

Rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale

du 30 octobre 2013

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

En exécution du postulat Pfisterer 07.3420, nous vous soumettons le présent rapport et vous remercions d'en prendre acte.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

30 octobre 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le Conseil fédéral présente les résultats d'ensemble de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire en exécution du postulat Pfisterer du 21 juin 2007 (07.3420 «Réforme de l'organisation judiciaire et de la justice. Evaluation»).

L'évaluation visait à vérifier si les objectifs de la révision totale de l'organisation judiciaire, entrée en vigueur début 2007, ont été atteints. Deux groupes de travail externes ont été mandatés pour l'effectuer. Le premier, auquel étaient associés le Kompetenzzentrum für Public Management (kpm) de l'Université de Berne, Interface Etudes politiques et l'Université de Zurich, a réalisé une étude d'ensemble de l'efficacité. Le deuxième, émanant de l'Université de Zurich, a examiné s'il subsistait des lacunes en matière de protection juridictionnelle après la révision, et si oui, dans quels domaines.

L'analyse d'ensemble de l'efficacité et l'étude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle concluent toutes deux que la réforme de l'organisation judiciaire est en grande partie réussie. Ce constat se fonde sur de nombreuses données empiriques, sur différentes approches méthodologiques et sur les réflexions des deux groupes de travail. Suite à l'entrée en vigueur de la réforme en 2007, les modifications subies par l'organisation judiciaire ont pu être mises en œuvre sans grandes difficultés. Le Conseil fédéral considère que la révision totale de l'organisation judiciaire est un succès.

Il subsiste néanmoins deux problèmes. Premièrement, après une réduction temporaire à compter de 2008 des affaires dont le Tribunal fédéral avait à connaître, la charge de travail a recommencé à augmenter. De plus, le Tribunal fédéral est d'avis qu'il est en partie occupé à mauvais escient: il connaît d'une part d'affaires sans importance tout en n'ayant pas, d'autre part, à juger toutes les affaires fondamentales pour l'unité et le développement du droit. Deuxièmement, il subsiste des lacunes en matière de protection juridictionnelle.

Des améliorations sont encore possibles, notamment dans les domaines d'action des tribunaux (recrutement du personnel, clarification de questions de procédure), de l'Assemblée fédérale (améliorations éventuelles de la haute surveillance) et des autorités législatives (modification des bases légales). En conséquence, le Conseil fédéral mènera les travaux suivants:

- il contrôlera la liste des exceptions et la resoumettra au Parlement dans le cadre d'un projet législatif destiné à mettre en œuvre différentes recommandations découlant de l'évaluation;*
- il modifiera les bases légales relatives au pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral de manière que l'examen du droit et des faits (sans examen de l'opportunité) devienne la règle, tout en maintenant un plein pouvoir d'examen dans certains domaines choisis;*

-
- *il renouvellera sa proposition de supprimer le libre examen du Tribunal fédéral à l'égard des faits en matière de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire;*
 - *il élaborera des propositions en vue d'améliorer ou de simplifier la protection juridictionnelle dans le cas des décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale;*
 - *il proposera les modifications de loi nécessaires pour permettre la mise en œuvre de l'art. 189, al. 1, let. f, de la Constitution, selon lequel le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques, dont celles ayant trait aux élections et votations fédérales.*

Table des matières

| | |
|---|-------------|
| Condensé | 8144 |
| 1 Contexte | 8148 |
| 1.1 Révision totale de l'organisation judiciaire fédérale | 8148 |
| 1.2 Postulat Pfisterer 07.3420 | 8149 |
| 1.3 Dispositif d'évaluation | 8149 |
| 1.3.1 Organisation du projet et groupe de suivi | 8149 |
| 1.3.2 Concept d'évaluation | 8150 |
| 1.3.3 Réalisation en deux étapes | 8150 |
| 1.4 Attribution de deux mandats d'évaluation | 8151 |
| 1.5 Rapport sur les résultats de l'évaluation intermédiaire | 8151 |
| 1.6 Rapports faisant suite aux deux évaluations intermédiaires | 8152 |
| 2 Analyse d'ensemble de l'efficacité | 8152 |
| 2.1 Objectif et contenu | 8152 |
| 2.2 Méthode | 8153 |
| 2.3 Résultats | 8154 |
| 2.3.1 Dans quelle mesure les objectifs ont-ils été atteints? | 8154 |
| 2.3.2 Incidences de la réforme sur les arrêts | 8156 |
| 2.3.3 Appréciation globale de la réforme | 8157 |
| 2.4 Suggestions | 8157 |
| 2.4.1 Suggestions visant à réglementer l'accès au TF | 8158 |
| 2.4.2 Suggestions concernant l'organisation des tribunaux fédéraux | 8159 |
| 2.4.3 Suggestions concernant divers points de procédure | 8159 |
| 2.4.4 Suggestion concernant la procédure à l'échelon des cantons | 8160 |
| 2.4.5 Suggestions concernant la surveillance et la haute surveillance | 8160 |
| 2.4.6 Suggestions d'études additionnelles | 8160 |
| 3 Etude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle | 8161 |
| 3.1 Objectif et procédé | 8161 |
| 3.2 Recommandations concernant les diverses restrictions de la protection juridictionnelle | 8161 |
| 3.2.1 Liste des exceptions (art. 83 LTF) | 8162 |
| 3.2.2 Pouvoir d'examen du TAF/suppression des commissions de recours et d'arbitrage de la Confédération | 8163 |
| 3.2.3 Asile et droit des étrangers | 8163 |
| 3.2.4 Droits politiques | 8164 |
| 3.2.5 Sûreté intérieure et extérieure | 8164 |
| 3.2.6 Absence de juridiction compétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales | 8165 |
| 3.2.7 Domaines dans lesquels il n'est pas nécessaire de légiférer | 8165 |

| | | |
|----------|--|-------------|
| 4 | Appréciation globale de la réforme | 8166 |
| 4.1 | Succès d'ensemble | 8166 |
| 4.2 | Autres améliorations possibles | 8167 |
| 4.3 | Améliorations spécifiques aux tribunaux | 8167 |
| 4.4 | Améliorations éventuelles au niveau de l'Assemblée fédérale | 8168 |
| 4.5 | Améliorations découlant d'une modification des bases légales | 8168 |
| 4.5.1 | Amélioration de la liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF | 8168 |
| 4.5.2 | Modification des dispositions concernant le pouvoir d'examen du TAF | 8170 |
| 4.5.3 | Abolition du pouvoir d'examen élargi du TF des décisions en matière d'assurance-accidents ou d'assurance militaire | 8171 |
| 4.5.4 | Amélioration de la protection juridictionnelle à l'égard des décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale | 8172 |
| 4.5.5 | Amélioration de la protection juridictionnelle en matière de droits politiques | 8173 |
| 4.6 | Renoncer à mettre en œuvre diverses suggestions supplémentaires | 8174 |
| 4.6.1 | La mesure suggérée n'a en pratique pas produit le résultat escompté | 8175 |
| 4.6.2 | L'idée a déjà été concrétisée | 8175 |
| 4.6.3 | Les inconvénients l'emportent sur les éventuels avantages | 8175 |
| 4.6.4 | Atteindre le même résultat par une autre voie | 8176 |
| 4.6.5 | Il n'est pas nécessaire de légiférer | 8176 |
| 4.6.6 | Concrétiser la suggestion générerait une disharmonie avec les codes fédéraux de procédure | 8176 |
| 4.6.7 | La concrétisation de la suggestion ne devrait guère emporter l'adhésion d'une majorité | 8177 |
| 4.6.8 | Axer des études complémentaires sur des modifications législatives concrètes | 8177 |
| 4.7 | Harmoniser la LTF et les codes fédéraux de procédure | 8178 |
| 5 | Perspectives et étapes ultérieures | 8178 |

Rapport

1 Contexte

1.1 Révision totale de l'organisation judiciaire fédérale

La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale est entrée en vigueur au début de 2007. Elle englobait des modifications législatives relatives à l'organisation du Tribunal fédéral (TF) et à la procédure devant cette instance, à la création d'autorités judiciaires précédentes et au régime des voies de recours au TF. La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale a également des incidences à l'échelon des cantons; la nouvelle législation leur accordait jusqu'au début de 2011 pour adapter leur système judiciaire en conséquence. La réforme de la justice, qui a été acceptée par le peuple et les cantons le 12 mars 2000, forme la base constitutionnelle de la révision.

La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale visait les *objectifs suivants*:

- *objectif 1*: décharger efficacement et durablement le TF et sauvegarder ainsi sa capacité de fonctionnement;
- *objectif 2*: améliorer la protection juridictionnelle dans certains domaines;
- *objectif 3*: simplifier les procédures et les voies de recours.

Il y avait et il y a en partie toujours un conflit entre les objectifs de la révision, en particulier entre les objectifs 1 et 2.

Les *mesures* mises en œuvre étaient les suivantes:

Modification des structures:

- changements organisationnels au TF: intégration partielle du Tribunal fédéral des assurances dans le giron du TF, modifications de l'organisation du tribunal;
- établissement du Tribunal administratif fédéral (TAF);
- établissement du Tribunal pénal fédéral (TPF);
- attribution de la surveillance du TAF et du TPF au TF.

Modification des processus:

- création d'une instance de recours dans les causes pénales relevant de la juridiction fédérale;
- extension des possibilités du TF de prendre ses arrêts en procédure simplifiée;
- restriction de principe du pouvoir d'examen du TF aux questions de droit;
- exigences plus strictes vis-à-vis des instances précédentes dans les cantons;
- droit de recours direct au TPF contre les décisions en première instance des cantons et de la Confédération dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale;
- autres changements (délais, jugements réformatoires, effet suspensif, définition des décisions attaquables).

Modification des tâches du TF:

- exclusion de certains domaines de la compétence du TF;
- adaptation de la valeur litigieuse minimale et prélèvement des frais de procédure dans le domaine du droit des assurances sociales;
- examen de questions juridiques de portée générale, indépendamment de la valeur litigieuse.

Nouvelles voies de droit:

- institution d'un recours unifié en matière de droit civil, de droit pénal et de droit public;
- institution du recours constitutionnel subsidiaire.

La création du TPF ne doit pas être mise au premier chef en relation avec la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Cette instance a plutôt été mise en place dans l'optique du «projet d'efficacité» et des objectifs de politique criminelle qu'il poursuivait.

1.2 Postulat Pfisterer 07.3420

Le postulat Pfisterer du 21 juin 2007 (07.3420 «Réforme de l'organisation judiciaire et de la justice. Evaluation») chargeait le Conseil fédéral d'évaluer l'efficacité de la réforme de la justice et de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, de présenter les mesures nécessaires, de donner aux tribunaux la possibilité de se prononcer, de soumettre au Parlement ou aux commissions compétentes des évaluations intermédiaires succinctes et, enfin, de soumettre au Parlement un rapport exhaustif sur la question. Le Conseil fédéral a proposé au Parlement d'accepter le postulat. A l'époque où celui-ci a été déposé, l'Office fédéral de la justice (OFJ) avait déjà lancé des travaux préparatoires en vue d'une évaluation. Le présent rapport rend compte des résultats d'ensemble de l'évaluation de l'efficacité. Cette évaluation ne porte pas sur le «projet d'efficacité», pas plus que sur les codes de procédure qui sont entrés en vigueur en 2011.

1.3 Dispositif d'évaluation

1.3.1 Organisation du projet et groupe de suivi

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) et, plus précisément l'OFJ, sont responsables de l'évaluation de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Par souci d'associer le plus tôt possible les principaux acteurs au projet, l'OFJ a institué, dès la phase de conception, un *groupe consultatif de suivi*, composé de représentants de l'administration fédérale, de tribunaux fédéraux et cantonaux et des milieux scientifiques.

OFJ: Luzius Mader, directeur suppléant (présidence)

TF: Susanne Leuzinger, ancienne vice-présidente (jusqu'en 2010)
Gilbert Kolly, président (à compter de 2011)
Paul Tschümperlin, secrétaire général

| | |
|--|---|
| TAF: | Elena Avenati-Carpani, juge (jusqu'en 2011) Philippe Weissenberger, juge et ancien vice-président (jusqu'en 2011) Markus Metz, président (à compter de 2012) Michael Beusch, juge et ancien vice-président (à compter de 2012) |
| TPF: | Daniel Kipfer Fasciati, vice-président Patrick Guidon, secrétaire général suppléant (jusqu'en 2010) Klaus Schneider, secrétaire général suppléant (2011) |
| Tribunal administratif du canton de Berne: | Ruth Herzog, juge et ancienne présidente |
| Cour suprême du canton de Schaffhouse: | Arnold Marti, vice-président |
| Université de Zurich: | Regina Kiener, professeur |
| Université de Genève: | Thierry Tanquerel, professeur |

L'association de ce groupe de suivi au projet visait à faciliter l'accès aux données, à encourager la coopération des tribunaux concernés et à favoriser le bon accueil des travaux. Le groupe de suivi a participé à l'élaboration du concept de l'évaluation et du cahier des charges afférent à celle-ci et à la sélection des groupes de travail externes. Il a suivi l'avancement des travaux et examiné les rapports sur les résultats intermédiaires et les rapports finaux.

Un groupe interne à l'administration composé de Werner Bussmann, Philippe Gerber, Marino Leber et Esther Tophinke a accompagné les travaux.

1.3.2 Concept d'évaluation

L'OFJ a élaboré – en étroite collaboration avec le groupe de suivi – un concept d'évaluation qui a été approuvé par le chef du DFJP au début de 2008. L'un des défis majeurs que devaient relever les évaluateurs était la complexité du domaine à analyser. En effet, la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale englobe plusieurs lois et implique de nombreux acteurs et une multitude de mesures (v. ch. 1.1). En outre, les objectifs de la réforme entrent en concurrence. L'objet de l'analyse étant d'une grande complexité, le concept prévoit une évaluation d'envergure sur la période 2007–2011, dont les résultats sont comparés avec ceux de la période 2002–2006.

1.3.3 Réalisation en deux étapes

Menée sur une période de cinq ans à compter de 2007, l'évaluation visait, d'une part, à effectuer un contrôle de la qualité de la réforme et, d'autre part, à dresser un solide bilan final et à esquisser d'éventuelles améliorations. L'évaluation a pour ce faire été réalisée par étapes: premiers rapports intermédiaires en 2010 (v. ch. 1.5 et 1.6), rapports finaux en 2012/2013 (v. ch. 1.6, 2 et 3).

1.4

Attribution de deux mandats d'évaluation

Le cahier des charges de l'évaluation, découlant étroitement du concept, a été soumis à plusieurs universités, instituts et bureaux d'évaluation afin qu'ils établissent une offre; il a été publié dans des revues juridiques renommées. Huit organisations avaient déposé une offre à l'expiration du délai.

Le groupe de suivi a examiné de près toutes les offres, à la suite de quoi l'OFJ a formé un groupe de travail pour procéder à une *analyse d'ensemble de l'efficacité*. Ce groupe de travail était composé du Kompetenzzentrum für Public Management (kpm) de l'Université de Berne (Prof. Andreas Lienhard), d'Interface Etudes politiques (Stefan Rieder) et de l'Université de Zurich (Prof. Martin Killias). Un groupe d'experts a soutenu les travaux d'évaluation. Il était composé des huit membres suivants: Prof. Walter Kälin, Prof. Jolanta Kren, Prof. Alexander Markus (tous les trois de l'Université de Berne), Ueli Kieser (Université de St-Gall), Miriam Lendfers (Université de St-Gall), Prof. Peter Ludwig (ancien juge administratif), Fabio Riggetti (ancien juge cantonal) et Prof. Frédéric Varone (Université de Genève).

Pour compléter l'analyse d'ensemble de l'efficacité, l'OFJ a chargé un groupe de projet de l'Université de Zurich (Prof. Felix Uhlmann, Prof. Giovanni Biaggini et Prof. Andreas Auer) de vérifier s'il subsiste des *lacunes en matière de protection juridictionnelle* après la révision de l'organisation judiciaire.

1.5

Rapport sur les résultats de l'évaluation intermédiaire

Le rapport du Conseil fédéral du 18 juin 2010 sur les résultats de l'évaluation intermédiaire de la nouvelle organisation judiciaire fédérale¹ s'est avéré positif. Les sondages effectués auprès du TF, du TAF, du TPF, des tribunaux cantonaux et d'avocats, d'une part, et l'analyse des données, d'autre part, indiquaient que les *objectifs* de la révision totale de l'organisation judiciaire, entrée en vigueur début 2007, avaient *en grande partie* été atteints. Le rapport faisait état d'une amélioration globale de la protection juridictionnelle et d'une simplification des procédures. La seule ombre au tableau était amenée par les juges fédéraux, qui estimaient que la réforme n'avait pas réellement permis de décharger le TF.

Selon le rapport du Conseil fédéral, les résultats intermédiaires ne mettaient pas en lumière de problèmes fondamentaux de mise en œuvre qui auraient exigé qu'on prenne rapidement des mesures législatives. L'évaluation a permis de recueillir des informations qui seront précieuses pour les trois tribunaux de la Confédération.

¹ FF 2010 4413

1.6 Rapports faisant suite aux deux évaluations intermédiaires

Les rapports intermédiaires sur les deux études ont été publiés en 2010, les deux rapports finaux en 2013. Ils sont tous accessibles au public².

Le présent rapport se fonde principalement sur les rapports finaux des deux études:

- analyse d'ensemble de l'efficacité:
Lienhard Andreas, Rieder Stefan, Killias Martin, Schwenkel Christof, Nunweiler Sophie et Müller Andreas. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Schlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Berne/Lucerne/Zurich 2013 (cit. «Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie»; disponible uniquement en allemand).
Ce rapport final tient compte des résultats du rapport intermédiaire I (cit. «ZWB I»)³ et du rapport intermédiaire II (cit. «ZWB II»)⁴.
- étude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle:
Uhlmann Felix et Biaggini Giovanni, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht, Zurich 2013 (cit. «Schlussbericht Rechtsschutzlücken»; disponible uniquement en allemand).

Les objectifs, la méthode, les résultats et les recommandations des deux études sont présentés ci-dessous, tantôt dans leur intégralité, tantôt sous forme condensée.

2 Analyse d'ensemble de l'efficacité

2.1 Objectif et contenu

L'analyse d'ensemble de l'efficacité menée par le Prof. Andreas Lienhard, Stefan Rieder et le Prof. Martin Killias visait à vérifier si les objectifs de la révision mentionnés au ch. 1.1 avaient été atteints fin 2011. Les auteurs avaient pour mandat de formuler des suggestions au besoin.

Pour procéder à l'évaluation, on a divisé la révision totale de l'organisation judiciaire en quatre groupes de mesures:

- *changements organisationnels*: l'évaluation porte dans ce cadre sur les changements dans l'organisation du TF, en particulier la réunion du Tribunal des assurances sociales sis à Lucerne et du TF à Lausanne, mais aussi la création du TAF et du TPF, l'adaptation de la surveillance et de la haute surveillance des tribunaux fédéraux et les changements dans les cantons (p. ex. instauration de la double instance);

² Toutes les évaluations peuvent être consultées à l'adresse www.ofj.admin.ch > Thèmes > Etat & citoyen > Evaluation > Office fédéral de la justice: évaluation.

³ Zwischenbericht I: Lienhard Andreas, Rieder Stefan et Killias Martin (en collaboration avec Schwenkel Christof, Hardegger Sophie et Odermatt Simon), Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Zwischenbericht der Evaluationsphase I zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Berne/Zurich/Lucerne 2010.

⁴ Zwischenbericht II: Lienhard Andreas, Rieder Stefan, Killias Martin, Schwenkel Christof, Nunweiler Sophie et Müller Andreas. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege Zwischenbericht II zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Berne/Zurich/Lucerne.

- *modification des processus, des tâches et des voies de droit*: l'évaluation a ici pour objet la création d'instances précédentes au sein de la Confédération et des cantons, sur le pouvoir d'examen du TF (contrôle juridique) et sur l'institution d'un recours unifié;
- *modification des produits*: l'évaluation est consacrée dans ce domaine à la quantité et à la qualité de la jurisprudence du TF; elle vise à déceler, sur la base des données recueillies, si la charge de travail du TF a diminué et, sur la base de critères qualitatifs, si la qualité des arrêts a évolué;
- *changements constatés chez le public-cible*: l'évaluation porte dans ce cas sur l'effet de la réforme sur les avocats, les organisations bénéficiant d'un droit de recours (essentiellement dans le domaine social et environnemental) et les unités administratives de la Confédération.

La *question centrale de l'évaluation* était de savoir si la révision a induit des changements dans ces quatre domaines et s'ils vont dans le sens des trois objectifs fixés (décharger le TF, améliorer la protection juridictionnelle et simplifier les procédures).

2.2 Méthode

L'analyse d'ensemble de l'efficacité comporte deux *niveaux de comparaison*:

- *comparaison avant-après*: étude de la contribution des changements induits par la révision à la réalisation des trois objectifs;
- *comparaison longitudinale*: relevés à deux moments différents (2009 et 2011) dans le but de vérifier quels changements ont été induits par la réforme et si ces changements ont eu des effets durables pour la réalisation des objectifs.

Elle fait appel à cinq *méthodes*:

- *évaluation de documents*: étude de la documentation relative à la révision de l'organisation judiciaire, dont le message, les lois concernées, des publications scientifiques et des rapports annuels et d'autres documents des tribunaux fédéraux et cantonaux;
- *entretiens personnels qualitatifs*: 33 entretiens menés avec des juges, des greffiers, des collaborateurs du TF, du TAF et du TPF, des présidents de tribunaux cantonaux, des représentants de l'administration fédérale et des avocats au cours de la première phase de l'évaluation (2009) et 20 entretiens menés en 2011 avec une bonne part de ces mêmes personnes pour entendre leur avis une deuxième fois;
- *sondages quantitatifs*: onze sondages menés en ligne auprès d'un millier de personnes en tout; les collaborateurs du TF, du TAF et du TPF et les avocats ayant défendu plus de cinq cas devant le TF ont tous eu la possibilité de prendre part à un sondage en ligne à deux moments différents (2009 et 2011); les collaborateurs des cours suprêmes cantonales, les unités administratives de la Confédération et les organisations disposant d'un droit de recours ont pu participer au sondage en 2009;

- *analyse d'arrêts*: analyse qualitative d'arrêts choisis du TF dans les domaines du droit public, du droit des assurances sociales, du droit pénal et du droit privé en association avec des experts (évaluation avant et après la réforme);
- *évaluation de données*: évaluation de statistiques issues des rapports annuels des tribunaux fédéraux et de données fournies par le TF pour les années 2002 à 2011 comprises.

2.3 Résultats

2.3.1 Dans quelle mesure les objectifs ont-ils été atteints?

L'évaluation d'ensemble de l'efficacité de la réforme visait à déterminer dans quelle mesure les trois objectifs mentionnés au ch. 1.1 ont été atteints. Telles sont ses conclusions:

Objectif 1: décharger le TF

La nouvelle organisation a permis de décharger le TF. L'analyse a fait ressortir que les diverses mesures de réorganisation ont indubitablement eu pour effet de décharger le TF. Parmi celles-ci, citons notamment les modifications apportées à l'organisation du TF, l'instauration du TAF et du TPF, l'intégration partielle du Tribunal fédéral des assurances au TF, l'élargissement de l'éventail des arrêts pouvant être rendus en procédure simplifiée et, dans le domaine des assurances sociales, la limitation du pouvoir d'examen du TF aux questions de droit et le prélèvement de frais judiciaires dans tous les domaines. D'un point de vue empirique, les résultats produits par ces mesures sont corroborés par les réponses aux enquêtes en ligne, les analyses d'arrêts, les analyses statistiques et les entretiens qualitatifs.

Cependant, certaines des mesures censées permettre de décharger le TF (augmentation des valeurs litigieuses minimales, exigences auxquelles doivent satisfaire les instances inférieures, instauration du recours unifié n'ont (jusqu'ici) pas eu l'effet escompté.

Le fait que la nouvelle organisation judiciaire fédérale ait permis de décharger le TF ne signifie pas que tous les juges et greffiers du TF ont eu concrètement moins de travail. Pour apprécier dans quelle mesure cette réforme a permis d'alléger la charge du TF, il convient de prendre en compte les deux éléments suivants:

- D'une part, les sondages en ligne réalisés auprès des *juges du TF* ont fait ressortir *qu'une partie de ceux-ci estime que la charge à laquelle ils doivent faire face est toujours aussi lourde.* A cela, il convient d'ajouter que le cumul de leurs appréciations diverge des conclusions de l'analyse des diverses mesures et des relevés statistiques.
- Plusieurs des juges du TF estiment qu'ils sont *chargés à mauvais escient*, car ils sont par trop accaparés par des aspects formels et ne peuvent, de ce fait, qu'insuffisamment se pencher sur les questions matérielles.

Les enquêtes font ressortir que si la réforme de l'organisation judiciaire a eu pour effet de décharger le TF, elle *n'en a pas pour autant permis de résoudre le problème que constitue la charge excessive* que doit supporter ce tribunal. A ce propos, l'analyse statistique a mis en évidence les éléments suivants: la durée des procédures

a baissé en 2007, pour la première fois depuis 2002. Quant à la charge supportée par les juges (nombre de cas par juge) elle s'est réduite à compter de 2008. Cet allègement n'est toutefois pas très important puisqu'il est inférieur à 10%. A cela s'ajoute que les statistiques 2012 ont fait apparaître une augmentation du nombre des recours au TF. Quant aux raisons de cette évolution, elles n'ont pas pu être cernées dans le cadre de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité puisque les travaux empiriques ont été clos en 2011.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que certains faits qui se sont produits indépendamment de la réforme de l'organisation judiciaire se sont superposés à celle-ci et en ont partiellement atténué les effets. Tel est le cas de la mise en œuvre du code de procédure pénale (CPP; RS 312.0) et du code de procédure civile (CPC; RS 272). En outre, en matière de droit des assurances sociales, par exemple, on a constaté une augmentation notable du nombre des litiges, qui empêche de chiffrer exactement l'allègement produit par la réforme de l'organisation judiciaire. Dans le même ordre d'idées, la réintroduction partielle du recours des lésés au sens de l'art. 81, al. 1, let. b, ch. 5, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) par le CPP a pour effet que, contrairement à l'objectif initialement visé par la LTF, la partie plaignante et non plus seulement la victime au sens de la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI; RS 312.5) a qualité pour recourir, ce qui induit une augmentation conséquente du nombre annuel des recours dont doit connaître le TF.

Objectif 2: améliorer la protection juridictionnelle

En ce qui concerne le second objectif, les résultats de l'évaluation sont contrastés. D'une part, on a identifié un *ensemble de mesures qui ont contribué à la réalisation de cet objectif*. D'autre part, on a constaté que des mesures déterminées produisaient des effets qui vont à l'encontre du but recherché.

Il convient tout d'abord de relever qu'une série des mesures qui ont été évaluées ont contribué sinon fortement du moins partiellement à accroître la protection juridictionnelle. Citons (par ordre d'importance), la création du TAF, l'instauration du recours unifié, l'introduction du recours constitutionnel subsidiaire, la possibilité de faire examiner par le TF des questions de droit touchant aux principes, le nouveau régime des délais de recours, enfin le renforcement des instances judiciaires cantonales qui précèdent le TF.

En revanche, *quatre mesures ont eu pour effet de restreindre de manière ciblée la protection juridictionnelle*. Il s'agit (par ordre d'importance) de la limitation du pouvoir d'examen dans le domaine des assurances sociales, de la suppression de la gratuité de la procédure en cas de recours dans ce domaine, de l'augmentation des valeurs litigieuses minimales et enfin, de l'élargissement des possibilités de statuer en procédure simplifiée.

En dépit des effets antagonistes des mesures qui viennent d'être évoquées, on peut affirmer que la révision de l'organisation judiciaire fédérale a permis d'atteindre le second objectif: l'approche choisie est cohérente; l'extension de la protection juridictionnelle sur certains points et la limitation de celle-ci sur d'autres points étaient planifiées et ont été mises en œuvre comme prévu.

Objectif 3: simplifier les procédures et les voies de recours

Cet objectif a été atteint sur le principe. Toutefois, par rapport aux résultats obtenus au titre des objectifs 1 et 2, les effets produits par la révision en ce qui concerne l'objectif 3 ont, dans l'ensemble, été moins prononcés. Un point positif doit être relevé: six mesures adoptées dans le cadre de la révision ont eu une incidence positive, au premier chef la création du TAF et l'instauration du recours unifié, à en croire les collaborateurs des tribunaux fédéraux et les membres du barreau.

Trois mesures n'ont aucunement contribué à simplifier les procédures et les voies de recours: le recours constitutionnel subsidiaire, l'augmentation des valeurs litigieuses minimales et le prélèvement général de frais de procédure. A noter, toutefois, que l'on n'escomptait pas que ces mesures exercent matériellement une influence déterminante.

De l'avis des collaborateurs des tribunaux fédéraux qui ont été interrogés, les arrêts en procédure simplifiée ont permis de rendre moins complexes les procédures et les voies de recours. L'appréciation portée par le barreau est tout autre. Force est de supposer que l'appréciation négative portée sur la simplification des voies de recours a été déterminante en l'occurrence et, partant, que la possibilité de rendre des arrêts en procédure simplifiée a été évaluée de manière ambivalente par le barreau. Enfin, une autre mesure évaluée au regard de l'objectif 3 a donné lieu à des avis antagonistes: la création du TPF. Les membres des tribunaux fédéraux estiment que cette mesure a pour effet de complexifier les procédures et le déroulement des opérations (notamment en matière d'entraide judiciaire internationale et, du moins, à l'échelon cantonal). Inversement, le barreau considère que l'institution du TPF est de nature à simplifier la procédure.

Décharger le TF et améliorer la protection juridictionnelle: deux objectifs antagonistes

La révision de l'organisation judiciaire fédérale a, d'emblée, donné lieu à un dilemme. Améliorer la protection juridictionnelle ne va pas sans charger davantage le TF (d'où un conflit entre l'objectif 1 et l'objectif 2). Ce dilemme subsiste puisqu'il n'a pas pu être résolu à la faveur de la révision de l'organisation judiciaire fédérale. Les mesures qui ont une incidence négative sur la protection juridictionnelle ont, par ailleurs, souvent, un effet d'allègement de la charge de travail. Cependant, l'antagonisme entre les deux objectifs n'est pas tel que pour parvenir à décharger le TF, il aurait fallu absolument réduire la protection juridictionnelle. Au contraire, estiment les auteurs de l'évaluation, on est parvenu à *désamorcer* dans une large mesure le *conflit d'objectifs* en créant le TAF et le TPF et en instaurant le recours unifié.

2.3.2 Incidences de la réforme sur les arrêts

Dans le cadre de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, on a examiné quelles incidences cette réforme a eu sur les arrêts du TF. Afin de répondre à cette question, les auteurs de l'évaluation se sont livrés à une analyse d'arrêts en matière de droit civil, de droit pénal, de droit public et de droit des assurances sociales. C'est ainsi qu'entre 2005 et 2010, 423 arrêts ont fait l'objet d'une évaluation qualitative et 805 d'une évaluation quantitative.

Il ressort de l'évaluation qu'après l'entrée en vigueur de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, la qualité des arrêts analysés ne s'est modifiée que dans une faible mesure. La qualité rédactionnelle des arrêts a évolué quelque peu dans le sens voulu par la révision, cela dans deux des quatre domaines du droit examinés. En matière d'assurances sociales, la longueur des arrêts a diminué. Dans le domaine pénal, la partie de l'arrêt consacrée à la recevabilité a tendance à être plus courte qu'auparavant. Cependant, dans l'ensemble, la *densité des considérants et la logique des arrêts* ne se sont pratiquement pas modifiées sous l'effet de la réforme⁵.

L'analyse qualitative des arrêts du TF n'a révélé *pratiquement aucun changement significatif ou inattendu* par rapport à la pratique qui avait cours avant l'entrée en vigueur de la LTF. Les modifications saillantes ont été constatées sur les deux points suivants:

- d'abord, s'agissant du pouvoir de cognition lors de l'examen de *l'état de fait*, tout particulièrement en matière de droit des assurances sociales, mais aussi dans les autres matières du droit public;
- ensuite, en ce qui concerne les décisions incidentes et finales, les *décisions de renvoi et la plupart des décisions partielles étant dorénavant considérées comme des décisions incidentes*, ce qui constitue un changement d'importance⁶.

On a également noté des modifications de moindre importance dans de nombreux domaines⁷.

2.3.3 Appréciation globale de la réforme

Dans l'ensemble, la réforme a été *positive*. Les mesures examinées ont notablement contribué à ce que les trois objectifs de la réforme soient atteints, résultat qui apparaît comme approprié eu égard à la latitude dont jouissaient les responsables dans le choix des mesures. La comparaison longitudinale montre en outre que les effets positifs de la réforme se sont renforcés entre 2009 et 2011. Les résultats se fondent sur un large ensemble d'éléments empiriques et sur différentes approches méthodiques; ils peuvent être qualifiés de stables. Dans l'ensemble, on peut donc affirmer qu'on a tiré parti des possibilités définies par le législateur et que la réforme a permis d'obtenir les effets escomptés.

2.4 Suggestions

Quand bien même l'appréciation globale portée sur la réforme est positive, les auteurs de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité ont suggéré diverses améliorations. Elles ont trait notamment aux mesures visant à décharger le TF. Elles se fondent en partie sur le contenu des discussions au sein du groupe d'experts et dépassent parfois le simple constat empirique. En outre, elles tiennent compte des premières réflexions engagées lors des séances avec le groupe consultatif de suivi (v.

⁵ ZWB II, p. 207 (v. ch. 1.6).

⁶ ZWB II, p. 179.

⁷ Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie, p. 16 à 17.

ch. 1.3.1). Les suggestions peuvent être combinées, ce qui rend parfois inévitables les conflits d'objectifs. On trouvera au ch. 4 l'appréciation des suggestions du point de vue du Conseil fédéral.

2.4.1 Suggestions visant à réglementer l'accès au TF

Les auteurs de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité de la réforme estiment que l'allègement de la charge pesant sur le TF continuera de constituer un défi capital. Aussi formulent-ils les sept suggestions suivantes concernant l'accès au TF:

- Instauration d'une *déclaration d'irrecevabilité* (s'agissant, par exemple, des recours manifestement irrecevables, des recours manifestement dépourvus de toute chance de succès, des recours insuffisamment motivés ou encore des recours procéduriers ou abusifs)⁸.
- *Obligation de représentation ou obligation de se faire assister par un avocat accrédité.*
- *Examen sommaire des chances de succès des recours.*
- *Relèvement supplémentaire des valeurs litigieuses déterminantes*⁹.
- *Remplacement de la liste des exceptions par une procédure d'agrément ou une procédure d'admission* pour les cas soulevant une question juridique de principe ou les cas particulièrement importants, sur le modèle du mécanisme applicable aux décisions en matière de marchés publics (art. 83, let. f, LTF), aux décisions relevant de l'entraide pénale internationale (art. 84 LTF) et de l'assistance administrative internationale en matière fiscale (art. 84a LTF)¹⁰. Seraient exceptés de cette procédure les cas qui ne sont pas propres à être tranchés dans le cadre d'une procédure judiciaire (par exemple, les actes de gouvernement); (v. également les suggestions faites dans le cadre de l'étude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle, ch. 3.2.1).
- *Utilisation accrue du potentiel d'allègement que recèlent l'art. 108 LTF* (décision de non-entrée en matière statué par le juge unique en procédure simplifiée) et l'*art. 109 LTF* (cour statuant à trois juges; motivation sommaire de l'arrêt)¹¹.

⁸ En l'occurrence, il s'agirait, moyennant un *avis général selon lequel le recours est manifestement dépourvu de toute chance d'aboutir*, de déclarer celui-ci irrecevable sans même procéder à un examen complémentaire. De telles décisions concluant à l'irrecevabilité permettent à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et au comité des droits de l'Homme l'homme de l'ONU de liquider nombre de cas sans investir une grande somme de travail. En 1997, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a élaboré un projet de disposition de la LTF allant dans le sens susmentionné (v. le projet du DFJP du 5 septembre 1997 concernant la procédure d'examen préliminaire; v. ZWB II, p. 208).

⁹ ZWB II, p. 205.

¹⁰ ZWB II, p. 208.

¹¹ ZWB II, p. 60.

- Création d'un deuxième degré de juridiction (*juridiction d'appel*) dans les affaires relevant de la juridiction pénale fédérale¹². Cette autorité disposerait d'un plein pouvoir d'examen pour connaître des arrêts de la cour des affaires pénales; cette autorité pourrait être autonome ou rattachée au TPF ou au TAF.

2.4.2 Suggestions concernant l'organisation des tribunaux fédéraux

- *Octroyer des compétences supplémentaires aux commissions administratives* des tribunaux fédéraux pour leur permettre de décharger les juges des tâches administratives.
- *Coordonner le recrutement du personnel des tribunaux fédéraux*, la fonction de coordination incombant au TF (par exemple, création d'une bourse aux emplois)¹³.

2.4.3 Suggestions concernant divers points de procédure

- Renoncer totalement au *recours des lésés* partiellement réintroduit par la loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération¹⁴.
- *Etendre la qualité pour recourir des collectivités publiques (notamment des cantons et des communes)*.
- *Remanier la contestation de décisions préjudicielles ou incidentes*: à l'art. 93, al. 1, let. b, LTF ; il convient soit de supprimer le passage «*qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse*»¹⁵, soit de concrétiser ce point comme il convient au travers de la jurisprudence.
- *Définir ce qu'il faut entendre par «être particulièrement atteint»* au sens de l'art. 89, al. 1, let. b, LTF.
- *Renoncer à qualifier de décisions incidentes les décisions de renvoi et les décisions partielles*.
- *Faire en sorte que les tribunaux établissent une délimitation plus claire entre les aspects factuels et les questions juridiques dans le domaine du droit des assurances sociales*.
- *Abolir le pouvoir d'examen élargi du TF en matière d'assurance militaire et d'assurance-accidents*¹⁶.

¹² V. également la motion – rejetée – de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 26 avril 2012 (12.3341 «Deuxième juridiction d'appel en matière de droit pénal fédéral»).

¹³ ZWB I, p. 208.

¹⁴ V. message du 10 septembre 2008 relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération; FF **2008** 7371 7424 s.

¹⁵ ZWB II, p. 185.

¹⁶ ZWB II, p. 185.

- Faire en sorte que le TF examine de manière plus précise les *allégués des parties* et revoir le *principe selon lequel il est limité par les conclusions des parties en droit des assurances sociales*.
- *Faire en sorte que le TF délibère plus souvent par oral* (ce qui ne peut qu’être propice à l’unité du droit et au développement de la jurisprudence).

2.4.4 Suggestion concernant la procédure à l’échelon des cantons

- *Examiner l’opportunité d’instaurer une double instance de recours à l’échelon des cantons pour les litiges en matière de droit des assurances sociales*.

2.4.5 Suggestions concernant la surveillance et la haute surveillance

- *Simplifier la surveillance administrative exercée par le TF sur les tribunaux fédéraux de première instance* (p. ex. réduire la fréquence des rapports que les tribunaux inférieurs doivent livrer au TF) et délimiter plus clairement cette surveillance par rapport à la haute surveillance incombant au Parlement¹⁷.
- *Réexaminer l’organisation s’agissant des commissions chargées d’exercer la haute surveillance du Parlement sur les tribunaux fédéraux*; éventuellement, réduire le nombre des commissions compétentes pour cette tâche.

2.4.6 Suggestions d’études additionnelles

Les auteurs de l’évaluation d’ensemble de l’efficacité suggèrent également des études supplémentaires. Elles concernent les effets de la superposition sur la révision totale de l’organisation judiciaire fédérale d’autres réformes (notamment l’introduction du CPC et du CPP, le projet d’efficacité), les incidences de l’instauration d’un système de double instance à l’échelon cantonal, la poursuite de l’analyse des arrêts, sans oublier une étude globale du système judiciaire suisse. Dans ce contexte, il est également suggéré d’élucider les causes de l’augmentation du nombre des recours formés devant le TF en 2012¹⁸.

¹⁷ En effet, en se fondant sur le résultat des enquêtes effectuées durant la première phase de l’évaluation (ZWB I, p. 56 à 60), le TF a notablement simplifié sa surveillance des tribunaux de première instance; par voie de conséquence, l’appréciation portée sur l’exercice de cette surveillance durant la deuxième phase de l’évaluation (ZWB II, p. 29 à 31) est nettement plus positive. La simplification visée devrait aujourd’hui être en place.

¹⁸ Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie, p. 22 à 23.

3 Etude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle

3.1 Objectif et procédé

Dans leur étude, les professeurs Uhlmann et Biaggini cherchent à déterminer si et, dans l'affirmative, où il subsiste des lacunes en matière de protection juridictionnelle après la révision de l'organisation judiciaire fédérale.

L'étude se fonde essentiellement sur une évaluation de la doctrine et de la jurisprudence. Elle prend également en compte les interventions d'ordre politique et, pour autant qu'elles soient disponibles, les données empiriques issues des différentes enquêtes. Les données empiriques utilisées sont tirées des différentes enquêtes et évaluations dont il est fait état dans l'évaluation d'ensemble de l'efficacité (v. ch. 2.2 et 2.3)¹⁹.

Dans une première partie de nature théorique, les deux auteurs s'efforcent de définir la notion de lacune en matière de protection juridictionnelle. A leur sens, il existe une telle lacune à chaque fois que les garanties constitutionnelles concernant la justice [art. 29 ss et 188 ss, de la Constitution (Cst.; RS 101)] ne peuvent pas être respectées de manière satisfaisante ou que, pour d'autres raisons, il y a lieu de légiférer. La Constitution vise au premier chef à promouvoir une protection juridictionnelle individuelle et effective, par une autorité judiciaire. Toute restriction de la protection juridictionnelle ne constitue pas forcément une lacune. Il n'y a lacune que lorsqu'une restriction de la protection juridictionnelle ne se justifie pas objectivement²⁰.

Les auteurs examinent ensuite en quoi la nouvelle organisation judiciaire fédérale a engendré des restrictions de la protection juridictionnelle ou en quoi celles-ci sont le fruit de la pratique et si ces restrictions peuvent éventuellement se justifier. A cet égard, on peut distinguer trois sortes de restrictions: d'abord, les restrictions formelles qui, pour l'essentiel, tiennent aux conditions de recevabilité des recours; ensuite les restrictions qui tiennent à l'exclusion du recours dans certains domaines devant l'autorité de seconde instance voire l'autorité suprême; enfin les restrictions qui tiennent aux difficultés pratiques auxquelles se heurte le justiciable lorsqu'il veut en appeler à l'autorité judiciaire. Une restriction de la protection juridictionnelle peut être justifiée par des motifs tenant à la séparation des pouvoirs, au fédéralisme, à la justiciabilité, à la praticabilité du traitement des litiges, à la nécessité d'alléger la charge des tribunaux ou à la banalité des litiges en cause. Enfin les auteurs mettent en exergue les points qui doivent encore être réglés par le législateur et, éventuellement, par les tribunaux²¹.

3.2 Recommandations concernant les diverses restrictions de la protection juridictionnelle

Dans le rapport final, les auteurs réitèrent la conclusion à laquelle a abouti le rapport intermédiaire de janvier 2010, à savoir que la réforme de l'organisation judiciaire fédérale n'a pas laissé subsister de *lacunes patentes en matière de protection juridic-*

¹⁹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 17.

²⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 18 ss.

²¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 27 ss.

tionnelle, pas plus qu'elle n'en a créées. Les auteurs n'en estiment pas moins qu'il est nécessaire de légiférer sur un certain nombre de points énumérés ci-après.

3.2.1 Liste des exceptions (art. 83 LTF)

Les prononcés rendus en dernière instance cantonale et les décisions du TAF qui concernent les matières énumérées à l'art. 83 LTF ne peuvent par principe pas être attaquées par la voie du recours en matière de droit public devant le TF (v. également les art. 84 et 84a LTF). Le recours constitutionnel subsidiaire introduit durant l'examen du projet par le Parlement permet, cependant, de déférer au TF les décisions arrêtées en dernière instance cantonale dans les matières susmentionnées, pour violation des droits constitutionnels.

Les membres du TF, du TAF et du barreau ne se sont pas fait faute d'émettre des critiques à propos de la liste des exceptions, critiques motivées non pas par un doute quant à la qualité des décisions du TAF mais par le fait que le TF n'est pas en mesure d'assurer l'unité de la jurisprudence dans les matières concernées. En outre, estiment-ils, la liste des exceptions se traduirait partiellement par des «distorsions absurdes» puisque des questions d'importance seraient tranchées définitivement par le TAF, tandis que ce dernier ne fonctionnerait que comme avant-dernière instance pour des questions mineures²². Enfin la liste des exceptions serait asymétrique puisque des décisions d'instances cantonales pourraient néanmoins être déférées au TF pour violation des droits constitutionnels, alors que les prononcés du TAF dans la même matière ne pourraient l'être²³.

Les auteurs du rapport final concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle suggèrent que la liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF fasse l'objet d'un réexamen d'ensemble et soit remaniée à la lumière des différentes fonctions exercées par le TF. Celui-ci doit pouvoir connaître de tous les cas qui doivent être tranchés par l'instance suprême au titre du développement de la jurisprudence et de l'application uniforme du droit. Une restriction des possibilités de recourir devant le TF ne semble appropriée que si une protection juridictionnelle suffisante est garantie par les instances inférieures et si cette restriction est de nature à décharger véritablement le TF²⁴.

²² Le législateur a corrigé ponctuellement cette anomalie: suite à la modification de l'art. 83, let. h, LTF et à l'adoption du nouvel art. 84a LTF, les décisions du TAF dans le domaine de l'assistance administrative internationale en matière fiscale peuvent être déférées au TF lorsqu'une question juridique de principe se pose ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important. A noter que l'art. 83 LTF était également l'objet de la motion Janiak du 4 mars 2010 (10.3054 «Recours auprès du Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral soulevant une question juridique de principe dans une affaire de droit public»).

²³ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 39 ss.

²⁴ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 68 s.

3.2.2

Pouvoir d'examen du TAF/suppression des commissions de recours et d'arbitrage de la Confédération

L'instauration du TAF a entraîné la suppression de la plupart des commissions de recours et d'arbitrage de la Confédération de même que de la procédure de recours interne à l'administration. Afin de ne pas détériorer le statut des justiciables, le législateur a conféré au TAF un plein pouvoir d'examen des décisions attaquées, autrement dit la compétence de les contrôler sous l'angle des faits, du droit et de l'opportunité. Dans la doctrine et la jurisprudence, des voix se font de plus en plus critiques à l'égard du TAF qui, en dépit du plein pouvoir d'examen dont il dispose, n'exercerait pas ou ne serait pas en mesure d'exercer celui-ci faute des connaissances techniques nécessaires ou parce qu'il s'impose une retenue pour d'autres raisons²⁵.

Les auteurs suggèrent que le législateur clarifie le pouvoir d'examen du TAF. S'il devait advenir qu'on restreigne ce pouvoir d'examen en matière de contrôle de l'opportunité, il conviendrait de se demander s'il ne serait pas judicieux qu'une autre instance procède préalablement à un examen de l'opportunité²⁶.

3.2.3

Asile et droit des étrangers

Dans les domaines de l'asile et du droit des étrangers, l'accès au TF est restreint. S'agissant du droit des étrangers, le recours en matière de droit public contre les décisions de l'instance inférieure n'est recevable que si le droit fédéral ou une disposition de droit international public confèrent à la personne concernée le droit d'obtenir une autorisation déterminée. Dans les autres cas, il est certes possible d'attaquer la décision cantonale par la voie du recours constitutionnel subsidiaire. Toutefois, cette voie échoue dans la plupart des cas faute de la qualité pour recourir (intérêt juridique au sens de l'art. 115, let. b, LTF). L'entrée en Suisse est source de problèmes particuliers [parce qu'il y a un manque de coordination entre la LTF et l'accord sur la libre circulation (RS *0.142.112.681*) ou la convention AELE (RS *0.632.31*)]; donnent également lieu à des difficultés les modalités d'exécution qui font suite à une décision de renvoi (le TAF dénie le caractère de décision et partant la possibilité d'un contrôle judiciaire des modalités d'exécution), de même que le changement de canton des personnes au bénéfice d'une admission provisoire²⁷.

Dans le domaine de l'asile, le recours en matière de droit public contre les décisions du TAF et les décisions relevant de la libre appréciation des cantons est généralement exclu. Aussi, face à une décision (choquante) du TAF recourt-on parfois à la dénonciation à l'autorité de surveillance. S'agissant de l'autorisation que les cantons peuvent octroyer avant la clôture de la procédure d'asile face à un cas personnel d'extrême gravité, on relèvera que seule la décision de l'Office fédéral des migrations refusant d'agréer une telle autorisation et non la décision cantonale en la matière peut faire l'objet d'un recours devant le TAF [selon l'art. 14, al. 1, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS *142.31*), la personne concernée n'a pas la

²⁵ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 66 ss.

²⁶ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 69.

²⁷ Art. 85, al. 3 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS **142.20**); v. Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 52 s.

qualité de partie dans la procédure cantonale]²⁸. Enfin, sous l'angle de la protection juridictionnelle, il convient d'observer les effets que produira la modification urgente de la loi sur l'asile adoptée par le Parlement le 28 septembre 2012, en particulier la «procédure d'asile dans le cadre de phases de test» (nouvel art. 112b LAsi)²⁹.

Les auteurs recommandent que la protection juridictionnelle en matière de droit des étrangers et, en particulier, en matière d'asile fasse l'objet d'un réexamen d'ensemble, l'accent principal devant être mis sur le rôle du TF (art. 83, let c et d, LTF)³⁰.

3.2.4 Droits politiques

Les auteurs recommandent de faire le point sur la protection juridictionnelle en matière d'élections et de votations fédérales, notamment sous l'angle des compétences respectives du TF, du Conseil fédéral et des gouvernements cantonaux. Dans ce contexte, ils relèvent notamment que la voie du recours devant les gouvernements cantonaux en cas d'irrégularités entachant un scrutin de portée nationale ne se prête pas à chaque cas³¹. Le TF, lui-même, a exhorté le législateur à adapter les dispositions sur la protection juridictionnelle aux exigences constitutionnelles³².

3.2.5 Sûreté intérieure et extérieure

Les recours devant le TAF et le TF contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays et les autres affaires relevant des relations extérieures, sont irrecevables à moins que le droit international ne confère un droit à ce que la cause soit jugée par un tribunal [art. 32, al. 1, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; RS 173.32) et 83, let. a, LTF]. Cette restriction de la protection juridictionnelle n'est pas contestée dans son principe. Elle se justifie sous l'angle de la séparation des pouvoirs et par l'absence – du moins partielle – de justiciabilité. Il est cependant concevable que des lacunes de protection juridictionnelle apparaissent si le Conseil fédéral use de manière extensive de ses attributions en se prévalant des art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. La nouvelle loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires (RO 2011 1381) garantit que les mesures édictées en vertu du droit d'urgence n'aient pas une validité illimitée. Cependant, elle ne confère toujours pas de droit de recours aux personnes affectées par de telles mesures. Or c'est précisément cette lacune que visait à combler la motion 11.3006 de la Commission des institutions politiques du Conseil national, intitulée «Protection juridique dans les situations extraordinaires», qui a été rejetée. Les auteurs estiment que sur ce point, le besoin de légiférer continue de se faire sentir³³.

²⁸ V. ATF 137 I 128, consid. 4.3.2.

²⁹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 53 ss.

³⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 69.

³¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 60 ss, 69.

³² ATF 136 II 132, consid. 2.7.

³³ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 48 ss, 69.

3.2.6 Absence de juridiction compétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales

Dans les réponses des tribunaux, l'art. 190 Cst. est la disposition la plus fréquemment citée comme source de restrictions de la protection juridictionnelle. Compte tenu de la décision politique récemment prise par le Parlement de ne pas étendre la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales, les auteurs préconisent l'application à l'essai d'un «système de confirmation de la constitutionnalité» conçu comme suit: si le TF constatait qu'une loi fédérale est contraire à la Constitution, il incomberait au Parlement de confirmer la constitutionnalité de ce texte dans un délai déterminé. A défaut de cette confirmation, la disposition légale en cause serait abrogée³⁴.

3.2.7 Domaines dans lesquels il n'est pas nécessaire de légiférer

Les auteurs estiment qu'il n'y a pas lieu de légiférer dans les domaines suivants:

- protection juridictionnelle contre les *décisions incidentes* (art. 93 LTF), notamment dans le cadre de procédures pénales (par exemple, recours pour violation des droits de la défense durant un procès): le législateur ne sera appelé à agir que si la jurisprudence n'élucide pas ou ne peut pas élucider les questions qui se posent en l'occurrence; en la matière, c'est le TF qui est particulièrement appelé à agir afin de garantir une protection juridictionnelle suffisante et une application uniforme du droit³⁵;
- protection juridictionnelle contre les *actes étatiques qui ne prennent pas la forme d'une décision* (actes matériels): on peut partir de l'idée qu'à l'avenir également la jurisprudence continuera de combler d'éventuelles lacunes³⁶;
- *valeurs litigieuses déterminantes et questions de principe* dans les procédures devant le TF: les normes légales et la jurisprudence du TF concernant ces matières semblent, dans l'ensemble, être admises; toutefois, l'allègement induit par les valeurs litigieuses déterminantes est modeste³⁷;
- *qualité pour recourir devant le TF*: en dépit des discussions auxquelles a donné lieu le recours constitutionnel pour violation de l'interdiction d'arbitraire, la tendance est plutôt à nier qu'il est nécessaire que les tribunaux et le législateur interviennent de manière isolée sur ce point³⁸;
- *obligation de soulever les griefs et de les motiver/durée des procédures/frais de procédure*: il n'y a pas de nécessité d'agir de la part des tribunaux ni du législateur³⁹;

34 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 62 ss, 69.

35 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 36 s., 68 s.

36 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 34 s.

37 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 37 s.

38 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 44 ss.

39 Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 46 ss.

- *naturalisations*: d'un point de vue formel, la voie de droit est aujourd'hui garantie; les domaines dans lesquels l'arbitraire étatique était autrefois prédominant ont pratiquement disparu; il n'y a pas de nécessité d'agir de la part des tribunaux ni du législateur⁴⁰;
- *résultats d'examens*: il est fréquent que les recours contre les décisions statuant le résultat d'examens n'aient que de faibles chances d'aboutir, les tribunaux s'imposant une grande retenue s'agissant de jauger des décisions qui relèvent du pouvoir d'appréciation des services compétents; toutefois, cela est dans la nature des choses⁴¹;
- *recours en grâce*: il n'y a aucune obligation de les motiver; la protection juridictionnelle assurée par l'autorité judiciaire est fortement restreinte; cependant, compte tenu de la faible portée pratique de ce type de recours, les auteurs estiment qu'il n'y a pas de nécessité d'agir de la part des tribunaux ni du législateur⁴²;
- *recours constitutionnel*: le recours constitutionnel, qui n'a été introduit qu'au cours des débats parlementaires sur la LTF, sur proposition d'un groupe de travail baptisé «loi sur le TF» n'a – contrairement à ce que l'on redoutait – aucunement eu pour effet de restreindre la protection juridictionnelle en matière de droits constitutionnels; on s'attendait, en effet, à ce que l'interaction entre limitation de l'accès au juge et introduction du recours unifié, combinée à l'abolition du recours de droit public entraîne de telles restrictions⁴³.

4 Appréciation globale de la réforme

4.1 Succès d'ensemble

L'évaluation d'ensemble de l'efficacité et l'étude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle concluent toutes deux sur le constat que la réforme de l'organisation judiciaire a *atteint la plupart de ses objectifs*. Ce constat se fonde sur un large éventail de données empiriques, sur différentes approches méthodologiques et sur les réflexions des auteurs de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité et de l'étude sur les lacunes en matière de protection juridictionnelle.

Après l'entrée en vigueur de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, en 2007, les *modifications de grande ampleur* qu'elle induisait *ont été mises en œuvre sans grande difficulté*. Les problèmes initiaux, tels que les divergences de vues auxquelles donnait lieu la surveillance exercée par le TF sur le TAF et le TPF ou encore le grand nombre de dossiers en instance devant le TAF, ont été abordés de manière constructive. Cela explique que les effets que l'on escomptait de la réforme se sont fait sentir rapidement. Une comparaison des résultats des enquêtes menées en 2009 et 2011 montre que *les effets positifs* de la réforme se sont *consolidés* durant cette période. En dépit des conflits d'objectifs inhérents à une telle réorganisation, la réforme *a contribué à ce que les trois objectifs initialement fixés soient atteints au*

⁴⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 56 ss.

⁴¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 58 s.

⁴² Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 60.

⁴³ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, p. 64.

mieux. Dans l'ensemble, le mérite de la réforme est d'avoir concrétisé les possibilités prédéfinies par le législateur et d'avoir produit les effets escomptés. Aussi, de l'avis du Conseil fédéral, la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale peut-elle être considérée comme un succès.

La réforme *n'a toutefois pas permis de résoudre totalement les deux problèmes suivants*:

- D'une part, après une réduction passagère du nombre de nouveaux dossiers, le TF *doit faire face*, depuis 2008, à un *nouvel accroissement de ce nombre*; en outre, le TF estime que sa *capacité de travail* est partiellement *utilisée à mauvais escient* puisque, d'une part, il est saisi de cas d'importance mineure alors que d'autre part, il ne connaît pas de toutes les causes capitales pour l'unité du droit et le développement de la jurisprudence. La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale s'est traduite par un allègement; cependant, d'autres décisions d'ordre législatif ont engendré un nouveau surcroît de dossiers ces dernières années.
- D'autre part, il subsiste des *lacunes en matière de protection juridictionnelle* dans les domaines énumérés au ch. 3.2 (liste des exceptions, pouvoir d'examen du TAF, asile et droit des étrangers, droits politiques, sûreté intérieure et extérieure et absence de juridiction compétente pour statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales).

4.2 Autres améliorations possibles

Etant donné les améliorations induites par la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, il serait indubitablement inapproprié de remettre en cause les mesures qui constituent les fondements mêmes de la nouvelle organisation judiciaire fédérale (v. l'énumération figurant au ch. 1.1) ou d'y apporter des modifications conséquentes.

En outre, il y a lieu de prendre en compte que décharger le TF et élargir la protection juridictionnelle sont deux objectifs concurrents, toute amélioration apportée d'un côté se traduisant par une détérioration de l'autre.

Les auteurs des deux rapports ont formulé de nombreuses recommandations tendant à optimiser l'organisation judiciaire fédérale. Celles-ci constituent une précieuse base de discussion. Compte tenu des délibérations qui ont eu lieu au sein du comité du suivi de l'évaluation (ch. 1.3.1) et sur la base d'examen complémentaires, il est envisagé d'apporter à l'organisation actuelle les améliorations énumérées ci-après. Il s'agit de mesures touchant spécifiquement les trois tribunaux de la Confédération, d'améliorations concernant la surveillance exercée par l'Assemblée fédérale et enfin, d'améliorations qui exigent une modification des bases légales.

4.3 Améliorations spécifiques aux tribunaux

Les tribunaux estiment qu'ils pourraient mieux coordonner leur présence sur le marché de l'emploi (v. ch. 2.4.2) Ils pourraient, par exemple, se profiler ensemble dans les hautes écoles ou lors de salons professionnels destinés aux étudiants et, de manière générale, tirer parti des synergies en matière de marketing du personnel. En

revanche, une centralisation du recrutement du personnel est hors de question, compte tenu de la règle voulant que chaque tribunal s'auto-administre.

Les tribunaux tiennent d'ores et déjà compte des suggestions énumérées ci-après⁴⁴ et continueront à le faire:

- adopter une pratique transparente s'agissant du traitement des recours contre des décisions préliminaires ou incidentes et des décisions de renvoi;
- délimiter clairement les faits des questions de droit;
- délimiter clairement la partie des arrêts consacrée à l'examen des allégués des parties.

La loi ne s'oppose pas à ce que le TF statue plus fréquemment en délibération publique. Cette possibilité se heurte cependant à une limite: elle prend plus de temps, ce qui se répercute sur la charge des juges.

4.4 Améliorations éventuelles au niveau de l'Assemblée fédérale

Il appartient à l'Assemblée fédérale de tirer des résultats d'ensemble de l'évaluation les conclusions qui concernent la haute surveillance des tribunaux fédéraux.

4.5 Améliorations découlant d'une modification des bases légales

4.5.1 Amélioration de la liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF

L'art. 83 LTF – sans oublier quelques autres dispositions de cette loi (art. 73, 79, 84, et 84a) – renferme la liste des matières dans lesquelles le recours (ordinaire) devant le TF est irrecevable. Demeure toutefois réservée la possibilité de former un recours constitutionnel subsidiaire contre des décisions des autorités cantonales de dernière instance (art. 113 LTF). L'art. 191, al. 3, Cst. prévoit expressément que la loi peut exclure l'accès au TF dans des domaines déterminés.

Sous l'empire du droit antérieur⁴⁵, il existait déjà une telle liste d'exceptions. Lors de l'élaboration de la LTF, on entendait raccourcir cette liste. L'intention était, d'une part, de ne plus exclure les recours que dans les domaines qui constituaient réellement une charge pour le TF. D'autre part, on voulait que toutes les exceptions soient fondées sur des motifs matériels suffisants. On songera, par exemple, à l'absence de plus-value d'un double contrôle judiciaire de décisions pour lesquelles le pouvoir d'examen est limité *de facto* (par exemple résultats d'examen, subventions à caractère discrétionnaire) ou au raccourcissement des voies de recours par respect de la maxime de célérité (s'agissant, notamment, de décisions assez similaires à des mesures provisionnelles). Telle qu'elle a finalement été adoptée par le législateur, la liste des exceptions qui figure dans la LTF ne répond que partiellement aux inten-

⁴⁴ V. ch. 2.4.3 et 3.2.7.

⁴⁵ Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS 3 531) dans la teneur du titre de 1968 concernant la justice administrative (RO 1969 767).

tions initiales. S'y sont ajoutées de nouvelles exceptions qui n'ont pas non plus contribué à la simplicité ni à la concision du système.

Eu égard à la genèse de la liste des exceptions, il n'est pas étonnant que les auteurs de l'évaluation aient considéré qu'elle constituait une réglementation insatisfaisante dans sa forme actuelle. Cela étant, le Conseil fédéral se livrera à un réexamen de cette liste puis, dans le cadre d'un projet de loi visant à concrétiser les différentes préconisations formulées dans le cadre de l'évaluation, soumettra une version remaniée à l'appréciation du Parlement. A son sens, les lignes de force de cette révision devraient être les suivantes:

Premièrement, il s'agira de ne maintenir ou de ne créer que les exceptions dont on peut établir de manière convaincante les raisons pour lesquelles un contrôle judiciaire par une instance unique est en principe suffisant ou doit suffire.

Deuxièmement, la liste des exceptions – à l'instar de ce qui vaut aujourd'hui pour les valeurs litigieuses déterminantes – sera assortie de la réserve selon laquelle le recours devant le TF est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74, al. 2, let. a, et 85, al. 2, LTF). Le TF sera renforcé dans le rôle de veiller à l'unité du droit, qui est inhérent à son statut d'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188, al. 1, Cst.), s'il a la compétence de statuer sur des questions juridiques de principe dans tous les domaines (sauf dans le domaine de compétence de la justice militaire). La garantie de pouvoir accéder au TF en cas de question juridique de principe n'est prévue par l'art. 191 Cst. que pour les limitations à une valeur litigieuse minimale (al. 2) mais pas pour les cas où le recours est exclu en fonction du domaine concerné (al. 3). Cette manière de relativiser la liste des exceptions n'engendre pas une restriction supplémentaire de l'accès au TF, que la Constitution garantit par principe (al. 1). A l'art. 83, let. f, LTF, le législateur a prévu une telle réglementation pour le domaine des marchés publics. Selon l'esprit de la Constitution en vigueur, il est essentiel que la limitation de l'accès au TF aux cas qui soulèvent des questions juridiques de principe demeure liée à la liste des exceptions. L'art. 191 Cst. ne permet pas de faire dépendre (de manière générale) la recevabilité des recours devant le TF de la condition que ceux-ci soulèvent une question de principe, *in abstracto*, c'est-à-dire sans égard à une valeur litigieuse minimale ni à la liste des exceptions⁴⁶.

Troisièmement, la recevabilité devant le TF des recours qui soulèvent une question de principe doit également valoir pour les décisions en matière d'asile (v. l'actuel art. 83, let. d, LTF) à la condition toutefois que, dans son prononcé, l'instance inférieure ait expressément déclaré trancher une telle question. Etant donné le grand nombre de litiges dans le domaine de l'asile et la tentation qui existe de déposer des recours sans égard à leur chance d'aboutir et uniquement pour prolonger le séjour en Suisse (en règle générale, le renvoi n'est pas exécuté avant l'entrée en force de la décision), il devrait être nécessaire, de faire dépendre la recevabilité d'un recours devant le TF de la condition nécessaire (mais non suffisante) que l'instance inférieure ait elle-même autorisé le recours au TF en déclarant trancher une question juridique de principe. Une pratique trop restrictive des instances inférieures en la matière pourrait faire l'objet de remarques de la part des autorités de surveillance. Il n'existe pas de protection juridictionnelle en la matière. En d'autres termes, les décisions de

⁴⁶ Christina Kiss/Heinrich Koller, in: Bernhard Ehrenzeller et cons. [éditeur], Die schweizerische Bundesverfassung, 2^e édition., Zurich/St-Gall 2008, art. 191, n° 35 s.

l'instance inférieure qui ne seraient pas assorties d'une clause d'admissibilité seraient, en tout état de cause, définitives.

4.5.2 **Modification des dispositions concernant le pouvoir d'examen du TAF**

Les motifs de recours énumérés à l'art 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; v. art. 37 LTAF) sont applicables dans le cadre de la procédure de recours devant le TAF. En d'autres termes, le recourant peut soulever le grief de l'inopportunité sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours. Cependant, plusieurs lois spéciales excluent pour leur domaine d'application qu'une décision puisse être attaquée pour inopportunité devant le TAF⁴⁷.

En règle générale, le TAF exerce aujourd'hui un plein contrôle de l'opportunité, ce qui s'explique historiquement. En effet, lors de la révision partielle de l'organisation judiciaire fédérale, datée de 1991, le législateur a créé plusieurs commissions de recours auxquelles il a conféré des prérogatives qui, auparavant, étaient en majeure partie exercées par les services des recours existant à l'échelon des départements. Simultanément, à l'art. 71a, al. 2, PA (RO 1992 288), le législateur a disposé que la procédure devant les commissions de recours et d'arbitrage était régie par cette loi. Lors de l'adoption de la LTAF, le législateur a conféré au TAF le plein pouvoir d'examen dont bénéficiaient les anciennes commissions de recours, l'intention, telle qu'exposée dans le message, étant d'éviter d'amoindrir la protection juridictionnel-^{le}⁴⁸.

C'est à bon droit que des voix se font régulièrement entendre pour critiquer le fait que la loi, en instaurant le contrôle de l'opportunité, fait au justiciable une promesse que le TAF n'est pas en mesure de tenir pleinement. Par ailleurs, le pouvoir d'appréciation tel qu'il est consacré par le droit administratif général se définit précisément par la latitude décisionnelle dont jouit l'administration, latitude dans laquelle le pouvoir judiciaire ne saurait s'immiscer aussi longtemps que celle-ci n'est pas utilisée en violation des prescriptions légales. D'ailleurs, avant la création du TAF, on a pu constater année après année que même dans le cadre de la justice administrative exercée par les autorités fédérales, il était extrêmement rare que des prononcés de première instance soient corrigés pour de simples motifs d'opportunité. Aussi, l'argument voulant que l'on évite d'amoindrir la protection juridictionnelle – qui avait été avancé lors de la création du TAF – doit-il être plutôt considéré comme ayant valeur de symbole, cela d'autant que, précisément, dans les lois spé-

⁴⁷ V. art. 31 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1); art. 11, al. 3, de la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010 sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (RS 196.1); art. 37, al. 4, de la loi du 4 octobre 1991 sur les EPF (RS 414.110); art. 26, al. 2, de la loi du 11 décembre 2009 sur l'encouragement de la culture (RS 442.1); art. 32, al. 3, de la loi du 14 décembre 2001 sur le cinéma (RS 443.1); art. 53, al. 2, let. e, de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.1); art. 8, al. 3, de la loi fédérale du 21 mars 1980 sur les demandes d'indemnisation envers l'étranger (RS 981); peuvent être interprétés dans le même sens l'art. 13, al. 2, de la loi du 7 octobre 1983 sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (RS 420.1) et l'art. 51, al. 6, de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101).

⁴⁸ FF 2001 4000, ici 4055.

ciales qui débouchent sur des décisions ayant un caractère discrétionnaire prononcé (p. ex. en matière d'encouragement des activités culturelles, du cinéma et de la recherche), le législateur a exclu le contrôle de l'opportunité des décisions.

Le Conseil fédéral souhaite modifier les dispositions légales régissant le pouvoir d'examen du TAF de telle sorte que le contrôle soit en règle générale limité aux aspects juridiques et aux faits (à l'exclusion du contrôle de l'opportunité). Dans des domaines bien déterminés, dans lesquels la notion d'appréciation ne se réfère pas à l'appréciation de l'administration mais – comme en droit civil – à l'appréciation du juge, il s'agira de maintenir le plein contrôle de l'appréciation. A l'époque où, à l'échelon de la Confédération, la juridiction administrative était encore exercée exclusivement par le TF, il était, par exemple, possible de contester devant celui-ci les décisions de première instance fixant des redevances ou des indemnités de droit public⁴⁹. Aux yeux du Conseil fédéral, la réintroduction d'une juridiction administrative interne à l'administration ne peut tout au plus s'appliquer qu'à des cas bien précis, à défaut de quoi on allongerait indûment les voies de recours. D'une manière générale, la limitation du parcours d'instance à un maximum de trois instances contribue davantage à assurer une protection juridictionnelle efficace qu'un contrôle de l'opportunité par une autorité de recours interne à l'administration, contrôle qui revêt un caractère plutôt théorique.

4.5.3 Abolition du pouvoir d'examen élargi du TF des décisions en matière d'assurance-accidents ou d'assurance militaire

Selon les art. 97, al. 2, et 105, al. 3, LTF, lorsque la décision qui fait l'objet d'un recours concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le TF n'est pas lié par les faits établis par l'autorité précédente, de sorte que le recours peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits. Ces dispositions sont le reliquat de l'art. 132 de l'ancienne loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale, qui prévoyait un libre contrôle des faits par le TF des assurances en cas de recours contre l'octroi ou le refus de prestations d'assurances sociales. Le Conseil fédéral avait déjà proposé, dans le cadre de son message du 28 février 2001 relatif la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000), qu'à l'avenir le pouvoir d'examen du TF soit limité au droit aussi dans le domaine des assurances sociales (FF 2001 4037). Le Parlement avait, quant à lui, décidé de maintenir un plein pouvoir d'examen à l'égard des faits pour les litiges relatifs à des prestations en espèces de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance-militaire. Par la suite, la révision de l'assurance-invalidité adoptée en décembre 2005 avait limité le contrôle du TF au seul droit aussi pour les prestations de l'assurance-invalidité. Dans son projet de révision de la loi sur l'assurance-accidents du 30 mai 2008 (FF 2008 4877), le Conseil fédéral avait estimé qu'il n'y avait plus lieu de prévoir un pouvoir d'examen plus large du TF en matière de prestations de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire. Il avait donc proposé d'abroger les art. 97, al. 2, et 105, al. 3, LTF. Même si le Parlement a renvoyé au Conseil fédéral le projet y afférant de révision de la loi sur l'assurance-accidents afin de revoir l'ampleur de la révision et

⁴⁹ Art. 104, let. c, ch. 1, OJ (RS 3 531).

de la limiter éventuellement au strict nécessaire, le Conseil fédéral maintient qu'il convient d'harmoniser le pouvoir d'examen du tribunal dans tous les domaines des assurances sociales. Il renouvellera donc sa proposition de limiter la cognition du TF à l'égard des faits en matière de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire.

4.5.4 Amélioration de la protection juridictionnelle à l'égard des décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale

Aux termes de l'art. 189, al. 4, Cst., les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le TF (ni, partant, devant une autre autorité judiciaire). Quant à la compétence de déterminer les exceptions (art. 189, al. 4, 2^e phrase, Cst.), le législateur n'en a jusqu'à présent usé qu'avec la plus grande retenue. Il n'y a pas de recours direct devant le TF contre de tels actes. Dans les cas visés à l'art. 33, let. a et b, LTAF, le recours devant le TAF est recevable contre les décisions du Conseil fédéral et des organes de l'Assemblée fédérale. Il s'agit notamment de décisions en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération ou de décisions concernant la révocation de membres des organes dirigeants d'unités de l'administration fédérale décentralisée. Dans la mesure où la LTF le prévoit, les décisions sur recours rendues par le TAF dans les matières susmentionnées peuvent être déférées au TF.

Dans sa motion du 3 février 2011 (11.3006 «Protection juridique dans les situations extraordinaires»), la Commission des institutions politiques du Conseil national a déploré qu'il n'existe pas de protection juridictionnelle suffisante contre les ordonnances et les décisions du Conseil fédéral qui se fondent directement sur la Constitution. Le Conseil fédéral, qui ne partageait pas cet avis, a proposé le rejet de la motion, proposition qui a été agréée par le Conseil des Etats.

Il faut cependant bien reconnaître – notamment en relation avec le débat parlementaire auquel a donné lieu la motion susmentionnée – que l'interaction des différentes dispositions à prendre en compte en matière de protection juridictionnelle contre les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, est relativement complexe. Plus précisément, la délégation automatique de dossiers prévue à l'art. 47, al. 6, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) est souvent mal comprise. En vertu de cette disposition, le dossier du Conseil fédéral est confié d'office au département compétent à raison de la matière, lorsqu'il s'agit de décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le TAF, en raison de leur objet (compétence à raison de la matière, art. 31 et 32 LTAF) et pour lesquelles le Conseil fédéral ne peut être lui-même l'instance précédente du TAF au sens de l'art. 33 LTAF.

Cette réglementation relativement difficile à saisir s'applique par principe à toutes les décisions du Conseil fédéral et non pas seulement à celles qui sont mentionnées dans la motion. S'agissant de décisions de l'Assemblée fédérale qui seraient contestées, la protection juridictionnelle garantie par le droit international public peut même, dans certains cas, être assurée par une simple interprétation de la décision, permettant d'en combler les lacunes. Quant aux ordonnances, elles ne posent, en revanche, aucun problème sérieux. En effet, quiconque est particulièrement affecté

par une réglementation de droits et d'obligations et a un intérêt légitime peut demander que soit rendue une décision sujette à recours.

Sur le principe, le Conseil fédéral peut concevoir que la protection juridictionnelle à l'égard des *décisions* (à la différence de ce qui vaut pour les autres actes au sens de l'art 189, al. 4, Cst.) du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale soit améliorée ou réglée simplement comme suit à l'échelon de la loi:

- à l'art. 33 LTAF, il y aurait lieu de mentionner le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale et ses organes en tant qu'autorités précédentes éventuelles du TAF;
- il convient de ne rien changer à la limitation partielle de la recevabilité du recours devant le TAF et le TF contre les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays et les affaires relevant des relations extérieures (art. 32, al. 1, let. a, LTAF et 83, let. a, LTF);
- il y a lieu d'abroger la délégation d'office de dossiers prévue à l'art. 47, al. 6, LOGA; simultanément, il convient d'examiner si les exceptions statuées à l'art. 32, al. 1, let. d à f et h, LTAF (déroghations à la délégation d'office) continuent de se justifier objectivement.

Le nouveau régime défini ci-dessus aurait pour effet que le recours contre les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale serait recevable devant le TAF puis le TF pour autant que la compétence matérielle de ces tribunaux ne soit pas restreinte par les listes d'exceptions figurant à l'art. 32 LTAF et 83 LTF. S'agissant des décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays et les affaires relevant des relations extérieures, elles ne pourraient faire l'objet d'un recours devant lesdits tribunaux que si le droit international public prévoit que de telles décisions peuvent être déferées à une autorité judiciaire. A défaut d'un tel droit, le Conseil fédéral pourrait demeurer l'autorité de recours (de dernière instance), selon l'art. 72, let. a, PA. Une telle exception est compatible avec la garantie de l'accès au juge prévue à l'art. 29a Cst.

4.5.5 Amélioration de la protection juridictionnelle en matière de droits politiques

En matière de droits politiques, il y a longtemps que le TF connaît en dernière instance des recours dans des affaires relevant de cantons⁵⁰. En revanche, il jouissait de compétences moins étendues s'agissant de contestations de scrutins fédéraux. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LTF, le Conseil fédéral et le Conseil national, respectivement, connaissaient en dernière instance des recours contre des irrégularités entachant la préparation et le déroulement de votations et d'élections fédérales⁵¹. Lors de la modification constitutionnelle concernant la réforme de la justice et datant de l'année 2000, on a opté à l'art. 189, al. 1, let. f, Cst., pour un libellé qui confère au TF la compétence de connaître des contestations pour violation des dispositions sur les droits politiques, qu'elles soient fédérales ou cantonales⁵².

⁵⁰ Art. 85, let. a, OJ (RS 3 531).

⁵¹ V. les art. 81 et 82, aujourd'hui abrogés, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RO 1978 688).

⁵² V. les considérations émises à ce sujet dans le message du 20 novembre 1996 (FF 1997 I 1, 538 s.).

Cette uniformisation de la protection juridictionnelle assurée par le TF dans l'ensemble des litiges en matière de droits politiques n'a pas été complètement réalisée au niveau de la LTF. Certes, le TF est matériellement compétent pour connaître des recours qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires (art. 82, let. c, LTF). L'art. 88 LTF, qui a trait aux autorités précédentes en matière de droits politiques, peut cependant être interprété en ce sens qu'en matière fédérale, on ne peut pas recourir devant le TF contre toutes les violations possibles et imaginables des droits politiques. En matière cantonale, cette disposition garantit que tous les actes de nature à violer les droits politiques font, en cas de litige, l'objet d'une décision attaquable par la voie du recours; les actes du Parlement et du gouvernement peuvent être déférés directement au TF. En revanche, en matière fédérale, le recours devant le TF n'est recevable que contre une décision de la Chancellerie fédérale ou d'un gouvernement cantonal ou le refus illicite d'une telle décision.

Ni la LTF ni la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1) pas plus que la PA n'exigent qu'une décision sujette à recours soit rendue sur toute violation des droits politiques en matière fédérale invoquée par une personne ayant qualité pour recourir. La loi est lacunaire en ce qui concerne précisément certains actes émanant du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale, telles que les explications destinées aux électeurs. En l'occurrence et aux termes de l'art. 189, al. 4, Cst., de tels actes seraient soustraits à l'examen du TF, à moins que la loi ne prévoient une exception. Le législateur est, cependant, tenu de respecter la garantie de l'accès au juge statuée à l'art. 29a Cst. Lorsque des actes déterminés donnent lieu à des litiges qui, par principe, se prêtent à être tranchés par une autorité judiciaire (et non pas essentiellement en fonction de considérations d'ordre politique), il importe que la loi ne confère pas au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale la compétence d'en connaître, à moins qu'elle ne prévoient une exception au sens de l'art. 189, al. 4, 2^e phrase, Cst.⁵³.

Le Conseil fédéral soumettra les modifications législatives nécessaires pour que puisse être pleinement appliqué, aussi en ce qui concerne les élections et votations fédérales, l'art. 189, al. 1, let. f, Cst., aux termes duquel le TF connaît des contestations pour violation des dispositions non seulement cantonales mais encore fédérales sur les droits politiques. Il serait concevable d'adopter, par exemple, une norme, qui – sur le modèle de l'art. 25a PA – exige que l'autorité compétente rende une décision sujette à recours sur les contestations dont elle a à connaître. Enfin l'on pourrait prévoir que les actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de droits politiques soient sujets à un recours direct devant le TF (sur le modèle de la réglementation prévue pour les cantons à l'art. 88, al. 1, let a, en relation avec l'al. 2, let. a, LTF).

4.6 Renoncer à mettre en œuvre diverses suggestions supplémentaires

Le Conseil fédéral estime que les améliorations énumérées dans les chapitres précédents épuisent le potentiel d'optimisation de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale. En revanche, on s'abstiendra de mettre en œuvre diverses suggestions

⁵³ Concernant cette problématique, v. ATF 138 I 61, consid. 3.2, 4.3, 4.4 et 4.8.

supplémentaires (figurant, notamment, dans le rapport des auteurs de l'évaluation d'ensemble de l'efficacité), cela essentiellement pour les raisons exposées ci-après.

4.6.1 La mesure suggérée n'a en pratique pas produit le résultat escompté

Plusieurs des mesures suggérées ont déjà été mises en œuvre par le passé dans le cadre de la pratique des tribunaux; toutefois, eu égard aux expériences négatives qui en sont résultées, elles ont été abandonnées.

Cela étant, le Conseil fédéral dénie la nécessité de légiférer aux fins de mettre en application les idées suivantes:

- *examen sommaire des chances de succès des recours* (cette mesure qui a été appliquée par le TF durant les années 90, n'a pas donné satisfaction);
- *délibérations publiques plus fréquentes du TF* (à la rigueur, on pourrait examiner l'opportunité de créer une base légale pour les délibérations internes, notamment par analogie à l'art. 41, al. 2, LTAF).

4.6.2 L'idée a déjà été concrétisée

L'essentiel de la suggestion est concrétisé dans une large mesure sous des formes analogues dans le cadre de l'organisation judiciaire en vigueur, de sorte que sa mise en œuvre n'apporterait rien de plus.

Ce constat vaut en particulier pour les suggestions suivantes:

- instaurer une *déclaration d'irrecevabilité* (cette suggestion est déjà concrétisée dans une large mesure par les art. 108 et 109 LTF; en outre, une déclaration d'irrecevabilité résultant d'une procédure d'admission est exclue par l'art. 191 Cst.);
- *tirer davantage parti du potentiel d'allègement que recèlent les art. 108 s. LTF* (ce potentiel est déjà épuisé);
- *doter les commissions administratives de compétences supplémentaires* (les commissions administratives sont déjà compétentes pour toutes les affaires administratives qui ne ressortissent pas de par la loi à la Cour plénière ou à la Conférence des présidents).

4.6.3 Les inconvénients l'emportent sur les éventuels avantages

La mise en œuvre de la suggestion se traduirait par une amélioration dans l'un des domaines (par exemple, la protection juridictionnelle) mais induirait des inconvénients dans d'autres domaines.

Cette constatation est valable en particulier pour les suggestions suivantes:

- *obligation de se faire représenter par un avocat, voire par un avocat agréé* (cette mesure restreindrait l'accès au TF; en outre, il faudrait déterminer qui est l'autorité d'agrément);
- *examen de l'opportunité d'instaurer une double instance au niveau cantonal en matière de droit des assurances sociales* (cette mesure aurait pour inconvénient d'allonger les voies de recours; en outre, elle dérogerait aux conditions qui valent dans les autres matières du droit administratif).

4.6.4 Atteindre le même résultat par une autre voie

Pour l'heure, la création d'une *juridiction d'appel* autonome en matière pénale ou le rattachement d'une telle juridiction au TPF ou au TAF ne se justifie guère compte tenu du faible nombre de cas dont aurait à connaître une telle juridiction. En automne 2012, le Conseil national a rejeté une motion de sa commission des affaires juridiques qui demandait l'instauration de cette juridiction⁵⁴. La motion Janiak du 17 mars 2010 (10.3138 «Etendre le pouvoir de cognition du TF aux recours introduits contre un arrêt du TPF»), qui a été adoptée par les deux conseils, charge le Conseil fédéral d'étendre le pouvoir de cognition du TF aux recours introduits contre un arrêt du TPF. Le 4 septembre 2013, le Conseil fédéral a ainsi adopté le message concernant la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (FF 2013 6375).

4.6.5 Il n'est pas nécessaire de légiférer

Le consensus ne règne pas entre les auteurs des deux études ni entre les membres du groupe consultatif de suivi quant à la nécessité de légiférer sur certains points, certains déniaient une telle nécessité. A propos de plusieurs suggestions, on relève que les tribunaux ont adopté une pratique qui permet déjà d'éliminer les problèmes que celles-ci visent précisément à résoudre.

Il s'agit notamment des suggestions suivantes:

- *élargir la qualité pour recourir des collectivités publiques*⁵⁵;
- *définir le critère de «particulièrement atteint»;*
- *simplifier la surveillance administrative exercée par le TF sur les tribunaux de première instance.*

4.6.6 Concrétiser la suggestion générerait une disharmonie avec les codes fédéraux de procédure

Cette remarque vaut en particulier pour la suggestion de *renoncer au recours des lésés* (en matière pénale).

⁵⁴ Motion 12.3341 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national intitulée «Deuxième juridiction d'appel en matière de droit pénal fédéral».

⁵⁵ V. l'exposé de la pratique actuelle dans l'ATF 138 II 506, consid. 2.1 à 2.3.

La LTF n'habilite pas sans restriction la personne lésée à former recours devant le TF contre un prononcé en matière pénale. Par principe, celle-ci n'a qualité pour former recours que si elle participe à la procédure pénale en tant que demandeuse au pénal ou au civil, autrement dit si elle s'est constituée partie plaignante⁵⁶ et si, de plus, la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles (art. 81, al. 1, let. b, ch. 5, LTF). Cette réglementation du droit de recours de la partie plaignante a été intégrée dans la LTF à compter de l'entrée en vigueur du CPP et de la loi du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales (RS 173.71). Comme le CPP définit de manière relativement large la notion de partie plaignante, il était nécessaire d'en tenir compte dans la LTF⁵⁷. A défaut, en effet, les parties plaignantes qui font valoir des prétentions civiles mais n'ont pas la qualité de victimes au sens de la LAVI (par exemple, les personnes lésées par une escroquerie) se verraient refuser la possibilité d'aller jusque devant le TF pour faire trancher la question de savoir s'il y a eu ou non infraction pénale.

4.6.7 La concrétisation de la suggestion ne devrait guère emporter l'adhésion d'une majorité

Relever encore le montant des valeurs litigieuses déterminantes et étendre la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales sont deux suggestions qui ont fait l'objet d'intenses discussions durant l'élaboration de la LTF et suite à deux initiatives parlementaires, mais qui ont finalement été rejetées par les Chambres fédérales. De l'avis du Conseil fédéral, il ne semble aujourd'hui pas opportun, politiquement parlant, de «revenir à la charge» avec de nouveaux projets dans ces domaines.

4.6.8 Axer des études complémentaires sur des modifications législatives concrètes

Le Conseil fédéral renonce à faire exécuter les études complémentaires suggérées dans l'évaluation d'ensemble de l'efficacité (v. ch. 2.4.6), estimant que cette évaluation et l'étude concernant les lacunes en matière de protection juridictionnelle ont permis de dégager des éléments d'appréciation suffisants pour l'instant. Les études complémentaires éventuelles devraient principalement porter sur les modifications législatives énumérées au ch. 4.5. Le Conseil fédéral se féliciterait cependant qu'à l'avenir le secteur de la recherche se consacre de manière accrue au thème de la «justice». Le projet «Fondements d'un bon management de la justice en Suisse» constitue une bonne base à cet effet⁵⁸.

⁵⁶ Art. 118 à 121 CPP.

⁵⁷ Concernant la genèse de l'art. 81, al. 1, let. b, ch. 5, LTF, v. ATF 138 IV 258, consid. 4.2.
⁵⁸ V. www.justizforschung.ch. En ce qui concerne le domaine du TAF, v. également l'étude de Thierry Tanquerel/Frédéric Varone/Arjun Bolkensteyn/Karin Byland, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique*, Genève/Zurich/Bâle 2011.

Au sein du groupe consultatif de suivi, on s'est demandé si les nouveaux codes fédéraux de procédure (CPC et CPP) avaient été suffisamment harmonisés avec la LTF. Il est vrai que par manque de temps (les deux codes sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2011), il n'a pas été possible aux groupes de projet de tenir compte dans leurs études des incidences de ces lois sur l'organisation judiciaire fédérale. Toutefois, si l'on analyse les normes de ces lois et les arrêts du TF qui s'y rapportent, il apparaît que ce sont principalement les exigences en matière de voies de recours qui sont de nature à générer des conflits.

Dans sa version initiale datée du 17 juin 2005⁵⁹, la LTF exigeait qu'en matière civile et pénale, les cantons instaurent une double instance juridictionnelle et que l'autorité judiciaire précédant immédiatement le TF soit un tribunal supérieur. Lors de l'élaboration du CPC, les exceptions prévues dans d'autres lois fédérales à ces principes de la LTF ont été reprises et certaines ont même été étendues (v. art. 5 à 8 CPC et 77, al. 1, let. b, LTF). Pour sa part, le CPP n'a pas repris la règle de la double juridiction cantonale sans aucune exception (v. art. 380 en relation avec les art. 40, al. 1, 48, al. 1, 59, al. 1, 150, al. 2, 186, al. 2 et 3, 248, al. 3, et 440, al. 3, CPP; v. également art. 80, al. 2, LTF). Dans certains cas, le CPP prévoit même que des autorités non-judiciaires statuent comme instances précédant immédiatement le TF⁶⁰.

Si l'on entend décharger durablement le TF, il importe d'éviter d'adopter de nouvelles exceptions à la règle de la double juridiction inférieure sur le plan cantonal et de réexaminer l'opportunité de maintenir les exceptions en vigueur.

5 Perspectives et étapes ultérieures

Le Conseil fédéral entend élaborer un projet concernant les améliorations des bases légales exposées au ch. 4.5.

Ce faisant, il tiendra compte des conclusions auxquelles aura abouti un groupe de travail interne institué par le TF. Ce groupe, qui a œuvré parallèlement au groupe consultatif de suivi, avait pour mandat d'étudier des mesures propres à améliorer le statut constitutionnel du TF en sa qualité d'autorité juridictionnelle suprême de la Confédération.

⁵⁹ RO 2006 1205

⁶⁰ Art. 40, al. 1, et 59, al. 1, let. a, CPP; v. ATF 138 IV 214, consid. 1.1 à 1.3.3.