

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 81 (1962)

Heft: 3

Artikel: Problèmes relatifs au recours de droit public

Autor: Bonnard, Claude

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896023>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

PROBLÈMES RELATIFS AU RECOURS DE DROIT PUBLIC

Rapport présenté par
CLAUDE BONNARD

greffier au Tribunal fédéral, chargé de cours à l'Université de Lausanne

Introduction

a) De multiples raisons justifient la décision prise par la Société suisse des juristes de mettre à l'ordre du jour de son congrès de 1962 les problèmes relatifs au recours de droit public. Nous voudrions en souligner deux.

D'une part, l'importance des droits constitutionnels – objet principal du recours de droit public – ne saurait échapper à personne. Ces libertés constituent l'un des seuls remparts du citoyen contre la puissance sans cesse accrue de l'Etat. Il est donc essentiel pour les particuliers et la communauté que le recours de droit public ouvert afin d'en assurer le respect soit une voie de droit efficace. C'est pourquoi il est juste de se demander périodiquement si, compte tenu des circonstances, le recours pour violation de droits constitutionnels est régi par des règles de procédure permettant d'atteindre le but visé.

D'autre part, le moment est bien choisi pour poser cette question. De longues années déjà se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943, dont les art. 84 et ss. traitent du recours de droit public. Les dispositions adoptées à l'époque ont été mises à l'épreuve de la pratique. Des expériences ont été faites. L'instant est venu de les apprécier. Cela s'impose d'autant plus que les conditions dans lesquelles se trouve notre pays ont beaucoup évolué depuis une quinzaine d'an-

nées et qu'elles se modifieront plus profondément encore à l'avenir. Ces transformations ne doivent pas porter une atteinte excessive à nos libertés individuelles. C'est en pensant à ces circonstances futures aussi qu'il faut aborder les problèmes relatifs au recours de droit public.

b) «Problèmes relatifs au recours de droit public»: le sujet est vaste et pouvait être compris de diverses manières. Nous l'avons envisagé comme un sujet de procédure. C'est donc de problèmes de procédure seulement que nous nous occuperons. Nous laisserons délibérément de côté la plupart des questions de droit matériel. Par exemple, nous ne nous pencherons pas sur la notion des droits constitutionnels au sens de l'art. 84 litt. a OJ, si ce n'est en passant.

Nous n'étudierons pas non plus toutes les règles de procédure se rapportant au recours de droit public. Nous opérerons un choix, qui pourra paraître arbitraire, mais qui, en réalité, est fondé sur les constatations que l'exercice de nos fonctions nous ont amené à faire. Le critère ainsi utilisé nous a conduit à examiner le seul recours de droit public pour violation de droits constitutionnels (art. 84 litt. a et 85 litt. a OJ) à l'exclusion des autres cas où le recours de droit public est ouvert (art. 84 litt. b–d et 85 litt. b OJ). Dans le cadre général ainsi fixé, nous n'aborderons que certains aspects de notre voie de droit, laissant dans l'ombre sa genèse¹ ainsi que les problèmes qui tiennent moins au droit qu'à l'opportunité politique, tels que l'extension du recours de droit public aux actes fédéraux².

Ce que nous voudrions surtout, c'est faire part des réflexions que notre pratique nous a inspirées; c'est aussi exposer les difficultés que nous avons rencontrées et les solutions que nous croyons possible de trouver pour y remédier.

¹ L'histoire du recours de droit public a d'ailleurs été retracée par GIACOMETTI, p. 27 ss. Pour le titre des ouvrages et articles cités en note, le lecteur voudra bien se reporter à la liste figurant à la fin de notre travail.

² Problème déjà discuté en 1950 par la Société suisse des juristes; rapports PANCHAUD et NEF, RDS 1950, p. 1a ss. et 133a ss.

CHAPITRE PREMIER

NOTRE POINT DE DÉPART

1. Notre pratique et nos investigations dans la doctrine et la jurisprudence nous ont amené à quelques constatations qui nous ont servi de point de départ dans notre travail.

2. Rappelons tout d'abord qu'au cours des années, la sphère de liberté que les droits constitutionnels garantissent au citoyen à l'égard de l'Etat s'est généralement¹ amenuisée. L'évolution risque fort de se poursuivre dans le même sens. La communauté se voit sans cesse chargée de nouvelles tâches qui l'amènent à empiéter davantage sur les droits de ceux qui la composent. Ces faits sont si connus et évidents qu'il serait vain d'y insister. Il importe en revanche de les mettre en regard de l'évolution qu'ont subie les règles de procédure relatives au recours de droit public. Le législateur a donné au citoyen ce recours afin d'assurer la défense des droits constitutionnels. Pour que ce but pût être pleinement atteint, il eût fallu que la procédure du recours de droit public permît de défendre les droits constitutionnels avec une efficacité croissant au fur et à mesure que ces droits étaient plus menacés. C'est en fait le contraire qui s'est produit. Par le jeu des règles de procédure, notre recours est aujourd'hui plus restreint qu'à une époque où les libertés qu'il sert à sauvegarder couraient de moins grands périls. Des décisions autrefois susceptibles de recours ne le sont plus aujourd'hui². Des personnes qui, il y a dix ou vingt ans, avaient qualité pour recourir en sont actuellement dépour-

¹ Il y a certaines exceptions. Par exemple, le Tribunal fédéral tend à reconnaître plus largement qu'autrefois le droit d'être entendu; cf. RO 74 I 248/249.

² Par exemple, les décisions en matière de mainlevée provisoire, RO 79 I 45 et 153.

vues³. Des mémoires qui auraient jadis satisfait aux conditions de forme de l'art. 90 OJ sont maintenant déclarés irrecevables. Cette tendance restrictive, qui est le fait de la jurisprudence plus que de la loi, n'est pas propre, dans les circonstances où nous sommes, à assurer efficacement la sauvegarde des droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral devrait au contraire poser des règles ouvrant le recours de droit public dans une plus large mesure.

3. Le postulat auquel nous avons été ainsi amené en confrontant l'évolution des droits constitutionnels et celle du recours de droit public ne nous a pas seul guidé dans le choix des solutions que nous proposerons. Le désir qu'on peut avoir d'élargir le recours de droit public doit être modéré pour deux raisons.

D'une part, le recours de droit public constitue entre les mains du Tribunal fédéral une arme redoutable. Ainsi notre haute cour peut annuler des décisions d'espèce émanant d'un juge ou d'une autorité administrative, des actes de portée générale adoptés par l'organe législatif et des votations ou élections auxquels le peuple d'un canton entier a pris part. C'est dire qu'elle peut porter à la souveraineté cantonale des atteintes profondes. Or la souveraineté cantonale constitue, à nos yeux, l'un des éléments essentiels de notre Etat fédératif. Si donc le recours de droit public doit être élargi, il ne saurait l'être dans une mesure qui risquerait de soumettre les cantons à une tutelle trop étroite.

D'autre part, les membres de la Cour de droit public, plus que d'autres magistrats, ont besoin d'un temps suffisant pour étudier les affaires qui leur sont attribuées comme juges rapporteurs et examiner les dossiers préparés par leurs collègues⁴. Non seulement les problèmes qui leur sont soumis

³ Ainsi celui qui est lésé par un acte délictueux ne peut plus recourir contre l'arrêt d'acquiescement ou de non-lieu rendu au bénéfice de l'auteur, RO 69 I 18.

⁴ Voir, sur l'activité du juge, les remarques si pertinentes de H. FRITZSCHE, p. 118.

ont souvent des incidences économiques ou politiques importantes, mais ils soulèvent des questions d'appréciation devant lesquelles on peut hésiter longuement avant de trancher. Par conséquent, s'il est souhaitable d'ouvrir plus largement le recours de droit public, il faut éviter de charger le Tribunal fédéral dans une mesure qui empêcherait les juges de vouer à leurs affaires le temps nécessaire et d'y travailler avec la liberté d'esprit qui seule assure une bonne justice.

4. C'est à la lumière de ces trois éléments que nous avons entrepris l'examen des problèmes que pose actuellement la procédure du recours de droit public. Ces facteurs sont contradictoires. A la nécessité d'ouvrir plus largement le recours de droit public s'oppose celle de sauvegarder la souveraineté cantonale et d'éviter une surcharge du Tribunal fédéral. La difficulté essentielle du thème qui nous a été proposé est dès lors de trouver des solutions de compromis réalisant, entre ces tendances divergentes, un équilibre sinon juste, du moins satisfaisant. Ces solutions dépendent d'ailleurs, pour une part importante, des principes généralement admis à une époque déterminée au sujet des relations entre l'Etat et l'individu. Elles sont donc condamnées à être modifiées en même temps qu'eux. C'est dire qu'elles ne peuvent être que provisoires et doivent sans cesse être soumises à un nouvel examen.

CHAPITRE II

GÉNÉRALITÉS SUR LE RECOURS DE
DROIT PUBLIC POUR VIOLATION
DE DROITS CONSTITUTIONNELS*Section I. Définition*¹

5. Le respect des constitutions fédérale et cantonales est assuré en droit fédéral par des institutions de deux ordres. Les unes sont des garanties non judiciaires, les autres des garanties judiciaires.

6. Parmi les garanties non judiciaires en faveur de la constitution fédérale, mentionnons l'art. 102 ch. 2 Cst., qui charge le Conseil fédéral et lui donne les moyens de veiller à l'observation de notre charte fondamentale. Citons aussi l'art. 85 ch. 8 Cst., qui met dans la compétence de l'Assemblée fédérale «les mesures pour faire respecter la constitution fédérale». Rappelons enfin l'institution du referendum réglée aux art. 89 et 89^{bis} Cst. Quant aux constitutions cantonales, les garanties non judiciaires dont elles bénéficient sur le plan fédéral consistent essentiellement dans l'intervention régie par l'art. 16 Cst. et dans le pouvoir reconnu sous certaines conditions au Conseil fédéral d'agir d'office à l'égard d'autorités cantonales dont les actes compromettraient l'existence de la constitution à laquelle elles sont soumises.

7. Les garanties judiciaires sont de plusieurs sortes². Mais la plus importante est précisément le recours de droit public fondé sur les art. 113 ch. 3 Cst. et 84 litt. a O.J. D'une façon

¹ Sur cette définition, voir GIACOMETTI, p. 10–20.

² Cf. par exemple RO 82 I 219, qui impose au juge cantonal l'obligation d'examiner le grief d'inconstitutionnalité, dans les cas tout au moins où il s'agit d'une contradiction entre le droit cantonal et la constitution fédérale. Voir sur cet arrêt l'intéressant commentaire de W. SCHAUMANN, dans RDS 1957, p. 442 ss.

toute générale, ce recours prend donc place parmi les diverses institutions de droit fédéral destinées à assurer le respect des constitutions fédérale et cantonales. Plus spécialement, il est le moyen donné aux particuliers de faire contrôler par une autorité judiciaire spéciale, dans une procédure particulière introduite à leur demande, si les actes du détenteur de la puissance publique cantonale violent leurs droits constitutionnels. Trois points de cette définition méritent d'être soulignés.

8. En premier lieu, le recours prévu par l'art. 84 litt. a OJ n'est ouvert que pour violation des droits constitutionnels. Ces droits appartiennent aux simples particuliers. Ils sont dirigés contre le détenteur de la puissance publique. Notre recours ne peut donc viser qu'à sauvegarder des intérêts individuels et privés³.

9. En second lieu, le recours de droit public ne met pas en présence deux particuliers placés sur pied d'égalité. Il oppose un particulier au détenteur de la puissance publique. Il ne s'agit pas de n'importe quel détenteur de la puissance publique. En effet, seuls les actes des autorités cantonales et communales peuvent faire l'objet de notre recours.

10. Enfin, le recours de droit public introduit une procédure spéciale, qui n'est pas la continuation des instances cantonales et doit être envisagée pour elle-même. C'est du moins ce qu'admettent la jurisprudence⁴ et la doctrine⁵.

Ce principe est vrai dans la majorité des cas. En effet, généralement, l'objet de la contestation soumise au Tribunal fédéral est différent de celui du litige déféré aux autorités cantonales. La Chambre de droit public examine la constitutionnalité d'un acte de souveraineté. Les autorités cantonales

³ RO 87 I 214; BONNARD, p. 289 et arrêts cités à la note 1, p. 289.

⁴ Cf., parmi de très nombreux arrêts, RO 86 I 102, 83 I 272.

⁵ BIRCHMEIER, p. 358, ch. 2, litt. b; EGGENSCHWILER, p. 12; CHRISTINGER, p. 41; HINDEN, p. 44.

se prononcent par exemple sur le bien-fondé d'un droit qu'un particulier fait valoir à l'égard d'un autre particulier ou d'une requête qu'il adresse à l'administration.

Il existe cependant des hypothèses où la question dont s'occupe le Tribunal fédéral est la même que celle tranchée par les autorités cantonales. Ainsi, lorsque le Conseil d'Etat d'un canton statue sur un recours dirigé contre une décision du Département de justice et police expulsant un délinquant condamné à réitérées fois pour des délits graves, il examine si l'arrêté d'expulsion est conforme à l'art. 45 al. 3 Cst., tel qu'il est interprété par le Tribunal fédéral. Supposé que la Chambre de droit public soit à son tour saisie de la cause, elle ne fera pas autre chose. Il en va souvent de même dans les cas de recours pour violation des art. 59 et 61 Cst., et toutes les fois que l'autorité cantonale a examiné la question de constitutionnalité soulevée par le recourant devant le Tribunal fédéral.

Ainsi donc, si le recours de droit public introduit fréquemment une procédure nouvelle, cette règle n'a pas le caractère absolu que lui prêtent la doctrine et la jurisprudence. Nous verrons ultérieurement quelles conséquences cette constatation peut avoir sur les règles de procédure régissant le recours de droit public.

Section II. Données statistiques

11. Pour saisir le rôle du recours de droit public et comprendre son fonctionnement, quelques chiffres sont nécessaires.

Rappelons tout d'abord qu'environ un tiers des causes introduites devant le Tribunal fédéral sont des recours de droit public: en 1958, 604 recours de droit public pour 1833 causes au total, en 1959, 574 recours pour 1849 causes, en 1960, 553 recours pour 1818 causes. Le nombre des recours de droit public paraît avoir augmenté ces derniers mois. Parmi ces recours, les trois quarts à peu près sont fondés exclusive-

ment sur l'art. 4 Cst. : 447 en 1958, 441 en 1959, 418 en 1960. Ils sont soumis à la Chambre de l'art. 4 Cst., composée de cinq juges, conformément à l'art. 15 al. 2 OJ⁶. Quant au quart restant (157 en 1958, 133 en 1959, 135 en 1960), il s'agit de recours fondés sur d'autres droits constitutionnels, qui sont examinés par une cour à sept juges, dite «section générale»⁶.

Il faudrait de très longues recherches pour savoir exactement quels sont, hormis l'art. 4 Cst., les droits constitutionnels les plus fréquemment invoqués. Il serait nécessaire en effet de lire au moins rapidement tous les arrêts rendus par la Chambre de droit public pendant une période de trois ou quatre ans. Vu le temps dont nous disposions, nous avons dû nous borner à dépouiller, pour deux années (1959 et 1960), les registres tenus par la chancellerie du Tribunal fédéral et où se trouve indiqué très succinctement l'objet du recours. En tête, viennent la liberté du commerce et de l'industrie (31 cas en 1959, 28 en 1960) et la garantie de la propriété (19 cas en 1959, 30 en 1960). L'interdiction de la double imposition suit de près (19 cas en 1959, autant en 1960). La liberté d'établissement lui succède (10 cas en 1959, autant en 1960). Viennent enfin les questions relatives au droit de vote (7 cas en 1959 et 2 en 1960), à la garantie du juge naturel (4 cas en 1959 et 5 en 1960), à la garantie du for du domicile (4 cas en 1959 et 3 en 1960), au principe de la force dérogatoire du droit fédéral (3 cas en 1959 et 6 en 1960), à l'autonomie communale (2 cas en 1959 et 3 en 1960), à la garantie de l'exécution des jugements civils définitifs (un cas en 1959 et 2 en 1960), à la liberté de conscience, de croyance et de culte (un cas en 1959 et un en 1960) et au principe de la séparation des pouvoirs (2 cas en 1960). Bien que les chiffres qui précèdent ne puissent pas être considérés comme rigoureusement exacts, ils indiquent avec une précision suffisante la manière dont se répartissent les recours de droit public.

12. Il est intéressant de savoir aussi quel est le sort de tous

⁶ Sous réserve de liquidation sommaire, art. 92 OJ.

ces recours. S'agissant de ceux fondés sur l'art. 4 Cst., nous notons :

pour 1958, 207 rejets, 37 admissions et 138 irrecevabilités ;
pour 1959, 201 rejets, 40 admissions et 138 irrecevabilités ;
pour 1960, 173 rejets, 36 admissions et 152 irrecevabilités.

En ce qui concerne les recours fondés sur d'autres droits constitutionnels, nous relevons :

pour 1958, 74 rejets, 23 admissions et 22 irrecevabilités ;
pour 1959, 69 rejets, 24 admissions et 20 irrecevabilités ;
pour 1960, 78 rejets, 23 admissions et 19 irrecevabilités.

Ces statistiques sur le sort des recours appellent deux remarques :

La première est l'expression d'une certaine inquiétude. Le nombre des décisions d'irrecevabilité frappant des recours fondés sur l'art. 4 Cst. est trop élevé. Certes, plusieurs de ces recours sont rédigés par des profanes. Toutefois, même après déduction de ces cas, la quantité des décisions d'irrecevabilité est trop forte. Deux raisons surtout l'expliquent. D'une part, les conditions de forme du recours de droit public sont strictes, compliquées et souvent difficiles à connaître, surtout lorsqu'elles résultent, ce qui arrive parfois, d'une jurisprudence non publiée⁷. D'autre part, les avocats connaissent généralement mal la procédure du recours de droit public. Ils sont d'ailleurs en grande partie excusables, car ils ont rarement l'occasion de saisir la Chambre de droit public.

La seconde remarque est réconfortante. On compare souvent le nombre des recours admis au nombre total des recours introduits. De ce total, on devrait en réalité déduire les recours irrecevables et qui n'auraient pas dû être déposés. Pour les recours fondés sur l'art. 4 Cst., une comparaison tenant compte des seuls recours examinés quant au fond

⁷ Notons cependant que beaucoup d'arrêts non publiés posent des règles favorables au recourant, et que les règles essentielles figurent dans des arrêts publiés.

montre qu'environ 20% d'entre eux sont admis. Ce chiffre s'élève à quelque 30% en ce qui concerne les recours basés sur d'autres droits constitutionnels. Un avocat connaissant la procédure du recours de droit public a donc plus de chances de réussir qu'il ne croit.

13. Enfin, il est nécessaire de donner quelques indications sur la quantité d'affaires liquidées par la procédure sommaire de l'art.92 OJ et sur celle des causes qui, portées à l'ordre du jour d'une séance, sont jugées sans donner lieu à la moindre discussion.

En 1958, 172 recours fondés sur l'art.4 Cst. ont été examinés en procédure sommaire et 200 en séance, en 1959, 183 en procédure sommaire et 188 en séance, en 1960, 196 en procédure sommaire et 166 en séance. La proportion des recours soumis à la procédure sommaire est donc forte. Elle est d'environ la moitié et tend à augmenter. Elle comprend pour une large part des recours irrecevables. Néanmoins les recours manifestement mal fondés sont trop nombreux: le citoyen abuse encore du recours de droit public. Quant aux recours appuyés sur la violation d'autres dispositions que l'art.4 Cst., la proportion des affaires soumises à la procédure sommaire est plus faible: en 1958, 18 recours jugés selon l'art.92 OJ contre 102 en séance, en 1959, 22 contre 103 et en 1960, 27 contre 91.

S'agissant des causes portées à l'ordre du jour d'une séance, nombre d'entre elles sont jugées sans discussion: le juge délégué présente son rapport et les autres membres de la cour se déclarent simplement d'accord avec la proposition qui leur est faite. Ainsi, en 1958, nous nous sommes occupé de 26 recours pour violation de l'art.4 Cst. jugés en séance (dont 7 sans discussion), en 1959 de 31 (dont 17 sans discussion), en 1960 de 25 (dont 11 sans discussion) et en 1961 de 11 (dont 5 sans discussion). A la section générale, les discussions sont plus fréquentes et plus nourries. En 1958, nous avons liquidé 8 affaires relevant de la section générale, dont toutes avaient été discutées; en 1959, nous en avons eu 12

(dont 2 sans discussion), en 1960, 12 aussi (dont 5 sans discussion) et en 1961, 9 (dont 3 sans discussion).

14. Nous n'entendons pas dire ici les enseignements qui peuvent être tirés de ces données statistiques. Il nous suffira de nous y référer à propos de certaines des questions que nous aborderons.

Section III. Le rôle pratique et les limites du recours de droit public

15. Susceptible d'être interjeté en principe contre tous les actes de souveraineté cantonaux, le recours de droit public joue un rôle dans les domaines les plus divers, Ce rôle gagne en importance au fur et à mesure que les tâches de l'Etat augmentent.

16. Si nous nous plaçons sur un plan tout à fait général, nous constaterons que le recours de droit public présente un aspect politique marqué. Destiné à protéger des intérêts particuliers, il tend à assurer à l'individu la place qui doit lui revenir face à la puissance publique. Il ne se borne pas à défendre l'homme isolé. Il étend sa protection aux petites communautés menacées par des organes auxquels elles sont subordonnées (communes par rapport aux cantons). Il l'étend aussi aux minorités politiques que des majorités voudraient évincer de la conduite des affaires publiques. Dans cette mesure, notre recours contribue à maintenir l'équilibre entre les diverses institutions et tendances sur lesquelles notre vie politique est bâtie. Il y contribue aussi en permettant de définir les attributions respectives des cantons et de la Confédération⁸. Il y contribue enfin en ce sens que le Tribunal fédéral n'annule qu'avec retenue les actes cantonaux qui lui

⁸ Par le recours pour violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral tiré de l'art. 2 Disp. trans. Cst.

sont déférés⁹. Il renforce ainsi le respect de la souveraineté cantonale, pierre d'angle de notre Etat fédératif.

Indépendamment de ce rôle politique général, le recours de droit public a une portée politique immédiate. Il suffit de penser aux recours en matière d'élections et de votations (art. 85 litt. a OJ) et, dans une certaine mesure, aux recours pour violation des principes de l'autonomie communale et de la séparation des pouvoirs.

17. Le recours de droit public ne joue pas seulement un rôle politique. Il exerce aussi une certaine influence sur l'économie. Cette influence se fait parfois sentir d'une manière indirecte. Ainsi en va-t-il des très nombreux arrêts relatifs au droit fiscal cantonal. Cependant, les effets du recours de droit public peuvent être aussi plus directs. Citons les arrêts récents concernant les vacances payées obligatoires¹⁰, l'imposition de la vente par des camions-magasins¹¹ et le droit de faire de la réclame¹².

Sur le plan social, le rôle du recours de droit public est moindre. Toutefois, certains arrêts du Tribunal fédéral ont de l'importance à cet égard. Tel est le cas des affaires concernant les vacances payées, la fermeture, l'ouverture, la transformation ou l'agrandissement des débits d'alcool, l'internement des alcooliques ou des vagabonds et la protection des locataires.

18. En sa qualité de Chambre de droit public, le Tribunal fédéral tient lieu de la juridiction administrative spécialisée dont bien des cantons sont encore dépourvus¹³. Certes, dans

⁹ Les chiffres indiqués sous n° 12 ci-dessus en sont la preuve.

¹⁰ RO 87 I 186.

¹¹ RO 87 I 29.

¹² RO 87 I 262 et 268. Il y aurait naturellement beaucoup d'autres exemples à donner: ainsi les arrêts concernant des services de taxis ou des permis de construire.

¹³ GIACOMETTI, p. 268; FLEINER/GIACOMETTI, p. 888; H. HUBER, Verfassungsbeschwerde, p. 5; le même, Legitimation, p. 167, ch. II *in fine*; GEIGER, p. 154/155.

de nombreuses hypothèses, le Tribunal fédéral ne se reconnaît qu'un pouvoir d'examen restreint à l'arbitraire. Il a néanmoins tiré de l'art.4 Cst. des règles représentant les exigences minimales d'une saine justice administrative. De plus, intervenant sur le fond même des problèmes qui lui étaient soumis, il a indiqué aux autorités cantonales les principes fondamentaux dont elles doivent s'inspirer dans l'exercice de leurs attributions. Le principe selon lequel les mesures de police doivent être proportionnées au but visé en est un bon exemple¹⁴.

19. Comme la diversité des droits administratifs cantonaux, la diversité des procédures cantonales civiles et pénales a amené le Tribunal fédéral à imposer aux cantons certains principes fondamentaux qu'il a déduits de l'art.4 Cst. et dont le respect est considéré comme la condition même de toute justice : par exemple le droit d'être entendu¹⁵. Dans cette mesure, le recours de droit public contribue à unifier les différentes procédures cantonales. De plus, le constituant a érigé quelques règles de procédure en droits individuels : ainsi la garantie du juge naturel et celle du juge du domicile (art.58 et 59 Cst.). En examinant les recours fondés sur la violation de ces droits, notre haute cour est aussi appelée à intervenir dans le domaine de la procédure.

20. Enfin, le recours de droit public a, d'une manière générale, un effet préventif certain. Lorsqu'elles ont à prendre une décision, les autorités cantonales, spécialement les autorités administratives, gardent présente à l'esprit la possibilité d'un recours de droit public. Cela les incite à être prudentes et à vouer une attention spéciale au respect des droits constitutionnels¹⁶.

¹⁴ Cf. entre autres RO 87 I 118 et 189.

¹⁵ Cf. d'ailleurs CAVIN, p.8 a ; VOYAME, p.77 ss. ; H. HUBER, Verfassungsbeschwerde, p.5.

¹⁶ GIACOMETTI, p.271/272. On a fait la même observation en Allemagne ; cf. FRIESENHAHN, Landesbericht, p.78.

21. Quant aux limites du recours de droit public, nous croyons devoir souligner ce qui suit :

Le recours de droit public prévu par l'art. 84 litt. a OJ est un recours pour violation de droits constitutionnels. Et il n'est que cela. Deux conséquences en découlent.

D'une part, le recours de droit public ne saurait dégénérer en une sorte d'appel tendant à soumettre au libre examen du Tribunal fédéral toutes les questions de fait et de droit examinées jusqu'alors par les autorités cantonales. Il n'a qu'une portée limitée. Trop de justiciables se méprennent encore à cet égard. De telles confusions ne peuvent que porter atteinte à l'efficacité du recours de droit public. En effet, elles sont en partie à l'origine des règles de plus en plus strictes que la jurisprudence a posées en matière de recevabilité.

D'autre part, le recours posant toujours une question de portée limitée, l'arrêt qui la résout n'a pas des effets plus étendus. Cela est vrai surtout pour le recours fondé sur l'art. 4 Cst. Ainsi, lorsque le plaideur soutient que l'interprétation de la loi cantonale sur la police du commerce est arbitraire, l'arrêt qui le déboute ne dira pas que cette interprétation est juste; il se bornera à affirmer qu'elle est soutenable, ce qui est tout autre chose. S'il nous paraît nécessaire de le relever, c'est que trop souvent les autorités cantonales considèrent qu'un tel arrêt équivaut pratiquement à un arrêt de confirmation rendu par l'une des sections civiles du Tribunal fédéral. A cet égard, et comme le soulignait déjà ZIEGLER¹⁷, le recours de droit public a un effet défavorable. Cet inconvénient disparaîtra dans la mesure où les autorités cantonales accepteront de revoir leurs décisions ou leur pratique même lorsque celles-ci ont été déclarées non arbitraires par la Chambre de droit public.

¹⁷ ZIEGLER, p. 376 a–377 a.

CHAPITRE III

ARRÊTÉ ET DÉCISION

Section I. Définition de l'acte attaquable

22. Aux termes de l'art. 84 OJ, le recours de droit public est recevable «contre une décision ou un arrêté cantonal». L'arrêté et la décision sont des actes de souveraineté accomplis par l'autorité cantonale en vertu de la puissance publique dont elle est investie et qui imposent à un particulier une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer, sous les peines de droit en cas de désobéissance¹. Nous considérons comme exacte cette définition donnée par la jurisprudence. Relevons simplement que l'art. 84 OJ ne couvre pas l'ensemble des actes susceptibles d'un recours de droit public. Ainsi le recours pour violation de l'art. 59 Cst. peut être interjeté contre tout acte émanant du juge et qui apparaît comme l'exercice du pouvoir de juridiction². Parmi ces actes, il en est qui ne répondent pas absolument à la définition ci-dessus, par exemple la prolongation d'un délai. Notons aussi qu'il faut compter parmi les cas où notre recours est ouvert le refus de juger, exprès ou tacite, bien qu'il n'y ait alors précisément pas d'arrêté ni de décision³.

23. Pour déterminer si l'acte attaqué constitue un arrêté ou une décision au sens qui vient d'être précisé, le Tribunal fédéral ne se borne pas à en examiner la forme. Il en recherche la vraie portée⁴. Une simple lettre de l'administration peut

¹ RO 85 I 286, 84 I 65, 83 I 84, 76 I 103, 75 I 214, 74 I 360, 74 I 22, 72 I 280, 72 I 15, 71 I 35, 67 I 34, 64 I 101, 60 I 369.

² RO 87 I 129 et citations.

³ Ainsi qu'EGGENSCHWILER l'observe avec raison (p. 9, note 1), les termes d'arrêté et de décision sont donc un peu étroits.

⁴ Voir un exemple dans RO 67 I 34.

contenir une décision⁵. De même, quand il s'agit d'un prononcé dont le dispositif est obscur, la Chambre de droit public tente d'en éclairer le sens à l'aide des motifs⁶.

Section II. Arrêté de portée générale ou décision d'espèce; quelques cas discutables

24. Le recours de droit public est recevable soit contre des arrêtés de portée générale (lois, règlements, ordonnances), soit contre des décisions d'espèce. L'arrêté de portée générale est un ensemble de normes abstraites, édictées par un canton ou une commune et qui régit un nombre indéterminé de cas et d'individus⁷. La décision d'espèce pose une règle de droit visant un cas concret; elle régit, d'une manière obligatoire et définitive, les rapports juridiques existant entre des personnes déterminées⁸.

Il est parfois délicat de savoir si un acte constitue un arrêté de portée générale ou une décision d'espèce. Cette question a une importance pratique. En effet, une décision d'espèce doit être attaquée par la voie du recours de droit public au plus tard trente jours dès sa communication (art. 89 al.1 OJ). En revanche, l'arrêté de portée générale peut être soumis à la Chambre de droit public non seulement dans les trente jours dès sa publication⁹, mais aussi dans les trente jours dès chaque acte d'application¹⁰. De plus, tandis qu'un

⁵ PETER, p. 12/13, ch. 4.

⁶ Voir un exemple dans RO 80 I 261.

⁷ RO 77 I 148.

⁸ BIRCHMEIER, p. 314, ch. 3, litt. a; cf. aussi RO 83 I 84/85, 76 I 103.

⁹ Pour les arrêtés de portée générale, la publication constitue en principe la communication prévue par l'art. 89 al.1 OJ; cf. BIRCHMEIER, p. 381/382, ch. III, 1.

¹⁰ RO 86 I 274, 84 I 164, 84 I 110, 84 I 104, 84 I 21, 83 I 252, 83 I 113, 82 I 222, 81 I 206, 81 I 197, 81 I 182, 80 I 137, 78 I 413, 67 I 24, 58 I 375, 56 I 526. Sur les effets d'un recours déposé plus de trente jours après la publication de l'arrêté, cf. ci-dessous n^{os} 97/98.

intérêt actuel et pratique est nécessaire pour recourir contre une décision d'espèce, un intérêt virtuel suffit pour soumettre au Tribunal fédéral un arrêté de portée générale¹¹.

Nous examinerons le problème pour certains actes en matière de remaniement parcellaire et de police des constructions : ce sont là deux domaines qui prennent dans la vie quotidienne une importance sans cesse accrue.

25. S'agissant des remaniements parcellaires, nous songeons aux plans fixant la nouvelle répartition des biens-fonds. La jurisprudence considère ces plans comme des décisions d'espèce ou comme la somme de plusieurs décisions d'espèce¹². A nos yeux, cette opinion est exacte. Des plans de ce genre ne contiennent aucun ensemble de normes abstraites. Ils se bornent à exprimer la décision de l'autorité compétente quant à la situation nouvelle de chacun des propriétaires intéressés à l'entreprise. Ils visent des situations concrètes et bien déterminées. Les décisions prises dans chaque cas particulier sont différentes. Elles pourraient faire chacune l'objet d'un acte particulier. C'est par commodité qu'elles sont concrétisées ensemble sur un plan unique.

26. En ce qui concerne la police des constructions, nous pensons aux divers plans destinés à fixer, sur des terrains d'étendue très variable, le tracé et la largeur des voies de communication, l'utilisation des fonds, le genre et la destination des constructions¹³. Le Tribunal fédéral n'a jamais examiné de manière approfondie le problème qui nous pré-

¹¹ BONNARD, p. 294/295, note 9 et citations.

¹² RO 86 I 148. Voir IMBODEN, RDS 1961, p. 482.

¹³ Nous n'entendons pas nous livrer à une étude exhaustive de la nature juridique de ces plans, ce qui nous mènerait trop loin. Ceux que cela intéresse consulteront avec profit les «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», fascicule 18, Berlin 1960, p. 112 ss. où figurent deux études de IMBODEN et OBERMAYER, sur le thème «Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut».

occupe ici. Il paraît cependant admettre que ces plans constituent en principe des arrêtés de portée générale¹⁴.

Nous croyons difficile de trouver sur ce point une solution uniforme. Deux exemples le montreront.

Supposons tout d'abord un plan d'extension qui englobe la totalité du territoire d'une commune. Il découpe ce territoire en un certain nombre de secteurs : zone de l'ordre contigu, zone de l'ordre non contigu, zone industrielle, zone de villas, zone agricole. Pour chacune de ces zones, il fixe les règles à observer en matière de construction : forme, volume, aspect et destination des bâtiments. Nous inclinerions à voir là un arrêté de portée générale. Ces règles sont abstraites. Elles ne visent pas tel ou tel bien-fonds individualisé, mais tout un territoire. Si un terrain est divisé ou que deux parcelles soient réunies, les règles découlant du plan continueront d'être valables. Elles ne visent pas non plus un nombre déterminé de propriétaires¹⁵. En effet, le plan est applicable non seulement aux propriétaires actuels mais aux propriétaires futurs des immeubles visés. Le nombre de ces propriétaires peut augmenter ou diminuer dans une mesure importante au gré des ventes ou des achats. Le plan n'en demeurera pas moins en force.

A l'opposé, nous pouvons imaginer un plan de quartier, visant un territoire relativement petit et un nombre restreint de propriétaires. Il se peut même qu'un seul propriétaire fasse établir un plan de quartier pour sa propriété, qu'il a morcellée afin d'y faire des constructions importantes. Ce plan ne constitue-t-il pas une décision d'espèce ? Il faut admettre en tout cas qu'il s'en rapproche beaucoup. Certes, à la différence d'une décision accordant à tel administré l'autorisation d'exercer une profession, le plan est applicable à des personnes encore indéterminées, qui n'auront de commun que leur qualité de propriétaire d'une parcelle sise

¹⁴ RO 86 I 148 ; cf. RO 56 I 266. Notons que ces arrêts envisagent le problème du point de vue de la qualité pour recourir.

¹⁵ Contra IMBODEN, *Eigentumsgarantie*, p. 45, et RDS 1961, p. 483 ss.

dans la zone visée par le plan. A cet égard, il ne se distingue pas essentiellement d'un règlement concernant une certaine profession et qui s'applique à toutes les personnes qui pratiquent ou pratiqueront ce métier. En revanche, il ne concerne qu'un fonds ou du moins un ensemble de fonds destinés à un seul but et formant ainsi une unité économique¹⁶.

Entre les deux exemples que nous venons de citer, il existe des hypothèses intermédiaires. C'est pourquoi la solution du problème dépend en définitive des circonstances du cas d'espèce. Il appartient au Tribunal fédéral d'examiner dans chaque affaire si le plan doit être assimilé à un arrêté de portée générale ou à une décision.

27. Admettons l'existence d'un plan qui puisse être considéré comme un arrêté de portée générale. D'après la jurisprudence citée plus haut¹⁷, ce plan devrait pouvoir faire l'objet d'un recours de droit public plus de trente jours après la publication de son adoption, à l'occasion par exemple d'une décision qui, l'appliquant, refuserait un permis de construire. Pour IMBODEN, un tel recours n'est pas possible¹⁸. En effet, dit-il, le plan n'est généralement adopté qu'après une procédure d'opposition permettant aux intéressés de faire valoir leurs moyens. S'il peut être attaqué au moment de son adoption, il ne faut pas qu'il puisse l'être aussi lors de son exécution. Sinon, il risquerait d'être remis en cause alors qu'il est en grande partie déjà réalisé. Cette argumentation ne nous convainc pas entièrement. La solution de la difficulté dépend, croyons-nous, de la comparaison des intérêts en présence. Certes un plan exécuté en grande partie ne saurait être annulé. En revanche, s'il n'existe encore que sur le papier, rien ne s'oppose à ce que soit cassée la décision de

¹⁶ Cf. RO 86 I 148, où le Tribunal fédéral déclare ne pas considérer comme de portée générale les « Vorschriften, welche die Bebaubarkeit eines einzelnen Grundstücks oder weniger zusammenhängender Grundstücke ordnen ».

¹⁷ Voir n° 24 ci-dessus, note 10.

¹⁸ IMBODEN, Eigentums garantie, p. 45/46.

l'adopter prise par l'autorité. Entre ces deux situations, il existe des degrés intermédiaires. Tantôt l'intérêt du propriétaire l'emportera sur les inconvénients résultant de l'annulation du plan et le recours devra être jugé. Tantôt, ces inconvénients auront une importance prépondérante et le recours ne pourra pas être examiné. Une solution de ce genre, d'une application certes délicate, permet cependant de sauvegarder les droits constitutionnels dans toute la mesure compatible avec la recherche du bien commun¹⁹.

*Section III. Acte de souveraineté obligatoire;
quelques cas discutables*

28. Ainsi que nous l'avons exposé²⁰, le recours de droit public n'est recevable en principe qu'à l'encontre d'un acte de souveraineté imposant une obligation à un particulier. La question de savoir si cette condition est remplie prête parfois à discussion. Nous l'aborderons à propos des jugements arbitraux, des instructions administratives et des adjudications de travaux publics²¹. En effet, la juridiction arbitrale, notamment dans les associations économiques, prend une importance croissante. Il en va de même des adjudications de travaux publics, surtout à cause des grandes constructions entreprises par l'Etat (autoroutes par exemple). Quant aux instructions administratives, c'est-à-dire

¹⁹ La comparaison des intérêts en présence serait surtout l'affaire des autorités cantonales. Le Tribunal fédéral n'interviendrait dès lors qu'avec retenue. Des considérations analogues ont amené le Tribunal fédéral à restreindre son pouvoir d'examen dans les recours dirigés contre la nouvelle répartition des terres lors d'un remaniement parcellaire: cf. RO 85 I 90.

²⁰ Cf. ci-dessus n° 22.

²¹ Faute de place, nous ne pouvons aborder le cas d'autres décisions dont le caractère d'acte de souveraineté est discutable. Cf. par exemple RO 72 I 280 qui refuse de considérer comme un acte de souveraineté un décret du Grand Conseil approuvant le budget annuel. Cet arrêt est critiqué non sans raison par H. HUBER, *Rechtssprechung* 1945-1946, RJB 1948, p. 68.

aux ordres d'une portée générale donnés au sein de l'administration par un supérieur à ses subordonnés, elles sont un procédé fréquemment employé.

§ 1. *Les jugements arbitraux*

29. Selon une jurisprudence constante²², les jugements arbitraux ne constituent pas des actes de souveraineté de la puissance publique. En effet, ils n'émanent pas d'une autorité étatique revêtue de la puissance publique. Ils sont rendus par de simples particuliers, qui tiennent leur pouvoir non de la loi mais de la volonté des parties.

Cette jurisprudence a été critiquée²³. Des objections de trois ordres peuvent lui être opposées²⁴.

30. Tout d'abord, le Tribunal fédéral admet qu'en vertu de l'art. 61 Cst., un jugement arbitral rendu dans un canton peut, moyennant certaines conditions, être exécuté dans un autre canton²⁵. Du point de vue de l'exécution, il assimile donc, dans certaines circonstances, le jugement arbitral au jugement ordinaire. Dès lors, il doit le faire aussi quand il s'agit non pas de l'exécution du jugement mais du fond même de la décision prise. Cet argument ne nous convainc pas. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas contradictoire. Lorsque le recours est fondé sur l'art. 61 Cst., il ne vise pas le jugement arbitral comme tel. Il est dirigé contre une décision d'une autorité étatique, ordinairement le juge de mainlevée, dont les actes sont incontestablement des actes de souveraineté. Que cette décision ait pour objet la valeur du jugement arbitral, cela n'enlève rien à sa qualité d'acte de souveraineté. Au contraire, si le recours était interjeté directement contre le jugement arbitral, il s'en pren-

²² Cf. entre autres RO 71 I 35, 67 I 34, 6, p. 323.

²³ Ainsi BURCKHARDT, *Rechtsprechung* 1938, RJB 1939, p. 510.

²⁴ Nous croyons savoir que notre corapporteur, M. le professeur MARTI, admet le bien-fondé de ces objections.

²⁵ RO 87 I 293.

drait à une décision qui n'est pas un acte de souveraineté. Or la nature même du recours de droit public s'y oppose. En effet, notre voie de droit est destinée exclusivement à protéger le citoyen contre les agissements de la puissance publique.

Selon une seconde objection, les tribunaux arbitraux sont organisés par les différentes procédures cantonales. Ils font en quelque sorte partie de l'organisation judiciaire des cantons. Du point de vue de l'exécution, leurs décisions sont généralement assimilées à des jugements ordinaires. Elles doivent dès lors être considérées comme des actes de souveraineté. Cet argument ne nous paraît pas décisif non plus. Il ne change rien au fait que les arbitres ne sont pas détenteurs de la puissance publique et que, partant, ils ne sauraient accomplir des actes de souveraineté. Peu importe d'ailleurs qu'il plaise à certains cantons de ne faire aucune différence entre une sentence arbitrale et un jugement ordinaire. La notion d'arrêté et de décision au sens de l'art. 84 OJ est une notion de droit fédéral, qui ne dépend pas du droit cantonal.

Enfin, troisième objection, il arrive souvent que les justiciables, surtout quand ils font partie des grandes associations économiques, sont pratiquement obligés d'accepter la juridiction arbitrale. De larges domaines du droit échappent ainsi aux tribunaux ordinaires. Cette conséquence est d'autant plus regrettable que les droits individuels du citoyen sont aussi menacés par les grandes associations – parties aux procès arbitraux – que par l'Etat²⁶. Cette dernière objection, qui relève d'ailleurs plus de l'opportunité que du droit, ne nous arrête pas plus que les précédentes. Quelle que soit leur importance, les associations économiques ne détiennent généralement pas une parcelle de la puissance publique. Elles ne sauraient dès lors porter atteinte aux droits constitutionnels dont il est question à l'art. 84 litt. a

²⁶ Voir sur ce point les remarques de D. SCHINDLER au congrès tenu par la Société suisse des juristes, en 1936, RDS vol. 55, 1936, p. 683 a.

OJ. En effet, ces droits ne servent à délimiter la sphère de liberté du citoyen qu'à l'égard du titulaire de la puissance publique et non à l'égard d'autres particuliers. Contre ces derniers, le citoyen dispose de moyens de défense relevant du droit privé.

31. Certes, l'extension de la juridiction arbitrale a des conséquences fâcheuses. Elle n'offre pas toujours des garanties suffisantes. Elle enlève à l'Etat une partie d'une tâche qui rentre dans ses compétences normales. L'ouverture du recours de droit public contre les jugements arbitraux ne permettrait cependant pas de remédier efficacement à cette situation, car le Tribunal fédéral n'interviendrait que sous l'angle de l'arbitraire. De plus, le recours de droit public serait détourné de son vrai but, la protection du citoyen contre l'Etat. Enfin, la Chambre de droit public risquerait peut-être de se trouver surchargée, ce qui nuirait à l'institution dans son ensemble. Quant à la procédure arbitrale, elle perdrait son avantage essentiel, qui est la rapidité. En réalité le remède est ailleurs, dans l'élaboration d'un concordat intercantonal assurant un meilleur fonctionnement des juridictions arbitrales²⁷.

§ 2. *Les instructions de service*

32. Il arrive souvent, au sein de l'administration, qu'une autorité supérieure donne à ses subordonnés des «instructions de service», qui leur prescrivent, par des règles de portée générale, le comportement à adopter dans telle ou telle matière, par exemple la façon d'interpréter ou d'appliquer certaines dispositions légales. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ces instructions de service ne sont pas pour elles-mêmes susceptibles de recours de droit public²⁸. En

²⁷ Concordat déjà proposé par d'autres : cf. VOYAME, p. 149 et 181.

²⁸ RO 75 I 214; cf. RO 50 I 375, qui laisse la question indécise. Bien entendu l'acte qui applique ces instructions peut faire l'objet

effet, elles sont une affaire purement interne de l'administration. Elles ne lient que les organes auxquels elles s'adressent. En revanche, elles n'ont aucune conséquence juridique pour l'administré. Elles sont dépourvues à son égard de caractère obligatoire²⁹. Ainsi fait défaut l'un des éléments de l'arrêté ou de la décision au sens de l'art. 84 OJ³⁰.

L'argumentation du Tribunal fédéral nous paraît exacte en tant qu'il s'agit de véritables instructions de service. L'ouverture du recours de droit public contre ces instructions se heurterait d'ailleurs à des difficultés pratiques. En particulier, il serait malaisé de déterminer à quel moment l'administré en a eu connaissance et de quand part le délai de l'art. 89 al. 1 OJ.

Cependant, il existe des actes qui, tout en tenant de l'instruction de service, touchent l'administré de manière si immédiate que celui-ci doit être considéré comme directement atteint. Il en va ainsi des ordres qu'ont reçus certaines autorités de police de retirer le permis de conduire délivré à celui qui aura dépassé, au delà d'une proportion déterminée, la limitation de vitesse à l'intérieur des localités. Il en va de même de l'ordre qu'avait donné la direction de police du canton de Zurich de publier le nom et l'adresse des conducteurs dont le permis aurait été retiré pour certaines raisons³¹. Assurément, on peut hésiter à considérer encore des ordres de ce genre comme de simples instructions de service. Mais supposé qu'ils doivent être définis comme telles, cela ne nous empêcherait pas d'admettre la recevabilité du recours de droit public. En effet, ces ordres reviennent à imposer au

d'un recours de droit public, si, par ailleurs, les conditions de cette voie de droit sont réunies.

²⁹ L'opinion du Tribunal fédéral sur ce point est aussi celle de la doctrine; cf., par exemple, FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8^e éd., réimpression pour la Suisse, p. 63; RUCK, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, vol. I, Allgemeiner Teil, 3^e éd., Zurich 1951, p. 22 et 91.

³⁰ Cf. ci-dessus n° 28.

³¹ RO 75 I 209.

citoyen un comportement déterminé sous les peines de droit en cas de désobéissance. Pratiquement ils ont pour lui un effet obligatoire. Certes, il pourra être délicat de déterminer le point de départ du délai de recours. Toutefois, cette difficulté sera loin d'exister dans tous les cas. En effet, les instructions de service auxquelles nous songeons sont souvent portées à la connaissance du public³².

§ 3. *Les adjudications de travaux publics*

33. D'après la jurisprudence, le recours de droit public n'est pas ouvert contre l'acte par lequel l'administration adjuge à une entreprise des travaux publics qu'elle a mis en soumission, et refuse les offres présentées par d'autres entreprises³³. En effet, à l'égard des entrepreneurs soumissionnaires, l'adjudication n'est pas un acte de puissance publique. Pour celui qui est chargé des travaux, elle représente la conclusion d'un contrat de droit privé. En ce qui concerne les entreprises évincées, elle équivaut au refus de leurs offres.

BURCKHARDT a attaqué cette jurisprudence³⁴. Selon lui, la nature de l'acte n'est pas décisive. Ce qui est déterminant, c'est que, même dans notre cas, l'Etat doit agir selon certains principes et non pas arbitrairement. La possibilité d'un recours de droit public offre seule des garanties suffisantes à ce propos. Nous ne croyons pas cette argumentation pertinente. Certes, la préoccupation de BURCKHARDT est juste. Néanmoins, la question de la nature de l'acte doit être posée en premier lieu. C'est en effet seulement après l'avoir résolue que le justiciable pourra choisir la voie à suivre pour faire respecter ses droits. Si l'acte est une décision de la puissance

³² GIACOMETTI, p.98, note 12, admet la recevabilité du recours de droit public contre les instructions de service. H. HUBER, Verfassungsbeschwerde, p.13, semble regretter la jurisprudence contraire du Tribunal fédéral.

³³ RO 60 I 369.

³⁴ Rechtsprechung 1934, RJB 1935, p. 644; nous croyons savoir que notre corapporteur partage les hésitations de BURCKHARDT.

publique, il aura la faculté d'interjeter un recours de droit public. Sinon, il devra procéder différemment. Or la doctrine admet que le marché de travaux publics est en principe un contrat de droit privé³⁵. L'adjudication des travaux ne saurait dès lors apparaître comme un acte d'autorité de l'Etat. Elle n'est donc pas susceptible du recours prévu par l'art.84 litt.a OJ. L'entrepreneur évincé au mépris des règles d'adjudication peut se défendre sur le terrain du droit privé. Même s'il ne le pouvait pas, nous n'y verrions pas un motif de détourner notre recours de son véritable but.

Section IV. Le recours contre les constitutions cantonales

34. Selon le Tribunal fédéral, le recours de droit public est irrecevable contre les dispositions d'une constitution cantonale prises pour elles-mêmes. En effet, les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leur constitution (art.6 Cst. féd.). Cette garantie leur est accordée ou refusée par l'Assemblée fédérale (art. 85 ch.7 Cst. féd.). Celle-ci doit alors rechercher si la constitution cantonale est conforme à la constitution fédérale. Il s'ensuit qu'une autre autorité ne saurait se livrer au même examen. Les art.6 et 85 ch.7 Cst. sont des dispositions spéciales, qui l'emportent sur l'art. 113 Cst.³⁶. Quant au recours dirigé non pas contre la constitution cantonale prise pour elle-même, mais simplement contre une décision qui l'applique, il est irrecevable aussi lorsque la décision attaquée se borne à reprendre le texte constitutionnel sans le modifier³⁷.

Cette jurisprudence est attaquée par la doctrine dominante³⁸. Nous souscrivons à ces critiques. Il nous suffira dès lors d'en rappeler l'essentiel.

³⁵ ZWAHLEN, *Contrat*, p. 526 a–529 a.

³⁶ RO 83 I 181 et citations; 71 I 251/252.

³⁷ RO 83 I 182.

³⁸ Cf. notamment BURCKHARDT, *Commentaire*, p. 71; GIACOMETTI, p. 111 ss.; FLEINER/GIACOMETTI, p.134; H. HUBER, *Recht-*

35. La première objection est fondée sur le fait que l'examen de l'Assemblée fédérale et celui du Tribunal fédéral sont essentiellement différents. Appelée à donner sa garantie à une constitution cantonale, l'Assemblée fédérale se borne à un examen *prima facie*, destiné à prévenir des violations flagrantes du droit fédéral. Par la force des choses, elle ne peut pousser ses investigations plus loin. C'est en effet surtout par leur application à des cas d'espèce que certaines dispositions de la constitution cantonale apparaîtront comme contraires à la constitution fédérale. Or l'Assemblée fédérale ne saurait imaginer d'avance toutes ces situations particulières. De plus, elle examine la constitution cantonale avant tout du point de vue de l'intérêt général. Au contraire, le Tribunal fédéral assure la défense des droits individuels. Il est saisi d'un litige concret. Il peut ainsi se rendre compte des conséquences pratiques de la disposition constitutionnelle attaquée, connaître sa genèse, son but et l'interprétation qu'en donnent traditionnellement les autorités cantonales. Dès lors, les pouvoirs d'examen de l'Assemblée fédérale et du Tribunal fédéral sont si différents que, loin de s'exclure, ils se complètent.

En second lieu, la garantie fédérale n'est pas une condition de validité des constitutions cantonales³⁹. Elle a une portée semblable à celle de l'approbation que le Conseil fédéral donne, en vertu de l'art. 102 ch. 13 Cst., à certaines lois et ordonnances cantonales. En effet, sauf quelques exceptions, cette approbation n'est pas non plus une condition de validité de l'acte cantonal⁴⁰. Or le Tribunal fédéral a toujours

sprechung 1945–1946, RJB 1948, p. 63; IMBODEN, Normkontrolle, p. 135/136, voir spécialement note 4 p. 135/136 et citations; outre les auteurs cités par IMBODEN, voir REICHEL, RDS, vol. 29 NS, p. 695/696; JENNY, p. 108; CHRISTINGER, p. 49 ss. Quelques auteurs défendent la jurisprudence du Tribunal fédéral; voir les citations chez IMBODEN, loc. cit.

³⁹ BURCKHARDT, Commentaire, p. 69; FLEINER/GIACOMETTI, p. 133; GIACOMETTI, p. 111.

⁴⁰ BURCKHARDT, Commentaire, p. 377 et 521; FLEINER/GIACOMETTI, p. 137; RO 81 I 137.

admis qu'il pouvait librement examiner si une loi cantonale approuvée par le Conseil fédéral était compatible avec le droit fédéral⁴¹. La même solution s'impose pour les constitutions cantonales.

Enfin, la jurisprudence actuelle enlève tout effet au principe de la force dérogatoire du droit fédéral en ce qui concerne les dispositions constitutionnelles des cantons postérieures à la constitution fédérale. L'art. 113 ch. 3 Cst. fournit aussi un argument contre la thèse de notre haute cour. D'après cette disposition, le Tribunal fédéral n'est lié que par les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités. L'arrêté accordant la garantie fédérale ne revêt aucune de ces formes. Il échappe donc à la restriction de l'art. 113 ch. 3 Cst. Il est vrai que, selon la jurisprudence, les art. 6 et 85 ch. 7 Cst. sont des dispositions spéciales qui dérogent à l'art. 113 Cst. Cet argument se heurte cependant aux objections rappelées ci-dessus. Les différences existant entre l'examen de l'Assemblée fédérale et celui du Tribunal fédéral militent contre le caractère spécial des art. 6 et 85 ch. 7 par rapport à l'art. 113. De plus, le Tribunal fédéral n'a jamais soutenu que l'art. 102 ch. 13 Cst. serait une disposition spéciale dérogeant à l'art. 113 Cst. Telle eût été pourtant la conséquence logique de sa thèse.

Les critiques que la doctrine adresse ainsi à l'opinion du Tribunal fédéral nous convainquent. Elles devraient conduire à un changement de jurisprudence sur ce point. Notons simplement que, si la question a donné lieu à de vives et abondantes controverses, elle n'a pas une importance pratique considérable. Elle se pose en effet rarement.

*Section V. Le cas spécial du recours de droit public
pour violation de l'art. 4 Cst.*

36. Quant à son objet, le recours de droit public est soumis à un régime différent suivant qu'il est fondé sur l'art. 4

⁴¹ RO 81 I 137.

Cst. ou sur un autre droit constitutionnel. Dans ce second cas, il est recevable contre les décisions finales et incidentes. En revanche, dans la première hypothèse, il est ouvert en principe à l'égard des décisions finales seulement. C'est à titre exceptionnel et moyennant certaines conditions qu'il peut être interjeté à propos de décisions incidentes⁴².

*§ 1. Décision finale et décision incidente; difficultés
quant à la mainlevée provisoire*

37. Une décision est finale lorsqu'elle met fin, par des motifs de fond ou de procédure, à l'instance pendante devant l'autorité saisie⁴³. Le plaideur ne se heurte pas à des difficultés particulières lorsque, effectivement, l'objet du recours de droit public est une décision finale. Nous estimons dès lors inutile de nous arrêter plus longuement sur ce point. Disons simplement qu'à nos yeux le législateur a eu raison de n'autoriser en principe le recours fondé sur l'art. 4 Cst. qu'à l'encontre des décisions finales. Tout d'abord, en général, le déni de justice, objet essentiel du recours pour violation de l'art. 4 Cst., n'apparaît réellement qu'au moment du jugement final⁴⁴. Ensuite, la possibilité d'un recours contre toutes les décisions incidentes serait une source de frais et de retards excessifs⁴⁵. Enfin, la Chambre de droit public serait surchargée sans avantages suffisants pour le justiciable.

⁴² Cf. art. 87 OJ. La jurisprudence souligne que les restrictions découlant de cette disposition ne s'appliquent qu'au recours pour violation de l'art. 4 Cst. : RO 87 I 368, 77 I 46, 76 I 393, 33 I 350/351. Par recours pour violation de l'art. 4 Cst., il faut entendre non seulement le recours tiré du seul art. 4 Cst., mais aussi celui fondé sur d'autres droits constitutionnels, mais où, néanmoins, la violation ne peut être examinée que du point de vue étroit de l'art. 4 Cst. : arrêts non publiés BÄRLOCHER du 29 septembre 1954, AARAU du 21 octobre 1953, MÜLLER du 25 avril 1951.

⁴³ RO 85 I 286, 82 I 147, 80 I 308, 78 I 56.

⁴⁴ RO 33 I 351, 28 I 39/40; GIACOMETTI, p. 102; CHRISTINGER, p. 54/55.

⁴⁵ RO 87 I 368, 27 I 27; GIACOMETTI et CHRISTINGER, loc. cit.

38. La décision incidente s'oppose à la décision finale. Elle ne met pas fin à la contestation, mais ne constitue qu'une étape vers sa solution. Elle est prise pendant l'instance ou se trouve du moins dans un rapport nécessaire avec cette dernière. Certaines décisions incidentes ont pour objet des questions de droit matériel. Elles tranchent un problème de fond important pour la suite du litige⁴⁶, préparent l'application du droit matériel⁴⁷, ou règlent l'exercice des droits litigieux pendant le procès⁴⁸. D'autres décisions incidentes se rapportent à des difficultés de procédure, telles que l'existence d'une condition du procès, la force probante ou l'admissibilité d'un moyen de preuve⁴⁹. D'autres enfin relèvent du domaine de la poursuite pour dettes.

39. En cette dernière matière, la distinction entre décision finale et incidente a donné lieu à une vive controverse⁵⁰. Jusqu'en 1952, le Tribunal fédéral considérait les prononcés rendus en matière de mainlevée provisoire comme des déci-

⁴⁶ RO 69 I 17, n° 4; 47 I 412.

⁴⁷ Ordonnance de renvoi pénale, RO 68 I 168, 63 I 313; suspension d'une cause jusqu'à droit connu sur une autre, RO 85 I 199, 63 I 76; arrêt de renvoi pour nouveau jugement, RO 86 I 39, 84 I 237, 76 I 393, 65 I 134, 64 I 98; décision accordant la revision ou le relief, RO 87 I 372.

⁴⁸ Mesures provisionnelles dans un procès civil, BIRCHMEIER, p. 354; cf. encore RO 78 I 248, 71 I 386.

⁴⁹ RO 84 I 219, 77 I 226, 77 I 46, 60 I 279, 27 I 26. Certaines décisions incidentes de procédure échappent à l'art. 87 OJ; voir ci-dessous n° 46.

⁵⁰ Dans ce même domaine, il en existe une autre, moins importante. Dans RO 82 I 147, le Tribunal fédéral définit comme une décision incidente celle qui ordonne l'inventaire de l'art. 83 al. 1 LP. H. HUBER, *Rechtsprechung* 1956, RJB 1957, p. 460, critique l'opinion de notre haute cour. Il se demande si cette décision n'est pas indépendante du jugement final sur l'action en libération de dette, comme les mesures provisionnelles dans un procès en divorce. Rappelons simplement à ce sujet que, selon une jurisprudence constante, la décision ordonnant de telles mesures est une décision incidente: arrêts non publiés ENGGIST des 27 janvier et 1^{er} février 1954, MÜLLER du 25 avril 1951.

sions finales⁵¹. Depuis 1953, il affirme qu'il s'agit là de décisions incidentes⁵². Le prof. H. HUBER critique cette nouvelle jurisprudence⁵³. Le Tribunal fédéral a tenté, dans un arrêt récent, de réfuter les objections qui lui étaient faites⁵⁴.

40. Notons tout d'abord que, si le Tribunal fédéral avait appliqué sa propre jurisprudence, il aurait pu rendre la controverse sans objet. Fondé sur l'art. 87 OJ, il considère en effet que le recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. exige l'épuisement des moyens de droit cantonal⁵⁵. Par moyen de droit cantonal, il entend toutes les voies de droit permettant d'éliminer le préjudice juridique allégué dans le recours de droit public⁵⁶. Il compte, parmi ces voies de droit, les actions en libération et en reconnaissance de dette⁵⁷. Il s'ensuit que, faute d'épuisement des moyens de droit cantonal, le prononcé en matière de mainlevée ne peut faire directement l'objet d'un recours de droit public. Le Tribunal fédéral a préféré cependant se placer sur un autre terrain. C'est sur ce terrain qu'il convient d'examiner sa jurisprudence.

41. Aux yeux du prof. HUBER, le recours de droit public contre les décisions de mainlevée provisoire donnait une certaine sécurité au débiteur et au créancier. Il avait des effets salutaires sur les autorités compétentes. Il permettait une interprétation relativement uniforme des dispositions applicables. A cela, le Tribunal fédéral oppose⁵⁸ l'organisation

⁵¹ RO 78 I 56.

⁵² RO 87 I 366, 79 I 153, 79 I 45.

⁵³ RSJ 1954, p. 301 ss.; RJB 1955, p. 176/177; 1954, p. 209. La controverse a pour objet non seulement le caractère final ou incident de la décision, mais aussi la question du dommage irréparable. Sur ce dernier point, voir ci-dessous n° 44.

⁵⁴ RO 87 I 365.

⁵⁵ RO 87 I 106.

⁵⁶ RO 84 I 171; nous verrons plus bas, n° 52 ss., que cette jurisprudence est critiquable.

⁵⁷ RO 82 I 81.

⁵⁸ RO 87 I 367, consid. 2a.

satisfaisante des voies de recours cantonales et l'intention du législateur de ne pas créer de recours fédéral ordinaire en cette matière. Il ajoute que le recours de droit public n'est pas le moyen propre à atteindre le but visé.

Sur ce point, la controverse a pour l'objet l'opportunité d'un recours de droit public contre les décisions de mainlevée provisoire. Elle se situe hors du cadre de l'art. 87 OJ. Les arguments invoqués de part et d'autre ne sauraient jouer un rôle décisif. Ils peuvent tout au plus être invoqués à l'appui de la solution donnée à la question qu'il faut résoudre en premier lieu : la décision relative à la mainlevée provisoire est-elle finale ou incidente ?

42. A ce propos, soulignons d'emblée qu'il est inexact de tirer du caractère prétendument incident de l'instance de mainlevée provisoire la conclusion que celle-ci ne peut aboutir qu'à une décision incidente⁵⁹. En effet, la notion de décision incidente au sens de l'art. 87 OJ est indépendante de la nature de la procédure qui précède. Ainsi, en procédure civile vaudoise, la question de l'existence des conditions du procès fait l'objet d'une procédure particulière⁶⁰, qui constitue un incident de l'instance principale. Cet incident peut cependant aboutir à une décision finale. Tel est le cas lorsque le juge admet le défaut de l'une des conditions du procès et invalide l'instance.

Observons ensuite que la nature finale ou incidente de la décision de mainlevée provisoire doit être examinée non par rapport à la procédure de poursuite dans son ensemble, mais exclusivement par rapport aux actions en reconnaissance ou en libération de dette. Vue sous cet angle, la procédure de mainlevée constitue-t-elle une étape vers la solution du procès au fond ? Se trouve-t-elle dans un rapport nécessaire avec cette instance principale ? Contrairement au Tribunal fédéral et en accord avec le prof. HUBER, nous résolvons ces questions négativement.

⁵⁹ RO 87 I 368, consid. 2, b, aa, principio ; 79 I 46, consid. 2 *in fine*.

⁶⁰ Art. 283 al. 2 et 116 ss. PC vaudois.

Peu importe que le juge du fond et le juge de mainlevée examinent tous deux le caractère exécutoire de la créance. Ce qui est décisif, c'est que l'action principale et l'instance de mainlevée sont indépendantes l'une de l'autre. La première peut être ouverte sans qu'il y ait de procédure de mainlevée provisoire. Le débiteur a la faculté d'introduire avant toute poursuite une action en constatation de droit négative exactement semblable par sa nature à l'action en libération de dette au sens technique du terme. Quant au créancier, plutôt que de demander la mainlevée provisoire, il lui est loisible de saisir immédiatement le juge d'une action en reconnaissance de dette.

Le Tribunal fédéral ne saurait non plus tirer argument de la jurisprudence qui définit l'octroi du sursis concordataire comme une décision incidente. En effet, la situation juridique est ici différente: la procédure de concordat suppose nécessairement une décision sur l'octroi du sursis. Quant aux arrêts qui interdisent au débiteur, en cas de séquestre, d'interjeter un recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. contre l'ordonnance de séquestre, ils ne peuvent être invoqués dans notre controverse. Ils ne sont fondés que sur le défaut d'épuisement des moyens de droit cantonal: le débiteur n'est pas recevable à attaquer l'ordonnance de séquestre directement par un recours de droit public, parce qu'il dispose d'autres moyens pour se défendre, en particulier de l'action en contestation du cas de séquestre. Cette argumentation n'a rien à faire avec le caractère final ou incident de l'ordonnance de séquestre, question que nos arrêts ne discutent pas.

Pour les raisons juridiques qui précèdent, nous considérons la décision rendue en matière de mainlevée provisoire comme une décision finale. Les faits confirment notre manière de voir. La procédure de mainlevée «joue en pratique le rôle d'une procédure rapide et peu coûteuse permettant de résoudre définitivement maints différends et de rendre inutile l'ouverture d'un procès compliqué en la forme ordi-

naire»⁶¹. En réalité, c'est dans une modeste proportion seulement que les prononcés relatifs à la mainlevée provisoire sont suivis d'une action au fond.

§ 2. *Dompage irréparable*

43. D'après l'art. 87 OJ, le recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. n'est recevable contre des décisions incidentes que s'il en résulte un dommage irréparable⁶² pour l'intéressé. Le dommage est irréparable lorsqu'une décision finale favorable au recourant ne le ferait pas entièrement disparaître. Ce préjudice doit être juridique. Il ne saurait consister en de simples inconvénients de fait. Il est nécessaire qu'au moment du recours, le préjudice existe ou du moins soit inévitable⁶³.

Le Tribunal fédéral a rendu de nombreux arrêts au sujet des conditions du dommage. Il est nécessaire d'examiner certains d'entre eux, car le praticien se heurte dans ce domaine à de fréquentes difficultés.

44. C'est l'exigence d'un préjudice juridique qui soulève les problèmes les plus délicats. Sur ce point, la jurisprudence n'est pas exempte de contradictions.

Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la décision ordonnant l'inventaire prévu par l'art. 83 al. 1 LP est une décision incidente causant au débiteur un dommage juridique⁶⁴. Cette manière de voir est juste. En effet, l'inventaire restreint la liberté du débiteur de disposer de son patrimoine.

⁶¹ PANCHAUD et CAPREZ, *La mainlevée d'opposition*, Zurich 1939, p. 5 (préface de JAEGER).

⁶² La condition du dommage n'est pas propre au recours pour violation de l'art. 4 Cst. contre les décisions incidentes. La lésion dont parle l'art. 88 OJ est exigée pour tous les recours et elle n'est pas différente du préjudice de l'art. 87 OJ. Dans cette dernière disposition, le législateur a simplement voulu exclure le dommage réparable.

⁶³ RO 87 I 372, 87 I 105, 82 I 148, 79 I 154, 79 I 46, 77 I 226, 71 I 386, 68 I 168/169, 65 I 134, 64 I 98, 63 I 314, 63 I 76/77.

⁶⁴ RO 82 I 148.

En revanche, selon la jurisprudence, la décision en matière de mainlevée provisoire ne cause pas de préjudice juridique aux intéressés⁶⁵. Nous ne voyons pas comment concilier les deux opinions, du moins pour les décisions refusant la mainlevée provisoire. Ces décisions empêchent le créancier de demander l'inventaire de l'art. 83 al. 1 LP. Si le prononcé ordonnant l'inventaire a des effets juridiques pour le débiteur, celui qui implique le refus de l'ordonner a des effets juridiques pour le créancier.

La jurisprudence contient d'autres contradictions. Elle considère par exemple que l'arrêt d'une juridiction cantonale de recours renvoyant la cause aux premiers juges pour nouveau jugement dans le sens des considérants n'entraîne que des inconvénients de fait consistant en une simple prolongation de la procédure⁶⁶. Cependant, elle admet par ailleurs que la décision accordant le relief d'un jugement civil par défaut et ordonnant la reprise de cause fait subir un préjudice juridique au plaideur qui avait obtenu l'adjudication de ses conclusions par défaut⁶⁷. En effet, les droits accordés conditionnellement à ce dernier sont remis en question. Toutefois, cela peut se produire aussi par suite d'un arrêt de renvoi pour nouveau jugement. Ainsi la situation juridique du défendeur, dont l'exception de prescription a été admise en première instance, est modifiée par l'arrêt de l'autorité de recours, qui rejette cette exception et renvoie la cause à la juridiction inférieure pour fixer l'étendue du dommage.

A son tour, l'arrêt sur le relief est difficilement compatible avec celui, plus récent, d'après lequel le jugement qui autorise la révision n'entraîne que des inconvénients de fait⁶⁸. La situation juridique créée par le jugement à réviser est mise en cause de la même manière que celle découlant du jugement dont le plaideur défaillant obtient le relief. Ce

⁶⁵ RO 87 I 370, 79 I 153, 79 I 46.

⁶⁶ RO 64 I 98.

⁶⁷ Arrêt non publié NAUER du 14 mars 1956, cité dans RO 87 I 373 et 87 I 177/178.

⁶⁸ RO 87 I 371.

dernier arrêt sur la revision appelle d'ailleurs une remarque. Il affirme qu'il n'y a préjudice irréparable que lorsque la décision attaquée tranche définitivement une question juridique déterminée. Or, dans le cas particulier, l'arrêt déféré au Tribunal fédéral avait définitivement tranché la question de l'admissibilité de la demande de revision. Comment dès lors ne pas admettre la recevabilité du recours, qui discutait précisément cette question ?

Signalons une dernière contradiction. Le préjudice, avons-nous dit, doit être actuel ou, du moins, inévitable⁶⁹. Malgré cette règle, la jurisprudence considère comme recevable le recours pour violation de l'art. 4 Cst. dirigé contre une décision incidente touchant un point de procédure civile cantonale dans une cause susceptible de recours en réforme au Tribunal fédéral⁷⁰. Le préjudice consiste en pareil cas en ce que A, battu devant les autorités cantonales sur l'incident de procédure mais l'emportant en définitive par le jugement final, peut néanmoins, sur recours de la partie adverse, être débouté par le Tribunal fédéral sans que ce dernier puisse revoir les irrégularités de procédure cantonale. Le dommage suppose donc que A obtienne gain de cause en procédure cantonale, que sa partie adverse interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral et que ce recours soit admis. Ces faits sont hypothétiques. Le dommage ne saurait dès lors être considéré comme actuel ou inévitable.

§ 3. Faut-il modifier l'art. 87 OJ ?

45. Dans le paragraphe précédent, nous avons relevé les contradictions qui affectent la jurisprudence relative au préjudice irréparable. A notre avis, les défauts de cette jurisprudence doivent être attribués surtout à la loi. L'art. 87 *in fine* emploie une notion dont l'application à des cas d'espèce se heurte à des difficultés constantes et conduit à des

⁶⁹ Cf. ci-dessus n° 43.

⁷⁰ RO 84 I 219, 77 I 226, 31 I 572, 28 I 39; cf. aussi RO 86 I 225.

résultats peu satisfaisants. Les arrêts divergents que nous avons rappelés le démontrent. En voici une autre preuve.

46. La décision sur une demande de récusation ne met pas fin au litige; elle ne constitue qu'une étape vers la solution du procès. Il en va de même des prononcés en matière de compétence, du moins lorsque l'autorité n'invalide pas l'instance, mais rejette l'exception ou transmet la cause à la juridiction qui aurait dû être saisie. Ces jugements sont manifestement incidents. De plus, ils ne causent pas un dommage irréparable, car le préjudice qu'ils peuvent entraîner disparaît à la suite d'un jugement final favorable. En vertu de l'art. 87 OJ, il semble donc qu'ils ne puissent faire l'objet d'un recours de droit public.

Pareille conséquence est choquante. Les règles d'une saine procédure exigent que les questions de récusation et de compétence soient définitivement tranchées avant que la procédure suive son cours. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a jugé que les décisions en matière de récusation et de compétence échappaient complètement à l'art. 87 OJ⁷¹. Cette jurisprudence est contraire au texte clair de la loi, qui ne prévoit aucune exception à la règle qu'elle pose. Nous l'approuvons néanmoins, car elle est imposée par des nécessités pratiques.

47. Ainsi, non seulement l'art. 87 OJ est d'une application malaisée, mais, à l'égard de prononcés importants, il est lettre morte. Cela nous amène à nous demander s'il ne devrait pas être modifié. Nous résolvons cette question affirmativement. Nous hésitons d'autant moins à faire cette proposition qu'à nos yeux, l'art. 87 OJ est l'effet d'une erreur: en l'adoptant, le législateur a simplement voulu codifier les règles suivies jusqu'alors par la jurisprudence⁷². Or il s'est trompé sur la portée de ces règles.

⁷¹ RO 87 I 177, 69 I 17. D'autres décisions paraissent aussi échapper à l'art. 87 OJ: cf. RO 87 I 177. Cf. aussi RO 85 I 274.

⁷² FF 1943, p. 146; sauf erreur de notre part, l'art. 87 OJ n'a pas été discuté au sein des commissions et des Chambres.

48. En 1933, GIACOMETTI a démontré que la recevabilité du recours pour violation de l'art. 4 Cst. contre les décisions incidentes dépendait de la comparaison des intérêts en présence⁷³. Depuis lors et jusqu'à l'adoption de la loi d'organisation judiciaire de 1943, la jurisprudence n'a pas été modifiée. Certes, elle a subordonné la recevabilité de notre recours à l'existence d'un préjudice irréparable. Plusieurs arrêts ont cependant justifié cette règle en expliquant que, lorsqu'il subissait un dommage irréparable, le recourant avait un intérêt suffisant à faire constater immédiatement l'inconstitutionnalité de l'acte attaqué⁷⁴. C'est en réalité ce critère de l'intérêt immédiat et suffisant qui a permis au Tribunal fédéral de tracer la limite entre les décisions incidentes attaquables et celles qui ne le sont pas⁷⁵. Se tenant à la lettre de certains arrêts, le législateur de 1943 a perdu de vue l'esprit de la jurisprudence. C'est pourquoi nous estimons que l'art. 87 OJ, deuxième phrase, devrait dire : «il (le recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst.) n'est recevable contre des décisions incidentes prises en dernière instance que si le recourant a un intérêt suffisant à en faire constater immédiatement l'inconstitutionnalité».

49. Ainsi rédigé, l'art. 87 OJ serait propre à rendre à la jurisprudence la cohérence qu'elle a perdue. Non seulement il serait applicable à toutes les décisions incidentes, mais il donnerait au Tribunal fédéral un critère plus satisfaisant, utilisé d'ailleurs avec succès pendant longtemps par la jurisprudence. A notre avis, le recourant aurait un intérêt immédiat et suffisant par exemple :

⁷³ GIACOMETTI, p. 102/103.

⁷⁴ RO 65 I 134, 64 I 98, 63 I 314, 63 I 77.

⁷⁵ Voir surtout RO 63 I 314 qui, prenant pour base le critère de l'intérêt immédiat et suffisant, considère que le préjudice irréparable n'en est qu'un cas d'application. L'arrêt RO 68 I 169/170, qui précise RO 63 I 314, ne critique pas cette position de principe. Quant aux arrêts RO 65 I 134, 64 I 98 et 63 I 76, qui considèrent le préjudice irréparable comme le seul cas d'intérêt immédiat et suffisant, ils perdent de vue notamment les décisions d'incompétence et de récusation.

– lorsque le recours de droit public serait de nature à empêcher un procès de se dérouler devant une autorité dont la composition ou la compétence est litigieuse (décisions sur la compétence et la récusation d'un juge);

– lorsqu'il pourrait supprimer une procédure longue et coûteuse (décisions admettant le relief ou la révision d'un jugement; arrêts renvoyant la cause aux premiers juges pour nouveau jugement, du moins quand ces arrêts tranchent définitivement une question de fond dont la solution peut mettre fin au litige);

– lorsqu'à défaut d'un recours de droit public immédiat, la constitutionnalité d'un acte ne pourrait jamais être discutée par le Tribunal fédéral (décisions sur un point de procédure cantonale dans une cause susceptible de recours en réforme au Tribunal fédéral; décisions prises pour la durée du procès et devenant caduques au moment du jugement final; décisions refusant l'assistance judiciaire ou imposant la fourniture de sûretés et empêchant en fait le plaideur de faire valoir son droit en justice).

50. Le critère de l'intérêt immédiat et suffisant ouvrirait un peu plus largement la porte au recours pour violation de l'art.4 Cst. contre les décisions incidentes. Pareille mesure est cependant nécessaire. Une disposition plus souple que l'art.87 OJ actuel n'empêcherait d'ailleurs pas le Tribunal fédéral de maintenir le recours de droit public dans ses limites naturelles et de lui conserver son caractère de voie de droit exceptionnelle.

CHAPITRE IV

ÉPUISEMENT DES MOYENS
DE DROIT CANTONAL

51. D'après les art. 86 al. 1 et 87 OJ, le recours de droit public prévu par l'art. 85 OJ et celui fondé sur une violation de l'art. 4 Cst. ne sont recevables qu'à l'encontre de décisions prises «en dernière instance» cantonale. Pour les cas dont il s'occupe, l'art. 86 al. 2 OJ dispose que le recours est recevable «après que les moyens de droit cantonal ont été épuisés». Malgré ces divergences de termes, les art. 86 et 87 ont le même sens¹: le recours de droit public est en principe soumis à la condition de l'épuisement préalable des moyens de droit cantonal; demeurent réservées les exceptions prévues par l'art. 86 al. 2 OJ.

*Section I. Quelques difficultés**§ 1. La notion de moyens de droit cantonal*

52. La règle de l'épuisement des moyens de droit cantonal est une création de la jurisprudence antérieure à la loi actuelle. D'une façon toute générale, cette jurisprudence entendait par «moyens de droit cantonal» les voies de droit permettant de soumettre à une autorité supérieure une cause au sujet de laquelle une autorité inférieure s'était déjà prononcée. En d'autres termes, les moyens de droit cantonal étaient les voies de recours organisées par le droit cantonal².

Ainsi que le Tribunal fédéral l'a lui-même admis, le législateur de 1943 n'a eu d'autre but, en ce qui concerne l'épuisement des moyens de droit cantonal, que de codifier les règles de la jurisprudence antérieure³. Cela ressort d'ailleurs du

¹ RO 86 I 39, 84 I 234.

² GIACOMETTI, p. 129/130; PETER, p. 79-82.

³ RO 72 I 95, 71 I 38.

message à l'appui de la loi de 1943. Selon ce dernier, la jurisprudence a renoncé dans certains cas à exiger « que les degrés de juridiction cantonaux soient épuisés »⁴. Plus loin, le Conseil fédéral expose qu'il a entendu subordonner le recours de l'art. 84 litt. a OJ à la condition « que les degrés de juridiction cantonaux soient préalablement épuisés »⁵. L'expression « degrés de juridiction cantonaux » montre clairement que les auteurs de la loi de 1943 n'ont eu en vue que les voies de recours du droit cantonal au sens précisé ci-dessus.

53. Jusqu'en 1950, le Tribunal fédéral s'est tenu à cette notion étroite des moyens de droit cantonal. Il considérait alors que la condition de l'épuisement était remplie lorsque le recourant avait utilisé les voies de droit ordinaires et extraordinaires permettant de faire disparaître l'inconstitutionnalité alléguée. Ces voies de droit étaient cependant des recours au sens traditionnel du terme⁶.

En 1950, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence. Selon lui, la notion de moyens de droit cantonal doit être entendue largement. Elle « comprend non seulement les recours proprement dits, mais toutes les voies de droit par lesquelles il est possible d'éliminer le préjudice juridique allégué dans le recours de droit public »⁷. La conséquence essentielle de cette nouvelle jurisprudence est de restreindre le recours de droit public dans une mesure importante en incluant dans la notion de moyens de droit cantonal des actions civiles ordinaires, qui n'ont rien de commun avec la défini-

⁴ FF 1943, p. 145.

⁵ Loc. cit.

⁶ RO 72 I 94. Cf. dans le même sens les opinions émises par la doctrine entre 1945 et 1950: BIRCHMEIER, p. 347; CHRISTINGER, p. 71 ss.

⁷ RO 84 I 171/172. Le premier arrêt dans ce sens est l'arrêt non publié WOOD, du 24 mai 1950. Cet arrêt s'appuie, il est vrai, sur deux arrêts de 1939, qui paraissent cependant être restés isolés dans l'ancienne jurisprudence et qui, aussi bien, n'ont pas été publiés. Le premier arrêt publié figure au RO 78 I 250; cf. en outre RO 83 I 167, 82 I 81, 81 I 61.

tion traditionnelle du recours. Par exemple, le mari divorcé, qui interjette un recours de droit public contre la décision autorisant son épouse à reprendre son nom de femme mariée, est renvoyé à intenter l'action de l'art. 30 al. 3 CC⁸. Avant de déposer un recours de droit public contre une décision de l'autorité tutélaire refusant de transférer un enfant d'un institut dans un autre, le père doit agir par la voie de l'action en remise de l'enfant (art. 273 al. 1 CC)⁹.

54. A nos yeux, la nouvelle jurisprudence n'est pas conforme aux art. 86 et 87 OJ.

Comme nous l'avons montré¹⁰, le législateur a simplement voulu, par ces deux dispositions, imposer à celui qui interjette un recours de droit public l'obligation de parcourir auparavant les degrés de juridiction cantonaux, c'est-à-dire les recours prévus par la procédure cantonale. Les termes de la loi le confirment. Les art. 86 al. 1 et 87 OJ utilisent l'expression «décision prise en dernière instance». Or une décision est prise en dernière instance, au sens technique et traditionnel, lorsqu'elle n'est plus susceptible d'un recours. Le fait qu'une action civile ordinaire demeure possible n'y change rien. Le mot «*letztinstanzlich*», qui se trouve dans le texte allemand des art. 86 al. 1 et 87 OJ, correspond exactement au texte français. La notion de «moyens de droit cantonal» employée à l'art. 86 al. 2 et 3 OJ n'est pas moins claire. Une action créée par le droit fédéral ne saurait constituer un tel moyen. En allemand, «*Rechtsmittel*» désigne également les recours proprement dits. Aussi bien, dans sa nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral est obligé de se servir, pour l'expression «moyens de droit cantonal», du terme plus large de «*Rechtsbehelfe*»¹¹.

La jurisprudence récente n'est pas seulement contraire à l'intention du législateur et au texte légal; elle aboutit à des

⁸ RO 81 I 61.

⁹ RO 78 I 250.

¹⁰ Cf. n° 52 ci-dessus.

¹¹ RO 81 I 62, 78 I 250.

résultats peu satisfaisants. Par exemple, lorsque l'épouse divorcée a été autorisée à reprendre son nom de femme mariée, l'ex-mari ne veut peut-être attaquer cette décision que parce qu'il n'a pas été entendu. Obligé d'intenter l'action de l'art. 30 al. 3 CC, il est contraint d'ouvrir une procédure longue et coûteuse, alors qu'il aurait obtenu plus rapidement satisfaction par la voie du recours de droit public.

55. Dans ces conditions, la nouvelle jurisprudence ne saurait être maintenue. Ni les actions des art. 30 al. 3 et 273 al. 1 CC, ni les actions du droit de poursuite¹² ne sont des moyens de droit cantonal au sens de la loi¹³.

Certes, de lege ferenda, la jurisprudence actuelle serait défendable. Par exemple, si le Tribunal fédéral examine le recours de droit public sous le seul angle de l'arbitraire, le plaideur peut avoir intérêt à introduire d'abord l'action civile, que l'autorité saisie jugera avec plein pouvoir. Un particulier, auquel le Grand Conseil refuse l'autorisation de prendre à partie les membres du gouvernement cantonal, n'a pas un intérêt réel à soumettre cette décision à la Chambre de droit public lorsque l'Etat est subsidiairement responsable¹⁴. Toutefois, les arguments que fournissent des hypothèses de ce genre ne nous paraissent pas suffisants pour proposer une modification des art. 86 et 87 en ce qui concerne la notion des moyens de droit cantonal. Les avantages, qui résulteraient d'une telle modification, ne compenseraient pas la restriction du recours qui en serait la conséquence certaine.

¹² Action en reconnaissance ou en libération de dette, action en revendication des art. 106 à 109 LP, cf. RO 82 I 81.

¹³ En revanche, nous considérons comme tel la procédure d'opposition à un plan d'extension, procédure qui se rapproche à beaucoup d'égards d'un véritable recours; cf. RO 84 I 171. Dans le même sens, W. SCHAUMANN, RDS 1959, p. 475/476.

¹⁴ RO 83 I 167.

§ 2. *Les règles à suivre en cas de recours cantonal extraordinaire*

56. Il est parfois difficile de savoir quelle est la décision de dernière instance. Ainsi en va-t-il lorsqu'une décision rendue par une autorité statuant librement¹⁵ est susceptible d'un recours cantonal extraordinaire, par exemple d'un recours en cassation, dans lequel la juridiction saisie statue sur des griefs déterminés avec un pouvoir d'examen limité¹⁶. La jurisprudence a posé à ce sujet les règles suivantes¹⁷:

Quand la procédure cantonale permet d'examiner dans le recours cantonal extraordinaire des moyens qui peuvent être soulevés dans le recours de droit public, c'est l'arrêt sur le recours extraordinaire qui constitue la décision de dernière instance. Le recours de droit public doit donc être dirigé en première ligne contre cet arrêt. Le recourant y soutiendra d'abord que le juge extraordinaire a arbitrairement nié l'existence d'une condition dont dépendait l'admission du recours cantonal quant au fond. Cependant, il pourra aussi critiquer le jugement au fond rendu par la dernière autorité ayant statué librement. Toutefois, dans un recours de droit public déposé après l'arrêt sur le recours extraordinaire, il ne saurait se borner à attaquer le seul jugement au fond. En effet, son recours serait alors tardif. De plus, parmi les griefs qu'il allègue dans son recours de droit public à l'encontre du jugement au fond, il ne doit pas s'en trouver qu'il aurait omis de présenter dans le recours extraordinaire alors qu'il aurait pu le faire. Sinon, en ce qui concerne ces moyens, il n'aurait pas épuisé les instances cantonales.

57. Cette jurisprudence met le plaideur devant de nombreuses difficultés. Elle suppose tout d'abord que le recou-

¹⁵ Par exemple, juridiction de première instance ou juridiction de recours statuant sur appel.

¹⁶ Exemple: recours cantonal pour déni de justice, ou pour violation d'une règle légale claire («Verletzung klaren Rechts»).

¹⁷ RO 87 I 64, 84 I 235, 81 I 148.

rant détermine avec précision quels griefs peuvent être soulevés dans le recours cantonal extraordinaire et quels moyens peuvent être soumis à la Chambre de droit public. Cette distinction est parfois délicate, notamment lorsque la voie de droit cantonal est un recours pour arbitraire et que, par exemple, la notion cantonale de l'arbitraire est plus étroite que celle adoptée par le Tribunal fédéral. Le critère à trouver exige, dans un domaine spécial, des connaissances approfondies que la pratique courante ne permet guère d'acquérir.

Supposons ensuite que le recourant ait interjeté un recours cantonal extraordinaire pour déni de justice. Il est débouté par des motifs qui le convainquent. Il n'en estime pas moins que le jugement au fond viole la liberté du commerce et de l'industrie¹⁸. Lors même que l'arrêt sur le recours cantonal extraordinaire lui paraît fondé, il sera obligé de l'attaquer. Car s'il critiquait le seul jugement au fond, le Tribunal fédéral lui objecterait que son recours de droit public est tardif. Pareille conséquence est difficilement admissible.

Soulignons enfin que les règles posées par la Chambre de droit public sont compliquées. Elles sèment sur le chemin du plaideur tant d'obstacles que ce dernier risque fort de manquer le but qu'il visait.

58. Ces considérations nous amènent à penser que la jurisprudence devrait être simplifiée. L'exigence de l'épuisement des instances cantonales est respectée à la double condition que le recourant ait successivement parcouru tous les degrés de juridiction cantonaux et qu'il ne soumette pas pour la première fois au Tribunal fédéral un grief qu'il aurait pu soulever en procédure cantonale mais qu'il a omis d'y présenter.

Cette règle serait observée si, avant d'interjeter le recours de droit public, le plaideur était toujours en droit d'attendre que l'arrêt cantonal sur le recours extraordinaire fût

¹⁸ Par exemple, le jugement au fond inflige au recourant une amende pour violation de règles cantonales sur la police du commerce, qui paraissent elles-mêmes contraires à l'art. 31 Cst.

rendu. Toutefois, pour qu'une telle solution soit satisfaisante, le recourant devrait pouvoir, en cas de nécessité, se borner à attaquer le jugement au fond. Or le délai de recours s'y oppose. La faculté donnée au justiciable de n'agir contre le jugement au fond qu'après l'arrêt sur le recours extraordinaire exigerait donc une modification de l'art. 89 OJ. Pareille modification serait peu désirable. Cette première solution doit donc être écartée.

Le principe de l'épuisement des instances cantonales serait aussi respecté si la proposition suivante était adoptée :

Le recours de droit public sera toujours interjeté dans les trente jours dès la communication du jugement au fond. Il ne critiquera que ce jugement. Si, en raison de l'exigence de l'épuisement, le plaideur estime prudent de déposer aussi un recours cantonal extraordinaire, il le fera. Le Tribunal fédéral pourra suspendre l'instruction du recours de droit public jusqu'à l'arrêt sur le recours extraordinaire. A ce moment-là, le justiciable aura le droit de retirer son recours de droit public ou de le compléter en attaquant l'arrêt sur le recours extraordinaire. Il ne devra pas soumettre au Tribunal fédéral des griefs qu'il aurait pu présenter dans le recours cantonal extraordinaire et qu'il aurait omis d'y soulever.

Le recourant jouirait ainsi de meilleures garanties. En particulier, il ne serait pas exposé aux risques existant actuellement lorsque le recours de droit public n'est interjeté qu'après l'arrêt sur le recours extraordinaire. Par exemple, il ne serait pas tenu d'attaquer cet arrêt sous peine de voir son recours déclaré irrecevable. Certes, le recours risquerait encore d'être déclaré irrecevable si le plaideur s'abstenait par erreur d'interjeter le recours extraordinaire. A nos yeux toutefois, cette conséquence découle inévitablement de l'exigence de l'épuisement.

§ 3. Exceptions relatives à la règle de l'épuisement

59. En vertu de l'art. 86 al. 2, deuxième phrase, OJ, un certain nombre de recours de droit public échappent à la

règle de l'épuisement des moyens de droit cantonal¹⁹. Dans ces cas, le recourant a le droit de déférer au Tribunal fédéral déjà la décision de première instance. La règle de l'épuisement connaît-elle d'autres exceptions ? Distinguons à ce sujet deux problèmes.

60. Observons en premier lieu que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'énumération de l'art.86 al.2 OJ est limitative²⁰. Cette opinion est exacte. Les termes mêmes de l'art.86 al.2 OJ le démontrent. Nous en concluons que le Tribunal fédéral ne saurait poser en principe que dorénavant tous les recours fondés, par exemple, sur une violation de l'art.31 Cst. seront dispensés de l'épuisement des instances cantonales.

61. Il reste à savoir – et c'est la seconde question – si, dans certaines situations exceptionnelles, le Tribunal fédéral peut recevoir un recours alors que la règle de l'épuisement n'a pas été respectée.

Nous résolvons cette question affirmativement. Selon le message du Conseil fédéral, «en cas d'urgente nécessité, cette disposition (l'art.86 al.2) n'empêchera pas absolument le Tribunal fédéral de statuer immédiatement sur le fond de recours exercés pour violation d'autres droits constitutionnels»²¹. De fait, reprenant une jurisprudence déjà ancienne, la Chambre de droit public a jugé récemment que le recourant est dispensé d'observer la règle de l'épuisement lorsque le recours cantonal qu'il devrait normalement interjeter ne correspondrait à aucun but et serait une formalité vide de sens²².

¹⁹ Il s'agit des recours fondés sur une violation des art. 45, 46 al. 2, 58, 59, 60 et 61 Cst.

²⁰ RO 81 I 142; 81 I 61.

²¹ FF 1943, p.145/146.

²² RO 86 I 39, 84 I 239.

62. Cette jurisprudence est heureuse et mérite d'être développée. D'après ce dernier arrêt, elle est applicable si la décision attaquée repose sur un prononcé de la juridiction de recours, qui a ainsi donné d'avance son approbation²³. D'une manière générale, il pourrait en aller de même quand l'avis de l'autorité de recours est connu, par exemple parce qu'il résulte d'une jurisprudence constante et ancienne²⁴. Il se justifierait aussi de renoncer à l'épuisement des instances cantonales lorsque le recourant attaque une disposition légale ou réglementaire qui émane de l'autorité de recours ou par laquelle celle-ci est liée²⁵.

Nous ne croyons pas désirable toutefois que le Tribunal fédéral ouvre trop largement la porte entrebaillée par les auteurs de la loi. Des dérogations au texte clair de l'art. 86 al. 2 OJ ne sont admissibles que si elles s'imposent. Les justiciables seraient les premières victimes d'une souplesse excessive.

Section II. Faut-il modifier l'art. 86 al. 2 OJ ?

63. Les exceptions admises par l'art. 86 al. 2 OJ reposent sur une idée commune: les conflits dont il s'agit mettent en cause la souveraineté de deux cantons. Dès lors, le Tribunal fédéral est l'autorité la mieux placée pour trancher le litige. C'est lui qui offre le plus de garanties au justiciable²⁶. Nous nous demandons si ces considérations conservent aujourd'hui toute leur valeur.

64. Soulignons d'abord que, dans l'ensemble, la jurispru-

²³ RO 86 I 39.

²⁴ Cf. RO 21, p. 676 (opinion de l'autorité de recours connue par une précédente décision rendue en la cause), 26 I 285 (opinion de l'autorité de recours connue par une réponse qu'elle a été invitée à donner au Tribunal fédéral); GIACOMETTI, p. 126.

²⁵ BIRCHMEIER, p. 349, litt. b, aa. Voir aussi les arrêts cités par de PERROT, p. 295/296.

²⁶ GIACOMETTI, p. 124/125; BIRCHMEIER, p. 349 haut; DE PERROT, p. 295.

dence du Tribunal fédéral concernant les art. 45, 46 al. 2 et 58 à 61 Cst. est bien fixée. Elle a posé les principes les plus importants. Elle est généralement connue des autorités cantonales. Le plus souvent, celles-ci disposent donc des bases juridiques nécessaires pour prendre leurs décisions.

Nous constatons d'autre part que, de plus en plus, les décisions appelant l'application des art. 45, 46 al. 2 et 58 à 61 Cst. sont prises par des juristes (magistrats judiciaires, conseillers juridiques de l'administration). Ceux-ci veillent – nous nous plaisons à le reconnaître – au respect des droits constitutionnels du citoyen. Indépendants du gouvernement lorsqu'ils sont magistrats judiciaires, ils le sont aussi, en fait et dans une certaine mesure, quand ils font partie de l'administration.

Enfin, hormis le recours pour violation de l'art. 46 al. 2 Cst., les recours mentionnés à l'art. 86 al. 2, deuxième phrase, OJ n'ont trait qu'à des conflits intercantonaux d'une importance secondaire. Les garanties dont le citoyen jouit dans ces cas devant les autorités cantonales ne sont pas moindres que celles qu'il possède lorsqu'il s'agit de la violation d'autres droits constitutionnels. Ainsi, dans l'ensemble, les tribunaux cantonaux de recours examinent avec grand soin les exceptions d'incompétence fondées sur l'art. 59 Cst. ou les décisions refusant la mainlevée définitive en violation de l'art. 61 Cst.

65. Pour ces diverses raisons, nous estimons que l'art. 86 al. 2 OJ pourrait être modifié et qu'il n'y aurait pas d'inconvénients à réduire le nombre des exceptions admises par la loi. Nous n'autoriserions le recours direct au Tribunal fédéral qu'en matière de double imposition, car les cantons en cause ont alors un intérêt pécuniaire à l'issue du litige, de sorte que la dispense de l'épuisement se justifie. En revanche, dans les autres cas (art. 45, 58 à 61 Cst.), nous exigerions que les moyens de droit cantonal soient épuisés avant le dépôt du recours de droit public. Il n'y a plus de raisons suffisantes aujourd'hui de priver les autorités cantonales supérieures

du droit de statuer sur ces questions. Celles-ci liquideraient définitivement un certain nombre d'affaires et le Tribunal fédéral se trouverait déchargé d'autant.

66. Deux remarques s'imposent cependant. La première concerne l'art. 59 Cst. Selon la jurisprudence²⁷, le recours de droit public pour violation de cette disposition est ouvert contre tout acte émanant du juge et apparaissant comme l'exercice du pouvoir de juridiction. Il peut donc être déposé contre une simple assignation à comparaître, ce qui permet de liquider d'entrée de cause la question de compétence posée par l'inobservation de l'art. 59 Cst. Il serait regrettable que l'exigence de l'épuisement aboutisse à supprimer cet avantage. Dans le cas de l'art. 59 Cst., elle ne devrait donc être respectée que si le recours cantonal pouvait lui aussi être formé à l'occasion de tout acte du juge constituant l'exercice du pouvoir de juridiction. Le plaideur ne serait pas tenu d'utiliser un moyen ouvert seulement contre une véritable décision. Si le justiciable ne disposait que d'une telle voie de droit, il aurait la faculté de saisir directement le Tribunal fédéral.

Observons aussi – et c'est notre seconde remarque – qu'il y aurait parfois intérêt à ce que la Chambre de droit public statue sans attendre la décision de la dernière instance cantonale. Tel serait le cas pour une question nouvelle, non encore tranchée par la jurisprudence, ou un problème très controversé sur lequel le Tribunal fédéral ne se serait pas encore prononcé par un arrêt de principe. En pareille hypothèse, nous proposerions néanmoins que le plaideur soit tenu de saisir d'abord l'autorité cantonale. En revanche celle-ci aurait la faculté de transmettre la cause au Tribunal fédéral afin que ce dernier statue directement²⁸. La Chambre de droit

²⁷ RO 87 I 129 et citations.

²⁸ Afin d'éviter des pertes de temps inutiles, l'autorité cantonale ne devrait être autorisée à transmettre directement la cause au Tribunal fédéral que dans un certain délai, deux mois par exemple.

public pourrait refuser d'entrer en matière²⁹. La procédure ainsi envisagée serait réservée à des cas exceptionnels où elle s'imposerait pour éviter au citoyen une perte de temps et d'argent inutile.

CHAPITRE V

QUALITÉ POUR RECOURIR

67. En vertu de l'art. 88 OJ, «ont qualité pour recourir les particuliers ou les collectivités lésés par des arrêtés ou décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale».

La doctrine et la jurisprudence admettent qu'il faut résoudre dans le cadre de l'art. 88 OJ les questions suivantes :

– le recourant a-t-il la capacité générale d'être partie, c'est-à-dire est-il une personne juridiquement existante ?

– possède-t-il la capacité d'ester personnellement en justice ou doit-il agir par l'intermédiaire d'un représentant légal ?

– jouit-il de la capacité spéciale d'être partie devant la juridiction constitutionnelle, c'est-à-dire est-il titulaire du droit constitutionnel qu'il invoque ?

– enfin est-il lésé¹ ?

Les trois premiers problèmes ne présentent pas de difficultés particulières. Dans l'ensemble, ils ont été élucidés par la jurisprudence. Nous ne nous y arrêterons donc pas. Il en va

²⁹ La décision de refus d'entrée en matière ne devrait bien entendu pas préjuger le fond. Elle pourrait être ainsi conçue :

«Le Tribunal fédéral

vu la requête du Conseil d'Etat ...

vu les arrêts publiés au RO ...

décide :

1. Il n'est pas opportun que le Tribunal fédéral statue avant l'autorité cantonale. – 2. La cause est renvoyée à celle-ci pour décision. – 3. La présente décision, rendue sans frais, est communiquée...»

¹ HINDEN, p. 66 ss. ; BONNARD, p. 291/292 et 294, et citations.

autrement du problème de la lésion et de ses modalités. C'est par conséquent sur ce point que nous insisterons.

68. D'une façon toute générale, le recourant est lésé lorsque l'acte attaqué modifie sa situation d'une manière défavorable². A cet égard, il existe une relation certaine entre la notion de l'acte attaqué et celle de la lésion³. En effet, seuls peuvent faire l'objet d'un recours de droit public les actes de souveraineté imposant à un particulier une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer⁴. Or c'est précisément en cette obligation que la lésion va consister. Celle-ci n'existe pas sans celle-là.

*Section I. L'objet et les modalités de la lésion*⁵

§ 1. L'objet de la lésion

69. Pour comprendre quel est l'objet de la lésion, il est nécessaire de poser au préalable deux principes :

Premier principe : Les droits constitutionnels, objet du recours prévu par l'art. 84 litt. a OJ, sont destinés à protéger l'individu agissant comme simple particulier à l'égard du titulaire de la puissance publique. Seuls donc sont habilités à former un recours de droit public les particuliers et les corporations qui leur sont assimilables. Il s'ensuit que la lésion de l'art. 88 OJ ne saurait frapper qu'un particulier.

Deuxième principe : Le recours de droit public n'est pas une action populaire⁶. Le recourant ne peut y faire valoir que

² Lorsqu'il est « durch das Urteil beschwert », pour reprendre les termes d'arrêts récents : RO 85 I 286, 84 I 236. Cf. la doctrine citée dans BONNARD, p. 296, note 11.

³ Cf. les remarques de HINDEN, p. 39/40.

⁴ Pour plus de détails, voir ci-dessus n° 22.

⁵ Nous avons eu l'occasion d'étudier ce problème ailleurs : *Lésion*, p. 297 à 319. Sans revenir ici sur les diverses théories soutenues dans ce domaine, nous nous bornerons à esquisser brièvement notre manière de voir.

⁶ L'idée a été lancée par EGGENSCHWILER, p. 100 ss., et reprise par

ses intérêts privés à l'exclusion de l'intérêt général. Il doit donc agir dans les limites des facultés qu'il possède pour défendre sa sphère privée. Il remplit cette condition pourvu qu'il s'en prenne à un acte dont il est lui-même et directement l'objet et qui, partant, sortit des effets principalement à son égard⁷. Il en va de même si le recours vise un acte d'espèce qui, tout en ayant des effets principalement envers un tiers, a cependant certaines conséquences pour le recourant et applique des règles édictées en faveur de ce dernier⁸. En revanche, notre condition n'est pas réalisée lorsque le recourant n'est pas plus intéressé à l'annulation de l'acte qu'un quelconque citoyen du canton⁹.

Il découle de ces deux principes que seul un particulier agissant dans les limites de sa sphère privée peut interjeter un recours de droit public. Il faut examiner si cette exigence est remplie avant d'aborder le problème de la lésion.

70. Quant à l'objet de la lésion, il ne saurait être le droit constitutionnel lui-même ni – ce qui reviendrait au même – les intérêts directement protégés par ce droit. Sinon le problème du bien-fondé du recours et celui de la qualité seraient les mêmes, ce qui est impossible¹⁰. Mais, en principe, la lésion

H. HUBER, RDS 1936, p. 660 a et 664 a (cf. aussi FAVRE, *Evolution*, p. 342 a/343 a), de faire du recours de droit public une action populaire. Nous n'y souscrivons pas. Pareille action entraverait l'exercice du pouvoir dans une mesure excessive. Elle entraînerait dans tout le système du recours de droit public des modifications profondes que les circonstances actuelles ne justifient pas. Cf. ci-dessous, n°88; NAWIASKY, RDS 1936, p. 677 a. L'Allemagne fédérale ignore l'action populaire, cf. FRIESENHAHN, *Landesbericht*, p.50.

⁷ Par exemple, jugement rejetant l'action du recourant, décision écartant la requête qu'il avait présentée, prononcé intervenant d'office pour expulser le recourant, lui retirer un permis de police, le condamner à une peine, l'interner, etc.

⁸ Par exemple certaines décisions accordant un permis à un tiers.

⁹ Sur ces principes, voir RO 86 I 286 et BONNARD, p.308–315.

¹⁰ En raison de l'existence et du texte même de l'art.88 OJ: cf. BONNARD, p.301. Nous rejetons aussi la théorie de l'hypothèse, p.301/302.

n'a pas non plus pour objet n'importe quels intérêts privés. En effet, le recours prévu par l'art. 84 litt. a OJ n'est ouvert que pour violation des droits constitutionnels du citoyen. Il existe donc nécessairement un certain lien entre les intérêts, objet de la lésion, et le droit constitutionnel invoqué. Quels sont donc ces intérêts ?

71. Pour résoudre cette question, distinguons deux catégories de droits constitutionnels.

Certains d'entre eux sont généraux. Ils se rapportent à l'homme comme tel, à la personne humaine et privée, quelle que soit la qualité particulière en laquelle elle est envisagée. Ainsi en va-t-il de l'art. 4 Cst. ou des principes de la séparation des pouvoirs et de la force dérogatoire du droit fédéral.

D'autres sont particuliers. Ils concernent une qualité déterminée de la personne privée, par exemple celle de commerçant (liberté du commerce et de l'industrie), de défendeur à un procès (garantie du for du domicile) ou de propriétaire (garantie de la propriété).

72. Lorsque le recourant invoque un droit constitutionnel général, les intérêts, objet de la lésion, peuvent être l'un quelconque de ses intérêts privés. Il a qualité pour agir dès que l'un de ces intérêts est modifié à son détriment. En pareil cas, le problème de la lésion n'est pas un obstacle réel; les seules questions délicates surgissent à propos de la condition préalable: le recourant est-il un simple particulier agissant dans les limites de sa sphère privée ?

Quand le recours est fondé sur un droit constitutionnel particulier, les intérêts, objet de la lésion, sont ceux qui forment la qualité de la personne correspondant au droit invoqué, par exemple celle de commerçant ou de défendeur à un procès. Le recourant n'est habile à saisir le Tribunal fédéral que si cette catégorie d'intérêts est modifiée. Dans le recours basé sur un droit constitutionnel particulier, cette difficulté vient s'ajouter à celle de la condition préalable.

73. Des considérations qui précèdent, nous déduisons le

principe général suivant: le recourant, simple particulier agissant pour défendre sa sphère privée, est lésé au sens de l'art.88 OJ et il a qualité pour recourir lorsque ses intérêts privés correspondant au droit constitutionnel invoqué sont atteints¹¹. Les intérêts *correspondant* au droit constitutionnel et ceux *protégés* par lui concernent un même aspect de la personne humaine. Les premiers sont cependant plus étendus que les seconds. C'est pourquoi il existe deux lésions¹²:

- une lésion lato sensu, celle de l'art.88 OJ, qui a pour objet la sphère large des intérêts privés correspondant au droit constitutionnel invoqué et qui justifie la recevabilité;
- une lésion stricto sensu, sous-jacente à l'art.84 litt.a OJ, concernant le domaine plus étroit des intérêts protégés par le droit constitutionnel, et justifiant l'admission du recours sur le fond.

74. L'objet de la lésion étant ainsi défini, le problème de qualité apparaît comme distinct de la question de fond.

Voici par exemple un plaideur condamné à payer mille francs à sa partie adverse. Il est atteint dans ses intérêts privés et a qualité pour attaquer le jugement par un recours de droit public pour arbitraire. Il est néanmoins débouté sur le fond quand l'opinion du premier juge est soutenable. Le boulanger, astreint à fermer son magasin un jour par semaine, est touché en tant que commerçant et a qualité pour interjeter un recours fondé sur l'art.31 Cst. Toutefois, ce recours sera rejeté à condition que l'autorité cantonale ait agi dans les limites du pouvoir de police que lui reconnaît cette disposition.

¹¹ Cf. BONNARD, p. 317 et 319. Notre définition a été reprise par le Tribunal fédéral: RO 86 I 102 et 284. HINDEN, p. 152, croit voir dans ces arrêts l'annonce d'une jurisprudence plus stricte. Il se trompe. Notre critère ne restreint pas la qualité pour recourir.

¹² Cette distinction, implicitement contenue dans notre précédente étude sur la lésion (voir nos exemples p. 318/319), a été mise en lumière par M. le Juge fédéral PANCHAUD lors d'une délibération de la Chambre de droit public au cours de laquelle il s'est rallié à notre conception.

Dans la question de qualité, le juge examine donc si le recourant est lésé dans ses intérêts privés correspondant au droit invoqué. En statuant sur le fond, il recherche si ce droit a été violé et en détermine les limites.

§ 2. Les modalités de la lésion : l'intérêt

75. Lorsque le plaideur dépose un recours de droit public contre une décision d'espèce, il doit avoir un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de l'acte attaqué¹³. Quand le recours est dirigé contre un arrêté de portée générale, il suffit d'un intérêt virtuel¹⁴.

L'intérêt ne constitue pas une exigence différente de la lésion. Il n'en est qu'une modalité. C'est pourquoi, au lieu de faire dépendre la recevabilité du recours d'un intérêt tantôt virtuel, tantôt actuel et pratique, il est plus exact et plus simple d'affirmer que, dans certains cas, il suffit d'une lésion virtuelle, tandis que, dans d'autres, il faut une lésion actuelle et ayant des conséquences pratiques pour le recourant. L'intérêt n'est qu'une conséquence des modalités de la lésion¹⁵.

Section II. Quelques difficultés

76. En pratique, le problème de la qualité présente peu de difficultés lorsque le recourant attaque une décision d'espèce dont il est directement l'objet et qui sortit des effets princi-

¹³ RO 86 I 225, 80 I 141, 78 I 101, 60 I 210, 60 I 120, 51 I 392, 49 I 364, 34 I 111. Cette règle souffre des exceptions, surtout lorsqu'il s'agit d'atteintes dont la constitutionnalité ne pourrait sinon jamais être revue et qui peuvent se répéter en tout temps de la même manière (RO 87 I 245 et citations) et quand le recours est fondé sur la violation de formalités essentielles de la procédure (RO 64 I 148, 53 I 111, 48 I 255, 32 I 37).

¹⁴ RO 85 I 53, 82 I 99, 65 I 241, 64 I 386, 63 I 164, 55 I 111, 48 I 595, 48 I 266, 33 I 629.

¹⁵ Dans ce sens : BIRCHMEIER, p. 370 et 376 ; GIACOMETTI, p. 168, 170 note 13 ; HINDEN, p. 152 ss. En revanche. HEFTI, p. 59 ss., distingue plus nettement intérêt et lésion.

palement à son égard. Il est beaucoup plus délicat lorsque l'acte attaqué concerne un tiers et n'a, pour le recourant, que des effets accessoires. Ce sont donc des cas de ce genre que nous examinerons.

§ 1. *La qualité du voisin*

77. Selon une jurisprudence constante, la décision qui accorde à un propriétaire foncier un permis de construire violant les règles cantonales de police des constructions ne peut faire l'objet d'un recours de droit public interjeté par un voisin¹⁶. Ce dernier n'a pas qualité. En effet, dit le Tribunal fédéral, les règles de police des constructions sont établies dans l'intérêt général et il appartient non aux particuliers mais aux autorités compétentes de veiller à leur observation.

Cette jurisprudence a été critiquée à plusieurs reprises¹⁷, et récemment encore par le prof. H. HUBER¹⁸. Il vaut dès lors la peine de s'y arrêter, d'autant plus qu'une modification de la pratique sur ce point aurait des répercussions importantes.

78. Les arrêts relatifs à la qualité du voisin n'ont pas trait à la question de la lésion, telle que nous l'avons définie ci-dessus¹⁹. Ils touchent le problème de la condition préalable: le recourant agit-il dans les limites de sa sphère privée²⁰ ?

Observons à cet égard que la décision attaquée concerne principalement un tiers, le propriétaire qui a obtenu l'autori-

¹⁶ RO 74 I 167, 59 I 77, 56 I 104, 53 I 399. Il existe de nombreux arrêts non publiés sur la question, la plupart dans le sens de la jurisprudence publiée, un ou deux en sens contraire. Nous ne croyons pas pouvoir tenir compte de ces derniers arrêts, demeurés isolés et non publiés.

¹⁷ Voir les auteurs cités par BONNARD, p. 325, note 72. Cf. également BURCKHARDT, *Rechtsprechung* 1933, RJB 1934, p. 479; GYGI, p. 436/437.

¹⁸ *Legitimation*, p. 165 ss.

¹⁹ Cf. nos 70 à 73 ci-dessus.

²⁰ Cf. n° 69 ci-dessus.

sation de construire. Elle a cependant des conséquences pour le recourant, privé, par exemple, de la tranquillité dont il jouissait ou contraint de déplacer le bâtiment qu'il avait lui-même projeté. Dès lors, il s'agit de rechercher si le voisin peut invoquer une règle édictée en sa faveur. Le Tribunal fédéral résout cette question négativement en s'appuyant sur le caractère d'intérêt général des règles violées et, parfois, sur la faculté, pour le recourant, de saisir le juge d'une action civile.

79. Ce second argument ne nous paraît pas pertinent²¹. Certes, le recourant a quelquefois le droit de faire valoir, au moyen d'une action civile, les intérêts qu'il défend par le recours de droit public; mais cela est sans importance pour déterminer s'il agit dans les limites de sa sphère privée. Ce dernier problème dépend de la nature des règles violées et de la protection qu'elles accordent au recourant. La possibilité d'intenter une action civile pourrait jouer un rôle tout au plus du point de vue de l'épuisement des moyens de droit cantonal. Mais – nous l'avons dit²² – une action civile ne saurait constituer un moyen de droit cantonal au sens des art. 86 et 87 OJ.

Le premier argument du Tribunal fédéral, selon lequel les règles de police des constructions ont pour seul but de sauvegarder l'intérêt public, est discutable aussi. Assurément, de telles règles existent. Ainsi en va-t-il des prescriptions sur la salubrité et la solidité des constructions, la conservation des monuments historiques ou les alignements préparant la création d'une place publique²³. Toutefois, nombre de dispositions ont un caractère mixte. D'une part, elles tendent à lutter contre les inconvénients d'une liberté désordonnée; en cela, elles touchent à l'intérêt général. D'autre part, elles visent à régler les rapports des voisins entre eux;

²¹ On le trouve dans l'arrêt RO 53 I 402; cf. aussi RO 59 I 79/80.

²² Cf. ci-dessus n^{os} 54/55.

²³ ZWAHLEN, Droit des voisins, p. 326.

à cet égard, elles protègent ces derniers les uns contre les autres. Tel est le cas en particulier des règles sur les distances, le volume et la destination des bâtiments²⁴. Dès lors, quand il se plaint de la violation de ces prescriptions, le voisin ne fait pas valoir l'intérêt général seulement. Il défend ses intérêts propres.

80. Il est vrai que cette affirmation n'a pas une portée absolue. La police des constructions est l'affaire du droit cantonal. Dans chaque cas, le Tribunal fédéral doit donc examiner le sens de ce droit et déterminer si la règle violée vise à protéger le voisin²⁵. L'objet de la prescription en cause permettra souvent de résoudre la question : une disposition régissant les rapports des voisins entre eux les protège généralement les uns contre les autres.

81. Ces problèmes étant résolus, il reste à savoir – ce que la jurisprudence n'examine pas – si le recourant est lésé, c'est-à-dire touché dans ses intérêts correspondant au droit constitutionnel invoqué. Le propriétaire qui attaque le permis de construire accordé à son voisin peut se plaindre d'une interprétation arbitraire du droit cantonal et d'une atteinte à la garantie de la propriété. En soulevant ce second grief, il fait presque toujours valoir que la décision attaquée repose sur une interprétation insoutenable des prescriptions cantonales applicables et qu'elle est donc dépourvue de base légale. En principe, le Tribunal fédéral n'intervient sur ce point que s'il y a arbitraire²⁶. C'est pourquoi, dans son ensemble, le recours n'est qu'un recours pour violation de l'art. 4 Cst. Cette disposition engendre un droit constitutionnel

²⁴ ZWAHLEN, *Droit des voisins*, p. 326/327 ; H. HUBER, *Legitimation*, p. 169.

²⁵ GYGI, p. 436/437. Le Tribunal fédéral a d'autant plus de raison de procéder à cet examen qu'il le fait déjà lorsqu'un cafetier recourt contre la patente délivrée à un autre cafetier : RO 79 I 155 ; BONNARD, p. 325/326, 327/328 ; H. HUBER, *Legitimation*, p. 167.

²⁶ RO 84 I 172/173 et citations.

général. Il suffit dès lors que le recourant soit atteint dans l'un quelconque de ses intérêts privés. Tel est le cas dans la situation envisagée.

Le recourant se plaint quelquefois d'une atteinte très grave à son droit ou soutient que la disposition appliquée est en elle-même contraire à la garantie de la propriété. En pareille hypothèse, le Tribunal fédéral jouit d'un plein pouvoir d'examen²⁷. Le moyen tiré d'une violation de la garantie précitée possède alors une portée propre. Le recourant sera lésé s'il est atteint dans ses intérêts de propriétaire. Cette condition est généralement remplie aussi.

82. De ce qui précède, il découle que la jurisprudence contestant la qualité du voisin est trop absolue. A notre avis, ce dernier est recevable à saisir le Tribunal fédéral lorsque la règle violée à son détriment est destinée à le protéger. Certes, une modification de la jurisprudence en ce sens aurait des répercussions étendues. Le nombre des recours de droit public augmenterait sensiblement. Toutefois notre cour suprême devrait accepter cette charge supplémentaire. Elle pourrait, comme elle l'a fait avec tant de fruit en matière fiscale, poser certains principes fondamentaux destinés à guider les autorités cantonales dans leurs décisions. De tels principes seraient accueillis avec faveur tant par les offices compétents que par les administrés. Ils seraient, pour les uns et les autres, de solides points d'appui sur un terrain où les intérêts de l'Etat et ceux des propriétaires et de leurs voisins s'opposent avec une intensité particulière.

*§ 2. La qualité de la personne lésée
par un acte délictueux*

83. D'après la jurisprudence actuelle, la personne lésée par un acte délictueux n'a qualité ni comme plaignant ni comme accusateur privé pour déposer un recours de droit public contre l'ordonnance de non-lieu ou le jugement d'ac-

²⁷ RO 84 I 172/173 et citations.

quittement rendus en faveur du délinquant. Il en va ainsi même lorsque, conformément au droit cantonal applicable, la cause est instruite selon les règles de la procédure civile^{28, 29}.

Cette jurisprudence n'a pas trait à la question de la lésion telle que nous l'avons définie plus haut³⁰. Elle vise le problème de l'exigence préalable en vertu de laquelle le recourant ne peut saisir le Tribunal fédéral d'un recours de droit public que s'il agit dans les limites de sa sphère privée³¹. La Chambre de droit public estime que cette condition n'est pas réalisée. En effet, dit-elle, l'action pénale est l'apanage exclusif de l'Etat, quelles que soient l'infraction en cause et la procédure applicable.

84. Nous n'hésitons pas à nous rallier à l'opinion de notre cour suprême pour les infractions jugées selon les règles de la procédure pénale et poursuivies d'office. En revanche, la jurisprudence peut paraître plus discutable lorsque l'instruction de la cause suppose le dépôt d'une plainte, qu'elle est soumise aux règles de la procédure civile ou que le lésé agit comme accusateur privé sans intervention possible du ministère public : d'aucuns seraient tentés de soutenir que, dans ces cas, l'Etat abandonne son action pénale en faveur du lésé, que ce dernier en est seul titulaire et défend par conséquent ses propres intérêts lorsqu'il dépose un recours de droit public contre le jugement d'acquiescement ou l'ordonnance

²⁸ RO 72 I 292, 70 I 78, 69 I 89, 69 I 17; l'ancienne jurisprudence reconnaissait la qualité du lésé: RO 66 I 258, 47 I 448, 33 I 761, 21 p.927. Un arrêt encore plus ancien était dans le sens de la jurisprudence actuelle: RO 7, p. 732.

²⁹ Dans le présent paragraphe, nous ne nous occupons de cette jurisprudence que dans la mesure où elle interdit au lésé de soutenir, dans son recours de droit public, que le délinquant a été libéré à tort. Nous examinerons plus bas, n° 92, s'il est possible de contester la qualité du lésé aussi quand ce dernier ne se plaint que d'une violation des droits qui lui sont reconnus par la procédure cantonale.

³⁰ Cf. nos 70 à 73 ci-dessus.

³¹ Cf. n° 69 ci-dessus.

de non-lieu. Toutefois pareille argumentation ne serait pas convaincante.

85. Remarquons tout d'abord que la seule question décisive est celle du titulaire de l'action pénale. La nature des règles de procédure applicables à la cause est sans importance pour résoudre ce problème. La jurisprudence a donc raison de ne pas faire de différence suivant que l'affaire est instruite conformément au code de procédure pénale ou à celui de procédure civile.

Relevons ensuite que l'action pénale, droit et devoir de punir, n'appartient qu'à l'Etat. Il en va ainsi à l'égard non seulement des infractions poursuivies d'office mais aussi de celles poursuivies sur plainte seulement ou dans lesquelles l'accusation est soutenue par le lésé agissant en qualité d'accusateur privé. La plainte n'est en effet pas une condition de punissabilité de l'infraction; elle n'est qu'une condition d'exercice de l'action pénale³². En la déposant, le lésé se borne dès lors à accomplir l'acte dont dépend la mise en mouvement de l'action pénale compétant à l'Etat. Il n'exerce pas un droit de punir qui lui appartiendrait en propre. Quant à l'accusateur privé, la loi cantonale l'habilite à intenter l'action publique, en lieu et place du procureur général, mais elle ne lui en confère pas la titularité. Le droit et le devoir de punir demeurent à l'Etat seul³³. Lors donc que le recours a pour objet l'action pénale, il est interjeté dans l'intérêt public. Celui qui l'a déposé n'a par conséquent pas qualité.

D'ailleurs, même s'il fallait admettre la qualité du lésé quand le dépôt d'une plainte est nécessaire ou que la poursuite est intentée par un accusateur privé agissant seul, le recours de droit public n'en serait pas moins irrecevable au sujet d'infractions de droit fédéral. En effet, l'accusateur privé et le plaignant peuvent alors interjeter contre le juge-

³² RO 84 IV 131, 81 IV 92/93 et citations.

³³ Voir dans ce sens la thèse d'agrégation manuscrite de J. CASTELLA, privat-docent à l'Université de Fribourg, Contribution à l'étude du titulaire de l'action pénale en droit suisse, p. 8/9.

ment d'acquiescement ou l'ordonnance de non-lieu un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral (art. 268 al. 1 et 2, 270 al. 1 et 3 PPF). Le recours de droit public, qui a un caractère subsidiaire (art. 84 al. 2 OJ), serait exclu³⁴.

Dans ces conditions, nous ne croyons pas devoir suggérer une modification de la jurisprudence relative au défaut de qualité du lésé.

§ 3. La qualité du citoyen pour attaquer des privilèges accordés à des tiers

86. Le problème de la qualité du citoyen pour attaquer des privilèges accordés à des tiers³⁵ est proche des questions examinées dans les pages précédentes au sujet de la qualité du voisin et du lésé. En effet, lorsque le recourant attaque un permis de construire, une ordonnance de non-lieu ou un jugement d'acquiescement illégaux, sa qualité pour recourir est essentiellement subordonnée à la condition qu'il agisse dans les limites de sa sphère privée. Il en va de même quand il s'en prend au privilège octroyé à un tiers.

Il est intéressant d'examiner sous cet angle quelques arrêts récents du Tribunal fédéral.

87. Trois citoyens ont attaqué une loi cantonale autorisant le Conseil d'Etat à accorder des réductions d'impôt aux personnes physiques, dont il estimait devoir, pour des motifs économiques ou fiscaux, faciliter l'établissement dans le can-

³⁴ Notons qu'il n'y a pas de pourvoi en nullité et que, partant, le recours de droit public n'est pas exclu par l'art. 84 al. 2 OJ quand on se trouve en présence d'une infraction de droit cantonal et quand, s'agissant d'une infraction de droit fédéral, le recours de droit public fait valoir non que le délinquant a été libéré à tort mais que les droits reconnus au recourant par la procédure cantonale ont été violés. La Cour de cassation ne revoit en effet que les questions de droit fédéral (art. 269 al. 1 PPF; RO 87 IV 102 et citations).

³⁵ Par exemple sous forme de l'exonération d'impôt, ou de l'autorisation d'exercer une profession bien que les conditions légales ne soient pas remplies.

ton. Le recours de droit public a été déclaré irrecevable, ceux qui l'avaient interjeté n'ayant pas la qualité³⁶. Quelque temps plus tard, dans un autre canton, une loi a été adoptée. Elle autorisait les techniciens-dentistes ayant subi un examen à exécuter certains travaux. Cependant, par une disposition transitoire, elle dispensait de cette épreuve les techniciens qui avaient déjà exécuté de semblables travaux malgré l'interdiction qui leur en était faite jusqu'alors. Les autres techniciens ont attaqué la loi sur ce point. Leur qualité a été admise³⁷.

Ces deux arrêts ont été critiqués³⁸. Il vaut la peine de s'y arrêter. En effet, ils tranchent une question toujours délicate à résoudre. En outre, ils ont pour objet des lois, tandis que, jusqu'alors, la jurisprudence contestant la qualité du citoyen pour attaquer des privilèges conférés à des tiers concernait des décisions d'espèce³⁹. Or cette différence n'est pas sans importance.

88. Nos deux arrêts sont tout entiers construits sur l'idée que le recours de droit public n'est pas une action populaire. Ils expriment ce principe clairement⁴⁰. La règle qu'ils posent ainsi est juste. Indépendamment des motifs d'opportunité qui, à notre avis, excluent l'action populaire⁴¹, celle-ci serait directement contraire à l'art. 88 OJ. En effet, par définition, l'action populaire ne suppose aucune lésion. Les recours de droit public en matière d'élections et de votations ou contre les arrêtés de portée générale ne fournissent pas d'arguments décisifs en sens contraire. Le premier n'est ouvert qu'aux

³⁶ RO 85 I 52.

³⁷ RO 86 I 284.

³⁸ H. HUBER, *Rechtsprechung* 1959, RJB 1960, p. 353-355; le même, *Rechtsprechung* 1960, RJB 1961, p. 325/326; IMBODEN, *Rechtsprechung* 1959, RDS 1960, p. 511/512; BLUMENSTEIN, p. 365 ss.

³⁹ La jurisprudence concernant les cas d'espèce a été aussi critiquée; cf. notamment H. HUBER, *Garantie*, p. 183a et ss.

⁴⁰ RO 86 I 285 haut et 287 haut, RO 85 I 55 consid. 3 in fine.

⁴¹ Cf. note 6 ci-dessus.

citoyens actifs qui, partant, sont lésés; le second suppose aussi l'existence d'une lésion⁴².

La difficulté consiste, il est vrai, à distinguer les simples actions populaires des véritables recours de droit public. Pour résoudre cette question, qui est celle de la condition préalable⁴³, le Tribunal fédéral pose la règle suivante, inspirée de la jurisprudence antérieure, mais formulée d'une manière nouvelle: interjette une action populaire celui qui n'a pas un intérêt différent de celui que possède n'importe quel autre habitant du canton; dépose en revanche un véritable recours celui qui est intéressé d'une manière particulière à l'annulation de l'acte. Selon nous, ce critère est utilisable. Il permet de résoudre la question préalable lorsque l'acte attaqué concerne principalement un tiers et a certaines conséquences pour le recourant, sans cependant appliquer une disposition édictée en faveur de ce dernier. Il reste à savoir s'il a été correctement appliqué par nos deux arrêts, et quels effets son utilisation pourrait avoir dans d'autres cas.

89. Quant aux techniciens-dentistes, le Tribunal fédéral a eu raison, croyons-nous, d'admettre leur qualité pour recourir. Certes, la disposition instituant l'examen obligatoire visait à sauvegarder les intérêts du public. Toutefois, elle tendait aussi à protéger les techniciens-dentistes contre ceux qui, par leur comportement ou leur manière de pratiquer le métier, auraient pu porter atteinte au bon renom de celui-ci. C'est pourquoi la disposition transitoire dérogeant à la règle de l'examen obligatoire compromettait la situation professionnelle des recourants. Ces derniers avaient dès lors, en ce qui concerne l'annulation de l'acte, un intérêt plus intense que celui d'un habitant quelconque du canton.

Nous hésitons en revanche à contester, avec le Tribunal fédéral, la qualité des trois citoyens qui avaient attaqué la

⁴² RO 81 I 206/207, 81 I 195, 76 I 51; cf. aussi n° 75 ci-dessus. Le prof. H. HUBER paraît être d'une opinion différente: *Rechtssprechung* 1960, RJB 1961, p. 326.

⁴³ Le recourant agit-il dans les limites de sa sphère privée ?

loi accordant certains privilèges fiscaux à des tiers. Dans le cas précédent, la situation professionnelle des techniciens-dentistes était en jeu ; chaque habitant du canton n'avait pas cette même situation professionnelle ; ainsi, le recours était justifié par un intérêt particulier. De même, lors de l'affaire du privilège fiscal, la situation de contribuable des trois recourants était en cause ; chaque habitant du canton n'est pas contribuable ; le recours était par conséquent aussi fondé sur un intérêt particulier. Assurément, le cercle des contribuables est infiniment plus étendu que celui des techniciens-dentistes. Toutefois ce fait importe peu. Ce qui est décisif, c'est que la situation de contribuable, comme celle de technicien-dentiste, n'est pas commune à *tous* les habitants du canton. Nous serions enclin dès lors à considérer que, dans notre cas, les recourants n'agissaient pas en faveur du bien public seulement. Leurs intérêts étaient atteints, car leur droit à ce que le législateur traite de même manière des situations semblables était violé. Ils avaient donc qualité pour recourir.

90. Selon une jurisprudence constante depuis plusieurs années, celui qui exerce une profession soumise à un permis n'a en principe pas qualité pour attaquer par la voie du recours de droit public l'autorisation donnée à un tiers de pratiquer ladite profession alors que les conditions légales ne sont pas réunies. En effet, la disposition qui fixe ces exigences est généralement destinée à protéger l'intérêt public seulement. Le recourant n'a qualité que si elle a été édictée aussi en sa faveur⁴⁴.

Appliqué à des cas de ce genre, le critère de l'intérêt spécial conduirait à d'autres résultats. En effet, un cafetier a un intérêt différent de celui d'un quelconque citoyen à ce qu'une patente de restaurant délivrée illégalement à un tiers soit annulée. Il défend sa profession et il ne partage cet intérêt qu'avec ceux qui ont le même métier que lui.

Toutefois, il est douteux que le critère de l'intérêt spécial

⁴⁴ RO 79 I 155, 74 I 383, 72 I 178, 72 I 97.

soit applicable à de telles hypothèses. Les arrêts interdisant de recourir contre l'autorisation donnée à un tiers ont été rendus à propos de décisions d'espèce prises en vertu de dispositions précises du droit cantonal. Pour déterminer si le recourant agit dans l'intérêt général, il suffit alors d'examiner ces textes : quand ils ne visent qu'à sauvegarder le bien public, le recours n'est pas autre chose qu'une action populaire. Le critère de l'intérêt spécial est alors superflu. Il en allait autrement des deux derniers arrêts où l'acte attaqué était un arrêté de portée générale. Le Tribunal fédéral n'a pas cru pouvoir définir l'intérêt des recourants en interprétant des règles légales cantonales. C'est pourquoi il s'est trouvé réduit au critère plus vague de l'intérêt particulier. Il est peu probable qu'il l'étende au recours dirigé contre des décisions d'espèce. Pareille extension ne serait d'ailleurs pas un avantage certain. L'imprécision de la règle laisse en effet une part importante au hasard.

§ 4. Les conséquences du défaut de qualité quant au fond

91. Selon la jurisprudence, si le recourant n'a pas qualité pour attaquer la décision sur le fond, il n'a pas qualité non plus pour soutenir que ses droits de partie ou d'autres règles de procédure ont été violés durant l'instance cantonale⁴⁵. Par exemple, le plaignant, qui disposait d'une voie de droit cantonale contre l'ordonnance de non-lieu et dont le recours a été déclaré irrecevable, n'est pas habilité à saisir la Chambre de droit public en faisant valoir que l'arrêt d'irrecevabilité est manifestement contraire aux règles du droit cantonal et, partant, arbitraire. Il en va ainsi de la partie civile, même lorsque celle-ci fait valoir l'inobservation de droits spécifique-

⁴⁵ RO 74 I 168, consid. 3, confirmé depuis lors par de nombreux arrêts non publiés, par exemple BANQUE ROMANDE du 25 mars 1961 et ERNST du 27 octobre 1961.

ment attachés à sa situation propre⁴⁶. Le voisin qui alléguerait une violation de son droit d'être entendu dans la procédure cantonale relative au permis de construire sollicité par un tiers n'aurait pas davantage qualité.

Cette jurisprudence repose sur l'idée suivante: le droit pénal, les règles de police des constructions sont édictés uniquement en vue de protéger le bien commun; dès lors, si le plaignant et le voisin ont la faculté d'intervenir dans la procédure cantonale, ils ne sauraient le faire que pour sauvegarder l'intérêt général; leur recours de droit public tendra nécessairement au même but; il est par conséquent irrecevable, puisque cette voie de droit n'est ouverte que pour défendre des intérêts privés. Ce raisonnement doit être étendu à tous les cas de tiers admis à intervenir dans une instance où les règles appliquées ont pour objet la protection de l'intérêt public.

92. A notre avis, ces principes ne sont pas critiquables en eux-mêmes. Si le recourant n'est admis à intervenir devant les juridictions cantonales que pour sauvegarder le bien commun, son recours de droit public fondé sur la méconnaissance de ses droits tend nécessairement à faire respecter l'intérêt général. Il n'est dès lors qu'une action populaire. Sur deux points néanmoins, nous pensons que le Tribunal fédéral a tiré de ces principes des conséquences inexactes.

Ainsi en va-t-il tout d'abord quant aux droits de la partie

⁴⁶ Cf., il est vrai, RO 69 I 91/92, qui réserve le cas où, dans son recours de droit public, la partie civile se plaindrait exclusivement de la violation de droits spécifiquement attachés à sa qualité de partie civile (par exemple erreur du juge pénal consistant à avoir renvoyé l'action civile au juge civil alors qu'il aurait dû, d'après la procédure cantonale, statuer lui-même). Cette jurisprudence est cependant dépassée par des arrêts non publiés. Si l'arrêt FOLMAN, du 3 septembre 1956, a laissé cette question indécise, l'arrêt ASSOCIATION VAUDOISE DES DÉTAILLANTS EN TEXTILES, du 13 novembre 1957, l'a expressément tranchée en jugeant que la partie civile privée du droit de prendre des conclusions civiles ne pouvait interjeter pour ce motif un recours de droit public contre l'ordonnance de non-lieu.

civile. Une personne est admise à intervenir dans un procès pénal en qualité de partie civile pour faire juger son action de droit privé en réparation du dommage en même temps que l'action publique. Demanderesse à l'action civile, elle défend en premier lieu sa situation personnelle. Elle ne se préoccupe nullement de l'intérêt général. Son recours de droit public n'est donc pas une action populaire. Il satisfait en conséquence à la condition préalable de cette voie de droit. Quant à la lésion, elle est manifeste : lorsque la partie civile est empêchée d'exercer ses droits, elle se trouve dans une position plus défavorable. Il s'ensuit qu'elle a qualité pour recourir contre une ordonnance de non-lieu ou un jugement d'acquiescement en se plaignant de la violation de ses droits propres. L'opinion contraire du Tribunal fédéral aboutit à une inégalité de traitement. En effet, quand le lésé intente son action en réparation du dommage devant le juge civil, il est légitimé à saisir la Chambre de droit public en faisant valoir l'inobservation des règles de la procédure cantonale. Le simple fait qu'il joint cette instance au procès pénal ne permet pas de résoudre différemment la question de qualité. Il serait vain d'objecter que le lésé conserve le droit d'agir devant le juge civil. Ce moyen ne serait pertinent que dans le cadre du problème relatif à l'épuisement des moyens de droit cantonal. Or, nous l'avons montré⁴⁷, une action civile n'est pas un moyen de droit cantonal au sens des art. 86 et 87 O.J.

Dans une certaine mesure, la jurisprudence est contestable aussi en ce qui concerne le recours du voisin dirigé contre la délivrance d'un permis de construire. Comme nous l'avons dit⁴⁸, les règles de police des constructions ne sont pas nécessairement édictées dans l'intérêt général seulement. Plusieurs d'entre elles servent également à protéger les voisins les uns contre les autres. Quand, en pareil cas, le voisin est admis à intervenir dans la cause relative à la délivrance du permis de construire, c'est par conséquent aussi

⁴⁷ Cf. ci-dessus n^{os} 54/55.

⁴⁸ Cf. ci-dessus n^{os} 79/80.

pour défendre sa situation personnelle. L'expérience enseigne même qu'il ne poursuit pas d'autre but et que la sauvegarde de l'intérêt général le laisse indifférent. Lors donc qu'il interjette un recours de droit public fondé sur la violation des droits que la loi cantonale lui reconnaît, il n'intente pas une action populaire. L'avis opposé du Tribunal fédéral entraîne des conséquences choquantes : par exemple, les autorités cantonales peuvent impunément méconnaître le droit d'être entendu accordé au voisin pour faire valoir ses intérêts propres. Dans ces conditions, nous estimons que, sur ce point aussi, la jurisprudence devrait être revue.

CHAPITRE VI

FORME ET CONTENU DU RECOURS

Section I. Délai

§ 1. Recours pour violation d'un droit constitutionnel imprescriptible

93. En vertu de l'art. 89 OJ, le délai prévu pour le recours de droit public est de trente jours dès la communication, selon le droit cantonal, de l'arrêté ou de la décision attaqués. L'arrêté ou la décision sont en principe l'acte qui viole les droits constitutionnels du recourant. Le délai est donc calculé dès la communication de cet acte. En règle générale, la décision qui confirme ou exécute un prononcé lui-même anticonstitutionnel ne fait pas courir un nouveau délai. Par exemple, lorsque l'autorité ordonne la suppression d'un établissement public, le tenancier est tenu de recourir contre la décision de fermeture. Il ne saurait attendre l'exécution de la mesure¹.

¹ Sur le cas spécial de la décision de réexamen, cf. BIRCHMEIER, p. 318/319; RO 86 I 98/99. Ci-dessous n° 96.

94. La jurisprudence apporte à ces principes une dérogation importante. Il existe, dit-elle, des droits constitutionnels proclamés aussi bien dans l'intérêt général que dans celui des individus. Le citoyen n'a pas la faculté d'y renoncer, car leur inobservation atteint des principes fondamentaux qui sont la base même de l'Etat. Leur exercice ne doit dès lors pas dépendre de délais de procédure. Au contraire, ils sont «imprescriptibles». Par conséquent, leur violation peut être critiquée non seulement à l'occasion de la décision originaire, mais à propos de tout acte d'exécution ou de confirmation². Au nombre de ces droits imprescriptibles, une ancienne jurisprudence comptait la liberté individuelle³, l'interdiction de la contrainte par corps et des peines corporelles⁴, la liberté de conscience et de croyance et la liberté d'établissement⁵. Actuellement, seule la liberté d'établissement est encore considérée comme un droit imprescriptible⁶.

95. La jurisprudence a créé ainsi une situation peu satisfaisante. Elle aboutit en effet à des inégalités de traitement. Celui auquel le droit d'établissement a été retiré il y a plusieurs années peut interjeter un recours de droit public contre la décision qui lui refuse un sauf-conduit pour une demi-journée, en faisant valoir que l'arrêté d'expulsion originaire viole l'art.45 Cst. En revanche, le cafetier, dont l'établissement doit être fermé, ne saurait attaquer le prononcé refusant de prolonger le délai de fermeture, même si la décision de supprimer l'établissement est manifestement contraire à l'art.31 Cst. Le vagabond ou l'alcoolique, objet d'une mesure administrative d'internement, n'est pas rece-

² RO 28 I 129; cf. aussi RO 69 I 166, 53 I 201, 19 p.472, 14 p.527, 2 p.448.

³ RO 2 p.448.

⁴ RO 28 I 129, 19 p.472, 14 p.527.

⁵ RO 28 I 129.

⁶ RO 69 I 166, confirmé depuis lors par de nombreux arrêts non publiés: par exemple, POCHON du 23 décembre 1959, DUDING du 4 mars 1959, TOBLER du 7 décembre 1955, WIDMER du 12 mai 1954.

vable à déférer à la Chambre de droit public le prononcé qui rejette sa demande de libération conditionnelle en soutenant que l'internement lui-même constitue une entorse grave à la liberté individuelle. Pourtant, la situation de l'expulsé, qui désire simplement venir passer une demi-journée dans le canton, est moins grave que celle du cafetier dont l'avenir économique est en jeu, ou que celle de l'alcoolique ou du vagabond contraint de subir un internement abusif.

96. Faut-il, pour échapper à cette situation, augmenter le nombre des droits imprescriptibles en revenant à l'ancienne jurisprudence, ou même décider que tous les actes d'exécution et de confirmation seront susceptibles d'un recours de droit public dès que la décision originaire est anticonstitutionnelle? Nous ne le croyons pas. Certes, une solution de ce genre contribuerait à mieux protéger les droits constitutionnels. Toutefois, elle serait un obstacle à l'existence de gouvernements cantonaux forts, puisque les décisions de ces derniers pourraient constamment être remises en cause. Elle constituerait de plus une atteinte excessive à l'autonomie des cantons. Enfin, s'il fallait choisir, il serait difficile de tracer une limite satisfaisante entre les droits imprescriptibles et ceux qui ne le seraient pas⁷. Les exemples donnés ci-dessus en sont la preuve.

A notre avis, le citoyen expulsé ne mérite pas d'être mieux traité que la personne internée ou privée de son gagne-pain. La jurisprudence ouvrant le recours pour violation de l'art. 45 Cst. contre tout acte d'exécution ou de confirmation devrait dès lors être abandonnée. La possibilité de recourir contre le prononcé originaire suffit. D'ailleurs, si une décision cantonale est inconstitutionnelle, l'intéressé a la faculté de présenter une demande de réexamen. Quand

⁷ BURCKHARDT, *Befristung*, p. 64/65, pense que certains intérêts particulièrement importants doivent prévaloir sur la nécessité de sauvegarder le délai. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Une règle de ce genre ne ferait que semer le trouble dans la procédure, déjà si compliquée, du recours de droit public.

celle-ci est déclarée recevable, mais rejetée par le motif que la décision originaire est fondée, un recours de droit public basé sur l'inconstitutionnalité du prononcé primitif est possible. Lorsque l'autorité cantonale n'entre pas en matière, un recours de droit public peut aussi être déposé pour faire valoir l'arbitraire de cette décision d'irrecevabilité⁸. Cela constitue des garanties suffisantes.

§ 2. Recours contre les arrêtés de portée générale

97. Les arrêtés de portée générale peuvent être déférés comme tels à la Chambre de droit public dans les trente jours dès leur communication. Cependant, leur inconstitutionnalité est souvent impossible à déceler dans un délai aussi bref, et n'apparaît qu'au moment de leur application. Pour tenir compte de cette situation, une jurisprudence constante autorise le plaideur à attaquer un arrêté de portée générale après l'échéance du délai de trente jours. Il ne s'ensuit pas qu'un tel acte puisse en tout temps faire l'objet d'un recours de droit public. Passé le délai, le recours n'est ouvert qu'à l'occasion d'un cas d'application⁹. De plus, le Tribunal fédéral examine à titre préjudiciel l'inconstitutionnalité alléguée. S'il l'admet, il n'annule pas l'arrêté comme tel, mais uniquement la décision qui l'applique¹⁰.

⁸ RO 86 I 98/99; BIRCHMEIER, p. 318/319. Bien entendu, une demande de nouvel examen n'est pas concevable à l'égard des décisions judiciaires ayant revêtu l'autorité de la chose jugée.

⁹ Cet acte d'application peut consister lui-même en un arrêté de portée générale (par exemple, arrêté d'exécution d'une loi). La qualité pour recourir suppose alors simplement une lésion virtuelle (voir ci-dessus n° 75). Toutefois, l'acte d'application sera le plus souvent une décision d'espèce. En pareil cas, le recourant n'aura en principe qualité que s'il est l'objet d'une lésion actuelle et ayant des effets pratiques (voir ci-dessus n° 75). Le fait que son recours est basé sur l'inconstitutionnalité d'un arrêté de portée générale ne l'autorise pas à recourir déjà lorsqu'il est victime d'une lésion virtuelle.

¹⁰ RO 86 I 274, 84 I 164, 84 I 110, 84 I 104, 84 I 21, 83 I 252/253, 83 I 113/114, 82 I 222/223, 81 I 206, 81 I 197, 81 I 182, 80 I 137,

98. Sur ce dernier point, la jurisprudence nous paraît trop timide. Du moment que le Tribunal fédéral s'estime autorisé à revoir la constitutionnalité d'un arrêté de portée générale à propos d'un acte d'application, il devrait se reconnaître aussi le droit d'annuler l'arrêté comme tel lorsque celui-ci viole la charte fondamentale d'un canton ou de la Confédération¹¹. Contrairement à ce qu'affirme le prof. H. HUBER¹², si la loi ou le règlement ne sont pas annulés, ils peuvent continuer à être appliqués. Certes, nous ne suspectons pas les autorités cantonales de le faire volontairement. Cependant, de longs mois s'écoulent en général entre l'arrêt du Tribunal fédéral et l'adoption de la loi nouvelle. Dans cet intervalle de temps, les autorités cantonales risquent d'ignorer qu'une disposition légale a été déclarée inconstitutionnelle¹³. Les justiciables n'en sauront pas davantage. Nous n'excluons donc pas¹⁴ qu'un texte inconstitutionnel soit néanmoins appliqué. Ce risque serait réduit si le Tribunal fédéral annulait la loi ou l'article de loi en cause.

S'agissant non d'une décision d'espèce, mais d'un arrêté de portée générale, les intérêts en jeu sont beaucoup plus étendus. Ainsi se justifie l'atteinte à la souveraineté cantonale que représenterait une annulation après le délai de trente jours. La pratique que nous suggérons ne nuirait pas d'une manière excessive à l'autorité des organes législatifs

78 I 413, 67 I 24, 58 I 375, 56 I 526. Pour les arrêtés de portée générale soumis à l'approbation du Conseil fédéral en vertu de l'art. 112 ch. 13 Cst., voir RO 71 I 251 ss.

¹¹ Dans le même sens BURCKHARDT, *Befristung*, p. 60/61.

¹² Pour cet auteur, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas logique, mais elle ne présente pas d'inconvénients. En effet la loi «ist... von der weiteren Anwendung ausgeschlossen, der Kanton also gezwungen, es zu ändern» (HUBER, *Bedeutung*, p. 126; *Verfassungsbeschwerde*, p. 11).

¹³ Surtout quand elles sont constituées de cas en cas, comme souvent, par exemple, les autorités de première instance en matière de remaniement parcellaire.

¹⁴ Bien que nous ne puissions pas citer de cas précis.

et exécutifs des cantons, puisque la loi ne serait cassée qu'à l'occasion d'un acte d'application. Elle créerait une situation plus claire pour les tribunaux et l'administration ainsi que pour les justiciables.

§ 3. *Recours contre des décisions non encore motivées*

99. Il arrive que les autorités cantonales ne communiquent que le dispositif de leurs décisions, sans l'accompagner des motifs. Le justiciable qui voudrait former un recours de droit public se trouve alors dans une situation difficile. Souvent en effet, l'inconstitutionnalité d'un prononcé d'espèce n'apparaît qu'à la lumière des raisons sur lesquelles il est fondé. La loi a cherché à remédier à ces difficultés en posant certaines règles.

100. Ainsi, selon l'art.89 al.2 OJ, «lorsque les considérants à l'appui de la décision attaquée sont notifiés d'office ultérieurement, le recours peut encore être exercé dans les trente jours dès cette notification». Toutefois, une notification n'a lieu d'office que si elle est faite aux deux parties, en vertu d'une disposition de la loi (fédérale ou cantonale) et indépendamment d'une requête du plaideur ou d'un recours déposé par lui¹⁵. Assurément, une interprétation restrictive de l'art.89 al.2 OJ est justifiée. Sinon, le délai de recours risquerait d'être indéfiniment prolongé, puisque, pour cela, il suffirait à l'intéressé de demander les motifs d'une décision, même rendue depuis longtemps. Il n'empêche que l'art.89 al.2 OJ laisse de côté de nombreuses éventualités.

101. L'art.93 al.2 OJ comble en partie cette lacune. Il prévoit : «Lorsque les considérants à l'appui de l'arrêté ou de la décision attaqués ne sont énoncés que dans la réponse de l'autorité, un délai peut être imparti au recourant pour lui permettre de présenter un mémoire completif». Toutefois, la règle ainsi posée n'est pas satisfaisante.

¹⁵ RO 77 I 70, 74 I 170/171, 72 I 295/296.

Tout d'abord, l'art. 93 al. 2 OJ ne dispense pas le recourant d'interjeter, dans les trente jours dès la communication du dispositif, un acte de recours motivé en bonne et due forme. Une simple déclaration serait insuffisante. En effet, le Tribunal fédéral estime irrecevables les moyens qui auraient pu être présentés dans l'acte de recours et ne l'ont été que dans le mémoire complémentaire¹⁶. Dès lors, sur la seule base du dispositif¹⁷, le recourant est contraint d'imaginer des griefs aussi variés que possible. En cas d'omission, le Tribunal fédéral recherche si l'argument pouvait être invoqué d'emblée. Or il tranche cette question en prenant en considération sa propre expérience plus que la pratique souvent insuffisante du recourant¹⁸.

En second lieu, même si, en fait, la chancellerie du Tribunal fédéral accorde automatiquement le délai de l'art. 93 al. 2 OJ, le mémoire complémentaire n'en demeure pas moins une simple mesure d'instruction, que le juge délégué peut toujours refuser si elle est inutile. Lors donc qu'il désire présenter une critique à laquelle le magistrat n'a pas pensé ou que celui-ci ne saisit pas exactement, le justiciable n'est pas armé pour tenter de faire prévaloir son opinion.

Enfin, l'art. 93 al. 2 OJ n'envisage pas toutes les hypothèses. En particulier, il ne fournit aucune solution pour le cas¹⁹ où les motifs sont remis au recourant après le dispositif, sans toutefois qu'ils soient notifiés d'office²⁰ ni contenus dans la réponse seulement. La jurisprudence comble, il est

¹⁶ BIRCHMEIER, p. 400, haut.

¹⁷ Quelquefois aussi, il est vrai, sur la base de délibérations publiques auxquelles le recourant a pu assister; mais de telles délibérations n'ont parfois que des rapports lointains avec les motifs finalement adoptés.

¹⁸ Insuffisance qui n'est d'ailleurs pas fautive, mais tient au fait que chaque justiciable n'a que rarement l'occasion de former un recours de droit public.

¹⁹ Du reste aussi laissé de côté par l'art. 89 al. 2 OJ.

²⁰ Tel est le cas des arrêts de la Cour de cassation pénale du canton de Fribourg (RO 72 I 295/296) et de la Cour de cassation vaudoise (art. 431 PP vaudois).

vrai, cette lacune : elle applique par analogie l'art. 93 al. 2 OJ et accorde au recourant, qui le demande, un délai partant dès la réception de la décision complète pour déposer un mémoire complémentaire²¹. Toutefois, elle ne remédie pas à l'inconvénient principal consistant en ce que le plaideur doit attaquer un prononcé sans en connaître les raisons.

102. Les constatations qui précèdent nous amènent à penser que la loi a mal réglé la question du délai pour recourir contre des décisions d'espèce non encore motivées²².

On pourrait songer à imposer aux autorités cantonales l'obligation de motiver toutes leurs décisions et d'en communiquer par écrit le texte complet aux intéressés. Pareille solution ne reviendrait qu'à étendre des règles existant déjà pour le recours en réforme (art. 51 OJ). Elle constituerait cependant une atteinte excessive à la souveraineté cantonale en matière de procédure. Nous ne la proposons donc pas.

Notre but est d'épargner au plaideur l'obligation d'interjeter un recours qu'il est dans l'incapacité de justifier en connaissance de cause. A cet effet, il suffit que seules les décisions frappées d'un recours de droit public soient motivées. Le système serait dès lors le suivant :

Si le citoyen entend attaquer une décision dont les considérants ne lui ont pas encore été donnés par écrit, il doit agir, hormis le cas de l'art. 89 al. 2 OJ, dans les trente jours dès la communication du dispositif. Il dépose cependant une

²¹ RO 72 I 296 ; arrêt non publié KRAFFT, du 14 novembre 1951. Ce délai est fixé par la chancellerie du Tribunal fédéral à 30 jours.

²² En pratique, les difficultés signalées n'existent pas en ce qui concerne les arrêtés de portée générale. En effet – et c'est là la raison essentielle – l'inconstitutionnalité d'un arrêté de portée générale peut d'ordinaire être constatée sur la seule base du texte de ce dernier. D'ailleurs les raisons qui ont guidé le législateur ou l'autorité exécutive figurent souvent dans un exposé des motifs ou dans le préavis d'un département de l'administration cantonale. C'est pourquoi, s'agissant des arrêtés de portée générale, la réglementation légale est suffisante. Nous n'en proposons donc pas la modification.

simple déclaration de recours. Le Tribunal fédéral transmet cette déclaration à l'autorité cantonale. Il l'invite à motiver sa décision dans un bref délai, et à en notifier une expédition directement au recourant. En même temps, ce dernier est informé qu'il aura la faculté de motiver son recours dans les trente jours dès réception de la décision écrite²³.

Ainsi, le but visé serait atteint. Le recourant ne pourrait pas prolonger indéfiniment le délai de l'art. 89 al. 1 OJ. Il serait contraint d'agir déjà contre le dispositif de la décision. En revanche, il disposerait de la base nécessaire pour étayer sérieusement son recours sans être exposé au risque de voir déclarer irrecevables des moyens qu'il aurait dû soulever d'emblée.

§ 4. Délai de recours et semaine de cinq jours

103. En vertu de l'art. 32 al. 2 OJ, applicable au délai de l'art. 89 al. 1 OJ, «lorsque le dernier jour tombe un dimanche ou un jour férié selon le droit du canton, le délai expire le premier jour utile qui suit». Selon la jurisprudence²⁴, le fait que, conformément au droit cantonal, les bureaux de l'administration et des tribunaux sont fermés le samedi ne permet pas de considérer ce jour comme férié au sens de l'art. 32 al. 2 OJ. La législation cantonale d'après laquelle aucun délai ne peut échoir le samedi vaut à l'intérieur du canton seulement. Elle n'est pas applicable aux délais de l'OJ, dont l'échéance n'est retardée que si elle coïncide avec un véritable jour férié.

²³ Bien entendu, cette procédure ne serait pas applicable en cas de déni de justice consistant en un refus exprès ou tacite de statuer. En pareil cas, il n'y a aucun inconvénient à exiger d'emblée un recours complètement motivé. En droit fédéral, le système de la simple déclaration de recours existe déjà dans le pourvoi en nullité (art. 272 al. 1 PPF).

²⁴ RO 87 I 211; cf. aussi RO 63 II 332 ss. Après la rédaction de notre rapport, nous avons appris que le Département fédéral de justice et police étudiait un projet de loi sur l'objet traité dans le présent paragraphe. Ignorant ce qu'il adviendra de ce projet, nous avons décidé de maintenir nos n^{os} 103 et 104.

104. Nous nous demandons si cette jurisprudence tient un compte suffisant des circonstances actuelles. Dans l'industrie privée, la semaine de cinq jours tend à devenir la règle. Les administrations cantonales l'introduisent peu à peu. Les avocats, dont les relations avec les autorités judiciaires deviennent plus difficiles le samedi, donnent congé ce jour-là à leurs employés. Dans ces conditions, lorsque le droit cantonal ordonne la fermeture des bureaux de l'administration et des tribunaux le samedi, la jurisprudence pourrait assimiler ce jour-là à un jour férié au sens de l'art. 32 al. 2 OJ. Pareille règle s'imposerait surtout quand le droit cantonal prévoit qu'aucun délai ne peut prendre fin un samedi. Si le droit fédéral connaît à ce sujet une règle différente, les risques d'erreur augmentent pour le plaideur.

Section II. Conclusions

§ 1. Le contenu des conclusions

105. Le contenu des conclusions dépend du but du recours de droit public. Le recours ouvert par l'art. 84 litt. a OJ vise à assurer la protection des droits constitutionnels du citoyen. Au cours d'une contestation, il est souvent la seule occasion de faire valoir ces droits. C'est la raison pour laquelle, généralement, il introduit une procédure nouvelle, dont l'objet (inconstitutionnalité d'un acte de souveraineté cantonal) diffère de celui des instances cantonales²⁵.

De ce qui précède, il suit que, saisi du recours de l'art. 84 litt. a OJ, le Tribunal fédéral ne peut que sauvegarder les droits constitutionnels. En allant au delà, il dépasserait le cadre de sa mission. Il ne saurait en particulier se substituer aux autorités cantonales et prendre en leur lieu et place des décisions de leur ressort. Sinon il porterait atteinte à la souveraineté cantonale garantie par l'art. 3 Cst. De plus, et

²⁵ Cf. n° 10 ci-dessus.

suivant les cas, il violerait d'autres dispositions. Si, par exemple, lorsqu'il se prononce à l'égard d'un jugement appliquant le droit civil fédéral, il statuait lui-même sur le sort de l'action, il irait à l'encontre de l'art. 64 dern. al. Cst., qui réserve aux cantons l'administration de la justice²⁶.

En conséquence, dans un recours de droit public fondé sur l'art. 84 litt. a OJ, le Tribunal fédéral doit prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'autorité cantonale respecte les droits constitutionnels atteints. Mais il ne peut prendre que ces mesures, à l'exclusion de celles qui sont de la compétence du canton²⁷.

106. Au regard de ces principes, la jurisprudence ne saurait affirmer d'une façon toute générale, comme elle le fait parfois, que notre voie de droit est un pur recours en cassation et ne peut tendre qu'à l'annulation de l'acte attaqué²⁸. Cette règle est inexacte même pour le recours fondé sur l'art. 4 Cst.²⁹. En effet, une simple annulation ne suffit pas toujours à rétablir une situation conforme à la constitution. Le Tribunal fédéral le reconnaît du reste. Ainsi, en cas de refus de juger, il enjoint à l'autorité cantonale de statuer sans retard³⁰. En matière de double imposition, il prend les mesures nécessaires pour délimiter la souveraineté fiscale des cantons en cause³¹. Quand il doit faire respecter le droit qui découle directement de l'art. 61 Cst. et tend à l'exécution d'un jugement civil rendu dans un autre canton, il prononce lui-même la mainlevée définitive, pourvu que la situa-

²⁶ RO 24 I 413; sont également inspirés de ces principes les arrêts RO 81 I 345, 64 I 242, 26 I 406, 5 p. 411.

²⁷ Cf. RO 69 I 150.

²⁸ Cf., par exemple, RO 83 I 118, 70 I 219, 48 I 556, 40 I 173, 35 I 35, 30 I 65, 11 p. 279.

²⁹ Cf., par exemple, RO 83 I 168, 81 I 14, 73 I 379, 70 I 155, 69 I 150, 63 I 276, 46 I 92.

³⁰ Arrêt non publié S. I. MERVELET S.A., du 18 août 1960.

³¹ RO 69 I 150; BIRCHMEIER, p. 388; cf. dispositif de l'arrêt RO 85 I 17, n° 3.

tion juridique soit claire³². Saisi d'un recours dirigé contre le refus d'un permis de police, il peut inviter l'autorité cantonale à accorder ce permis³³, ³⁴.

107. Vu ces nombreuses exceptions, la doctrine a raison de considérer que le recours de droit public n'est pas exclusivement un pourvoi en cassation³⁵. Il serait faux toutefois de penser que le Tribunal fédéral est d'un avis différent. En effet, il a souvent jugé que, si son pouvoir est restreint à l'annulation, c'est en principe seulement. Il n'exclut donc pas les exceptions³⁶. Parfois également, rappelant son simple pouvoir de cassation, il souligne que ses droits sont limités par le genre de recours interjeté dans le cas particulier³⁷.

L'opinion ainsi exprimée dans la majorité des arrêts est juste. Elle repose sur des expériences pratiques. En effet, il est rare que, pour assurer le respect des droits constitutionnels, le Tribunal fédéral ne puisse pas se borner à casser l'acte attaqué. Non seulement, la plupart du temps, cette

³² RO 72 I 96, 71 I 27; de même lorsque le droit à l'exécution découle d'un concordat ou d'un traité: RO 82 I 250, 72 I 96. En revanche, le Tribunal fédéral n'accorde jamais la mainlevée lui-même quand il s'agit de l'exécution d'un jugement rendu dans le canton: RO 72 I 96. En effet, dans ce cas, il ne revoit la décision que sous l'angle de l'arbitraire. L'octroi de la mainlevée par la Chambre de droit public est alors exclu. Car l'autorité cantonale dont la décision a été annulée pour cause d'arbitraire peut la remplacer par un prononcé rendu dans le même sens que la premier, mais motivé d'une manière défendable.

³³ RO 87 I 280, 87 I 116, 84 I 113, 82 I 111, 61 I 243. Le Tribunal fédéral n'accorde pas le permis lui-même: RO 87 I 116. Il réserve à l'autorité cantonale le droit de refuser le permis par des motifs qui n'auraient pas encore été exposés: RO 82 I 111.

³⁴ Il existe d'autres exceptions: cf. BIRCHMEIER, p. 388/389; GIACOMETTI, p. 245 ss.

³⁵ BURCKHARDT, *Rechtsprechung* 1931, RJB 1932, p. 404; H. HUBER, *Rechtsprechung* 1955, RJB 1957, p. 104/105.

³⁶ RO 83 I 121, 81 I 195, 80 I 313/314.

³⁷ RO 85 I 3, 80 I 15, 77 I 218, 77 I 2, 75 I 18, 68 I 85, 67 I 198, 45 I 23.

dernière mesure est suffisante, mais elle est la seule possible au regard des principes généraux rappelés plus haut³⁸. Ainsi en va-t-il lorsque le recourant se plaint d'arbitraire ou soulevé des moyens qui ne peuvent être examinés que sous cet angle restreint. Dans ces cas, de loin les plus nombreux, le Tribunal fédéral est uniquement appelé à dire si une opinion est soutenable. En revanche, il n'est pas chargé de trouver la manière juste de trancher le conflit. Cette mission incombe aux autorités cantonales³⁹.

§ 2. *La portée des conclusions*

108. On doit se demander si le Tribunal fédéral est lié par les conclusions du recourant ou s'il peut aller au delà. En d'autres termes, a-t-il le droit, même quand il n'en est pas sollicité, d'accorder la mainlevée définitive en admettant un recours pour violation de l'art. 61 Cst., ou d'inviter un canton à restituer un impôt lorsqu'il déclare fondé un recours en matière de double imposition ?

Notons tout d'abord que l'exigence des conclusions se justifie en principe. En effet, s'agissant du recours de droit public, c'est le plaideur qui détermine l'objet et l'étendue du litige⁴⁰. Le Tribunal fédéral ne saurait sortir du cadre qui lui est tracé. Saisi par exemple d'un recours dirigé contre une disposition légale déterminée, il ne pourrait annuler une autre disposition indépendante de la première. En revanche, dans les limites de l'objet du recours, il doit avoir la faculté de prendre les mesures indispensables pour sauvegarder les droits constitutionnels, même si elles n'ont pas été expressément requises. Interprétant les conclusions, la Chambre de droit public fait preuve de souplesse⁴¹. Elle ne saurait dès

³⁸ Cf. n° 105 ci-dessus.

³⁹ CHRISTINGER, p. 84 ch. III.

⁴⁰ GIACOMETTI, p. 201.

⁴¹ Elle admet des conclusions qui ressortent simplement des motifs. Elle interprète des conclusions obscures à l'aide des moyens soulevés. A défaut de toutes conclusions, elle présume que le recourant

lors refuser d'ordonner ces mesures. Elle suppléera ainsi à la carence du plaideur afin que soient pleinement protégées les libertés individuelles violées. A tout le moins pourrait-on introduire dans l'OJ une règle autorisant le Tribunal fédéral à inviter le recourant, dans un bref délai, à préciser ou compléter ses conclusions, tout en n'allant pas au delà du cadre fixé par les conclusions primitives.

Section III. Les motifs à l'appui du recours

§ 1. L'art. 90 litt. b OJ et la jurisprudence

109. En vertu de l'art. 90 litt. b OJ, l'acte de recours doit contenir «un exposé des faits essentiels et un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation». Les exigences ainsi posées sont justifiées. D'une part, en effet, c'est le citoyen qui détermine, dans le recours de droit public, l'objet et l'étendue du litige. Or, avec les conclusions, les motifs servent précisément à fixer cet objet et cette étendue. D'autre part, le recours de droit public pose généralement une question différente de celle qui était litigieuse durant les instances cantonales. A ce problème nouveau correspond tout naturellement une argumentation nouvelle. Nous ne critiquons donc pas le principe même des conditions de forme réglées par l'art. 90 litt. b OJ. Cette disposition peut être maintenue telle quelle. Nous considérons en revanche qu'en cette matière, la jurisprudence présente certaines incohérences et qu'elle est souvent d'une sévérité excessive.

110. La loi exige en premier lieu un «exposé des faits essentiels». A défaut de cet exposé, le recours est irrecevable⁴². De plus, n'importe quel état de fait ne suffit pas.

requiert l'annulation de l'acte attaqué. Cf. RO 52 I 224; arrêts non publiés GUERRY du 6 février 1957 et VOGEL du 5 janvier 1957.

⁴² RO 87 I 215/216, 86 I 227, 83 I 272.

D'après la jurisprudence, «l'état de fait... doit permettre à lui seul au Tribunal fédéral de savoir exactement quelles sont les circonstances du litige porté devant lui»⁴³. En d'autres termes, il faut que la Chambre de droit public connaisse les faits de la cause uniquement en lisant le recours. En principe, le justiciable n'est pas admis à se référer à des mémoires ou à des documents du dossier cantonal. Il n'est dispensé de présenter les faits que s'il déclare admettre un exposé complet figurant dans une pièce déterminée (par exemple la décision attaquée) à laquelle il se réfère clairement⁴⁴. Ces principes ont pour but essentiel d'épargner au Tribunal fédéral la peine de reconstituer l'état de fait en feuilletant l'ensemble du dossier cantonal⁴⁵.

111. Soulignons d'emblée que ce dernier argument n'est pas convaincant. Un exposé des faits essentiels, même parfait, ne dispense jamais le juge rapporteur d'étudier complètement le dossier cantonal, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des allégations du recourant. En réalité, le Tribunal fédéral prend donc la peine qu'il dit vouloir s'éviter. Il y est d'ailleurs contraint par l'art. 95 al. 1 OJ, aux termes duquel «le juge chargé de l'instruction ordonne la procédure probatoire nécessaire pour élucider les faits».

L'interdiction de se référer au dossier cantonal est trop absolue. Certes une première exception y a été apportée en ce qui concerne l'état de fait contenu dans la décision attaquée⁴⁶, mais cet assouplissement est insuffisant. Tout en

⁴³ RO 86 I 227; cf. aussi RO 87 I 215/216.

⁴⁴ RO 87 I 216, 86 I 228, 71 I 377.

⁴⁵ RO 87 I 216, 86 I 227, 71 I 377. Bien entendu, l'état de fait exigé par la loi est celui du litige constitutionnel. Il peut différer des faits de la cause soumise aux autorités cantonales. C'est pourquoi un état de fait nouveau est en principe nécessaire.

⁴⁶ Les arrêts RO 87 I 216 et 86 I 228 citent la décision attaquée comme exemple. Nous serions cependant surpris que la jurisprudence admette le renvoi à des pièces d'un autre genre. Seule la décision attaquée (ou les décisions rendues antérieurement dans la procédure) offre en effet les garanties d'objectivité nécessaires.

maintenant en principe l'exigence de l'exposé des faits, le Tribunal fédéral devrait l'appliquer avec moins de rigueur lorsqu'il peut, sans difficultés sérieuses, connaître les circonstances de la cause en examinant le dossier cantonal. Certes, un critère de ce genre serait plus difficile à utiliser que les règles strictes aujourd'hui suivies par la jurisprudence. Il s'impose néanmoins pour mieux protéger les droits constitutionnels. Il ne représenterait pas une surcharge importante de travail pour la cour.

112. La loi exige également un «exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, précisant en quoi consiste la violation». En cette matière aussi, il est rigoureusement interdit de se référer au dossier cantonal. La jurisprudence est même plus stricte encore que pour l'exposé des faits, car elle ne connaît aucune exception : le recourant doit exposer tous ses moyens dans le recours⁴⁷. Le Tribunal fédéral justifie ces règles en exposant d'une part qu'on ne saurait lui demander d'analyser le dossier cantonal afin d'y rechercher les moyens entraînant l'admission du recours, d'autre part que la question posée est nouvelle et nécessite par conséquent une argumentation nouvelle⁴⁸.

113. Ces deux explications n'en forment qu'une seule. Le problème soumis au Tribunal fédéral n'étant souvent pas celui présenté aux autorités cantonales, des griefs propres au recours de droit public sont indispensables. Or, par définition, ces moyens ne figurent pas dans le dossier cantonal.

Envisagée comme une simple règle générale, l'opinion de la Chambre de droit public ne prête pas le flanc à la critique. Elle ne saurait en revanche être érigée en un principe absolu. Il existe en effet des hypothèses où la question dont s'occupe

⁴⁷ RO 86 I 228, 86 I 41, 85 I 288, 81 I 183, 81 I 56, 71 I 377 (cet arrêt se demandait s'il fallait admettre le renvoi au dossier cantonal lorsque le Tribunal fédéral statue avec plein pouvoir ; question résolue négativement dans RO 81 I 56), 41 I 32, 27 I 481.

⁴⁸ RO 86 I 41, 81 I 56, 71 I 377, 41 I 32, 27 I 481.

notre haute cour est la même que celle déferée aux autorités cantonales⁴⁹. En pareil cas, il faudrait autoriser le recourant à renvoyer au dossier cantonal, notamment à des mémoires qu'il avait produits antérieurement. Par exemple, lorsque, dans un pourvoi à la cour cantonale, le justiciable s'est plaint d'une violation des art. 59 ou 61 Cst. et s'il a montré en quoi consistait cette violation, il devrait avoir le droit, quand son pourvoi a été rejeté, de s'y référer purement et simplement. Il n'y a pas de raisons suffisantes de le contraindre à la besogne inutile consistant à recopier son mémoire cantonal.

114. C'est en matière de recours pour arbitraire que la jurisprudence est la plus stricte. Le recourant doit s'efforcer de démontrer, par une argumentation précise, que la décision attaquée repose sur une administration ou une appréciation des preuves, une interprétation ou une application de la loi manifestement insoutenables⁵⁰. En elle-même, cette exigence n'est pas excessive. Elle est appliquée cependant d'une manière trop formaliste. Lorsque le recours emploie assez souvent le mot arbitraire, il est recevable. Le même recours, où le terme d'arbitraire serait remplacé par celui de faux ou d'inexact, serait irrecevable. Pareille pratique est difficilement admissible. Le fond de la démonstration importe plus que sa forme.

115. La rigueur de la jurisprudence relative aux motifs du recours pour arbitraire est d'autant plus regrettable qu'en d'autres domaines le Tribunal fédéral est très libéral.

Ainsi, la Chambre de droit public déclare recevables des recours dépourvus de tous motifs, s'ils concernent l'art. 45 Cst. et si on peut raisonnablement admettre que le recourant ignorait l'art. 90 OJ⁵¹. Elle considère en effet la liberté d'éta-

⁴⁹ Cf. n° 10 ci-dessus.

⁵⁰ RO 86 I 228, 86 I 40, 84 I 239, 83 I 154, 83 I 95, 81 I 183, 74 I 361, 72 I 28.

⁵¹ Arrêts non publiés RUFENACHT du 16 mai 1962, WEIERS-

blissement comme un droit imprescriptible. Elle en déduit qu'elle doit examiner librement la constitutionnalité de la décision attaquée, et qu'elle n'est pas limitée aux moyens soulevés. La forme en laquelle ceux-ci sont présentés joue dès lors un rôle peu important. Dans les recours pour violation du droit à l'assistance judiciaire, le Tribunal fédéral, sans être aussi large, fait néanmoins preuve de beaucoup de souplesse⁵². Il tient compte ainsi du fait que le recourant agit souvent sans l'assistance d'un avocat⁵³.

Selon nous, la pratique suivie en matière de liberté d'établissement est trop favorable au recourant. En effet, le caractère imprescriptible de ce droit est douteux⁵⁴. Du reste, celui qui est expulsé d'un canton ne mérite pas d'être privilégié. En revanche, les règles adoptées quant au droit à l'assistance judiciaire nous paraissent constituer le juste milieu. Tout en maintenant le principe même d'un recours motivé, elles permettent de pardonner au recourant les imperfections de ses mémoires. Leur généralisation n'augmenterait probablement guère le nombre des recours admis. Toutefois – et c'est un grand avantage – le justiciable recevrait non une décision de procédure, qu'il est généralement incapable de comprendre, mais un arrêt sur le fond. Il constaterait que le Tribunal fédéral a examiné son affaire et le rejet de son recours lui serait bien souvent moins amer.

MULLER du 1^{er} novembre 1961, HOSTETTLER du 18 octobre 1961, KÜFFER du 11 janvier 1961, CLERC du 16 septembre 1959, DUDING du 4 mars 1959, ULDRY du 1^{er} mai 1957, CUEREL du 14 septembre 1955. Cf. RO 36 I 371 où, déjà, le Tribunal fédéral se montrait peu rigoureux pour les motifs des recours fondés sur l'art. 45 Cst.

⁵² Arrêts non publiés SCHNIDER du 26 novembre 1958 et BAMMERLIN du 11 juillet 1956.

⁵³ Cf. RO 38 I 81, où le Tribunal fédéral s'est montré peu rigoureux dans l'examen des conditions de forme (in casu les conclusions) pour tenir compte notamment du fait que le recourant avait des connaissances juridiques manifestement insuffisantes.

⁵⁴ Cf. ci-dessus n^{os} 95/96.

§ 2. *L'examen limité aux moyens soulevés*

116. Si les exigences de l'art.90 litt.b OJ méritent en elles-mêmes d'être maintenues, il est un point essentiel sur lequel la loi devrait être complétée.

En vertu d'une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral n'est pas soumis au principe «*jura novit curia*». Il ne statue donc que sur les moyens soulevés⁵⁵. Loin de nous l'idée d'imposer à la Chambre de droit public l'obligation d'examiner si, envisagé sous tous ses aspects, l'acte attaqué respecte l'ensemble des droits constitutionnels du recourant. Les juges seraient rapidement débordés de travail. De plus, leurs efforts seraient souvent vains, car, généralement, les recourants font valoir les moyens qu'il convenait de présenter.

Il arrive en revanche qu'un juge, discutant les griefs allégués, constate qu'ils sont infondés, mais que l'acte attaqué aurait pu être annulé si un autre argument avait été invoqué. Toutefois, il ne propose pas d'admettre le recours puisque le vrai moyen n'a pas été soulevé. Cette situation n'est pas satisfaisante⁵⁶. La nature du recours de droit public et l'importance des intérêts en jeu exigent qu'en pareil cas le Tribunal fédéral examine la question non posée et, éventuellement, accueille le recours malgré la carence du plaideur.

117. La pratique actuelle trouve, il est vrai, un certain appui dans la loi. Celle-ci prévoit que, saisi d'un recours en réforme ou en nullité, d'un recours de droit administratif ou d'un pourvoi en nullité, le Tribunal fédéral n'est pas lié par les moyens que les parties invoquent (art.63 al.1, 74, 109 al.1 OJ, 277^{bis} al.2 PPF). L'absence d'une règle semblable

⁵⁵ RO 85 I 288, 78 I 116/117; BIRCHMEIER, p.389; GIACOMETTI, p.237/238. Dans son ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral était d'une opinion contraire: RO 7 p.667, 6 p.209.

⁵⁶ Cf., dans le même sens, EGGENSCHWILER, p.129 ss.

pour le recours de droit public permet de conclure a contrario qu'en cette matière la Chambre de droit public ne peut s'occuper des griefs non soulevés. Une telle opinion aurait d'autant plus de poids que le législateur a cru pouvoir soumettre en principe le recours de droit administratif aux règles de procédure valables pour le recours de droit public (art. 107 OJ) et qu'il s'est borné à y apporter les exceptions nécessaires, notamment à l'art. 109 OJ.

Ces arguments risqueraient d'empêcher notre haute cour de modifier sa jurisprudence actuelle. Il est donc préférable de compléter la loi par une disposition aux termes de laquelle la Chambre de droit public n'est pas liée par les moyens invoqués. Un texte de ce genre ne forcerait pas le Tribunal fédéral à rechercher toutes les critiques que l'acte attaqué pourrait mériter. Il lui permettrait cependant de tenir compte d'une violation de la constitution qu'il aurait constatée sans que le recourant la lui signale.

§ 3. *Les moyens nouveaux*

118. Un moyen est nouveau quand il est allégué dans le recours de droit public alors qu'il ne l'a pas été en procédure cantonale⁵⁷, ou du moins que le recourant, après l'avoir fait valoir en première instance, ne l'a pas repris devant l'autorité cantonale de recours⁵⁸. Le moyen nouveau peut concerner un point de fait⁵⁹ ou de droit⁶⁰.

La question de savoir si la Chambre de droit public admet

⁵⁷ BIRCHMEIER, p. 391 ; GIACOMETTI, p. 204.

⁵⁸ RO 83 I 237; cet arrêt ne vise qu'un recours pour arbitraire dirigé exclusivement contre la décision de l'autorité de recours.

⁵⁹ Allégation nouvelle, contestation d'un fait non encore contesté, production d'un moyen de preuve (surtout d'une pièce) dont il n'avait pas encore été question.

⁶⁰ Violation d'une disposition constitutionnelle non invoquée en procédure cantonale (art. 45 Cst., RO 46 I 141; art. 31 et 2 Disp. trans. Cst., RO 73 I 51); dans un recours pour arbitraire, moyens relatifs à la portée du droit cantonal soulevés dans le recours de droit public seulement, RO 81 I 183, 77 I 9.

les moyens nouveaux est résolue différemment suivant que l'épuisement des instances cantonales est nécessaire ou non. Si l'épuisement est requis, les moyens nouveaux de fait et de droit sont exclus⁶¹, sous réserve de quelques exceptions⁶². Quand l'épuisement est facultatif, les moyens nouveaux de fait et de droit sont admis⁶³. Les moyens de fait ne peuvent toutefois viser que des circonstances antérieures à l'acte attaqué⁶⁴.

Les règles que nous venons de résumer appellent quelques observations.

119. En ce qui concerne les recours non soumis à la règle de l'épuisement, la jurisprudence, très libérale, mérite d'être approuvée. Elle découle du principe selon lequel le recours de droit public introduit une procédure nouvelle, qui n'est pas la continuation des instances cantonales⁶⁵. En effet, à

⁶¹ RO 87 I 178, 87 I 99, 84 I 164, 83 I 237, 77 I 192, 77 I 9, 75 I 238, 75 I 224, 73 I 181, 73 I 112, 73 I 52, 71 I 382. Cf. RO 81 I 184, qui laisse la question indécise, les moyens nouveaux étant manifestement mal fondés. La plupart de ces arrêts se rapportent à des recours fondés sur l'art. 4 Cst. Mais le principe vaut aussi pour d'autres recours soumis à la règle de l'épuisement: cf. BIRCHMEIER, p. 391.

⁶² Moyens nouveaux admissibles, sauf le cas d'arbitraire, quand la dernière autorité cantonale jouit d'un pouvoir d'examen illimité et doit appliquer le droit d'office: RO 73 I 51; moyen nouveau admissible au sujet d'une question soulevée pour la première fois dans la décision attaquée: RO 77 I 9; pièce nouvelle admise, même en réplique seulement, pour contester de nouvelles allégations de l'autorité: RO 79 I 124/125; il y a d'autres exceptions: cf. BIRCHMEIER, p. 391/392.

⁶³ RO 87 I 51, 82 I 250, 81 I 142, 78 I 116, 73 I 52, 71 I 248, 62 I 69, 46 I 141. Peu importe de savoir si le recourant a épuisé en fait ou non les instances cantonales et si l'autorité cantonale dont la décision est attaquée a statué librement ou au contraire avec un pouvoir d'examen restreint, arrêt FRITSCHI, du 13 mars 1957.

⁶⁴ RO 82 I 250; cependant, en matière d'établissement, le Tribunal fédéral tient compte de circonstances postérieures à la décision attaquée: RO 82 I 250, 71 I 248.

⁶⁵ Cf. ci-dessus n°10.

cette procédure nouvelle correspondent des moyens nouveaux⁶⁶. Certes, il arrive que le litige soumis au Tribunal fédéral soit identique à celui examiné par les autorités cantonales⁶⁷. Toutefois, en pareil cas aussi, notre haute cour a raison d'admettre des moyens nouveaux dans les recours supposant l'épuisement des moyens de droit cantonal. La nature même du recours de droit public le lui commande. Les règles applicables aux autorités de recours en matière civile ou pénale ne le sont pas nécessairement à la juridiction constitutionnelle. Les conflits dont s'occupe la Chambre de droit public ont souvent une portée plus vaste et touchent l'Etat d'une manière plus particulière et immédiate que ceux relevant des autorités civiles ou pénales de recours. Ce seul fait permet, à nos yeux, d'admettre des moyens nouveaux aussi lorsque notre voie de droit constitue la simple suite de la procédure antérieure.

120. S'agissant des cas dans lesquels l'épuisement des instances cantonales est prescrit, il faut distinguer, croyons-nous, suivant que le recours est fondé sur l'arbitraire ou sur un autre droit constitutionnel⁶⁸.

121. Quant au recours pour arbitraire, la jurisprudence justifie l'interdiction des moyens nouveaux en exposant qu'une autorité cantonale ne mérite pas le reproche d'arbitraire lorsqu'elle n'a pas examiné d'office des griefs que les parties n'ont pas invoqués alors qu'elles en auraient eu la faculté⁶⁹. Cette explication est convaincante. En effet, sur le terrain de l'arbitraire, le Tribunal fédéral se borne à re-

⁶⁶ GIACOMETTI, p. 204/205; EGGENSCHWILER, p. 36.

⁶⁷ Cf. ci-dessus n°10.

⁶⁸ Y compris les autres droits déduits de l'art. 4 Cst. (inégalité de traitement, déni de justice formel, violation du droit à l'assistance judiciaire). Dans les recours pour arbitraire, il faut comprendre les recours fondés sur d'autres droits constitutionnels, mais examinés sous l'angle de l'arbitraire seulement.

⁶⁹ RO 84 I 164, 83 I 237, 77 I 9.

chercher si la décision attaquée est manifestement insoutenable. Or le recourant ne saurait prétendre que la décision a ce caractère lorsqu'il n'a pas pris la peine de soumettre à la cour cantonale l'argumentation présentée à la Chambre de droit public. En conséquence, nous admettons l'interdiction des moyens nouveaux dans le recours pour arbitraire. Cette pratique prévient les abus que le recourant pourrait commettre en gardant en réserve certains arguments afin d'assurer le succès d'un recours de droit public. Il est vrai qu'elle a été critiquée par le prof. HUBER⁷⁰. Les observations de cet auteur ne modifient cependant pas notre manière de voir. Elles ne concernent en effet que l'application du principe à un cas d'espèce. Elle n'en doivent pas moins être relevées, car elles soulignent qu'il ne faut pas être trop strict en décidant si le recourant pouvait ou non soulever le grief en procédure cantonale.

122. Dans les autres recours soumis à l'épuisement des instances cantonales, l'exclusion des moyens nouveaux est discutable. Les raisons que nous avons exposées à l'appui de la jurisprudence admettant de tels moyens s'appliquent ici aussi. Le principe selon lequel le recours de droit public introduit une procédure nouvelle a une portée générale⁷¹: le Tribunal fédéral l'a rappelé aussi à propos de recours exigeant l'épuisement préalable des degrés de juridiction cantonaux⁷². Dès lors, il ne saurait affirmer d'une part que ces recours introduisent une procédure nouvelle, d'autre part qu'ils ne peuvent contenir de moyens nouveaux. Lorsque notre voie de droit ouvre réellement une procédure nouvelle, les moyens nouveaux sont donc recevables même si l'épuisement est nécessaire. Il en va de même quand elle est la suite des instances cantonales⁷³. La nature des intérêts en pré-

⁷⁰ Rechtsprechung 1951, RJB 1953, p. 61.

⁷¹ Sous réserve des exceptions indiquées au n°10 ci-dessus.

⁷² RO 86 I 102 (recours pour violation de l'art. 4 Cst.); 83 I 272 (recours pour arbitraire et violation de l'art. 2 Disp. trans. Cst.).

⁷³ Exemples ci-dessus n°10.

sence et le rôle qu'ils jouent pour l'Etat justifient cette solution. D'ailleurs – motif, il est vrai, très secondaire – la tâche du Tribunal fédéral en serait simplifiée, puisqu'il ne serait plus nécessaire d'examiner, à propos de chaque grief, s'il est nouveau ou non.

123. Pour atteindre notre but, un changement de jurisprudence suffit. Une modification de la loi ne s'impose pas. Un texte légal risquerait d'ailleurs d'être ou trop rigide ou trop compliqué; trop rigide parce qu'il ne tiendrait pas un compte suffisant des exceptions qu'il est nécessaire d'apporter à la règle admettant les moyens nouveaux; trop compliqué, parce qu'il voudrait énumérer ces exceptions. Une disposition qui chercherait à tenir le juste milieu entre ces deux tendances ne représenterait pas un avantage réel par rapport à des règles claires de jurisprudence.

§ 4. Jonction du recours de droit public avec un autre recours

124. Selon la jurisprudence publiée, le plaideur ne peut pas joindre dans une même écriture un recours de droit public d'une part, un recours en réforme ou un pourvoi en nullité d'autre part⁷⁴. En effet, dit le Tribunal fédéral, le recours de droit public et ces autres voies de droit obéissent à des règles de procédure si différentes⁷⁵ que le respect de celles-ci ne peut être obtenu que moyennant le dépôt de mémoires distincts.

La jurisprudence non publiée rendue par la Chambre de droit public est plus favorable au recourant. Elle l'autorise à présenter le recours de droit public et le recours en réforme

⁷⁴ RO 85 I 196, 82 II 398, 82 IV 54, 68 IV 10, 63 II 38. La même règle serait applicable au recours en nullité. La jonction du recours de droit public avec le recours de droit administratif est en revanche possible, étant donné la similitude des règles de procédure applicables: RO 85 I 196.

⁷⁵ Par exemple quant au délai de recours, quant au lieu du dépôt du mémoire, quant aux moyens à faire valoir, etc.

ou le pourvoi en nullité dans une seule écriture, pourvu que chacun de ces recours fasse l'objet d'une partie spéciale entièrement indépendante du chapitre consacré à l'autre moyen⁷⁶. Elle admet même que certains éléments du mémoire, par exemple l'état de fait, soient communs, à condition que la tâche du Tribunal fédéral ne soit pas rendue plus compliquée et qu'en tout cas les arguments de droit soient exposés séparément pour chacun des recours⁷⁷.

125. Les arrêts non publiés sont en désaccord avec ceux qui ont paru au Recueil officiel. Les premiers méritent la préférence. Dans les causes portées devant le Tribunal fédéral par un recours en réforme ou un pourvoi en nullité auxquels le plaideur ajoute un recours de droit public, par exemple pour violation arbitraire des règles de la procédure cantonale, l'état de fait est commun aux deux recours. A cet égard, il est plus simple pour le recourant d'établir un seul mémoire, reproduit en deux exemplaires. Les moyens en revanche doivent être présentés séparément. Toutefois, de ce point de vue aussi, la règle admettant une seule écriture offre des avantages. Lorsque le recourant fait deux recours distincts, il ne craint pas – l'expérience l'enseigne – de faire valoir par le recours de droit public les mêmes moyens que par le recours en réforme, notamment quand il se plaint d'une violation de l'art. 8 CC. Dans un seul et même document, cette fâcheuse méthode est plus difficile à suivre. Le recourant est contraint de mieux distinguer les moyens propres à chaque recours.

§ 5. Correction du recours de droit public

126. Les art. 55 al. 2 OJ et 273 al. 2 PPF autorisent le juge à renvoyer au plaideur un recours en réforme ou un pourvoi en nullité dont les motifs ne sont pas présentés de la manière

⁷⁶ Arrêts non publiés TORRE du 4 mai 1956 et COMMUNE DE NEUCHÂTEL du 7 décembre 1955.

⁷⁷ Arrêt non publié S. I. LÉOPOLD ROBERT S.A., du 24 avril 1959.

exigée par la loi; l'intéressé est invité à corriger le mémoire dans un délai déterminé, à défaut de quoi le recours est irrecevable. En matière de recours de droit public, cette faculté n'existe pas⁷⁸. A notre avis, elle devrait être introduite dans la loi. Elle permettrait par exemple au simple citoyen, qui avait agi seul, de faire rédiger son recours par un juriste capable de respecter les conditions de forme posées par la loi et la jurisprudence. Elle donnerait à l'avocat, qui ignorait certaines règles du recours de droit public, l'occasion de mieux apprécier la fragilité de la seule argumentation encore recevable.

Certes, le droit de renvoyer au plaideur un mémoire irrecevable en tout ou en partie ne simplifierait pas nécessairement la tâche du juge rapporteur, surtout lorsqu'il faudrait indiquer au recourant les règles non écrites qu'il aurait violées. Supposé en revanche qu'un recours régulier soit finalement déposé, la Chambre de droit public ne perdrait plus son temps à examiner des questions de forme dénuées d'intérêt pour la jurisprudence relative à la protection des droits constitutionnels. Elle serait déchargée aussi des recours qu'en définitive leurs auteurs estimeraient plus prudent de retirer. Les justiciables surtout gagneraient à voir adopter notre solution. En particulier, ils courraient moins souvent le risque qu'un recours peut-être fondé soit néanmoins déclaré irrecevable.

127. La possibilité pour le Tribunal fédéral de faire corriger un recours de droit public contraire aux règles de forme serait déjà un progrès pour la cour et les particuliers qui s'adressent à elle. Cependant, un droit analogue devrait aussi exister quant aux questions de fond, en tout cas dans certaines hypothèses. En effet, le citoyen en appelle parfois au Tribunal fédéral en ignorant une jurisprudence bien établie, qui conduira nécessairement au rejet de tout ou partie

⁷⁸ Le Tribunal fédéral en a ainsi jugé dans les arrêts non publiés SCHWAB du 13 septembre 1961, GUERRY du 6 février 1957 et TORRE du 4 mai 1956.

du recours. Or le moins qu'on puisse lui demander lorsqu'il se met en contradiction avec une telle pratique, c'est d'exposer les raisons qu'il y aurait, selon lui, de la modifier. Saisi d'un mémoire de ce genre, le juge rapporteur devrait donc pouvoir le renvoyer à son auteur en lui rappelant les arrêts rendus sur la question⁷⁹ et en l'invitant à indiquer, dans un délai déterminé, les motifs militant en faveur d'un changement de jurisprudence. Le fait que le nouveau mémoire ne serait pas déposé avant l'expiration du délai fixé serait considéré comme un retrait de recours⁸⁰. S'il était produit à temps, la chambre statuerait.

Notre proposition serait dans l'intérêt du recourant et du Tribunal fédéral. Certes, il serait parfois difficile de dire si une jurisprudence est bien établie et si l'argumentation présentée est contraire aux principes qui en découlent. Notre suggestion appelle donc deux réserves. D'une part, elle devrait être adoptée pour les seuls cas où la constance de la pratique est claire⁸¹. D'autre part, la décision de renvoi serait prise par une délégation de la Chambre de droit public comprenant le juge rapporteur et le président. Bien entendu, la délégation ne se prononcerait pas sur l'opportunité d'un changement de jurisprudence.

⁷⁹ Par simple référence au Recueil officiel ou, s'il s'agit d'arrêts non publiés, par envoi d'une copie des arrêts.

⁸⁰ Un système analogue existe en Autriche; cf. E. MELICHAR, *Landesbericht*, p. 53.

⁸¹ Par exemple: jurisprudence selon laquelle l'interdiction de la double imposition ne vise que les impôts au sens propre et non les émoluments ou les charges de préférence (RO 86 I 99, 81 I 187 et arrêts cités); ou jurisprudence selon laquelle une activité comprise dans un service public perd le bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie (RO 81 I 260, 80 I 125 et arrêts cités); ou encore jurisprudence selon laquelle l'art. 64 Cst. ne confère aucun droit individuel (RO 81 I 191/192, 75 I 48, 65 I 79, 34 I 310 et arrêts cités).

CHAPITRE VII

POUVOIR D'EXAMEN DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

Section I. Généralités

128. Le problème du pouvoir d'examen appartenant à la Chambre de droit public est double. Il s'agit de savoir d'une part sur quelles questions elle se prononce, d'autre part si elle statue librement ou non.

129. Quant aux questions qui peuvent être présentées dans un recours de droit public, il convient en particulier de rechercher si notre haute cour connaît :

- des griefs invoqués seulement ou d'autres, qu'elle soulèverait d'office;
- des moyens déjà allégués en procédure cantonale ou aussi d'arguments nouveaux;
- des questions préjudicielles;
- du droit uniquement ou également du fait.

Nous avons déjà examiné les deux premiers points¹. Nous n'y revenons donc pas. En ce qui concerne les deux derniers, quelques difficultés existent sans doute. Dans la pratique cependant, elles sont rares. Nous ne jugeons donc pas indispensable de nous y arrêter. Bornons-nous à souligner que le Tribunal fédéral doit revoir tous les faits nécessaires pour juger le recours qui lui est soumis (art. 95 OJ).

130. La question de savoir si le Tribunal fédéral statue librement ou non pose des problèmes plus difficiles et surtout plus fréquents. Il est vrai qu'il faut distinguer à cet égard suivant qu'il s'agit du fait ou du droit.

¹ Cf. ci-dessus nos 116–123.

Sur le terrain des constatations de fait, le Tribunal fédéral se reconnaît un pouvoir d'examen tantôt libre² tantôt limité à l'arbitraire³. En pratique toutefois, cette distinction ne revêt guère d'importance. La plupart du temps, les faits sont simples à reconstituer et le dossier cantonal fournit à leur sujet les renseignements nécessaires. Quand des circonstances importantes pour la solution du litige doivent être élucidées, le Tribunal fédéral ordonne des preuves⁴. S'il restreint parfois son pouvoir d'examen à l'arbitraire, c'est pour des raisons essentiellement pratiques, notamment parce qu'il estime, à juste titre⁵, pouvoir faire confiance aux autorités cantonales. Dans ces conditions, nous ne croyons pas utile d'examiner plus longuement l'étendue du pouvoir d'examen quant aux faits.

131. En revanche, sur le terrain du droit⁶, le problème de l'étendue du pouvoir d'examen appartenant au Tribunal fédéral est plus compliqué. De très nombreux arrêts s'en sont occupés. Plusieurs études de doctrine y sont consacrées en tout ou en partie. Malgré les efforts entrepris, la question n'est pas élucidée. Nous ne prétendons pas y parvenir en quelques pages. Notre seule ambition est de dégager d'une multitude d'arrêts quelques règles dominantes.

² Par exemple dans les recours pour violation de l'art. 45 Cst. (RO 87 I 45, 83 I 13; BIRCHMEIER, p. 329) ou de l'art. 59 Cst. (RO 46 I 248; BIRCHMEIER, loc. cit.).

³ Par exemple dans les recours pour violation de la liberté du commerce et de l'industrie (RO 80 I 136), ou de la liberté de conscience et de croyance (RO 31 I 88).

⁴ Ainsi une expertise (RO 87 I 32/33, 67 I 328), une inspection locale au cours de laquelle la Cour procède à l'audition des parties ou de témoins (RO 84 I 171), le dépôt de documents ou d'objets (RO 85 I 173).

⁵ Nous avons vu une fois ou deux dans notre pratique des erreurs dans les constatations de fait, mais ces erreurs n'ont pas joué de rôle dans la solution du litige.

⁶ Dans lequel il faut comprendre l'appréciation juridique des faits.

Section II. L'étendue du pouvoir d'examen quant aux questions de droit

§ 1. Généralités

132. L'étendue du pouvoir d'examen dépend de la nature du recours de droit public et du droit constitutionnel en litige.

Par nature, le recours prévu à l'art.84 litt.a OJ n'est ouvert que pour sauvegarder des droits constitutionnels. Il ne saurait être formé afin de protéger des droits découlant de la loi, sauf quand la violation de tels droits revient à celle d'une liberté individuelle. Tel est le cas lorsque l'inobservation de la loi constitue un déni de justice matériel (arbitraire). Toutes les fois que le recours appelle l'application de la loi, le pouvoir d'examen est donc limité à l'arbitraire, même si cette loi se rapporte au droit constitutionnel⁷.

Quant aux droits constitutionnels en litige, il faut opposer l'interdiction du déni de justice matériel aux autres droits constitutionnels⁸. En ce qui concerne le déni de justice matériel, sa définition même impose au Tribunal fédéral un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire. Pour les autres droits, notre juridiction suprême a plein pouvoir. Ni la nature du pourvoi ni celle du droit en litige ne lui dictent à cet égard de restrictions. La loi d'organisation judiciaire ne contient pas non plus de dispositions dans ce sens.

133. Dès lors, le Tribunal fédéral ne peut examiner un recours de droit public que de deux manières: ou bien librement, ou bien sous l'angle de l'arbitraire⁹. Il n'y a pas place

⁷ Cf. n° 141 ci-dessous.

⁸ Y compris les autres droits découlant de l'art.4 Cst.: déni de justice formel, assistance judiciaire, égalité de traitement.

⁹ Nous verrons plus bas, n°s 143 ss., que le Tribunal fédéral peut exercer ces deux pouvoirs avec plus ou moins de retenue suivant les cas.

pour un pouvoir d'examen d'une troisième sorte, qui se situerait à mi-chemin entre les deux autres¹⁰.

De ce qui précède, il découle également que, du point de vue de l'examen des questions juridiques, notre voie de droit comprend trois catégories:

- les recours pour arbitraire;
- les recours pour violation d'autres droits constitutionnels, et qui nécessitent l'application de règles légales du droit cantonal;
- les recours pour violation d'autres droits constitutionnels, et qui peuvent être jugés indépendamment de la loi cantonale.

134. Nous ne nous occuperons pas plus longuement des recours pour arbitraire. Dans ce domaine, l'étendue du pouvoir d'examen quant à la question de droit ne pose pas de problème.

§ 2. Recours pour violation d'un principe constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire et dans lequel l'application de la loi cantonale joue un rôle

135. Souvent le Tribunal fédéral ne peut pas statuer sur un recours de droit public tiré d'un autre principe constitutionnel que l'interdiction de l'arbitraire sans faire intervenir des règles contenues dans une loi cantonale. Ainsi, il examine beaucoup de recours basés sur l'art. 31 Cst. en tenant compte de dispositions légales cantonales concernant la police du commerce ou l'exercice de certaines professions. De même, il juge fréquemment les recours pour violation de la garantie de la propriété en relation avec une loi cantonale sur l'expropriation ou la police des constructions.

136. Comme nous venons de le dire (n° 132), le Tribunal fédéral ne revoit l'application d'une loi cantonale que sous

¹⁰ H. HUBER, *Rechtsprechung* 1957, RJB 1958, p. 463/464; GURNY, p. 81/82.

l'angle de l'arbitraire. Il existe, dans ce sens, une jurisprudence constante¹¹ et, croyons-nous, juste. Certes, même en interprétant faussement la loi sans toutefois tomber dans l'arbitraire, l'autorité cantonale peut violer la constitution, par exemple la liberté du commerce et de l'industrie¹². En pareille hypothèse, la jurisprudence laisse subsister des violations d'un droit constitutionnel parce que l'erreur commise n'est pas suffisamment flagrante pour être arbitraire. Cette conséquence est regrettable. D'autres considérations conduisent cependant à l'accepter. Tout d'abord, la souveraineté cantonale subirait une atteinte excessive si, dans tous les cas de violation indirecte de la constitution, le Tribunal fédéral pouvait librement déterminer le sens des lois cantonales. En second lieu, notre haute cour serait souvent mal placée pour exercer un contrôle aussi complet. Elle manquerait fréquemment des connaissances et de la pratique nécessaires pour pouvoir substituer, avec une autorité indiscutée, sa propre interprétation à celle de l'autorité cantonale. Enfin, la Chambre de droit public, sortant de son véritable rôle, se transformerait peu à peu en une cour d'appel en matière de droit administratif cantonal. Comme telle, elle serait rapidement surchargée de travail.

¹¹ RO 84 I 230, 82 I 238/239, 77 I 218, 74 I 151, 74 I 142, 72 I 28, 27 I 471, 22 I 387. Cf. aussi RO 87 I 106 et 168, 24 I 28/29, d'après lesquels le Tribunal fédéral ne revoit le droit cantonal que sous l'angle de l'arbitraire *et* de l'inégalité de traitement. Nous ne croyons pas qu'il faille voir là une autre jurisprudence. Le Tribunal fédéral se borne à examiner si le droit cantonal a un sens soutenable, si les distinctions qu'il peut faire sont justifiables ou non. C'est dire qu'il ne s'occupe que de l'arbitraire. La jurisprudence est approuvée en principe par A. FAVRE, TF, p.325-328. IMBODEN, Gemeindeautonomie, p.104 (ainsi que les auteurs cités à ladite page, note 44), GURNY, p.91/92, critiquent la jurisprudence sans toutefois tenir un compte suffisant des facteurs dont nous allons parler dans la suite du présent numéro.

¹² Violation indirecte; GIACOMETTI l'a parfaitement montré, p.71 ss.

137. Le principe selon lequel le Tribunal fédéral ne revoit l'application des lois cantonales que sous l'angle de l'arbitraire a des effets très étendus. Il convient, pour s'en rendre compte, d'examiner diverses situations dans lesquelles un recours de droit public peut se présenter¹³.

138. Généralement, le recours est dirigé contre une décision d'espèce appliquant une loi cantonale. Par exemple, le recourant avait demandé l'autorisation d'exercer une certaine profession et il est débouté de sa requête parce qu'il ne satisfait pas aux conditions posées par la loi. Ou bien, il avait sollicité un permis de construire qui lui est refusé pour le motif que son projet ne respecte pas les règles cantonales de police des constructions.

En pareil cas, le Tribunal fédéral est appelé à aborder deux questions. Tout d'abord, il se demandera si, dans la décision attaquée, la loi cantonale a été bien comprise et appliquée. Il en recherchera le sens. Son pouvoir d'examen sera alors limité à l'arbitraire¹⁴. Il ne s'agit en effet que de l'interprétation du droit cantonal. Le Tribunal fédéral examinera ensuite si la disposition légale, telle qu'elle peut être

¹³ A propos de plusieurs de ces situations, nous citerons de la jurisprudence. Le lecteur ne doit toutefois pas s'attendre à trouver toujours dans ces arrêts des principes clairement exposés confirmant nos explications. Quelques instants de réflexion sont souvent nécessaires pour saisir la relation entre notre texte et l'arrêt cité. Relevons aussi que les différentes manières dont les questions se posent au Tribunal fédéral ont déjà été brièvement exposées par H. HUBER, *Garantie*, p. 98 a et ss.

¹⁴ Cf., en matière de liberté du commerce et de l'industrie, RO 87 I 267/268, 87 I 119 (très clair), 84 I 109/110 (très clair aussi), 80 I 353, 79 I 122, 64 I 9 (les arrêts RO 51 I 385, 48 I 152, 46 I 111 admettent sur ce point le libre examen, ce qui nous paraît inconciliable avec la réserve que le Tribunal fédéral doit s'imposer dans l'interprétation du droit cantonal; d'ailleurs, la jurisprudence de l'arrêt RO 46 I 111 a été expressément abandonnée par RO 64 I 9). En matière de garantie de la propriété, voir RO 85 I 89, 82 I 106, 79 I 228, 78 I 428, 74 I 49/50; en matière de force dérogatoire du droit fédéral, voir RO 29 I 180/181, de séparation des pouvoirs RO

comprise et appliquée sans arbitraire, respecte ou non le droit constitutionnel allégué. Il jouit à cet égard d'un plein pouvoir d'examen¹⁵, car il ne s'occupe plus du droit cantonal pris en lui-même, mais de la liberté individuelle invoquée¹⁶. Notons que la Chambre de droit public ne se pose pas nécessairement les deux questions. Parfois, elle n'aborde que la première. Considérant l'interprétation de la loi cantonale comme arbitraire, elle admet le recours et n'a plus à se préoccuper du second problème.

139. Au lieu d'être dirigé contre une décision d'espèce appliquant une loi, le recours peut viser un arrêté de portée générale¹⁷ émanant du Grand Conseil, du Conseil d'Etat ou d'une autorité communale et pris en exécution d'une loi cantonale. Il concerne par exemple une ordonnance du Conseil d'Etat fondée sur la loi relative à la police sanitaire et in-

81 I 183, de liberté personnelle RO 82 I 238/239, d'autonomie communale RO 84 I 230 (en matière d'autonomie communale, critique de la jurisprudence par GEIGER, p. 204/205).

¹⁵ Voir en matière de liberté du commerce et de l'industrie RO 87 I 267/268, 87 I 119 (très clair), 84 I 109/110 (très clair aussi), 80 I 353, 79 I 122, 64 I 9; concernant la garantie de la propriété RO 85 I 89, 71 I 438; concernant la force dérogatoire du droit fédéral RO 71 I 438, 67 I 9, 64 I 200, 53 I 386, 29 I 180 (assez souvent le sens du droit cantonal ne donne pas lieu à discussion dans ce dernier cas; le Tribunal fédéral ne se pose donc que la seconde question et non la première, ce qui explique pourquoi il se reconnaît parfois un plein pouvoir sans aucune restriction, RO 29 I 180).

¹⁶ Exemple: Loi du canton X subordonnant l'inscription au tableau des avocats pratiquants à l'exigence d'une étude dans le canton. Décision refusant d'inscrire sur ce tableau un avocat du canton Y sous prétexte qu'il n'a pas d'étude à lui dans le canton X, mais reçoit dans une salle d'un hôtel. Recours de droit public de l'avocat pour violation des art. 33 et 5 Disp. trans. Cst. *Première question*: Est-il arbitraire de refuser de considérer une salle d'hôtel mise à disposition d'un avocat comme une étude? *Deuxième question* (libre examen): L'exigence d'une étude dans le canton, selon le sens qui peut être donné sans arbitraire à la loi cantonale, est-elle conforme aux art. 33 et 5 Disp. trans. Cst. ?

¹⁷ Décret, ordonnance, règlement.

diquant aux médecins les règles à suivre en cas d'avortement légal. Ou bien, il s'en prend à un règlement communal fixant certaines prescriptions de police des constructions, qui, en vertu de la loi, sont du ressort des communes.

Dans cette situation, comme lorsque le recours attaque une décision d'espèce, le Tribunal fédéral se prononcera sur deux questions. D'une part, il se demandera si l'autorité qui a édicté l'arrêté attaqué a bien compris la loi qu'elle a entendu exécuter. Il recherchera quel est le sens de cette loi; celle-ci est-elle une base suffisante pour l'acte attaqué ou l'autorité a-t-elle excédé le pouvoir réglementaire qui lui avait été reconnu? La Chambre de droit public n'intervient à cet égard que sous l'angle de l'arbitraire¹⁸. D'autre part, elle examinera si la loi, telle qu'elle peut être comprise sans arbitraire, est conforme à la constitution. La cour jouit alors d'un plein pouvoir¹⁹. Supposé que le sens de l'arrêté d'exécution ne soit lui-même pas clair, elle ne l'interprétera que du point de vue de l'arbitraire. En revanche, elle jugera librement si l'arrêté, tel qu'il peut être compris sans arbitraire, respecte le droit constitutionnel invoqué²⁰.

¹⁸ Voir, concernant la garantie de la propriété, RO 84 I 172, 78 I 428, 77 I 218, 74 I 151; concernant la séparation des pouvoirs RO 87 I 14, 81 I 183 (confirmé par l'arrêt MOBILIA A.G. du 21 janvier 1959, consid. 8; ledit arrêt est publié au RO 85 I 17, mais non sur ce point), 74 I 117, 70 I 8; en matière de liberté du commerce et de l'industrie, RO 80 I 353; en matière de force dérogatoire du droit fédéral et de liberté personnelle, RO 74 I 141/142.

¹⁹ RO 85 I 21, 84 I 172, 78 I 302, 74 I 141/142.

²⁰ Exemple: Loi cantonale disposant: «Avant de recevoir sa patente, le courtier en immeubles doit fournir des garanties en une forme et d'un montant reconnus suffisants». Arrêté d'exécution du Conseil d'Etat prévoyant: «Le courtier en immeubles doit, avant la délivrance de la patente, déposer à la Banque cantonale une somme de 100 000 fr.». Recours de droit public pour violation de l'art. 31 Cst. contre l'arrêté d'exécution. Exemples des questions qui peuvent se poser: *Première question*: Peut-on dire, sans arbitraire, que la loi cantonale vise à parer d'une manière très complète au risque découlant du fait que le courtier est appelé parfois à encaisser le prix de vente? *Deuxième question* (libre examen): Le

140. Enfin, le recours est dirigé parfois contre la loi cantonale comme telle. Il s'en prend par exemple à une loi qui soumet l'exercice de la chiropratique à diverses conditions. Ici encore, le Tribunal fédéral examine sous l'angle de l'arbitraire seulement le sens de la disposition attaquée. En revanche, il a plein pouvoir pour juger si, tel qu'il peut être compris sans arbitraire, ce texte est conforme à la constitution.

141. Ces différents principes sont applicables même à des dispositions de droit cantonal qui précisent le contenu et l'étendue du droit constitutionnel allégué²¹. Par conséquent, lorsque, à l'occasion d'un recours pour violation de la liberté individuelle, la Chambre de droit public doit interpréter l'article d'un code de procédure pénale déterminant quand le juge peut ordonner la détention préventive, elle statuera du seul point de vue de l'arbitraire, bien que la règle en cause fixe les limites du droit constitutionnel invoqué.

Il existe toutefois certaines exceptions. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours fondé sur l'art. 85 litt. a OJ, examine librement l'application des lois cantonales qui précisent le contenu et l'étendue du droit de vote garanti par la constitution²². A notre

but visé par le législateur, tel qu'il a été dégagé de la loi sans arbitraire, est-il conforme à l'art. 31 Cst. ? *Troisième question*: L'autorité cantonale interprète-t-elle sans arbitraire l'arrêté d'exécution en disant que le dépôt de 100 000 fr. doit être fait en espèces ? *Quatrième question* (libre examen): L'exigence d'un dépôt en espèces de 100 000 fr. respecte-t-elle le principe de proportionnalité des mesures de police ?

²¹ GURNY, p. 93-96.

²² Principe posé expressément dans RO 83 I 176, 75 I 245 et arrêts cités, implicitement dans RO 87 I 38. Pour les questions de procédure ou pour d'autres questions qui ne concernent pas le contenu et l'étendue du droit de vote, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est restreint à l'arbitraire: cf. les arrêts précités ainsi que RO 87 I 2. Sur l'«ohne-Not-Praxis», voir plus bas n^{os} 145 ss. Le prof. H. HUBER (Garantie, p. 106 a et ss.) voudrait étendre à d'autres cas l'exception faite pour les droits politiques.

avis, cette exception est justifiée. C'est dans ce domaine en effet que les garanties d'impartialité et d'objectivité offertes par les autorités cantonales sont les moins grandes. Un contrôle plus approfondi est donc nécessaire. En matière de garantie de la propriété, le Tribunal fédéral revoit aussi librement le droit cantonal constituant la base légale «lorsque l'atteinte que subit le propriétaire est particulièrement grave et dépasse largement ce qui est habituel en Suisse»²³. L'importance des intérêts en jeu explique ici l'étendue du pouvoir d'examen.

§ 3. Recours pour violation d'un principe constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire et dans lequel l'application de la loi cantonale ne joue pas de rôle

142. Il arrive qu'aucune disposition de droit cantonal ne soit applicable à une question donnée. Un principe constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire peut seul être invoqué. Par exemple, les autorités vaudoises ou bernoises rendent une décision administrative sans respecter le droit d'être entendu, tel que le garantit l'art. 4 Cst.²⁴. Contrairement à la règle découlant du même texte, elles refusent d'exonérer le demandeur indigent de l'avance des frais de justice²⁵. Elles expulsent un citoyen valaisan alors que les conditions de l'art. 45 al. 3 Cst., sur lequel elles se fondent, ne sont pas remplies. Elles se déclarent compétentes pour juger une action introduite devant elles contre un défendeur solvable domicilié à Zurich (art. 59 al. 1 Cst.). Ou encore, elles écartent une demande de mainlevée basée sur un jugement civil définitif rendu à Bâle (art. 61 Cst.).

²³ RO 84 I 173; cf. aussi RO 85 I 231.

²⁴ Pour la raison – admise par le recourant – que le droit cantonal ne prévoit effectivement pas l'audition de l'intéressé.

²⁵ Pour le motif – exact – que le droit cantonal accorde l'assistance judiciaire lorsque l'exonération totale de ces frais est nécessaire et non pas déjà lorsque le plaideur est momentanément embarrassé et devrait recourir à un emprunt, qu'il serait ensuite capable de rembourser.

Dans ces cas, le Tribunal fédéral ne s'occupe pas de l'interprétation du droit cantonal. La question qui lui est soumise est celle de la violation du droit constitutionnel, directement atteint par l'acte attaqué. Il examine librement ce problème juridique²⁶.

²⁶ Concernant le droit à l'assistance judiciaire découlant de l'art. 4 Cst. (exonération des avances), voir RO 87 I 216, 85 I 143/144, 78 I 196, 72 I 148, 67 I 68. Le droit à l'assistance judiciaire découlant du droit cantonal (exonération totale des frais) ne peut être revu que sous l'angle de l'arbitraire: RO 85 I 139, 78 I 195, 72 I 28, 67 I 68.

Concernant l'art. 45 Cst., voir RO 87 I 45, 83 I 13.

Concernant l'art. 59 Cst., voir RO 46 I 248, et BIRCHMEIER, p. 329; arrêt non publié CHAVANNES du 9 mai 1956.

Concernant l'art. 61 Cst., voir RO 87 I 293, 87 I 65, 87 I 50, 81 I 326, 78 I 112, 76 I 126, 72 I 96, 72 I 88, 71 I 24. Si la mainlevée demandée en vertu d'un jugement rendu dans le canton est refusée, le Tribunal fédéral ne statue que sous l'angle de l'arbitraire. La doctrine constate qu'ainsi la validité des jugements d'un même tribunal (notamment d'un tribunal arbitral) peut être examinée tantôt librement tantôt du seul point de vue de l'arbitraire. Il risque d'en découler des arrêts contradictoires (GULDENER, p. 236 a/237 a; PIAGET, p. 341 a; NEF, p. 100–102). L'inconvénient existe certainement. Toutefois, il découle du principe rappelé au n° 132 ci-dessus, *principio*, et selon lequel l'étendue du pouvoir d'examen dépend en particulier du droit constitutionnel invoqué. Lorsque la mainlevée est demandée en vertu d'un jugement rendu dans un autre canton, il faut appliquer l'art. 61 Cst. Quand elle est demandée sur la base d'un jugement rendu dans le canton, seul l'art. 4 Cst. est applicable (arbitraire). Dans les cas où la mainlevée a été refusée parce que le tribunal ne présentait pas les garanties nécessaires, on pourrait, avec le professeur H. HUBER (Rechtsprechung 1955, RJB 1957, p. 98; Rechtsprechung 1947, RJB 1949, p. 51), considérer que l'art. 4 Cst. confère un droit à l'impartialité du juge. Il ne s'agirait alors plus de l'arbitraire et le Tribunal fédéral aurait un plein pouvoir d'examen.

Dans le problème de l'étendue du pouvoir d'examen quant au droit, il y aurait d'autres questions à étudier. Par exemple: comment le Tribunal fédéral revoit-il les lois et ordonnances fédérales? Nous laissons de côté cette question, qui a moins d'importance pratique.

*Section III. Les modalités du pouvoir d'examen
quant aux questions de droit*

§ 1. Généralités

143. Une autorité judiciaire n'exerce pas toujours son pouvoir d'examen de la même manière. Si, par exemple, elle revoit librement le droit, elle abordera cependant certains problèmes avec plus de retenue que d'autres. Ainsi en va-t-il lorsque la solution de la question qui lui est soumise est une affaire d'appréciation. Son pouvoir d'examen n'en demeure pas moins libre en principe.

144. En sa qualité de juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral obéit à des règles semblables. Comme nous l'avons vu, son pouvoir d'examen est tantôt libre, tantôt restreint à l'arbitraire²⁷. Des motifs divers l'amènent toutefois, dans certaines situations, à faire preuve de retenue. Tel est le cas non seulement lorsqu'il a un plein pouvoir d'examen, mais aussi quand il ne revoit l'acte attaqué que sous l'angle de l'arbitraire²⁸.

*§ 2. Le pouvoir d'examen à l'égard du droit
constitutionnel cantonal²⁹*

145. Selon sa jurisprudence, le Tribunal fédéral revoit en principe librement le droit constitutionnel cantonal. Néanmoins, il ne s'écarte pas sans nécessité de l'opinion exprimée par l'autorité cantonale supérieure qui est compétente pour interpréter la constitution³⁰. Sont de telles autorités le Grand

²⁷ Voir ci-dessus nos 132/133.

²⁸ Ainsi, le Tribunal fédéral se montre très réservé dans les recours pour arbitraire concernant l'appréciation des preuves (RO 83 I 9) et la nouvelle répartition des terres dans un remaniement parcellaire (RO 85 I 90).

²⁹ Sur toute cette question, cf. VOGT, Überprüfungsbefugnis; FAVRE, TF.

³⁰ RO 87 I 14, 83 I 116, 81 I 196, 73 I 118, 48 I 576, 48 I 166,

Conseil³¹ et le peuple³², non en revanche le Conseil d'Etat ou le Tribunal cantonal³³. Le Grand Conseil donne son avis au moyen d'une décision d'espèce, d'un décret d'interprétation authentique³⁴ ou de la loi promulguée en vertu de la constitution cantonale³⁵.

146. En affirmant qu'il ne s'écarte pas sans nécessité de l'opinion exprimée par l'autorité cantonale supérieure, le Tribunal fédéral ne pose pas un principe clair. Il faut examiner chaque affaire pour voir comment, en réalité, il a exercé son pouvoir d'examen. Si, parfois, il fait preuve d'une simple prudence³⁶, généralement, il se cantonne sur le terrain plus restreint de l'arbitraire³⁷. Cette pratique est-elle juste³⁸? Pour résoudre cette question, il convient de dis-

47 I 499, 46 I 121, 30 I 70, 27 I 328, 25 I 470/471, 24 I 645, 19 p. 501, 16 p. 81, 10 p. 510, 3 p. 269, 2 p. 242, 1 p. 316.

³¹ RO 83 I 116, 48 I 576, 46 I 121, 24 I 645.

³² RO 83 I 116, 30 I 70. Avec raison, le prof. H. HUBER, *Rechtsprechung* 1957, RJB 1958, p. 464, considère que le peuple n'est pas une autorité et qu'il est d'ailleurs mal placé pour donner une interprétation de la constitution.

³³ RO 10, p. 510; à moins que les autorités judiciaires n'aient un certain pouvoir de contrôle en matière constitutionnelle.

³⁴ RO 45 I 148 n° 19, 3 p. 269.

³⁵ RO 73 I 118, 12 p. 92.

³⁶ RO 81 I 196 ss., 59 I 123 ss.; VOGT, p. 20/21.

³⁷ GIACOMETTI, p. 233/234; GURNY, p. 79/80; VOGT, loc. cit.; RO 77 I 116, 74 I 176 (le Tribunal fédéral déclare ne s'écarter de l'interprétation critiquée que si elle est «unzweifelhaft unrichtig»), 48 I 576, 47 I 498/499 (le Tribunal fédéral affirme expressément qu'il revoit la question sous l'angle de l'art. 4 Cst. seulement), 46 I 121 (notre haute cour intervient «wenn sich die Unhaltbarkeit der... Entscheidung... in zwingender Weise ergibt»), 25 I 471 (zweifelloos unrichtige Auslegung), 24 I 645 (opinion unhaltbar); cf. aussi RO 19 p. 501, 12 p. 92, 2 p. 242. En ce qui concerne l'autonomie communale, même constatation faite par GEIGER, p. 205. Voir aussi les remarques de W. SCHAUMANN, RDS 1958, p. 459/460.

³⁸ Question résolue d'une manière négative par H. HUBER, *Rechtsprechung* 1957, RJB 1958, p. 463/464; *Rechtsprechung* 1947, RJB 1949, p. 59; RDS 1936, p. 656 a/657 a. La jurisprudence est aussi critiquée par GURNY, p. 86/87, 93, 95/96.

tinguer suivant la nature de la disposition constitutionnelle litigieuse.

147. Certaines dispositions constitutionnelles ont pour objet essentiel d'organiser l'Etat. Par exemple, elles délimitent les compétences de diverses autorités, fixent les conditions d'éligibilité aux fonctions publiques ou règlent les incompatibilités résultant de la parenté. Elles n'instituent pas en revanche de droits constitutionnels au sens de l'art. 84 litt.a OJ. Or notre recours n'est ouvert que pour violation de ces droits. Le Tribunal fédéral ne saurait donc revoir l'interprétation de telles dispositions que si, en même temps, elle viole un droit constitutionnel. En principe, cette condition n'est remplie que lorsque l'interprétation est arbitraire. C'est par conséquent à l'examen de l'arbitraire que la Chambre de droit public doit se limiter³⁹. A l'égard de règles constitutionnelles de cette nature, elle est dans la même situation qu'en ce qui concerne les lois cantonales⁴⁰.

148. D'autres dispositions des constitutions adoptées par les cantons ont pour objet de véritables droits constitutionnels au sens de l'art.84 litt.a OJ, comme le droit de vote ou l'autonomie communale⁴¹. Quand le Tribunal fédéral s'occupe d'un recours fondé sur une de ces dispositions, il ne saurait en principe restreindre son pouvoir d'examen à l'arbitraire⁴². Sinon il ne remplit pas sa fonction propre qui est de sauvegarder les droits constitutionnels. Il doit donc juger

³⁹ RO 73 I 118 (règles de compétence), 48 I 576 (règles de compétence), 47 I 498 (conditions d'éligibilité), 46 I 195 (règle légale inscrite dans la constitution pour des motifs d'opportunité), 45 I 146 (incompatibilité; à tort, l'arrêt se prononce en fait librement), 24 I 645 (organisation de l'Eglise); cf. aussi RO 12 p.92, 1 p.316.

⁴⁰ Cf. n°136 ci-dessus.

⁴¹ Nous n'entendons pas examiner si la garantie accordée à ces droits par la constitution cantonale a une valeur propre ou si une garantie écrite ou non écrite du droit fédéral suffit.

⁴² A moins qu'il ne doive statuer en faisant appel à des règles légales cantonales; cf. ci-dessus n°s 135 ss.

en règle générale avec plein pouvoir. Les arrêts qui expriment une opinion différente⁴³ sont contraires à la nature du recours de droit public. Ils ne peuvent se fonder sur aucun texte.

149. Pourtant le Tribunal fédéral est parfois mal préparé pour aborder certains problèmes de droit constitutionnel cantonal concernant par exemple un point particulier à une constitution cantonale⁴⁴. En pareil cas, il fera bien d'exercer avec quelque retenue son pouvoir de libre examen⁴⁵. Il ne saurait imposer sa propre interprétation quand cette dernière n'est pas nettement préférable. A cet égard, tout en formant librement sa conviction, il pourra accorder un crédit spécial à l'avis exprimé par l'autorité cantonale compétente pour interpréter en dernière instance la constitution. Nous estimons même que, lorsque cette autorité n'aura pas fait connaître son opinion, le Tribunal fédéral devra la lui demander, s'il l'estime utile. Cependant, il la considérera comme un simple élément d'appréciation, peut-être plus important que d'autres, mais nullement décisif. C'est dans ce sens seulement que nous croyons le Tribunal fédéral autorisé à ne pas s'écarter sans nécessité de l'interprétation donnée par l'autorité cantonale supérieure.

§ 3. *Autres facteurs propres à influencer l'exercice du pouvoir d'examen*

150. De nombreux facteurs peuvent inciter le Tribunal fédéral à exercer son pouvoir d'examen, même limité à l'arbitraire, avec une prudence particulière. Ainsi en va-t-il tout

⁴³ RO 77 I 116, 74 I 176 (étendue du droit de referendum), 47 I 499 (autonomie de l'Eglise), 46 I 121, 25 I 471 (droit de vote); cf. aussi RO 27 I 328, 19 p. 501. Pose en revanche une règle parfaitement juste l'arrêt GEISSBÜHLER, du 28 mars 1962, publié au JdT 1962 I 273.

⁴⁴ RO 48 I 166.

⁴⁵ Comme il l'a fait dans les arrêts RO 81 I 196 ss. et 59 I 123 ss. ainsi que dans l'arrêt GEISSBÜHLER précité, JdT 1962 I 273.

d'abord lorsque l'autorité cantonale disposait d'une certaine faculté d'appréciation. Une telle faculté appartient notamment aux autorités appelées à prendre des décisions d'espèce. Le Tribunal fédéral doit en tenir compte⁴⁶, car, en principe, il n'y a pas de violation d'un droit constitutionnel tant que les limites du pouvoir d'appréciation ne sont pas franchies. Le législateur cantonal jouit aussi, dans le cadre de la constitution, d'un large pouvoir d'appréciation que la Chambre de droit public est tenue de prendre en considération⁴⁷.

151. La solution de certaines questions de droit dépend des circonstances locales. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de savoir si l'aménagement d'un quartier, la construction ou l'élargissement d'une route sont conformes à l'intérêt public au sens des règles sur la garantie de la propriété; de même quand il faut rechercher si un plaideur est indigent et peut prétendre à l'exonération de l'avance des frais de justice (droit à l'assistance judiciaire découlant de l'art. 4 Cst.). La nécessité d'élargir une route en un lieu donné découle notamment de la densité de la population et de l'intensité du trafic à cet endroit. L'indigence du justiciable dépend en particulier du coût de la vie et du montant des frais de justice dans le canton où l'intéressé réside et voudrait saisir le juge. Ces circonstances locales sont plus familières à l'autorité cantonale qu'au Tribunal fédéral. Aussi bien ce dernier fait-il preuve de beaucoup de retenue.

En matière de garantie de la propriété, la Chambre de droit public va même jusqu'à ne revoir la question de l'intérêt public que sous l'angle de l'arbitraire⁴⁸. Elle a raison,

⁴⁶ Et il en tient compte: cf. par exemple RO 87 I 119/120, 85 I 90, 83 I 9.

⁴⁷ Et qu'elle est loin de négliger: cf. par exemple RO 87 I 265 consid. 2, 87 I 187/188. FRIESENHAHN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 150.

⁴⁸ RO 84 I 173, 57 I 385. A GRISEL, p. 97/98, approuve la jurisprudence et considère comme académiques les critiques faites par certains auteurs, par exemple IMBODEN, *Eigentumsgarantie*, p. 50/51.

pensons-nous, d'être prudente. Il est cependant regrettable qu'elle limite son pouvoir d'examen à l'arbitraire. Dans ce domaine, elle est libre en principe. La retenue dont elle doit faire preuve n'est qu'une modalité d'un pouvoir en soi complet. Nous n'affirmons pas un principe théorique seulement: conscient d'avoir un droit de libre examen, le juge, même prudent, interviendra plus facilement que si sa seule mission est, à son avis, de rechercher l'arbitraire⁴⁹. Ces remarques s'appliquent à l'indigence, qui est une condition du droit à l'assistance judiciaire découlant directement de l'art. 4 Cst. et dont le Tribunal fédéral examine l'existence in casu sous l'angle de l'arbitraire uniquement⁵⁰.

152. Relevons enfin que, lorsque la solution d'une question de droit dépend de notions éminemment subjectives, le Tribunal fédéral restreint son pouvoir d'examen, même limité à l'arbitraire. Ainsi en va-t-il en matière de censure de films cinématographiques⁵¹ et d'appréciation d'une construction du point de vue esthétique. Nous ne pouvons qu'approuver cette réserve.

⁴⁹ L'exigence de l'intérêt public devrait être examinée ainsi même lorsqu'elle est posée par la loi. En effet, elle est prévue dans toutes les constitutions cantonales sauf Grisons et Tessin. Pour ces deux derniers cantons, elle découle directement du droit constitutionnel non écrit admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

⁵⁰ RO 78 I 196, 67 I 68.

⁵¹ RO 87 I 119/120.

CHAPITRE VIII

QUESTIONS D'ORGANISATION

Section I. Généralités

153. A plusieurs reprises, dans les chapitres précédents, nous avons proposé des solutions dont l'adoption augmenterait la quantité des recours de droit public¹. Organisée comme elle l'est maintenant, notre juridiction constitutionnelle ne ferait pas face à cette augmentation. Ses membres sont, actuellement déjà, trop chargés. Le président est même obligé de faire appel à des juges d'autres cours². Dès lors, des mesures de deux ordres peuvent être envisagées :

- augmentation du nombre des juges de la Chambre de droit public;
- introduction de quelques règles destinées à faciliter la tâche de cette cour.

154. C'est en dernière extrémité seulement que nous suggérerions d'accroître l'effectif des juges appartenant à la Chambre de droit public. Le ou les nouveaux magistrats ne pourraient être enlevés aux autres sections du tribunal. Le nombre total des membres de notre haute cour devrait donc être augmenté. Actuellement, il est de vingt-six. Il repré-

¹ Par exemple recevabilité du recours contre les décisions de mainlevée provisoire (n^{os} 39–42), modification de l'art. 87 OJ et remplacement de la notion de dommage irréparable par celle de l'intérêt suffisant (n^{os} 48–50), restriction de la notion de moyens de droit cantonal (n^{os} 52–55), reconnaissance en principe de la qualité du voisin (n^{os} 77–82), assouplissement des règles de forme (n^{os} 109–115), etc.

² Cette solution n'est qu'un pis-aller. Les juges ainsi appelés n'ont pas une expérience aussi étendue du domaine réservé à la Chambre de droit public. Ils doivent perdre du temps pour rechercher la jurisprudence. Ils risquent d'ignorer les arrêts non publiés.

sente à notre avis un maximum³. Tout accroissement du nombre des juges fédéraux ne peut que porter atteinte à l'autorité du corps dans son ensemble. De plus, la qualité de la jurisprudence ne dépend pas uniquement de la science et de l'intelligence des juges, mais aussi de la connaissance qu'ils ont les uns des autres et de leur confiance réciproque. Il est désirable en particulier qu'ils aient des contacts fréquents, qu'ils sachent comment chacun aborde les problèmes, qu'ils puissent discuter les questions intéressant plusieurs sections ou tout le tribunal. A cet égard, moins ils seront, mieux cela vaudra. C'est pourquoi nous préférons en principe les solutions qui permettront d'éviter un accroissement du nombre des juges. Aujourd'hui, de telles solutions sont possibles.

Sections II. Quelques suggestions

§ 1. Suppression en principe de la cour à sept juges

155. En vertu de l'art. 15 al. 2 OJ, «dans les causes de droit public, la présence de sept juges est nécessaire; il est fait exception pour les recours de droit public contre une décision cantonale pour violation de l'art. 4 de la constitution». Du seul point de vue de la quantité des affaires, cette exception a une grande importance, puisque trois quarts d'entre elles environ sont soumises à la cour à cinq⁴. Il n'empêche qu'en raison des questions plus difficiles qu'ils posent en général, les cas jugés par la cour à sept occupent la Chambre de droit public au moins autant que ceux de l'art. 4 Cst.

156. Bien souvent, la présence de sept juges pour statuer sur un recours pour violation d'un autre droit constitutionnel que l'art. 4 Cst. ne serait pas indispensable. Nous ne voyons pas pourquoi cinq membres du tribunal peuvent renverser la

³ Même si l'art. 1^{er} al. 1 OJ permet d'aller jusqu'à vingt-huit.

⁴ Voir ci-dessus n° 11.

jurisprudence relative à l'admissibilité du boycott⁵ et prendre ainsi une décision d'une portée juridique et économique considérable, alors qu'il en faut sept pour décider si sieur X a commis des infractions justifiant son expulsion au sens de l'art. 45 al. 3 Cst.⁶ ou s'il a bien sa résidence dans le canton qui lui a retiré le droit d'établissement⁷. Cette situation n'est pas rationnelle⁸. A en croire notre pratique, la grande majorité des recours aujourd'hui examinés par sept juges pourraient ne l'être que par cinq d'entre eux. Nous suggérons donc, à titre de règle générale, de supprimer la cour à sept et de la remplacer par une cour à cinq⁹. Nous hésitons d'autant moins à présenter cette proposition que les expériences faites par les sections civiles comprenant cinq membres seulement sont favorables.

157. Il arrive cependant que la Chambre de droit public se trouve dans une situation particulière. Tel est le cas en matière d'élections et de votations où la cause a souvent un aspect politique marqué. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'annuler un arrêté de portée générale, surtout quand ce dernier a été voté par le Grand Conseil et accepté par le peuple. Dans des hypothèses de ce genre, il est souhaitable que la cause soit examinée par des magistrats dont les origines, les conceptions générales, les tendances politiques soient diverses. C'est pourquoi, en pareil cas, nous estimerions opportun de maintenir la cour à sept.

Nous ne voudrions toutefois pas que la loi énumère les

⁵ RO 86 II 365 ss.

⁶ RO 80 I 174.

⁷ RO 83 I 11.

⁸ Le prof. H. HUBER (*Staatsrechtspflege*, p. 362) l'a déjà relevé au lendemain de l'adoption de l'OJ de 1943.

⁹ Mesure déjà discutée par la Société suisse des juristes; cf. YUNG, p. 403 a et ss.; ZIEGLER, p. 247 a et ss. Mesure déjà appliquée parfois par le Tribunal fédéral lui-même; par exemple certains griefs qui relèveraient normalement d'une cour à sept juges peuvent être examinés par la Chambre de droit administratif composée de cinq membres seulement, cf. RO 86 I 191.

causes où elle exigerait la présence de sept juges. La composition de la cour dépend trop étroitement des circonstances propres à l'affaire litigieuse. Il serait préférable d'introduire dans l'OJ une disposition remplaçant l'actuel art.15 al.2, première phrase, et prévoyant que, pour les affaires de droit public, sept juges sont nécessaires lorsque l'un des membres de la cour le demande. La deuxième phrase de l'alinéa subsisterait. Tous les recours fondés sur l'art.4 Cst. et dirigés contre une décision cantonale¹⁰ seraient donc jugés par une chambre à cinq.

158. La réduction du nombre des juges à cinq présente un inconvénient: ceux-ci risquent d'ignorer les arrêts non publiés auxquels ils n'ont pas participé. C'est là néanmoins un inconvénient mineur, auquel il serait facile de remédier. Il suffirait que le président de la chambre fasse circuler les arrêts dignes d'être connus auprès de ses collègues qui n'y auraient pas collaboré¹¹.

§ 2. Arrêts rendus par voie de circulation

159. L'art.92 OJ dispose: «Une délégation de trois membres de la cour de droit public et de droit administratif peut, sans délibération publique et à l'unanimité, décider de ne pas examiner le fond des recours manifestement irrecevables ou rejeter ceux qu'elle considère sans hésitation comme mal fondés. L'arrêt est sommairement motivé». En pratique, le juge délégué ou le président (art.10 RTF) présentent un bref rapport, qui est mis en circulation, avec le dossier, auprès de deux autres membres de la cour. L'affaire est ainsi liquidée «par voie de circulation».

¹⁰ Le terme de décision est pris ici dans son sens technique et étroit de décision d'espèce. La cour à sept pourrait donc être demandée pour les recours fondés sur l'art.4 Cst. et dirigés contre une loi cantonale. Actuellement, ces recours sont jugés par la cour à sept.

¹¹ Voir d'ailleurs nos propositions sous n°163 ci-après.

Cette disposition est très souvent appliquée, surtout aux recours pour violation de l'art. 4 Cst.¹². Elle pourrait l'être davantage encore, par exemple lorsque la jurisprudence est claire et qu'il s'agit simplement de l'appliquer d'une façon presque automatique¹³. La Chambre de droit public ne doit gaspiller ni son temps ni ses forces à examiner des recours dépourvus de chances de succès ou dont la solution est évidente.

160. L'art. 92 OJ constitue cependant un remède insuffisant. Entre les affaires qui peuvent être jugées par cette voie et celles qui méritent d'être examinées en séance publique, il en est auxquelles une procédure intermédiaire conviendrait mieux. En effet, nombre de recours sont liquidés aux audiences de la Chambre sans discussion¹⁴. Ils posent un problème. C'est la raison pour laquelle il n'est pas opportun d'appliquer l'art. 92 OJ. Néanmoins, le juge rapporteur ou le président de la cour prévoient souvent que la solution proposée et les motifs sur lesquels elle repose ne susciteront pas d'opposition. Dès lors une décision prise par voie de circulation entre cinq membres de la cour serait suffisante.

Une solution de ce genre permettrait de gagner un temps appréciable et de décharger les audiences publiques de la Chambre. Elle épargnerait au plaideur venu assister à la délibération la peine de se déranger pour n'entendre que la lecture d'un rapport dont il retrouvera l'essentiel dans l'arrêt.

D'ailleurs, la cour de cassation et la II^e cour civile, qui connaissent de certains recours de droit public¹⁵, statuent sur une partie d'entre eux en faisant circuler le dossier au-

¹² Cf. n° 13 ci-dessus. Il s'agit pour une bonne part de recours rédigés par des profanes.

¹³ Tel est le cas de la plupart des recours pour violation de l'art. 45 Cst.

¹⁴ Cf. n° 13 ci-dessus.

¹⁵ Art. 2 ch. 1 al. 2 RTF.

près de cinq juges¹⁶. Cette méthode n'a donné que de bons résultats.

Une affaire ne se liquiderait par circulation qu'en cas d'unanimité des membres de la cour. La procédure serait introduite d'emblée ou après le dépôt de la réponse de l'intimé. A la différence des règles applicables au recours en réforme, nous admettrions que l'arrêt statuant sur un recours de droit public liquidé par circulation entre cinq juges soit sommairement motivé.

§ 3. *Des auditeurs*

161. Si les quelques suggestions qui précèdent étaient encore insuffisantes pour compenser les charges supplémentaires découlant de l'accroissement du nombre des recours, nous ne proposerions pas pour autant d'augmenter l'effectif des juges fédéraux. Une solution intermédiaire serait en effet concevable. Elle consisterait à autoriser le Tribunal fédéral à appeler auprès de lui des juristes éprouvés. Ceux-ci seraient de hauts fonctionnaires et prendraient rang entre les juges et les greffiers. Ils auraient une double tâche.

162. Ces «auditeurs»¹⁷ seraient tout d'abord chargés de présenter des rapports dans certaines affaires, en principe les moins complexes. C'est ainsi qu'ils pourraient préparer les causes liquidées selon la procédure de l'art. 92 OJ, ou par circulation entre cinq juges¹⁸. Lorsque le recours serait exa-

¹⁶ Cette pratique n'est pas suivie à la I^e cour civile, qui se conforme à l'art. 92 OJ. La II^e cour civile applique l'art. 60 OJ. La cour de cassation ne peut fonder sa pratique – d'ailleurs justifiée – sur aucune disposition légale.

¹⁷ Le terme vient du droit français où il désigne certains membres du Conseil d'Etat ayant des fonctions analogues à celles que nous décrivons ci-dessous. Nous ne parlons des «auditeurs» qu'en tant que cela intéresse la Chambre de droit public. Nous n'en sommes pas moins d'avis que des «auditeurs» trouveraient aussi place auprès des autres sections du Tribunal fédéral; voir dans ce sens PANCHAUD, p. 118a/119a.

¹⁸ Cf. n° 160 ci-dessus.

miné en séance publique, ils présenteraient leur rapport à l'audience et participeraient à la discussion. Ils n'auraient cependant que voix consultative, même quand l'une des deux procédures sommaires qui viennent d'être rappelées serait appliquée. Notre proposition serait le simple développement d'une situation qui existe déjà. En effet, conformément à l'art. 10 al. 2 RTF, les présidents des sections peuvent, dans la préparation de leurs rapports, se faire aider par les greffiers et les secrétaires. De fait, chaque année, de nombreux rapports sont élaborés, à la Chambre de droit public, par un greffier, quelquefois un secrétaire¹⁹. Ce système a donné des résultats satisfaisants. Il pourrait, avec quelques aménagements, recevoir la consécration de la loi.

163. Les «auditeurs» auraient une autre fonction, non moins importante: ils assisteraient les membres de la cour dans leurs travaux de recherches. A cet égard, ils auraient une double mission. D'une part, ils seraient à la disposition des juges pour leur fournir des renseignements circonstanciés sur l'état de la doctrine et de la jurisprudence relatives à une question déterminée. D'autre part, ils seraient chargés de lire les nombreux ouvrages et périodiques qui paraissent chaque année, en Suisse et à l'étranger, dans le domaine du droit public et administratif. Sur la base de leurs lectures, ils établiraient et tiendraient à jour un fichier de documentation permettant de connaître rapidement l'essentiel de la doctrine et de la jurisprudence intéressant un certain problème. Ce fichier donnerait notamment un aperçu suffisant de la jurisprudence non publiée.

La documentation ainsi mise à la disposition de la Chambre de droit public permettrait aux rapporteurs de présenter leurs affaires avec la certitude de n'avoir pas

¹⁹ 221 en 1958, 208 en 1959, 205 en 1960, 196 en 1961, dont une bonne partie concerne des recours rédigés par des profanes. La Chambre de droit administratif et, depuis peu, la Cour de cassation font usage de la faculté donnée par l'art. 10 al. 2 RTF, toutefois dans une mesure beaucoup plus restreinte.

ignoré un arrêt non publié ou un article de doctrine importants. Elle serait précieuse notamment pour les magistrats qui font leurs débuts au sein de notre juridiction constitutionnelle. Mais elle le serait aussi pour les membres plus anciens de la cour: Elle leur éviterait des recherches longues, difficiles et qui, faute de temps, demeurent parfois incomplètes²⁰.

Enfin et surtout, notre proposition favoriserait une meilleure répartition des tâches entre les juges et ceux qui les assistent. Organisé selon les possibilités actuelles de rationalisation et utilisant des méthodes qui ont fait leurs preuves ailleurs, le travail des uns et des autres serait plus efficace. Laissant leurs collaborateurs être les serviteurs de la jurisprudence, les juges pourraient en devenir plus complètement les maîtres et en diriger mieux l'évolution. Ils se consacraient ainsi uniquement à leur fonction propre.

²⁰ En France, le Conseil d'Etat s'est adjoint en 1953 un centre de coordination et de documentation auquel deux auditeurs sont affectés en permanence et qui remplit des fonctions un peu semblables à celles que nous exposons dans le présent numéro; cf. DALLOZ, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit public et administratif, 1958, tome I, p. 480, nos 117-120.

CONCLUSIONS

164. Au cours de notre travail, nous avons suggéré d'une part certains changements de jurisprudence¹, d'autre part la modification de quelques textes² ou l'adjonction de dispositions nouvelles³ dans la loi.

165. Le lecteur aura constaté que nous nous en remettons largement à la jurisprudence pour apporter à notre institu-

¹ Cf. n° 32 (recevabilité du recours contre certaines instructions de service), n°s 35/36 (recevabilité du recours contre les constitutions cantonales), n°s 39-42 (recevabilité du recours contre les décisions relatives à la mainlevée provisoire), n°s 52-55 (notion plus étroite des moyens de droit cantonal), n°s 56-58 (simplification des règles jurisprudentielles à suivre en cas de recours cantonal extraordinaire), n°s 61/62 (développement de la jurisprudence relative aux exceptions à la règle de l'épuisement des moyens de droit cantonal), n°s 77-82 (assouplissement de la jurisprudence contestant la qualité du voisin), n° 92 (nouvel examen de la jurisprudence contestant à celui qui n'a pas qualité quant au fond la qualité pour se plaindre d'irrégularités de procédure), n° 96 (abandon de la jurisprudence admettant le recours pour violation de l'art. 45 Cst. contre tout acte d'exécution ou de confirmation), n° 98 (droit pour le Tribunal fédéral d'annuler un arrêté de portée générale attaqué plus de trente jours après sa promulgation à l'occasion d'un acte d'application), n°s 110-115 (assouplissement de la jurisprudence quant au respect de l'art. 90 litt. b OJ), n° 119-123 (admissibilité des moyens nouveaux, sauf dans le recours pour arbitraire), n°s 146 à 149 (précision de la jurisprudence quant à l'«ohne-Not-Praxis»).

² Cf. n°s 48/49 (introduction à l'art. 87 OJ de la notion d'intérêt suffisant), n°s 63-66 (augmentation du nombre des cas où l'épuisement des instances cantonales est nécessaire, art. 86 al. 2 OJ), n° 102 (précision de la loi quant au délai pour recourir contre des décisions d'espèce non encore motivées, art. 89 OJ), n°s 155-158 (suppression de la cour à sept juges, sauf demande contraire d'un membre de la Chambre, art. 15 al. 2 OJ).

³ Cf. n°s 116/117 (règle prescrivant que la Chambre de droit public n'est pas liée par les moyens invoqués), n°s 126/127 (disposition permettant au juge rapporteur de faire corriger ou compléter un recours), n° 160 (introduction de la circulation à cinq juges), n°s 161 à 163 (création de postes d'auditeurs).

tion les corrections désirables. C'est dans une mesure modeste seulement que nous aurions recours au législateur.

D'aucuns regretteront peut-être la position de principe ainsi adoptée. Le domaine du droit public s'étend, dira-t-on, aux dépens de celui du droit civil; le recours de droit public est ainsi appelé à prendre une importance toujours plus grande; il doit dès lors être soigneusement organisé par la loi, et, aujourd'hui, il peut l'être; en effet, une jurisprudence, dans l'ensemble bien établie, a posé les règles nécessaires; celles-ci sont suffisamment claires pour être codifiées sans difficulté; la loi fédérale du 22 mars 1893 sur l'organisation judiciaire fédérale constituait une première étape; le législateur de 1943 en a franchi une seconde; le moment est venu d'entreprendre aujourd'hui la dernière et de fournir au Tribunal fédéral et aux justiciables une loi précise et détaillée supprimant la part trop grande que la jurisprudence laisse encore à l'appréciation.

166. Ces arguments ne manquent pas de poids. Ils ne sont cependant pas décisifs. Les considérations valables pour la procédure relative aux droits privés ne s'appliquent pas nécessairement à celle du recours de droit public. A la différence du droit civil, fort d'une ancienne tradition et dont le juge peut connaître en se conformant à des principes rigoureux et précis, le droit public est une science jeune encore et en pleine évolution. C'est pourquoi, en cette matière, des dispositions légales trop nombreuses et détaillées risqueraient de paralyser la procédure et de l'empêcher de s'adapter aux règles de fond dont elle permet d'obtenir la sanction.

Rappelons aussi que le recours de droit public s'étend aux domaines les plus divers. Il peut être interjeté à la suite d'un litige civil, d'un procès pénal, d'une instance administrative, d'un acte du législateur ou du peuple souverain. Sans doute il a toujours pour objet la sauvegarde des droits constitutionnels. Néanmoins le juge éprouve le besoin de ne pas appliquer dans tous ces cas d'une manière rigoureusement uniforme les principes de procédure régissant notre re-

cours. Il désire ne pas être enfermé dans un cadre rigide. A cet égard, nous ne pouvons que lui donner raison. Certes, on pourrait imaginer des dispositions tenant compte de ces nécessités. De tels textes seraient cependant si complexes que nous ne saurions les proposer.

167. Le lecteur aura remarqué aussi notre préférence pour des solutions laissant au juge un pouvoir d'appréciation parfois assez considérable⁴. Ne livrons-nous pas le plaideur au pouvoir discrétionnaire du magistrat? Nous croyons le danger pratiquement nul. Il est clair en revanche que chaque juge n'exercera pas son pouvoir d'appréciation de la même façon. Ces divergences ne pourraient être évitées que par des règles plus strictes. Celles-ci présenteraient toutefois plus d'inconvénients que d'avantages. La disposition trop rigoureuse que le législateur de 1943 a introduite à l'art. 87 OJ en est un exemple frappant⁵.

Aux termes de longs efforts, le droit privé est parvenu, dans le domaine qui lui est propre, à créer un équilibre entre des forces qui s'opposaient. C'est aujourd'hui le droit public qui cherche, dans la sphère qui est la sienne, à réaliser un équilibre du même genre entre d'autres tendances qui s'affrontent également. Pour y réussir, il doit reposer sur la mise en balance des intérêts antagonistes. Cette comparaison est aussi la base d'une procédure satisfaisante pour le recours de droit public. Trop d'exemples nouveaux se présentent encore pour que l'évolution de cette procédure soit près d'être achevée. Laissons donc notre juridiction constitutionnelle perfectionner davantage les règles auxquelles elle est soumise sans l'enfermer aujourd'hui déjà dans une loi qui lui enlèverait la liberté de mouvement dont elle doit disposer.

⁴ Ainsi la notion d'intérêt suffisant pour recourir contre une décision incidente (n^{os} 48/49), exceptions plus fréquentes à la règle de l'épuisement des moyens de droit cantonal (n^{os} 61/62), souplesse quant au respect de certaines règles de forme (n^o 115), latitude sur la nécessité d'une cour à sept (n^o 157), faculté d'examiner un moyen non soulevé (n^o 117), etc.

⁵ Cf. n^{os} 43–47 ci-dessus.

OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

- BIRCHMEIER, W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zurich 1950.
- BLUMENSTEIN, I.: Die Steuerstaatsrechtspflege des Bundesgerichts im Jahre 1959, Archives de droit fiscal suisse, vol. 29, 1960–1961, p. 361 ss.
- BONNARD, C.: Essai sur l'objet de la lésion au sens de l'art. 88 OJ dans le recours de droit public pour violation d'un droit constitutionnel, RDS vol. 78, 1959, p. 289 ss.
- BURCKHARDT, W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e éd., Berne 1931 (cité: Commentaire).
- Die Befristung des staatsrechtlichen Rekurses, RJB vol. 62, 1926, p. 49 ss. (cité: Befristung).
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre, Staatsrecht, RJB (cité: Rechtsprechung).
- CAVIN, P.: Droit pénal fédéral et procédure cantonale, RDS 1946, p. 1 a et ss.
- CHRISTINGER, U.: Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde, thèse Berne 1946.
- EGGENSCHWILER, E.: Die rechtliche Natur des staatsrechtlichen Rekurses, Berne 1936.
- FAVRE, A.: L'évolution des droits individuels de la Constitution, RDS 1936, p. 291 a et ss. (cité: Evolution).
- Le Tribunal fédéral gardien de la Constitution cantonale, JdT 1948 I 322 ss. (cité: TF).
- FLEINER, F./GIACOMETTI, Z.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.
- FRIESENHAHN, E.: Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, RDS vol. 73, 1954, p. 129 ss. (cité: Verfassungsgerichtsbarkeit).
- Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Rechtsvergleichendes Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg, 20. und 21. Juli 1961, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland (Vorläufige Fassung) (manuscrit) (cité: Landesbericht).
- FRITZSCHE, H.: Rationalisierung der Rechtspflege und ihre Grenzen, RSJ vol. 32, 1935/1936, p. 117 ss.
- GEIGER, W.: Die Gemeindeautonomie und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse St-Gall 1950.
- GIACOMETTI, Z.: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zurich 1933.

- GRISEL, A.: Des restrictions de droit public à la propriété privée, ZBL vol. 56, 1955, p. 89 ss., 113 ss.
- GULDENER, M.: Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände, RDS 1952, p. 207 a et ss.
- GURNY, L.: Der Begriff der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, thèse Zurich 1959.
- GYGI, F.: Aktuelle Probleme des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, RJB vol. 92, 1956, p. 425 ss.
- HEFTI J. CL.: De la qualité pour recourir dans la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, thèse Lausanne 1958.
- HINDEN, J.: Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde, thèse Zurich 1961.
- HUBER, H.: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, RDS 1936, p. 1a et ss. (cité: Garantie).
- Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grundrechte und die schweizerische Rechtsprechung, dans Recht, Staat, Wirtschaft, vol. IV, Düsseldorf 1953, p. 120 ss. (cité: Bedeutung).
 - Die Verfassungsbeschwerde, Vergleichende und kritische Betrachtungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 9, Karlsruhe 1954 (cité: Verfassungsbeschwerde).
 - Die Staats- und Verwaltungsrechtspflege im neuen Organisationsgesetz, ZBL vol. 45, 1944, p. 361 ss. (cité: Staatsrechtspflege).
 - Die staatsrechtliche Beschwerde gegen Entscheidungen über die provisorische Rechtsöffnung, RSJ vol. 50, 1954, p. 301 ss. (cité: Rechtsöffnung).
 - Die Legitimation der Nachbarn zur staatsrechtlichen Beschwerde in Bausachen, RSJ vol. 57, 1961, p. 165 ss. (cité: Legitimation).
 - Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre, RJB (cité: Rechtsprechung).
- IMBODEN, M.: Der Schutz der Eigentums garantie, dans Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift Fritzsche, Zurich 1952, p. 43 ss. (cité: Eigentums garantie).
- Normkontrolle und Norminterpretation, dans Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Berne 1961, p. 133 ss. (cité: Normkontrolle).
 - Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, dans Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe Giacometti, Zurich 1953, p. 89 ss. (cité: Gemeindeautonomie).
 - Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Rechtsvergleichendes Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg, 20. und 21. Juli 1961, Landesbericht Schweiz (Vorläufige Fassung) (manuscrit) (cité: Landesbericht).
 - Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1959, RDS vol. 79, 1960, p. 510 (cité: Rechtsprechung).

- JENNY, L.: Die Aufsicht des Bundes über die Kantone, thèse Zurich 1905.
- MELICHAR, E.: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Rechtsvergleichendes Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit, Heidelberg, 20. und 21. Juli 1961, Landesbericht Österreich (Vorläufige Fassung) (manuscrit) (cité: Landesbericht).
- NEF, H. Unabhängige Schiedsgerichte, dans Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift Fritzsche, Zurich 1952, p. 99 ss.
- PANCHAUD, A.: Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, RDS 1950, p. 1 a et ss.
- DE PERROT, R.: La nouvelle organisation judiciaire fédérale et le recours de droit public sans épuisement préalable des instances cantonales, JdT 1944 I 290 ss.
- PETER, M.: Die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges als formelle Voraussetzung des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, thèse Zurich 1930.
- PIAGET, R.: Les juridictions instituées par les associations économiques, RDS 1952, p. 267 a et ss.
- VOGT, H.: Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes bei der Auslegung des kantonalen Verfassungsrechts, thèse Zurich 1953.
- VOYAME, J.: Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, Société suisse des juristes, Centenarium 1861–1961, Rapports et communications, vol. I, Bâle 1961, p. 67 ss.
- YUNG, W.: L'organisation judiciaire fédérale doit-elle être modifiée? RDS 1935, p. 391 a et ss.
- ZIEGLER, A.: Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden? RDS 1935, p. 217 a et ss.
- ZWAHLEN, H.: Du droit des voisins à l'observation des règles de police des constructions, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, p. 325 ss. (cité: Droit des voisins).
- Le contrat de droit administratif, RDS 1958, p. 461 a et ss. (cité: Contrat).

ABRÉVIATIONS

RTF: Règlement du Tribunal fédéral, du 21 octobre 1944.

Nous avons utilisé pour le surplus les abréviations admises par le Tribunal fédéral. Voir les tables d'abréviations figurant en tête de chaque volume du Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	381
<i>Chapitre I</i>	
Notre point de départ	383
<i>Chapitre II</i>	
Généralités sur le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels	386
Section I. Définition	386
Section II. Données statistiques	388
Section III. Le rôle pratique et les limites du recours de droit public	392
<i>Chapitre III</i>	
Arrêté et décision	396
Section I. Définition de l'acte attaquant	396
Section II. Arrêté de portée générale ou décision d'espèce; quelques cas discutables	397
Section III. Acte de souveraineté obligatoire; quelques cas discutables	401
§ 1. Les jugements arbitraux	402
§ 2. Les instructions de service	404
§ 3. Les adjudications de travaux publics	406
Section IV. Le recours contre les constitutions cantonales	407
Section V. Le cas spécial du recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst.	409
§ 1. Décision finale et décision incidente; difficultés quant à la mainlevée provisoire	410
§ 2. Dommage irréparable	415
§ 3. Faut-il modifier l'art. 87 OJ?	417
<i>Chapitre IV</i>	
Épuisement des moyens de droit cantonal	421
Section I. Quelques difficultés	421
§ 1. La notion de moyens de droit cantonal	421
§ 2. Les règles à suivre en cas de recours cantonal extra- ordinaire	425
§ 3. Exceptions relatives à la règle de l'épuisement	427
Section II. Faut-il modifier l'art. 86 al. 2 OJ?	429

Chapitre V

Qualité pour recourir	432
Section I. L'objet et les modalités de la lésion	433
§ 1. L'objet de la lésion	433
§ 2. Les modalités de la lésion: l'intérêt	437
Section II. Quelques difficultés	437
§ 1. La qualité du voisin	438
§ 2. La qualité de la personne lésée par un acte délictueux	441
§ 3. La qualité du citoyen pour attaquer des privilèges accordés à des tiers	444
§ 4. Les conséquences du défaut de qualité quant au fond	448

Chapitre VI

Forme et contenu du recours	451
Section I. Délai	451
§ 1. Recours pour violation d'un droit constitutionnel im- prescriptible	451
§ 2. Recours contre les arrêtés de portée générale	454
§ 3. Recours contre des décisions non encore motivées	456
§ 4. Délai de recours et semaine de cinq jours	459
Section II. Conclusions	460
§ 1. Le contenu des conclusions	460
§ 2. La portée des conclusions	463
Section III. Les motifs à l'appui du recours	464
§ 1. L'art. 90 litt. b OJ et la jurisprudence	464
§ 2. L'examen limité aux moyens soulevés	469
§ 3. Les moyens nouveaux	470
§ 4. Jonction du recours de droit public avec un autre recours	474
§ 5. Correction du recours de droit public	475

Chapitre VII

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	478
Section I. Généralités	478
Section II. L'étendue du pouvoir d'examen quant aux ques- tions de droit	480
§ 1. Généralités	480
§ 2. Recours pour violation d'un principe constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire et dans lequel l'application de la loi cantonale joue un rôle	481
§ 3. Recours pour violation d'un principe constitutionnel autre que l'interdiction de l'arbitraire et dans lequel l'application de la loi cantonale ne joue pas de rôle	487

Problèmes relatifs au recours de droit public	511
Section III. Les modalités du pouvoir d'examen quant aux questions de droit	489
§ 1. Généralités	489
§ 2. Le pouvoir d'examen à l'égard du droit constitutionnel cantonal	489
§ 3. Autres facteurs propres à influencer l'exercice du pouvoir d'examen	492
<i>Chapitre VIII</i>	
Questions d'organisation	495
Section I. Généralités	495
Section II. Quelques suggestions	496
§ 1. Suppression en principe de la cour à sept juges	496
§ 2. Arrêts rendus par voie de circulation	498
§ 3. Des auditeurs	500
<i>Conclusions</i>	503
<i>Ouvrages et articles cités</i>	506
<i>Abréviations</i>	508