre de cas de procès directs devant le Tribunal fédéral en matière civile (art. 110 et 111), pénale (art. 112) et de droit public (art. 113, 1er al., ch. 1 et 2, et art. 114bis, 4e al.). La commission d'experts entend limiter les procès directs pour l'essentiel aux différends entre la Confédération et les cantons ou entre cantons, qu'il s'agisse de conflits de compétence ou de contestations de droit civil ou de droit public (cf. art. 41, 1er al., lit. a, art. 83 lit. a et b, art. 116 lit. a et b et art. 130 OJ). Vu les parties en cause ainsi que l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. La commission maintient en outre la voie de l'action pour les prétentions à des dommages-intérêts du chef de la responsabilité de magistrats (art. 116 lit. c OJ). Elle supprime en revanche tous les autres cas d'actions de droit civil (art. 41, 1er al., lit. b et c; art. 42 OJ), de réclamations de droit public (art. 83 lit. c à e) et de différends administratifs en matière cantonale (art. 121 OJ) (voir aussi ch. 7.).

5.2. Le recours unifié

L'une des principales innovations du projet de la commission est le remplacement des multiples voies de recours actuelles par un recours unifié dans chaque domaine juridique: un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public.

5.2.1. Généralités

Le système actuel des voies de recours devant le Tribunal fédéral a été mis en place progressivement au fil des décennies, chaque moyen de droit s'ajoutant aux précédents. Cela a conduit à un système organisé non pas de manière uniforme mais selon une pluralité de facteurs. Un premier facteur est le domaine juridique touché: contestation civile (recours en réforme et recours en nullité, art. 43 ss et 68 ss OJ), jugement pénal (pourvoi en nullité, art. 268 PPF). Un autre facteur est le droit appliqué dans l'acte attaqué: décision fondée sur le droit public fédéral (recours de droit administratif, art. 97 OJ), décisions en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 75 ss OJ). Un troisième facteur est l'autorité qui a rendu l'acte attaqué: autorité cantonale (recours de droit public, art. 84 ss OJ), autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 75 ss OJ). Une quatrième clef de répartition est le motif de recours: violation de droits constitutionnels (recours de droit public, art. 84 ss OJ), motifs légaux de nullité (recours en nullité, art. 68 ss OJ), violation du droit fédéral à l'exception des droits constitutionnels (recours en réforme, art. 43 ss OJ, pourvoi en nullité, art. 268 ss PPF), violation du droit fédéral y compris les droits constitutionnels (recours de droit administratif, art. 97 ss OJ).

A la multiplicité des recours s'ajoute encore le fait que chaque voie de recours est soumise à des conditions de recevabilité propres. C'est ainsi que le caractère attaquable des décisions incidentes varie considérablement. Celles-ci sont en principe exclues du pourvoi en nullité (art. 268 PPF) alors qu'elles sont attaquables sans réserve dans le recours de droit public pour autant que le grief invoqué ne soit pas fondé sur l'article 4 cst. (art. 87 OJ).

Un tel système de recours est trop complexe. D'abord, il est extrêmement difficile à maîtriser pour toute personne (avocat ou laïc) qui n'a pas l'occasion de rédiger fréquemment des recours au Tribunal fédéral. Ensuite, il oblige souvent à attaquer un même acte au travers de deux recours différents, soit parce que certains motifs de recours peuvent être invoqués seulement dans une voie de recours spécifique, soit parce que la voie de droit ouverte n'est pas évidente. Ce système alourdit aussi de manière considérable la tâche du Tribunal fédéral. Celui-ci doit tantôt traiter une même affaire au travers de deux recours, tantôt consacrer beaucoup de temps à déterminer la voie de recours ouverte. C'est ainsi que la ligne de partage entre le recours de droit administratif et le recours de droit public atteint des sommets de complexité sans que la justice en retire un gain quelconque.

La commission d'experts est d'avis que l'objectif de décharger le Tribunal fédéral implique une simplification importante des voies de recours. Il est inutile d'essayer de limiter le nombre d'affaires à trancher par les juges fédéraux si ceux-ci doivent se pencher au travers de plusieurs recours sur la même affaire ou consacrer beaucoup de temps pour déterminer la voie de recours dans laquelle les griefs seront examinés. C'est pourquoi le projet de la commission substitue à la pléiade actuelle de voies de recours un recours unifié dans chacun des trois grands domaines juridiques, à savoir le droit civil, le droit pénal et le droit public. Cette simplification des voies de recours contribue par

ailleurs à une protection efficace des justiciables, car elle réduit considérablement les risques d'irrecevabilité des actes de recours.

5.2.2. Les grandes lignes du recours unifié

Selon le concept du recours unifié, il ne doit exister qu'une seule voie de droit devant le Tribunal fédéral pour attaquer un acte d'une autorité inférieure, quels que soient les motifs de recours ou la nature de l'autorité. Ce concept a un double avantage. D'abord il facilite la tâche des recourants en leur permettant de soulever toutes leurs critiques dans un seul recours, réduisant ainsi les risques d'irrecevabilité et les frais superflus dus à la rédaction de plusieurs actes de recours par un avocat. Ce concept décharge aussi le Tribunal fédéral en lui épargnant la tâche peu fructueuse de délimiter les voies de droit lors de chaque recours.

Idéalement le concept du recours unifié devrait impliquer l'existence d'un recours unique et global valant pour tous les domaines juridiques. Une telle solution est toutefois apparue inopportune. Si bon nombre de règles de procédure peuvent valoir pour tous les recours, certaines sont néanmoins spécifiques à des domaines juridiques particuliers. Il en va ainsi notamment des règles sur la qualité pour recourir et des dispositions sur les instances précédentes. Plutôt que de créer une voie de recours unique assortie de nombreuses règles spéciales, la commission d'experts a prévu trois recours unifiés en fonction du domaine juridique de l'acte attaqué: un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public.

La réglementation des recours unifiés comporte deux types de règles. Il y a d'abord les règles spécifiques à chacun des recours unifiés. Il s'agit des dispositions relatives à l'objet du recours, au domaine juridique couvert, aux instances précédentes et à la qualité pour recourir. A ces règles spécifiques s'ajoute un tronc commun de règles de procédure qui valent pour les trois recours unifiés. L'objectif poursuivi par la commission d'experts a été de réduire autant que possible les divergences entre les trois recours unifiés. Cela a parfois obligé à affiner les règles prévalant actuellement dans certains recours afin de tenir compte des impératifs d'autres domaines juridiques. D'un autre côté, le souci d'atteindre ce tronc commun a incité à adopter sur certains points des solutions assez souples qui laissent suffisamment de marge de manoeuvre au Tribunal fédéral pour prendre en considération les spécificités des différents domaines juridiques. L'existence de conditions communes de recevabilité requerra sans doute une bonne coordination interne au Tribunal fédéral afin que les mêmes notions ne soient pas interprétées de manière contradictoire dans les trois recours. Elle permettra cependant de bénéficier globalement des développements jurisprudentiels et doctrinaux réalisés dans chacun des domaines couverts par les recours unifiés.

La ligne de démarcation entre les trois recours unifiés est en principe fonction du domaine juridique de l'acte attaqué, indépendamment de l'origine fédérale ou cantonale des normes appliquées ainsi que de leur rang constitutionnel ou législatif. Selon que la décision attaquée a été rendue en matière de droit civil, de droit pénal ou de droit public, elle fera l'objet du recours unifié y relatif. Afin

de réduire les conflits de délimitation, le projet rattache certaines décisions spécifiques fondées sur le droit public aux recours en matière civile ou pénale, car il s'agit de domaines très proches du droit civil (par ex. les conflits en changement de nom) ou du droit pénal (par ex. l'entraide judiciaire pénale). De même, les décisions qui reposent sur la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite sont attaquables au travers du recours en matière civile, car elles impliquent presque toujours des questions préalables relevant du droit civil. La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral dépend du droit régissant le fond de l'affaire; c'est ainsi que les griefs relatifs à la mise en oeuvre du droit de procédure (par exemple le grief de l'application arbitraire d'une règle de la procédure civile cantonale dans une affaire de bail à loyer) devront être soulevés au travers du recours ouvert contre la décision sur le fond (dans notre exemple le recours en matière civile).

Les recours dirigés directement contre des actes normatifs cantonaux ont été attribués au recours en matière de droit public, indépendamment du domaine juridique concerné par ces normes. Si la commission d'experts a songé à supprimer ce contrôle abstrait du droit cantonal, elle y a renoncé. Cette faculté, qui repose sur une fort longue tradition (inaugurée par l'arrêt *Gex* de 1876, ATF II p. 484), est une institution importante du fédéralisme suisse qui permet de sanctionner rapidement certaines violations claires du droit fédéral par les autorités législatives cantonales. Il faut d'ailleurs relever que la suppression du contrôle abstrait des actes normatifs cantonaux ne contribuerait guère à décharger le Tribunal fédéral.

Quelques domaines du droit public ont été soustraits au recours devant le Tribunal fédéral, à l'instar de ce qui existe actuellement pour le recours de droit administratif (cf. art. 99 ss OJ). En raison même du concept de recours unifié, ces cas d'exclusions concernent aussi bien le droit public fédéral que le droit public cantonal – ce qui est une innovation (art. 77 P-LTF). La réduction du champ du recours par rapport au recours de droit public actuel est néanmoins compensée par l'instrument de l'avis préjudiciel (cf. art. 107 s. P-LTF).

Toutes les voies de droit prévues par le droit fédéral ou cantonal doivent être épuisées avant de déposer un recours devant le Tribunal fédéral. Cette condition de subsidiarité ne connaît plus d'exception. Elle est encore renforcée par le fait que le projet fixe des exigences assez élevées aux instances précédentes, notamment cantonales (cf. ch. 5.1.). La subsidiarité du recours unifié implique par ailleurs que l'objet du litige (le "Streitgegenstand") est toujours circonscrit par la procédure devant les instances précédentes. C'est pourquoi les conclusions qui n'ont pas déjà été soumises à l'instance précédente et qui tendent à élargir l'objet du litige sont inadmissibles devant le Tribunal fédéral (art. 91 P-LTF).

La qualité pour recourir n'est pas la même dans les différents recours unifiés. Alors que les recours en matière civile et pénale se fondent sur l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé (art. 72 et 75 P-LTF), le recours en matière de droit public reprend pour l'essentiel la réglementation du recours de droit administratif (art. 103 OJ). La qualité pour recourir y appartient à toute personne qui a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, sans qu'importe la nature juridique ou factuelle de cet intérêt (art. 81 ss P-LTF).

Dans la définition des décisions attaquables, la commission d'experts s'est efforcée d'aboutir à une systématique uniforme et cohérente pour tous les domaines juridiques. Le principe de base est que le Tribunal fédéral doit être appelé à statuer dans une même affaire une seule fois et à la fin de la procédure. L'objet ordinaire du recours est donc la décision finale, dont la spécificité est de mettre fin à l'instance devant l'autorité qui statue (art. 83 P-LTF). En ce qui concerne les décisions préjudicielles et incidentes qui ne portent pas sur une question de compétence, le projet de la commission ne permet un recours séparé que dans des cas limités (art. 85 et 86 P-LTF).

La caractéristique principale des voies de droit unifiées est l'identité des motifs de recours. Que les recourants invoquent la violation de droits constitutionnels, de la législation fédérale, de traités internationaux ou de concordats, cela n'a aucune influence sur la voie de recours ouverte (art. 88 P-LTF). Il sera ainsi possible pour le Tribunal fédéral de statuer sur tous les griefs des recourants en un seul jugement. Cela ne conduit pas en soi à un élargissement des possibilités de recours, car les différents motifs de recours prévus par le projet sont répartis aujourd'hui entre différentes voies de droit que l'on peut engager simultanément. A l'inverse, la constatation inexacte des faits par les instances précédentes ne constituera plus un motif de recours à moins que ce vice n'équivaille à une violation du droit (art. 90 et 100 P-LTF). La commission d'experts conçoit en effet le rôle du Tribunal fédéral comme une pure instance de révision du droit et non pas comme un juge du fait, contrairement à ce que prévoit actuellement la loi fédérale sur l'organisation judiciaire dans certains cas (cf. art. 67, 105, 1er al., et 132 lit. b OJ). La seule extension des motifs de recours est liée au projet de réforme de la justice au niveau constitutionnel (cf. FF *1997* I 495 ss). Les particuliers pourront en effet se plaindre à l'occasion d'un recours contre une décision que la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale appliqué en l'espèce est contraire aux droits garantis par la constitution fédérale ou au droit international. De leur côté, les gouvernements cantonaux pourront faire valoir dans la même situation que les dispositions de la loi fédérale ou de l'arrêté fédéral de portée générale viole les compétences que la constitution fédérale réserve aux cantons (art. 88 P-LTF).

En principe, le Tribunal fédéral continuera à appliquer d'office le droit, sans être lié par les griefs soulevés par les recourants. La situation demeurera ainsi semblable à celle des voies de recours actuelles, à l'exception du recours de droit public qui est régi par le principe d'allégation. Néanmoins, à cause notamment de la multiplicité des dispositions du droit international qui peuvent être touchées par une décision, le projet habilite le Tribunal fédéral à limiter son examen aux griefs invoqués par les parties (art. 101 P-LTF).

Les recours unifiés ne sont pas de nature cassatoire. Le Tribunal fédéral n'est pas tenu de se borner à annuler la décision attaquée et, éventuellement, à renvoyer l'affaire à l'instance précédente. Il peut, dans une certaine mesure, statuer au fond lorsqu'il dispose de tous les éléments pertinents pour rendre une décision définitive (art. 102 P-LTF).

Comme il ressort de ce qui précède, l'intégration du recours de droit public dans les recours unifiés ne conduit pas à un élargissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'égard des décisions fondées sur le droit cantonal. Les motifs de recours demeurent en substance les mêmes (cf. art. 88

ss P-LTF). Le champ du recours unifié sera même en fait plus étroit, car certains domaines, aujourd'hui ouverts au recours de droit public, seront dorénavant exclus du recours en matière de droit public (cf. art. 77 P-LTF). Seule la qualité pour recourir sera quelque peu élargie dans le recours en matière de droit public, puisque l'exigence d'un intérêt juridique – qui constitue aujourd'hui l'une des caractéristiques du recours de droit public – sera abandonnée au profit de l'exigence d'un simple intérêt de fait (cf. art. 81 P-LTF). Quant au pouvoir de décision du Tribunal fédéral, il restera en fin de compte similaire à celui dont il dispose actuellement dans le recours de droit public (cf. commentaire relatif à l'art. 102 P-LTF).

L'institution du recours unifié ne suffira pas à décharger le Tribunal fédéral, ce qui est pourtant un objectif important de la révision. Elle risque même d'accroître les possibilités de recours dans certains domaines particuliers. C'est pourquoi la commission d'experts a établi une procédure d'examen préalable qui permet au Tribunal fédéral, dans quelque cas, de déclarer inadmissible un recours sans devoir fournir une motivation détaillée (chiffre 5.3.).

5.3. Limitation de l’accès au Tribunal fédéral

5.3.1. Nécessité

Le développement des autorités judiciaires inférieures et la simplification du système des voies de droit, ne peuvent suffire à la fois à atteindre les objectifs de la réforme mentionnés plus haut (ch. 3) et à contenir dans des limites raisonnables le volume des affaires du Tribunal fédéral. En plus des mesures indiquées, il convient donc d’introduire de nouvelles restrictions d’accès au Tribunal fédéral.

Ce n’est pas la première fois que l’on évoque l’éventualité des restrictions d’accès au Tribunal fédéral. Toutes les commissions chargées de préparer des révisions de l'organisation judiciaire et le Parlement lui-même lors de l’examen du projet de 1985 ont examiné la question, mais sans trouver de remède véritable. Il en est résulté la certitude que seule une réglementation judicieuse de l’accès serait à même de décharger de façon durable le Tribunal fédéral et d’assurer le maintien de sa capacité de fonctionnement. Aujourd'hui, la recherche d’une solution appropriée est facilitée par le fait que le projet 96 de révision de la constitution, Réforme de la justice, fournit une nouvelle base constitutionnelle pour des restrictions d’accès (art. 178a). On dispose donc d’une plus grande marge de manoeuvre que lors des projets de révision précédents fondés sur la constitution fédérale en vigueur.

Ce n’est pas parce que le peuple a rejeté en 1990 un projet de loi qui voulait introduire une limitation de l’accès au Tribunal fédéral (une augmentation notable des valeurs litigieuses en droit civil et une combinaison de procédure d’examen préalable et de procédure d’admission pour les recours de droit public, cf. art. 42 et 92 OJ, dans la version soumise au référendum le 23.6.1989, FF *1989* II 802) qu’il faut penser que des restrictions d’accès n’ont aucune chance d’être acceptées. Dans le projet de 1989, c’est principalement la façon de restreindre l’accès qui s’est heurtée à la critique. Le point le plus contesté était l’augmentation notable des valeurs litigieuses en droit civil,

laquelle aurait pratiquement exclu de la juridiction du Tribunal fédéral les contestations en matière de droit de bail ou de droit du travail. Des domaines juridiques qui revêtent une grande importance pour la plupart des citoyens auraient ainsi été écartés. Il est donc renoncé ici à une proposition allant dans ce sens. Il faut partir de l'idée que le citoyen ne s'opposera pas par principe à toute forme de restriction d'accès; cela d'autant moins qu'il n'aurait guère intérêt à pouvoir porter jusque devant le Tribunal fédéral des contestations de la plus minime importance, alors que la conséquence en serait que, pour des raisons de surcharge, il devrait attendre bien trop longtemps une décision ou n'aurait aucune garantie de voir son recours examiné avec tout le soin voulu. Mais, surtout, les conditions pour introduire des restrictions d'accès ne sont pas les mêmes dès lors que l'on comble les lacunes dans le système des autorités judiciaires précédentes (cf. ch. 5.1) et que l'on assure, avec la garantie de l'accès au juge (art. 25a, P-cst. 96 Réforme de la justice), l'accès à un tribunal indépendant dans tous les cas. Cela constitue, pour le justiciable, une compensation suffisante aux restrictions d'accès à l'autorité judiciaire suprême.

5.3.2. Restrictions d'accès

Aux yeux de la commission d'experts, quatre méthodes sont en principe concevables pour limiter l'accès au Tribunal fédéral:

5.3.2.1. Exclusion du recours combinée à une procédure d'avis préjudiciel

La méthode la plus radicale est l'exclusion totale du recours dans des matières spécifiques. L'accès au tribunal n'est pas simplement restreint, il est totalement exclu. Cela revient à réduire la compétence matérielle du tribunal.

Le droit en vigueur utilise cette méthode pour le recours de droit administratif (art. 99 à 101 et 129 OJ).

Dans l'optique d'une décharge du tribunal, cette méthode est sans aucun doute très efficace. Mais sous d'autres aspects, notamment celui de l'application uniforme du droit, elle va trop loin. Il convient donc de la compléter par une procédure d'avis préjudiciel.

La *procédure d'avis préjudiciel* permet à des instances judiciaires précédentes de faire trancher par la Cour suprême des questions de droit particulières qui se posent dans une cause pendante. La procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes (art. 177 Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle selon l'article 100 de la Loi fondamentale allemande en sont des exemples connus.

La procédure d'avis préjudiciel ne constitue pas en elle-même une restriction d'accès. Elle ne limite pas l'accès, mais l'ouvre bien plutôt pour certaines questions. Elle remplit en ce sens une fonction compensatoire dans les domaines où la loi exclut totalement le recours au tribunal.

5.3.2.2. Procédure d'examen préalable

Par "procédure d'examen préalable", la commission d'experts entend une procédure qui permet d'éliminer et de rayer directement du rôle les recours qui, pour des raisons déterminées, s'avèrent inadmissibles dans le cadre d'un examen préalable. Un exemple de telle procédure est donné par les articles 28 et 35, paragraphe 3, CEDH, dans la version du Protocole No 11 (FF *1995* I 1020).

Ce système laisse ouvert, dans un premier temps, l'accès au tribunal, mais les moyens de droit doivent passer l'obstacle de l'examen préalable. Le tribunal dispose ainsi d'un instrument lui permettant de „séparer le bon grain de l'ivraie". Les recours inadmissibles peuvent être liquidés rapidement et sans grand travail. L'effet de décharge dépend de la définition des motifs d'inadmissibilité et de leur application dans la pratique.

5.3.2.3. Procédure d'admission ou d'autorisation

Lorsque l'accès à la juridiction suprême est réglé par une *procédure d'admission*, le tribunal n'examine que les causes qu'il considère comme importantes, selon sa libre appréciation ou selon des critères fixés par la loi.

On parle d'une *procédure d'autorisation* lorsque ce sont les instances inférieures qui se prononcent sur l'importance du cas et, partant, décident de l'ouverture du recours auprès de l'instance suprême.

Une comparaison des deux systèmes plaide en faveur de la procédure d'admission. La procédure d'autorisation offre certes l'avantage que la décision d'autorisation ne demande que très peu de travail dès lors que l'autorité compétente connaît déjà le dossier. Mais son inconvénient est que l'instance suprême est liée par l'autorisation donnée par l'autorité inférieure, même si elle juge l'affaire sans importance. Il est en outre discutable que l'instance qui a tranché se prononce également sur l'ouverture du recours. On pourrait certes corriger ce défaut en introduisant un recours contre la décision relative à l'autorisation, mais ce serait ajouter un moyen de droit supplémentaire.

Une comparaison internationale montre que les procédures d'admission et d'autorisation sont, sous diverses formes, assez répandues (par ex. en Allemagne, en Autriche, en Suède, aux Etats-Unis, au Canada).

La procédure d'admission mise à part, il n'existe guère d'autres instruments qui soient susceptibles de contenir efficacement l'afflux des recours à un tribunal suprême. Cela est surtout vrai si le système est conçu dans sa „forme pure" et que la décision d'admission est laissée à la libre appréciation du tribunal. Pour la Suisse, l'introduction d'une telle procédure constituerait un véritable changement de système, tant il est vrai que, selon le droit en vigueur, notre tribunal suprême fonctionne dans une large mesure comme une juridiction de recours dans la succession ordinaire des instances.

5.3.2.4. Valeurs litigieuses

L'exigence d'une valeur litigieuse minimale est l'une des mesures procédurales classiques qui permet de restreindre l'accès à une instance suprême et d'éviter

à celle-ci d'être submergée d'affaires de minime importance. Elle offre l'avantage de fixer une limite claire, simple et objective pour les litiges dont l'objet est un droit de nature pécuniaire.

Le système de la valeur litigieuse vaut pour les contestations *civiles* portant sur un droit de nature pécuniaire. Le droit en vigueur prévoit une valeur litigieuse minimum pour le recours en réforme (8000 francs, art. 46 OJ) et pour certains procès directs de droit civil (8000 ou 20'000 francs, art. 41 et 42 OJ).

En matière de droit *public* (fédéral), la limite de la valeur litigieuse est inconnue. La commission d'experts a examiné de façon approfondie si elle pourrait y être introduite. A première vue, cette solution peut paraître séduisante pour les recours contre les décisions portant sur une prestation en argent, notamment en matière d'impôts, de subventions, de responsabilité de l'Etat, de droit des fonctionnaires, d'assurances sociales ou d'expropriation. Un examen concret a toutefois fait ressortir que l'introduction d'une valeur litigieuse se heurte à des problèmes délicats, même si elle est limitée à ce type de contestations. Il est en tout cas exclu de fixer un seuil uniforme, comme le montre l'exemple des litiges en matière d'assurances sociales ou d'expropriation: les premiers exigent une limite de valeur litigieuse beaucoup plus basse que les seconds. Il n'est même pas possible de fixer une limite uniforme pour un domaine entier, comme le droit fiscal. Il serait en outre souvent difficile de fixer une valeur limite dans un cas d'espèce. Lorsque la contestation porte par exemple sur la suppression d'une déduction fiscale, la valeur litigieuse correspond-elle seulement à la différence entre le montant imposé et la somme déclarée ou bien faut-il tenir compte du fait que la déduction a un effet préjudiciel pour les années suivantes? En réalité, toutes ces objections d'ordre pratique découlent de raisons plus fondamentales, inhérentes à la nature propre des rapports de droit public. En droit public, il ne s'agit pas seulement de faire valoir des droits subjectifs, mais aussi de défendre l'intérêt public à une juste application du droit objectif, pour assurer le principe de la légalité. Les intérêts en présence de l'Etat d'une part et du citoyen d'autre part étant de nature essentiellement différente, l'argent, exprimé en termes de valeur litigieuse, ne peut servir de commune mesure entre eux. D'ailleurs l'Etat, détenteur de la puissance publique, n'est pas non plus perçu comme une partie quelconque par le particulier. Ce dernier attachera souvent à la défense de ses droits une importance sans proportion avec les intérêts patrimoniaux en cause.

Quant au *droit pénal,* il se prête encore plus mal à la détermination de valeurs litigieuses. Les intérêts en cause ne peuvent en général pas s'exprimer en argent. Dans le cas de l'Etat qui veut défendre son droit de sanctionner, on ne peut prétendre qu'il mène la procédure pour des raisons financières. Même pour l'accusé, ce n'est pas, dans la plupart des cas, la valeur pécuniaire d'une amende qui est l'aspect le plus important, mais la question de la culpabilité.

Comme moyen de restreindre l'accès au tribunal, la limite de la valeur litigieuse n'est donc appropriée que pour les contestations civiles pécuniaires et, éventuellement, pour certains domaines du droit public proches du droit civil. L'efficacité du système dépend du seuil fixé pour la valeur litigieuse.

5.3.3. Proposition de la commission d'experts

5.3.3.1. Procédure générale d'examen préalable

Après de longues discussions et un examen approfondi de toutes les solutions possibles, la majorité de la commission d'experts s'est prononcée pour un système de procédure d'examen préalable.

La procédure d'examen préalable doit par principe s'appliquer à tous les recours *(champ d'application général)*. En sont exceptés les recours contre des décisions rendues en première instance par le Tribunal administratif fédéral ou le futur Tribunal pénal fédéral.

La commission d'experts propose que la procédure d'examen préalable soit *organisée* de la manière suivante: trois juges de la cour compétente déterminent, pour chaque recours introduit, s'il ne doit pas être déclaré inadmissible pour l'un des motifs énumérés de façon exhaustive dans la loi. Si l'un de ces motifs est réalisé, le recours peut être déclaré inadmissible. La décision est prise à la majorité des voix, l'unanimité n'étant pas requise. Le recours peut être déclaré inadmissible en tout ou en partie. La déclaration d'inadmissibilité indique simplement qu'il existe un motif d'inadmissibilité, sans que cela permette de conclure que le Tribunal fédéral considère la décision attaquée comme correcte. S'il n'existe pas de motif d'inadmissibilité, le recours est traité selon la procédure ordinaire et par la cour dans sa composition normale.

L'expression *„motifs d'inadmissibilité"* est un terme générique couvrant aussi bien la forme que le fond. Selon la proposition de la commission d'experts, un recours peut être déclaré inadmissible dans les cas suivants:

lorsque les conditions de recevabilité ne sont manifestement pas remplies;

lorsque le recours est introduit de manière procédurière ou abusive;

lorsque les griefs invoqués ne sont pas suffisamment motivés;

lorsque la violation du droit invoquée est sans pertinence quant au sort de la cause;

lorsque le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves.

(Pour plus de détails concernant les motifs d'inadmissibilité, voir le commentaire de l'art. 95 P-LTF)

Une restriction s'applique aux recours contre des décisions des autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite. Ces recours sont également soumis à la procédure d'examen préalable, mais les motifs d'inadmissibilité ne s'appliquent *pas tous* en l'occurrence. Ne constitue pas un cas d'inadmissibilité le motif que le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves. Ce critère ne convient pas dans un domaine où c'est la fonction de surveillance qui est primordiale. Dans ces causes qui relèvent uniquement du droit des poursuites (soit dans les cas de recours selon les art. 78 ss. OJ), la procédure de recours sert en premier lieu au bon fonctionnement de la procédure d'exécution et moins à la protection juridique de l'individu.

L'autorité d'exécution doit être rapidement informée par le Tribunal fédéral de la façon correcte d'agir dans l'étape de procédure où la cause se trouve. Le „système de rescription" actuellement en vigueur a donné satisfaction et il n'y a pas lieu d'y renoncer sans raison impérative, d'autant que le nombre de recours dans ce domaine n'est pas très important (en 1996: 306; en 1995: 282).

Avec la procédure d'examen préalable, le Tribunal fédéral dispose d'un instrument qui lui permet de liquider, *rapidement* et sans autre mesure d'instruction ni échange d'écritures, les recours inadmissibles. En règle générale, les trois juges décident de l'inadmissibilité par voie de circulation; une éventuelle audience en délibération n'est pas publique. Il n'y a pas de débats. Le filtre de l'examen préalable peut donc agir rapidement et efficacement. Et il en résulte un gain de temps pour le Tribunal fédéral pour le traitement des recours admissibles. La liquidation rapide des recours inadmissibles dissuadera également de former des recours purement dilatoires, lesquels sont assez nombreux notamment en droit des constructions.

Il se peut que la déclaration d'inadmissibilité n'intervienne pas lors de la procédure d'examen préalable, mais seulement à un stade *ultérieur*, notamment après l'échange d'écritures, parce qu'il apparaît alors seulement qu'il existe un motif d'inadmissibilité. Cela donne une certaine souplesse au système.

En fait, la procédure d'examen préalable est en quelque sorte un développement de la procédure simplifiée de l'article 36a de l'OJ en vigueur, mais avec des différences notables:

Les arrêts sur recours rendus en procédure simplifiée exigent au moins une motivation sommaire (art. 36a, 3e al., OJ), ce qui demande quand même un certain temps - ainsi qu'on le voit dans la pratique. Dans la procédure d'examen préalable en revanche, la motivation de la décision d'inadmissibilité peut se limiter à l'indication du motif d'inadmissibilité. Il s'agit là d'une importante simplification.

La liste des motifs d'inadmissibilité est plus large que celle des critères de l'article 36a OJ. On ne trouve pas dans cet article l'équivalent de la possibilité de déclarer un recours inadmissible parce qu'il invoque une violation du droit qui est sans pertinence quant au sort de la cause ou parce que le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves. Ces deux motifs offrent précisément un potentiel important de décharge pour le tribunal. Avec ce catalogue de motifs d'inadmissibilité, on peut donc escompter un *effet de filtrage considérable*, car il permettra de liquider définitivement, en procédure d'examen préalable, une partie non négligeable des recours.

5.3.3.2. Variante écartée: procédure générale d'admission

Un effet de décharge comparable à celui produit par la procédure d'examen préalable pourrait être obtenu avec une procédure d'admission pour laquelle les motifs d'admission *correspondraient* aux motifs d'inadmissibilité de la procédure d'examen préalable, mais seraient énoncés, en quelque sorte de façon inversée, dans la forme affirmative.

C’est dans l’optique que réside la différence fondamentale entre une telle procédure d’admission et celle d’examen préalable proposée: dans la procédure d’admission, le Tribunal fédéral déclare quels cas il entend traiter, alors que dans la procédure d’examen préalable, il indique ceux qu’il ne veut *pas* examiner. Selon le premier système, le principe est qu’il n’y a pas accès au tribunal sauf si celui-ci accepte le recours; selon le second système, l'accès est en principe ouvert, sauf si le Tribunal fédéral déclare le recours inadmissible. La responsabilité de spécifier les causes est répartie différemment: Dans la procédure d’admission, il incombe au *justiciable* de démontrer que sa cause est suffisamment importante pour être traitée par le Tribunal fédéral, qu’il existe donc un motif d’admission. S’il n’y parvient pas, le Tribunal fédéral n’examine pas sa cause. A l’inverse, dans la procédure d’examen préalable, c’est en premier lieu au *Tribunal fédéral* qu’il incombe d'établir que tel ou tel motif d’inadmissibilité est réalisé. C’est précisément cet aspect qui a incité une majorité de la commission d’experts à donner la préférence au système de l’examen préalable.

Il ne fait pas de doute que, pour décharger le tribunal, l'instrument le plus efficace serait une procédure d’admission qui laisserait la décision d’admission à la *libre appréciation* du Tribunal fédéral ou, du moins, qui prévoirait des motifs d’admission très *restrictifs*. Un système de ce type est appliqué dans plusieurs pays; ainsi notamment par la Cour suprême américaine. La commission d’experts a renoncé à émettre une proposition allant dans ce sens, parce qu’une telle procédure d’admission ne serait pas couverte par la base constitutionnelle proposée dans le projet de réforme de la justice, à savoir les restrictions d’accès prévues à l’article 178a.

5.3.3.3. Liste d’exceptions pour les recours en matière de droit public, combinée avec une procédure d’avis préjudiciel

La proposition de la Commission d’experts comprend en outre un catalogue de contestations pour lesquelles le recours au Tribunal fédéral est exclu *a priori*, qui ne sont donc même pas soumise à la procédure de l’examen préalable. Ce catalogue d'exceptions n’existe que pour le recours en matière de droit public. Il concerne d’une part de domaines qui, en raison de leur caractère politique prépondérant, relèvent de la compétence du Conseil fédéral, et d’autre part de domaines qui - en raison du nombre extrêmement élevé de recours, de la technicité de la matière ou de la prépondérance des questions d'appréciation - doivent être tranchés définitivement par le Tribunal administratif fédéral ou par la dernière instance cantonale (cf. pour plus de détail le commentaire de l’art. 77 P-LTF).

L'accès au Tribunal fédéral n’est en réalité pas totalement fermé. Pour garantir le contrôle des normes de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale, ainsi que pour garantir l'application uniforme du droit fédéral et du droit international, une *procédure d’avis préjudiciel* est prévue. Une telle procédure est expressément réservée dans le projet de constitution 96 Réforme de la justice pour les domaines pour lesquels la loi exclut l’accès au Tribunal fédéral (art. 178a, 3e al.).

Selon la proposition de la commission d’experts (art. 107 ss P-LTF), les instances judiciaires qui tranchent définitivement (à savoir le Tribunal

administratif fédéral et les tribunaux administratifs cantonaux, mais pas les tribunaux militaires) doivent suspendre la procédure et demander l'avis du Tribunal fédéral lorsqu'elles estiment qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale dont la validité est contestée dans le cas d'espèce viole des droits garantis par la constitution fédérale ou le droit international.

Dans ces cas, l'avis préjudiciel doit *obligatoirement* être demandé. Si tel n'était pas le cas, le contrôle des normes sur les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale ne pourrait s'effectuer dans les domaines où le recours au Tribunal fédéral est exclu, puisque ce pouvoir de contrôler les normes est concentré dans les mains du Tribunal fédéral (cf. art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Le Tribunal administratif fédéral et les instances cantonales supérieures doivent simplement être *autorisés* à demander un avis préjudiciel dans les causes qu'ils ont à trancher définitivement lorsqu'ils ont un doute sérieux quant à l'interprétation du droit fédéral ou du droit international. En leur donnant une simple autorisation, on veut que seules les questions d'interprétation fondamentales soient soumises au Tribunal fédéral. Une disposition plus souple en la matière pourrait entraîner une trop lourde charge pour le Tribunal fédéral et reviendrait à „mettre sous tutelle" les instances inférieures. Lorsque le Tribunal administratif fédéral tranche définitivement, l'application uniforme du droit est de toute façon garantie.

En tant que telle, la procédure d'avis préjudiciel ne suppose pas nécessairement que le tribunal qui demande l'avis se situe au terme de la succession des instances et que son jugement ne soit donc susceptible d'aucun recours (devant un juge national). Néanmoins, il n'y a, dans la juridiction fédérale, aucune nécessité d'une procédure d'avis préjudiciel aussi longtemps que les questions de droit qui se posent peuvent être soulevées dans le cadre d'une procédure de recours. Dans l'esprit de la commission d'experts, la procédure d'avis préjudiciel constitue donc uniquement un correctif à l'exclusion totale du recours.

5.3.3.4. Abandon de la valeur litigieuse

La commission d'experts a soumis cet instrument de sélection à un nouvel examen afin de déterminer si et selon quelles modalités il pouvait être intégré de façon cohérente dans l'ensemble du projet. Ce réexamen s'impose dès lors que, d'une part, une procédure d'examen préalable est introduite pour tous les domaines du droit et que, d'autre part, on réorganise les voies de droit en introduisant le recours unifié. Ces deux nouveautés exigent des réglementations aussi harmonisées que possible pour les différentes voies de droit, du moins pour leurs éléments comparables. Il ne faut en outre pas perdre de vue qu'avec le recours unifié, la limite de la valeur litigieuse restreint du même coup l'accès pour les griefs de violation de droits constitutionnels. Si l'on ne veut pas limiter dans une mesure inacceptable l'accès au juge constitutionnel, seule une valeur litigieuse relativement basse peut être envisagée. Mais alors cette limite complique la réglementation de la procédure plus qu'elle ne décharge le Tribunal fédéral, d'autant qu'elle ne peut être introduite pour toutes les contestations et pas de manière uniforme.

C’est pourquoi la commission d’experts est parvenue à la conclusion que la limite de la valeur litigieuse *ne convient plus* comme restriction d’accès dans le système proposé d’une procédure générale d’examen préalable, qu’en fait elle est *superflue*. En revanche, elle joue un certain rôle comme critère légal servant à concrétiser la notion de graves conséquences pour une partie; mais elle revêt alors une toute autre fonction que celle dévolue à une restriction d’accès (cf. à cet égard le commentaire de l’art. 95, 2e al., let. b, ch. 2 P-LTF).

En renonçant à une valeur litigieuse minimale, on élimine du même coup l’inconvénient qui veut que certaines contestations qui atteignent rarement, voire jamais, la valeur litigieuse requise soient exclues de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de sorte que ni l'unité ni le développement du droit ne peut être garantis dans les domaines en question (par ex. droit de bail et droit du travail).

5.4. Développement de la juridiction constitutionnelle

Le développement de la juridiction constitutionnelle dans le domaine du contrôle des normes constitue l'une des principales innovations de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale. Il s'agit d'habiliter le Tribunal fédéral à contrôler, sous certaines conditions, les *lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale* sous l'angle de leur conformité avec le droit de rang supérieur et, le cas échéant, à en *interdire l'application.*

5.4.1. Le système du contrôle des normes dans le droit en vigueur

Par *contrôle des normes*, on entend l'examen des normes sous l'angle de leur compatibilité avec le droit de rang supérieur. Lorsque la constitution constitue l'aune du contrôle et que celui-ci est effectué par un tribunal, le contrôle des normes représente l'une des formes de la juridiction constitutionnelle. Les normes peuvent être contrôlées d'une manière *abstraite* ou *concrète*. En cas de contrôle abstrait des normes, c'est la norme elle-même qui constitue l'objet du recours et qui est examinée, indépendamment d'un cas d'application, quant à sa conformité au droit de rang supérieur. En cas de contrôle concret des normes, l'objet du recours est un acte d'application (décision, décision sur recours) et la conformité au droit de rang supérieur de la norme sur laquelle se fonde l'acte d'application est examinée à titre préjudiciel.

Pour ce qui est des *actes normatifs cantonaux,* il existe dans le droit actuel un système bien établi de contrôle des normes: il incombe en principe à *toutes* les autorités qui appliquent le droit dans un cas d'espèce d'examiner leur conformité au droit de rang supérieur (ce qu'on appelle le système diffus). Au surplus, tout acte normatif cantonal peut faire directement l'objet d'un recours de droit public. Dans ce cas, le Tribunal fédéral peut effectuer également un contrôle abstrait portant sur le respect des droits constitutionnels comme sur la conformité aux concordats et aux traités internationaux. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il existe cependant certaines restrictions lorsqu'il s'agit d'une constitution cantonale (cf. en dernier lieu ATF *121* I 146 s.).

Selon le droit actuel, même les *actes normatifs fédéraux* sont en principe soumis au contrôle des normes. Cependant, la juridiction constitutionnelle connaît ici une double limitation:

Les actes normatifs fédéraux ne peuvent être soumis qu'à un contrôle *concret*. Leur contrôle abstrait n'est pas admis.

L'article 113, 3e alinéa, ainsi que l'article 114 bis , 3e alinéa, cst, font obligation au Tribunal fédéral (et, au-delà du libellé de ces dispositions, également à toute autre autorité chargée d'appliquer le droit) d'appliquer *les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale* et *les traités internationaux,* lui interdisant ainsi d'en refuser l'application au nom de la constitution fédérale.

5.4.2. Institution du contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale

En conformité avec la réforme de la justice proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision totale de la constitution, le projet de la commission d'experts prévoit de conférer au Tribunal fédéral la compétence de contrôler, sous certaines conditions, la conformité de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale au le droit de rang supérieur (art. 89 P-LTF).

Selon le projet (et en application de l'art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice), ce contrôle des normes est limité à plusieurs égards:

La norme ne peut être examinée que dans un *cas d'application* (limitation au contrôle concret des normes). L'effet d'un jugement qui conclut à l'inconstitutionnalité d'une disposition légale est que, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral n'applique pas la loi ou l'article en question (cf. art. 178, 3e al., P-cst. 96, Réforme de la justice). Formellement, la disposition critiquée reste cependant en vigueur.

Les *droits constitutionnels* des citoyens ou le *droit international public* ainsi que - sur la base d'un tel grief articulé par un canton - la *répartition constitutionnelle des compétences* sont les seuls *critères d'examen.* Un contrôle ne peut pas être demandé pour d'autres motifs.

Seul le *Tribunal fédéral* est compétent pour le contrôle des normes (système concentré).

5.4.3. Motifs en faveur d'une extension du contrôle des normes

Les *motifs* plaidant en faveur de l'extension proposée de la juridiction constitutionnelle sont exposés en détail dans le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 513 ss, 540 ss). Il s'agit pour l'essentiel des aspects suivants (cf. également le rapport intermédiaire de la commission d'experts de mars 1995, ch. 4.7.):

La juridiction constitutionnelle est l'un des principes incontournables d'un Etat de droit démocratique et s'est aujourd'hui pleinement imposée dans la plupart des Etats régis par la constitution.

L'introduction de la juridiction constitutionnelle au niveau fédéral se justifie par *l'importance de la législation fédérale*, laquelle s'est fortement accrue depuis 1874, en sorte qu'elle est aujourd'hui susceptible de toucher la plupart des domaines de liberté.

Aujourd'hui, il n'y a pas lieu de craindre, de nos jours, que le Tribunal fédéral s'arroge un rôle qui ne lui appartient pas. Au contraire, les expériences faites avec le contrôle des lois cantonales par le Tribunal fédéral, tel qu'il existe depuis toujours dans le cadre du recours de droit public, démontrent que la juridiction constitutionnelle peut apporter une contribution essentielle au développement des libertés individuelles, sans que la démocratie soit menacée par des juges trop puissants.

La jurisprudence du Tribunal fédéral présente *aujourd'hui déjà* certains *éléments* de juridiction constitutionnelle à l'égard du législateur fédéral. Le Tribunal fédéral considère que les articles 113, 3^{e} alinéa, et 114bis , 3^{e} alinéa, cst. ne comportent qu'une obligation d'appliquer les lois, mais pas une interdiction de les contrôler (cf. ATF *117* Ib 373; *118* Ia 353). Le principe de l'article 113, 3^{e} alinéa, cst. est en outre relativisé par l'interprétation conforme à la constitution, par la reconnaissance de lacunes dans les lois ou par le contrôle d'actes législatifs cantonaux qui contiennent des normes analogues à celles d'une loi fédérale.

L'absence d'un contrôle *national* de la constitutionnalité des lois fédérales est devenue problématique depuis l'*entrée en vigueur de la CEDH*. S'agissant des droits fondamentaux, la CEDH concorde dans une large mesure avec la constitution fédérale. Les instances de Strasbourg ne sont pas liées par l'obligation d'appliquer les lois fédérales. Elles peuvent examiner la conformité de celles-ci avec la CEDH. Peut dès lors survenir la situation paradoxale où les instances de Strasbourg disposent d'un plus large pouvoir que le Tribunal fédéral. Afin de remédier à cette situation juridique insatisfaisante, le Tribunal fédéral a abandonné la réserve qu'il observait précédemment et il est en principe disposé, maintenant, à examiner les lois fédérales sous l'angle de leur conformité avec la CEDH et par là, indirectement, avec la constitution (ainsi pour la première fois dans ATF *117* Ib 371 ss.; dans ATF *122* III 416, la question de la primauté de la CEDH par rapport à une disposition du CC édictée en 1988 a été laissée ouverte).

Enfin, le développement de la juridiction constitutionnelle s'impose aussi pour des raisons touchant au *fédéralisme*. L'obligation d'appliquer les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale fait que la Confédération et les cantons ne disposent pas des mêmes armes. Alors que la Confédération peut sanctionner les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral, les cantons ne peuvent par contre pas se plaindre auprès du Tribunal fédéral d'une inobservation par le législateur fédéral de la répartition constitutionnelle des compétences.

5.4.4. Organisation du futur contrôle des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale: système concentré

Selon le système prévu dans la réforme de la justice et qui a été repris, au niveau de la loi, dans le projet de la commission d'experts, le *Tribunal fédéral est seul habilité* à contrôler les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale (art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice; art. 89 P-LTF). Les raisons d'opter pour un système *concentré* sont exposées dans le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 520 s.).

La commission d'experts a examiné la possibilité de confier cette nouvelle tâche à une nouvelle cour constitutionnelle placée au-dessus du Tribunal fédéral et séparée de lui, mais elle a rejeté cette idée (cf. Rapport intermédiaire, ch. 4.7.6.); le Conseil fédéral en a fait de même dans le cadre de la réforme de la constitution (cf. FF *1997* I 520). Un tel modèle rendrait les procédures plus compliquées et plus longues et entraînerait une certaine "dépréciation" du Tribunal fédéral. L'article 19 P-LTF tient compte de l'importance et de la portée particulières d'un contrôle judiciaire des actes normatifs arrêtés par le législateur fédéral, en ce qu'il prévoit que le Tribunal fédéral siège dans la composition de *onze membres* sous la présidence du président du Tribunal fédéral (cour élargie, issue de la réunion de deux sections).

Dans le cadre de la réforme de la justice, on a volontairement renoncé à proposer l'introduction du contrôle abstrait des normes à l'égard des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. Est seul admis le *contrôle concret des normes* dans un cas d'application. Dans une démocratie référendaire, cette forme de juridiction constitutionnelle est plus compatible avec les droits populaires que l'examen abstrait d'une norme, indépendamment de l'application de la loi dans un cas d'espèce. Dans le projet de la commission d'experts, cette limitation découle tant de l'article 76 que de l'article 89 P-LTF. Elle s'applique également (comme cela est déjà prévu à l'art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice) à l'examen, demandé par un canton, de la compatibilité d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale avec la répartition constitutionnelle des compétences (art. 89, 2^{e} al., P-LTF).

Avec le système concentré de contrôle des normes, l'une des fonctions essentielles de la procédure d'avis préjudiciel des articles 107 ss P-LTF ressort clairement. Cette procédure doit permettre de procéder à un *contrôle des normes* - qui est de la compétence exclusive du Tribunal fédéral pour ce qui concerne les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale - également dans les domaines qui, en vertu de la loi, sont du ressort exclusif d'autres tribunaux statuant en dernière instance (cf. art. 178a, 3^{e} al., P-cst. 96, Réforme de la justice). En l'absence d'une procédure d'avis préjudiciel, la conformité à la constitution ou au droit international public des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale relatifs à ces domaines du droit ne pourrait jamais être examinée.

5.4.5. Pas d'autres innovations dans le domaine du contrôle des normes

Pour le reste, le système actuel de contrôle des normes a donné satisfaction; c'est pourquoi il est prévu - en accord avec les propositions du Conseil fédéral pour le niveau de la constitution (cf. FF *1997* I 519 ss) - de le conserver à l'avenir également. Il est proposé de maintenir:

la possibilité d'un *contrôle abstrait* de *tous les arrêtés cantonaux* et des *concordats* par le Tribunal fédéral (cf. ch. 5.2.2.). Les cantons continuent à être libres de prévoir de leur côté des procédures de contrôle abstrait de leurs propres actes normatifs. Comme jusqu'ici, il appartient à l'Assemblée fédérale de procéder au contrôle abstrait des constitutions cantonales (procédure de garantie de la constitution selon l'art. 6 et l'art. 85, ch. 7, cst.).

la possibilité d'un *contrôle préjudiciel de tous les actes normatifs cantonaux* ainsi que des concordats. La commission d'experts est d'avis que le Tribunal fédéral a aujourd'hui la compétence générale - en faisant abstraction des limitations qu'il s'impose aujourd'hui (cf. ATF *121* I 146 s.) - de soumettre les dispositions du *droit constitutionnel cantonal* à un contrôle *concret* des normes. La mise en oeuvre d'un tel contrôle ne nécessite pas une modification législative; il suffit d'une modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. Rapport intermédiaire, ch. 4.7.2.).

la possibilité de procéder à un *contrôle préjudiciel* des *ordonnances de la Confédération*, en principe par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit, avec les réserves qui s'imposent pour les organes administratifs inférieurs.

le refus d'un contrôle abstrait des normes pour ce qui concerne les *ordonnances fédérales,* la séparation des pouvoirs étant suffisamment garantie par un contrôle concret.

le *système diffus* de contrôle des normes, à l'exception du contrôle des lois fédérales et des arrêtés fédéraux; en principe, toutes les autorités chargées d'appliquer le droit doivent, comme jusqu'ici, procéder à un contrôle préjudiciel des normes quant à leur compatibilité avec le droit de rang supérieur .

l'obligation d'appliquer les *traités internationaux,* même s'ils ne sont pas conformes à la constitution (cf. art. 113, 3^{e} al. cst.; art. 178, 4^{e} al., P-cst. 96, Réforme de la justice; FF *1997* I 543; en outre, Rapport intermédiaire, ch. 4.7.5.). Une autre question est de savoir dans quelle mesure les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale l'emportent sur le droit international public avec lequel ils sont en conflit. Le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la primauté de principe du droit international public sur le droit interne (ATF *122* II 239; JAAC *1989* n° 54. *Exceptionnellement* cependant, le Tribunal fédéral renonce à s'opposer à l'application de la loi fédérale contraire au droit international (cf. ATF *99* Ib 39 ss, *Schubert*). Dans le cadre de la réforme de la justice également, il est prévu que le Tribunal fédéral a la possibilité de renoncer, dans des cas exceptionnels (rares), à appliquer le principe de la primauté du droit international public (cf. art. 178, 3^{e} al., P-cst. 96, Réforme de la justice) .

5.5. Protection juridique en matière d'élections, votations et initiatives populaires fédérales

Selon le droit actuel, le Tribunal fédéral examine si les droits politiques des citoyens ont été respectés lors d'élections ou de votations *cantonales* dans le cadre du *recours pour violation des droits politiques* de l'article 85, lettre a, OJ. Les élections et les votations dans les communes sont également considérées comme cantonales (ATF *119* Ia 169, consid. 1a). En revanche, le recours de l'article 85, lettre a, OJ n'est pas ouvert pour ce qui est des droits politiques au niveau fédéral; pour les votations et élections *fédérales,* seules entrent en ligne de compte les voies de recours spéciales des articles 77 ss LDP. Le Tribunal fédéral ne détient ici que des compétences marginales (recours de droit administratif dans les cas de l'art. 80 LDP). Le Conseil fédéral ou le Conseil national tranchent en dernière instance les recours contre les décisions des gouvernements cantonaux à raison d'irrégularités dans la préparation et l'exécution des votations fédérales ou des élections au Conseil national (art. 81 et 82 LDP). Aucun recours n'existe contre la décision de l'Assemblée fédérale d'invalider une initiative populaire.

De l'avis de la commission d'experts, il se justifie d'accorder aux droits politiques autant que possible la même *protection judiciaire* en matière fédérale qu'en matière cantonale. Pour cela, il faut introduire le recours pour violation des droits politiques *également au niveau fédéral*. Le Conseil fédéral et le Conseil national doivent être déchargés de leurs tâches juridictionnelles en matière de votations et d'élections. Les décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux en matière de droits politiques fédéraux pourront donc être déférées au Tribunal fédéral (art. 80, 1er al., lit. b P-LTF).

La commission a examiné en outre la possibilité de prévoir un recours au Tribunal fédéral contre la déclaration de nullité d'une initiative populaire prononcée par l'Assemblée fédérale (à l'instar du recours pour violation du droit de vote ouvert contre la déclaration de nullité d'une initiative cantonale par un parlement cantonal). Les objectifs assignés à la révision totale de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire n'impliquent toutefois pas nécessairement une telle extension de la protection juridique. C'est avant tout dans le cadre de la réforme des droits populaires au niveau de la Constitution fédérale que cette question devra être examinée (cf. art. 177a projet 96 Réforme des droits populaires, FF *1997* I 490 ss).

5.6. Intégration du Tribunal fédéral des assurances dans le Tribunal fédéral

5.6.1. Statut du Tribunal fédéral des assurances selon le droit en vigueur

De lege lata, le Tribunal fédéral des assurances constitue la *cour des assurances sociales du Tribunal fédéral, organisée de manière autonome* (art.

122 OJ). Il a son siège à Lucerne (art. 124 OJ). Selon l'article 125 OJ, il s'organise en appliquant par analogie les dispositions de l'OJ qui valent pour le Tribunal fédéral. En exécution de cette prescription, le TFA a édicté son propre règlement (RS 173.111.2). Il est placé sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale, à laquelle il remet chaque année un rapport sur sa gestion.

L'élection des membres et du président du TFA est régie par les mêmes dispositions que celles valant pour le Tribunal fédéral (art. 123, 2e al., OJ). L'élection des juges a lieu séparément pour les deux tribunaux; pour passer de la section des assurances sociales à une autre section du Tribunal fédéral, une nouvelle élection est nécessaire.

La réglementation arrêtée lors de la révision de l'OJ de 1968 repose sur un compromis. Elle tient compte d'une part de considérations relatives à l'organisation et à la procédure, qui incitaient à réunir le TFA et le Tribunal fédéral, et d'autre part de considérations d'ordre politique, touchant notamment au fédéralisme, qui plaidaient en faveur du maintien du siège à Lucerne (cf. BO N *1967* p. 272 ss). L'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral a, dans une large mesure, un caractère formel. En réalité, nous avons avec le TFA et le Tribunal fédéral deux tribunaux autonomes de même rang, pour lesquels cependant les mêmes règles de procédure sont en principe applicables et dont les activités sont dans une certaine mesure coordonnées.

5.6.2. Proposition de la commission d'experts

La commission d'experts a soumis le statut du TFA à un nouvel examen et propose sur ce point d'innover en *intégrant complètement* le TFA dans le Tribunal fédéral à Lausanne.

Pour discuter de ce point, la commission d'experts avait notamment à sa disposition un rapport du TFA du 4 mars 1997, lequel procède à une étude très fouillée du contexte historique, du statut actuel du TFA ainsi que des avantages et inconvénients de nouvelles solutions.

Dans ce rapport, le TFA se prononce à l'unanimité *contre* le maintien du *statu quo*. A son avis, les défauts qui découlent de l'actuelle réglementation de compromis doivent être éliminés lors de la révision de l'OJ. Cela concerne notamment l'absence de "libre passage" des membres et des collaborateurs de la cour des assurances sociales. La commission d'experts partage cet avis. Le système en vigueur demande beaucoup de temps pour la coordination. Le fait que le TFA a un siège propre rend plus difficiles les contacts avec les cours de droit public du Tribunal fédéral; cela met en péril l'unité de la jurisprudence administrative de dernière instance. En outre, un TFA avec un siège propre entraînerait à l'avenir de grosses difficultés en relation avec le contrôle des normes de droit fédéral, pour lequel est prévue une composition spéciale de la cour, à savoir la réunion de la section saisie de la cause (qui peut donc aussi être la section des assurances sociales) avec une section de droit public, le président du Tribunal fédéral assumant la présidence (cf. art. 19 P-LTF). D'ailleurs, le fait qu'il existe en réalité *deux* tribunaux suprêmes ne correspond guère à la conception du projet de constitution, qui désigne le Tribunal fédéral comme l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 176, 1er al., P-cst.

96 et projet 96, Réforme de la justice). C'est pourquoi il convient d'abandonner le système actuel.

En principe, deux solutions peuvent être envisagées pour une réforme.

Intégration totale: Le TFA est totalement intégré dans le Tribunal fédéral. Le siège de Lucerne est supprimé. La juridiction suprême en matière d'assurances sociales est assumée par les cours de droit public du Tribunal fédéral, dont le nombre doit être augmenté en conséquence.

Intégration partielle: Le TFA continue d'exister en tant que section des assurances sociales du Tribunal fédéral et garde son siège à Lucerne, mais n'a plus sa propre structure de direction ni son propre budget. Il n'y a plus que la présidence du Tribunal fédéral. Les membres de la section des assurances sociales peuvent passer dans d'autres sections et vice-versa sans nouvelle élection.

La commission d'experts est *opposée* à *l'intégration partielle*. Celle-ci perpétue les difficultés exposées ci-dessus, dues à l'existence de deux sièges différents. En outre, elle crée de nouveaux problèmes. Le TFA perdant son autonomie organisationnelle, il faut s'attendre d'une façon générale à ce que les juges doivent voyager fréquemment pour participer aux séances plénières, à la Conférence des présidents de section, aux séances de la Commission administrative, etc.. Diriger la section des assurances sociales depuis Lausanne ne serait sans doute pas une chose aisée. Inversement, des difficultés particulières apparaîtraient si la présidence du Tribunal fédéral revenait à un membre de la section des assurances sociales à Lucerne. Le transfert d'un juge dans une autre section pourrait certes se faire sans nouvelle élection, mais cela entraînerait des difficultés non négligeables (changement de domicile).

Par contre, *l'intégration totale* présenterait des avantages prépondérants. En premier lieu, elle tient compte du fait que le droit des assurances sociales n'est pas une branche séparée du reste du droit, mais qu'il fait partie intégrante de l'ordre juridique; il occupe une place importante dans le droit administratif. Les principes généraux du droit administratif s'appliquent également aux assurances sociales. C'est pourquoi l'unité de la jurisprudence dans les questions communes et un développement prétorien concerté du droit administratif sont importants; en cas d'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral, ces objectifs pourront être nettement mieux atteints. Il existe également des rapports étroits avec le droit privé, notamment avec le droit des personnes, de la famille, du travail et des sociétés. Il arrive assez souvent que le TFA doive se prononcer à titre préjudiciel sur des questions de droit privé. L'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral peut faciliter l'examen de telles questions.

Du point de vue du droit procédural également, la réunion des deux tribunaux apparaît comme la meilleure solution. En ce qui concerne la juridiction administrative, ce sont aujourd'hui déjà, dans une large mesure, les mêmes règles de procédure qui sont valables pour le TFA et pour les cours de droit public. Les réglementations spéciales - peu nombreuses - concernant par exemple le pouvoir d'appréciation et les frais (art. 132 et 134 OJ), sont supprimées par la révision prévue de l'OJ. Pour ce qui est de la procédure, le droit des assurances sociales et le reste du droit administratif sont unifiés.

En outre, il n'y a plus de problèmes de délimitation des compétences entre le Tribunal fédéral et le TFA, ce qui contribue à accélérer la procédure. Un autre avantage de la solution de l'intégration réside dans le fait que les membres de la section des assurances sociales peuvent aussi changer de section sans nouvelle élection.

La réunion des deux tribunaux devrait entraîner une économie de coûts, d'infrastructures notamment (réunion des bibliothèques et des services de documentation, concentration du TED à un seul endroit, intégration de la chancellerie). On peut admettre que, globalement, il y aura besoin de moins de personnel auxiliaire; grâce à un champ d'activité plus vaste, le personnel actuel pourra être employé d'une manière plus efficace. En outre, il en résultera un gain de temps pour les juges. En renonçant à une organisation autonome, on décharge les membres de la section des assurances sociales d'une partie de leurs tâches administratives, ce qui est tout bénéfice pour la jurisprudence. Et surtout, l'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral donnera à celui-ci davantage de poids et de prestige, en tant que tribunal suprême unique, compétent pour l'ensemble des domaines du droit.

L'inconvénient de l'intégration totale proposée, c'est le fait que Lucerne perd le TFA. En outre, le transfert du siège entraîne des frais, qui devraient cependant être plus que compensés par les effets de synergie qui peuvent être réalisés. Pour Lucerne, on pourrait compenser cette perte en y installant le Tribunal administratif fédéral (cf. ch. 5.7.1. in fine).

5.7. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale

Trois innovations principales sont apportées à la juridiction administrative fédérale. Premièrement, la juridiction administrative fédérale inférieure est développée et réorganisée (cf. ch. 5.7.1.). Cela conduit à une restructuration des voies de recours (cf. ch. 5.7.2.). Troisièmement, les attributions exercées par les autorités politiques comme dernière instance de recours sont transférées encore plus systématiquement au Tribunal fédéral; les recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale sont supprimés dans une large mesure (cf. ch. 5.7.3.).

5.7.1. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale précédant le Tribunal fédéral

Comme exposé au chiffre 5.1.1., il faut combler les lacunes existant dans la juridiction administrative fédérale inférieure. L'importance et l'étendue de ce domaine de la justice continue à s'accroître, ce qui légitime la question d'une réorganisation. La commission d'experts a demandé au professeur Rainer J. Schweizer, de Saint-Gall, un avis de droit sur cette question.

Aujourd'hui, la juridiction administrative fédérale inférieure au Tribunal fédéral est exercée par plus de 27 commissions de recours et d'arbitrage (sans compter les 26 commissions de recours régionales pour le contingentement

laitier et les commissions d'estimation) qui, en tant que juridictions administratives spécialisées, sont compétentes dans des domaines d'importance variable. Certaines d'entre elles, comme la commission de recours en matière d'asile et la commission de recours du DFEP, sont composées de juges professionnels (et de membres à temps partiel), alors que la plupart comprennent uniquement des membres à temps partiel.

De cette structure très éclatée résultent un manque de clarté et une insécurité du droit importants quant aux compétences. Parfois, les règles de procédure applicables diffèrent, ce qui accroît encore l'insécurité. D'autres inconvénients viennent s'ajouter à cela: plus le domaine d'attributions d'une commission de recours est spécial, plus les fluctuations de la charge de travail peut entraîner des problèmes d'organisation. En outre, les plus petites des commissions en tout cas sont confrontées à des difficultés pratiques. Elles manquent de routine et parfois de professionnalisme pour bien maîtriser le processus de décision et la liquidation des affaires. Elles ne sont souvent pas en mesure de mettre en place et de maintenir l'organisation nécessaire à une administration optimale de la justice, tant sur le plan du personnel que sur le plan professionnel et technique. Enfin, ce système fortement décentralisé met en péril la cohérence de la justice administrative fédérale. En raison de ces inconvénients, la commission d'experts est *opposée* au maintien de la structure existante. A l'avenir, les inconvénients de celle-ci augmenteraient encore si, pour maîtriser les nouvelles tâches à venir, de nouvelles commissions de recours devaient être instituées.

Pour une *nouvelle organisation*, la commission d'experts a envisagé deux variantes:

création d'un *Tribunal administratif fédéral centralisé* (en maintenant, le cas échéant, certaines commissions de recours)

création d'un *petit nombre de tribunaux administratifs fédéraux autonomes* ayant une compétence matérielle limitée et différents sièges régionaux (par ex. Tribunal administratif fédéral pour le droit d'asile et les droit des étrangers, Tribunal administratif fédéral pour le droit économique, Tribunal administratif fédéral pour le droit des redevances, Tribunal administratif fédéral pour les assurances sociales et Tribunal administratif fédéral pour les domaines restants).

Le système *centralisé* présente essentiellement des *avantages*. La coordination de la jurisprudence peut être mieux assurée. Il n'y a plus de problèmes de délimitation des compétences. En outre, la charge de travail peut être mieux répartie et, partant, la capacité de travail des juges et du personnel peut être utilisée d'une façon optimale (obligation d'aider temporairement d'autres sections). Il est possible de mettre en place une organisation plus professionnelle, qui facilite le travail des juges et donne à ce tribunal une autorité accrue. Des effets de synergie résulteront de la fusion des commissions de recours existantes. En outre, il devrait y avoir moins de problèmes de recrutement, parce qu'avec un Tribunal administratif fédéral centralisé, les juges peuvent changer de section et ne doivent donc plus se limiter à un domaine spécial restreint.

Une partie au moins de ces avantages *tomberaient* s'il y avait un *petit nombre de tribunaux décentralisés.* L'unité de la jurisprudence dans des questions

communes aux différents domaines du droit administratif fédéral ne serait pas assurée. Il faudrait s'attendre à ce que ces tribunaux aient un volume de travail très inégal, qu'il ne sera pas possible de mieux répartir. Un autre inconvénient important dans le cas d'un système décentralisé, c'est avant tout le problème de la délimitation des compétences. Une rotation des juges n'est pas possible. Les économies qui pourraient être réalisées grâce à une organisation centralisée commune tombent. Le seul avantage de la solution décentralisée serait que l'on pourrait prendre en compte plusieurs régions; il ne suffit cependant pas à compenser les inconvénients.

C'est pourquoi la commission d'experts propose - en conformité avec l'avis de droit donné en octobre 1996 par le professeur Rainer J. Schweizer - d'instituer un *Tribunal administratif fédéral centralisé*, à compétence en principe générale. Il est notamment prévu que même la commission de recours en matière d'asile soit intégrée au Tribunal administratif fédéral. Cela a pour avantage de permettre aux juges en matière d'asile de passer dans d'autres sections, ce qui facilitera l'engagement de personnalités qualifiées. Outre le Tribunal administratif fédéral centralisé, seule sera maintenue l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, parce que devant cette autorité des règles de procédure spéciales sont applicables et continueront de l'être. La procédure devant cette autorité n'a pas seulement pour but de protéger les droits des particuliers, mais représente aussi un instrument de surveillance de l'Etat. Il s'agit d'une véritable surveillance des programmes. En conséquence, le droit de plainte est conçu d'une manière large (action populaire; cf. art. 63 loi fédérale du 21. 6. 1991 sur la radio et la télévision, LRTV, RS 784.40). L'examen porte sur le respect des dispositions relatives aux programmes; la procédure est en principe gratuite (art. 62, 2^{e} al., 65, 1er al., et 66 LRTV).

Selon la conception de la commission d'experts, le Tribunal administratif fédéral se subdivise en plusieurs *sections* comptant chacune sept juges. Pour des raisons de souplesse, le domaine de compétence des sections n'est pas fixé dans la loi, mais dans le règlement. Sur la base de la statistique des affaires liquidées par les commissions de recours (1996: 8'528 cas liquidés) et des services de recours des départements (1996: 2'892 cas liquidés), il faut prévoir onze sections.

Sur la base de onze sections à sept juges, les *besoins en personnel* du Tribunal administratif fédéral s'élèvent à 77 juges à plein temps. Ce nombre paraît tout à fait raisonnable, surtout si l'on considère que la commission de recours en matière d'asile - qui, aujourd'hui déjà, compte à elle seule 27 membres à plein temps - sera elle aussi absorbée par le Tribunal administratif fédéral. Aujourd'hui, il y a au total 44 juges à plein temps et 301 juges à temps partiel ainsi que 25 membres suppléants qui travaillent dans les commissions de recours et d'arbitrage. Il faut en outre tenir compte de plus de 30 postes de juriste que comptent les services des recours des départements. Sur la base de l'expérience acquise dans d'autres tribunaux, il faut compter deux collaborateurs juridiques et ½ employé administratif par juge; il faut donc ajouter quelque 190 auxiliaires (154 juristes et 36 employés de chancellerie). Ces chiffres sont basés notamment sur des enquêtes du professeur J. Schweizer, présentées dans l'additif de février 1997 à son avis de droit d'octobre 1996.

Il est proposé d'instituer des *juges à plein temps* et d'abandonner le système des juges à temps partiel. Les juges professionnels garantissent la qualité, la constance et la routine dans la liquidation des affaires. En raison de leur expérience de tous les jours, ils maîtrisent aisément le déroulement de la procédure. En revanche, pour des raisons professionnelles ou par manque de temps, les juges qui ne travaillent pas à plein temps ne sont souvent pas assez disponibles, ce qui nuit à un traitement expéditif des affaires. En outre, des problèmes peuvent surgir en rapport avec une répartition la plus "abstraite" possible des affaires (qui décide, et selon quels critères, quel juge à temps partiel fonctionne pour quel cas?). Dans la mesure où, dans un cas d'espèce, il faut avoir des connaissances spéciales que les juges professionnels n'ont pas, on peut faire appel à des experts.

La commission d'experts est d'avis que *l'élection* des juges doit relever de la compétence de l'Assemblée fédérale. De même, celle-ci doit exercer la *haute surveillance* sur le Tribunal administratif fédéral. Ce sont avant tout des raisons touchant à l'indépendance des juges qui plaident en faveur de cette solution; on évite ainsi toute apparence d'un Tribunal administratif fédéral qui serait en réalité une branche détachée de l'administration fédérale, contrôlée par le Conseil fédéral. L'élection par l'Assemblée fédérale rend les postes de juge attrayants pour des personnalités compétentes et confère au Tribunal administratif fédéral un haut degré de légitimité. Il est très important que le Tribunal administratif fédéral jouisse d'une grande considération, faute de quoi il n'allégera guère la tâche du Tribunal fédéral. C'est à la seule condition que le justiciable fasse confiance au Tribunal administratif fédéral qu'il respectera les jugements de celui-ci et qu'il ne recourra pas systématiquement au Tribunal fédéral.

La commission d'experts propose de choisir Lucerne comme *siège* du Tribunal administratif fédéral. D'une part, on offre ainsi à cette région une compensation appréciable pour la perte du Tribunal fédéral des assurances. D'autre part, Lucerne apparaît comme un lieu approprié en raison de sa situation centrale. Par ailleurs, la distance qui sépare cette ville de Berne marque bien l'indépendance du tribunal par rapport à l'administration fédérale.

Le 18 avril 1997, les présidents à plein temps des commissions fédérales de recours et d'arbitrage ont été informés par le président de la commission d'experts de la proposition d'instituer un Tribunal administratif fédéral centralisé; ils ont été invités à prendre position. Il est apparu à cette occasion que les motifs incitant à créer un Tribunal administratif fédéral étaient convaincants.

5.7.2. Modèle pour les voies de recours

5.7.2.1. Décisions d'autorités fédérales

La généralisation du contrôle des décisions d'autorités fédérales par une unique autorité judiciaire précédant le Tribunal fédéral soulève la question de l'organisation future des voies de droit dans ce domaine.

Pour les décisions d'autorités administratives de la Confédération, le système *actuel* prévoit comme règle une double instance de recours. Pendant

longtemps, on a appliqué le principe selon lequel un recours devait tout d'abord être examiné par l'administration elle-même et qu'ensuite un contrôle judiciaire par le Tribunal fédéral ou un recours au Conseil fédéral étaient possibles. Les organes de recours internes à l'administration jouissent d'un libre pouvoir d'examen s'étendant au contrôle de l'opportunité, tandis que le contrôle du Tribunal fédéral se limite à l'état de fait et au droit. Avec le développement des commissions fédérales de recours lors de la révision de l'OJ de 1991, on a renoncé dans une large mesure à la succession de contrôles par l'administration puis par le juge au profit d'une double instance *judiciaire*. Les services de recours des départements ont été remplacés par les commissions de recours, dotées d'un pouvoir de contrôle comparable. C'est à juste titre que l'on a vu là une amélioration de la protection juridique (cf. FF *1991* II 476).

De l'avis de la commission d'experts, il faut poursuivre de manière conséquente dans cette voie. Cela veut dire que le Tribunal administratif fédéral *remplace* les organes de recours de l'administration et ne vient pas simplement s'y ajouter en tant qu'instance de recours supplémentaire. Prendre une autre décision reviendrait à allonger inutilement la succession des instances. Les services de recours des départements devraient être maintenus, avec les conséquences financières que cela implique, ce qui n'est pas souhaitable. Les départements devraient pouvoir accepter l'abandon du recours interne à l'administration, puisqu'ils peuvent tout aussi bien influer sur le pouvoir discrétionnaire des offices en tant qu'autorités de surveillance habilitées à donner des instructions. Une enquête auprès des services de recours des départements a d'ailleurs montré que la majorité d'entre eux sont favorables à l'abandon du recours interne à l'administration.

Le *modèle* suivant est dès lors proposé *pour les voies de recours*: les décisions des autorités administratives fédérales peuvent *directement* faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral. La voie du recours devant l'administration est supprimée. Lorsqu'une loi fédérale prévoit qu'une décision peut faire l'objet d'une opposition, le recours au Tribunal administratif fédéral n'est cependant recevable que contre la décision sur opposition. Les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent en principe faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, si elles ne sont pas visées par le catalogue des exceptions (cf. art. 77 P-LTF). Si tel est le cas, le Tribunal administratif fédéral tranche en dernière instance.

Quelles conséquences faut-il tirer de la suppression du recours auprès de l'administration en ce qui concerne *l'étendue du pouvoir de contrôle du Tribunal administratif fédéral* ? La majorité de la commission d'experts est favorable à ce que le Tribunal administratif fédéral jouisse d'un plein pouvoir de contrôle, s'étendant donc notamment *aussi à l'opportunité*. L'opportunité d'une décision doit pouvoir être contrôlée au moins une fois, faute de quoi la protection juridique serait amoindrie. Cette conception prime les considérations dogmatiques selon lesquelles les tribunaux devraient, de par leur rôle, se borner à contrôler les limites légales de l'exercice du pouvoir d'appréciation (excès, usage insuffisant ou abus du pouvoir d'appréciation). Si le grief d'inopportunité devait être exclu, le risque serait grand d'une interprétation trop extensive de la notion d'arbitraire, en vue de parvenir tout de même, par ce biais, à un contrôle de l'opportunité.

5.7.2.2. Décisions de dernière instance cantonale

La commission d'experts s'est demandée si - dans certains cas tout au moins - les décisions de dernière instance cantonale ne devraient pas pouvoir être déférées au Tribunal administratif fédéral. A cette question, elle a répondu par la *négative*, ceci pour les raisons suivantes: le contrôle en dernière instance des décisions judiciaires cantonales et, notamment, la garantie d'une application uniforme du droit fédéral par les cantons doivent demeurer dans la compétence du *Tribunal fédéral*. En tant que juridiction fédérale suprême, c'est lui qui apparaît comme étant le mieux à même de le faire. C'est pourquoi il n'est pas question que le Tribunal administratif fédéral connaisse définitivement des décisions cantonales de dernière instance. Reste la possibilité de placer le Tribunal administratif fédéral comme instance précédant le Tribunal fédéral. Cependant, non seulement le recours préalable au Tribunal administratif fédéral allongerait inopportunément la succession des instances, mais encore il ne contribuerait guère, dans ce domaine, à la décharge du Tribunal fédéral. En effet, les cantons doivent - à quelques rares exceptions près - instituer partout des autorités judiciaires en dernière instance. On satisfait ainsi au principe de l'instance judiciaire précédente; l'effet de filtrage peut jouer.

Il est vrai qu'avec cette solution il faut accepter que, dans tous les cas où le recours au Tribunal fédéral est exclu, les cantons statuent à titre définitif, même lorsqu'ils appliquent du droit fédéral. Selon le catalogue d'exceptions proposé, cette situation ne se produit toutefois que dans un petit nombre de cas (cf. art. 77 P-LTF).

5.7.3. Abandon, dans une large mesure, du recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale

Les attributions du Conseil fédéral (et de l'Assemblée fédérale) en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont, à plusieurs égards (cf. ch. 2.4.), problématiques et doivent donc être supprimées dans une large mesure. La voie du recours au Conseil fédéral ne saurait toutefois être abolie sans autres mesures. Les attributions que le Conseil fédéral exerce aujourd'hui en tant qu'autorité de recours doivent être transférées aux organes qui assument ordinairement la juridiction fédérale de droit public et de droit administratif, c'est-à-dire en premier lieu au Tribunal fédéral et, dans les cas relevant du catalogue d'exceptions, au Tribunal administratif fédéral.

Doivent *demeurer* dans la compétence du Conseil fédéral les recours contre des décisions en matière de sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, de neutralité, de protection diplomatique et d'autres affaires étrangères. S'agissant de cas où l'aspect politique est prépondérant, c'est le Conseil fédéral qui est le mieux à même de se prononcer sur ces questions. La compétence du Tribunal fédéral doit cependant être réservée, dans la mesure où le droit international public, notamment l'article 6, paragraphe 1, CEDH, assure la garantie de l'accès à un juge. En outre, le traitement des recours à l'autorité de surveillance et des recours pour exécution défectueuse des arrêts du Tribunal fédéral doivent également demeurer dans la compétence du Conseil fédéral.

appartient de définir les compétences du nouveau tribunal, notamment en délimitant le champ de la juridiction de la Confédération.

Le modèle conçu par la commission d'experts définit un champ de compétences qui va du minimum nécessaire, soit les attributions actuelles de la Cour pénale fédérale, des Assises fédérales et de la Chambre d'accusation, à d'autres attributions dont le législateur pourra décider: extension des cas soumis à la juridiction fédérale (art. 340 CP), élargissement des compétences de la Chambre d'accusation lié à des compétences fédérales supplémentaires en matière d'enquête et d'instruction, recours contre les décisions d'autorités fédérales et cantonales en matière d'entraide pénale internationale, transfert des trois tribunaux militaires d'appel au Tribunal pénal fédéral de la connaissance des appels interjetés contre les jugements des tribunaux de division. Parmi ces diverses attributions, les premières peuvent être définies dès maintenant avec une certaine précision; les autres, en revanche, dépendront de décisions ultérieures à prendre par le législateur sur la base de projets qui ne ressortissent pas au mandat de la commission d'experts (extension de la juridiction pénale fédérale, unification du droit de procédure pénale), ou encore d'études plus approfondies qui restent à achever (suppression des instances de recours cantonales en matière d'entraide judiciaire, juridiction pénale militaire).

Comme exposé ci-après, les compétences qui pourraient en principe être attribuées sans attendre au nouveau tribunal ne suffiraient pas, telles qu'elles sont définies par le droit en vigueur, à occuper un corps de juges à plein temps. C'est pourquoi la commission d'experts ne peut en l'état présenter qu'un modèle théorique. L'établissement du Tribunal pénal fédéral, la réglementation de son organisation et de la procédure devront faire l'objet d'un projet de loi distinct, dont on souhaite qu'il puisse entrer en vigueur en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral. C'est d'ailleurs cet objectif qui explique que le projet de loi proposé ci-après mentionne déjà le Tribunal pénal fédéral à divers articles (art. 90, 2^{e} al., 94, 2^{e} al., 100, 3^{e} al., P-LTF).

– L'attribution au Tribunal pénal fédéral de la *juridiction pénale fédérale de première instance* consiste tout d'abord à lui transférer les infractions que l'article 341 CP met dans la compétence des Assises fédérales. Ces cas sont si rares que cette juridiction n'a siégé que deux fois depuis le début du siècle. Ce n'est toutefois pas une raison pour renoncer à un tel transfert, dont le principe se justifie pleinement, ne serait-ce que parce qu'il ouvre une possibilité de recours en seconde instance au Tribunal fédéral.

  Ensuite et surtout, cette attribution revient à incorporer au nouveau tribunal l'actuelle Cour pénale fédérale du Tribunal fédéral. Selon le droit en vigueur, que le présent projet ne modifie pas, la Cour pénale fédérale connaît des infractions que l'article 340 CP soumet à la juridiction fédérale, ainsi que des affaires de droit pénal administratif qui lui sont déférées en application de l'article 21, 3^{e} alinéa, DPA. Il est vrai que le nombre très restreint des causes introduites devant la Cour pénale fédérale (cf. ch. 5.1.2) ne saurait justifier à lui seul la création d'une nouvelle juridiction de première instance. Cependant, ce domaine de compétences sera étendu, ou sera susceptible de l'être, de deux manières.

Pour ce qui est des compétences juridictionnelles de *l'Assemblée fédérale*, la suppression de la compétence que le Conseil fédéral tient de l'article 73, 1er alinéa, lettres a et b PA entraîne logiquement celle de la possibilité de recourir à l'Assemblée fédérale (art. 79 PA). Là où des lois spéciales prévoient un recours à l'Assemblée fédérale, il faudra examiner la justification de celui-ci de cas en cas. Cette justification existe en tout cas pour le recours ouvert par l'article 5 de la loi sur les garanties (RS 170.21) contre le refus par le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral d'autoriser la poursuite pénale.

Il y a aussi de bons motifs à ce que la constitution habilite l'Assemblée fédérale à statuer sur les conflits de compétence entre les autorités supérieures de la Confédération (art. 85, ch. 13, cst.). En tant que représentante du peuple, elle est l'organe suprême de la Confédération et exerce la haute surveillance sur l'administration et la justice. Cela lui confère la légitimité nécessaire pour statuer sur les conflits de compétence entre les autorités fédérales suprêmes. Il faut donc lui conserver cette compétence, laquelle ne revêt d'ailleurs pas une grande importance dans la pratique.

Quant à la proposition de réduire les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et du Conseil national dans le domaine des droits politiques, elle est examinée sous chiffre 5.5. ci-dessus.

5.8. Réforme de la juridiction pénale fédérale

Comme exposé sous chiffre 5.1.2., la création d'un Tribunal pénal fédéral comblera une lacune de l'organisation judiciaire actuelle en établissant une juridiction pénale fédérale de première instance. Cela aura le double avantage de décharger le Tribunal fédéral de ses fonctions de juge de première instance, responsable également de l'état de fait, et de mettre fin à une situation insatisfaisante du point de vue du droit public. En effet, l'actuel pourvoi en nullité à la Cour de cassation extraordinaire est limité à des vices de procédure, qui plus est à la condition qu'ils aient déjà été relevés au cours des débats (art. 220 PPF). Le projet prévoit d'ouvrir un recours pleinement dévolutif au Tribunal fédéral - recours non soumis à l'examen préalable - contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral (art. 73, 1er al., art. 90, 2^{e} al., art. 94, 2^{e} al., P-LTF; cf. aussi art. 2 du Protocole n° 7 à la CEDH, RS 0.101.07), ce qui rendra caduque la réserve faite à l'article 14, 5e alinéa, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, RO *1993* 747).

Par ailleurs, d'autres réformes, imminentes ou à l'étude, dans le domaine de la juridiction pénale fédérale viendront consolider le rôle du Tribunal pénal fédéral.

5.8.1. Attributions du Tribunal pénal fédéral

L'institution du Tribunal pénal fédéral ne modifie pas la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, l'organisation judiciaire et l'administration de la justice pénale restant du ressort de ces derniers. Selon l'article 179, 1er alinéa, projet 96 Réforme de la justice, c'est au législateur qu'il

– Il le sera tout d'abord par l'attribution à la juridiction fédérale de compétences nouvelles. C'est ce que prévoit le projet de message concernant des mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale (ci-après: projet efficacité). Ce projet reprend, avec quelques ajustements, ce qui était prévu dans le message, retiré, du 18 août 1993 concernant la modification de la procédure pénale fédérale (dissociation des fonctions du procureur de la Confédération), lequel évoquait déjà la création d'une "Cour pénale fédérale de première instance", indépendante du Tribunal fédéral (FF *1993* III 634). Le projet "efficacité" propose notamment un nouvel article 340bis CP attribuant des compétences complémentaires à la Confédération en matière de criminalité économique et de crime organisé. En cas d'adoption de ce projet, le domaine de la juridiction fédérale serait notablement étendu et, avec lui, la compétence du Tribunal pénal fédéral. Selon les estimations faites, le nombre et, surtout, la complexité de ces affaires seraient tels qu'elles occuperaient largement un Tribunal pénal fédéral composé non seulement de juges à plein temps, mais encore vraisemblablement de juges suppléants. Ce projet de message est bien avancé, puisqu'il est prévu que le Conseil fédéral l'adopte au mois d'août 1997. C'est ce qui permet à la commission d'experts d'escompter que, comme indiqué plus haut, le projet de loi distinct instituant le Tribunal pénal fédéral - projet qui intégrerait les nouvelles compétences prévues par le projet efficacité - pourrait entrer en vigueur en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral.

– Les compétences du Tribunal pénal fédéral sont en outre susceptibles d'être étendues par un infléchissement de la pratique de la délégation de juridiction aux autorités cantonales, en application de l'article 18 PPF. Cette pratique est aujourd'hui très large (cf. ch. 5.1.2.). Selon les statistiques du Ministère public fédéral, il en a été fait usage dans 398 cas en 1996 (454 en 1995). La plus grande partie d'entre eux concernent toutefois des infractions mineures (falsifications de titres de transports ou des PTT, petites infractions à la loi sur les explosifs ou sur le matériel de guerre, fausse monnaie, etc.). Pour ces nombreux cas de minime importance, qui sont attribués aux cantons sans enquête préliminaire de la police judiciaire, il ne conviendra sans doute pas de renoncer à la délégation de juridiction aux cantons, car cela reviendrait à faire du Tribunal pénal fédéral une sorte de tribunal de police, ce qui ne saurait être son rôle. Selon les mêmes statistiques, on dénombre en revanche 20 à 30 affaires en moyenne annuelle dont l'importance ou la complexité est plus grande et qui ne sont déléguées qu'après l'enquête (grosses affaires de fausse monnaie ou de matériel de guerre, délits de fonctionnaires, etc.). Avec l'existence d'un Tribunal pénal fédéral (et d'organes d'enquête et d'instruction réorganisés), il se justifiera sans doute de renoncer à la délégation de juridiction aux autorités cantonales dans ces cas, ou du moins dans la plupart d'entre eux. Il n'appartient cependant pas à la commission d'experts de trancher ces questions, qui devront être examinées dans le cadre des projets de modification de la procédure pénale.

– Cette extension de la juridiction pénale fédérale, par l'attribution de compétences nouvelles et par une pratique plus restrictive de la délégation aux cantons, influera directement sur le volume du travail accompli aujourd'hui par la *Chambre d'accusation du Tribunal fédéral*, au point

probablement d'occuper à plein temps une cour de trois juges, étant entendu que cette augmentation viendrait s'ajouter aux compétences actuelles dont on prévoit de décharger le Tribunal fédéral. Mais, là aussi, la commission d'experts ne peut se livrer qu'à des supputations, dès lors que cela dépend d'autres projets dont elle n'a pas la maîtrise.

En revanche, il est possible de mieux évaluer les effets d'un transfert des tâches actuelles de la Chambre d'accusation. Formée de trois juges qui n'appartiennent pas à la Cour pénale fédérale, cette chambre a pour mission de garantir, à la fois comme autorité de surveillance et de recours, que l'instruction pénale se déroule conformément au droit. Elle connaît principalement des recours contre les actes de la police judiciaire relevant de l'instruction préparatoire et des mesures de contrainte prises ou confirmées par le procureur général, le juge d'instruction ou une autorité administrative de la Confédération (art. 102ter, 105bis, 2^{e} al., et 214 ss PPF, art. 26 et 27 DPA), ainsi que des recours contre des décisions de suspension des recherches selon l'article 106 alinéa 1bis PPF, ou de l'instruction selon l'article 120, 2^{e} alinéa, PPF. Elle statue en outre sur les différends en matière de for intercantonal (art. 351 CP et 264 PPF) et en matière d'entraide (art. 357 CP et 252, 3^{e} al., PPF). Elle intervient enfin dans le cadre de différentes opérations de l'instruction, dont notamment le maintien de la détention préventive (art. 51, 2^{e} al., PPF), le séquestre, la perquisition et la confiscation (art. 66 ss PPF), la surveillance de la correspondance et des écoutes téléphoniques (art. 72 PPF), l'admissibilité d'une instruction préparatoire (art. 110 PPF).

Entre 1984 et 1993, la Chambre d'accusation a été saisie en moyenne de 63 affaires par année. Sa charge a été ensuite sensiblement augmentée (particulièrement en tant qu'autorité de recours contre les actes de la police judiciaire décidés ou confirmés par le procureur général), par les deux modifications de la PPF entrées en vigueur respectivement le 1er janvier et le 1er juillet 1993 (RO *1992* 2471, *1993* 1993). A la suite de ces modifications, le volume des affaires entrées a pratiquement doublé dès 1994 pour atteindre les nombres de 125 en 1994 et de 112 en 1996. On relève d'ailleurs que, dans le même temps, la durée moyenne des procédures s'est aussi sensiblement allongée, passant d'une moyenne de 30 à 35 jours au total en 1994 et 1995 à 55 jours en 1996. Les données existantes ne permettent pas de déterminer avec précision la charge de travail que représente le traitement des affaires de la Chambre d'accusation. Les statistiques ne sont pas suffisamment détaillées et, de plus, les juges de la Chambre assument cette tâche à côté de celles qu'ils exercent au sein de leur propre cour. Il est toutefois possible d'estimer que cette charge correspond globalement à l'occupation d'un juge et d'un greffier à plein temps en moyenne annuelle. Le transfert des fonctions de la Chambre d'accusation à une juridiction fédérale de première instance permettra donc une décharge non négligeable du Tribunal fédéral, même s'il faudra, peut-être, réserver les contestations entre autorités de différents cantons concernant l'attribution de la compétence et l'entraide judiciaire (art. 264 PPF, art. 357 CP).

En tant que juridiction pénale fédérale de première ou de deuxième instance, le Tribunal pénal fédéral pourrait en outre se voir confier des compétences supplémentaires dans deux autres domaines encore: l'*entraide pénale*

internationale, d'une part, et la *juridiction pénale militaire*, d'autre part. Compte tenu toutefois de l'état d'avancement des études, ces cas ne sont mentionnés ici que pour mémoire, étant entendu qu'ils feront, le cas échéant, l'objet de projets distincts, proposés dans une étape ultérieure.

- S'agissant de l'entraide pénale internationale, on rappelle que le Conseil fédéral est saisi, depuis le mois de septembre 1996, d'un postulat du Conseil national (P 96.3377), lequel reprenait la proposition formulée dans une motion du Conseil des Etats (M 96.3009). Ce postulat demande que soit étudiée l'opportunité de supprimer, dans ce domaine, les instances de recours cantonales et de prévoir une instance de recours fédérale qui déciderait directement sur les recours effectués contre les décisions de première instance des autorités fédérales et cantonales. La commission d'experts partage l'avis exprimé devant les Chambres par le Conseil fédéral. Comme lui, elle estime que ce transfert de compétence serait de nature à raccourcir utilement la durée, aujourd'hui excessive, des procédures, mais qu'il ne pourra être opéré qu'à la condition que la procédure pénale soit unifiée, de façon à ce que d'éventuels vices de procédure puissent aussi être invoqués, et cela dans un seul et même recours.
- La justice pénale militaire a également fait l'objet d'interventions parlementaires, proposant sa suppression totale ou partielle. Par ailleurs, dans son rapport "Réforme de l'armée" déposé en 1990, le groupe de travail Schoch adressait au Conseil fédéral la proposition (n° 101) de "remplacer les tribunaux militaires par des tribunaux cantonaux". Chargé d'examiner ces propositions, un groupe de travail présidé par le professeur F. Riklin a déposé son rapport en juin 1993. Pour l'essentiel, il y conclut que le maintien des tribunaux militaires en tant que tribunaux spécialisés se justifie en raison du caractère spécifiquement militaire du 96 % des infractions jugées. Il relève que la justice militaire a pour elle les avantages de sa connaissance des questions militaires, d'une bonne protection juridique de l'accusé, d'une procédure rapide, peu onéreuse et qui se déroule dans la langue de l'accusé.

  L'étude de cette question ne ressortissait pas au mandat de la commission d'experts, qui n'a donc pas inclu ce chapitre dans son projet. Il lui apparaît toutefois possible de concevoir un transfert au Tribunal pénal fédéral de l'activité des actuels tribunaux militaires d'appel. Ne subsisteraient ainsi comme tribunaux spéciaux dans le domaine de la juridiction militaire que les tribunaux de division. Le recours au Tribunal pénal fédéral et le recours en matière pénale au Tribunal fédéral remplaceraient l'appel et le pourvoi en cassation de l'actuelle procédure pénale militaire. Sans se prononcer sur la pertinence des arguments du rapport Riklin, on peut toutefois considérer que les avantages inhérents à une juridiction spécialisée valent surtout pour la première instance. Les mêmes arguments expliquent d'ailleurs aussi l'institution d'autres tribunaux spécialisés de première instance, notamment dans les domaines du droit du travail ou du contrat de bail. Or, il est à relever que, dans ces cas, la procédure réintègre la juridiction ordinaire au niveau des instances de recours. Les statistiques indiquent que les tribunaux militaires d'appel ont liquidés par jugement 30 recours en appel et 49 recours disciplinaires en 1996 (respectivement 59 et 44 en 1995), en y consacrant 21 (29) jours de séance. Quant au tribunal militaire de cassation, il a siégé 5

jours en 1996 (4 en 1995) pour liquider par jugement 16 (20) affaires. Ces dernières n'alourdiraient sans doute guère la charge du Tribunal fédéral, ce d'autant moins que ces recours en matière pénale seraient soumis à l'examen préalable, puisque dirigés contre des décisions rendues en deuxième instance par le Tribunal pénal fédéral (art. 94, 2e al., P-LTF).

- La commission d'experts a enfin examiné la possibilité d'attribuer au Tribunal pénal fédéral, sur le modèle allemand, la compétence de connaître en dernière instance, en lieu et place du Tribunal fédéral, des actuels pourvois en nullité pourtant sur des affaires de moindre importance. Elle y a toutefois renoncé, jugeant pour l'instant préférable de circonscrire la compétence du Tribunal pénal fédéral au jugement des affaires qui relèvent de la juridiction pénale fédérale. Au demeurant, il ne serait guère aisé de définir, en matière pénale, des critères permettant de tracer la limite entre les affaires de moindre importance et les autres. Néanmoins, il ne faut pas exclure d'emblée la possibilité de réexaminer ultérieurement cette question, au vu notamment des développements que connaîtra l'unification de la procédure pénale.

5.8.2. Organisation du Tribunal pénal fédéral

La commission donne sa préférence à un tribunal autonome, unique et centralisé, qui assume à la fois les fonctions de juge de première instance et, si possible, celles de l'actuelle Chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

Cependant, différents modèles sont concevables en fonction de l'étendue et de la nature des compétences qui seront attribuées auTribunal pénal fédéral. Comme on l'a vu, celles-ci suffiront largement à occuper un tribunal autonome composé de juges à plein temps en cas d'extension de la juridiction fédérale en matière de criminalité économique et de crime organisé. Ce sera d'autant plus le cas si d'autres attributions lui sont encore reconnues, notamment par une limitation des délégations de juridiction aux autorités cantonales ou dans les domaines de l'entraide pénale internationale ou de la justice pénale militaire. En revanche, le seul transfert des compétences actuelles des Assises fédérales et de la Cour pénale fédérale ne sauraient justifier la création d'un tel tribunal.

Les mêmes considérations valent pour ce qui est des compétences de la Chambre d'accusation, dont l'étendue sera fonction des compétences attribuées à la juridiction pénale fédérale. Selon les hypothèses, une Chambre d'accusation formée de trois juges à plein temps pourra ou non être constituée au sein du Tribunal pénal fédéral. Ce qui est sûr, c'est qu'elle ne pourra en tout cas pas l'être dans le cas d'une reprise des seules compétences actuelles de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, puisque, comme on l'a vu, celles-ci n'occupent pas plus d'un juge et d'un greffier à plein temps.

Il ne faut en outre pas perdre de vue que les fonctions de juge s'occupant de l'instruction et celles de juge du fond doivent être séparées, un même juge ne pouvant pas les exercer successivement dans une même affaire (cf., parmi d'autres, ATF *112* Ia 290, *114* Ia 57, 140, 148). Etant admis que chacune de ces deux fonctions doit être exercée par un corps d'au minimum trois juges, cela signifie concrètement que la charge de travail confiée au nouveau tribunal

devra être suffisante pour justifier la création de deux sections distinctes, comprenant chacune trois juges au moins.

Force est dès lors de constater qu'il existe encore une grande marge d'incertitude, et cela en ce qui concerne aussi bien l'étendue des compétences du tribunal que le moment où elles pourront devenir effectives. La commission d'experts n'est pas en mesure de lever elle-même ces incertitudes dès lors que l'évolution future dépend d'autres projet législatifs en cours, dont elle n'a pas la maîtrise. Cela étant, il serait évidemment prématuré de prétendre régler dès maintenant l'organisation du Tribunal pénal fédéral et la procédure de recours devant lui. Comme exposé plus haut, il est plus raisonnable, et d'ailleurs non préjudiciable, de prévoir d'ancrer cette réglementation dans un projet de loi distinct instituant le Tribunal pénal fédéral, lequel prendra en compte les nouvelles compétences proposées dans le projet "efficacité".

Si ce dernier ne devait pas aboutir, la création du Tribunal pénal fédéral devrait être reportée à plus tard. Une autre solution serait toutefois aussi envisageable, qui serait d'intégrer au Tribunal administratif fédéral une cour spéciale chargée de la juridiction pénale de première instance. La même solution pourrait d'ailleurs être retenue pour ce qui concerne le transfert des tâches de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, une telle chambre pouvant être constitué sans difficulté au sein du Tribunal administratif fédéral.

6. Mesures rejetées

6.1. Représentation obligatoire, avocats accrédités

Parmi les moyens envisageables en vue de décharger le Tribunal fédéral, la commission d'experts a examiné et rejeté celui de la représentation obligatoire par un avocat breveté, voire par un avocat accrédité spécialement.

C'est un principe bien ancré dans la tradition juridique helvétique que toute partie peut choisir de procéder elle-même, y compris devant les tribunaux fédéraux. Le droit de procédure suisse ignore le système de la représentation obligatoire, qui consiste à n'accepter que les écrits présentés par un avocat ou, plus restrictivement encore, par un avocat accrédité auprès de la Cour suprême.

La représentation obligatoire aurait l'avantage de fermer l'accès du Tribunal fédéral à tous les recours émanant de laïcs. Or il n'est pas douteux que ces recours, relativement nombreux (plus de la moitié au Tribunal fédéral des assurances), accroissent la charge du Tribunal fédéral, et cela sans profit pour personne lorsqu'ils sont interjetés à tort ou mal formés. Mais il faut par ailleurs bien admettre comme un fait d'expérience que les laïcs n'ont pas l'exclusivité de semblables écrits. D'où l'idée, généralement partagée au sein de la commission d'experts, que l'obligation de se faire représenter n'aurait de véritable utilité qu'assortie d'une limitation du droit de représentation à un cercle limité d'avocats, particulièrement au fait des procédures devant le Tribunal fédéral et officiellement reconnus comme tels. Un nombre excessif de recours mal

formés, émanant d'avocats trop peu expérimentés, n'est d'ailleurs dans l'intérêt ni des justiciables, ni de la réputation de la justice en général et de la profession des avocats en particulier. Cette mesure aurait sans doute un effet de décharge non négligeable, l'afflux croissant de recours au Tribunal fédéral étant aussi dû, entre autres causes, à l'augmentation sensible du nombre des avocats pratiquant le barreau et au succès grandissant des assurances de protection juridique.

Cependant, les inconvénients d'un tel système pèsent trop lourd pour qu'il soit retenu.

Tout d'abord, le fait qu'il soit étranger à la tradition juridique suisse, s'il n'est pas décisif en soi, ne saurait être négligé. Il n'est en effet pas douteux qu'une telle innovation se heurterait à de sérieuses réticences, d'ordre psychologique et politique. On ne manquerait pas, notamment, de lui adresser le reproche de contraindre le justiciable à choisir un nouveau mandataire dans le cas où son avocat devant les instances précédentes ne serait pas accrédité. Le coût de la procédure s'en trouverait augmenté. Qui plus est, ce changement obligé serait souvent mal ressenti, en raison de la relation de confiance qui s'établit généralement avec un avocat. Pour ce motif et parce que l'avocat qui a suivi les premiers développements d'une procédure en a une connaissance approfondie, le justiciable sera souvent incité à maintenir parallèlement son mandat, ce qui augmentera considérablement ses frais. D'un autre côté, la position de l'avocat accrédité peut s'avérer délicate. Il peut en effet se trouver confronté à un conflit de loyauté entre le respect des exigences liées à son accréditation et de celles de l'éthique professionnelle, qui lui ordonnent de placer au premier rang les intérêts de son client.

Enfin, la commission d'experts a vainement cherché à imaginer un mode de sélection des avocats intéressés qui soit satisfaisant et praticable. On se heurte d'emblée à la difficulté de définir des critères idoines pour établir les exigences et le seuil de qualification requis. La durée de l'expérience professionnelle ne garantit pas à elle seule que l'avocat maîtrise les procédures devant le Tribunal fédéral pour les avoir maintes fois pratiquées; quant à une formation supplémentaire, ses modalités seraient difficiles à définir. Au demeurant, les justiciables de chaque canton devraient avoir le choix entre un nombre suffisant d'avocats accrédités ayant une bonne connaissance du droit de procédure cantonal. Se poserait au surplus la question de l'organe habilité à contrôler l'existence des capacités exigées, à délivrer l'accréditation et, le cas échéant, à fonctionner par la suite comme autorité de surveillance. Si ces tâches devaient être confiées au Tribunal fédéral, il en résulterait pour lui une charge supplémentaire, potentiellement importante, et au surplus étrangère à sa mission première.

A ces raisons, s'ajoutent celles liées aux réformes proposées aujourd'hui, qui tendent à redéfinir de façon plus générale et fondamentale les conditions d'accès à la juridiction suprême. En effet, un régime de représentation obligatoire perd une grande partie de son utilité et de sa justification en tant qu'instrument de décharge dans la mesure où existe une procédure d'examen préalable. En outre, il y aurait quelque chose de paradoxal à supprimer la faculté pour les laïcs de procéder eux-mêmes et à limiter le cercle des avocats agréés dans le même temps que l'on simplifie et harmonise les voies de droit, notamment par l'institution de recours unifiés. En effet, le grand nombre de

recours irrecevables ou mal formés est sans doute dû bien plus à l'extrême complexité des procédures qu'à la seule incompétence des auteurs de recours, laïcs ou non.

6.2. Avocats généraux

La commission d'experts s'est encore intéressée à deux institutions, connues toutes deux sous la même appellation d'avocat général, bien que tout à fait distinctes. L'une et l'autre sont étrangères au droit suisse.

Dans certains pays, tels que l'Allemagne, cette institution existe sous la forme d'un organe habilité à intervenir comme partie dans une procédure de droit administratif en tant qu'avocat de l'administration, à l'instar du Ministère public dans le procès pénal. Cet avocat général aurait pour fonction et utilité premières de faire prévaloir l'intérêt public à une application correcte du droit fédéral, indépendamment des intérêts défendus par les personnes concernées. Cela permettrait indéniablement de corriger les insuffisances de notre droit actuel à cet égard. Cette question est donc étroitement liée à la problématique de la qualité pour agir et du cercle des parties. Sans que l'on puisse lui adresser une quelconque objection de principe, il n'y a toutefois pas lieu de retenir une telle solution, non seulement parce qu'elle est inconnue du droit suisse, mais surtout parce qu'un effet analogue peut aussi être obtenu par l'extension envisagée du droit de recours des collectivités publiques.

Dans une acception différente, l'avocat général est une institution du droit communautaire, qui en a fait un auxiliaire - important - de la Cour de justice des Communautés européennes, en s'inspirant du modèle des commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat français. Aux termes de l'article 166 du Traité CE, l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission. Il n'est donc pas partie au procès et n'a nullement pour mission de défendre les intérêts de l'administration ou d'un gouvernement. Son rôle s'apparente plutôt à celui d'un juge rapporteur, à cette différence importante près qu'il ne participe pas au délibéré de la Cour. La lecture des conclusions de l'avocat général marque la fin de la procédure orale. Longuement et soigneusement motivées, les conclusions sont publiées à la suite de chaque arrêt. Il arrive que celui-ci renvoie purement et simplement aux motifs indiqués dans ces conclusions.

Les commentateurs s'accordent à reconnaître l'originalité et l'importance de l'institution de l'avocat général. Il est admis que son apport facilite et accélère le travail de la Cour, qu'il contribue à améliorer la qualité et la cohérence de la jurisprudence et qu'il permet à la Cour de rendre des arrêts plus brefs et synthétiques. En revanche, son intervention occasionne un certain allongement de la procédure. Aux yeux de la commission d'experts, l'avocat général est, sous cette forme, une institution intellectuellement séduisante. Insérée dans notre organisation judiciaire, elle offrirait avant tout de bonnes garanties pour l'unité de la jurisprudence et l'application correcte du droit. Elle constituerait en outre une aide efficace au travail des juges. On peut en revanche se demander si l'avocat général ne risquerait pas de devenir en pratique une sorte de juge

unique, qui amoindrirait le rôle des juges, surtout dans le cas où il lui appartiendrait de diriger l'instruction. On peut aussi critiquer le fait que celui qui connaît le mieux tous les aspects du dossier ne prenne pas part à la délibération. Mais, plus encore que ces objections, ce qui retient surtout de proposer une telle innovation, c'est l'important bouleversement qu'elle apporterait à notre organisation actuelle, à laquelle elle est étrangère. Elle conduirait en effet à remettre fondamentalement en question la fonction de juge suppléant et à redéfinir le rôle des greffiers, voire celui des juges ordinaires pour ce qui a trait tout au moins à l'instruction des recours. C'est pourquoi, malgré tout l'intérêt de cette institution, la commission d'experts estime préférable d'y renoncer.

7. Bases constitutionnelles

7.1. Les propositions du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice comme base pour la révision de l'organisation judiciaire

Les propositions de réformes de la commission d'experts ne peuvent être intégralement réalisés qu'à la condition que le droit constitutionnel en vigueur dans le domaine de l'organisation de la justice (art. 106 ss cst.) soit modifié, que ce soit par la création de bases constitutionnelles qui n'existaient pas jusqu'ici ou par la suppression de bases constitutionnelles en vigueur. Cela s'applique notamment aux propositions de réformes suivantes:

extension du contrôle des normes aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale

introduction de restrictions d'accès au Tribunal fédéral

obligation faite aux cantons d'instituer des autorités judiciaires précédant le Tribunal fédéral, notamment dans le domaine du droit public cantonal

suppression des procès directs

suppression des Assises fédérales.

Dans la présente version de son projet, la commission d'experts part de l'idée que la partie de la constitution relative à la justice sera remplacée par la réforme de la justice proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la constitution. Concrètement, le projet postule les principales innovations constitutionnelles suivantes:

Mention expresse du principe de l'autonomie du Tribunal fédéral (art. 176 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Extension du contrôle concret des normes par le Tribunal fédéral aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale (art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Base constitutionnelle pour une restriction de l'accès au Tribunal fédéral, l'accès étant cependant garanti lorsqu'il s'agit de questions juridiques de principe ou qu'un préjudice grave est encouru par une partie. (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Possibilité d'exclure totalement l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés, une procédure d'avis préjudiciel pour élucider certains points de droit étant réservée (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Base constitutionnelle pour l'institution d'un Tribunal pénal fédéral de première instance, autonome sur le plan de l'organisation (art. 179, 1er al., P-cst. 96, Réforme de la justice); institution d'autres autorités judiciaires fédérales, notamment pour connaître des recours de droit public contre des décisions de l'administration fédérale (art. 179, 2e al., P-cst. 96, Réforme de la justice).

Obligation pour les cantons d'instituer des *autorités judiciaires* pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales (art. 179a P-cst. 96, Réforme de la justice), renforcée par une garantie générale de l'accès à un juge (art. 25a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Inscription dans la constitution du principe de l'indépendance du juge (art. 180 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Suppression des procès directs de droit civil au Tribunal fédéral (art. 110, 1er al., ch. 2 et 4, et art. 111 cst.).

Suppression des Assises fédérales (art. 106, 2e al., et 112 cst.).

Suppression des procès directs au Tribunal fédéral pour les différends administratifs en matière cantonale (art. 114bis, 4e al. cst.).

7.2. Marge de manoeuvre réduite en cas de non-réalisation (partielle) de la réforme de la justice

Si la réforme de la justice ne devait pas pouvoir être réalisée dans son intégralité, ou alors pas dans le délai voulu, une réforme de l'organisation judiciaire ne serait pas impossible pour autant. Il serait quand même possible de réaliser - au niveau de la loi, c'est-à-dire sans révision préalable de la constitution - certains objectifs de la réforme définis par la commission d'experts - comme la simplification des voies de droit (recours unifié), une nouvelle organisation de la juridiction administrative au niveau de la Confédération, l'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral et l'introduction du recours pour violation du droit de vote sur le plan fédéral (élections et votations fédérales). Selon le degré de réalisation de la réforme de la justice, le projet de la commission d'experts, tel qu'il se présente aujourd'hui, devrait toutefois subir des amputations plus ou moins importantes. Les conséquences seraient pour l'essentiel les suivantes:

Contrôle des normes

En maintenant l'obligation d'appliquer les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale, telle qu'elle est actuellement prévue aux articles 113, 3e alinéa, et 114bis , 3e alinéa, cst., on ne disposerait pas de la base constitutionnelle nécessaire pour l'article 89 P-LTF ainsi que pour les dispositions qui sont en rapport avec celui-ci (par ex. art. 19 P-LTF).

Restrictions d'accès

Si la base constitutionnelle permettant de limiter l'accès au Tribunal fédéral - telle que proposée dans le cadre de la réforme de la justice (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice) - n'était pas créée, la marge de manoeuvre du législateur serait restreinte comme il suit:

Sur la base du droit constitutionnel en vigueur, il ne serait pas possible d'introduire une véritable procédure d'admission, telle qu'elle a été examinée par la commission d'experts mais rejetée par la majorité de celle-ci (cf. ch. 5.3.3.2.). En effet, selon la doctrine aujourd'hui dominante, l'article 113, 1er alinéa, chiffre 3, cst. établit (sous réserve de l'art. 113, 2^{e} al., cst.) une véritable garantie d'accès au juge pour les droits constitutionnels (cf. par ex. Walter Haller dans: commentaire cst, art. 113, n° 87 et les réf. en note 90; cf. en outre les explications, partiellement divergentes, du Conseil fédéral dans son message du 29.5.1985 concernant l'OJ; FF *1985* II 781 ss).

Par contre, une *procédure d'examen préalable* pourrait en principe être introduite même sur la base du droit constitutionnel en vigueur (cf. la révision partielle de l'OJ du 23.6.1989 - qui n'a pas abouti - laquelle devait introduire une procédure particulière d'examen préalable: art. 92 en liaison avec l'art. 36a, FF *1989* II 809, ainsi que BO E *1988*, 243, N *1989*, 121). La possibilité, prévue dans le projet, de déclarer un recours inadmissible parce qu'il ne soulève aucune question juridique de principe ou que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves (art. 95, 2^{e} al., P-LTF), présuppose cependant (vu la garantie de l'accès au juge qui existe dans le domaine des droits constitutionnels) une révision préalable de la constitution.

L'exclusion totale du recours au Tribunal fédéral, tel que prévue à l'article 77 P-LTF pour certains domaines, ne pourrait pas être réalisée sans une révision des bases constitutionnelles actuelles (art. 113 cst.), à tout le moins lorsque les exceptions proposées ont pour conséquence qu'une instance *cantonale* statue définitivement.

Une *procédure d'avis préjudiciel*, devant permettre l'élucidation par le Tribunal fédéral de certaines questions juridiques, pourrait en principe être instituée même sur la base du droit constitutionnel en vigueur. Selon le projet, la procédure d'avis préjudiciel prévue aux articles 107 ss P-LTF est cependant conçue comme un *correctif* à l'exclusion générale de certains domaines de la compétence du Tribunal fédéral (cf. art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice). Si l'on renonçait à cette innovation, la procédure de l'avis préjudiciel - que le système judiciaire suisse ne connaissait pas jusqu'ici - perdrait sa fonction première et donc son utilité.

Autorités judiciaires précédentes dans les cantons

L'obligation, que le projet met à la charge des cantons, d'instituer des *autorités judiciaires* en tant qu'instances précédentes dans le domaine de la juridiction de droit public *en général* (art. 78, 2e al., P-LTF; cf. aussi art. 103 P-LTF), c'est-à-dire non plus seulement dans les affaires relevant du droit administratif fédéral (cf. art. 98a OJ), mais aussi dans le domaine du droit public *cantonal,* représente une atteinte sérieuse à l'autonomie des cantons en matière d'organisation et présuppose une révision des dispositions constitutionnelles relatives à la justice. Pour des considérations du même ordre, une révision préalable de la constitution pourrait éventuellement aussi être nécessaire pour imposer aux cantons l'obligation générale d'instituer des instances précédentes dans *tout* le domaine du droit pénal et du droit civil (y compris en matière de poursuite pour dettes et de faillite), comme le prévoient les articles 71, 2e alinéa, et 74, 2e alinéa, P-LTF (cf. aussi Rapport intermédiaire, ch. 6.2., let. b).

Suppression des procès directs

Le projet de la commission d'experts prévoit qu'à l'avenir, le Tribunal fédéral ne devra en principe plus statuer que comme instance de recours en matière civile et pénale (art. 70 ss P-LTF; cf. toutefois la possibilité d'une action directe selon l'art. 106, let. b, P-LTF en cas de contestation de droit civil entre la Confédération et des cantons ou entre des cantons). La suppression, dans une large mesure, des procès civils directs devant le Tribunal fédéral présuppose la suppression de plusieurs dispositions constitutionnelles (art. 110, 1er al., ch. 2 et 4, et art. 111 cst.). Il en va de même pour la suppression des Assises fédérales (art. 106, 2e al., et 112 cst.). La commission d'experts propose que les procès directs concernant des différends administratifs en matière cantonale ne soient également plus possibles. Cela nécessite la suppression de l'article 114bis , 4e alinéa, cst., telle que proposée dans le cadre de la réforme de la constitution.

Autonomie administrative

En cas d'abandon de l'article 176, 3e alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice, qui fixe le principe de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral, il faudrait examiner de plus près dans quelle mesure les différents aspects de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral que le projet concrétise pourraient tout de même être réalisés (cf. en particulier art. 3 P-LTF concernant le budget).

N'auraient en revanche aucune conséquence directe sur le présent projet:

l'abandon de la mention expresse du principe de l'indépendance du juge (art. 180 P-cst. 96). Les garanties d'indépendance énoncées dans le projet (notamment art. 2 P-LTF; cf. aussi art. 7 ss et art. 32 ss P-LTF) ont déjà un fondement juridique dans le droit constitutionnel écrit et non écrit de la Confédération ainsi que dans les garanties du droit international;

l'abandon de la mention expresse de la compétence d'instituer des autorités judiciaires fédérales pour connaître des recours contre des actes de

l'administration fédérale (art. 179, 2e al., P-96 Réforme de la justice). Un développement des instances précédentes de la juridiction administrative de la Confédération (commissions de recours), ou leur regroupement en un Tribunal administratif fédéral est en principe déjà possible sur la base du droit constitutionnel en vigueur (Walter Haller dans: commentaire cst., art. 106, n° 8 et art. 114bis, n° 20; avis de droit de l'Office fédéral de la justice, dans: JAAC *49* no 36, p. 253 s.; cf. aussi art. 114bis, 5e al., cst; FF 1991 II 478 s.). Il paraît toutefois souhaitable de créer, pour une juridiction administrative fédérale à deux degrés, une base constitutionnelle claire, comme cela est prévu dans le cadre de la réforme de la justice (art. 179 P-cst. 96, Réforme de la justice).

A la différence de l'article 176 P-cst. 96 (projets d'arrêtés A et C), le texte de l'article 106 cst. part encore de l'idée que le Tribunal fédéral est le seul tribunal de la Confédération. Compte tenu de la réalité juridique actuelle, rien ne s'oppose à ce que l'on désigne le Tribunal fédéral comme "l'autorité judiciaire suprême de la Confédération" (art. 1 P-LTF) même en cas de maintien de l'article 106 cst.

7.3. Délégation de compétences législatives

Le projet de la commission d'experts prévoit à plusieurs endroits une délégation de compétences législatives au Tribunal fédéral (cf. art. 3, art. 8, 2e al., art. 13, art. 22 et art. 65, 2e al., P-LTF). Outre sa fonction première qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral a, depuis toujours, certaines compétences législatives. Le projet prévoit une délégation des compétences législatives pour les questions d'organisation interne et d'administration du tribunal (cf. notamment art. 3, art. 8, 2e al. et art. 13 P-LTF), pour la répartition des affaires (art. 22) et pour la fixation des tarifs applicables (émoluments judiciaires dans le cadre de l'art. 64 P-LTF, dépens selon l'art. 65, 2e al., P-LTF). Le projet se situe dans le cadre de ce qui est déjà prévu par le droit en vigueur et de ce qui est, de l'avis général, considéré comme admissible. C'est pourquoi les normes de délégation de compétences proposées ne soulèvent pas de problème particulier sur le plan constitutionnel.

8. Compatibilité des mesures proposées avec le droit européen

L'organisation judiciaire et la procédure fédérales actuelles sont déjà largement compatibles avec le droit international, par quoi l'on entend ici plus spécialement le droit européen et, notamment, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le constat de cette compatibilité a été fait, à propos du droit EEE, dans le cadre du message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen (FF *1992* IV/A 1, 425 ss) et du message II du 15 juin 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (FF *1992* V 506, 704 ss). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir ici dans le détail, si ce

n'est pour rappeler que, compte tenu des principes de la primauté du droit communautaire et de son effet direct, un petit nombre seulement de dispositions de notre droit interne nécessitent une adaptation. Sous l'angle de la CEDH, il s'agit surtout de quelques règles qui ne garantissent qu'imparfaitement un contrôle judiciaire, soit qu'elles ouvrent uniquement la voie du recours au Conseil fédéral, soit qu'elles ferment la voie du recours de droit administratif à des causes pour lesquelles l'article 6 CEDH exige l'accès au juge. Il s'agit aussi du caractère parfois trop limité du contrôle exercé dans le cadre du recours de droit public.

Selon le droit communautaire, les Etats membres demeurent autonomes en matière d'organisation judiciaire et de procédure. Une révision totale de l'OJ est donc en principe neutre au regard du droit communautaire. Toutefois, la volonté d'un Etat d'assurer l'effet utile du droit européen implique le respect des quelques principes procéduraux essentiels, définis par la CEDH et par la Cour de justice des Communautés européennes.

La dimension du droit international a été prise en compte dès le début des travaux de la commission d'experts, dans le souci de faciliter la pénétration du droit international, dont le juge suisse est de plus en plus le dépositaire. Les réformes proposées dans le cadre du projet de loi sont toutes compatibles avec les exigences du droit européen.

D'une manière générale, elles tendent à *clarifier et à préciser les rapports entre le droit international et le droit interne*. Y contribuera particulièrement l'introduction d'un contrôle concret de la constitutionnalité des lois fédérales et de leur conformité au droit international (chiffre 5.4.). Sans imposer un tel contrôle, le droit européen exige du juge national qu'il n'applique pas une norme interne qui lui est contraire. On connaît les difficultés qu'entraîne aujourd'hui cette exigence et la jurisprudence peu satisfaisante qui en résulte. Le fait que le Tribunal fédéral puisse contrôler la conformité de lois fédérales à la CEDH (cf. ATF *118* Ia 353 consid. 5, *117* Ib 373 consid. f), mais non pas leur constitutionnalité, crée une distorsion de plus en plus problématique. La constitution fédérale s'en trouve dépréciée d'autant, puisque ce n'est plus elle, mais le droit international, qui sert de référence.

Contribuera aussi à cette clarification *la création des recours unifiés* (chiffre 5.2.), en ce que la violation du droit international pourra désormais être invoquée à l'appui de tout recours. S'agissant en effet de l'invocation des règles de droit international, le système actuel est opaque et confus: trop de voies de recours et de régimes différents font obstacle à l'exercice normal des droits de recours, au détriment de la protection du justiciable. Ces nouveaux recours uniques amélioreront notablement la *transparence du droit procédural,* répondant ainsi à l'une des exigences du droit européen.

La *généralisation des juridictions inférieures* (chiffre 5.1.), aux niveaux fédéral et cantonal, assortie de la quasi suppression des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral (chiffre 5.7.3.), assurera plus efficacement qu'aujourd'hui la *garantie de l'accès à un juge* offerte par l'article 6 CEDH. Elle ouvrira la voie à un recours de pleine juridiction, notamment dans tous les cas où le recours de droit public s'avère aujourd'hui insuffisant (ATF *120* Ia 30; voir aussi FF *1992* IV 428 s.).

Cette extension du contrôle juridictionnel, qui garantira un contrôle judiciaire effectif aux niveaux tant cantonal que fédéral, permet de compenser dans une large mesure les limitations apportées à l'accès au Tribunal fédéral. A cet égard également, le projet de loi est donc compatible avec le droit européen.

9. Commentaire du projet de loi

Chapitre premier: Organisation du Tribunal fédéral

Section 1: Statut

Article premier Autorité judiciaire suprême

Au *1er alinéa,* le Tribunal fédéral est désigné comme étant l'autorité judiciaire suprême, ce qui implique quatre choses:

C'est le Tribunal fédéral et non pas le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale qui rend la justice au plus haut niveau.

Il n'existe pas de tribunal constitutionnel placé au dessus du Tribunal fédéral.

Il n'existe qu'*une seule* juridiction suprême de la Confédération, le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral des assurances n'est plus intégré au Tribunal fédéral sur le plan formel uniquement, mais il l'est entièrement.

Les autres tribunaux de la Confédération sont subordonnés au Tribunal fédéral dans l'ordre des instances (à l'exception des tribunaux militaires).

Le *2e alinéa* fixe une fourchette pour le nombre de juges ordinaires. Contrairement à la réglementation actuellement en vigueur (cf. art. 1, 1er al., OJ), la nouvelle disposition n'arrête pas un chiffre précis pour l'effectif des juges fédéraux. La fourchette prévue permet à l'Assemblée fédérale d'être suffisamment flexible pour élire le nombre de juges fédéraux en fonction de la charge de travail.

Si le Tribunal fédéral compte 30 à 39 juges, il reste gérable, et surtout l'unité de la jurisprudence reste garantie. La limite supérieure (39) correspond à l'effectif actuel (Tribunal fédéral plus Tribunal fédéral des assurances). Cette ouverture vers le bas indique que, grâce aux mesures de décharge prévues dans le projet de loi, on peut envisager une réduction du nombre de juges fédéraux. Ces mesures doivent en outre avoir pour effet de décharger les juges ordinaires (dont la charge de travail est actuellement inacceptable) afin qu'ils aient à nouveau du temps pour l'indispensable travail de réflexion. En outre, il faut s'assurer que le nombre de juges est suffisant pour constituer les sections prévues à l'article 16 P-LTF. C'est pourquoi la loi prévoit 30 juges ordinaires comme effectif minimum du Tribunal fédéral.

Le *3e alinéa* maintient l'institution des juges suppléants. La commission d'experts s'est demandé s'il était encore justifiable pour la juridiction suprême de fonctionner avec un système partiellement de milice, d'autant plus que la Suisse constitue une exception en la matière. Elle a néanmoins décidé de

garder cette formule, qui a fait ses preuves et qui offre la possibilité de connaître les candidats potentiels à une charge de juge ordinaire.

Le changement de terminologie en allemand, à savoir "Ersatzrichter" au lieu de "nebenamtliche Richter" (cf. art. 1 OJ), a été opéré d'une part pour se rapprocher du terme français "suppléants". Par ailleurs, il signale une nouvelle orientation. En effet, la fonction de "juge de milice" doit redevenir celle de véritables membres suppléants, qui remplacent des juges ordinaires indisponibles et sont appelés en renfort en cas de surcharge de travail. Mais il faut éviter qu'ils ne doivent travailler à temps partiel régulièrement - comme c'est le cas aujourd'hui en raison de la surcharge chronique du Tribunal fédéral - et remplacer ainsi un certain nombre de juges ordinaires.

Le nombre de juges suppléants ne doit pas dépasser celui des juges ordinaires. Aujourd'hui, en vertu de l'arrêté fédéral du 23 mars 1984 concernant l'augmentation du nombre des juges suppléants du Tribunal fédéral (RS 173.110.1), ils sont au nombre de 30 auprès du Tribunal fédéral et de 9 au Tribunal fédéral des assurances, soit 39 au total. Ce chiffre ne comprend pas les juges suppléants supplémentaires élus conformément à l'article 1, 3e alinéa, et 123, 2e alinéa, OJ. Cette dernière possibilité sera supprimée.

Article 2 Indépendance

La teneur de cette disposition correspond à celle de l'article 21, 3e alinéa, de l'OJ actuellement en vigueur. La teneur du 1er alinéa, qui souligne le principe essentiel de l'indépendance du Tribunal fédéral, est identique à celle de l'article 180 P-cst. 96 Réforme de la justice.

Article 3 Administration du tribunal

Le *1er alinéa* concrétise le principe, énoncé à l'article 176, 3e alinéa, P-cst. 96 Réforme de la justice, de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral. Ce dernier assure lui-même son administration; il n'est pas intégré dans l'administration fédérale, mais doit naturellement respecter les dispositions légales pertinentes. Il constitue les organes administratifs nécessaires à l'administration de la justice et règle les détails dans un règlement.

L'un des éléments primordiaux de l'autonomie administrative réside dans l'autonomie financière. Le Tribunal fédéral peut ainsi disposer librement, dans le cadre défini par la loi, des moyens qui lui sont attribués par le Parlement. Conformément au *2e alinéa*, le Tribunal fédéral tient sa propre comptabilité. Si formellement cette dernière constitue une partie du budget de l'Etat, en vertu du principe de l'unité de celui-ci, elle est concrètement établie directement par le Tribunal fédéral, à l'intention de l'Assemblée fédérale (cf. aussi art. 4, 2e al., P-LTF).

Article 4 Haute surveillance de l'Assemblée fédérale

Le *1er alinéa* correspond à l'article 21, 1er alinéa, de l'OJ en vigueur. Il ressort déjà clairement des dispositions actuelles que la surveillance de la justice par le

législatif n'est pas hiérarchique, mais qu'il s'agit uniquement d'une haute surveillance, dont les limites sont données par l'indépendance des juges.

En vertu du *2e alinéa*, le Tribunal fédéral doit présenter chaque année à l'Assemblée fédérale un rapport sur sa gestion. Le projet de loi mentionne nouvellement le budget, duquel la juridiction suprême répond dorénavant aussi directement devant le Parlement. Le Conseil fédéral n'a pas le droit d'apporter des corrections au projet de budget ni aux demandes de crédits supplémentaires du Tribunal fédéral.

Article 5 Siège

Le siège du Tribunal fédéral demeure Lausanne. Etant donné que le Tribunal fédéral des assurances est désormais entièrement intégré au Tribunal fédéral (cf. ch. 5.6.2.) , la Cour des assurances sociales se trouve également à Lausanne. Le siège séparé de Lucerne est supprimé.

Section 2: Juges

Article 6 Election

L'autorité qui nomme les juges fédéraux reste l'Assemblée fédérale (*1er alinéa*). La commission d'experts s'est demandé s'il était opportun d'obliger le Parlement à entendre le Tribunal fédéral lors d'élections partielles ou complémentaires. Dans les faits, une telle réglementation aurait toutefois introduit des éléments de cooptation, raison pour laquelle la commission d'experts a renoncé à cette consultation obligatoire.

Conformément au *2e alinéa*, le droit de vote et d'éligibilité en matière fédérale constitue - comme aujourd'hui - la seule condition fixée pour l'éligibilité au Tribunal fédéral. Ce droit est réservé aux citoyens suisses. Quant à l'exigence de la "laïcité" (cf. art. 108, 1er al., cst., art. 2, 1er al., OJ en relation avec art. 75 cst. et art. 133 P-cst. 96), il ressort de la doctrine et de la pratique qu'elle a de tout temps été considérée comme une règle d'incompatibilité, d'où son inscription à l'article 7, 2e alinéa, P-LTF en tant qu'interdiction de revêtir une fonction ecclésiastique.

Article 7 Incompatibilités

Le *1er alinéa* consacre le principe de la séparation personnelle des pouvoirs. Il correspond au droit en vigueur (art. 108, 2e al., cst., art. 2, 2e al., OJ).

Le *2e alinéa* tout comme le 1er alinéa s'applique aussi bien aux juges suppléants qu'aux juges ordinaires. L'interdiction qui leur est faite d'avoir une activité qui puisse nuire à l'exercice de leur fonction, à l'indépendance ou à la réputation du tribunal revêt de l'importance surtout pour les suppléants. En effet, on ne peut pas leur interdire d'exercer une profession principale et d'autres activités accessoires, vu qu'on ne fait appel à leurs services que sporadiquement. Cependant, ils doivent s'en tenir aux critères fixés dans cet article. La fonction ecclésiastique n'est en soi pas incompatible avec les critères énoncés, mais elle reste interdite aux juges fédéraux par tradition, ne serait-ce

qu'en raison des dispositions constitutionnelles (cf. art. 133 P-cst. 96 et le commentaire de l'art. 6, 2e al., P-LTF).

Le *3e alinéa* dresse une liste d'incompatibilités pour les juges fédéraux ordinaires, qui existent déjà dans le droit actuellement en vigueur (art. 108, 3e al., cst., art. 3 OJ).

Article 8 Activité accessoire

Cette disposition correspond à l'article 3a de l'OJ en vigueur.

Article 9 Parenté

Cette disposition arrête dans quelle mesure les liens de parenté entre personnes leur interdisent d'exercer simultanément certaines fonctions. Cette règle s'applique aux juges aussi bien ordinaires que suppléants; le terme de "juge" utilisé dans le projet de loi se rapporte donc aux deux catégories.

Le *1er alinéa* régit les liens de parenté non admis au sein du Tribunal fédéral. Cette disposition reprend la teneur du droit en vigueur (cf. art. 4, 1er al., OJ). Le projet propose un renforcement de l'interdiction, à savoir qu'à l'avenir celle-ci ne frappera pas uniquement les conjoints, mais également les personnes qui font durablement ménage commun. Est ainsi visé le concubinage qualifié, tel que l'a défini le Tribunal fédéral en rapport avec l'article 153, 1er alinéa, CC (suppression de la rente en cas de remariage) (ATF *118* II 237 avec les réf.). En effet, une vie commune de ce type est comparable au mariage et constitue par conséquent la même menace pour le principe de la collégialité.

Le *2e alinéa* étend cette interdiction des liens de parenté à d'autres autorités, mais, en ligne collatérale, celle-ci s'arrête aux frères et soeurs. S'agissant de la participation simultanée à différentes autorités, on ne peut définir un cercle trop large de liens de parenté incompatibles, car on risquerait autrement de limiter par trop les possibilités d'exercer certaines fonctions. Ces dernières englobent - comme aujourd'hui - les juges d'instruction fédéraux et les représentants du Ministère public de la Confédération (cf. art. 4, 1er al., OJ). Sont explicitement cités dans la nouvelle disposition les autres autorités judiciaires de la Confédération. L'indépendance entre les instances successives est menacée si, par exemple, des frères et soeurs siègent au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral. Cette disposition introduit au surplus une innovation importante en ce qu'elle étend l'exclusion des liens de parenté aux deux autres pouvoirs. Cette modification se justifie au regard de la séparation des pouvoirs au niveau des personnes, tant il est vrai que ce principe peut être compromis si, par exemple, un conjoint est juge fédéral et que l'autre est conseiller fédéral. Par rapport à l'Assemblée fédérale, un autre motif encore réside dans l'exercice impartial des compétences parlementaires d'élire les juges et d'exercer la haute surveillance sur le Tribunal fédéral.

Article 10 Durée des fonctions

Cette disposition correspond à l'article 5 de l'OJ actuellement en vigueur. La durée des fonctions de six ans est par ailleurs nouvellement arrêtée dans la constitution (cf. art. 135, 2e phrase, P-cst. 96).

Article 11 Serment

Aujourd'hui, les juges fédéraux sont assermentés en règle générale par le Tribunal fédéral (art. 9, 2e al., OJ). Dorénavant, ils prêteront serment ou feront leur promesse solennelle dans tous les cas devant l'Assemblée fédérale. La solennité de cet engagement s'en trouvera renforcée et l'égalité avec le Conseil fédéral sera ainsi réalisée, celui-ci prêtant également serment devant les deux Chambres réunies.

Article 12 Obligation de résidence

Cette disposition correspond à l'article 19, 2e alinéa, OJ.

Section 3: Organisation

Article 13 Principe

La loi arrête les principaux points de l'organisation. Dans les limites ainsi définies, le Tribunal fédéral règle librement son organisation interne. En vertu de son autonomie administrative, il peut lui-même créer les services nécessaires et nommer son personnel.

Article 14 Présidence

Cette disposition correspond à l'article 6 de l'OJ en vigueur, complété par une adjonction stipulant que le président du Tribunal fédéral préside la cour plénière (2e alinéa, 2e phrase), ce qui est déjà le cas actuellement en vertu du règlement (cf. art. 22, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1).

Article 15 Cour plénière

Le *1er alinéa* commence par définir la cour plénière comme étant l'ensemble des juges ordinaires, en conformité avec le droit en vigueur (cf. art. 19, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1). Ses attributions englobent tous les éléments importants de l'administration de la justice, y compris les élections. L'adoption de règlements relève donc de la compétence de la cour plénière.

Le *2e alinéa* stipule nouvellement dans la loi que les décisions par voie de circulation sont autorisées. Dans le droit en vigueur, cette possibilité n'est prévue qu'au niveau du règlement (art. 20, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1).

Article 16 Sections

En vertu du *1er alinéa*, le Tribunal fédéral est subdivisé en plusieurs sections: plusieurs cours de droit public, deux ou plusieurs cours civiles et une cour pénale. La structure du Tribunal fédéral s'en trouve considérablement simplifiée par rapport à la configuration actuelle (cf. art. 12 et 122 OJ). La création prévue d'un Tribunal pénal fédéral rend en particulier superflues les autorités judiciaires pénales selon l'article 12, 1er alinéa, lettres d, e et f, ainsi que 2e alinéa de l'OJ en vigueur. Il n'existe plus non plus de cour spéciale pour les assurances sociales. La justice dans cette dernière matière sera rendue par les cours de droit public. L'attribution détaillée des domaines aux différentes cours sera arrêtée dans un règlement. Cette solution présente l'avantage que la répartition des compétences peut être modifiée sans amendement de la loi.

La constitution de sections appartient au Tribunal fédéral, comme c'est le cas en vertu des dispositions actuellement en vigueur. Selon le *2e alinéa,* il doit tenir compte ce faisant des connaissances particulières des juges. Cette disposition est nouvelle; elle remplace le principe de l'ancienneté appliqué jusqu'ici. Il n'apparaît pas judicieux de nommer un juge expérimenté dans un domaine à une fonction dans un tout autre domaine. C'est ce que la nouvelle réglementation veut éviter.

Le *3e alinéa* correspond à l'article 12, 3e alinéa, de l'OJ en vigueur. Il permet de rééquilibrer la charge de travail.

Article 17 Présidence des sections

Cette disposition correspond à l'article 13, alinéas 1 et 2, de l'OJ actuellement en vigueur.

Article 18 Composition

Les dispositions relatives à la composition des sections sont semblables au droit actuel (cf. art. 15 OJ).

Le *1er alinéa* stipule qu'en règle générale les juges siègent au nombre de trois. La précision "en règle générale" tient compte des exceptions selon les alinéas 2 et 3 et l'article 19 P-LTF. Hormis les cas expressément cités dans ces dispositions, il est interdit de s'écarter de la composition de trois juges.

La composition de cinq juges est prévue lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions juridiques de principe ou lorsque le président de la section l'ordonne (*2e alinéa*). Par souci de rapidité de la procédure, cette disposition ne vaut pas pour les recours contre des décisions des autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite; dans ces cas, les juges siègent toujours au nombre de trois. La proportion des affaires examinées dans une composition de cinq juges devrait augmenter, étant donné qu'en vertu de la nouvelle réglementation de l'accès au Tribunal fédéral (art. 94 ss. P-LTF), le nombre de cas dans lesquels ne se pose aucune question juridique de principe devrait considérablement diminuer.

Le *3e alinéa* énumère, à l'instar de l'actuel article 15, 3e alinéa, OJ, les cas dans lesquels les sections siègent dans la composition de sept juges. Il s'agit

d’une part des recours portant sur la validité d’actes normatifs cantonaux soumis au référendum; peu importe que cet acte soit attaqué directement (en raison d’une absence de voies de droit internes dans le canton concerné) ou qu’un recours soit interjeté contre une décision cantonale sur un recours contre un tel acte. D’autre part, la composition de sept juges est prévue pour statuer sur les recours contre des décisions cantonales sur la recevabilité d’une initiative ou sur l’exigence d’un référendum.

Article 19 Contrôle des lois fédérales

Cette disposition prévoit - en rapport avec l’article 178 P-cst. 96 Réforme de la justice et l’article 89 P-LTF, introduisant nouvellement le contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale - une réglementation spéciale des compétences et de la procédure. Elle représente de fait une certaine protection pour les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale en ce qu'elle prévoit une procédure plus lourde pour déclarer ces actes incompatibles avec des droits constitutionnels ou le droit international et, partant, inapplicables dans le cas d'espèce. En effet, cette procédure spéciale n'est mise en oeuvre que si la section compétente éprouve des *doutes sérieux* quant à la compatibilité d’une disposition applicable d’une loi fédérale ou d’un arrêté fédéral de portée générale avec des droits constitutionnels, le droit international ou des compétences cantonales garanties par la constitution. En l'absence de tels doutes, l’article 19 P-LTF n’est pas applicable; la cour siège alors dans sa composition ordinaire selon l’article 18 P-LTF. Telle est la condition posée au début du *1er alinéa*.

Cette réglementation spéciale comprend les éléments suivants:

La section compétente pour statuer sur la cause se réunit avec une section de droit public *(1er alinéa).* Il ne doit pas toujours s’agir de la même section de droit public; elles entrent toutes en ligne de compte.

L’instance qui examine la cause comprend onze juges: cinq appartiennent à la section compétente pour statuer sur la cause et cinq à la section de droit public adjointe, auxquels s’ajoute le président du Tribunal fédéral, qui assume la présidence *(2e alinéa).* La taille de cette juridiction accroît dans une certaine mesure sa légitimité vis-à-vis du législateur.

Il y a deux juges rapporteurs, le second étant désigné par le président du Tribunal fédéral dans les rangs de la section de droit public adjointe *(3e alinéa).*

Cette juridiction élargie ne statue pas uniquement sur la question de l’incompatibilité de la disposition contestée avec la constitution ou le droit international, mais sur l’ensemble de la cause *(1er alinéa* in fine). Il n’est pas toujours possible de faire une distinction stricte entre ces deux éléments, ce d'autant moins que le Tribunal fédéral est investi, en vertu de l’article 178, 3e alinéa, P-cst. 96 Réforme de la justice, d’un large pouvoir de décision, qui lui permet notamment de se limiter à constater une incompatibilité avec la constitution ou le droit international tout en rejetant le recours.

Article 20 Vote

Cette disposition correspond à l'article 10 OJ.

Article 21 Juge unique

Cette disposition reprend dans la loi la pratique en vigueur. Lorsqu'il s'agit d'une cause devenue sans objet, peu importe pour quels motifs, c'est le juge chargé de l'instruction qui statue comme juge unique. Cette règle s'applique aussi à la radiation en cas de retrait du recours ou de transaction. Abstraction faite des suites de frais, il ne reste guère matière à décider dans de tels cas; le traitement par un juge unique se justifie donc parfaitement; il s'impose même si l'on veut un traitement diligent des affaires. L'article 30, 1er alinéa, P-LTF définit quel est le juge chargé de l'instruction.

Article 22 Répartition des affaires

Les questions de répartition des affaires se posent à divers égards au Tribunal fédéral. Il convient d'abord d'attribuer les cas déposés aux différentes sections. Au sein de ces dernières, il faut ensuite désigner les juges appelés à statuer sur le cas (composition de la cour). Parmi eux, il faut nommer le juge chargé de l'instruction, auquel revient un rôle important. Au besoin, on fera en outre appel à des juges suppléants. La répartition des affaires ne peut être laissée au libre arbitre de quelques uns, en raison du risque de manipulation. Autant que possible, il faut en conséquence l'arrêter dans le règlement par des prescriptions générales et abstraites, définissant à tout le moins les critères selon lesquels elle devra se faire. L'article 22 P-LTF énonce clairement - contrairement à l'article 14 de l'OJ en vigueur - que le règlement doit aussi contenir des dispositions sur la composition des sections appelées à juger et la désignation de juges suppléants.

Article 23 Changement de jurisprudence

Le *1er alinéa* reprend la teneur de l'article 16, 1er alinéa, de l'OJ en vigueur.

Le *2e alinéa* introduit expressément la possibilité de prendre des décisions par voie de circulation. Ce mode de décision est déjà pratiqué en partie aujourd'hui. Il simplifie la procédure et correspond à un besoin d'ordre pratique, surtout dans des cas qui font l'unanimité.

Article 24 Greffiers et collaborateurs personnels

Selon le *1er alinéa*, c'est le Tribunal fédéral qui, comme aujourd'hui, nomme les greffiers et les collaborateurs personnels des juges. Il n'est rien dit sur le personnel administratif, y compris les collaborateurs scientifiques (par ex. service de documentation); la compétence de les nommer appartient déjà au Tribunal fédéral en vertu de l'article 3, 1er alinéa, P-LTF. En vertu de son autonomie administrative (art. 3, 1er al., P-LTF), la Cour suprême décidera dorénavant elle-même du nombre de ses greffiers, des collaborateurs personnels des juges et des autres collaborateurs scientifiques. La nouvelle loi

ne reprend pas la disposition de l'article 7, 1er alinéa, OJ, selon laquelle c'est l'Assemblée fédérale qui fixe, parallèlement au budget, le nombre de greffiers, de secrétaires et d'autres collaborateurs scientifiques, y compris les collaborateurs personnels des juges. Le Tribunal fédéral est le mieux à même d'estimer ses besoins en personnel et de décider quelle part de ses moyens financiers il veut y consacrer. La compétence d'adopter le budget reste entre les mains de l'Assemblée fédérale.

Cette disposition apporte une autre innovation: le droit en vigueur fait une distinction entre greffiers et secrétaires (cf. par ex. à l'art. 7 OJ). Cependant, étant donné qu'il n'y a pas de différence entre ces deux fonctions, le P-LTF renonce à la catégorie des secrétaires. L'ensemble du texte ne fait plus mention que des greffiers. Cette simplification n'exclut pas pour autant que la catégorie unique puisse comprendre des juristes appartenant à différentes classes de traitement.

Le *2e alinéa* maintient la durée des fonctions à six ans pour les greffiers (vu l'utilisation faite de ce terme, cela englobe les secrétaires) (cf. art. 7, 2e al., OJ).

Article 25 Secrétaire général

La direction de l'administration du tribunal incombe au secrétaire général. Il doit en particulier assumer la fonction de chef du personnel. En outre, il assure le secrétariat de la cour plénière et des organes administratifs. Vu l'importance de ces fonctions, il apparaît justifié d'arrêter ce poste dans la loi et de prévoir une durée des fonctions de six ans également pour le secrétaire général. Actuellement, la base juridique ne se trouve qu'au niveau réglementaire (art. 29 du règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1; art. 11a du règlement du Tribunal fédéral des assurances, RS 173.111.2).

Article 26 Information

Le *1er alinéa* oblige le Tribunal fédéral à informer le public sur sa jurisprudence. Cette obligation revêt une grande importance eu égard à la force de précédent des arrêts rendus par les juges suprêmes. C'est pourquoi la loi la cite expressément. Aujourd'hui, l'information du public par le Tribunal fédéral n'est prévue qu'au niveau du règlement (art. 18 du règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1), alors qu'il existe une disposition légale pour le Tribunal fédéral des assurances (art. 127, 5e al., OJ; voir aussi art. 22 du règlement du Tribunal fédéral des assurances, RS 173.111.2). L'organe de publication ne doit pas forcément rester le Recueil officiel. La nouvelle disposition dit "publiés officiellement" afin de laisser la voie ouverte à tous les modes de publication modernes. Chaque section décide lesquels de ses arrêts elle publiera.

Le *2e alinéa* offre au Tribunal fédéral la base légale pour prescrire l'accréditation pour la chronique de l'activité judiciaire. Les conditions d'octroi de l'accréditation ainsi que la procédure pourront être fixées dans le règlement.

Chapitre deuxième: Dispositions générales de procédure

Section 1: Compétence

Article 27 Examen

C'est un principe général qu'un tribunal saisi vérifie d'office sa compétence à raison de la matière, du lieu et de la fonction *(1er al.)*. La réglementation sur l'attribution des compétences détermine en outre le juge naturel (art. 58 cst.; art. 26 P-cst. 96).

En cas de doute sur la compétence, le Tribunal fédéral procède, selon le *2e alinéa,* à un échange de vues avec l'autorité dont la compétence lui paraît entrer en ligne de compte. Une disposition analogue vaut actuellement pour la procédure du recours de droit public et celle du recours de droit administratif (art. 96, 2e al., et art. 113 OJ). Dorénavant, il sera également possible de mener un tel échange de vues avec des autorités cantonales (par ex. si l'épuisement des instances cantonales n'est pas clairement établi).

Article 28 Incompétence

Selon le *1er alinéa*, le Tribunal fédéral prend une décision d'irrecevabilité s'il estime qu'il n'est pas compétent pour juger une affaire. C'est également le cas si une autre autorité lui paraît être compétente ou s'est déclarée disposée, lors d'un échange de vues, à connaître de l'affaire. Restent toutefois réservés les cas prévus à l'article 85, ch. 13, cst. (art. 161, 1er al., let. h, P-cst. 96).

Le *2e alinéa* prévoit que l'affaire qui a fait l'objet d'une telle décision d'irrecevabilité sera, le cas échéant, transmise à l'autorité compétente (cf. art. 32, 5e al., et art. 96, 1er al., OJ).

Article 29 Questions préjudicielles

Cette disposition correspond à l'article 96, 3e alinéa, OJ.

Section 2: Conduite du procès

Article 30 Juge chargé de l'instruction

La conduite du procès incombe au juge chargé de l'instruction, lequel est soit le président de la section soit le juge désigné par lui. Dorénavant, c'est également le juge chargé de l'instruction qui décide des mesures provisionnelles (art. 98, 3e al., et art. 99 P-LTF) et non plus systématiquement le président de la section (art. 14, 2e al., 70, 2e al., 94, 111, 2e al., 142 OJ; art. 272, 7e al., PPF).

Article 31 Discipline

Cette disposition correspond dans une large mesure au droit en vigueur (art. 31 et art. 13, 5e al., OJ). Le montant maximal de l'amende est adapté à la réalité actuelle. En ce qui concerne les moyens d'assurer la police de l'audience, au

3e alinéa, la détention du perturbateur a été supprimée, car elle n'a pour ainsi dire jamais été utilisée.

Section 3: Récusation

Article 32 Motifs de récusation

La distinction faite dans le droit actuellement en vigueur entre récusation obligatoire et récusation facultative est abandonnée. Les motifs de récusation sont énumérés au *1er alinéa*, de façon analogue à la liste dressée dans la PA, et complétés par une clause générale *(let. d)*. Ils doivent être pris en compte d'office.

Article 33 Obligation d'annoncer

Cette disposition prévoit, comme le droit en vigueur (art. 24 OJ), une obligation pour les magistrats et les fonctionnaires judiciaires d'annoncer qu'ils sont concernés par les prescriptions sur la récusation.

Article 34 Demande de récusation

Les *alinéas 1* et *2* reprennent pour l'essentiel les dispositions en vigueur (art. 25, 1er et 2e al. OJ). Si la demande de récusation est déposée trop tard, le *3e alinéa* prévoit la possibilité de l'irrecevabilité et non plus uniquement la condamnation au paiement des frais occasionnés (art. 25, 3e al., OJ).

Article 35 Décision

Si le motif de récusation selon l'article 33 ou 34 est contesté par une partie ou un juge, la section doit se prononcer sur la récusation. Le magistrat ou le fonctionnaire judiciaire visé ne participe pas à cette prise de décision et doit donc être remplacé. Cette réglementation correspond à celle qui est en vigueur actuellement (art. 26, 1er al., OJ).

Article 36 Violation des prescriptions sur la récusation

Le *1er alinéa* stipule que l'annulation des opérations auxquelles a participé une personne récusable doit être demandée aussitôt que l'on a connaissance des motifs de récusation. Le droit en vigueur octroie un délai de trente jours pour ce faire (art. 28, 1er al., OJ).

Si des mesures probatoires ne peuvent pas être renouvelées, par exemple parce que le témoin entendu est décédé, le *2e alinéa* prévoit qu'elles peuvent néanmoins être prises en considération par le tribunal jugeant le cas, même si, à l'époque des faits, les prescriptions sur la récusation ont été violées.

La réserve de la révision prévue au *3e alinéa* correspond au droit en vigueur.

Section 4: Parties, mandataires, mémoires

Article 37 Domicile

La réglementation relative au domicile où les notifications peuvent être adressées est reprise du droit en vigueur (art. 29, 4e al., OJ); elle n'a subi qu'une adaptation d'ordre rédactionnel.

Article 38 Mandataires

Il appartient à une tradition bien établie en Suisse qu'une partie puisse conduire seule un procès jusqu'au Tribunal fédéral. Si elle souhaite toutefois se faire représenter, elle doit, pour les affaires civiles ou pénales, mandater un avocat titulaire d'une patente suisse ou éventuellement un professeur de droit d'une université suisse. Il ne faut pas sous-estimer la surcharge des tribunaux due aux recours irrecevables; l'introduction d'une obligation de faire appel à un avocat ou l'extension du monopole de représentation des avocats à tous les domaines du droit permet de limiter le nombre de tels recours. La commission d'experts Dubs s'était d'ailleurs déjà penchée longuement sur les avantages et inconvénients de ces deux mesures. Elle avait écarté la représentation obligatoire, au motif qu'elle était incompatible avec la tradition juridique suisse. En revanche, elle s'était prononcée pour l'extension du monopole des avocats à toutes les procédures devant le Tribunal fédéral; elle en attendait un certain effet de "crible" (Rapport final de janvier 1982; ch. 232). Au vu des réactions négatives lors de la consultation, le Conseil fédéral avait renoncé à introduire le monopole des avocats en tant que possible mesure de décharge (FF *1985* II 806 ss, *1991* II 472). La commission a réexaminé en détail ces deux mesures et a conclu - en opposition avec l'avis exprimé dans le rapport intermédiaire - qu'il était judicieux d'étendre le monopole des avocats *(1er al.).* La différenciation selon les domaines du droit ne lui a pas semblé justifiée; en outre, la procédure d'examen préalable proposée (art. 94 ss P-LTF) exige du représentant d'une partie qu'il soit versé dans les questions de procédure.

Quant à l'admission d'avocats titulaires de brevets étrangers *(2e al.)*, elle doit être réglée non pas dans le P-LTF, mais dans le cadre d'accords, le plus souvent bilatéraux (avec l'UE par exemple). En attendant que de tels accords soient conclus, on peut maintenir la clause d'exception, assez large, prévue dans le droit en vigueur (art. 29, 3e al., OJ). La clause de réciprocité doit toutefois être abrogée, car sa conformité avec le GATS est douteuse.

Il n'apparaît pas nécessaire de modifier les dispositions des *alinéas 3* et *4* relatives à l'obligation des mandataires de justifier de leurs pouvoirs par une procuration écrite (cf. art. 29, 1er al., OJ) et à la décision du tribunal en cas de contestation des honoraires (cf. art. 161 OJ).

Article 39 Incapacité de procéder

La disposition concernant la représentation obligatoire lorsqu'une partie n'est ostensiblement pas en mesure de procéder elle-même est reprise telle quelle du droit en vigueur (art. 29, 5e al., OJ).

Article 40 Mémoires

Les dispositions arrêtant les exigences posées aux mémoires et concernant la réparation des vices qui les affectent s'appuient sur les articles 30 et 108 de l'OJ en vigueur.

L'*obligation de motiver* prescrite au *1er alinéa* n'est pas nouvelle en soi. Les mémoires doivent être présentés conformément aux formes procédurales prescrites et aux violations du droit invoquées. Pour ce qui concerne plus spécialement les *recours*, l'obligation de motiver revêt une importance toute particulière en rapport avec d'autres dispositions du projet: le mémoire de recours doit établir dans quelle mesure l'acte attaqué viole une norme juridique selon l'article 88 P-LTF ou repose sur une constatation inexacte des faits pouvant être critiquée en vertu de l'article 90 P-LTF. Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur un recours que dans la mesure où il contient un motif de recours recevable. Au besoin, le recourant doit en outre démontrer que la violation du droit invoquée a une influence sur la décision. (art. 95, 1er al., let. d, P-LTF). Le Tribunal fédéral n'est pas tenu d'examiner des griefs qui ne sont pas expressément invoqués (art. 101, 2e al., P-LTF), tout comme il peut déclarer irrecevables des griefs certes invoqués, mais insuffisamment motivés (art. 95, 1er al., let. c, P-LTF). Etant donné que le Tribunal fédéral peut également déclarer un recours inadmissible lorsqu'il ne soulève aucune question juridique de principe et ne concerne pas un différend pouvant entraîner des conséquences graves (art. 95, 2e al., P-LTF), le recourant doit également s'exprimer sur ces points.

Si un mémoire présentant un vice réparable *(4e et 5e)* n'est pas corrigé dans le délai imparti, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur l'écriture ou l'écarte du dossier, selon qu'il s'agit d'un recours ou d'une détermination.

Section 5: Délais (art. 41 à 47)

La section consacrée aux délais est reprise presque telle quelle du droit en vigueur. Les modifications sont uniquement d'ordre rédactionnel ou systématique, à l'exception des points ci-dessous.

Pour le calcul du délai, il est précisé que la question de l'existence d'un jour férié cantonal doit être jugée d'après le droit du canton dans lequel a été rendue la décision attaquée *(art. 41, 3e al.).*

Les délais fixés en jours par la loi seront désormais prolongés d'un jour, plus précisément ils ne courront plus jusqu'au 1er janvier uniquement, mais jusqu'au 2 janvier inclusivement *(art. 42, 1er al., let. c).* Le libellé de l'article *44* n'exclut pas la possibilité de transmettre des mémoires par télécopieur ou par Internet. Le législateur a renoncé à réglementer ce point de manière détaillée afin que la pratique du Tribunal fédéral puisse être adaptée au fur et à mesure aux développements de la technique. Le délai pour la présentation d'une demande de restitution passe de 10 à 30 jours à compter de celui où l'empêchement a cessé *(art. 46, 1er al.),* ne serait-ce que parce que l'acte omis doit être exécuté dans le même délai.

Si, dans des affaires de poursuite pour dettes et de faillite, ce sont les autorités de surveillance qui décident (art. 17 ss LP), c'est la réglementation des délais de la LP qui s'applique *(art. 47).*

Section 6: Valeur litigieuse (art. 48 à 50)

Comme c'était le cas jusqu'à présent, c'est avant tout dans les procès civils que les questions relatives à la détermination de la valeur (en argent) de l'objet litigieux jouent un rôle. Dans la procédure d'examen préalable proposée, un recours en matière civile ne peut pas être déclaré inadmissible lorsque la valeur litigieuse atteint 100 000 francs (art. 95, 2e al., let. b ch. 2, P-LTF). Les prescriptions du droit en vigueur sur le calcul de la valeur litigieuse peuvent être reprises pratiquement sans modification. Les adaptations sont uniquement d'ordre rédactionnel.

Il est toutefois précisé que la valeur litigieuse déterminée selon les conclusions de la demande devant la juridiction précédente vaut aussi pour la procédure de recours *(art. 48, 1er al.).*

Section 7: Langue du procès (art. 51)

Les dispositions sur la langue du procès font désormais l'objet d'un article spécifique. Le droit en vigueur se contentait de mentionner la langue dans laquelle devaient être rédigés les mémoires (art. 30, 1er al., OJ) et les arrêts (art. 37, 3e al., OJ). Le droit des parties de choisir l'une des langues officielles était cependant déjà applicable à l'ensemble du procès de par la constitution.

Le nouvel article constitutionnel sur les langues entraîne toutefois certaines modifications, puisque sous certaines conditions le romanche est également admis comme langue officielle (art. 116, 4e al., cst.). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette réglementation vaut tout au moins lorsqu'une commune ou une personne romanche interjette un recours contre la décision d'une instance du canton des Grisons (ATF *122* I 95 consid..1.). Conformément à l'article 14, 3e alinéa, de la loi sur les publications officielles et à l'article 11 de l'ordonnance qui en découle, le Tribunal fédéral a rédigé l'arrêt susmentionné en rumantsch grischun, mais a publié simultanément sa traduction en langue allemande.

Comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur, c'est la langue de la décision attaquée qui détermine celle de la procédure de recours, à moins que les parties ne parlent une autre langue officielle *(1er al.).* Dans une procédure par voie d'action, la langue (officielle) des parties doit être prise en compte *(2e al.).* Si l'une des parties ne maîtrise pas la langue officielle, le tribunal ordonne la traduction de toutes les pièces écrites et des déclarations orales qu'elle doit comprendre pour le déroulement du procès (cf. à ce propos ATF 118 Ia 462 ss). Cette prescription faisant l'objet du *3e alinéa* correspond à celle de l'article 4, 2e alinéa, PCF.

Section 8: Procédure probatoire

Article 52 Principe

Il n'est pas nécessaire de prévoir de prescriptions spécifiques sur la procédure probatoire. En effet, il suffit de renvoyer aux dispositions du titre septième de la loi de procédure civile fédérale *(1er al.).*

Le *2e alinéa* reprend le contenu de l'article 95, 1er alinéa, OJ (cf. aussi art. 113 et 143, 4e al., OJ).

Par souci de clarté et de complétude, le *3e alinéa* répète la disposition de l'article 5, 3e alinéa, PCF.

Article 53 Présence des parties et consultation des pièces

Les *alinéas 1* et *2* se recoupent en large partie avec l'article 38 PCF, qui n'est pas compris dans le renvoi de l'article 52 P-LTF. La disposition mentionne en outre les intérêts publics qui, au même titre que les intérêts privés (en particulier les secrets d'affaires), peuvent justifier l'exclusion d'une partie de l'administration d'une preuve ou de la consultation d'une pièce.

Le *3e alinéa* arrête, en s'appuyant sur l'article 28 PA, comment il convient de procéder si le moyen de preuve en question doit être utilisé au désavantage de la partie exclue.

Section 9: Procédure de jugement

Article 54 Débats

Les éventuels débats doivent être ordonnés par le président de la section (cf. art. 62, 1er al., 112, 143, 3e al., OJ; art. 276, 2e al., PPF). Comme c'était le cas jusqu'ici, les débats resteront l'exception, d'autant plus que le Tribunal fédéral ne procédera plus, par principe, au contrôle des faits (art. 100 P-LTF).

Article 55 Délibération

Bien que la systématique de l'OJ en vigueur donne l'impression que la délibération en audience constitue le principal moyen pour parvenir à la décision, le Tribunal fédéral statue par voie de circulation dans la majorité des cas (art. 36a et 36b OJ). Il serait totalement irréaliste de vouloir remettre l'accent sur la délibération publique sans limitation drastique de l'accès à la juridiction suprême. C'est pourquoi le *1er alinéa* érige en règle générale la procédure par voie de circulation. Contrairement au droit actuel, la nouvelle loi n'exige plus l'unanimité. Cette modification rend superflus les efforts, parfois quelque peu problématiques, pour parvenir à l'unanimité dans un nombre maximum de cas.

Comme c'était le cas jusqu'à présent, un juge peut demander la délibération en audience *(2e al.).* Incombe au président de la section la responsabilité particulière de faire en sorte que tout au moins les décisions de principe soient

délibérées en audience, raison pour laquelle il est expressément mentionné dans cette disposition.

Article 56 Publicité

Dans les cas où il n'est pas statué par voie de circulation, le *1er alinéa* dicte la publicité des délibérations et des votes ainsi que des débats qui auraient été ordonnés. Cette règle correspond au droit en vigueur (art. 17, 1er al., OJ); sa portée est toutefois considérablement limitée, vu que le Tribunal fédéral statue ordinairement par voie de circulation (art. 55 P-LTF).

La publicité des délibérations et des votes du Tribunal fédéral découle d'une longue tradition. Le public et notamment les médias peuvent ainsi exercer un certain contrôle et prévenir de cette manière une possible méfiance quant à un pouvoir excessif des juges suprêmes dans un Etat démocratique. En outre, étant donné que les juges répondent chacun de leurs actes directement devant l'opinion publique, ils ont davantage conscience de leur responsabilité. Par ailleurs, une délibération en audience permet d'exprimer publiquement un avis minoritaire, ce qui n'est guère possible dans une décision écrite, ou alors seulement de manière très limitée. Enfin, pouvoir suivre la manière dont le tribunal débat leurs arguments peut donner confiance aux parties.

Le *2e alinéa* reprend le contenu de l'article 17, 3e alinéa, OJ. Cette disposition offre, en relation avec l'article 55 P-LTF, une marge de manoeuvre suffisante pour exclure les parties ou un public plus large de la procédure de jugement. Les exceptions prévues à l'article 17, alinéas 1 et 2, OJ ne doivent dès lors plus être mentionnées expressément.

Dans le cadre de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF), les délibérations publiques iraient à l'encontre de la règle de diligence. D'où l'exception prévue au *3e alinéa*.

Article 57 Communication de la décision

Le *1er alinéa* reprend la teneur de l'article 37, 2e alinéa, OJ.

Dans le cas d'une décision rendue en audience de délibération (publique), le dispositif sera communiqué aux parties sans délai *(2e al.).* Si la décision est arrêtée à ce moment-là, il peut en revanche s'écouler un certain temps jusqu'à ce que les motifs soient rédigés dans leur forme définitive.

Article 58 Force de chose jugée

Cette disposition correspond à l'article 38 OJ.

Section 10: Frais (art. 59 à 65)

Quant au fond, les dispositions relatives aux frais judiciaires et aux dépens peuvent pour l'essentiel être reprises telles quelles. Les adaptations sont surtout d'ordre rédactionnel.

Si une partie qui a saisi le tribunal ne donne pas suite à l'ordre du juge chargé de l'instruction de fournir une avance de frais ou des sûretés en garantie des dépens, l'*article 59, 3e alinéa,* stipule que l'acte de recours sera irrecevable, sans qu'un délai supplémentaire ne doive être fixé (cf. aussi art. 63, 4e al., PA).

Les conditions pour l'octroi de l'assistance judiciaire restent inchangées *(art. 61),* mais la compétence pour prendre cette décision est expressément attribuée au juge chargé de l'instruction.

Les principes régissant l'imputation des frais du Tribunal fédéral *(art. 62)* et de la procédure antérieure *(art. 63)* sont repris du droit en vigueur. Les frais judiciaires sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe *(art. 62, 1er al.)* ou qui les a causés inutilement *(art. 62, 3e al.)*, à moins qu'il ne s'agisse de la Confédération, d'un canton ou d'une commune, ou nouvellement aussi d'un organisme chargé de tâches de droit public, pour autant toutefois qu'ils agissent en vertu de leurs attributions officielles et que leurs intérêts pécuniaires ne soient pas en cause *(art. 62, 4e al.).*

La réglementation du calcul des frais judiciaires *(art. 64)* est simplifiée; le montant maximum exigible dans les contestations pécuniaires est porté à 100 000 francs.

Section 11: Exécution (art. 66 à 68)

Le projet contient désormais expressément une disposition analogue aux articles 40 PA et 75 PCF, en vertu de laquelle les décisions qui imposent le paiement d'une somme d'argent ou la fourniture d'une sûreté pécuniaire sont exécutées conformément à la LP *(art. 66).*

Pour les autres décisions, les dispositions du droit en vigueur ont été reprises, dont l'obligation faite aux cantons d'exécuter les arrêts du Tribunal fédéral comme ceux de leurs propres tribunaux *(art. 67, 1er al.).* Si la décision de première instance émane d'une autorité administrative fédérale, l'exécution obéit aux articles 41 à 43 PA *(art. 67, 2e al.)*, alors qu'on appliquera les articles 74 à 78 PCF si le Tribunal fédéral a rendu son arrêt à la suite d'une action *(art. 67, 3e al.).*

Le recours au Conseil fédéral reste réservé comme par le passé si l'exécution d'un arrêt du Tribunal fédéral est défectueuse *(art. 68).*

Section 12: Dispositions supplétives (art. 69)

Plusieurs articles du projet renvoient directement à diverses dispositions de la loi de procédure civile fédérale (cf. art. 52, 1er al., art. 67, 3e al., art. 106, 2e al., P-LTF). A titre de droit supplétif, on peut, comme aujourd'hui, s'appuyer sur d'autres dispositions de la PCF. Le terme "par analogie" souligne la nécessité de vérifier soigneusement si et comment une disposition de la PCF peut être appliquée, sans que cela crée une contradiction avec la ratio legis de la loi sur le Tribunal fédéral.

Chapitre troisième: Le Tribunal fédéral juridiction de recours

Section 1: Recours en matière civile

Article 70 Principe

Le recours en matière civile couvre un champ très vaste. Il ne comprend pas uniquement les affaires civiles au sens strict, mais également certaines affaires de droit public qui ont un rapport étroit avec le droit civil (cf. 2e al.), ainsi que les affaires dites de poursuite pour dettes et de faillite, qui représentent elles aussi un domaine très étendu. Si cet assemblage peut surprendre d'un point de vue doctrinal, elle n'est absolument pas due au hasard, mais découle de réflexions pragmatiques et pratiques.

Les *affaires civiles* sont toutefois placées au premier plan; ce terme doit être compris dans le même sens que dans le droit en vigueur, c'est-à-dire qu'il comprend les contestations de droit civil (pécuniaires ou non), tout comme les affaires civiles non contentieuses (les actes de juridiction gracieuse, tels que l'invalidation d'un titre). Le *1er alinéa* attribue ainsi au recours tout d'abord les domaines des actuels recours en réforme et en nullité. Dans l'organisation judiciaire fédérale, il ne sera donc plus nécessaire de faire la distinction, pas toujours facile à établir, entre les contestations de droit civil et les simples affaires civiles.

Dans la même phrase, le 1er alinéa mentionne aussi les *affaires de poursuite pour dettes et de faillite*. Cela ne signifie pas que les mesures de poursuite devront désormais être considérées comme relevant du droit civil, mais simplement qu'elles sont soumises au recours en matière civile. Sont en premier lieu des affaires de poursuite les contestations *relevant du droit de poursuite*, qui sont jugées par un *tribunal*: à commencer par les affaires relevant *purement du droit de poursuite* (à savoir les affaires relevant de la procédure sommaire au sens de l'art. 25, ch. 2, LP, telles que mainlevée, ouverture de la faillite, autorisation de séquestre, procédure de concordat, mais aussi action en constatation du retour à meilleure fortune par la voie de la procédure accélérée selon l'art. 265a, 4e al., LP); viennent ensuite les contestations relevant du droit de poursuite ayant des *répercussions* sur le droit matériel (par ex. les différends judiciaires sur la revendication, la disjonction et la collocation). De l'autre côté, on trouve les *recours* sur lesquels statue par l'*autorité de surveillance* (art. 17 ss LP).

Ne sont par contre pas des affaires de poursuite les contestations de *droit matériel*, qui sont provoquées par une poursuite (par ex. action en reconnaissance ou en contestation de dette): si le différend concerne une créance de droit privé, on est en présence d'une affaire civile proprement dite; s'il s'agit de constater une créance de droit public (par ex. une créance fiscale dans le cadre de la procédure de l'art. 79, 2e al., LP), on est en présence d'une affaire de droit public et c'est alors le recours en matière de droit public (art. 76 ss P-LTF) qui entre en ligne de compte.

Il est vrai que la totalité des affaires LP - affaires judiciaires et recours - sont en soi de droit public. Elles sont néanmoins toutes attribuées au recours en matière civile, parce que le droit civil doit pratiquement toujours être appliqué *préjudiciellement*: l'exécution se fait toujours dans le patrimoine privé du

débiteur, dans ses droits patrimoniaux absolus et relatifs; l'exécution forcée ne se conçoit donc pas sans application du droit privé (par ex. lors de la constatation de la masse active, du rang des droits réels limités lors de l'établissement des charges, etc.). Bien que théoriquement correcte en soi, la soumission des affaires de poursuites pour dettes et de faillite au recours en matière de droit public serait restée une construction dogmatique. Attribuer ces affaires au tronc commun du recours en matière civile permet en revanche de simplifier considérablement le système des voies de droit.

En d'autres termes, le recours en matière civile assumera dorénavant aussi la fonction de l'actuel *recours au Tribunal fédéral en matière de poursuite pour dettes et de faillite* (art. 19 LP, 76 ss OJ). Par rapport au droit aujourd'hui en vigueur, cette réglementation aurait pour conséquence un net affaiblissement de la protection juridique et de la sécurité du droit, si la *procédure d'examen préalable* proposée (art. 94 ss P-LTF) devait s'appliquer aussi sans restriction aux *affaires de surveillance LP* concernées. Or, précisément dans le domaine de l'exécution forcée, le Tribunal fédéral a contribué grandement, en sa qualité d'instance suprême de recours et d'*autorité de haute surveillance* (art. 15, 1er al., LP), à l'application uniforme du droit, au développement de la jurisprudence et à l'exécution diligente du droit. Notre économie ne saurait renoncer à cette contribution à l'avenir. C'est pourquoi la commission d'experts est parvenue à la conclusion qu'il convenait, dans le domaine clairement délimité de l'actuel *recours LP* (art. 17 ss LP, 76 ss OJ), de maintenir la haute surveillance et la juridiction du Tribunal fédéral comme par le passé.

La "rétrocession" de cette haute surveillance au Conseil fédéral ou à une autre autorité fédérale (qu'il aurait encore fallu désigner) n'entrait pas en ligne de compte, car le système en vigueur a fait ses preuves dans la pratique. Le projet prend en considération ce besoin inchangé en ne soumettant les décisions des autorités cantonales supérieures de surveillance qu'à un *examen préalable du Tribunal fédéral limité* (à savoir qui porte uniquement sur les motifs prévus à l'al. 1 de l'art. 95 P-LTF, à l'exclusion de ceux prévus à l'al. 2). Toutefois, il convient de répéter que cette exception ne s'applique qu'à un domaine étroitement circonscrit et non pas à toutes les affaires de poursuite pour dettes et de faillite; elle ne concerne que les *affaires de surveillance*, soit celles qui sont aujourd'hui soumises au recours selon les articles 76 ss OJ; elle ne vaut donc *pas* pour les contestations qui doivent être déférées à un tribunal; à ces dernières, l'examen préalable s'applique intégralement. Grâce à cette exception apportée à la procédure d'examen préalable, on peut se passer d'un recours spécifique pour les seules affaires de surveillance LP; en outre, il n'y a pas lieu d'instituer une nouvelle autorité de haute surveillance en lieu et place du Tribunal fédéral.

Pour ce qui est des *frais*, en revanche, les articles 59 ss P-LTF s'appliquent aussi dans les affaires de surveillance LP; il faut donc renoncer à l'actuelle gratuité générale, y compris, pour des raisons analogues, au niveau de la procédure cantonale de recours (cf. art. 20a, 1er al., LP, qui doit être abrogé dans cette mesure).

Conformément aux principes sur lesquels se fonde la Réforme de la justice (message relatif à une nouvelle cst., FF *1997* I 497), le Tribunal fédéral perd sa *compétence réglementaire* pour les affaires LP. Pour les *circulaires* en

revanche, il reste compétent en sa qualité d'organe de haute surveillance (art. 15, 3e al., LP; le 2e al. de cette disposition doit être abrogé).

Selon le *2e alinéa*, d'autres affaires de droit public sont également soumises au recours en matière civile. Elles ont toutes pour point commun leur étroite connexité au droit civil. L'énumération de la loi n'est pas exhaustive; la loi donne des exemples pour illustrer l'affinité étroite qui doit exister avec le droit matériel: il s'agit de son exécution (let. a), de son administration au titre de la juridiction gracieuse (tenue des registres selon let. b, changement de nom selon let. c), de la surveillance des fondations et des cas de représentation du droit privé (let. d et e), de mesures relevant du droit de tutelle et de la protection de l'enfant du droit de la famille (let. f et g). Comme pour les affaires LP, il se justifierait en bonne doctrine de soumettre ces causes au recours en matière de droit public; mais, là encore, des motifs de connexité matérielle et de simplification plaident en faveur du recours en matière civile. Pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle en revanche, c'est le recours en matière de droit public qui est ouvert (cf. let. d).

Article 71 Autorités précédentes

Cet article consacre le principe de la double instance. Situation la plus fréquente: le recours au Tribunal fédéral n'est ouvert que contre les *décisions cantonales* de dernière instance (1er alinéa); le recourant doit donc avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales pour les griefs qu'il entend invoquer devant le Tribunal fédéral (art. 88 ss P-LTF). En matière civile toutefois, l'autorité précédente peut aussi être le *Tribunal administratif fédéral*, dans certaines affaires de registre notamment (par ex. des décisions de l'Institut de la propriété intellectuelle ou de l'Office fédéral du registre du commerce).

Le *2e alinéa* explicite le principe énoncé ci-dessus: la dernière instance cantonale doit être un *tribunal supérieur*, qui statue en tant qu'*instance de recours*. Cela implique avant tout la suppression des deuxièmes instances inférieures (cf. art. 48, 2e al., let. a OJ), mais aussi celle des instances cantonales uniques, lorsqu'elles reposent uniquement sur le droit de procédure *cantonal* (par ex. compétence en première instance d'un tribunal cantonal supérieur à partir d'une certaine valeur litigieuse). Sont également concernés les tribunaux spécialisés statuant en unique instance (par ex. un tribunal de commerce), lorsque leur compétence en tant que première et unique instance ne résulte pas directement du droit fédéral (comme par ex. en matière de propriété intellectuelle). A l'exception de tels cas relevant du droit fédéral, les cantons seront donc tenus d'organiser désormais leur juridiction civile avec une double instance (ce que n'impose pas l'OJ en vigueur). Cependant, les cantons n'ont pas l'obligation de prévoir des voies de droit ordinaires et complètes pour tous les cas; le droit fédéral exige uniquement une instance de recours à tout le moins pour connaître des griefs qui peuvent être invoqués devant le Tribunal fédéral (en particulier, contrôle complet du droit s'agissant de violations du droit fédéral et du droit international; art. 88 en relation avec art. 104, 2e al., P-LTF).

Une double instance est également prévue en matière de *poursuite pour dettes et de faillite*. Cette règle vaut en tout cas pour les affaires judiciaires; pour les affaires de surveillance (recours selon l'art. 17 ss LP), il n'est en revanche pas nécessaire, à l'avenir non plus, de prévoir une double instance cantonale, à

savoir des autorités de surveillance supérieure et inférieure: l'organe d'exécution - tel l'office de poursuites ou de faillites, mais aussi des organes spéciaux tels qu'une administration spéciale de la faillite, un commissaire ou un liquidateur - dont la décision est contestée (par ex. saisie ou réalisation d'un gage), constitue l'*autorité de décision*, et par conséquent de première instance. Les cantons doivent toutefois veiller à ce que les fonctions de l'autorité de surveillance supérieure ou unique (instance de recours) soient assumées par un *tribunal*, exigence à laquelle satisfont déjà la presque totalité des cantons.

Les *tribunaux arbitraux* ne sont toujours pas considérés comme autorités précédentes, du moins pas lorsqu'on est en présence d'un cas de juridiction arbitrale interne à la Suisse. En revanche, l'autorité judiciaire selon l'article 3 du concordat sur l'arbitrage (RS 279) constitue une instance précédente.

Dans le cas d'un litige *international* jugé par un tribunal arbitral suisse, est applicable l'article 191 LDIP, auquel se réfère le *3e alinéa*. La disposition citée prévoit un *recours* direct au Tribunal fédéral contre la sentence arbitrale, recours qui ne peut être formé que pour des moyens spécifiques et limités (190 LDIP). Cette voie de droit demeure inchangée, mais il faut modifier l'article 191 LDIP en tant qu'il renvoie à la procédure du recours de droit public.

Article 72 Qualité pour recourir

Les voies de droit de la juridiction civile actuelle - recours en réforme et en nullité - ne définissent en principe pas la qualité pour agir. Elles prévoient uniquement que d'éventuels tiers (garants et intervenants) ont également qualité pour agir, pour autant que le droit cantonal leur confère les mêmes droits qu'aux parties (art. 53 et 74 OJ). Le nouveau recours en matière civile requiert par contre une définition du droit de recourir, car ce recours ne concerne pas uniquement les affaires civiles proprement dites, mais encore bon nombre d'affaires de droit public connexes (cf. le commentaire de l'art. 70 P-LTF).

Le *1er alinéa* arrête le principe. Le droit de former recours suppose la *participation* préalable (en tout ou partie sans succès) à la procédure devant la juridiction précédente (*let. a*). Est cependant aussi habilité à recourir quiconque a été privé de la possibilité de prendre part à cette procédure, parce que l'autorité précédente ne l'a, à tort, pas reconnu comme partie ou comme garant ou intervenant, voire qu'elle l'a simplement ignoré. Mais une telle atteinte, dite formelle, ne suffit pas à elle seule. S'y ajoute la condition matérielle de l'*intérêt juridiquement protégé* du recourant: la décision attaquée doit le toucher dans ses propres droits (*let. b*).

Selon le système retenu dans le projet, ont ainsi qualité pour recourir notamment: les parties principales et les tiers garants et intervenants dans un procès, les requérants dans une procédure unilatérale (juridiction gracieuse), des autorités ou des tiers auxquels le droit matériel reconnaît des droits de partie en dépit d'une absence de légitimation quant au fond (par ex. les associations, "tout intéressé" ou une personne faisant valoir en justice les droits d'un tiers et à laquelle le droit civil confère des droits d'agir en justice; cf. par ex. art. 78, 89, 108, 121, 260a, 482 CC, art. 7 LEg, 56 LPM, 10 LCD).

Cette même définition de la qualité pour recourir s'applique également en matière de poursuite pour dettes et de faillite: elle vaut sans autre pour les contestations portées devant les tribunaux (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 70 P-LTF). Mais elle vaudra désormais également pour les affaires de surveillance jusqu'ici susceptibles de recours, ce qui n'entraînera néanmoins pas une limitation notable de l'actuel droit de recours.

Selon le *2e alinéa,* la qualité pour recourir appartient aussi à certaines autorités fédérales, pour autant que soit en cause une affaire de droit public au sens de l'article 70, 2e alinéa, P-LTF et que l'autorité en question soit concernée dans son propre domaine de compétence (relevant par ex. du droit des registres).

Section 2: Recours en matière pénale

Voie de droit ordinaire en matière pénale, ce recours succède à l'actuel pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral des articles 268 ss PPF, tout en étendant son objet à d'autres cas (art. 73, 2e al.). Voie de recours unifiée, il reprend en outre les fonctions qu'assume aujourd'hui le recours de droit public dans les cas où le pourvoi en nullité n'est pas ouvert.

La réglementation du recours en matière pénale dans la présente loi constitue aussi une innovation formelle d'importance. Elle concrétise l'un des principes cardinaux du projet, qui veut que toutes les voies de droit au Tribunal fédéral soient réglées dans une seule et même loi. Elle remplace donc les articles 268 ss PPF, qui devront être abrogés.

Article 73 Principe

En premier lieu, le recours en matière pénale a pour l'essentiel le même objet que celui du pourvoi en nullité auquel il succède, soit les décisions répressives rendues en dernière instance. S'agissant des ordonnances de non-lieu, le recours est ouvert, conformément à la règle de l'article 74, uniquement contre les décisions rendues en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur. S'agissant des jugements, le recours est ouvert contre tout prononcé judiciaire, quel que soit son intitulé (jugement, arrêt, ordonnance, décision). Le prononcé peut concerner le fond (condamnation, libération, révocation du sursis, conclusions civiles) ou la procédure, et trancher tout ou partie des questions juridiques de l'espèce. Il peut aussi porter sur des mesures (art. 42 à 45, art. 91 CP) et sur l'exécution des peines ou mesures, lorsque ces décisions sont de la compétence du juge.

Désormais, cependant, toutes les décisions sur l'exécution des peines ou mesures peuvent faire l'objet d'un recours en matière pénale, y compris les décisions administratives, lesquelles sont aujourd'hui susceptibles d'un recours de droit administratif (cf. ATF *100* Ib 324). Cela résulte de l'article 73, *2e alinéa, lettre c* P-LTF. En vertu de la *lettre a* de cette même disposition, tel est aussi le cas des décisions en matière d'entraide pénale, alors que c'est aujourd'hui le recours de droit administratif qui est ouvert contre les décisions des autorités fédérales de première instance (Office fédéral de la police, Ministère public fédéral) ou des autorités cantonales de dernière instance (art. 25, 1er al., EIMP). Le projet de loi tranche ainsi un problème de délimitation, en rattachant

au recours en matière pénale ces deux catégories de décisions, qui sont fondées sur le droit public mais sont très proches du droit pénal.

Le pourvoi en nullité contre un prononcé civil est aujourd'hui ouvert si le jugement attaqué statue en même temps sur les conclusions civiles et pénales (art. 271, 1er al., PPF; ATF *118* II 410). Il ne l'est pas si le jugement ne porte que sur les conclusions civiles. Selon l'article 73, *2e alinéa, lettre b,* le critère ne réside plus dans le seul jugement attaqué. Ce qui importe, c'est de savoir s'il se justifie que le Tribunal fédéral juge simultanément les prétentions civiles et les questions pénales, que le jugement en cause l'ait fait ou non. Ce système est celui des articles 8 et 9 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5), tels qu'explicités par la jurisprudence du Tribunal fédéral: le justiciable a un droit à ce que le juge statue rapidement sur ses prétentions civiles et donc, lorsque cela est possible et justifié, dans le cadre de la procédure pénale (ATF *122* IV 37, *121* IV 207, *120* IV 44). Ainsi donc, le Tribunal fédéral fera application de l'alinéa 2 lettre b s'il estime que les prétentions civiles doivent être jugées en même temps, y compris dans les cas où l'autorité précédente ne l'aurait pas fait. A l'inverse, le recours en matière pénale ne sera pas ouvert lorsque les conclusions civiles sont seules en cause.

Du fait de la définition limitative du pourvoi en nullité et de la cognition de la Cour de cassation pénale, nombreux sont aujourd'hui les cas où seule la voie, subsidiaire, du recours de droit public est ouverte (art. 269, 2e al., PPF). Il en est ainsi lorsque la contestation porte sur l'application du droit pénal cantonal, matériel ou de procédure, et du droit étranger, sur l'appréciation des preuves, ou en cas de grief d'arbitraire ou de violation - directe (ATF *112* IV 138) - de la CEDH (une violation indirecte de la CEDH doit être invoquée dans le cadre d'un pourvoi en nullité: ATF *114* Ia 377). Il en est ainsi également lorsque la juridiction cantonale de dernière instance a statué avec une cognition restreinte sur l'application du droit fédéral (ATF *114* IV 73). Le recourant qui veut invoquer la violation tant du droit pénal fédéral que de ses droits constitutionnels doit former conjointement un pourvoi en nullité et un recours de droit public, à moins qu'il parvienne à articuler l'ensemble de ses moyens dans le même acte de façon clairement distincte (ATF *113* IV 45). Une présentation indistincte des deux types de griefs, fût-ce dans des mémoires séparés, peut entraîner l'irrecevabilité de l'un et l'autre recours (ATF *118* IV 293). L'unification de ces deux voies de droit permet d'invoquer l'ensemble de ces griefs dans un seul et même acte de recours. Grâce à quoi le nouveau recours en matière pénale soulagera le Tribunal fédéral - et les justiciables - de divers problèmes de délimitation qui s'avèrent souvent fort délicats.

Article 74 Autorités précédentes

Le principe général retenu par la commission d'experts est, on le rappelle, que la compétence du Tribunal fédéral doit être circonscrite au contrôle de la légalité des jugements d'autorités judiciaires statuant en dernière instance. De la même façon que les articles 71, pour le recours en matière civile, et 78, pour le recours en matière de droit public, l'article 74 concrétise ce principe pour le recours en matière pénale. Il énonce tout d'abord, à son alinéa premier, la règle de l'épuisement des instances cantonales. Mais le recours pourra aussi être formé contre les décisions du Tribunal pénal fédéral, auquel seront notamment

transférées les attributions actuelles des Assises fédérales, de la Cour pénale fédérale et de la Chambre d'accusation. Dans le cas où l'institution de ce tribunal devrait être remise à plus tard, une disposition transitoire sera ajoutée à la présente loi pour maintenir le régime actuel en vigueur (cf. chiffre 5.1.4. ci-dessus).

Le second alinéa impose aux cantons une double obligation: leur autorité de dernière instance doit être un tribunal supérieur, et ce tribunal doit statuer sur recours. Le recours en matière pénale n'est donc plus ouvert contre les jugements de tribunaux inférieurs, ni contre les prononcés pénaux d'autorités administratives. Et surtout, l'obligation de prévoir une double instance est imposée sans exception en matière pénale. Outre dans la nécessaire décharge du Tribunal fédéral, elle trouve sa justification dans l'article 2 du Protocole n° 7 à la CEDH (RS 0.101.07). Elle permettra en outre de renoncer à la réserve faite par la Suisse à l'article 14, 5e alinéa, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, RO *1993* 747).

Article 75 Qualité pour recourir

Le droit actuel désigne les personnes et autorités habilitées à se pourvoir en nullité (art. 270 PPF), sans donner une définition générale de la qualité pour recourir. Avec le recours unifié, une telle définition s'impose, pour marquer la distinction avec les autres voie de droit et parce que l'objet du recours est étendu à des matières connexes (art. 73, 2e al.). Au demeurant, la définition retenue ne s'écarte pas substantiellement du régime aujourd'hui en vigueur.

La condition formelle est la participation à la procédure devant la juridiction précédente (al. 1 let. a). C'est le corollaire du principe posé par l'article 74. La condition matérielle est l'existence d'un intérêt juridiquement protégé, ce qui correspond à la réalité du droit actuel. La liste des chiffres 1 à 5 énumère les cas où cette seconde condition est en principe réalisée. Elle correspond d'assez près au cercle des personnes désignées par l'article 270 PPF. Elle n'est toutefois qu'exemplaire, car les cas particuliers qui pourront se présenter dans le cadre d'un recours désormais unifié imposent de laisser une certaine marge d'appréciation au juge. Ainsi, notamment, ce recours entraîne une extension de la qualité pour agir de certaines catégories de recourants, tel le plaignant, en ce qu'il leur permet d'invoquer également la violation de leurs droits constitutionnels, faculté qui n'appartient aujourd'hui qu'à la victime. Il n'y a toutefois pas lieu de craindre une surcharge du Tribunal fédéral, dès lors que la procédure d'examen préalable lui permet de ne retenir que les recours qui méritent d'être examinés. La même remarque vaut pour l'accusateur public du canton et le Ministère public de la confédération, à quoi il faut ajouter que leur droit d'invoquer la violation de droits constitutionnels mettra fin à une distorsion aujourd'hui gênante et ira dans le sens d'un renforcement de l'application uniforme du droit fédéral.

L'alinéa 2 reprend, à sa lettre a, la règle de l'article 270, 6e alinéa, PPF, et reconnaît, à sa lettre b, le droit de recourir à certaines autorités fédérales en tant qu'elles agissent dans le cadre de leurs attributions légales (ainsi, par exemple, en matière d'entraide pénale).

Section 3: Recours en matière de droit public

Le recours en matière de droit public succède au recours de droit administratif (art. 97 ss OJ) et, dans une large mesure, au recours de droit public (art. 84 ss OJ). Il est recevable contre les actes définis à l'article 76 P-LTF, à condition qu'ils ne concernent pas des domaines exclus par l'article 77, qu'ils aient été rendus par une instance conforme aux articles 78 à 80, et que le recourant ait la qualité pour recourir en vertu des articles 81 ou 82. La procédure d'examen préalable au sens des articles 94 à 96 demeure réservée.

Article 76 Principe

L'objet du recours en matière de droit public est triple: il porte sur des décisions, sur des actes normatifs et sur des actes touchant aux droits politiques.

a) les décisions en matière de droit public

Dans la mesure où le recours en matière de droit public est une voie de droit unifiée qui prend la succession à la fois du recours de droit administratif et du recours de droit public, il n'y a plus lieu de distinguer selon que la décision attaquée repose sur le droit public fédéral ou cantonal. Dans les deux cas, la décision peut faire l'objet d'un seul recours devant le Tribunal fédéral, à savoir le recours en matière de droit public.

La décision au sens de la lettre a est une notion autonome qui est propre à la loi sur l'organisation judiciaire. Elle correspond à la notion fixée à l'article 5 PA ainsi qu'à celle définie jusqu'à présent par la jurisprudence fédérale dans le cadre du recours de droit public. Elle ne s'oppose toutefois pas à ce que soient déférées au Tribunal fédéral des affaires dans lesquelles sont en cause des actes qui, à l'instar de simples informations, ne constituent pas une décision. Dans la mesure où, en vertu de l'article 78 P-LTF, le Tribunal fédéral ne se prononce ordinairement que sur des jugements rendus en dernière instance par des organes judiciaires, la possibilité d'attaquer des actes de nature non décisionnelle dépend de la manière dont l'objet du recours est réglé au niveau des instances précédentes. Si cet objet est aussi limité aux décisions, la personne touchée devra demander à l'administration une décision constatatoire susceptible d'être attaquée.

Seules les décisions rendues en matière de droit public peuvent faire l'objet d'un recours sur la base de l'article 76 P-LTF. La distinction entre le droit public d'une part et le droit privé ainsi que le droit pénal d'autre part repose sur une longue tradition en Suisse. La doctrine et la jurisprudence ont à cet égard développé plusieurs critères de distinction. Dans la plupart des cas, le rattachement d'une norme au droit public ou au droit privé ne pose guère de problèmes. L'article 70, 2^{e} alinéa, tranche aussi quelques conflits potentiels en attribuant au recours en matière civile toutes les décisions qui sont en rapport direct avec le droit civil bien qu'elles aient été rendues sur la base du droit public. D'ailleurs, le facteur déterminant est exclusivement le droit qui régit le fond de l'affaire. Il ne suffit en effet pas qu'une décision soit rendue sur la base du droit procédural pour qu'elle soit rattachée au droit public: à titre d'exemple,

une mise en détention pendant une instruction pénale relèvera du recours en matière pénale. Si les instances précédentes se sont prononcées sur le droit qui régit le fond de l'affaire, notamment en appliquant du droit public cantonal, leur décision prédétermine la voie de recours ouverte devant le Tribunal fédéral, et cela même si l'applicabilité de ce droit est contestée par le recourant.

b) les actes normatifs cantonaux

La lettre b ouvre le recours en matière de droit public directement contre les actes normatifs cantonaux, conformément à une jurisprudence établie depuis 1876 (ATF II 484) et sanctionnée depuis par le législateur. La notion d'acte normatif cantonal équivaut à celle d'arrêté cantonal au sens de l'article 84, 1er alinéa, OJ. Elle vise ainsi toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales ou communales, y compris dans une certaine mesure les ordonnances administratives qui ont des effets externes (cf. ATF *122* I 44). Elle exclut en revanche les constitutions cantonales, car celles-ci font déjà l'objet d'un contrôle abstrait par l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure de garantie (art. 6 et 85 ch. 7 cst.).

La lettre b s'applique non seulement lorsque l'acte normatif cantonal est déféré au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa promulgation (art. 79, 1er al., et 93 P-LTF), mais aussi lorsque l'acte normatif cantonal a fait l'objet d'un recours devant une instance cantonale (art. 79, 2e al.). Le contrôle abstrait des arrêtés cantonaux est donc réservé au recours en matière de droit public, même si ces arrêtés ont trait au droit pénal ou au droit civil. Il est bien sûr toujours possible de faire valoir l'inconstitutionnalité ou l'illégalité d'un acte normatif cantonal lors d'un recours contre une décision qui applique cet acte.

Le recours en matière de droit public n'est pas ouvert directement à l'encontre d'actes normatifs fédéraux (voir aussi à ce sujet l'article 178 du projet 96 de réforme de la justice, FF *1997* I 513 ss, 540 ss). Ce n'est qu'à l'occasion d'un recours contre une décision d'application que le Tribunal fédéral pourra contrôler une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou une ordonnance fédérale quant à leur conformité au droit supérieur (art. 89 P-LTF).

c) les actes relatifs aux droits politiques

La lettre c reprend la règle de l'article 85 lit. a OJ et ouvre le recours en matière de droit public contre tous les actes qui concernent le droit de vote des citoyens ou qui ont trait aux élections et votations. L'objet de ce recours n'est pas limité aux seules décisions, mais il s'étend aussi aux actes matériels émanant du parlement ou du gouvernement cantonal (cf. art. 80 P-LTF).

Article 77 Exceptions

Actuellement, les articles 99, 100 et 129 OJ énoncent de multiples exceptions à la recevabilité du recours de droit administratif en fonction de l'objet de la décision ou du domaine concerné. A l'inverse, le recours de droit public ne connaît aucune exception de ce genre. Afin de contribuer à décharger le Tribunal fédéral, la commission d'experts a élaboré un catalogue d'exceptions

qui vaut aussi bien en matière de droit public fédéral que de droit public cantonal. Il convient en effet de soustraire d'office à la compétence de la cour suprême d'une part les affaires qu'elle n'est pas à même de bien juger en raison de la prédominance des facteurs d'opportunité, d'autre part les affaires où une instance unique de recours suffit.

Le catalogue d'exceptions a été conçu pour l'essentiel sous la forme de clauses générales partielles qui, sous certaines réserves expresses, excluent le recours dans des domaines complets. Une intervention du Tribunal fédéral reste toutefois possible dans ces domaines. Le deuxième alinéa réserve en effet la possibilité de recourir pour violation de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge (art. 25a projet 96 Réforme de la justice). De plus, la dernière instance est obligée de soumettre certaines questions à la décision du Tribunal fédéral au travers de la procédure de l'avis préjudiciel (art. 107 s. P-LTF).

Tous les objets ou domaines visés aux articles 99, 100 et 129 OJ n'ont pas été repris à l'article 77 P-LTF. Certains des actes visés à l'article 99 OJ ne sont pas des décisions au sens de l'article 5 PA et ne constituent donc pas de vraies exceptions. La commission d'experts a par ailleurs estimé que bon nombre des causes actuelles d'irrecevabilité étaient inutiles en raison de la procédure d'examen préalable prévue aux articles 94 à 96 P-LTF. Cette procédure permet au Tribunal fédéral de s'abstenir de rendre un jugement dans toutes les affaires qui ne soulèvent aucune question juridique fondamentale et n'entraînent aucune conséquence grave pour le recourant. Elle constitue ainsi un filtre plus fin qu'une clause d'irrecevabilité.

S'agissant des affaires que la législation fédérale attribuera en dernière instance encore au Conseil fédéral (cf. supra ch. 5.7.3), elles seront exclues d'office du recours en vertu de l'article 78 P-LTF. Le cas échéant, il conviendrait de compléter l'article 77 P-LTF afin que tous les domaines où le recours au Tribunal fédéral est irrecevable continuent à être exhaustivement mentionnés.

Article 78 Instances précédentes en général

L'un des principaux moyens pour décharger le Tribunal fédéral est d'améliorer le contrôle judiciaire préalable dans toutes les affaires susceptibles de lui être déférées. Cela permet d'abord de réduire le nombre de recours, car l'indépendance du juge assure déjà une bonne protection judiciaire. Cela autorise aussi à libérer le Tribunal fédéral d'un plein contrôle des faits (cf. art. 100 P-LTF). Cela facilite enfin l'analyse des questions juridiques, car le droit applicable au cas d'espèce a déjà été examiné par un organe judiciaire.

S'agissant des actes d'autorités fédérales, le Tribunal fédéral ne statuera en principe que sur les jugements rendus par le *Tribunal administratif fédéral* (cf. supra ch. 5.7). Il n'y aura plus de recours direct au Tribunal fédéral à l'encontre de décisions d'autorités administratives, sous réserve des décisions de la Chancellerie fédérale en matière de droits politiques (art. 80 P-LTF). Le Tribunal administratif fédéral sera dès lors le premier garant de l'unité de l'application du droit au niveau fédéral.

Le Tribunal fédéral continuera cependant à statuer sur les recours contre les décisions de l'*autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de*

radio-télévision (al. 1 lit. b). Un passage préalable devant le Tribunal administratif fédéral est exclu en la matière.

Si le premier alinéa impose aux recourants d'épuiser au préalable les *instances cantonales* (cf. art. 86 et 98 lit. g OJ), le second alinéa oblige les cantons à instituer un tribunal comme dernière instance cantonale dans toutes les affaires susceptibles du recours en matière de droit public en vertu des articles 76 lit. a et 77. Il reprend donc la règle prévue actuellement à l'article 98a, 1er alinéa, OJ pour les domaines où le recours de droit administratif est ouvert. Il l'étend néanmoins aussi aux affaires qui ne peuvent actuellement faire l'objet que d'un recours de droit public. La commission d'experts est d'avis que tous les cantons doivent être dorénavant dotés d'une juridiction administrative disposant d'une compétence générale et d'un plein pouvoir d'examen (cf. art. 103 à 105 P-LTF; supra ch. 5.1; voir aussi art. 179a projet 96 Réforme de la justice, FF *1997* I 548 s.). La seconde phrase du deuxième alinéa réserve toutefois aux cantons la possibilité de désigner une autorité non judiciaire comme dernière instance dans les affaires à caractère politique prépondérant, telles que l'adoption d'un plan directeur ou l'octroi de la citoyenneté cantonale à un confédéré.

Article 79 Autorités précédentes en cas de recours contre un acte normatif

Le recours est ouvert directement contre les actes normatifs cantonaux (cf. aussi art. 93 P-LTF). Les cantons n'ont donc aucune obligation d'attribuer à une instance judiciaire la compétence de contrôler abstraitement les actes normatifs cantonaux. Si toutefois une telle voie de droit existe au niveau cantonal, les particuliers restent tenus de recourir d'abord devant cette instance judiciaire avant de déférer l'affaire au Tribunal fédéral.

Article 80 Autorités précédentes en matière de droits politiques

Le premier alinéa reprend la règle de l'article 86 OJ et enjoint aux citoyens d'épuiser les instances de recours avant de recourir au Tribunal fédéral pour violation des droits politiques.

En matière de *droits politiques cantonaux*, les cantons sont dorénavant tenus par le deuxième alinéa d'établir une instance de recours contre tout acte d'autorité qui est susceptible de violer les droits politiques des citoyens. C'est ainsi que l'intervention d'une autorité communale dans une campagne référendaire (par ex. par le versement d'une subvention à un comité) doit pouvoir être déférée devant une instance cantonale avant d'être soumise au Tribunal fédéral. Le deuxième alinéa ne prescrit en revanche pas que la compétence juridictionnelle soit attribuée à un tribunal cantonal, laissant cette question à l'interprétation future de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge (art. 25a projet 96 Réforme de la justice).

Actuellement, la plupart des cantons excluent tout recours au niveau cantonal contre les actes du parlement ou du gouvernement en matière de droits politiques. La commission d'experts est d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'obliger les cantons à changer sur ce point leur système juridictionnel. C'est pourquoi l'article 80 P-LTF permet d'attaquer devant le Tribunal fédéral

directement les actes du parlement ou du gouvernement qui ne sont pas susceptibles d'un recours cantonal.

S'agissant des *droits politiques fédéraux*, la lettre b du premier alinéa étend la juridiction du Tribunal fédéral à toutes les décisions des gouvernements cantonaux et de la Chancellerie fédérale. Les recours au Conseil fédéral et au Conseil national (cf. art. 81 et 82 Loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1) seront donc remplacés par le recours au Tribunal fédéral. Un recours préalable au Tribunal administratif fédéral est exclu. Le projet ne règle en revanche pas la question de la compétence pour statuer sur la validité d'initiatives populaires. Cette question doit être réglée prioritairement au niveau constitutionnel (cf. art. 177a projet 96 Réforme des droits populaires, FF *1997* I 451, 490 ss).

Article 81 Qualité pour recourir: en général

La définition de la qualité pour recourir est un point central de tout système juridictionnel. C'est elle qui fixe le cercle des personnes à qui est reconnue la faculté de contester un acte. C'est d'elle que dépend le droit d'accès à la justice. En Suisse, le contentieux de droit public connaît deux conceptions de la qualité pour recourir. L'une exige un intérêt juridiquement protégé, l'autre requiert un intérêt digne de protection.

Dans le recours de droit public, le recourant doit invoquer que l'acte attaqué porte atteinte à ses intérêts juridiquement protégés (art. 88 OJ). Autrement dit, il doit prétendre que l'acte attaqué viole une norme dont le but est de protéger ses intérêts et qui, par conséquent, lui accorde un droit subjectif. Dans le recours de droit administratif, au contraire, le recourant doit simplement avoir un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé ou modifié (art. 103 lit. a OJ). Il peut s'agir aussi bien d'un intérêt juridiquement protégé que d'un intérêt de fait. Pour que le recourant puisse agir, il n'est donc pas nécessaire qu'il soit affecté dans des intérêts que la norme prétendument violée a pour but de protéger; point n'est même besoin que l'ordre juridique reconnaisse implicitement l'existence des intérêts lésés.

En dépit des apparences, la mise en oeuvre de ces deux conceptions aboutit dans une large mesure à un résultat similaire. Le destinataire de la décision attaquée possède en principe à la fois un intérêt juridiquement protégé et un intérêt digne de protection. En définitive, l'exigence d'un intérêt juridique ne joue un rôle important que dans deux hypothèses. La première est celle où le destinataire de l'acte contesté fait valoir exclusivement que ce dernier est arbitraire ou entraîne une inégalité de traitement (art. 4, 1er al., cst.). La seconde hypothèse est celle où le recourant est un tiers qui s'en prend à une décision dont il n'est pas le destinataire. Dans ces deux cas, la qualité pour recourir dépend du droit matériel infra-constitutionnel qui régit l'affaire: la disposition légale appliquée par l'autorité doit accorder un droit subjectif au recourant.

L'exigence d'un intérêt juridiquement protégé est certes un moyen pour restreindre l'accès à la justice. Il a néanmoins, de l'avis de la commission d'experts, un coût trop élevé. L'établissement des intérêts protégés par le droit matériel prétendument violé est souvent fort délicat. Il ne décharge guère le

Tribunal fédéral, car celui-ci est tenu de procéder à une analyse détaillée du sens de dispositions légales avant de pouvoir déclarer irrecevable le recours. Il exclut enfin globalement certains domaines du contrôle judiciaire (par exemple: les actes octroyant un privilège, un droit ou un avantage; les actes dont il est prétendu qu'ils violent une norme qui a pour seul but de défendre l'intérêt général), empêchant l'effet préventif que constitue le risque d'une sanction en cas d'arbitraire ou d'inégalité de traitement.

La lettre c du premier alinéa reprend la règle prévue actuellement pour le recours de droit administratif et l'étend à l'ensemble de la juridiction fédérale en matière de droit public. Pour que le recourant ait la qualité pour agir, il lui faut un *intérêt digne de protection:* le jugement réclamé doit avoir pour conséquence à la fois de rétablir une situation conforme au droit et de supprimer le dommage subi. En d'autres termes, le recourant doit d'une part prétendre que cet acte est irrégulier et d'autre part établir que l'acte contesté lui fait supporter un préjudice ou le prive d'un avantage dans sa situation propre.

De l'avis de la commission d'experts, cette solution ne va pas à l'encontre de l'objectif général du projet, à savoir décharger le Tribunal fédéral. D'abord, elle allège notablement la tâche de ce dernier, car, en dissociant la question de procédure et celle de fond, elle lui épargne l'obligation de se prononcer sur le sens du droit matériel en même temps que sur la recevabilité. Ensuite, l'extension du cercle des recourants potentiels est compensée — et bien au-delà — par la procédure d'examen préalable prévue aux articles 94 à 96 P-LTF.

La commission d'experts estime cependant que la pratique a parfois été trop généreuse dans la reconnaissance de la qualité pour agir à des tiers. C'est pourquoi elle a rendu plus stricte une autre condition, à savoir celle de l'intérêt personnel. Selon la *lettre b* du premier alinéa, le recourant doit être *spécialement touché* par l'acte attaqué. Il doit donc avoir un intérêt personnel qui se distingue nettement de l'intérêt général des autres membres de la collectivité dont l'organe a statué. Toutefois, lorsque l'acte attaqué est un acte normatif cantonal, l'intérêt personnel peut être simplement virtuel: celui-ci est donné s'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF *122* I 90, 92). Dans les autres cas, l'intérêt personnel doit en principe être encore actuel, car le jugement demandé doit être apte à éliminer le dommage causé par l'acte attaqué.

La lettre a du premier alinéa énonce expressément une autre condition que la pratique a jusqu'à présent déduite de l'exigence d'un intérêt digne de protection. Il faut en effet que le recourant ait été *partie devant l'instance de recours précédente* ou que ses droits de partie lui aient été refusés (ATF *121* II 224, 227; voir aussi l'art. 104 P-LTF). Cette condition ne s'applique bien entendu pas lorsqu'un acte normatif est déféré directement au Tribunal fédéral (cf. art. 79, 1er al., P-LTF).

Le *deuxième alinéa* transcrit la pratique actuelle dans le recours pour violation des droits politiques: tout électeur de la collectivité concernée a la qualité pour recourir contre un acte susceptible de porter atteinte à ses droits politiques (par ex. ATF *121* I 252, 255).

Article 82 Qualité pour recourir: cas particuliers

Cet article énonce un certain nombre de cas dans lesquels des autorités ou des collectivités sont habilitées à recourir pour défendre l'intérêt public.

La *lettre a* vise à assurer une application uniforme du droit fédéral. Elle reprend la règle de l'article 103 lettre b OJ en accordant aux départements fédéraux un droit de recours. Elle étend cette règle à la Chancellerie fédérale afin que celle-ci soit aussi habilitée à recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de personnel. L'administration fédérale ne bénéficie cependant de la qualité pour recourir que dans les affaires qui touchent à ses tâches. L'unification du recours de droit administratif et du recours de droit public n'aboutit donc pas à un élargissement de la qualité pour agir de l'administration fédérale, si ce n'est que le recours pourra porter dorénavant aussi sur un acte normatif cantonal.

La *lettre b* attribue aux communes et aux autres collectivités publiques le droit de recourir contre les actes cantonaux qui portent atteinte à des garanties que la constitution cantonale leur reconnaît. Il peut s'agir d'atteintes à leur autonomie, à leur existence ou à leur territoire. Cette disposition transcrit la jurisprudence rendue dans le cadre du recours de droit public (ATF *119* Ia 214, 216). Elle n'empêche pas que d'autres lois fédérales accordent aux communes un droit de recours plus large pour la défense d'intérêts publics (par ex. art. 34, 2^{e} al., LAT, RS 700). Elle n'exclut pas non plus que la jurisprudence leur reconnaisse la qualité pour recourir dans d'autres situations sur la base de l'article 81, 1er alinéa , P-LTF.

Depuis le début du siècle, la jurisprudence dénie strictement aux gouvernements cantonaux la qualité pour agir dans le recours de droit public contre des décisions prétendument inconstitutionnelles d'instances cantonales. Cette pratique est motivée par le fait que les collectivités publiques ne sont pas titulaires des droits constitutionnels (ATF *120* Ia 95, 96 s.). Cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, car les cantons n'ont aucun moyen de se défendre contre les jugements d'une autorité judiciaire cantonale qui déclarerait un acte normatif cantonal contraire au droit fédéral sur la base d'une interprétation de ce dernier non conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral. C'est pourquoi la commission d'experts a introduit à la *lettre c, chiffre 2,* un droit de recours spécial pour les gouvernements cantonaux lorsque est en jeu la compatibilité d'une loi cantonale avec le droit fédéral ou le droit international.

En conséquence du projet de réforme de la Constitution fédérale en matière de justice (art. 178, 2^{e} al., projet 96; FF *1997* I 540 ss), la *lettre c, chiffre 1* accorde aux gouvernements cantonaux le droit de recourir contre un acte d'application d'une loi fédérale en invoquant la violation des compétences cantonales. Ce droit de recours spécial a toutefois une portée limitée, car il ne peut être exercé qu'à l'encontre de décisions rendues en dernière instance (art. 78, 1er al., P-LTF) alors même que le grief d'inconstitutionnalité de la loi fédérale ne peut pas être soulevé devant les instances qui précèdent le Tribunal fédéral (projet 96 Réforme de la justice, art. 178, 4e al., FF *1997* I 540).

La *lettre d* reprend la règle de l'article 103 lettre c OJ. Elle pose néanmoins une condition de forme plus stricte dans la mesure où elle réserve au législateur fédéral la compétence d'accorder la qualité pour recourir à d'autres personnes,

organisations ou autorités. Cette règle ne s'applique pas à une association qui défend les intérêts de ses membres; la qualité pour recourir de celle-ci doit être analysée sur la base de l'article 81 P-LTF.

Chapitre quatrième: Procédure de recours

Section 1: Décisions attaquables

Article 83 Décisions finales

Cet article énonce le principe selon lequel seules les décisions finales peuvent faire l'objet d'un recours; le Tribunal fédéral ne doit avoir à s'occuper qu'une seule fois d'une affaire. Le recours contre des décisions partielles ainsi que des décisions préjudicielles et incidentes n'est ouvert que dans des cas tout à fait exceptionnels (art. 84 à 86 P-LTF).

A la différence du droit en vigueur, le projet définit désormais expressément et de façon uniforme pour tous les recours la *notion* de décision finale, ce qui constitue une simplification générale. Il s'agit des décisions qui mettent fin à l'instance.

Cette définition correspond à la notion usuelle de décision finale dans la juridiction de droit public et de droit administratif; pour la juridiction civile en revanche, cela constitue une nouveauté: à la différence de ce que prévoit l'actuel article 48 OJ, il ne doit plus nécessairement s'agir d'une décision qui règle définitivement la question juridique litigieuse quant au fond; il suffira bien plutôt à l'avenir qu'elle mette fin à la procédure devant l'instance inférieure (aspect purement procédural). L'extension partielle de l'objet du recours liée à cette notion est cependant compensée par la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF).

Exemples: les décisions de dernière instance en matière de protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC), voire l'inscription provisoire de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs (art. 839, 961 CC), sont désormais considérées comme des décisions finales. Il en va de même pour les décisions portant sur des mesures protectrices dans la mesure où elles sont prises *indépendamment* d'une procédure principale (par ex. une décision provisoire de protection de la possession ou le séquestre selon la LP). En revanche, pour les recours contre des mesures provisionnelles qui sont arrêtées à l'ouverture d'une procédure principale, voire au cours de cette procédure, ce sont les étroites limites de l'article 86 P-LTF qui s'appliquent en plus des critères de l'examen préalable.

Article 84 Décisions partielles

Selon la systématique du projet, la décision partielle est en quelque sorte une variante de la décision finale. Cette décision ne met pas totalement fin à la procédure devant l'instance inférieure, mais statue uniquement sur une ou plusieurs des conclusions en cause. De telles décisions partielles ne sont attaquables qu'à certaines conditions strictes qui doivent être remplies *en plus* des conditions de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF) et doivent répondre à l'exigence de l'économie de la procédure:

Ces décisions sont attaquables en premier lieu en cas de *cumul objectif d'actions* (par ex. action premièrement en vue de la cessation et de l'interdiction d'un trouble et deuxièmement en vue de l'obtention de dommages-intérêts et de réparation du tort moral). En effet, le tribunal ne doit pas statuer dans la même décision sur toutes les conclusions cumulées; au contraire, il peut statuer d'abord sur une conclusion et scinder ainsi la procédure (par ex. décision préalable sur la cessation et l'interdiction de trouble puis, plus tard, examen de la question des dommages-intérêts). Lorsque la conclusion liquidée par une décision partielle aurait aussi pu faire l'objet d'une procédure distincte, on est en présence d'une décision partielle susceptible de recours au sens du projet *(let. a)*. Ce serait le cas dans l'exemple mentionné.

Mais une décision partielle attaquable est possible également en cas de *cumul subjectif d'actions* (consorité); ainsi, notamment, lorsque la décision ne concerne pas tous les consorts, mais qu'elle met fin à la procédure à l'égard d'un seul ou de plusieurs d'entre eux *(let. b)*. Par exemple lorsque trois codébiteurs solidaires A, B et C sont actionnés, le tribunal peut se limiter à examiner d'abord l'obligation de réparer de C, notamment parce que l'administration des preuves est plus simple.

Selon la systématique du projet, les *décisions préjudicielles ou incidentes* sont à distinguer de ces décisions partielles: les premières ne liquident pas entièrement une conclusion, mais fournissent seulement une réponse à *un aspect* formel ou matériel (par ex. la question de la compétence à raison du lieu, la constatation de la faute ou la constatation qu'il n'y a pas prescription dans une procès en responsabilité civile, la question de l'obligation d'une EIE). De telles décisions ne sont pas attaquables en tant que décisions partielles, mais - là aussi à certaines conditions qui leur sont propres - le cas échéant comme décisions préjudicielles ou incidentes (art. 85 et 86 P-LTF).

N'est pas non plus considérée comme décision partielle - mais comme décision finale - la décision portant sur ce que l'on nomme une *action partielle* (action portant seulement sur une partie d'une créance totale).

Articles 85 et 86

Dans le droit en vigueur, la possibilité d'attaquer des décisions préjudicielles ou incidentes n'est pas réglée de la même façon pour tous les recours régis par l'OJ. Le projet offre l'occasion attendue d'uniformiser le droit. S'agissant des *restrictions d'accès*, il ne faut pas perdre de vue que, dans la mesure où les dispositions commentées ci-après assortissent la possibilité de former recours à des conditions particulières, celles-ci *s'ajoutent* aux critères généraux de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF). Comme indiqué ci-dessus pour les décisions partielles, on peut donc parler dans ce sens de „double restriction".

Une telle rigueur est tout à fait justifiée, car admettre que les décisions préjudicielles et incidentes ainsi que les décisions sur mesures provisionnelles sont en principe attaquables comme elles le sont dans le cadre de l'actuel recours de droit public (à l'exception du recours pour violation de l'art. 4 cst, cf. art. 87 OJ), engendrerait une trop grande charge du Tribunal fédéral.

Décisions préjudicielles et incidentes

Selon la terminologie du projet, il faut distinguer deux sortes de décisions préjudicielles et incidentes, à savoir, d'une part, celles qui concernent la *compétence* de l'autorité de jugement (art. 85) et, d'autre part, les *„autres"* (art. 86). Le projet assimile en outre à ces dernières les décisions sur *mesures provisionnelles* qui sont prises dans le cadre d'une procédure principale.

En plus des critères généraux de l'examen préalable (art. 94 ss P-LTF), la recevabilité du recours est subordonnée d'abord à la condition commune que la décision préjudicielle ou incidente ait été prise *séparément.* Ainsi donc, il ne suffit pas, par exemple, que l'instance précédente ait admis tacitement sa compétence, mais il faut encore qu'elle ait rendu et notifié une décision formelle sur cette question préjudicielle.

Les autres conditions de recevabilité se rapportent au *contenu* de la décision préjudicielle ou incidente (prise séparément).

Si la décision attaquée concerne la *compétence*, elle est en sans autre attaquable *(art 85, 1er al.)*, aux conditions générales de l'examen préalable des articles 94 ss P-LTF, et dans le délai ordinaire de l'article 92 P-LTF. Si ce dernier n'a pas été utilisé, la compétence ne peut plus être contestée dans le cadre d'un recours contre la décision finale *(art. 85, 2e al.)*. Cela correspond en substance à la règle actuelle pour le recours en réforme (art. 49 OJ).

En revanche, si la décision préjudicielle ou incidente (prise séparément) concerne *une autre question préjudicielle ou incidente* - laquelle peut être de nature matérielle ou formelle (par ex. la question de la qualité pour agir, de la récusation, de l'assistance judiciaire gratuite, de la prescription) - , des conditions supplémentaires s'appliquent en plus des critères de l'examen préalable *(art. 86, 1er al.)*: soit la décision doit cause un préjudice irréparable *(let. a;* cela correspond à la règle actuelle de la procédure administrative, cf. art. 45 PA), soit le recours doit pouvoir, s'il est admis, conduire immédiatement à une décision finale *(let. b).* Si par exemple, dans un procès portant sur la responsabilité civile, la causalité est admise par une décision incidente et que celle-ci fait l'objet d'un recours, l'admission du recours signifierait la négation de la causalité et l'action en réparation du dommage causé devrait être rejetée (décision finale). L'ouverture de ce recours s'inspire de la règle de l'article 50, 1er alinéa, OJ.

Si ces „autres décisions préjudicielles et incidentes" prises séparément ne sont pas attaquées séparément, cela n'entraîne pas la forclusion: à la différence des décisions préjudicielles sur la compétence, elles peuvent encore être attaquées dans le cadre d'un recours contre la décision finale *(art. 86, 2e al.;* cf. en revanche art. 85, 2e al.).

Mesures provisionnelles

L'article 86 P-LTF s'applique enfin également aux décisions sur *mesures provisionnelles*. Comme les „autres décisions préjudicielles et incidentes", celles-ci ne sont attaquables qu'aux conditions suivantes: premièrement - selon les critères généraux de l'examen préalable - il faut que se pose une *question juridique de principe* et que la décision attaquée soit susceptible d'entraîner des

conséquences graves (art. 95, 2e al.); deuxièmement, il faut en plus que la décision cause un *préjudice irréparable (art. 86, 1er al., let. a)*. La commission d'experts avait même envisagé une procédure d'examen préalable particulière pour les décisions sur mesures provisionnelles; mais elle a finalement pu y renoncer, car les critères d'accès décrits - ce que l'on peut appeler la double restriction - permettent déjà de décharger suffisamment le tribunal.

Les mesures provisoires prises dans le cadre d'une procédure de divorce (art. 145 CC), par exemple, ne pourront guère faire l'objet d'un examen séparé du Tribunal fédéral si elles ne concernent que le montant des prestations d'entretien en cours de procès. En revanche, la question de la garde provisoire des enfants durant le procès pourrait être attaquée, car ici le provisoire crée souvent un préjudice de fait - irréparable - et atteint gravement les droits des parents. Il en va de même d'autres décisions sur mesures „quasi" provisoires qui seraient susceptibles de créer un préjudice; on pense notamment aux mesures de protection de la personnalité au sens de l'article 28c CC.

Il faut souligner que la restriction supplémentaire du préjudice irréparable ne s'applique qu'aux décisions sur mesures provisionnelles prises à l'ouverture ou au cours d'une procédure principale (par ex. le règlement de l'entretien pendant la durée du procès en divorce, art. 145 CC); les décisions de dernière instance sur des mesures provisionnelles qui sont prises indépendamment d'une procédure principale sont en revanche des décisions finales et sont donc soumises "uniquement" à l'examen préalable (cf. commentaire de l'art. 83).

Article 87 Déni de justice et retard injustifié

D'un point de vue formel, il n'est pas fait mention ici de l'objet du recours, la passivité pure et simple d'une autorité étant seule visée (refus de statuer ou retard au sens strict): l'autorité refuse expressément ou tacitement de rendre une décision dans un délai convenable. Toutefois, si cela résulte d'une décision formelle, il n'y a pas déni de justice ou retard injustifié au sens de la présente disposition, mais une décision attaquable selon les articles 83 ss P-LTF. La distinction est d'importance pour le respect du délai de recours (cf. art. 92 P-LTF).

Section 2: Motifs de recours

Article 88 En général

La mise en place de recours unifiés implique que la nature des griefs invoqués n'a aucune influence sur la voie de droit ouverte. En d'autres termes, les recourants peuvent soulever, dans n'importe lequel des trois recours unifiés, des griefs qui sont, actuellement, réservés à des voies de droit spécifiques. C'est ainsi que la violation de dispositions constitutionnelles fédérales pourra être contrôlée aussi bien dans le recours en matière de droit public que dans ceux en matières civile et pénale.

La violation du droit fédéral, au sens de la *lettre a*, inclut aussi la violation de la Constitution fédérale. La distinction entre les droits constitutionnels et les autres dispositions constitutionnelles ne joue en principe plus de rôle. Lors du

contrôle concret de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale, néanmoins, les règles constitutionnelles sur la compétence de la Confédération ne peuvent pas être invoquées par les particuliers (cf. art. 89 P-LTF).

La *lettre b* mentionne séparément le droit international, car celui-ci représente une source autonome du droit. Conformément à la pratique actuelle, les particuliers ne peuvent invoquer une disposition du droit international que si celle-ci est directement applicable (cf. ATF *119* V 174 ss).

Afin de préserver l'autonomie cantonale, l'article 88 maintient le principe selon lequel il n'appartient pas au Tribunal fédéral de contrôler l'interprétation ou l'application du droit cantonal. Il conserve cependant les quatre exceptions en vigueur aujourd'hui.

Premièrement, le recours est, selon la *lettre c*, ouvert pour violation des droits constitutionnels cantonaux (cf. art. 84 lit. a OJ). Cette notion inclut aussi les garanties que les constitutions cantonales accordent aux communes ou à d'autres corporations de droit public (cf. art. 82 lit. b P-LTF).

Deuxièmement, lorsqu'est attaqué un acte cantonal en matière de droits politiques (art. 76 lit. c P-LTF), la *lettre d* permet de faire valoir la violation de n'importe quelle règle cantonale qui est en rapport étroit avec la capacité électorale ou avec l'exercice des droits politiques. Conformément à la jurisprudence, il peut s'agir aussi bien de normes constitutionnelles que de dispositions législatives.

Troisièmement, la *lettre e* ouvre le recours au Tribunal fédéral pour violation du droit intercantonal (cf. art. 113, 1er al., ch. 3 cst, art. 84, 1er al., lit. b OJ). Cette dernière notion vise non seulement les concordats, mais l'ensemble des accords intercantonaux, quelle que soit leur forme.

Quatrièmement et dernièrement, la violation de dispositions légales cantonales peut être constitutive d'une violation du droit fédéral au sens de la lettre a (par exemple d'un droit fondamental garanti par la Constitution) ou du droit international au sens de la lettre b (par exemple de la Convention européenne des droits de l'homme).

La liste exhaustive de l'article 88 a pour conséquence que le Tribunal fédéral ne pourra plus contrôler l'opportunité de décisions administratives, contrairement à ce que les articles 104 lit. c et 132 lit. a OJ prévoient actuellement. Il n'appartient en effet pas à une juridiction suprême de se prononcer sur l'opportunité d'actes administratifs. La violation des limites juridiques à l'exercice du pouvoir d'appréciation lors de l'application de la législation fédérale représente toutefois une violation du droit fédéral qui peut être soumise à l'examen du Tribunal fédéral en vertu de la lettre a.

L'article 88 ne reprend pas non plus le grief d'une application incorrecte du droit étranger, à la différence de l'article 43a, 2^{e} alinéa, OJ qui a été introduit en 1989 par la loi fédérale sur le droit international privé. La commission d'experts est d'avis qu'il n'est pas du ressort d'une cour suprême de veiller à la bonne application du droit étranger. Tout contrôle n'est cependant pas entièrement exclu. Le droit fédéral au sens de la lettre a est en effet violé si le droit étranger a été interprété de manière manifestement erronée ou si le droit étranger auquel renvoie la règle suisse de conflit n'a pas été appliqué. Le présent projet

revient ainsi à un système proche de celui que connaissent la France et l'Allemagne.

Article 89 Contrôle des lois fédérales

Cette disposition correspond à l'article 178 du projet 96 de réforme de la justice présenté dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale (FF *1997* I 413 ss, 540 ss). Il faut relever que le contrôle des lois fédérales fait l'objet d'un processus de décision particulier (art. 19 P-LTF).

Article 90 Constatation inexacte des faits

La commission d'experts conçoit le rôle du Tribunal fédéral comme celui d'une instance de révision du droit. La constatation des faits et leur contrôle sont du ressort des instances précédentes. C'est pourquoi l'article 90 pose comme principe que le recours ne peut pas critiquer les constatations de fait. L'état de fait établi par l'instance précédente lie le Tribunal fédéral (cf. aussi art. 100 P-LTF).

L'interdiction de critiquer la manière dont l'instance précédente a établi les faits n'est toutefois pas absolue. Le recourant peut d'abord invoquer que les faits constatés sont manifestement inexacts, donc que l'instance précédente a commis un arbitraire. Il peut aussi faire valoir que, lors de la constatation des faits, l'instance précédente a violé une disposition visée par l'article 88. Il peut s'agir de la violation d'une règle de procédure relative à l'établissement des faits, notamment la violation d'une garantie rattachée à l'article 4 cst. telle que le droit d'être entendu. La violation peut néanmoins aussi consister en un état de fait incomplet, car l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci.

L'existence d'une violation du droit lors de la constatation des faits n'est pas une condition suffisante pour déclarer bien fondé un recours contre une décision. Il faut encore que cette violation du droit soit susceptible d'avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure. Le recourant doit donc rendre vraisemblable que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit. Cette exigence a l'avantage d'éviter une prolongation inutile de la procédure. Elle comporte néanmoins deux limites implicites. S'agissant d'abord des décisions fondées sur le droit matériel cantonal, le Tribunal fédéral n'est pas habilité à interpréter librement le droit cantonal à moins que la violation de celui-ci ne constitue un motif de recours au sens de l'article 88 P-LTF; l'exigence d'une influence sur la décision finale doit être considérée comme remplie si une décision différente n'est pas manifestement exclue, c'est-à-dire si l'interdiction de l'arbitraire n'empêche pas l'autorité précédente de prendre dans le cas d'espèce une autre décision que celle attaquée. Par ailleurs, au cas où l'objet du recours est une décision incidente ou provisoire, le Tribunal fédéral ne peut pas statuer sur le caractère déterminant des faits contestés sans préjuger du fond de l'affaire; il doit se contenter d'estimer si ces faits pourront jouer un rôle quelconque lors de la décision finale.

Pour la commission d'experts, le rôle du Tribunal fédéral comme instance de révision du droit doit valoir aussi dans les cas où l'autorité précédente a statué comme instance unique, et cela même s'il ne s'agit pas d'une autorité judiciaire (cf. art. 78, 2e al., *in fine* et art. 80 P-LTF). Le deuxième alinéa prévoit cependant une exception pour les recours contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral: vu la nature des délits soumis à la juridiction pénale fédérale, un libre contrôle des faits par le Tribunal fédéral s'impose afin de respecter pleinement le principe de la double instance.

Section 3: Moyens nouveaux (art. 91)

Dans la mesure où le Tribunal fédéral est conçu comme une instance de révision du droit à laquelle il n'appartient en principe pas d'établir les faits (cf. art. 90 et 100 P-LTF), les parties sont tenues de présenter devant les instances précédentes tous les faits qui leur paraissent pertinents et d'offrir à ces instances tous les moyens de preuve adéquats. En vertu du premier alinéa, il est donc interdit aux parties de présenter pour la première fois lors du recours au Tribunal fédéral des *faits* ou des *preuves* qu'elles auraient déjà dû avancer dans la procédure devant les instances précédentes. L'interdiction des *nova* n'est pourtant pas absolue. Elle comporte un certain nombre d'exceptions.

D'abord, les faits nouveaux sont admissibles au cas où seule la décision de l'instance précédente les a rendus pertinents. C'est ainsi que les critiques relatives à la régularité de la procédure devant l'instance précédente (par exemple une violation du droit d'être entendu lors de mesures probatoires) doivent pouvoir être soutenues par des faits qui n'ont pas été invoqués devant cette instance. De même, lorsque la décision de l'instance précédente a été fondée sur un nouvel argument juridique auquel les parties n'avaient pas été confrontées précédemment, les recourants peuvent (aux conditions prévues par l'article 90 P-LTF) avancer devant le Tribunal fédéral les faits nouveaux qui démontrent que l'argumentation de l'instance précédente est contraire au droit.

Les faits nouveaux sont aussi admissibles lorsqu'ils concernent des arguments juridiques que les recourants ne pouvaient pas faire valoir devant les instances précédentes. L'interdiction des *nova* ne s'applique en effet pas aux faits qui déterminent la recevabilité du recours devant le Tribunal fédéral (par exemple la date de notification de la décision de l'instance précédente). Elle ne vaut pas non plus pour les faits relatifs à l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale – grief que seul le Tribunal fédéral sera habilité à examiner (cf. art. 178; 4e al., projet 96 Réforme de la justice) –, ni lors de recours déposés directement à l'encontre d'actes normatifs cantonaux (art. 79, 1er al., P-LTF) ou contre des actes du parlement ou du gouvernement cantonal en matière de droits politiques (art. 80, 2e al., *in fine* P-LTF).

Il faut relever que seuls les faits antérieurs à la décision attaquée peuvent être présentés dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral. Les faits postérieurs à celle-ci peuvent par contre éventuellement ouvrir la voie à une demande de révision (cf. art. 116 P-LTF).

Vu que le recours au Tribunal fédéral est subsidiaire aux voies de droit prévues par le droit fédéral ou cantonal, l'objet du litige (le "Streitgegenstand") est toujours circonscrit par la procédure qui s'est déroulée devant l'instance

précédente. C'est pourquoi le second alinéa précise que les *conclusions nouvelles* sont inadmissibles devant le Tribunal fédéral. Une conclusion est nouvelle dès lors qu'elle n'a pas été soumise à l'instance précédente et qu'elle tend à élargir l'objet du litige. Il est en revanche loisible au recourant de réduire ses conclusions (par exemple demander une somme moindre de dommages-intérêts). Il lui est aussi permis de présenter des conclusions différentes de celles prises devant l'instance précédente pour autant que l'objet du litige n'en ressorte pas changé; il peut donc par exemple demander l'annulation de l'acte attaqué et le renvoi de l'affaire au lieu de conclure à la modification de cet acte.

L'article 91 P-LTF ne mentionne pas explicitement l'inadmissibilité des exceptions nouvelles, à savoir des moyens de droit matériel qui sont à la disposition des seules parties et dont l'instance précédente ne pouvait pas tenir compte d'office (par exemple la prescription ou la compensation d'une prétention; cf. art. 55; 1er al., lit. c OJ et art. 273 PPF). Il découle déjà du principe de la confiance que l'on ne peut pas attendre le recours au Tribunal fédéral pour faire valoir ce genre d'exceptions, car, en l'absence d'une disposition légale contraire, aucune partie ne saurait mettre en cause le bien-fondé d'un jugement à raison d'un vice dont elle est seule responsable. De plus, la notion d'exception, qui est inusitée en dehors de la procédure civile, est assez délicate; doctrine et jurisprudence l'emploient souvent dans un sens large qui inclut aussi les exceptions de procédure et les objections consistant à contester certaines conditions légales que le juge doit contrôler d'office. Or, ces exceptions de procédure et ces objections sont en principe admissibles dans le recours au Tribunal fédéral.

Section 4: Délai de recours (art. 92, 93)

Un recours adressé au Tribunal fédéral doit être déposé devant celui-ci (judex ad quem); le fait que le recours soit adressé à une autre autorité ne porte pas à conséquence, si le recours a été déposé en temps utile devant une autorité fédérale ou une autorité cantonale supérieure (art. 44 P-LTF). Le délai est en principe de trente jours (art. 92, 1er al., art. 93 P-LTF). Il existe toutefois des exceptions: par exemple, pas d'exigence de délai pour le recours pour déni de justice ou retard injustifié (art. 92, 3e al., P-LTF); en outre, en matière de poursuite pour dettes et de faillite, les délais de seulement 20, 10, voire 5 jours pour les affaires de surveillance ou certaines causes de concordats bancaires (cf. art. 20 LP et art. 19 de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne; ces dispositions sont réservées à l'art.92, 4e al. P-LTF).

Comme dans le droit en vigueur, le délai de recours court dès la communication de la décision attaquée, et, pour les recours contre un acte normatif, dès la publication de cet acte (art. 92, 1er et 2e al. et art 93 P-LTF; cf. également art. 89, 3e al., OJ); le mode de publication est déterminé par le droit cantonal. Si les motifs sont notifiés après coup, le délai court seulement à partir de cette notification (art. 105, 2e al., P-LTF).

Section 5: Examen préalable

Cette section introduit l'importante innovation de la procédure d'examen préalable (cf. également ch. 5.3.3.1 du rapport). L'accès au Tribunal fédéral est ainsi réglé au moyen d'un instrument qui permet au tribunal de séparer, sur la base de critères fixés dans la loi, les recours admissibles de ceux qui sont inadmissibles et de liquider ces derniers selon une procédure rapide. La réglementation légale se fonde sur l'article 178a, 1er alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice et tient compte notamment des garanties d'accès que le législateur est tenu de respecter en vertu du 2e alinéa du dit article.

Article 94 Champ d'application

Tous les recours sont soumis à la procédure d'examen préalable (*1er al.*), qu'ils soient formés contre une décision finale, partielle ou incidente. Le champ d'application de la procédure d'examen préalable s'étend donc à toutes les catégories de recours, soit aux recours en matière civile, pénale et de droit public.

Sont exceptés les recours formés contre des décisions rendues en première instance par le Tribunal administratif fédéral (*2e al.*). Cette exception est nécessaire pour respecter l'article 13 CEDH, disposition qui exige que toute violation de la convention puisse faire l'objet d'un recours effectif devant une instance nationale. Les décisions de première instance du futur Tribunal pénal fédéral sont également exceptées, car l'article 2 du Protocole no 7 à la CEDH (RS 0.101.07) exige une juridiction à deux niveaux pour les affaires pénales.

Article 95 Recours inadmissibles

Cette disposition énonce les motifs d'inadmissibilité. Il s'agit d'une énumération exhaustive mentionnant des motifs portant aussi bien sur la forme que sur le fond.

Les motifs énumérés au *1er alinéa* sont indépendants les uns des autres; pour qu'un recours soit déclaré inadmissible, il suffit qu'*un seul* de ces motifs soit réalisé. Les cas prévus aux lettres a et b se trouvent sous une forme semblable dans l'OJ en vigueur comme motifs d'application de la procédure simplifiée de l'article 36a OJ.

Le 1er alinéa, *lettre a,* mentionne en premier le cas où un recours n'est manifestement pas recevable, c'est-à-dire où il appert sur la base d'un premier examen que l'une des conditions d'entrée en matière n'est pas remplie. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le délai est clairement échu, qu'une partie n'a pas du tout qualité pour agir ou que l'acte attaqué n'est pas susceptible de recours.

Le 1er alinéa, *lettre b*, sanctionne l'introduction procédurière ou abusive d'un recours. Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner les recours qui sont formés par pur esprit de chicane, voire pour faire obstruction. Aujourd'hui, il peut liquider de tels recours en procédure simplifiée en vertu de l'article 36a, 2e alinéa, OJ.

Le 1er alinéa, *lettre c*, exige du recourant qu'il motive suffisamment les griefs invoqués, faute de quoi son recours sera déclaré en tout ou partie inadmissible. C'est une sorte de principe d'allégation qui est ainsi introduit. La loi ne dit pas quand un grief est suffisamment fondé. Il incombe au Tribunal fédéral de préciser les exigences de motivation, étant admis que le degré de sévérité des critères peut varier selon les griefs.

Selon le 1er alinéa, *lettre d,* le Tribunal fédéral ne doit pas examiner le grief de violation du droit, lorsque celle-ci n'est pas susceptible d'influer sur le sort de la cause. Cela relativise notamment ce que l'on appelle la nature formelle de l'interdiction du déni de justice formel.

Aux quatre motifs d'inadmissibilité du 1er alinéa, le *2e alinéa* en ajoute un cinquième, lequel présente deux aspects (lettres a et b). Ces deux aspects doivent être cumulés pour que le recours soit déclaré inadmissible. Le texte reprend, dans une formulation négative, l'article 178a, 2e alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice. Si le recours ne soulève aucune question juridique de principe *et* qu'en plus le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves, le recours peut être déclaré inadmissible. Mais si l'une ou l'autre condition est réalisée, ou à plus forte raison les deux, le tribunal doit entrer en matière sur le recours. On reprend ainsi au niveau de la loi le principe énoncé dans la constitution, selon lequel l'accès au Tribunal fédéral doit être garanti lorsqu'il s'agit de questions juridiques de principe ou lorsque l'issue du litige a de graves conséquences pour une partie. La loi concrétise ces deux critères par des exemples:

Le critère de l'absence de question juridique de principe selon la *lettre a* est rempli notamment lorsque la décision attaquée est conforme à la jurisprudence officiellement publiée par le Tribunal fédéral et que rien ne justifie de soumettre celle-ci à un nouvel examen. Est ainsi mentionné le principal exemple où cette disposition trouve application; toutefois, la loi ne concrétise pas ce critère de manière exhaustive, ainsi que l'indique le mot „notamment".

La condition de l'absence de conséquences graves selon la *lettre b* doit être comprise dans un sens objectif. Le sentiment subjectif d'une partie ne joue aucun rôle. Cela ressort des exemples que la loi en donne:

> Le *chiffre 1* indique comme conséquence grave une privation de liberté de plus d'un mois. Si cette limite est dépassée, le Tribunal fédéral ne peut déclarer le recours inadmissible, sauf s'il existe un motif d'inadmissibilité au sens du 1er alinéa. Il peut s'agir d'une privation de liberté pour des raisons pénales, d'assistance ou administratives. Que la peine soit prononcée avec ou sans sursis ne joue aucun rôle. Il faut admettre les conséquences graves dans le cas du sursis parce que celui-ci peut être révoqué, seules les conditions de la révocation étant alors réexaminées, mais non la peine elle-même.
>
> Selon le *chiffre 2*, il faut aussi toujours considérer qu'il y a des conséquences graves, et donc déclarer le recours admissible, lorsque la valeur litigieuse est de 100'000 francs ou plus en matière civile. Cela ne signifie *pas* a contrario que les contestations portant sur une valeur litigieuse de moins de 100'000 francs sont systématiquement exclues du Tribunal fédéral. Dans la mesure où il s'agit d'une question juridique de principe, où une partie risque de subir une atteinte grave à ses droits fondamentaux ou encore où il faut retenir

toute autre conséquence grave, le Tribunal fédéral doit examiner de tels recours, même si la valeur litigieuse est très faible; sont bien entendu réservés dans ces cas également les motifs d'inadmissibilité du 1er alinéa.

Le *chiffre 3* donne, pour le domaine des assurances sociales, un exemple particulier de conséquence grave. Il faut admettre que cette condition est réalisée notamment lorsque l'issue du litige est d'une importance vitale pour une partie - donc toujours dans ce cas, mais pas uniquement dans celui-ci.

Le *chiffre 4* mentionne enfin la situation où le sort de la cause peut entraîner une atteinte grave aux droits fondamentaux d'une partie. La notion d'atteinte grave aux droits fondamentaux est reprise ici telle que développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. notamment ATF *109* Ia 190 et la casuistique chez Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e édition, Berne 1994, p. 180 s.).

Lorsque l'un des motifs prévus aux 1er et 2e alinéas est réalisé, le Tribunal fédéral peut déclarer le recours en tout ou partie inadmissible. Cette disposition est potestative. La déclaration d'inadmissibilité est ainsi laissée à l'appréciation du Tribunal fédéral. Cela signifie que le Tribunal fédéral peut, mais ne doit pas, déclarer le recours inadmissible. Il peut aussi le traiter en procédure ordinaire et, selon les cas, le liquider par une décision d'irrecevabilité ou de rejet. Il faut enfin souligner qu'il a la possibilité de déclarer le recours seulement en partie inadmissible, par exemple lorsque certains griefs ne sont pas suffisamment motivés au sens du 1er alinéa, lettre c, alors que les autres le sont.

Le *3e alinéa* limite l'étendue de l'examen préalable pour les recours contre des décisions d'une autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite. Pour ceux-ci, le motif d'inadmissibilité du 2e alinéa n'est pas applicable. Cette disposition ne peut convenir aux affaires en question, de pure droit des poursuites (cf. sur ce point le commentaire de l'art. 70 P-LTF).

Article 96 Procédure

Cette disposition règle les éléments essentiels de la procédure.

Selon le *1er alinéa,* la procédure d'examen préalable est confiée à trois juges, lesquels statuent sur l'inadmissibilité d'un recours en règle générale par voie de circulation (art. 55, 1er al., P-LTF). Lorsqu'exceptionnellement une audience en délibération a lieu, elle n'est pas publique et n'est pas non plus ouverte aux parties (art. 56, 3e al., P-LTF).

La règle du *2e alinéa* est essentielle pour la décharge du tribunal. La décision sur l'inadmissibilité ne doit pas être motivée en détail ni même sommairement; le Tribunal fédéral peut se borner à indiquer le motif d'inadmissibilité en guise de motivation. S'il le juge opportun, il peut aller plus loin. Cette réglementation tient suffisamment compte du droit à une décision motivée. La partie concernée obtient dans tous les cas une réponse complète, même si elle est succincte, à la question de savoir pourquoi le Tribunal fédéral a déclaré son recours inadmissible.

Section 6: Procédure subséquente

Article 97 Echange d'écritures, recours joint

La référence à la procédure d'examen préalable mise à part, cette disposition se fonde sur plusieurs articles de l'OJ actuelle: article 59 (recours en réforme), 81 (recours en matière de poursuite pour dettes et de faillite), 93 (recours de droit public) et 110 (recours de droit administratif); mais - à la différence de la procédure administrative en vigueur - elle introduit d'une façon générale la possibilité du *recours joint* (3e al.). Cela n'engendre pas de complication, car seul celui qui aurait lui-même qualité pour recourir peut former un recours joint. Le recours joint déchargera même plus d'une fois le Tribunal fédéral, car il arrive souvent que son dépôt (qui ouvre la voie à une *reformatio in pejus*) provoque le retrait du recours principal, ce qui permet de clore sans autre la procédure. Le 5e alinéa formule expressément le principe de la dépendance du recours joint au recours principal.

La loi ne prévoit pas de *délai* fixe, ni pour la détermination sur le recours principal (1er al.), ni pour la transmission du dossier de la cause par l'autorité précédente (2e al.), ni pour le dépôt d'un recours joint (3e al.), ni pour la réponse à celui-ci (4e al.). Le juge chargé de l'instruction appréciera librement, le délai pour le recours principal (30 jours) lui servant toutefois de référence.

A l'exception d'une possible procédure probatoire (art. 52 et s. P-LTF), de débats éventuels (art. 54) et de délibérations en audience (art. 55 P-LTF), la procédure devant le Tribunal fédéral est *écrite*. En règle générale, il n'y a qu'un seul échange d'écritures (art. 97, 4e al., 2e phrase, P-LTF). Les répliques et dupliques doivent, tout comme les débats, rester l'exception, dans l'intérêt de l'économie de la procédure.

Article 98 Effet suspensif

Le Tribunal fédéral a pour principale mission de veiller à l'application uniforme du droit, à son développement et à la préservation de l'ordre constitutionnel. Il n'est donc pas, pour les parties, une dernière instance d'appel que l'on peut saisir par un moyen de droit complet. C'est bien plutôt aux instances précédentes qu'il appartient de rendre effectivement la justice dans les cas d'espèce. Cette répartition des rôles détermine les effets procéduraux des recours au Tribunal fédéral, notamment leur *effet suspensif*.

Pour rendre la procédure plus transparente et aisée, le projet prévoit sur ce point également une réglementation commune pour tous les recours (au contraire du droit actuel: cf. les art. 54, 70, 80, 94 et 111 OJ, 36 LP ainsi que 272 PPF). Le recours n'a d'effet suspensif qu'à certaines conditions (1er et 3e al.); *en règle générale*, il n'a donc *pas* d'effet suspensif (*2e al.*), ce qui a aussi le mérite d'enlever un attrait pervers au choix de recourir. Dans une certaine mesure, le projet innove donc dans le domaine de la juridiction civile, mais aussi dans celui de l'actuel recours de droit administratif.

Selon le *1er alinéa, lettre a*, le recours n'a, de par la loi, effet suspensif *en matière civile* que lorsqu'il est dirigé contre un *jugement constitutif* (par ex. un jugement en paternité ou de divorce, la dissolution d'une personne morale). Dans de tels cas, des raisons évidentes d'ordre pratique plaident en faveur de

l'effet suspensif. En outre, la loi prévoit également l'effet suspensif *en matière pénale*, lorsque le recours est dirigé contre une décision qui prononce une *peine ferme* ou une *mesure privative de liberté* (*let. b*); la restriction de la lettre a s'applique toutefois pour les conclusions civiles.

Le *juge chargé de l'instruction* peut statuer différemment sur l'effet suspensif: il peut le retirer dans les cas prévus au 1er alinéa ou encore, dans les autres cas, il peut l'accorder à la demande d'une partie, voire d'office (*3e al.*). Il lui est ainsi possible de s'adapter aux nécessités du cas d'espèce. Lorsqu'un recours a effet suspensif - que ce soit de par la loi ou sur décision du juge chargé de l'instruction - il incombe à ce dernier d'ordonner, le cas échéant, des mesures provisionnelles (art. 99 P-LTF).

Article 99 Autres mesures provisionnelles

Le juge chargé de l'instruction peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles. Une telle mesure peut consister en premier lieu dans le retrait ou l'octroi de l'effet suspensif (art. 98, 3e al., P-LTF); elle peut aussi compléter l'effet suspensif par une mesure conservatoire ou prescriptive (par ex. une interdiction de vente, la poursuite de l'exploitation d'une entreprise à certaines conditions seulement).

A la différence de ce que prévoit le droit en vigueur, c'est toujours le Tribunal fédéral (soit le juge chargé de l'instruction) qui est compétent pour ordonner de telles mesures, et non plus l'autorité précédente comme dans la procédure civile actuelle (cf. art. 58 OJ). L'*effet dévolutif* du recours s'en trouve renforcé.

Article 100 Constatations de fait

La commission d'experts conçoit le rôle du Tribunal fédéral comme celui d'une instance de révision du droit. La constatation des faits et leur contrôle sont du ressort des instances précédentes (cf. aussi art. 103 P-LTF). C'est pourquoi le *premier alinéa* pose comme principe que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés par l'instance précédente. L'état de fait établi par celle-ci liera donc le Tribunal fédéral même en matière d'assurances sociales, contrairement à la règle prévue actuellement à l'article 132 lettre b OJ. De même, l'article 100 entraîne l'abandon de la règle spéciale de l'article 67 OJ pour les procès en matière de brevets, car ce domaine ne justifie pas un traitement particulier.

L'obligation de statuer sur la base des faits constatés par l'instance précédente ne saurait en revanche valoir si ces faits sont manifestement inexacts ou qu'ils ont été établis en violation d'une disposition visée par l'article 88. Les faits établis dans la décision attaquée ne lient donc plus le Tribunal fédéral si l'autorité précédente a commis un arbitraire lors de leur constatation, si elle a dérogé à une règle de procédure telle que le droit d'être entendu ou si elle a violé le droit matériel en n'établissant pas certains faits nécessaires à l'application de ce dernier.

Ordinairement, une constatation des faits contraire au droit conduit au renvoi de l'affaire (cf. art. 102, 2^{e} al., P-LTF). Le deuxième alinéa habilite néanmoins le Tribunal fédéral à rectifier ou à compléter lui-même l'état de fait, de sa propre

initiative ou sur requête des recourants (cf. art. 90 P-LTF). A l'instar de ce qui prévaut actuellement dans le contentieux de droit public (art. 93, 95, 108 et 113 OJ), le Tribunal fédéral pourra corriger l'état de fait non seulement sur la base du dossier constitué par l'instance précédente, mais aussi en se fondant sur les moyens de preuve fournis par les parties dans le cadre de l'échange d'écritures ou en ordonnant les autres mesures probatoires qui s'imposeraient. Il ne s'agit là toutefois pas d'une obligation, mais d'une pure compétence dont le Tribunal fédéral aura tout intérêt à user avec modération. Cette solution souple — qui se distingue de celle très restrictive régnant actuellement dans le recours en réforme (art. 64, 2e al., OJ) et dans le pourvoi en nullité (art. 277bis, 1er al., phr. 3 PPF) — se justifie afin d'éviter les conséquences disproportionnées d'un renvoi systématique de l'affaire à l'instance précédente lorsque l'état de fait peut être corrigé de manière très simple. L'intérêt des parties à une résolution rapide et définitive du litige doit pouvoir parfois l'emporter sur le principe de la souveraineté des autorités précédentes à l'égard des faits.

Le troisième alinéa prévoit une réglementation particulière pour les recours contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral: vu la nature des délits soumis à la juridiction pénale fédérale, un libre contrôle des faits par le Tribunal fédéral s'impose afin de respecter pleinement le principe de la double instance.

Article 101 Application du droit

Cette disposition circonscrit le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'égard du droit. Le *premier alinéa* pose comme règle générale le principe *iura novit curia* selon lequel le juge applique d'office le droit, quelle que soit la motivation avancée par les recourants (cf. art. 63, 1er al., et 114, 1er al., OJ, 277bis, 2e al., PPF). Le Tribunal fédéral faillirait à son rôle de cour suprême en rendant sciemment une décision contraire au droit fédéral lorsque le recourant a oublié d'invoquer la disposition pertinente de la législation fédérale. Le principe *iura novit curia* comporte toutefois trois limites.

D'abord, le *second alinéa* assouplit l'application d'office du droit en permettant au Tribunal fédéral de se contenter d'examiner les griefs soulevés par les recourants. Cette solution, qui est celle que connaît aujourd'hui le recours de droit public (art. 90, 1er al., lit. b OJ), se justifie par l'absorption de la juridiction constitutionnelle dans les trois recours unifiés. Vu la multiplicité des garanties constitutionnelles et des normes de droit international qui sont susceptibles d'être touchées par une décision, on ne peut pas obliger le Tribunal fédéral à tout contrôler dans tous les cas. Il appartient en premier lieu aux recourants d'indiquer les vices dont souffre l'acte attaqué. De même, lorsque le grief invoqué est l'application arbitraire du droit cantonal, ce n'est pas au Tribunal fédéral de chercher quelle est la disposition législative cantonale qui a été méconnue.

Ensuite, le Tribunal fédéral ne saurait appliquer d'office une norme dont les recourants n'auraient pas pu invoquer la violation en vertu des articles 88 et 89 P-LTF. C'est ainsi que le respect de la répartition fédérale des compétences ne peut pas être vérifié par le Tribunal fédéral si ce grief n'a pas été soulevé par le gouvernement du canton concerné par l'acte attaqué (cf. art. 89, 2e al., P-LTF).

Enfin, selon la jurisprudence, le principe de la confiance interdit aux recourants de passer un argument juridique essentiel sous silence devant les instances précédentes afin d'accroître son effet lors du recours au Tribunal fédéral (cf. par ex. ATF *120* Ia 24 ss). Dans la même mesure, il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'appliquer d'office une norme dont la violation n'aurait pas pu être invoquée devant lui sans heurter le principe de la confiance.

Article 102 Arrêt

Le pouvoir de décision du Tribunal fédéral est limité par les conclusions des parties. Le *premier alinéa* énonce en effet le principe *ne ultra petita* selon lequel le juge ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, ni accorder autre chose que ce que celles-ci demandent (cf. actuellement art. 63, 1er al., 90, 1er al., lit. a et 114, 1er al., OJ, 277bis, 1er al., PPF). La portée exacte de ce principe peut varier en fonction du type de jugement demandé (cf. ATF *116* Ia 60, 64 s.). Contrairement à l'article 114 OJ, le projet ne prévoit pas d'exceptions dans lesquelles le juge serait habilité à statuer au détriment des recourants. De telles exceptions ne sont en effet plus justifiées aujourd'hui en raison du droit des recourants de retirer leur recours au cas où le tribunal envisagerait de se prononcer à leur désavantage. Certaines lois fédérales autorisent néanmoins le juge et, en conséquence, le Tribunal fédéral à statuer librement, sans être lié par les conclusions des parties (cf. par ex. art. 156 CC).

Selon le *deuxième* alinéa, le Tribunal fédéral peut, en cas d'admission du recours, statuer sur le fond de l'affaire ou renvoyer celle-ci à l'autorité inférieure. Cette disposition est reprise textuellement de l'article 114, 2e alinéa, OJ. Elle signifie pour l'essentiel que les trois recours unifiés ne sont pas des voies de droit purement cassatoires, donc que le Tribunal fédéral n'est pas tenu de se borner dans tous les cas à annuler l'acte attaqué. L'étendue effective du pouvoir de décision lors de l'admission d'un recours dépend néanmoins d'une pluralité de facteurs. Le renvoi de l'affaire est parfois la seule solution, notamment lorsque les parties ont limité leurs conclusions à l'annulation de l'acte attaqué ou lorsqu'une décision définitive est impossible en raison d'une constatation très incomplète des faits par l'instance précédente (cf. art. 100 P-LTF). Il en va de même lorsque la norme violée par l'acte attaqué ne prédétermine pas de manière exhaustive le contenu de la décision que l'autorité inférieure aurait dû rendre; c'est ainsi que le bien-fondé d'un recours pour violation d'une liberté aboutira ordinairement à la seule annulation de la décision cantonale attaquée et non pas à la modification de celle-ci. Le deuxième alinéa n'accroît pas non plus le pouvoir de décision lors de recours contre des actes normatifs cantonaux: dans la mesure où le Tribunal fédéral est tenu de respecter la marge d'appréciation reconnue par le droit constitutionnel au législateur cantonal, il ne saurait substituer sa propre appréciation et édicter une nouvelle réglementation cantonale à la place de celui-ci sans violer le principe de la séparation des pouvoirs (cf. ATF *118* Ia 64, 69). S'agissant par contre du recours en matière pénale, le deuxième alinéa pourrait entraîner un certain changement par rapport à la pratique actuelle. Alors que l'admission d'un pourvoi en nullité conduit nécessairement à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure (art. 277ter PPF), l'article 102 P-LTF permettra au Tribunal fédéral de liquider

lui-même l'affaire qui lui est soumise en modifiant le jugement pénal attaqué, à condition bien sûr que l'affaire s'avère prête pour un jugement définitif.

Le deuxième alinéa ne définit pas les types de jugements qui peuvent être rendus ensuite de l'admission d'un recours. Le Tribunal fédéral peut non seulement statuer au fond ou renvoyer l'affaire, mais aussi, par exemple, inscrire au dispositif une injonction prescrivant l'octroi de l'assistance judiciaire (ATF *115* Ia 103) ou une constatation déclarant la compétence d'un tribunal cantonal (cf. art. 73, 2e al., OJ). Il appartient en définitive au Tribunal fédéral de déterminer, dans les limites des conclusions, le type de jugement qui met le mieux en oeuvre la norme dont il a constaté la violation. Cela vaut tout particulièrement pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait qu'il revient au législateur de corriger l'inconstitutionnalité constatée dans l'acte normatif attaqué.

Bien que les articles 66 OJ et 277ter, 2e alinéa, PPF n'aient pas été repris dans le projet, il est clair que l'autorité à laquelle une affaire est renvoyée doit en principe fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral.

L'article 102 ne contient pas de règle spéciale relative au pouvoir de décision du Tribunal fédéral lorsque celui-ci statue sur le grief de la violation du droit supérieur par une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale (cf. à ce sujet l'art. 89 P-LTF et l'art. 178 du projet 96 Réforme de la justice, FF *1997* I 540 ss). La constitutionnalité d'une loi fédérale ne peut en effet être contrôlée qu'à titre de question préalable et uniquement en relation avec le cas d'espèce faisant l'objet du recours. Contrairement à certaines cours constitutionnelles étrangères, le Tribunal fédéral n'est pas habilité à statuer sur la validité et l'applicabilité d'une loi fédérale indépendamment du cas d'espèce. Le bien-fondé du grief d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ne confère donc pas au Tribunal fédéral un pouvoir de décision particulier. La réglementation générale de l'article 102, 2e alinéa, régit aussi cette situation, à l'instar du cas où le Tribunal fédéral constate l'illégalité d'une ordonnance fédérale ou l'inconstitutionnalité d'une loi cantonale appliquée dans la décision attaquée.

Section 7: Procédure cantonale

Article 103 Autorités judiciaires

Toute prétention litigieuse doit pouvoir faire l'objet au moins *une fois* en procédure cantonale d'un examen libre et complet en fait et en droit par un tribunal indépendant. Cette disposition souligne une fois de plus que la justice doit matériellement être rendue par les tribunaux cantonaux. Le Tribunal fédéral ne s'occupe en principe plus de l'état de fait (art. 90 et 100 P-LTF); et l'application du droit (art. 88 P-LTF) est soumise à la condition de l'examen préalable (art. 94 ss. P-LTF).

Peu importe que l'objet du litige relève formellement du droit public ou du droit civil; il n'y a d'exceptions au principe de l'autorité judiciaire que pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant ou qui concernent les droit politiques (cf. commentaire de l'art.78 P-LTF). Cela a des conséquences notamment pour les affaires de surveillance en matière de poursuite pour

dettes et de faillite, dans la mesure où les tâches de l'autorité cantonale de surveillance supérieure ou unique ne sont pas encore confiées à un tribunal; des conséquences aussi pour certaines affaires relevant de la juridiction gracieuse (cf. les cas mentionnés à l'art. 70, 2e al., P-LTF).

Qu'il soit de première instance ou instance d'appel précédant le Tribunal fédéral, le tribunal cantonal *applique le droit d'office.* C'est un principe bien établi du droit de procédure, qui ne dispense toutefois pas les parties de motiver de façon adéquate leurs demandes. Il faut en outre relever que le libre examen de l'état de fait ne se confond pas sans autre avec la maxime inquisitoriale. Libre examen signifie seulement que l'état de fait pertinent en droit doit pouvoir être établi au moins une fois sans limitation en procédure cantonale.

Article 104 Unité de la procédure

La disposition de l'article 98a, 3e alinéa, de l'OJ en vigueur est à la fois généralisée et précisée: il s'agit d'établir une liaison aussi aisée que possible entre la procédure cantonale et la juridiction fédérale.

Devant n'importe quelle instance de la procédure cantonale, la qualité pour agir ne doit pas être reconnue plus restrictivement que devant le Tribunal fédéral (*1er al.*);

l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral doit avoir au moins le même pouvoir d'examen que le Tribunal fédéral (*2e al.*). Si, par exception, elle est la première (et unique) instance, c'est alors l'article 103 P-LTF qui s'applique à cet égard: examen complet de la cause en fait et en droit.

Article 105 Communication des décisions

Le *1er alinéa* correspond aux articles 51 s. OJ, 20a LP ainsi que premier, 3e alinéa, PA. Il vise lui aussi à l'unification de la procédure (assurer la liaison avec la juridiction fédérale).

Il faut relever que le droit fédéral n'impose pas absolument aux cantons la motivation écrite des décisions. S'il n'y a pas de motifs écrits, il incombe aux parties de les demander dans un délai de trente jours (*2e al.*); le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la communication de l'expédition complète (art. 92, 1er al., P-LTF). Si une décision ne satisfait pas aux exigences légales, le Tribunal fédéral peut soit l'annuler, soit la renvoyer pour qu'elle soit complétée (*3e al.*).

Chapitre cinquième: Action (art. 106)

En vertu de cette disposition, l'objet de l'action est strictement limité aux différends dont le Tribunal fédéral est seul à même de connaître, compte tenu de leur importance et de leur nature.

Il en est ainsi des actuelles réclamations de droit public, qui sont là essentiellement pour résoudre les conflits de compétence entre la

Confédération et les cantons et les différends de droit public entre cantons (art. 113, 1er al., ch. 1 et 2 cst.; art. 83 let. a et b OJ). Leur rôle dans un Etat fédéral est important car elles permettent de vider ces différends dans le cadre d'une procédure judiciaire réglementée. Vu l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. Il convient dès lors de laisser ces compétences en première instance au Tribunal fédéral (let. a et b).

Le champ d'application de l'*action de droit administratif* a été réduit au strict minimum lors de la dernière révision de l'OJ de 1991. Il comprend aujourd'hui les contestations relevant des relations entre Etat fédéral et Etats fédérés et celles portant sur des prétentions en dommages-intérêts résultant de l'activité officielle de magistrats (art. 116 et 130 OJ). Ces litiges sont à juste titre dans la compétence du Tribunal fédéral et doivent le rester (let. b et c).

Avec l'article 106 P-LTF, on a ainsi désormais une seule voie de droit unifiée, qui regroupe l'ensemble des cas de procès directs, la procédure étant celle de la loi fédérale de procédure civile fédérale.

Chapitre sixième: Avis préjudiciel (art. 107 à 113)

L'institution de l'avis préjudiciel permet à une autorité judiciaire inférieure de faire trancher par le tribunal suprême une question de droit particulière qui se pose dans le cadre d'une procédure en cours. On peut citer à titre d'exemples célèbres d'une telle institution la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (art. 177 du Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale de l'article 100 de la Loi fondamentale allemande.

En tant que telle, la procédure d'avis préjudiciel ne suppose pas nécessairement que le tribunal qui demande l'avis se situe au terme de la succession des instances et que son jugement ne soit donc susceptible d'aucun recours (devant un juge national). Néanmoins, il n'y a, dans la juridiction fédérale, aucune nécessité d'une procédure d'avis préjudiciel aussi longtemps que les questions de droit qui se posent peuvent être soulevées dans le cadre d'une procédure de recours. En revanche, la procédure d'avis préjudiciel peut faire office d'instrument compensatoire dans les domaines où la loi exclut tout recours au Tribunal fédéral (voir le catalogue de l'art. 77 P-LTF). Elle convient ainsi plus particulièrement dans les domaines du droit où le nombre des recours est extrêmement élevé (par exemple en matière d'asile), ou dans ceux où la plupart des cas sont bénins, de telle sorte que la fonction du Tribunal fédéral doit se limiter à la protection d'intérêts dépassant les simples intérêts particuliers.

Aux termes de l'article 107 P-LTF, les autorités judiciaires de dernière instance statuant à titre définitif *doivent* suspendre la procédure et demander l'avis préjudiciel du Tribunal fédéral lorsqu'elles sont d'avis qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, dont la validité doit être examinée à l'appui de leur décision, viole des droits constitutionnels ou le droit international (al. 1). Elles *peuvent*, mais ne doivent pas, le faire également lorsqu'elles éprouvent

des doutes sérieux quant à une question d'interprétation du droit fédéral ou international (al. 2).

L'obligation qui est prévue dans le premier cas, de même que l'ancrage de cet instrument, nouveau en droit suisse, à l'article 178*a,* 3e alinéa, projet 96 Réforme de la justice, montrent bien que cette procédure a pour but premier d'assurer effectivement le contrôle des normes prévu par l'article 178 projet 96 Réforme de la justice y compris dans les cas où la juridiction de dernière instance est appelée à rendre une décision définitive, c'est-à-dire lorsque le recours au Tribunal fédéral est exclu. En cela, elle sert de correctif dans les cas où la limitation de l'accès au Tribunal fédéral a des effets excessifs. Cette procédure est au demeurant le corollaire nécessaire du système de contrôle des normes concentré dans les mains du seul Tribunal fédéral. La commission d'experts estime que des doutes même sérieux ne doivent pas suffire pour requérir l'avis préjudiciel, d'où les termes "sont d'avis". Il faut en effet que l'autorité de dernière instance assume pleinement sa responsabilité et ne s'en remette pas trop facilement à l'opinion du Tribunal fédéral dès qu'elle est confrontée à un problème d'interprétation de la loi au regard du droit constitutionnel ou international; il faut bien sûr aussi éviter que le Tribunal fédéral soit submergé par une avalanche de demandes d'avis préjudiciels. En revanche, il suffit de "doutes sérieux" lorsqu'il s'agit de l'interprétation du droit fédéral ou international. Dans ce cas, l'avis préjudiciel peut mais ne doit pas être requis (al. 2), la fonction de l'avis préjudiciel étant alors surtout de contribuer à l'application uniforme du droit.

Comme le Tribunal fédéral le répète lui-même souvent et à juste titre, son rôle n'est pas de donner des avis de droit. La procédure d'avis préjudiciel ne saurait non plus être utilisée à cet effet. C'est pourquoi l'article 107 prend bien soin de préciser qu'elle ne peut être mise en oeuvre qu'en relation avec une procédure en cours, pour faire trancher une question qui se pose dans le cas d'espèce et, comme l'exige l'article 108, 2e alinéa, P-LTF, uniquement en vue de résoudre une question juridique précise, qui doit être déterminante pour le sort de la cause. Conformément à sa fonction spécifique, la procédure d'avis préjudiciel est exclusivement une procédure de juge à juge, dont le déclenchement échappe à la volonté des parties (art. 108, 1er al.). Cela n'empêche pas que, une fois celle-ci décidée par la juridiction compétente, les parties, de même que l'autorité précédente et d'autres intéressés, puissent présenter des observations sur la demande, lesquelles sont alors communiquées au Tribunal fédéral en même temps que cette dernière (art. 109). De son côté, le Tribunal fédéral a toute latitude pour recueillir ailleurs d'autres observations (art. 110), car il doit pouvoir se forger une opinion en s'aidant de tous les avis compétents utiles à la résolution du problème posé.

L'article 111, 1er alinéa, réaffirme au niveau de la décision à rendre par le Tribunal fédéral le principe posé aux articles 107 et 108, 2e alinéa, selon lequel l'avis préjudiciel doit porter, uniquement, sur une question juridique précise. En revanche, il serait contraire à la fonction de cette procédure que le Tribunal fédéral soit lié par les motifs exposés dans la demande: il appliquera donc le droit d'office.

L'article 112 montre bien qu'il s'agit d'une procédure de juge à juge. La décision est notifiée uniquement à l'autorité requérante, laquelle est bien sûr tenue d'en

tenir compte pour la décision qu'elle a à rendre. Pour la même raison, l'avis préjudiciel est rendu sans frais (art. 113). Le but de cette procédure étant notamment de servir à l'avancement du droit, l'avis préjudiciel peut naturellement faire l'objet d'une publication officielle, conformément à l'article 26 P-LTF.

Chapitre septième: Révision, interprétation et rectification

Section 1: Révision (art. 114 à 121)

Pour l'essentiel, la réglementation actuelle de la révision (art. 136 ss OJ), qui a fait ses preuves, est reprise sans grands changements. Sous réserve de l'article 115, les quelques modifications proposées sont surtout d'ordre systématique et rédactionnel.

La révision est un moyen de droit extraordinaire qui permet exceptionnellement de demander l'annulation ou le réexamen d'un arrêt du Tribunal fédéral entré en force de chose jugée. Les deux catégories traditionnelles de motifs sont, d'une part, les vices de formes, l'annulation de l'arrêt étant alors demandée en raison de fautes de procédure (art. 114), et, d'autre part, la découverte subséquente d'éléments justifiant la réouverture de la procédure (art. 116). La lettre a de cette dernière disposition évite de qualifier, improprement, les faits de "nouveaux", et précise qu'il s'agit de faits pertinents découverts après coup, ceux qui sont postérieurs à l'arrêt étant bien sûr exclus.

A ces deux groupes de motifs, le législateur de 1991 a ajouté celui de l'article 139a OJ, qui permet la révision des arrêts déclarés contraires à la CEDH par les organes de Strasbourg. Ce cas est repris à l'*article 115 P-LTF*. La réglementation actuelle est toutefois modifiée sur deux points.

Tout d'abord, on propose de rétablir un système plus conforme à la répartition ordinaire des compétences: soit il y a un arrêt du Tribunal fédéral, et la révision est, dans tous les cas, de la compétence du Tribunal fédéral. Le cas échéant, son arrêt doit alors nécessairement être modifié, quitte à ce qu'il comporte un renvoi avec injonction à l'autorité précédente. Soit il n'y pas d'arrêt du Tribunal fédéral, parce que le recours n'était pas ouvert, et la révision est alors de la seule compétence de l'autorité précédente. Il faut donc en revenir aux règles ordinaires, en ouvrant la voie de la révision, pour ce motif comme pour les autres, contre les seuls arrêts du Tribunal fédéral, et non contre les décisions d'autorités inférieures.

Ensuite, il est proposé de renoncer à la règle de subsidiarité prévue par l'article 139a, 1er alinéa, in fine, par les termes "et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision". Il est en effet paradoxal de permettre la révision uniquement comme remède subsidiaire, alors même que l'article 50 CEDH ne prévoit l'allocation d'une "satisfaction équitable" que si le droit interne ne permet pas de rétablir le justiciable dans ses droits. C'est donc bel et bien cette dernière qui doit être subsidiaire. Au demeurant, l'article 121, 3e alinéa, permet au Tribunal fédéral d'en tenir compte dans sa décision. D'ailleurs, l'application de la règle actuelle s'avère souvent problématique et donne parfois lieu à d'étranges parties de ping-pong entre Berne et Strasbourg.

Les autres dispositions n’appellent pas de commentaires particuliers, sinon pour relever qu'elles sont ordonnées plus logiquement et autant que possible simplifiées.

Section 2: Interprétation et rectification (art. 122)

La seule modification apportée à la réglementation actuelle réside dans la précision que le Tribunal fédéral peut aussi interpréter ou rectifier un arrêt d'office, et non seulement à la demande d'une partie.