

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:	83 (1964)
Artikel:	Le droit d'être entendu
Autor:	Darbeylay, Jean
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896176

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: 11.02.2026

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

LE DROIT D'ETRE ENTENDU

Rapport présenté par

JEAN DARBELLAY

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg

Introduction

Sitôt mise à jour l'ampleur de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des autorités administratives de la Confédération et des cantons, relative au droit d'être entendu, notre espoir de rendre compte de l'ensemble des questions soulevées par la reconnaissance progressive de ce droit fut ramené à des proportions assez modestes.

L'essentiel de notre recherche a porté sur l'inventaire, l'analyse et la systématisation de la jurisprudence publiée. Celle-ci était assez vaste pour nous dissuader d'entreprendre d'autres recherches dans les archives du TF. Bien que la reconnaissance du droit d'être entendu en matière administrative fût plus actuelle, et qu'elle ait retenu plus particulièrement notre attention en raison des problèmes qu'elle pose, nous n'avons pas négligé l'étude du droit d'être entendu en matière civile et pénale. Nous nous sommes appliqué à faire ressortir le déploiement de la jurisprudence à partir de la notion centrale de l'égalité devant la loi (Cst. féd. art. 4).

Sans doute eût-il été souhaitable de procéder aussi à une analyse des lois cantonales de procédure administrative, en faisant ressortir la manière dont elles institutionnalisent le droit d'être entendu. Nous avons renoncé à cet objectif pour trois motifs : parce qu'il nous eût contraint à excéder les proportions naturelles d'un rapport; en raison, d'autre part, de l'indigence des législations romandes à cet égard; et enfin

parce que les rapporteurs qui ont analysé, en 1947, le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons ont abordé cette question.

Pour mener une enquête systématique et exhaustive à travers le droit d'être entendu et les implications qu'il comporte, il eût fallu beaucoup de loisir, à défaut, de précieux collaborateurs. Nous n'avons joui ni de l'agrément de l'un, ni du concours des autres. Si cependant notre contribution trop modeste à la science du droit public suscite quelque intérêt, nous en sommes redevable à la Providence qui nous a permis de survivre à la tâche accomplie.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU:
SA NATURE, SES IMPLICATIONS*Section I**Le droit d'être entendu: droit fondamental et naturel*

1. Evoquant, dans son *Traité de l'instruction criminelle*, les droits de la défense, FAUSTIN HÉLIE exposait qu'elle «ne doit être considérée ni comme un privilège que la loi aurait établi, ni comme une mesure que l'humanité aurait conseillée; elle constitue un droit que toutes les législations, même celles qui l'ont le plus restreint, ont mis au nombre des droits naturels que les lois positives peuvent régler sans doute, mais qu'elles ne peuvent jamais détruire. La jurisprudence romaine n'admettait pas qu'une personne, même un esclave, pût être traduite en justice sans être défendue: *Ait praetor: si non habebunt advocatum, ego dabo.* Cicéron fait un titre d'accusation contre Verrès d'avoir jugé Sopater et Sthenius sans avoir entendu leurs conseils, *quum reus sine patrone atque advocatis fuisset.* AMMIEN MARCELLIN flétrit un tel jugement comme un crime: *Nec auditum damnare nefas ultimum.* Tous les légitimes, même ceux qui écrivaient au seizième siècle, déclarent que la défense ne peut en aucun cas être étouffée, parce qu'elle est de droit naturel. (...) Un citoyen a le droit d'être entendu quand il est sous le poids d'une prévention dont la vérité n'est pas encore démontrée et qui peut être injuste, comme il a le droit de se défendre par la force, *vim vi repellere*, quand il est attaqué par la force. C'est donc là l'une de ces formes essentielles qui, suivant l'expression d'un éminent magistrat, seraient obligatoires lors même qu'elles ne seraient consacrées par aucune loi; qui ne sont point d'institution humaine, mais de droit naturel,

et que les lois positives ont pour objet principal de faire prévaloir et sanctionner»¹.

«*Nemo condemnatus, nisi auditus vel advocatus*» disait un vieil adage. «Nul ne peut être jugé qu’après avoir été entendu ou légalement appelé» proclamait l’article 11 de la constitution française du 22 août 1795².

A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral s’inspira de semblables réflexions lorsqu’il tenta de définir les droits de la défense et le droit d’être entendu.

¹ FAUSTIN HÉLIE, op. cit., deuxième édition, Paris 1867, tome 7, No. 3323, p. 382 et ss.

² «Nul ne doit être jugé et puni qu’après avoir été entendu ou légalement appelé et qu’en vertu d’une loi promulguée antérieurement au délit...» proclamait déjà l’article 14 de l’acte constitutionnel du 24 juin 1793 et déclaration des droits de l’homme et du citoyen. On sait que cette constitution fut déposée dans une arche en bois de cèdre et son application renvoyée à des temps meilleurs.

L’article 10 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, du 10 décembre 1948, proclame: «Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle».

L’article 6 de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, adoptée par le Conseil de l’Europe, le 4 nov. 1950, proclame, de manière plus circonstanciée: «1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... 3. Tout accusé a droit notamment à: b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense; c) se défendre lui-même ou avoir l’assistance d’un défenseur de son choix et, s’il n’a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d’office, lorsque les intérêts de la justice l’exigent; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l’interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge; e) se faire assister gratuitement d’un interprète, s’il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l’audience».

C'est en fonction de la théorie du déni de justice que le TF sanctionna, dès le début, la violation des droits de la défense. « Bien que la Constitution fédérale soit muette à cet égard, les autorités de la Confédération ont pouvoir pour connaître des dénis de justice. C'est là même une conséquence nécessaire, découlant d'un principe supérieur de droit public qui n'a nullement besoin d'être exprimé, de la protection que ces mêmes autorités doivent à chaque citoyen pour lui assurer et garantir l'application des lois en vigueur. Telle est la jurisprudence fédérale qui trouve appui dans l'article 4 CF. Or une autorité judiciaire ou administrative commet un déni de justice, non seulement si elle refuse d'exercer un acte de sa compétence, après en avoir été requise dans les formes légales, mais encore lorsque, tout en exerçant ses fonctions publiques, elle prive un citoyen de quelqu'une des garanties essentielles dont la loi lui assure le bénéfice... »³

S'agissant d'une personne que l'autorité bernoise avait interdite, sans l'entendre, pour prodigalité, notre haute Cour accueillit son recours en tant qu'il se fondait sur la violation du droit d'être entendu, bien que la procédure suivie par l'autorité fût conforme à la législation cantonale de l'époque. Les lois cantonales, déclara le TF, ne sauraient ignorer les droits constitutionnels garantis par le droit fédéral, tel le droit, dans une procédure d'interdiction, d'être entendu au préalable. Il s'agit là d'un *principe généralement reconnu par toute procédure, même s'il n'est pas expressément formulé dans un texte constitutionnel. Il est un élément essentiel du principe de l'égalité devant la loi.* Il doit être considéré comme une garantie du citoyen contre l'arbitraire de l'autorité⁴.

Dans une affaire où la Cour de cassation pénale vaudoise avait admis un recours du ministère public tendant à infliger à l'un des prévenus de voies de fait une peine de 30 jours de

³ ATF du 11 juin 1880 non publié au RO. Voir JT 1880, p. 801–805.

⁴ RO 23 (1897), p. 566–569.

réclusion, au lieu de 20, sans que ledit prévenu ait eu l'occasion de répondre au recours, le Tribunal fédéral expliqua qu'il ne s'agissait pas de savoir si la loi pénale vaudoise avait été bien ou mal appliquée aux actes dont le recourant s'est rendu coupable, mais si celui-ci avait été privé du droit d'être entendu avant le prononcé de la Cour de cassation. Le TF a déjà jugé à plusieurs reprises que *l'accusé a le droit d'exiger d'être entendu, non seulement en première instance, mais devant l'instance de cassation et alors même que la procédure cantonale ne renfermerait pas de disposition expresse à cet égard.* «Le droit de l'accusé d'être entendu est un *droit élémentaire, existant en dehors de toute prescription légale expresse*, et qui ne saurait être méconnu sans qu'il en résulte une atteinte à la garantie de l'égalité devant la loi inscrite à l'article 4 de la Constitution fédérale.»⁵

Quelques années plus tard, à propos du libre choix de son défenseur par l'accusé, le TF réitera que «le fait de refuser à une partie la faculté de se faire assister comme elle en a le droit aux termes de la loi de procédure applicable, est évidemment une restriction du droit de défense et l'une des formes que peut affecter le refus par le juge d'entendre une partie; en d'autres termes, le droit de se faire assister en justice constitue l'une des parties intégrantes du droit d'être entendu; la violation de ce droit a d'ailleurs pour effet de rompre l'égalité des parties... Le tribunal de la Glâne, en restreignant contrairement à la loi leur droit de défense et leur droit d'être entendus, *droits naturels et primordiaux*, a violé, au préjudice des époux G., l'une des garanties essentielles que leur assure l'art. 4 Cst. féd.»⁶.

Dans une affaire civile jugée à Genève par un tribunal de prud'hommes, le TF constata qu'en déclarant annulé ou rompu dans toutes ses clauses le contrat et en rendant aux parties complète liberté d'action, le tribunal des prud'hom-

⁵ RO 24 (1898) I 560–563.

⁶ RO 29 (1903) I 402 cons. 4 et 5. Voir JT 1904 I 333 ss et la note qui suit.

mes avait prononcé sur des choses non demandées, privant ainsi la recourante du droit qu'elle avait d'être entendue par le juge sur ce point-là et de présenter sa défense. «*La violation du droit naturel et primordial qu'a toute partie d'être entendue par le juge implique un déni de justice incompatible avec la garantie constitutionnelle de l'article 4 Cst. féd.*»⁷

Droit naturel et primordial sans doute, encore faut-il que le droit d'être entendu soit évoqué en temps utile. A maintes reprises le TF a admis que la violation de ce droit pouvait donner lieu à un recours de droit public en vertu de l'article 4 CF. «Mais il est évident que lorsqu'une partie avait la possibilité d'user de son droit d'être entendue par le juge et que, pour une cause ou pour une autre, elle n'a point voulu faire usage de ce droit, elle ne peut plus prétendre que celui-ci ait été violé à son préjudice.»⁸

2. On voit comment le TF, tout en reconnaissant que le droit d'être entendu est un droit naturel et primordial, existant en dehors de toute prescription légale expresse, articule ce droit, à partir du principe fondamental de l'égalité devant la loi, formulé par l'article 4 de la Constitution fédérale. Ce principe est violé, à ses yeux, chaque fois qu'une disposition cantonale de procédure garantissant le droit d'être entendu n'est pas ou est mal appliquée. Au nom du même principe, le TF corrige l'insuffisance des dispositions cantonales de procédure; et en cas de lacune, la garantie fédérale supplée à la carence de la législation cantonale.

S'agissant d'une mauvaise ou d'une fausse application de la loi cantonale qui assure davantage, ou qui assure au moins, au justiciable ou à l'administré, les garanties minimums qui découlent du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, le TF y verra un *déni de justice* qualifié d'*arbitraire*. S'agissant d'une situation où la législation cantonale ignore la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, tirée de l'art. 4 CF, et où l'autorité cantonale, appliquant la loi can-

⁷ JT 1905 I 342–348.

⁸ Sem. jud. 1904 p. 289 à 295, cons. 2. Ne figure pas au RO.

tonale, viole ce principe, le TF y verra un *déni de justice formel*, une violation de la garantie minimum dont chacun doit jouir d'être entendu par l'autorité compétente.

«Le droit d'être entendu, expose le TF, est déterminé en principe par des normes cantonales sur la procédure et la compétence des tribunaux et des autorités administratives. La Chambre de droit public ne revoit l'interprétation et l'application des normes en question que sous l'angle restreint de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement. Mais là où la protection juridique cantonale se révèle insuffisante, les règles de droit fédéral déduites directement de l'article 4 CF, relatives au droit d'être entendu, prennent leur place.»⁹
 «Ces règles, précise-t-il, sont de droit fédéral et garantissent au citoyen *un certain minimum* de droits de défense dans tout litige.»¹⁰

C'est sans doute parce que le droit d'être entendu est fondamental et naturel que le TF, dès 1883, reconnaissait qu'il pouvait être invoqué même par les étrangers résidant à l'étranger. Dans l'espèce en question, l'autorité de Bâle-Campagne n'avait pas respecté le droit d'un allemand, domicilié en Alsace, d'être pleinement entendu au cours d'une poursuite dirigée contre lui. Le TF déclara reconnaître également au profit des étrangers demeurant à l'étranger le droit à la protection juridique et le droit d'être entendu. Cette compétence, le TF affirma la tenir du droit fédéral: elle est fondée même lorsqu'il n'existe pas d'autorité cantonale de recours contre le déni de justice¹¹.

Le droit d'être entendu est-il violé, peut-on encore se demander, lorsque l'autorité refuse ou néglige de se saisir d'une demande, d'une contestation et de procéder à son examen, lorsqu'elle conteste à tort sa compétence ? Dans ces diverses

⁹ RO 85 (1959) I 204 s. cons. 1 = JT 1960 I 238 où le considérant 1 n'est pas traduit. De même RO 87 (1961) I 100–112 = JT 1962 I 130, cons. 4.

¹⁰ RO 87 (1961) I 337 s. cons. 4 litt. a = JT 1962 I 102 s. Voir au surplus sect. III ci-après, § 6 et suiv. et § 14.

¹¹ RO 9 (1883), p. 6–13, cons. 3.

hypothèses, l'autorité viole d'abord un devoir de sa charge, se met en marge de l'ordre constitutionnel établi. Mais elle viole simultanément le droit subjectif de celui qui peut requérir la mise en œuvre du pouvoir juridictionnel ou administratif. Le «dénie de justice» que la jurisprudence qualifie de «formel» comporte, par conséquent, de manière évidente, la violation du droit d'être entendu. Une déclaration d'incompétence, ou la déclaration simultanée de compétence de plusieurs autorités peut porter également atteinte au droit d'être entendu¹².

3. Le droit d'être entendu a été qualifié de droit fondamental et naturel. C'est un droit naturel en ce sens que le juge ne peut établir une mesure correcte de justice dans les relations entre deux parties sans avoir une connaissance aussi précise que possible de la situation et des prétentions réciproques des parties. Une autorité administrative ne peut fixer correctement le contenu d'un droit ou d'une obligation, dans les cas où la loi n'est pas de celles qui comportent une application automatique, sans connaître la situation, les prétentions, les objections de l'administré. Pour établir cette mesure de justice, pour fixer le contenu du droit ou de l'obligation, il faut entendre les intéressés. C'est dans la nature des choses.

Fondamental, naturel, dans toute mise en œuvre du pouvoir susceptible de porter atteinte à la sphère des intérêts personnels du justiciable ou de l'administré, le droit d'être entendu protège ces derniers au cours du déroulement d'une procédure. C'est un droit procédural. Il conditionne la saisie du droit au fond, la perception et la délimitation du droit matériel comme la lumière conditionne la perception des couleurs.

¹² Comp. Z. GIACOMETTI, Schw. Bundesstaatsrecht, Zurich 1949, p.419;

CLAUDE ROSSEL, Le déni de justice formel dans la jurisprudence du TF, thèse Lausanne 1951 et les ouvrages auxquels renvoie la bibliographie.

En fait, les lois de procédure civile, pénale ou administrative, formulent nombre de règles qui convergent vers la reconnaissance et la garantie du droit d'être entendu. Ces lois contiennent le pouvoir dans des limites définies qui réservent aux parties ou aux administrés la possibilité de faire valoir leurs prétentions, de rapporter les preuves d'un état de fait dont dépend le contenu d'un droit ou d'une obligation. Le juge dès lors n'est pas une autorité qui décide souverainement des droits et des obligations des parties, il est un «moyen terme», un «médiateur» qui a mission de rechercher ou de restaurer entre elles l'égalité¹³; il est un instrument de justice. De même l'autorité administrative est un instrument de la justice légale, de l'ordre qu'entend instaurer la loi. Le juge et l'administration n'ont de compétence que pour le droit et pour le bien de la collectivité. Le pouvoir qu'ils mettent en œuvre est déterminé par la loi qui crée et délimite la compétence. Les formalités de procédure sont autant de garanties pour les parties et les administrés, lorsqu'elles soumettent le pouvoir à des règles qui conditionnent son exercice et astreignent l'autorité à motiver les atteintes qu'elle porte aux droits et aux intérêts individuels.

Très récemment, le TF, approfondissant la nature du droit d'être entendu, expliquait que la nécessité de reconnaître ce droit découlait, d'une part, du postulat de la justice qui requiert que la décision soit conforme au droit, d'autre part, de la dignité de celui qui est objet de la décision. La dignité de l'homme exige qu'il ne soit pas uniquement l'*objet* de la décision autoritaire portant atteinte à ses droits, mais qu'avant son adoption il puisse s'exprimer, afin d'exercer une influence sur la procédure de décision et sur son résultat^{13bis}.

¹³ Comp. ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, V, 7, 1132 a 20–25.

^{13bis} ATF non publié, du 11.9.63, en la cause Basler Terraingessellschaft AG c/ Grand Conseil de Bâle-Ville, cons. 3 litt. a.

Section II

Le droit d'être entendu et le formalisme excessif en procédure

4. Les formalités de procédure ne visent pas uniquement à sauvegarder l'intérêt ou les préférences des parties et des administrés. L'intérêt général, le droit objectif conditionnent souvent l'intérêt des parties et celui des administrés. Les lois de procédure ne sauraient ignorer les exigences d'une bonne justice, celles de la sécurité juridique, d'une mise en œuvre efficace et rapide du pouvoir. Des conflits peuvent surgir dès lors entre les préférences des parties ou des administrés et l'intérêt général¹⁴.

Le juge qui va au-delà des conclusions des parties dans le règlement des effets accessoires du divorce ou même qui les règle d'office, ne viole pas mais applique le droit fédéral¹⁵. Dans d'autres circonstances cependant, c'est une faute que d'outrepasser les conclusions des parties. Ainsi le tribunal des prud'hommes de Genève avait annulé toutes les clauses d'un contrat alors que seul un point était litigieux. En prononçant sur des choses non demandées, décida le TF, les prud'hommes ont privé la recourante du droit qu'elle avait d'être entendue sur un point précis¹⁶.

De même, en droit fiscal fédéral, le TF n'est pas lié par les préférences des parties (OJF art. 109). «En matière fiscale, l'arrêt rendu sur recours de droit administratif doit créer un état conforme à la véritable situation juridique, sans égard aux conclusions des parties. Le TF peut se saisir de conclusions nouvelles qui n'auraient pas été soumises à la commission de recours...»¹⁷ Le droit d'être entendu dès lors ne se confond pas avec la possibilité de ne faire entendre que

¹⁴ Sur le conflit entre l'exigence de la garantie des droits individuels et les sollicitations du bien commun, voir ci-après § 22.

¹⁵ CCS art. 158. Voir JT 1946 I 82–85.

¹⁶ Voir ci-devant § 1, l'arrêt cité: JT 1905 I 342.

¹⁷ JT 1946 I 574–576.

ses prétentions. Il serait néanmoins violé si les parties n'étaient point admises à formuler leurs positions, leurs objections et des prétentions qui ne sont pas d'emblée abusives ou contraires à l'ordre public.

De ce point de vue, la réglementation par les lois de procédure et la jurisprudence de la *qualité pour agir* peut rétro-agir sur le droit d'être entendu. En effet, ce n'est que dans la mesure où il remplit les conditions requises par la loi pour agir que le requérant peut se faire entendre par le juge.

Et qu'en est-il des décisions administratives contre lesquelles aucune voie de recours ne serait ouverte ? «En vertu de leur souveraineté fiscale, arguait le TF, les cantons sont libres, à vrai dire, de ne prévoir aucun moyen de droit permettant d'attaquer les taxations d'impôt et de donner le caractère définitif aux décisions des autorités de taxation, soit d'une manière générale, soit pour certaines catégories d'impôts, et d'exclure tout recours...»¹⁸ Une telle conception est-elle compatible avec l'Etat de droit ? Le Congrès international de juristes sur l'activité de l'exécutif et la primauté du droit à Rio de Janeiro, en décembre 1962, la repousse dans la résolution suivante : «Le principe de la Primauté du Droit exige que certains principes fondamentaux soient respectés... L'intéressé doit disposer d'un recours devant une autorité administrative ou judiciaire.»¹⁹

5. Lorsque la loi ou la jurisprudence restreignent à l'excès la qualité pour agir ou la subordonnent à des conditions trop strictes, l'intéressé peut se voir privé du droit de se faire entendre²⁰.

Le TF a souvent déclaré que le lésé n'a pas qualité pour

¹⁸ JT 1927 I 439–445, consid. 3. Il est vrai que la voie du recours de droit public ne saurait être abolie par les cantons.

¹⁹ Nouvelles de la commission internationale de juristes, avril 1963, p. 2. Comp. ci-après § 22.

²⁰ Le TF se posa la question de savoir s'il n'y avait pas déni de justice à contester à une personne légitimée à agir la poursuite de ses droits: RO 17 (1891) I 5–14 cons. 4.

former un recours de droit public contre une ordonnance de non-lieu ou un jugement d'acquittement, même s'il est intervenu dans l'instance cantonale comme accusateur privé. Seul l'Etat, détenteur de la souveraineté, possède un intérêt de ce genre, non pas le plaignant ou le lésé²¹. Celui dont les droits sont lésés par un faux témoignage et qui ne peut réclamer la revision d'un jugement civil ou pénal rendu contre lui qu'à la condition d'obtenir la condamnation d'un témoin n'a pas non plus qualité pour agir par la voie du recours de droit public contre une ordonnance de non-lieu ou un acquittement dudit témoin²². Il n'a donc aucune possibilité de se faire entendre, de faire reconnaître son droit. Les restrictions purement formelles et de procédure touchant la qualité pour agir, se répercutent ainsi sur le droit d'être entendu et peuvent entraîner la méconnaissance d'un droit matériel²³.

Bien que nécessaires, les formalités de procédure paralySENT parfois le droit des parties ou des administrés lorsqu'elles se durcissent en un formalisme excessif. Ainsi un appel au tribunal supérieur de Bâle-Campagne fut déclaré irrecevable parce que le mandataire du recourant n'avait pas déposé sa procuration en même temps que l'acte de recours. Le TF ne vit pas tout d'abord dans une telle pratique un acte arbitraire. En l'occurrence, il considéra que l'irrecevabilité reposait sur un «formalisme excessif» entraînant un

²¹ RO 70 (1944) I 78 = JT 1945 IV 24.

²² Même arrêt. Voir aussi RO 69 I 17 = JT 1943 IV 56; 69 I 89; 72 I 292 = JT 1947 I 282.

²³ La même remarque peut être faite à propos d'autres situations analogues. Ainsi le TF ne reconnaît pas la qualité pour agir, par la voie du recours de droit public, *au contribuable* pour l'octroi illicite de priviléges à des tiers, par la voie légale, ou par décision administrative: RO 85 I 52 = JT 1960 I 81; ni *au voisin* contre le permis de construire accordé, sauf s'il entraîne une restriction à ses propres possibilités de bâtir: RO 88 I 179; ni *à la commune* pour une rectification de sa frontière par le Conseil d'Etat: RO 87 I 213 = JT 1962 I 182.

déni de justice incompatible avec l'article 4 CF²⁴. Ce «formalisme excessif» recouvre en fait un déni de justice, un refus d'entendre le justiciable.

Même remarque s'agissant de l'application de la règle qui prévoit que les recours sont déposés dans les dix jours au greffe du tribunal qui a rendu le jugement. Il y a sans doute vice de procédure lorsque le dépôt est effectué auprès du président du tribunal et lorsque la transmission au greffe s'effectue hors délai. Mais un tel vice doit-il entraîner l'irrecevabilité du recours comme l'a jugé le tribunal supérieur d'Argovie ? Le TF cassa cette sentence parce que «le droit de procédure est un droit *formel dont le rôle est d'assurer l'exécution du droit au fond et non de le rendre difficile* ... Un *formalisme excessif* que ne justifie aucun intérêt digne de protection et qui aggrave l'exécution du droit dans une mesure insupportable équivaut à un déni de justice formel»²⁵.

Formalisme excessif également que le refus de la commission de recours des Grisons d'entrer en matière sur deux recours cumulés dans un seul mémoire, alors que les faits et les motifs sont clairement distingués. Un tel refus de l'autorité de recours fiscale équivaut à un déni de justice formel²⁶ – qui contient une violation du droit d'être entendu.

De même, il y a violation du droit d'être entendu – et par conséquent déni de justice formel – lorsque la juridiction cantonale de recours déclare irrecevable un recours déposé conformément à l'avis erroné émanant de l'autorité administrative compétente²⁷. Le justiciable ne doit point pâtir de ce qu'il s'est fié, et était en droit de le faire, au renseignement juridique inexact donné par l'autorité compétente²⁸. Il est

²⁴ RO 86 (1960) I 4 = JT 1960 I 532.

²⁵ RO 87 I 3 = JT 1961 I 357.

²⁶ RO 85 I 204 = JT 1960 I 238.

²⁷ RO 77 (1951) I 273 = JT 1952 I 91. Voir aussi l'affaire *Cabalzar*, ATF du 22.12.1945, relatée dans Zbl. 1946, p. 77–78, où le TF casse une décision du CE refusant d'entrer en matière sur un recours déposé dans le délai de trois semaines, conformément à l'avis erroné de l'autorité communale.

²⁸ RO 78 (1952) I 294 = JT 1953 I 541. Voir aussi l'arrêt du tri-

cependant des cas où la partie ou son représentant, avocat, doit connaître le délai légal de recours et ne saurait invoquer l'indication manifestement inexacte donnée par l'autorité compétente. Dans une telle hypothèse l'avocat n'est pas admis à se plaindre d'une violation du droit d'être entendu²⁹.

Dans les derniers arrêts évoqués le TF ne se soucie guère d'établir si la décision cantonale est arbitraire et constitue un déni de justice, parce qu'elle interprète, en manquant aux règles de la bonne foi, une disposition de la loi cantonale de procédure ou si elle réalise un déni de justice formel parce qu'elle viole directement la garantie fédérale du droit d'être entendu qui découle de l'article 4 de la Constitution fédérale³⁰. En fait, l'interprétation arbitraire ou contraire aux règles de la bonne foi de dispositions cantonales de procédure telles que celles qui fixent les délais et les modalités d'un recours constitue un déni de justice. Mais un tel déni de justice peut constituer simultanément une violation du droit d'être entendu garanti par l'art.4 CF, violation que le TF considère comme déni de justice *formel*. Il est difficile en l'occurrence, s'agissant de la violation de règles «formelles» de procédure, de dissocier les deux espèces de déni de justice mis à jour par la jurisprudence³¹.

A l'occasion de la prolongation d'un délai ignorée par la Cour d'appel de Fribourg, le TF déclara inadmissible qu'une partie puisse être frustrée d'office de son droit d'appel, sans avoir pu établir que l'irrégularité alléguée par la Cour d'appel n'existe point en réalité. En prononçant la dite déchéance d'office, et en l'absence du recourant, la Cour a *contrevenu*

bunal administratif de Bâle-Ville du 16.5.1958, Basler Juristische Mitteilungen 1958 p. 246 ss. Arrêt reproduit et annoté dans IMBODEN, Schw. Verwaltungsrechtsprechung t. I No. 65, p. 194 ss.

²⁹ Même arrêt cons. 3.

³⁰ Comp. sur ce point les arrêts RO 76 (1950) I 187 et 77 (1951) I 273.

³¹ A juste titre, M. MAX IMBODEN remarque que la jurisprudence incline toujours davantage à considérer toute violation de règle essentielle de procédure comme une violation du droit d'être entendu. Schweiz. Verw. II, Bâle 1962, No. 62, p. 316 rem. III.

au principe primordial de procédure qui veut que nul ne soit condamné sans avoir été entendu. Il eut suffi d'assigner le sieur B. à la séance au cours de laquelle a été rendu l'arrêt attaqué, pour le mettre en mesure de prouver, par la production de l'exploit l'existence de la prolongation. L'arrêt incriminé doit être assimilé à un *déni de justice*³².

S'élevant contre une interprétation très restrictive de dispositions sur le délai de recours par la cour de cassation pénale fribourgeoise, le TF affirma que le fait d'impartir un délai pour un recours signifie que la partie qui entend en bénéficier peut disposer de *toute la durée du délai*. On ne saurait la raccourcir en retardant la rédaction du jugement de l'autorité de première instance. «Il s'agit là du droit du condamné à sa propre défense, garanti par la loi, en définitive, il s'agit du *droit d'être entendu* qui, d'après la jurisprudence constante du TF, est *de nature formelle*.»³³

Signalons enfin que le TF a considéré comme une violation du droit d'être entendu le fait pour le Conseil d'Etat valaisan de n'examiner que «sous l'angle de l'arbitraire» la décision d'un conseil communal refusant au recourant une patente de débit de boissons alcooliques. Le TF estima que le Conseil d'Etat avait l'obligation d'examiner le recours avec pleine compétence, car, aux termes de la législation cantonale sur les hôtels, auberges, etc., la commune ne disposait nullement d'une certaine autonomie dans l'appréciation des demandes de patente³⁴. Ici le TF a lié en fait le déni de justice matériel (arbitraire) et le déni de justice formel constitué par la violation du droit du recourant d'être entendu. En restreignant arbitrairement sa compétence dans l'application de la loi valaisanne sur les hôtels, le Conseil d'Etat a commis un déni de justice matériel. «Du même coup, il a violé le droit du recourant d'être entendu, droit qui com-

³² JT 1894 p. 132–134 cons. 2.

³³ RO 82 (1956) I 67–72.

³⁴ RO 84 (1958) I 227–231.

prenait en l'espèce celui d'exiger que l'affaire fût revue librement et sous toutes ses faces.»³⁵

Section III

La nature formelle du droit d'être entendu

6. En jurisprudence constante, le TF a déclaré que le droit d'être entendu est de *nature formelle*. Ce qui veut dire que sa violation entraîne la cassation de l'arrêt ou de la décision cantonale attaquée, alors même que le recourant ne peut prouver ni qu'il possède un *intérêt matériel* au recours, ni que la décision cantonale sur le fond du litige eût été différente, s'il avait été entendu³⁶. Cette conception du TF est partagée par le Conseil fédéral³⁷. Elle est également reçue dans les cantons³⁸. Il est d'ailleurs naturel que ces derniers s'inspirent d'une jurisprudence qui a été élaborée à l'occa-

³⁵ RO 84 I 231.

³⁶ RO 29 (1903) I 461–469 – en particulier p. 467; RO 32 (1906) I 133–38 cons. 1 et 2; RO 52 (1926) I 312–321 cons. 6; RO 64 (1938) I 145–149 cons. 2 = JT 1939 I 209; RO 74 (1948) I 241–251 = Sem. jud. 1949 p. 113 ss. cons. 5; RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404 cons. 4; RO 76 (1950) I 177–183 = JT 1951 I 156, cons. 3; RO 82 (1956) I 67–72, cons. 2; RO 83 (1957) I 237–240 = JT 1958 I 26, cons. 1; RO 84 (1958) I 227–231, cons. 3; Zbl. 1960 pp. 16–18 = ATF du 4 nov. 1959; Zbl. 1960 p. 584–593 = ATF du 8.7.1959 cons. 2; RO 85 (1959) I 201–204 = Sem. jud. 1960 p. 545, cons. 2; Zbl. 1961 p. 388–390 = ATF du 10 mai 1961, cons. 1; RO 87 (1961) I 100–112 = JT 1962 I 130, cons. 8; RO 89 (1963) I 153–158, cons. 3 fin.

³⁷ Notamment dans une décision du CF du 15.8.1962 relative à la révocation de la libération conditionnelle accordée en matière d'internement (CPS art. 42). Le CF admit le recours pour le motif que le recourant n'avait pas été entendu. Le droit d'être entendu, déclara le CF, est de nature formelle, sa violation entraîne la cassation de la décision attaquée même si le recourant ne peut prouver un intérêt matériel au recours. Le CF se réfère expressément à la jurisprudence du TF en la matière. Informations pénitentiaires suisses, oct.–déc. 1962, No. 40, p. 24–25.

³⁸ Voir en particulier Zbl. 1957 p. 373–375 où le *Conseil exécutif bernois* dans une question disciplinaire évoque la nature formelle du

sion de décisions cantonales contre lesquelles les recourants faisaient valoir la violation du droit d'être entendu.

Il résulte apparemment de cette jurisprudence que la garantie du droit d'être entendu est *inconditionnée*. Une décision adoptée au mépris de cette garantie doit être mise à néant même si elle est inattaquable quant au fond et sans qu'il soit nécessaire de préciser en quoi elle doit être modifiée du point de vue matériel³⁹. Dans ce sens, on peut évoquer en particulier un arrêt du TF où le recourant se plaignait, *à titre subsidiaire* seulement, du fait que la cour de cassation pénale neuchâteloise, ayant appliqué une disposition plutôt qu'une autre de la loi neuchâteloise de 1922 sur la concurrence déloyale, il avait été privé du droit de se défendre contre cette inculpation précise. Le TF déclara que ce grief, d'ordre formel, n'était pas recevable, «car il aurait dû être avancé *en première ligne*, et ne pas être subordonné à l'examen préalable des moyens de fond»⁴⁰. C'était reconnaître que le grief de la violation du droit d'être entendu doit être examiné d'emblée et indépendamment de tout grief quant au fond du litige.

7. A vrai dire, le TF n'a pas toujours attribué au principe et au caractère formel qu'il lui reconnaissait des effets aussi systématiques. A plusieurs reprises, il a nuancé sa manière

droit d'être entendu selon la jurisprudence du TF. Dans une affaire du 18 nov. 1960, *la Cour de justice genevoise*, résumant la jurisprudence du TF relative au droit d'être entendu, évoque le caractère formel de ce droit dont la violation entraîne la mise à néant de la décision attaquée même si la partie frustrée ne peut établir un intérêt matériel à l'annulation. *Sem. jud.* 1962 p. 111–112. Voir aussi la jurisprudence de l'*ORK* et du *T. adm. de Zurich* dans le Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat: RB 1957 No. 58 (avec les renvois); RB 1960 No. 66; RB 1961 No. 26 et 107; RB 1962 No. 14; Zbl. 1962 p. 83–84.

³⁹ Comp. MAX IMBODEN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, I, Bâle 1960, No. 66, remarques I et II et la décision qu'il cite de l'*Oberrekurskommission* du canton de Zurich.

⁴⁰ RO 52 (1926) I 312–321, cons. 6.

de voir, de telle sorte que le caractère purement *formel* de la garantie constitutionnelle s'estompait ou cédait la place à l'intérêt matériel au recours.

Ainsi la jurisprudence selon laquelle il n'est pas possible d'évoquer à nouveau devant le TF la violation du droit d'être entendu commise par l'autorité cantonale de première instance, lorsque le tort causé a été réparé en seconde instance cantonale⁴¹, ne respecte pas *inconditionnellement* la nature formelle de la garantie.

L'article 4 CF, déclare le TF, ne confère au citoyen que le droit de présenter dûment sa défense avant que n'intervienne une décision définitive, contre laquelle aucune voie de droit n'est ouverte, lui permettant de contester les constatations de fait, d'alléguer de nouveaux faits et de présenter de nouvelles preuves. Lorsque l'autorité de première instance refuse d'entendre un citoyen et que celle de seconde instance, investie du même pouvoir d'examen, comble cette lacune de la procédure, il n'y a pas, en général, violation de l'art. 4 CF⁴².

Dans un autre arrêt, le TF affirme que le droit d'être entendu, qui est de nature formelle et ne présuppose pas l'existence d'un intérêt matériel, est respecté lorsqu'il est pleinement exercé devant l'autorité de seconde instance, lorsque celle-ci a un pouvoir de libre examen et se trouve en mesure de réexaminer les situations de fait et de droit, lorsqu'elle peut accueillir un recours pour violation du droit d'être entendu ou pour tout autre vice de procédure et lorsque le recours peut aboutir à la cassation de la décision⁴³.

Si par contre, l'administré ne dispose d'aucun moyen de recours ouvrant la voie à une appréciation libre du cas, il est

⁴¹ Voir en particulier les ATF: RO 35 (1909) I 395–404 cons. 3; RO 76 (1950) I 45–50 = JT 1951 II 21, cons. 1; Zbl. 1961 p. 388–390; RDAF 1962, No. 4, p. 221–224.

⁴² RDAF 1962, No. 4, p. 221–224, cons. 2.

⁴³ ATF du 10.5.1961, Zbl. 1961 p. 388–390 cons. 1.

indispensable que l'autorité de première instance l'entende avant de prendre sa décision⁴⁴.

Dans un ancien arrêt où il était fait grief au Conseil d'Etat lucernois d'avoir violé le droit d'être entendu d'un interdit parce qu'il n'avait pas cassé la décision du conseil communal prononçant l'interdiction sans audition du recourant, le TF remarqua simplement qu'*il eût été sans doute plus juste de casser la décision du conseil communal et de l'obliger à entendre le recourant avant de prononcer l'interdiction*. Mais ce vice de procédure a été réparé en procédure de recours, le Conseil d'Etat ayant donné à l'intéressé la possibilité de s'exprimer⁴⁵.

Si le droit d'être entendu était vraiment purement formel, inconditionné, chaque fois qu'une autorité le viole, la sanction devrait consister en la cassation ou l'annulation de cette décision. C'est déjà prendre en considération un motif d'ordre *matériel* que de constater que l'injustice commise a été réparée par l'autorité supérieure et qu'elle n'entraîne plus aucun dommage pour l'intéressé.

La jurisprudence du TF qui fut d'ailleurs constante sur ce point a été critiquée. On a dit que le fait de garantir en seconde instance seulement le droit d'être entendu prive l'intéressé d'un droit qu'il devrait posséder devant toutes les instances⁴⁶. On a objecté que le recours n'a pas d'effet suspensif et que le citoyen doit s'incliner immédiatement devant les injonctions de l'administration: il faut dès lors qu'il puisse se faire entendre déjà en première instance⁴⁷. On a fait ressortir que cette pratique du TF est incompatible avec le principe de la légalité des actes de l'administration. Cette légalité ne vaut pas seulement pour les autorités de recours mais aussi pour l'administration elle-même. Sans

⁴⁴ RO 87 (1961) I 337–342, cons. 4 litt. a = JT 1962 I 102. Voir encore ci-après § 12.

⁴⁵ RO 35 (1909) I 395–404, cons. 3.

⁴⁶ M. IMBODEN, op. cit., No. 66, rem. III, supplément 1962.

⁴⁷ CLAUDE ROSSEL, Le déni de justice formel dans la jurisprudence du TF, p. 74.

doute est-il conforme aux requêtes de l'intérêt général que l'administration agisse rapidement; mais, mis à part l'état de nécessité, l'intérêt de l'administration à agir rapidement ne saurait prévaloir sur le principe de la légalité des actes administratifs⁴⁸.

Ces critiques sont certes pertinentes. Elles s'imposeraient sans réserve si le recours de droit public était une voie de droit ordinaire, permettant au TF de redresser toute injustice. La règle de la subsidiarité de ce recours et celle qui requiert l'épuisement préalable des instances cantonales (OJF art. 87) s'opposent cependant à une solution trop méthodique et uniforme⁴⁹.

8. Qu'en est-il maintenant du caractère formel du droit d'être entendu lorsque la violation porte non pas sur la garantie fédérale tirée de l'article 4 CF, mais sur une disposition du droit cantonal qui met en œuvre cette garantie ou certaines conséquences de cette garantie ?

Dans un cas de suspension disciplinaire d'un notaire, l'autorité tessinoise, se fondant sur le dossier pénal, se dispensa d'entendre le recourant pour lui infliger une suspension administrative d'une année. Celui-ci se plaignit de l'inobservation d'une disposition de la loi tessinoise sur le notariat qui prescrit de communiquer à l'intéressé les reproches qu'on lui fait, comme aussi de l'entendre avant toute décision. Le TF constata que le droit d'être entendu tiré de l'article 4 CF n'avait pas été violé parce que le notaire avait été longuement et à plusieurs reprises interrogé au cours de l'instruction pénale qui avait abouti à une condamnation correctionnelle. En outre, précisa le TF, celui qui s'élève par la voie du recours de droit public contre la violation du droit d'être entendu garanti par une disposition de la loi cantonale «*doit fournir la preuve que cette violation lui a été dommageable...* On ne voit pas quel intérêt X pourrait avoir à être

⁴⁸ Z. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, vol. I, Zurich 1960, p. 383–384.

⁴⁹ Voir notre position: § 53.

entendu, du moment que les actes mis à sa charge étaient établis par le jugement pénal qui a formé l'unique base de la sanction disciplinaire»⁵⁰.

Evoquer le caractère dommageable d'une violation du droit d'être entendu pour la sanctionner, c'est faire appel à un motif matériel et renoncer par conséquent à une sanction inconditionnée du vice de forme. On remarquera cependant que le TF renonce ici au caractère formel du droit d'être entendu parce qu'il se présente comme une garantie de procédure purement cantonale, excédant selon lui les exigences minimums que la jurisprudence tire de l'article 4 CF. Distinction subtile, sans doute, qui répond à l'idée que la Chambre de droit public n'entend revoir l'application des normes cantonales de procédure conciliaires avec la garantie de l'égalité devant la loi que sous l'angle étroit de l'arbitraire⁵¹.

9. Pour être formelle, la garantie du droit d'être entendu doit porter sur des «*formes essentielles*» de la procédure. Le droit d'être entendu n'est peut-être pas violé lorsque l'autorité cantonale se borne à écarter tel moyen de preuve⁵²; il l'est presque sûrement lorsqu'elle refuse d'entendre une partie⁵³. Dans un cas de recours en matière fiscale, l'autorité cantonale avait rejeté une requête d'expertise comptable.

⁵⁰ Rep. giurispr. patria 1950, p. 4 = JT 1950 I 187–189. S'agissant de l'exclusion d'un militaire du service personnel sur la base du dossier *pénal*, le Conseil fédéral argumenta de la même manière pour se dispenser d'une audition *administrative* de l'intéressé: JAAC 1948/50 No. 120.

⁵¹ Comp. RO 85 I 204 ss. cons. 1 et ci-devant § 2.

⁵² Voir exemples cités aux § 45 et suiv.

⁵³ Même si cette partie est un chicaneur notoire. «Commet une violation du principe de l'égalité devant la loi au sens restreint l'autorité qui écarte de parti pris et sans autre forme de procès une requête, en considérant comme décisif le fait qu'on serait en présence d'un chicaneur notoire... La requête provenant d'une telle personne mérite en principe autant d'attention que toute autre... sauf si elle apparaît d'emblée comme le produit d'un cerveau malade, ou si elle est incompréhensible». JT 1911 I 648–657, cons. 4.

C'était bien, en un sens, refuser d'entendre pleinement le recourant. Mais le TF déclara que la partie qui sollicite une expertise ne saurait faire abstraction de l'*intérêt matériel* que doit représenter pour elle l'expertise. «Le TF ne fait abstraction d'un pareil intérêt – même dans les procès civils ou pénaux – que si des formes essentielles de la procédure ont été violées, ce qui sera par exemple le cas lorsqu'une partie n'a pas eu l'occasion de se faire entendre. En revanche, on ne saurait parler ni de déni de justice, ni de refus du droit d'être entendu lorsqu'une autorité ne fait pas administrer la preuve offerte pour des faits qui peuvent être considérés comme dénués de portée pour l'issue du litige. Quant à la question de savoir si un fait est important ou non, elle touche au fond du droit et doit être résolue dans ce cadre»⁵⁴. A la limite, nous touchons ici à l'abus du droit d'être entendu.

Constituera par contre la violation d'une forme essentielle de la procédure le fait, pour un office de conciliation, de ne pas siéger dans sa composition légale, comportant un certain nombre de représentants patronaux et ouvriers: «Le droit d'une partie d'exiger que l'office de conciliation soit constitué en conformité de la loi est de nature formelle et subsiste indépendamment de la preuve d'un intérêt matériel.»⁵⁵ En l'occurrence, la partie recourante n'avait pas eu l'occasion de se faire entendre *par l'autorité légalement constituée*. «Chaque partie a droit, sans avoir à prouver qu'elle y a un intérêt quant au fond, à être jugée conformément aux nor-

⁵⁴ RO 73 (1947) I 191–208, cons. 1 = JT 1948 I 178 ss. Si les faits sont par contre pertinents, il y aurait violation du droit d'être entendu à refuser au recourant le droit d'en faire rapporter la preuve par témoins ou par expertise. Voir GIACOMETTI, Allg. Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, p. 466. Il renvoie à une décision de l'*Obersteuerrekurskommission* zurichoise, dans Zbl. 1934 (vol. 35) p. 589. Voir au surplus, ci-après, § 46. Voir aussi l'arrêt du tribunal cantonal vaudois du 1.10.1946 relatif au refus du juge de renvoyer les débats à la suite de la défaillance d'un témoin. Ce refus ne donne ouverture au recours en nullité que si l'audition du témoin défaillant est de nature à influer sur le sort du litige: JT 1947 III 49–58.

⁵⁵ RO 48 (1922) I 252–255 = JT 1923 I 203 ss.

mes qui régissent la juridiction et la compétence et par un tribunal légalement constitué.»⁵⁶ Agir différemment, siéger, comme la commission de recours fiscale fribourgeoise, à trois quand la loi cantonale requiert cinq membres, c'est un déni de justice formel⁵⁷. Mais il n'y aura pas, par contre, violation des formes essentielles de la procédure, ni violation du droit d'être entendu par l'autorité compétente lorsque seule une délégation du Conseil d'Etat d'un canton assiste à la représentation d'un film et que cette autorité *in corpore* en décide la censure. «Dans les procès civils, il n'est pas indispensable que le tribunal entier procède à une vision locale; une délégation suffit, et si des connaissances techniques sont nécessaires, des experts peuvent être commis. A fortiori doit-il en être ainsi dans une procédure administrative où, en règle générale, la garantie du droit d'être entendu est moins grande... Pour statuer en connaissance de cause, l'autorité peut s'en remettre au rapport d'experts ou de membres particulièrement qualifiés qui ont assisté à la représentation.»⁵⁸ En outre, il n'y a pas refus du droit d'être entendu, ni violation d'une forme essentielle de la procédure lorsque l'autorité cantonale, appelée à se prononcer sur la valeur d'un film, n'entre pas en matière, de manière expresse, sur certains griefs formulés par les recourants⁵⁹. On ne saurait déduire de l'article 4 CF l'obligation pour le juge de discuter tous les moyens que peuvent soulever les parties. Si un moyen est manifestement injustifié, le juge ne commet pas de déni de justice en le passant sous silence...⁶⁰

La question de *la motivation des jugements* et des décisions touche aussi de près aux formes essentielles de la procédure et au droit d'être entendu⁶¹. Un défaut de motivation im-

⁵⁶ RO 32 (1906) I 33–38, cons. 1. Voir aussi RO 11 (1885) p. 112–125.

⁵⁷ RO 85 (1959) I 273–276 = JT 1960 I 346 (résumé).

⁵⁸ Zbl. 1954 p. 432–437 = JT 1955 I 14–20.

⁵⁹ Zbl. 1963 p. 363–368, cons. 2.

⁶⁰ Sem. Jud. 1954 p. 536; également JT 1908 I 135–139.

⁶¹ JT 1907 I 494–496 et 276–278.

plique, dans la jurisprudence du TF, un déni de justice en ce sens, par exemple, que «les prud'hommes ont méconnu le droit qu'a tout plaideur d'être entendu et de voir ses moyens examinés par le juge lorsqu'ils sont de nature à mériter examen»⁶². Il est de l'essence de tout jugement d'être motivé. Ce principe requiert de mentionner, au moins brièvement, les motifs qui guident le juge et sur lesquels la sentence se base⁶³. «Il y a déni de justice non seulement lorsqu'une autorité refuse ou néglige de statuer, mais encore lorsqu'elle refuse à une partie le droit de se faire entendre en justice, c'est-à-dire lorsqu'elle prononce sa décision sans tenir compte des raisons alléguées par cette partie, bien que ces raisons fussent de nature à mériter d'être prises en considération et que, d'après les principes élémentaires du droit, elles n'eussent pas dû être passées sous silence...»⁶⁴ Il en va de même lorsque le jugement dont est recours admet comme vrais tous les allégués du demandeur, sans qu'aucune preuve soit venue les corroborer et repousse ceux du défendeur, après avoir refusé d'entendre les témoins, par lui amenés à l'audience. Le président du tribunal a ainsi privé le défendeur du droit de faire entendre en justice sa défense⁶⁵. De ce point de vue, le TF fut bien indulgent lorsqu'il admit qu'une décision du Conseil exécutif bernois était dûment motivée alors que ses motifs n'avaient pas été communiqués aux recourants et alors que l'article 48 de la constitution bernoise exige que «toute décision en matière de contestation administrative et tout arrêté des autorités administratives, concernant des particuliers ou des corporations, doivent être motivés». Il est vrai que les recourants n'avaient

⁶² JT 1901 I 569–576, cons. 3. Ne figure pas au RO. Voir aussi JT 1892 p. 721–727, cons. 4.

⁶³ RO 19 (1893) p. 469–471, cons. 1.

⁶⁴ RO 16 (1890) p. 617–627 = JT 1891 p. 1–10, cons. 1.

⁶⁵ RO 14 (1888) p. 145–149, cons. 2. Mais il peut y avoir simplement «arbitraire» dans l'appréciation des témoignages. Car en matière d'appréciation des témoignages, le TF se montre toujours réservé: RO 83 I p. 7–11 = JT 1958 I 486 (rés.). Voir ci-après § 27.

jamais demandé à cette autorité la communication des motifs de sa décision⁶⁶!

Faisant application d'une ordonnance de Bâle-Ville qui prévoit que les motifs, en matière de police, ne sont donnés que lorsque le tribunal l'estime nécessaire, celui-ci condamna le recourant, sans plus de motifs, à un jour d'arrêt, pour non paiement de la taxe militaire. Le TF cassa la décision cantonale parce que le pourvoi en cassation, pour violation du droit fédéral, n'est possible que si les jugements sont motivés⁶⁷.

Dans une autre espèce, où la cour de cassation fribourgeoise avait passé sous silence les exceptions de tardiveté et d'inadmissibilité soulevées par le recourant à l'encontre d'une poursuite introduite par une commune pour la perception de deux amendes infligées à la suite d'absence à deux exercices du corps des pompiers, le TF admit le recours parce que le recourant, en tout état de cause, avait le droit d'exiger que la Cour de cassation statuât sur les exceptions soulevées et parce que l'inobservation des dispositions de procédure équivaut «à la violation du droit du recourant d'être entendu»⁶⁸, soit à un déni de justice formel.

Laissons au TF lui-même le soin de faire le départ entre la violation des formes essentielles de la procédure qui entraîne la cassation du jugement ou de la décision parce qu'il y a violation de la garantie formelle du droit d'être entendu, et la méconnaissance moins grave et excusable de griefs de second plan qui autorise le TF à raisonner à partir de l'*intérêt matériel* que ces griefs pouvaient revêtir aux yeux de la

⁶⁶ RO 25 (1899) p. 164–171, cons. 5. Par contre, le TF cassa une décision du CE lucernois refusant à une partie la consultation du dossier et de la décision prise tant que les frais de chancellerie ne seraient pas payés. La chancellerie d'Etat de Lucerne fut invitée à communiquer de manière adéquate à la recourante la décision du CE et à lui assurer la consultation du dossier. Il s'agissait d'une demande tendant à la réintégration de la puissance paternelle. RO 40 (1914) I 469–474.

⁶⁷ RO 50 (1924) I p. 352–354 = JT 1925 I 95.

⁶⁸ RO 38 (1912) I 15–18, cons. 3.

partie qui les invoque. « Il pourrait y avoir sans doute déni de justice, si le tribunal n'avait pas apprécié tous les moyens importants d'attaque et de défense formulés en temps utile par les parties et en avait laissé simplement de côté un certain nombre. Il est en outre évident que la disposition portant que les jugements doivent être motivés a précisément pour but de garantir que le tribunal remplisse sa tâche en ce qui a trait à l'appréciation des moyens d'attaque et de défense. Toutefois, bien que le défaut total ou partiel de motifs compréhensibles soit éminemment de nature à ébranler la confiance dans le tribunal de jugement, et bien qu'il soit désirable que la législation du canton apporte un remède à cet égard, une semblable lacune n'est pas suffisante pour autoriser l'annulation d'un jugement pour cause de déni de justice. Une pareille annulation ne se justifierait que si des moyens d'attaque ou de défense, dont la prise en considération eût vraisemblablement dû conduire à une autre décision que celle intervenue, avaient été, ou bien complètement passés sous silence, ou bien appréciés d'une manière contraire aux principes les plus élémentaires du droit... »⁶⁹

Le TF déclare encore n'avoir pas pour mission, en matière de recours de droit public, de réaliser l'harmonie entre le dispositif du jugement et les considérants sur lesquels le dispositif s'appuie. Son intervention ne se justifie que lorsqu'il est établi que la décision du juge constitue un *acte arbitraire* et évidemment contraire aux règles élémentaires du droit, au regard des conclusions des parties et des faits de la cause⁷⁰.

La motivation des jugements et des décisions est une règle de procédure qui oblige l'autorité à souligner la manière dont elle a entendu les parties et tenu compte de leurs griefs. A ce titre, la motivation est impliquée dans les exigences du droit, elle est une conséquence d'ordre procédural du droit d'être entendu. En soupesant les motifs de la décision cantonale, il arrive que le TF passe du grief formel de la vio-

⁶⁹ JT 1891 p. 264–268, cons. 2.

⁷⁰ ATF du 4 sept. 1891 mentionné dans JT 1891 p. 671.

lation du droit d'être entendu qui peut entraîner la cassation, au plan matériel où le fond du litige retient seul son attention et conditionne son jugement. Ainsi dans une affaire où la recourante attaquait un jugement de prud'hommes parce qu'il prononçait uniquement sur les dommages-intérêts et non sur les salaires, le TF remarqua que «ce grief se trouvait dénué de tout intérêt et de toute portée pratique» parce que les salaires avaient été payés en fait⁷¹. C'était admettre la nécessité d'un intérêt matériel pour invoquer la violation du droit d'être entendu. Mais peut-on en faire le reproche au TF lorsqu'il saute aux yeux que l'intérêt matériel est inexistant?

Dans une affaire de meurtre où la Cour de cassation du TF siégeait comme cour de droit public, pour connaître d'un recours dans lequel l'accusée arguait d'une violation de l'art. 4 CF par le TC valaisan, parce que cette autorité s'était fondée sur un rapport produit par l'accusation, sans possibilité d'intervention de la défense, et en écartant les auteurs invoqués par cette dernière, le TF rejeta le grief de violation des droits de la défense «parce que le recours de droit public ne saurait être admis que si les informalités invoquées sont de nature à influer défavorablement sur la situation juridique de la recourante»⁷². Ainsi le TF subordonne en l'espèce le grief de violation des droits de la défense, dont il reconnaît pourtant le caractère formel et inconditionné, à la nécessité d'un intérêt pratique quant au fond du litige.

10. Un condamné voit son sursis révoqué à la suite d'une peine contraventionnelle infligée pour une nouvelle infraction de même nature. La question de la révocation automatique se posait (CPS art. 41). Le TF réitera que le droit d'être entendu découle directement de l'article 4 CF, qu'il est de nature formelle et ne dépend pas d'un intérêt matériel à le faire valoir. Il constate que le condamné privé de sursis

⁷¹ RO 33 (1906) I 10–19 cons. 3 = JT 1906 I 661 et la note critique qui suit l'arrêt.

⁷² RO 78 (1952) IV 145 = JT 1953 IV 105–108.

se trouve dans une situation aggravée par le nouveau jugement et qu'il a par conséquent en principe le droit d'être entendu avant la révocation. Le TF se posa cependant la question de savoir si «la nature *formelle* du droit d'être entendu va jusqu'à exiger que l'autorité permette à l'intéressé de s'expliquer même lorsqu'avant de statuer, elle se rend compte sans hésitation possible qu'elle se trouve devant un cas de révocation automatique». La question fut laissée indécise, parce que, dans le cas particulier, les conditions personnelles du recourant méritaient d'être élucidées par le juge. Il fallait entendre le recourant. Et le TF conclut : «Même si, de façon générale, on ne veut pas admettre toutes les conséquences de la nature formelle du droit d'être entendu, et que l'on considère que, dans les cas de révocation automatique, le condamné ne peut revendiquer le droit de s'expliquer, il est certain qu'au regard des questions d'ordre subjectif qui se posaient en l'espèce, l'autorité cantonale ne pouvait statuer sans entendre le recourant.»⁷³

La position du TF n'est pas plus catégorique dans un arrêt plus récent où il était question de révoquer le sursis d'un condamné à la suite d'une nouvelle contravention pour ébriété au volant. Là encore, la théorie de la révocation automatique ne s'appliquait pas, car la nouvelle infraction qui pouvait déclencher la révocation n'était pas d'ordre criminel ou délictuel⁷⁴.

Le TF répugne incontestablement à reconnaître la révocation automatique du sursis, soit la perte sans possibilité d'être entendu pour le condamné, d'une position juridique préférable qui lui était assurée par un jugement précédent. Si la révocation automatique était admise, il s'ensuivrait que l'autorité serait en droit de porter une atteinte profonde à la liberté individuelle, sans même entendre l'intéressé – ce qui va à l'encontre du caractère formel et inconditionné que le

⁷³ RO 85 (1959) 201–204 = Sem. Jud. 1960 p. 545, cons. 2.

⁷⁴ Arrêt du 25.1.1961 non publié au RO qui figure dans la SJZ, 1963, p. 85–87.

droit d'être entendu comporte, en matière civile ou pénale, aux yeux du TF⁷⁵. Dans l'administration de la justice pénale, l'obligation d'entendre le prévenu est absolue⁷⁶.

Remarquons maintenant que le TF a sauvegardé sans réticence le caractère formel du droit d'être entendu dans le cas du réinternement d'un citoyen au sein d'un établissement de travail dont il avait été libéré conditionnellement. Le citoyen condamné, en vertu de la législation cantonale ou du droit de tutelle fédéral (CCS art. 406), à l'internement dans un établissement de travail a le droit d'être entendu, selon l'article 4 Cst. féd. Et ce droit existe aussi lorsqu'il s'agit de révoquer la libération conditionnelle dont il a bénéficié, car il s'agit là d'une atteinte profonde à la liberté équivalente à une peine⁷⁷.

Nous analyserons plus loin l'évolution de la jurisprudence relative au droit d'être entendu en matière administrative. Dans ce secteur, le TF affirme que le droit d'être entendu est plus restreint que dans les procédures civile et pénale⁷⁸.

Section IV

Le droit d'être entendu considéré comme une garantie constitutionnelle minimum et subsidiaire

11. Si le droit d'être entendu est un droit «fondamental», «élémentaire», «naturel», «un principe généralement reconnu par toute procédure», il est bien naturel aussi qu'il soit mis en

⁷⁵ RO 76 (1950) I 177 = JT 1951 I 156, cons. 2; RO 74 (1948) I 241–251 = Sem. Jud. 1949 p. 113, cons. 3; RO 30 (1904) I 276–281, cons. 2.

⁷⁶ RO 46 (1920) I 323–327 = JT 1921 I 113 cons. 2.

⁷⁷ RO 83 (1957) I 240–242 = JT 1958 I 117. Même jurisprudence du *Conseil fédéral*. Voir JAAC 1951 No. 35 et Informations pénitentiaires, 1962 (oct.-déc.) p. 24. Voir aussi Tribunal adm. zurichois: Zbl. 1962 p. 442–443.

⁷⁸ RO 74 (1948) I 241–251, cons. 3 et 4. Voir aussi ATF du 13.12. 1961 (Cour de cassation pénale), cons. 2.

œuvre d'abord par les normes cantonales sur la procédure et la compétence des tribunaux et des autorités administratives. C'est aux cantons, dans toute la mesure où l'aménagement de la procédure leur est encore réservé, qu'il appartient d'aménager les règles de procédure civile, pénale ou administrative de telle manière qu'elles respectent et qu'elles favorisent les multiples expressions du droit d'être entendu et des droits de la défense. De ce point de vue, la garantie fédérale du droit d'être entendu que le TF a tirée de l'article 4 CF ne peut être conçue que comme une garantie *minimum* et *subsidiaire*, un palliatif à la carence des législations cantonales, un correctif à l'égard des dispositions qui méconnaissent le droit d'être entendu ou certaines de ses conséquences. Qu'une telle garantie soit bien un minimum qu'elle soit même parfois insatisfaisante, c'est ce qu'exprime cette boutade d'un magistrat zurichois : «On ne saurait simplifier la pensée juridique en adoptant la formule: est droit ce qui n'est pas qualifié ‹arbitraire› à Lausanne.»⁷⁹ Il reste aux cantons, nous le verrons, et spécialement en procédure administrative, une grande marge de possibilités dans l'aménagement du droit d'être entendu et la reconnaissance de ses implications, par delà la garantie minimum tirée de l'article 4 CF.

Nous l'avons déjà relevé, le TF admet que le droit d'être entendu est déterminé en principe par des normes cantonales sur la procédure et la compétence des tribunaux et des autorités administratives⁸⁰.

«L'étendue du droit d'être entendu dans un procès civil est, en principe, fixée par des règles cantonales de procédure. En tant que ces règles sont contenues dans une loi cantonale, le TF ne peut en revoir l'interprétation et l'application que sous l'angle restreint de l'arbitraire et de l'égalité de traitement. Quand le droit cantonal n'offre qu'une protection in-

⁷⁹ OSKAR BOSSHARDT, Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zbl. 1963, p. 255.

⁸⁰ RO 85 (1959) I 204–211 = JT 1960 I 238, cons. 1. Voir ci-devant § 2.

suffisante, le droit d'être entendu est alors assuré par les règles de procédure du droit fédéral qui découlent directement de l'art.4 CF et qui garantissent au plaideur la complète égalité de traitement dans ses contestations avec ses concitoyens.»⁸¹

12. D'autre part, le caractère minimum de la garantie fédérale du droit d'être entendu ressort de ce qu'elle n'est pas assurée à toutes les instances de la justice ou de l'administration cantonale. En parcourant les dérogations à la nature formelle que le TF reconnaît au droit d'être entendu, nous avons vu que le recours de droit public contre la violation de ce droit par l'autorité administrative de base, ou par le tribunal de première instance, ne sera pas agréé *si l'autorité judiciaire ou administrative supérieure a corrigé le vice de procédure commis auparavant*⁸². Nous renvoyons à ces précédents développements.

Dans un cas où un masseur avait été condamné à une amende par le Département de l'Intérieur du canton du Valais, pour exercice illégal de la médecine et faisait grief de n'avoir pas été préalablement entendu, le TF considéra cette allégation comme exacte en ce sens seulement que l'intéressé n'avait pas été cité à une audience de jugement, ni invité à fournir au département des explications écrites. Mais, par contre, il avait eu l'occasion de lui donner à différentes reprises des explications verbales «*et surtout il a été mis en mesure de défendre ses droits de la façon la plus complète devant l'instance de recours, soit le Conseil d'Etat*, et il a fait usage de cette faculté»⁸³.

Une telle jurisprudence invite le lésé à épuiser les voies

⁸¹ RO 87 (1961) I 100–112 = JT 1962 I 130, cons. 4. Même jurisprudence dans l'ATF non publié Basler Terraingesellschaft AG c/ G.C. de Bâle-Ville, du 11 sept. 1963, cons. 3a.

⁸² Ci-devant § 7. RO 35 (1909) I 395–404, cons. 3; RO 76 (1950) I 45–50 = JT 1951 II 21, cons. 1; Zbl. 1961 p.388–390, cons. 1; RDAF 1962 p.221–224, cons. 2.

⁸³ RO 43 (1917) I 23–34 = JT 1917 I 334–343, cons. 1 a).

de recours, le TF ne sanctionnant pas une violation du droit d'être entendu lorsque l'intéressé avait la possibilité de recourir contre la décision attaquée⁸⁴.

De ce point de vue, la jurisprudence, récemment confirmée, du TF, en matière administrative, apporta quelques correctifs à l'occasion du renvoi d'élèves d'une école secondaire. Le TF précisa que l'*article 4 CF garantit la possibilité de se défendre de manière normale avant que ne soit prise une décision définitive* qui ne peut plus être attaquée par un recours *ordinaire* permettant de contester également l'état de fait. En l'occurrence, le conseil cantonal ne pouvait revoir les décisions de renvoi du conseil scolaire que sous l'angle de l'*arbitraire*. *Comme les recourants ne disposaient d aucun moyen de recours ouvrant la voie à une appréciation libre du cas, il était indispensable que le conseil scolaire entendît leurs parents avant de prononcer le renvoi*⁸⁵.

⁸⁴ Ainsi un interdit se plaint devant le TF de n'avoir pas été entendu par l'autorité bourgeoisiale de la ville de Lucerne. Le TF constate que le recourant a omis de faire valoir ce grief durant la procédure de recours devant le Conseil d'Etat. De ce fait, il n'a pas épousé, sur ce point, les instances cantonales comme l'exige une pratique constante relative à l'article 4 CF. *RO 32 (1906) I 93 à 97*, cons.1. Dans un arrêt de 1894, le TF avait déjà requis l'épuisement des instances cantonales s'agissant du droit d'être entendu d'une personne interdite: *RO 20 (1894) p. 30 à 33*. Voir aussi Sem. jud. 1904 p. 289–295, cons. 2 (Ne figure pas au RO).

Pareillement les vignerons valaisans dont les vignes furent anéanties parce qu'elles avaient été plantées en dehors de la zone viticole ne pouvaient se prévaloir de la nullité de la décision du Conseil d'Etat exigeant l'arrachage des vignes parce que cette autorité n'avait pas respecté leur droit d'être entendu. Ils avaient en effet la possibilité d'évoquer ce grief en recourant au Conseil fédéral en temps utile. Ne l'ayant pas fait, ils n'étaient plus admis à évoquer la nullité de la décision de base pour s'opposer à l'amende qui leur fut infligée par le juge pénal en application de l'article 292 CPS (insoumission à un ordre de l'autorité). ATF du 13.12.1961 (Cour de cassation pénale) en la cause dame Rosset et cons. c/ Juge instr. de Martigny, cons. 2.

⁸⁵ RO 87 (1961) I 337–342 = JT 1962 I 102, cons. 4. Comp. ci-après § 42.

Ainsi, la garantie fédérale minimum du droit d'être entendu requiert que le justiciable ou l'administré ait la possibilité de se défendre «de manière normale» avant qu'une décision définitive ne soit prise. Sera considérée comme définitive la décision qui ne peut être attaquée par la voie d'un recours ordinaire⁸⁶.

13. Existe-t-il une possibilité de faire *reconsidérer* la décision par l'autorité qui l'a prise parce que le droit d'être entendu n'a pas été respecté ? Cette possibilité doit être utilisée. Ceci souligne encore la *subsidiarité* de la garantie fédérale.

Selon l'opinion dominante, les décisions administratives ne possèdent pas, comme les jugements, l'*autorité* de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*) mais seulement la *force* de chose jugée (*formelle Rechtskraft*)⁸⁷. Les autorités administratives sont dès lors, en principe, en mesure de modifier leurs décisions ou de les annuler pour autant que l'intérêt public l'exige⁸⁸, alors qu'elles seraient liées, sous réserve de l'existence d'un motif de *revision*, si la décision était revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Doit-on en conclure que les autorités administratives sont *obligées*, à tout moment, de reconsidérer leurs décisions, sur

⁸⁶ Dans ce sens déjà: RO 46 (1920) I 323–327 = JT 1921 I 113, cons. 2 et RO 76 (1950) I 177–183 = JT 1951 I 156 cons. 2. Pour la critique, voir ci-devant § 7.

⁸⁷ FLEINER, Principes généraux du droit administratif allemand, Paris 1933, p. 124 ss; RUCK, Schw. Verwaltungsrecht, vol. 1, Zurich 1951, p. 96 et suiv.; JACQUES MATILE, Essai sur l'autorité des décisions administratives, Lausanne 1952, pp. 36 ss et 78 ss. O. FEHR, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, pp. 353 et suiv. ANDRÉ PANCHAUD, Légalité et révocabilité de la décision administrative JT 1963 I 66–83. Voir la décision de la commission de recours vaudoise du 17.12.1958, dans RDAF 1959, pp. 266–271. En droit administratif fédéral, la reconsidération d'une décision administrative est possible: voir JAAC 1938 No. 30; 1946–47 No. 23; BURCKHARDT, Droit fédéral t. III No. 989, 988 IV, 1020 et suiv.

⁸⁸ RO 43 I 2; 56 I 194; 74 I 249, cons. 4. Mais peuvent-elles reconsidérer spontanément leur décision primitive sans entendre l'intéressé ? Voir RO 84 (1958) I 7–13 = JT 1958 I 312. Surtout cons. 1.

demande de l'intéressé, et que le droit d'être entendu, tel qu'il découle de la garantie fédérale tirée de l'article 4 CF, constraint l'autorité à revoir sa décision chaque fois qu'il plaît à l'administré d'exercer son droit ? Tel n'est pas le cas pour le TF. Ce n'est qu'à des conditions déterminées que le droit d'être entendu, garanti par l'article 4 CF, peut déclencher l'obligation pour l'autorité de reconsidérer sa décision. Il faut que l'on se trouve en face d'une situation essentiellement différente de celle qui a motivé la décision ou que le requérant puisse alléguer des faits pertinents et des moyens de preuve qui n'étaient pas connus auparavant ou qu'il ne lui a pas été possible de faire valoir. Un droit à la reconsidération d'une décision administrative ne saurait être plus largement reconnu que sur la base d'une disposition légale cantonale, ou tout au moins de la jurisprudence des autorités administratives⁸⁹.

Dans le même sens, Giacometti expose que le droit d'être entendu requiert la reconsidération de la décision en cas de modification de l'état de fait qui l'a motivée⁹⁰.

L'institution de la revision est aux décisions et jugements revêtus de l'autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*) ce qu'est la reconsidération pour les décisions administratives jouissant de la force de chose jugée (*formelle Rechtskraft*). L'autorité de la chose jugée et la revision sont apparemment deux institutions complémentaires⁹¹. Mais tandis que la revision apparaît, pour les jugements et les décisions revêtus de l'autorité de la chose jugée, comme une voie de droit extraordinaire, strictement réglementée par les lois de procédure, la reconsidération est un moyen de droit rarement organisé et plus aléatoire, s'agissant de décisions administratives dont on ignore souvent si elles sont revêtues de la force ou de l'autorité de chose jugée. En outre, lorsque la

⁸⁹ RO 67 (1941) I 71–74 = JT 1941 I 535.

⁹⁰ Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zurich 1960 p. 379.

⁹¹ MATILE, op. cit., p. 97 et 93 et suiv. Comp. RDAF 1959 p. 266–271.

loi fixe des conditions pour la mise en œuvre de la reconsidération, il faut veiller à ce qu'elles soient réalisées⁹², sous réserve de la garantie fédérale minimum que la jurisprudence du TF tire de l'article 4 CF.

Cette garantie pouvait éventuellement jouer, aux yeux du TF, dans un cas où un aubergiste s'était vu retirer sa patente en raison de l'immoralité qu'il tolérait dans son établissement. Cependant le TF ne considéra point que l'atteinte à l'existence économique de l'aubergiste provoquée

⁹² Sur les conditions que retient le Conseil d'Etat de Lucerne, voir RO 67 (1941) I 71–74 = JT 1941 I 535 et RO 87 (1961) I 172–181 = JT 1962 I 334 s.

Sur les conditions que prévoit la *loi st-galloise sur l'organisation de l'administration et de la procédure administrative*, du 29.12.1947, voir article 209.

Sur la *Wiederaufnahme* du droit bernois, *La Revision* et le *Neue Recht*, voir GYGI-STUCKI, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Berne 1962, ad. art. 75. Sur la *Wiedererwägungsgesuch* au sens de *revision*: OTTO FEHR, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, Thèse Zurich 1941, p. 266 ss. Voir aussi EDUARD BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Zurich 1960, p. 24 et suiv.

L'ordonnance des Grisons du 1.12.1942, sur la procédure administrative prévoit que le Conseil d'Etat peut reconsidérer une décision dans les cas suivants:

1. Si une partie découvre un moyen de preuve décisif qu'il lui a été impossible de faire valoir dans la procédure de recours;
2. Si des éléments de fait importants viennent à la connaissance d'une partie qui les ignorait lors de la décision;
3. Si, à la suite d'une action pénale, un fait punissable est mis à jour à propos du cas qui fit l'objet de la décision administrative sur recours;
4. Lorsqu'une question préjudicielle de droit civil jugée par l'autorité de recours fait l'objet d'une décision différente de la part d'un tribunal civil;
5. Lorsque l'autorité de recours n'a pas pris en considération par erreur, ou par oubli, des éléments de fait décisifs ou lorsque certaines questions développées dans le mémoire de recours n'ont pas été retenues dans la décision.

Voir J. DESAX, *Verfahren in Verwaltungsstreitsachen im Kanton Graubünden*, Zbl. 1943 p. 177–182.

par le retrait de la patente fut si profonde qu'elle exigeât de la part de l'autorité l'audition préalable du recourant. Cette formalité ayant été omise, «*il faudra sans doute permettre au recourant de demander qu'on reconsidère son cas* et d'alléguer de nouveaux faits pertinents, comme aussi d'offrir de nouvelles preuves»⁹³. Ainsi à défaut d'une pleine reconnaissance de la garantie formelle du droit d'être entendu, dans le cas d'espèce, le TF admit-il une sorte de «droit à la reconsidération» de la décision administrative – parce que le droit d'être entendu n'avait pas été respecté⁹⁴.

La possibilité d'une reconsidération de la décision par l'autorité administrative apparaît dans cette perspective comme un sous-produit de la garantie fédérale du droit d'être entendu, une garantie plus subsidiaire qui ne saurait cependant être arbitrairement ignorée. «Même si la recourante, expose le TF dans un arrêt récent, n'avait pas eu la possibilité de se prononcer sur la question de l'autorisation exceptionnelle avant que la décision ne fût prise, il n'y aurait pas eu violation du droit d'être entendu, parce que – ainsi que le Conseil d'Etat l'a déclaré dans sa réponse au recours – la recourante peut formuler une demande de reconsidération de la décision attaquée.»⁹⁵

Par contre, dans les situations administratives où le droit d'être entendu est pleinement reconnu, parce que l'atteinte

⁹³ RO 70 (1944) I 67–69 = JT 1944 I 381.

⁹⁴ Le tribunal administratif de Bâle-Ville ne fut pas plus catégorique dans une espèce analogue où l'autorité avait retiré la patente d'un hôtelier-restaurateur. En principe, cependant, exposait le tribunal, l'audition de l'intéressé, avant la décision qui porte atteinte à son existence économique, est un postulat de l'Etat de droit... En l'occurrence, l'audition du recourant n'aurait pas modifié l'état de fait. Zbl. 1947, p.364–368.

Sur cette décision GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, p.379 note 19.

⁹⁵ Il s'agissait, en l'occurrence, d'une demande d'autorisation d'exploiter une station d'essence à Soleure: RO 89 (1963) I 11–20, cons. 3. Le TF était d'avis que la requérante avait eu la possibilité de motiver pleinement son point de vue dans la demande d'autorisation. Voir aussi RO 74 I 249, cons. 4.

portée aux intérêts personnels est réputée considérable, comme en matière d'expropriation⁹⁶, le recourant est en meilleure posture. S'agissant en particulier de l'envoi en possession anticipé, le TF admit que l'audition *préalable* de l'intéressé devait avoir lieu. Le Conseil d'Etat déclarait, cependant, dans sa réponse au recours, que le recourant aurait pu lui demander de réexaminer la décision prise; mais il ne prétendait pas qu'il s'agissait là «d'un véritable droit, fondé sur la loi ou sur la jurisprudence», permettant à l'exproprié d'obtenir un nouvel examen de la déclaration d'urgence. Il y avait d'autant moins lieu de le supposer que, si les travaux avaient commencé immédiatement après la décision, le Conseil d'Etat n'aurait pu revenir sur l'envoi en possession anticipé⁹⁷. Aussi le TF reconnut-il que le droit d'être entendu avait été violé par la décision d'envoi en possession sans audition préalable de l'exproprié et bien que l'autorité cantonale ait admis la possibilité d'un nouvel examen de la décision.

14. Une autre règle jurisprudentielle qui souligne le caractère minimum de la garantie que le TF tire de l'article 4 CF consiste en ce que le droit d'être entendu «ne comporte que le droit d'exposer sa cause avant qu'une décision soit prise définitivement, sans possibilité de recours, non pas celui de s'exprimer plus d'une fois dans la procédure, en particulier de déposer une réplique»⁹⁸.

⁹⁶ Par exemple RO 74 (1948) I 241–251.

⁹⁷ RO 87 (1961) I 153–157 = JT 1961 I 577, cons. 3. Voir les critiques que formule contre la théorie de la reconsideration du TF KARL HARTMANN, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers im kantonalen Verwaltungsverfahren*, SJZ 1951 (vol. 47) pp. 50–56. Voir ci-après § 42 et 52.

⁹⁸ ATF du 3 juillet 1957 partiellement reproduit au RO. Le considérant 4 relatif au droit d'être entendu figure dans la Sem. Jud. 1958 pp. 433–448. Voir RO 83 (1957) I 160–173. Dans cette espèce, il s'agissait d'une demande d'autorisation d'assigner en dommages intérêts devant le juge civil certains membres du Conseil d'Etat de Fribourg, en raison du retard apporté à l'octroi d'un permis de

Il s'agit d'une règle à laquelle on ne saurait attacher une signification trop méthodique ! Elle entend exclure un droit tiré de l'article 4 CF pour l'administré ou le justiciable, de s'exprimer à plusieurs reprises au cours d'une même procédure devant une même instance. Elle n'exclut pas une pluralité d'auditions sur des objets distincts au cours de phases distinctes d'une même procédure, ou au cours d'une nouvelle procédure⁹⁹. Elle écarte néanmoins la possibilité d'évoquer la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu pour assurer au recourant, en matière administrative, le droit de répliquer, soit de formuler des observations sur la réponse au recours déposée par la partie adverse. La doctrine cependant estime justifié non seulement que le mémoire de recours soit communiqué à la partie adverse, mais que le recourant puisse prendre connaissance des répliques de cette dernière et formuler lui-même des remarques à propos de ces répliques¹⁰⁰.

construire. L'autorisation de prise à partie devait être donnée par le Grand Conseil. Le requérant reprocha au Grand Conseil d'avoir entendu certains membres du Conseil d'Etat et d'avoir refusé d'entendre les précisions et moyens de preuves qu'il s'offrait à produire en complément de sa demande. Voir aussi sur la règle énoncée: RO 46 (1920) I 323–327 = JT 1921 I 113.

⁹⁹ Ainsi, lors d'une nouvelle demande de changement de nom, formulée par l'épouse divorcée, le père doit être entendu, même s'il l'avait déjà été, par la même autorité, lors d'une précédente demande qui avait été retirée: RO 89 (1963) I 153–158, cons. 3.

¹⁰⁰ Comp. JACQUES GUYET, *Le contentieux administratif genevois et les droits de défense de l'administré*, Genève 1962, p. 41; HENRI ZWAHLEN, *Le fonctionnement de la justice administrative*, Rapport SSJ 1947, p. 158 a–159 a; Z. GIACOMETTI, *Allg. Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, p. 466; KARL HARTMANN, *Der verfassungsmäßige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers*, SJZ vol. 47 (1951) p. 55 ch. 4. Comp. OTTO FEHR, *Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich*, Zurich 1941, p. 336 qui présente comme exceptionnel, en matière administrative, un deuxième échange d'écritures sous forme de réplique et de duplique. Sur la pratique administrative fédérale: JAAC 1934, No. 137 et les références citées. *L'article 93 al. 2 OJF* dispose que «lorsque les considérants à l'appui de l'arrêté ou de la décision attaqués ne sont

Dans un arrêt ancien, le TF avait déclaré, à propos de l'autorisation de nouveaux moyens de preuve, que les parties n'ont aucun droit, en vertu de l'article 4 CF, à exiger d'être entendues par les autorités de chaque instance. Et si le droit de procédure soleurois ne prévoit pas l'obligation de soumettre à la partie adverse le mémoire de recours en nullité, on ne saurait trouver violation de la loi et arbitraire à traiter de la même manière l'apport d'un nouveau moyen de preuve – bien qu'il eût été plus correct, de la part du tribunal supérieur, de communiquer à la partie adverse la requête sur la base de laquelle il a statué¹⁰¹.

Ce considérant devait être désavoué plus tard comme énoncé trop largement. En effet, dans un procès où le tribunal cantonal de Soleure avait admis le recours d'une épouse séparée contre le jugement du tribunal inférieur, après avoir sollicité l'avis du magistrat qui avait statué mais non pas celui du mari, le TF déclara qu'*on ne saurait admettre un recours sans l'avoir adressé à la partie intimée pour qu'elle puisse y répondre ou sans avoir entendu cette partie*. Quand bien même l'intimé ne pourrait déduire des dispositions du droit soleurois le droit d'être entendu dans la procédure de recours, *il peut invoquer ce droit en vertu de l'article 4 CF*.

Peu importe que l'audition du recourant n'eût apporté aucun élément nouveau. Le droit d'être entendu en justice est une règle de forme... Le principe posé d'une façon toute générale dans l'arrêt RO 39 I 107, selon lequel les parties n'auraient pas un droit à être entendues au cours de chacune des instances est manifestement énoncé trop largement et est contraire à la jurisprudence ultérieure du TF qui n'a pas varié¹⁰².

énoncés que dans la réponse de l'autorité, un délai peut être imparti au recourant pour lui permettre de présenter un mémoire complétif».

¹⁰¹ RO 39 (1913) I 98–112, cons. 2.

¹⁰² RO 64 (1938) I 145–149 = JT 1939 I 209. Déjà dans le même sens RO 43 (1917) I 4 à 6. Comp. RO 88 (1962) I 57–71 = JT 1963 I 200, cons. 1. Il y aurait violation du droit d'être entendu, affirme le

Il est contraire aussi à la jurisprudence *antérieure*. Dans un arrêt de 1898, le TF déclarait en effet qu'il avait jugé à plusieurs reprises «que l'accusé a droit d'exiger d'être entendu, non seulement en première instance, mais devant l'instance de cassation et alors même que la procédure cantonale ne renfermerait pas de disposition expresse à cet égard»¹⁰³. Il s'agissait là d'une cassation pénale. Cette règle de l'audition devant chaque instance cédera cependant, comme on l'a dit, si l'instance supérieure a corrigé le vice de procédure commis par l'autorité inférieure¹⁰⁴.

Dans un arrêt relatif au droit d'être entendu au cours d'une procédure d'expropriation, le TF statua même que l'autorité ne pouvait pas refuser d'entendre le recourant durant la procédure incidente de l'envoi en possession anticipé, par le motif que le recourant avait été entendu déjà dans les précédentes phases de la procédure. Le TF remarqua que, dans son opposition à la révision des statuts, aux plans déposés et au budget, le recourant a pu contester l'utilité publique de l'entreprise projetée, se plaindre du tracé de la route et de la clé de répartition des frais; devant la commission d'estimation, il a pu discuter la valeur du terrain exproprié; mais quant à savoir si les conditions visées à l'article 19 de la loi cantonale (Appenzell-Rh. Ext.) sur l'expropriation, justifiant l'entreprise immédiate des travaux, étaient réunies, il n'a eu à donner son avis ni dans un cas, ni dans l'autre. On aurait donc dû lui assurer, dans la procédure de l'envoi en possession anticipé, l'occasion de se déterminer sur cette question... C'est d'ailleurs pour tenir compte de ce droit, *découlant pour l'exproprié de l'article 4 CF*, que la LF sur l'expropriation (art. 76 al. 1) et la plupart des lois canto-

TF, dans le fait, pour une autorité de recours (en l'espèce un Conseil d'Etat), de confirmer la décision sur la base de faits nouveaux au sujet desquels la partie adverse n'a pas pu se déterminer: RO 74 (1948) I 9–11 = JT 1948 I 538.

¹⁰³ RO 24 (1898) I 560–563. Voir aussi: RO 23 (1897) p. 566–569 et RO 21 (1895) p. 324–329.

¹⁰⁴ Ci-devant § 12.

nales plus récentes sur cette matière (art.37 ch.2 loi vaudoise du 22.11.1917; art.81a al.2 de la loi genevoise du 10.6.1933; art.31 al.1 de la loi uranaise du 4.5.1952) prescrivent l'audition de l'exproprié avant l'envoi en possession anticipé¹⁰⁵.

Ainsi, le TF admet actuellement que, même en matière administrative, le droit d'être entendu qui découle de l'article 4 CF peut requérir plusieurs auditions de l'intéressé au cours d'une même procédure, lorsque ces auditions concernent des objects distincts qui doivent être appréciés séparément.

Pourtant, dans le cas de suspension disciplinaire d'un notaire que nous avons déjà évoqué, le TF déclarait que le droit d'être entendu qui découle de l'article 4 CF n'avait pas été violé par l'autorité administrative qui, se fondant sur le seul dossier pénal, n'avait pas cru devoir entendre le recourant avant de prononcer la suspension. On ne voit pas, affirmait le TF, quel intérêt X pouvait avoir à être entendu du moment que les actes mis à sa charge étaient établis par le jugement pénal qui a formé l'unique base de la sanction disciplinaire¹⁰⁶. L'intérêt pouvait résider cependant en ceci que l'angle sous lequel une autorité disciplinaire apprécie un état de fait n'est pas forcément le même que celui du juge pénal. L'intéressé avait été entendu comme *inculpé* et non point comme *fonctionnaire public*.

Dans la perspective de la garantie minimum et subsidiaire qui découle aux yeux du TF de l'article 4 CF, l'arrêt évoqué pouvait peut-être se défendre. Il est moins cohérent lorsqu'on l'apprécie au regard de la jurisprudence relatée dans les deux précédents arrêts cités.

Fréquemment le TF se trouvera devant l'alternative suivante: ou bien casser systématiquement toute décision et tout jugement qui met en jeu des intérêts personnels dignes de protection sans avoir respecté pleinement la garantie

¹⁰⁵ RO 87 (1961) I 153–157 = JT 1961 I 577.

¹⁰⁶ Rep. giurispr. patria 1950 p.4 = JT 1950 I 187. Ci-devant § 8.

formelle du droit d'être entendu, ou bien tolérer ces jugements et décisions tant qu'ils sont compatibles avec une garantie «minimum» et «subsidiaire» du droit d'être entendu. Mais alors une telle garantie n'est formelle que de nom, car elle ne jouera le plus souvent au profit du recourant que s'il est en mesure de prouver l'intérêt *matériel* qu'il avait à être pleinement entendu avant la décision ou le jugement contesté.

Section V

Le droit d'être entendu et la modification in pejus d'une situation juridique acquise en première instance

15. En jurisprudence constante, dès la fin du siècle dernier, le TF a admis qu'une autorité supérieure ne saurait, sans violer le droit d'être entendu qui découle de l'article 4 CF, modifier une décision au détriment d'une partie, sans lui avoir donné l'occasion de se défendre. Autrement dit, le justiciable ou l'administré ont droit au maintien de la position juridique favorable qui leur a été reconnue par une décision ou un jugement; cette position ne peut être modifiée par une autorité de recours sans que cette dernière ait entendu l'intéressé.

La jurisprudence illustre cette règle et en détermine la portée précise.

Inculpé de violation de ses devoirs de service, un secrétaire communal est acquitté par le tribunal de district, les frais étant mis à la charge de l'Etat. Sur recours du ministère public, le tribunal supérieur de Lucerne, sans entendre l'inculpé, casse le jugement et renvoie la cause, pour nouvelle décision, à un autre tribunal de district. On remarquera qu'il s'agissait en l'occurrence d'une affaire de police pour laquelle la législation lucernoise n'exigeait pas l'audition de l'inculpé. En outre, le renvoi devant un autre tribunal de district donnait toute facilité à l'inculpé de se faire entendre par le nouveau tribunal. Le TF cassa néanmoins l'arrêt du

tribunal supérieur parce qu'il avait refusé à l'inculpé le droit d'être entendu, le contraignant ainsi à subir une nouvelle procédure alors qu'il était au bénéfice d'un jugement d'acquittement¹⁰⁷.

Même décision en 1897 dans une affaire de scandale d'auberge, où le tribunal de Krienz avait prononcé l'acquittement et mis les frais à la charge de l'Etat. Le ministère public recourut afin d'obtenir que les frais fussent mis, conformément au code de procédure, à la charge de celui qui avait provoqué l'enquête. Le tribunal cantonal admit le recours sans entendre l'inculpé. Le TF considéra qu'il s'agissait bien d'appliquer le droit cantonal de procédure, mais qu'il fallait néanmoins respecter toujours le principe constitutionnel selon lequel l'inculpé ne saurait se voir refuser le droit d'être entendu, même lorsque le droit cantonal ne contient aucune disposition à cet égard. On pense justifier le refus d'entendre l'inculpé en cassation par le fait qu'il aura tout loisir de s'exprimer à nouveau en première instance. Mais il faut remarquer que la position juridique de l'inculpé est considérablement amoindrie par l'arrêt de la cour de cassation. Alors que le recourant avait été acquitté et exonéré des frais, tout sera remis en cause et il sera à nouveau inculpé. Une telle modification de la situation juridique de l'intéressé dans la procédure ne pouvait être admise sans que celui-ci fût entendu. Le fait qu'il puisse s'exprimer en première instance n'atténue aucunement la violation du droit d'être entendu survenue devant la cour de cassation¹⁰⁸.

Le code de procédure pénale vaudois ne prévoyait pas l'obligation pour le tribunal cantonal, saisi d'un recours contre une ordonnance de non-lieu, d'entendre l'inculpé. Toutefois, remarque ici également (en 1939) le TF, la loi cantonale ne saurait violer un droit constitutionnel. Le TF, appliquant l'article 4 CF, a posé en principe qu'un tribunal civil ou pénal ne pouvait, sur appel ou recours de l'une des

¹⁰⁷ RO 21 (1895) 324–329.

¹⁰⁸ RO 23 (1897) p. 1329–1332.

parties, modifier le jugement déféré, au détriment de l'autre partie, sans l'avoir entendue. Le dispositif d'une ordonnance de non-lieu, qui statue sur les frais, a la valeur d'un jugement susceptible d'acquérir force de chose jugée. Il s'ensuit que lorsque l'ordonnance de non-lieu a mis les frais à la charge du plaignant, le tribunal supérieur, statuant sur recours de celui-ci, ne peut, sans violer l'article 4 CF, modifier le jugement intervenu sur les frais, au détriment de l'inculpé, sans avoir entendu ce dernier¹⁰⁹.

L'affirmation de CLAUDE ROSSEL selon laquelle, «lorsque l'autorité de recours se borne à annuler le jugement rendu en première instance et à renvoyer la cause à une juridiction du premier degré, les parties n'auront pas besoin d'être entendues en instance supérieure, puisque, le jugement étant cassé, un nouveau prononcé devra intervenir, et que les parties auront l'occasion de faire valoir à nouveau leurs moyens devant la juridiction de première instance»¹¹⁰, cette affirmation est trop sommaire; elle est démentie par la jurisprudence que nous venons d'évoquer.

Le principe selon lequel «le citoyen a un droit à ce que la situation juridique dans laquelle il a été placé par un jugement pénal ou civil ne soit pas changée à son détriment sans qu'il ait eu l'occasion de s'exprimer sur les motifs qui pourraient justifier cette modification» a été rappelé par le TF dans deux arrêts relatifs à la révocation du sursis. Nous les avons déjà signalés¹¹¹. Dans ces deux cas, le TF s'est opposé à la révocation automatique et a exigé le respect, par l'autorité cantonale, du droit d'être entendu dont jouit le condamné.

Relevons en outre que le principe évoqué ne s'oppose nullement à une *reformatio in pejus* par l'autorité supérieure. «L'inadmissibilité d'une *reformatio in pejus*, ainsi que le TF l'a souvent déclaré, ne saurait être déduite, dans un pro-

¹⁰⁹ RO 65 (1939) I 1 à 4, cons. 2.

¹¹⁰ CL. ROSSEL, *Le déni de justice formel*, Lausanne 1951, p. 54.

¹¹¹ Ci-devant § 10. RO 85 (1959) I 201–204 et ATF du 25.1.1961 publié dans SJZ 1963 p. 85–87.

cès pénal, de l'article 4 CF.»¹¹² Le principe s'oppose uniquement à une aggravation de la situation juridique d'une personne sans que l'occasion lui ait été offerte de s'expliquer.

On constate, dans la jurisprudence relatée, que c'est le caractère *formel* du droit d'être entendu qui a prévalu, car la position des recourants n'eût probablement pas été modifiée par l'autorité cantonale supérieure si celle-ci les avait entendus. Malgré cette considération, le TF a cassé les arrêts cantonaux.

16. En matière de poursuite, le TF admet, en pratique constante, que «la garantie de l'égalité devant la loi assure aux parties, au cours d'une procédure contradictoire, un droit à être entendues de la même manière et qu'en tout cas aucune décision ne soit prise, à la demande de l'une et au préjudice de l'autre, sans que celle-ci ait eu l'occasion de se prononcer à ce propos»¹¹³. Ainsi l'article 304, al.3 LP prévoit que les créanciers doivent être appelés à donner leur avis sur l'homologation d'un concordat par l'autorité inférieure. Si les créanciers usent de ce droit, le débiteur doit aussi pouvoir se présenter aux débats pour répondre à leurs objections. Ce droit du débiteur est sanctionné directement par l'article 4 CF¹¹⁴. Si le droit cantonal prévoit une seconde instance cantonale, il peut également permettre au débiteur de présenter de nouveaux moyens de preuve ou d'exposer son point de vue, soit oralement soit par écrit, et la possibilité doit en tout cas être donnée aux créanciers qui ont déjà comparu¹¹⁵ en première instance d'exprimer leur avis sur l'exposé et les nouveaux moyens de preuve du débiteur. Ils pourront également présenter eux-mêmes de nouveaux moyens de preuve¹¹⁶. Il s'agit là d'un droit que le TF fait dépendre, tant

¹¹² RO 52 (1926) I 87–100.

¹¹³ RO 43 (1917) I 4 à 6.

¹¹⁴ RO 60 (1934) I 9 à 12 = JT 1934 II 77–80, cons. 3.

¹¹⁵ Sur ce point RO 44 (1916) I 113–117.

¹¹⁶ RO 25 (1899) I p. 397–402, cons. 3 et RO 60 (1934) I 9 à 12 = JT 1934 II 77 cons. 3.

pour le débiteur que pour les créanciers, de l'article 4 CF.

De même, *en matière civile*, avant d'admettre un recours, on doit, ou bien l'adresser à la partie intimée pour qu'elle puisse y répondre, ou bien entendre cette partie. « Quand bien même l'intimé ne pourrait déduire des dispositions du droit soleurois le droit d'être entendu dans la procédure de recours, il peut invoquer ce droit *en vertu de l'article 4 CF...* Constitue une violation de l'article 4 CF, le fait de modifier au détriment d'une partie la situation juridique où l'a placée un jugement civil (ou pénal), sans lui avoir donné l'occasion d'être entendue sur les motifs avancés par son adversaire... En l'espèce, le tribunal cantonal pouvait d'autant moins renoncer à entendre la partie intimée qu'il ne s'est pas borné à annuler le prononcé de première instance, et à renvoyer la cause au premier juge pour nouveau jugement, mais qu'il a statué lui-même sur le fond et réformé définitivement le prononcé attaqué au détriment de L. »¹¹⁷

Le même principe a été appliqué dans le cas d'une décision de nature civile, relative à une dette alimentaire, prise par une autorité administrative (CCS art. 329 al.3). Le secrétariat pour l'assistance de Bâle-Campagne devait avoir la possibilité, avant que la décision du conseil communal de Neuhausen fût modifiée en sa défaveur, de s'exprimer sur les motifs évoqués par le débiteur recourant. Le Conseil d'Etat de Schaffhouse a violé le droit d'être entendu découlant de l'article 4 CF en n'offrant pas cette possibilité au secrétariat de Bâle-Campagne pour l'assistance¹¹⁸.

17. La règle selon laquelle une partie a droit au maintien de sa position juridique favorable et qu'elle ne saurait la perdre par un nouveau jugement sans avoir été entendue, a été appliquée également en *matière administrative*. Un contribuable qui avait obtenu gain de cause devant la commission cantonale de recours, voit cette décision modifiée à son détriment par le tribunal administratif bernois sur recours

¹¹⁷ RO 64 (1938) I 145–149 = JT 1939 I 209, cons. 2.

¹¹⁸ Zbl. 1947 p. 109–110.

de l'administration cantonale des contributions. «Le droit d'être entendu dérivant de l'article 4 CF, admit le TF devant qui l'affaire fut portée, s'oppose à ce que la situation juridique établie par une décision en faveur d'une partie soit modifiée à son détriment sans qu'elle ait pu répondre aux critiques formulées contre cette décision par un recourant. Le tribunal administratif a violé l'article 4 CF en réformant *in pejus*, au préjudice du contribuable, le prononcé de la commission cantonale de recours sans que R. ait pu formuler ses observations sur le recours de l'administration des contributions.»¹¹⁹

On ne saurait objecter, comme le Conseil d'Etat de Soleure, que le droit d'être entendu ne peut être violé parce que la décision attaquée a été rendue dans une instance de droit administratif instruite d'office (*Offizialmaxime*), où la recourante n'avait pas qualité de partie. Ce mode d'instruction n'exclut nullement le droit d'être entendu. Peu importe également qu'il s'agisse d'une procédure administrative. Selon une jurisprudence constante, le droit d'être entendu est violé lorsque la situation juridique d'un individu est modifiée à son détriment sans qu'il ait pu s'exprimer sur les griefs avancés¹²⁰.

Le reproche de violation du droit d'être entendu n'est cependant pas fondé lorsque le Conseil d'Etat ne communique pas au recourant la réponse au recours émanant d'un préfet et lorsque le Conseil d'Etat ne modifie pas la décision du préfet *au préjudice* du recourant, mais se borne à la confirmer dans son résultat en rejetant le recours dirigé contre elle¹²¹.

Dans plusieurs espèces relatives à des mesures administratives prises en matière de dénonciation de bail à ferme¹²², d'ajournement d'un terme de déménagement¹²³, ou de congé

¹¹⁹ RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 4.

¹²⁰ RO 85 (1959) I 73–77 = JT 1959 I 512.

¹²¹ RO 88 (1962) I 57–71 = JT 1963 I 200, cons. 1.

¹²² RO 70 (1944) I 69–71 = JT 1944 I 382, cons. 1.

¹²³ RO 74 (1948) I 11–13 = JT 1948 I 393.

donné à un locataire¹²⁴, le TF eut l'occasion de confirmer le principe jurisprudentiel que nous avons évoqué dans la présente section.

Section VI

Définition et implications du droit d'être entendu

18. La définition d'un droit, reconnu fondamental, et dont les implications sont innombrables, est malaisée. A s'en tenir au commentaire de BURCKHARDT, qui, sur ce point, s'inspire de la jurisprudence du Tribunal fédéral dont il dresse l'inventaire, le droit d'être entendu consiste, pour une partie, à pouvoir faire entendre ses arguments juridiques, son exposé du droit et des faits et à pouvoir être raisonnablement prise en considération¹²⁵.

Le principe du droit d'être entendu requiert qu'aucune décision mettant en cause les droits et les obligations d'une partie, ne soit adoptée sans qu'elle ait eu l'occasion de prendre position et sans que cette position ne soit retenue dans la mesure où elle est pertinente¹²⁶.

Des considérations analogues valent en matière administrative. Selon GIACOMETTI, avant d'adopter un acte administratif, dans la mesure où celui-ci le permet et où il n'existe pas d'état de nécessité, l'autorité doit entendre la personne à qui s'adresse l'acte en question; elle doit lui fournir l'occasion de prendre position sur la décision envisagée en lui donnant connaissance du dossier, lorsque des intérêts publics supérieurs ne s'y opposent pas; ainsi sera ga-

¹²⁴ RO 74 (1948) I 9–11 = JT 1948 I 538. Voir ci-après § 38.

¹²⁵ « Wenn eine Partei mit ihren rechtserheblichen, rechtlichen oder tatsächlichen Anträgen nicht gehört oder nicht ordnungsgemäss berücksichtigt wird, kann sie sich nach bundesgerichtlicher Praxis wegen Verweigerung des r. Gehörs über Verletzung des Art. 4 BV beklagen. » BURCKHARDT, Kommentar der schw. Bundesverfassung, Dritte Auflage, Bern 1931, p. 53.

¹²⁶ H. NÄGELI, Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, Zbl. 1954 (vol. 55) p. 113.

ranti le droit de la défense et celui d'exposer ses moyens de preuve. Ces règles ne sont pas applicables uniquement aux actes qui supposent une certaine coopération de l'administré, telles que les demandes d'autorisations ou de concessions. La garantie du droit d'être entendu, dans l'Etat de droit, doit être assurée bien davantage encore lors du rejet de demandes ou du retrait de décisions favorables à l'administré, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'actes administratifs onéreux pour ce dernier¹²⁷.

19. Peu importe, par ailleurs, que les règles qui régissent les parties dans les contestations répondent aux exigences de la procédure contradictoire qui domine le procès civil ou à celles de la procédure inquisitoriale qui domine le procès pénal ou l'enquête administrative¹²⁸. Il est naturel sans doute, dans le procès civil où deux parties, le demandeur et le défendeur, s'opposent, que le juge entende l'une et l'autre; que chacune ait l'occasion de s'exprimer sur les affirmations relatives aux faits, aux moyens de preuve et au droit invoqués par l'autre partie. Il est naturel aussi, dans le procès pénal, que le prévenu soit mis en état de se défendre contre les accusations dont il est l'objet. L'accusateur public (procureur, avocat général ou ministère public) n'a pas d'intérêt personnel au procès: il doit rechercher, avec le même souci d'objectivité, les éléments de fait à charge ou à décharge. La garantie du droit d'être entendu, si tant est que le ministère public puisse être considéré comme une véritable partie, s'impose surtout au profit du prévenu¹²⁹. Aussi, en matière

¹²⁷ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, p. 378–379.

¹²⁸ Sur le caractère inquisitorial de la procédure administrative, PIERRE GRAFF, Le système de l'administrateur – juge en droit féd. suisse, Thèse, Lausanne 1943, p. 116 et ss.

Sur la distinction entre *Amtsbetrieb* et *Parteibetrieb*, *Offizial-* et *Dispositionsmaxime*, *Untersuchungs-* oder *Inquisitionsprinzip* et *Verhandlungsmaxime*, voir GYGI-STUCKI, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Berne 1962, p. 81 ss.

¹²⁹ Comp. NÄGELI, étude citée, Zbl. 1954, p. 113.

civile et pénale, le droit d'être entendu a-t-il toujours été reconnu¹³⁰.

En matière administrative, par contre, le Tribunal fédéral a longtemps considéré l'état de subordination dans lequel se trouve le citoyen qui entre en rapport avec l'administration, pour lui dénier en principe le droit constitutionnel d'être entendu. «Le propre de l'administration, remarquait-il, est d'agir spontanément et de faire d'office les enquêtes qui lui paraissent nécessaires, de la manière qu'elle estime judicieuse. Or, elle pourrait se voir paralysée ou retardée de façon inadmissible dans son action si, avant de prendre une décision quelconque, elle devait consulter tous ceux qui doivent être touchés directement ou indirectement, surtout s'il s'agit de mesures de portée générale, telles que, par exemple, des dispositions préventives en matière d'hygiène¹³¹. Souvent, pour être efficace, une intervention rapide et discrète s'impose, qui ne se concilierait pas avec une consultation préalable des intéressés.»¹³² Pourtant le caractère inquisitorial de la procédure administrative ne saurait exclure en principe l'audition de l'administré¹³³. Elle la sollicite, bien au contraire, lorsqu'il y a lieu d'établir un état de fait, de fixer le contenu d'un droit ou d'une obligation, chaque fois

¹³⁰ RO 43 (1917) I 162–166 = JT 1918 I 213; RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 3; RO 76 (1950) I 177–183 = JT 1951 I 156, cons. 2.

¹³¹ Aussi Giacometti remarque-t-il à juste titre que le droit d'être entendu avant la décision administrative ne saurait s'appliquer aux actes administratifs de portée générale tels, par exemple, que la dissolution d'un rassemblement. Comp. Allgemeine Lehren, p. 378, note 14. Voir cependant, ci-après § 22, la position de la *Commission internationale de juristes*.

¹³² RO 74 (1948) I 241–251 = Sem. Jud. 1949 p. 113–123, cons. 4. Voir aussi RO 70 (1944) I 67–69 = JT 1944 I 381 et RO 28 (1902) I 229–234, cons. 1.

¹³³ En ce sens NÄGELI, étude citée, p. 114; JACQUES GUYET, Le contentieux administratif genevois et les droits de défense de l'administré, Genève 1962, p. 40; OSCAR ODERMATT, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Soleure 1961, p. 4, 12 et suiv. p. 23 ch. X; GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 465–466; p. 379.

que la loi n'est pas de celles qui comportent une application automatique. Le TF l'admet actuellement en une jurisprudence de plus en plus ouverte au droit d'être entendu de l'administré. Alors que, dans un cas d'approbation d'une convention matrimoniale relative à la cession du bénéfice de l'union conjugale à l'autre conjoint, le Conseil d'Etat de Soleure objectait précisément qu'il ne saurait être question d'une violation du droit d'être entendu parce que la décision attaquée avait été rendue dans une instance de droit administratif, instruite d'office (*Offizialmaxime*), où la recourante n'avait pas qualité de partie, le TF constata que ce mode d'instruction n'excluait nullement le droit d'être entendu. Peu importe également, soulignait-il, qu'il s'agisse d'une procédure administrative. Selon une jurisprudence récente, l'intéressé a le droit d'être entendu dès lors que la décision ne doit pas être prise sans délai et qu'elle n'est plus susceptible d'être revue¹³⁴.

20. On peut observer un processus de développement analogue dans la jurisprudence administrative française. M. BENOIT JEANNEAU¹³⁵ remarque que le principe de la liberté de la défense devant les autorités administratives est destiné d'abord à améliorer les rapports entre les particuliers et l'administration en l'absence de tout débat contentieux. Cette règle témoigne «d'une tendance du droit administratif à s'organiser sur un mode moins autoritaire». Deux mouvements semblent s'être conjugués pour favoriser cette extension du principe de la liberté de la défense en dehors du domaine juridictionnel:

I^o La prolifération tout d'abord des sanctions administratives depuis 1940. «Les sanctions administratives depuis

¹³⁴ RO 85 (1959) I 73–77 = JT 1959 I 512. Voir aussi RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404–407, cons. 3; RO 74 (1948) I 249, cons. 4.

¹³⁵ BENOIT JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Paris Sirey 1954, pp. 78 ss.

quelques années viennent doubler assez dangereusement pour la liberté des citoyens les sanctions pénales.»¹³⁶

2º En second lieu, «la propension très nette de l'administration économique à créer des commissions professionnelles techniques paritaires» devait favoriser «une jurisprudence soucieuse d'imposer à des organismes parajuridictionnels le respect d'un principe considéré à juste titre comme élémentaire».

«Ces diverses considérations, conclut JEANNEAU, expliquent l'irradiation de la règle de la procédure contradictoire en dehors du domaine juridictionnel, en même temps qu'elles témoignent d'un certain bouleversement des cadres du droit administratif.»¹³⁷ Le même auteur expose ensuite comment, depuis 1930, en France, le Conseil d'Etat, dans une série de décisions, a étendu au bénéfice des particuliers la règle de la procédure contradictoire. Dans ces cas, en raison de la nature et de la gravité des sanctions administratives envisagées, le Conseil d'Etat admit qu'elles ne pouvaient intervenir sans que les intéressés aient été mis à même de discuter les griefs relevés à leur encontre et préalablement invités à

¹³⁶ WALINE fait ressortir cette prolifération des sanctions administratives qui vont de l'amende, à la confiscation administrative, au retrait temporaire de l'autorisation et à l'internement administratif. Waline note que non seulement les administrateurs qui prononcent ces sanctions sont loin d'offrir à leurs justiciables les mêmes garanties d'indépendance que les juges répressifs, mais leur pouvoir n'est pas limité comme celui des juges par l'obligation de faire précéder leur décision d'une procédure formaliste comportant une instruction et des débats publics et contradictoires; de plus, ils ne sont pas liés par le principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Ces sanctions peuvent frapper des personnes à qui on ne reproche aucun fait déterminé ou personnel. Elles peuvent frapper des faits antérieurs à la loi instituant la sanction. L'administration a d'autre part une latitude assez grande dans le choix de la sanction: la durée de l'internement administratif étant le plus souvent arbitraire. En outre, il est bien connu que la sanction administrative fait souvent double emploi avec la sanction pénale. Comp. WALINE, Traité élémentaire de droit administratif, Paris Sirey, 6^e édition 1952, pp. 427-429.

¹³⁷ B. JEANNEAU, op. cit., p. 79.

présenter leurs moyens de défense. Si bien que le bénéfice de la règle de la procédure contradictoire est acquis aux administrés, dans leurs rapports avec les autorités administratives, lorsque la mesure incriminée présente le caractère d'une sanction¹³⁸.

Il n'en demeure pas moins que *le principe de la liberté de la défense «ne disposera pas en matière administrative d'un contenu aussi riche que dans le domaine juridictionnel*; il emportera néanmoins sur le plan jurisprudentiel, deux conséquences d'une importance incontestable:

- Le droit pour l'intéressé d'avoir connaissance de l'essentiel des griefs qui lui sont imputés de manière à pouvoir se défendre utilement.
- La possibilité d'exiger la plus stricte impartialité de la part des autorités chargées de proposer la sanction»¹³⁹.

21. «L'irradiation» du droit d'être entendu à partir du domaine civil et pénal, où son déploiement est acquis de longue date, dans le domaine administratif, où sa portée apparaît plus restreinte, nous conduit à rechercher maintenant quelques-unes de ses implications, dans les différentes phases des procédures. Tel sera l'objet des chapitres qui suivent où nous nous appliquerons à l'étude du droit d'être entendu dans les domaines civil, pénal et administratif, à travers la jurisprudence du Tribunal fédéral. Constatons tout d'abord, en théorie, les implications de ce droit telle que la doctrine les énumère.

Le droit d'être entendu est une des pièces maîtresses des droits de la défense en procédure pénale et civile. Il domine également la procédure administrative. Enumérant les *règles communes à toutes les jurisdictions*, M. B. JEANNEAU cite:

- La règle d'après laquelle aucun jugement ne peut être

¹³⁸ B. JEANNEAU, op. cit. p. 84–86.

¹³⁹ B. JEANNEAU, ibid., p. 87–88.

valablement rendu contre une partie qui n'avait pas été appelée dans l'instance;

- La règle selon laquelle aucun document ne doit être soumis au juge sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance;

- Le droit reconnu aux parties de présenter devant le juge administratif toutes observations utiles;

- La règle d'après laquelle les décisions rendues par une juridiction doivent être motivées;

- La règle d'après laquelle le juge d'appel ne peut statuer qu'à l'égard des personnes qui ont été parties devant les premiers juges¹⁴⁰.

Un autre auteur remarque que le critère décisif de la «juridiction» est le *caractère contradictoire de la procédure* et que le caractère contradictoire de l'instruction et de la décision est une exigence que le Conseil d'Etat français impose à toutes les juridictions administratives, à moins que son application ne soit expressément écartée par la loi ou incompatible avec l'organisation de la juridiction. Le droit de la défense implique que, *même en l'absence de texte*, l'instruction et la décision réservent aux intéressés la possibilité d'une contradiction, et donc le droit pour l'intéressé d'être mis en mesure de connaître les griefs qui lui sont imputés, celui d'être mis à même de présenter sa défense et de disposer à cet égard de délais suffisants¹⁴¹.

¹⁴⁰ B. JEANNEAU, *ibid.*, pp. 77–78.

¹⁴¹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents*. Dans: *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris Sirey 1963, t. II, p. 595.

Sur le caractère contradictoire de la procédure administrative et la position de *parties* de l'administré et de l'administration, voir HANS KARRER, *Die Parteirechte des Gesuchstellers im Verwaltungsverfahren erster Instanz*. S.J.Z. 1944 (vol. 40), pp. 369–374. Sur les distinctions fondamentales en ces matières, voir l'étude approfondie et succincte de OSKAR BOSSHARDT, *Formen des Anfechtungsprozesses vor Verwaltungsgericht*, Zbl. 1955 (No. 56) pp. 521–531. Sur le rôle de la «Maxime officielle» (*Offizialmaxime*) et de la «maxime

Faisant état des principes relatifs à l'*organisation de la justice pénale* proclamés par le congrès international de juristes d'Athènes, M. JEAN GRAVEN note que, dans un système de procédure du type inquisitoire (franco-latin) chaque accusé doit avoir au moins le droit:

- de recevoir aussitôt communication, en tous points et dans une langue qui lui soit compréhensible, de la nature et des motifs de l'accusation élevée contre lui;
- de disposer de la possibilité et du temps suffisant pour la préparation de sa défense;
- de se défendre lui-même ou d'obtenir l'assistance d'un défenseur de son choix, et, s'il n'a pas les moyens de le rétribuer, l'assistance gratuite d'un défenseur d'office, lorsque la gravité de l'accusation ou l'intérêt de la justice l'exigent;
- de poser ou faire poser des questions aux témoins de l'accusation en présence de l'accusé, et d'obtenir la citation et l'audition de témoins à décharge aux mêmes conditions que celles des témoins à charge, et conformément aux règles ordinaires de la procédure;
- de demander l'assistance gratuite d'un interprète lorsqu'il ne comprend pas la langue des débats ou ne peut s'exprimer dans la langue du tribunal.

Une libre défense supposant la liberté du défenseur, chaque avocat appelé à représenter un accusé dans une affaire pénale doit avoir la possibilité de préparer librement et intégralement une défense correspondant aux exigences de la justice, de communiquer avec l'accusé et de plaider sans être influencé ou gêné par des instructions d'un organe ou parti officiel.

des débats» (*Verhandlungsmaxime*) dans la procédure administrative, comp. OTTO FEHR Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, Thèse Zurich 1941, p.324 et suiv. Sur les parties dans le procès administratif, ibid. p.326 et suiv.

On renvoie également aux deux rapports présentés à la SSJ par MM. MAX IMBODEN et HENRI ZWAHLEN, sur le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, Bâle 1947.

Suit l'énoncé des principes qui doivent être respectés en cas d'arrestation et de détention.

Personne ne doit, étant entendu comme témoin ou accusé par un organe d'instruction ou d'enquête officiel, être soumis à des moyens de pression physique ou psychique et contraint à des déclarations déterminées ou à un aveu. Un témoin ou un inculpé peut refuser de déposer devant un organe de police ou d'accusation et demander à être entendu par un juge sur le fond de l'affaire. Même devant un tribunal, l'inculpé n'a pas l'obligation de s'exprimer sur le fond de la cause le concernant.

Les voies d'appel garanties par la procédure ordinaire doivent être assurées à tout accusé ou condamné¹⁴².

Nous ne saurions ici discuter la portée de chaque principe ou de chaque règle formulée par la doctrine touchant les droits de la défense et le droit d'être entendu, ni passer en revue les différents systèmes de procédure pénale¹⁴³. Il ne s'agit pas d'analyser à nouveau les fondements des codes de procédure. Nous nous bornerons à saisir, à travers la jurisprudence du TF, les règles formulées en fonction du droit d'être entendu tel qu'il découle, selon cette autorité, du principe de l'égalité devant la loi. De ce point de vue, certaines règles énumérées ci-dessus trouveront une application jurisprudentielle. D'autres encore seront mises à jour.

¹⁴² JEAN GRAVEN, *Les droits de l'accusé dans le procès pénal*, Revue pénale suisse, 1956 (vol. 71) pp. 141–144. On renvoie aussi à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4.11.1950, cité ci-devant § 1 (en note).

¹⁴³ Pour les règles de procédure pénale française relative à l'audition des parties: FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1867, t. VII, pp. 382 ss., en particulier pp. 409 ss, No. 3346 ss. Voir aussi R. et P. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de procédure criminelle*, Paris Sirey 1907–1929, six volumes. On trouvera dans l'excellent ouvrage de M. FRANÇOIS CLERC, *Le Procès pénal en Suisse romande*, Paris 1955, l'énoncé des règles qui régissent dans nos procédures pénales cantonales les droits de la défense et le droit d'être entendu des parties au procès.

22. En matière administrative, où les implications des droits de la défense et du droit d'être entendu sont progressivement dégagées, la doctrine suit souvent plus qu'elle ne précède la jurisprudence. Sur un plan très général, des règles fondamentales ont été énoncées par le congrès international de juristes, de Rio de Janeiro, en décembre 1962. Elles tendent à circonscrire l'activité de l'exécutif de telle manière que la primauté du droit soit assurée, en même temps que les droits individuels. On y relève que le problème crucial de l'activité administrative consiste à établir un équilibre entre la liberté d'action de l'administration, conditionnée par les exigences du bien commun, et la protection des droits individuels¹⁴⁴. Les formes de la procédure administrative, tout en étant adaptées aux conditions propres à chaque service, sont très variées. Le principe de la primauté du droit exigerait toutefois, selon les conclusions adoptées par le Congrès, le respect des principes suivants par l'exécutif appelé à prendre des décisions de *nature juridictionnelle*:

1. L'action envisagée et les raisons qui l'inspirent doivent être notifiées à l'intéressé.
2. L'intéressé doit avoir la faculté de préparer sa défense et d'obtenir les informations nécessaires.
3. Il doit pouvoir se présenter en personne, exposer son point de vue et ses moyens de preuve, et réfuter ceux de la partie adverse.
4. Il doit pouvoir se faire assister d'un avocat ou de tout autre personne qualifiée.

¹⁴⁴ Sur ce conflit latent entre les exigences de la protection des droits individuels et celles du bien commun, dans la mise en œuvre du pouvoir par l'administration, et dans la juridiction administrative, voir O. BOSSHARDT, Formen des Anfechtungsprozesses vor Verwaltungsgericht, Zbl. 1955 (No. 56) p. 521–531. Egalement EMIL KIRCHHOFER, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR 1930 (vol. 49), p. 14; GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schw. Bundesgerichtes, Zurich 1933, p. 179; PIERRE GRAFF, Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse, Thèse Lausanne 1943, p. 115 et suiv.

5. La décision prise par l'autorité administrative, ainsi que les motifs sur lesquels elle est fondée, doivent être communiqués à l'intéressé.

6. L'intéressé doit disposer d'un recours devant une autorité administrative ou judiciaire.

S'agissant de décisions administratives *qui ne sont pas de nature juridictionnelle*¹⁴⁵ et qui affectent cependant les libertés et intérêts individuels, la primauté du droit exigerait, selon les conclusions du Congrès :

– Lorsqu'elles sont de portée générale, que l'administration consulte s'il y a lieu des personnes qualifiées par leur compétence technique, prenne l'avis d'organisations représentatives des diverses catégories d'intérêts et permette éventuellement aux intéressés d'exposer personnellement leurs vues;

– Lorsqu'elles sont de portée individuelle et comportent une *sanction* à l'égard d'un particulier, ou peuvent affecter gravement ses intérêts vitaux, que leur adoption soit soumise à une procédure entraînant certaines garanties. Soit : a) notification à l'intéressé de la mesure envisagée et des raisons qui l'inspirent; b) possibilité d'obtenir les informations nécessaires; c) possibilité pour l'intéressé de faire valoir son point de vue; d) communication à l'intéressé de la décision prise¹⁴⁶.

Le même Congrès formule certaines réserves pour les cas

¹⁴⁵ Le Congrès ne précise pas la portée de la distinction entre les décisions de nature juridictionnelle et celles qui sont purement administratives. On peut admettre que les premières sont le fait d'une autorité qui se prononce sur une *contestation* administrative, tandis que les secondes sont de décisions administratives initiales qui n'ont pas, ou pas encore, donné lieu à contestation. Sur ces notions, voir H. ZWAHLEN, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, Bâle 1947, Introduction: Juridiction administrative et contestations administratives, p. 98 a et suiv.

¹⁴⁶ On rapprochera ces propositions de la jurisprudence française rapportée ci-devant, § 20, à propos des sanctions administratives.

d'urgence et se réfère à des décisions antérieures au sujet de l'internement administratif¹⁴⁷.

Les implications du droit d'être entendu sont, on le voit, très étendues. En matière administrative, les auteurs suisses en ont énumérés un certain nombre, soit spontanément, soit en accord avec la jurisprudence des autorités cantonales ou fédérales. Mentionnons, à titre d'exemple, celles que le tribunal administratif zurichois s'est efforcé de mettre à jour. Selon M. OSKAR BOSSHARDT, les plus récents développements de ce droit comporteraient: le droit à la consultation du dossier, le droit à la citation à comparaître, le droit de participer aux débats, le droit de proposer des moyens de preuve, le droit à la communication des décisions comportant la motivation de celles-ci et l'indication des moyens de droit, l'obligation pour l'autorité d'examiner l'affaire sous tous ses aspects, et le droit à la représentation et à l'assistance d'un avocat¹⁴⁸. A quoi l'on peut ajouter le droit au respect des dispositions de la procédure cantonale et des règles cantonales touchant la compétence des organes administratifs¹⁴⁹; le droit à ce qu'une décision ne soit pas modifiée au préjudice de l'administré par une autorité sans qu'elle ait entendu l'intéressé¹⁵⁰; le droit, contesté d'ailleurs, à la communication de la réponse au recours de l'autorité intimée,

¹⁴⁷ Nouvelles de la commission internationale de juristes, No. 14, Genève, avril 1963, pp. 2 et 3. Voir également p. 7. Voir aussi la Revue de la commission internationale de juristes, t. III No. 1 et 2, Genève 1961, sur l'internement sans procédure judiciaire préalable et l'internement administratif et le tome IV, No. 2, Genève 1963, sur la primauté du droit dans l'action administrative.

¹⁴⁸ OSKAR BOSSHARDT, vice-président du tribunal administratif de Zurich, Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zbl. 1963, p. 255.

¹⁴⁹ Comp. ci-devant § 9. Voir également ADOLF PFENNINGER, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, Zbl. 1950 (vol. 51), p. 475–476.

¹⁵⁰ Ci-devant, § 15 à 17. Comp. aussi PFENNINGER, étude citée, p. 476.

lorsque cette réponse précise les véritables motifs de la décision attaquée¹⁵¹.

L'inventaire de la jurisprudence du TF, et, dans les limites du présent rapport, certains exemples de la pratique d'autres autorités fédérales et des autorités cantonales, mettront à jour les règles qui ont été progressivement reconnues et appliquées en cette matière.

Le droit d'être entendu sur le plan administratif n'a pas encore atteint le point de saturation dans la reconnaissance de ses multiples implications. Certains pensent néanmoins qu'on est déjà allé trop loin; d'autres que des progrès restent à accomplir. L'inventaire de la jurisprudence nous permettra, sinon de résoudre les difficultés qui demeurent, du moins de nous en faire une idée plus exacte.

¹⁵¹ Comp. HENRI ZWAHLEN, *Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons*, p. 158 a. Voir ci-devant § 14.

Comp. aussi ANDRÉ PANCHAUD, *Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral*, Rapport SSJ 1950, p. 120 a et suiv.

CHAPITRE II

LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU EN MATIÈRE
CIVILE ET EN MATIÈRE PÉNALE*Section I**Citation irrégulière et jugement par défaut; notification;
inculpation et droit d'être entendu*

23. On a vu qu'une autorité judiciaire ou administrative commet un déni de justice non seulement lorsqu'elle refuse d'exercer un acte de sa compétence, après en avoir été requise dans la forme légale, mais aussi lorsque, tout en exerçant ses fonctions publiques, elle prive un citoyen de quelques garanties essentielles dont la loi lui assure le bénéfice¹⁵². C'est ainsi qu'un tribunal supérieur ne pouvait se fonder sur le grief d'inobservation d'un délai pour écarter le recours du tuteur d'un condamné qui protestait contre le jugement par défaut prononcé par un tribunal de district à l'encontre du recourant irrégulièrement cité¹⁵³. Pour qu'il y ait jugement exécutoire au sens de l'article 61 CF et 81 LP, le débiteur doit avoir été régulièrement cité et entendu au cours des débats. Et il n'y a jugement au sens de l'article 80 LP (et 61 Cst. féd.) que lorsque le tribunal a rendu sa décision dans une procédure qui a offert aux deux parties l'occasion de se prononcer sur la prétention litigieuse¹⁵⁴. Selon la

¹⁵² Comp. ci-devant § 1.

¹⁵³ JT 1880 p. 801–805.

¹⁵⁴ RO 87 (1961) I 61–73 = JT 1961 I 565, cons. 5 b. Comp. RO 67 (1941) I 6–12 = JT 1941 I 182, cons. 2.

La question de savoir si l'on est en face d'un titre exécutoire, au sens de l'article 80 al. 2 LP, peut être résolue plus cavalièrement. Un recourant avait été porté sur le registre fiscal de la paroisse catholique de Berne. S'il estimait n'être pas membre de cette paroisse, il devait, en temps utile, protester contre cette inscription auprès de l'autorité compétente. Ne l'ayant pas fait, il ne pouvait être entendu sur ce point par le juge civil: RO 19 (1893) I 12–19.

pratique constante du TF, la citation doit avoir lieu selon les formes prévues par la loi du domicile du débiteur poursuivi¹⁵⁵. Tout prévenu possède un droit à être entendu en ce sens qu'il ne saurait être condamné pénalement sans avoir été cité dans les formes légales. Le mode de citation doit être apprécié sur la base de la législation cantonale du lieu de citation. Ce principe, déclare le TF, trouve application *en matière civile*, s'agissant de l'exécution des jugements civils d'autres cantons, sur la base de l'article 61 CF, et, à plus forte raison, dans les cas où un *jugement pénal* est attaqué pour violation du droit d'être entendu¹⁵⁶.

La citation selon les formes légales est une condition préalable du respect du droit d'être entendu¹⁵⁷. L'autorité saisie d'une demande d'exécution d'un jugement étranger pourra la refuser si la décision a été rendue sans que les parties aient été dûment citées¹⁵⁸.

En outre, n'importe quelle communication ne saurait équivaloir à une citation. Dans un cas où la personne à interdire avait reçu communication verbale, par l'office des tutelles, qu'elle devait comparaître à la prochaine séance du Conseil d'Etat, le TF a déclaré qu'une telle information n'équivalait pas à une citation, car il eût fallu indiquer au moins quand la séance avait lieu¹⁵⁹. S'agissant d'une autorisation de poursuite d'un étranger à l'étranger, le simple avis d'une telle poursuite, au lieu du séquestre, situé en Suisse,

¹⁵⁵ RO 24 (1898) I 238–242, cons. 4. L'arrêt renvoie à RO 23 p. 62. Voir également: Sem. Jud. 1900 (22) p. 529–535 cons. 2; RO 20 (1894) p. 290–295, cons. 4; RO 87 (1961) I 61–73 = JT 1961 I 565, cons. 5.

¹⁵⁶ RO 31 (1905) I 1 à 8, cons. 4. Voir, en ce qui concerne la violation du for du domicile (CF art. 59) et du droit d'être entendu: RO 26 (1900) I 178–181 = Sem. Jud. 1900 p. 769.

¹⁵⁷ Le TF admit le recours pour déni de justice d'un débiteur qui n'avait pas été cité devant le juge de la mainlevée et n'avait pu, de ce fait, établir qu'il n'était pas revenu à meilleure fortune. Le juge avait violé son droit d'être entendu RO 28 (1902) I 337–342, cons. 3.

¹⁵⁸ RO 19 (1893) I 727–733, cons. 2 (p. 731).

¹⁵⁹ RO 29 (1903) I 461–469, cons. 1.

ne saurait être considéré comme une notification valable. Le droit d'être entendu du débiteur a été violé parce qu'on ne lui a pas donné l'occasion de contester l'autorisation de poursuite¹⁶⁰. Pour que le défendeur soit réputé cité à l'audience, il ne suffit pas que l'exploit de citation soit expédié à son adresse, il faut qu'il lui soit *notifié* ou puisse être considéré comme notifié pour des motifs personnels au destinataire. On devrait considérer la notification comme effective si l'intéressé à refusé la missive postale recommandée présentée par le facteur, mais non pas lorsque la lettre n'a pas été remise, vu l'absence du destinataire. Lorsque seule l'invitation à retirer la citation au bureau de poste est déposée dans la boîte aux lettres du défendeur, il ne s'agit pas d'une notification¹⁶¹. D'autre part, la citation n'est pas non plus régulière lorsqu'elle est effectuée, à l'étranger, quatre jours avant la séance. Ce délai, explique le TF, est absolument insuffisant car, en pareil cas, il faut compter avec les aléas d'une transmission de la convocation par la poste. Assignée si tard qu'elle n'a pas pu faire valoir ses moyens, la recourante a été privée du droit d'être entendu qu'une disposition claire de la loi genevoise lui reconnaît expressément...¹⁶². La Cour de cassation pénale vaudoise avait déjà sanctionné, en 1881, par la cassation, une citation remise quatre heures avant le moment fixé pour la séance municipale¹⁶³.

Le TF s'est montré particulièrement strict en matière de *citation par voie édictale*, et de *jugement rendu par défaut* contre une partie non assignée ou irrégulièrement assignée. Des poursuites pénales dirigées contre un individu qui n'a pas été régulièrement assigné aux débats constituent une «atteinte à la liberté individuelle» en même temps qu'une «violation du droit d'être entendu» et, par là, un déni de justice, une infraction au principe de l'égalité devant la loi¹⁶⁴.

¹⁶⁰ RO 9 (1883) p. 6–13, cons. 3.

¹⁶¹ RO 70 (1944) I 65–67 = JT 1944 I 506.

¹⁶² RO 86 (1960) I 1 à 4, cons. 2 = JT 1960 I 369.

¹⁶³ JT 1881 p. 47. Voir aussi JT 1881 p. 701–702.

¹⁶⁴ RO 27 (1901) I 412–417, cons. 1 = JT 1902 I 295.

«Une loi cantonale qui, en matière pénale, autoriserait la condamnation par défaut en vertu du seul fait que le plaignant n'a pas indiqué l'adresse de l'accusé et que le magistrat ou greffier chargé des formalités du mandat de comparution se trouve ignorer cette adresse, une pareille loi constituerait une violation des droits individuels que le TF est appelé à protéger... Avant de faire procéder à une citation par voie édictale, le tribunal avait le devoir de rechercher, non seulement le lieu de domicile, mais encore le lieu de résidence de l'intéressé.»¹⁶⁵ Dans une telle hypothèse, où le jugement par défaut consacre un déni de justice, on ne saurait reprocher à l'accusé irrégulièrement cité de n'avoir pas demandé le relief du dit jugement. Car «le relief est prévu pour des cas où l'accusé a été régulièrement cité et il y aurait injustice à exiger d'une personne poursuivie et condamnée contrairement à la loi, de faire usage d'un moyen prévu pour ceux qui ont été condamnés à la suite d'une procédure régulière»¹⁶⁶. Une poursuite pénale et un jugement pénal rendu par défaut contre un prévenu qui n'a pas été régulièrement assigné aux débats constituent une violation du droit d'être entendu et, par conséquent, un déni de justice¹⁶⁷.

Dans une affaire de poursuite, le TF précisa les conditions de validité de la citation par voie édictale. Pour être régulière, expliqua-t-il, elle doit tout d'abord être admise par le droit cantonal de procédure. Mais même si le droit glaronais autorisait la citation du défendeur par voie édictale lorsque le juge et le demandeur ignorent le lieu de résidence du défendeur, on ne saurait admettre qu'on est en présence d'une citation régulière selon l'article 81 al.2 LP. Une citation n'est régulière au sens de cette disposition que si elle satisfait au droit d'être entendu garanti par l'article 4 CF. Lorsque le demandeur et le juge ignorent le lieu de résidence du

¹⁶⁵ RO 27 I 416, cons. 4.

¹⁶⁶ RO 27 (1901) I 412, cons. 3. Dans le même sens, RO 33 (1907) I 40–47, cons. 5; sur le rapport entre le relief et le recours de droit public: cons. 4b; RO 36 (1910) I 483–487, cons. 3 = JT 1911 I 508.

¹⁶⁷ JT 1907 I 412–414.

défendeur, il ne suffit pas, normalement, pour satisfaire à la garantie du droit d'être entendu, qu'une citation édictale n'ait pu atteindre le défendeur. Il faut encore, en règle générale, que ni le demandeur, ni le juge n'aient réussi, après des recherches appropriées, à découvrir le lieu de séjour du défendeur¹⁶⁸.

Quelle sanction admettre en cas de défaillance de la partie régulièrement citée devant une autorité de recours ? Peut-elle être censée reconnaître le bien-fondé du recours ? Le TF déclara que la sanction devait consister dans l'interprétation contre la partie défaillante de tel point que ses explications devaient éclaircir. On ne peut attacher raisonnablement à la non comparution d'une partie devant l'autorité de recours une sanction qui aurait pour résultat de supprimer des faits déjà acquis au début devant l'autorité de première instance¹⁶⁹.

Quelle sera d'autre part la conséquence d'un vice de convocation pour la partie qui n'a pas comparu, de ce fait, devant l'autorité de première instance ? S'agissant de la convocation des créanciers à l'audience d'homologation d'un concordat, le TF a déclaré que lorsqu'ils n'avaient pas été régulièrement convoqués en première instance, on ne saurait les priver du droit de recours pour le motif qu'ils n'ont pas fait valoir leurs moyens d'opposition. Ce n'est que lorsque leur abstention est inexcusable qu'ils peuvent être déclarés déchus de leur droit de recours¹⁷⁰.

24. Suffit-il de citer *le défenseur* pour satisfaire aux droits de la défense ? Dans un cas où l'accusé n'avait pas été personnellement cité devant la cour d'appel du Tessin, le TF

¹⁶⁸ RO 56 (1930) I 89–97, cons. 2. Comp. RO 20 (1894), p. 290–295, cons. 4.

¹⁶⁹ RO 45 (1919) I 263–268 = JT 1919 I 666.

¹⁷⁰ RO 55 (1929) I 72–73. En l'occurrence, le vice de convocation consistait en ce que celle-ci n'avait pas été faite par voie de publication dans la Feuille fédérale du commerce et la Feuille officielle du canton. Voir. LP art. 304.

déclara que l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'administration de la justice est que lon ne saurait prononcer une condamnation sans que les parties soient régulièrement citées et comme, en l'occurrence, il s'agit d'un procès pénal, selon un principe généralement accepté, le prévenu a le droit non seulement d'être cité, mais encore d'être invité personnellement à se défendre avec le concours de son défenseur. Le TF admit le recours de droit public de l'accusé Molinari¹⁷¹.

Un demi siècle plus tard, le TF reconnut cependant la compatibilité avec l'article 4 CF d'une loi valaisanne de procédure pénale prévoyant, pour réduire les frais de justice, que, sauf dans les cas où la comparution personnelle est nécessaire, les citations ne seront adressées qu'aux mandataires. On s'en tiendra, concluait le TF, à la décision rendue en la cause Molinari, en tant seulement qu'elle reconnaît à l'accusé le droit d'exiger d'être cité personnellement toutes les fois qu'il est tenu de comparaître. En revanche, il n'y a pas de raison majeure pour accorder ce droit à l'accusé quand sa comparution n'est pas obligatoire. En ce cas, son défenseur n'est pas seulement un conseiller mais un véritable représentant¹⁷².

Un demandeur assisté de sa sœur, intenta une action en responsabilité contre une chambre des tutelles. Le tribunal cantonal zougois rejeta l'action pour le motif que les femmes mariées ne pouvaient comparaître en justice pour autrui sans l'autorisation de leur mari. Le demandeur, par la voie du recours de droit public, se plaignit de ce qu'on lui avait refusé le droit d'être entendu, alléguant qu'il avait évoqué son propre droit et comparu lui-même en justice. Le TF reconnut qu'il n'avait pas été représenté, mais simplement assisté par sa sœur, et admit le recours¹⁷³.

Le retrait de la puissance paternelle ne saurait être notifié au seul mari, comme chef et représentant de l'union con-

¹⁷¹ RO 22 (1896) p. 909–913, cons. 2.

¹⁷² RO 71 (1945) I 1–3, cons. 2 = JT 1945 I 146.

¹⁷³ RO 7 (1881) p. 621–624, cons. 2.

jugale. Ce serait violer la qualité de partie que le droit fédéral reconnaît en cette matière à l'épouse. La puissance paternelle est un droit indépendant, propre à chacun des époux. Chacun, par conséquent, jouit du droit d'être entendu en cas de retrait¹⁷⁴.

La notification d'une taxation fiscale, pour acquérir force de chose jugée, doit être régulière. Elle ne l'est pas lorsqu'elle est adressée à une société en nom collectif dissoute à la suite du prononcé de la faillite. Pour être valable, la notification devait être adressée à l'administration de la faillite, en sa qualité de représentante de la masse. En outre, la force de chose jugée d'une décision administrative n'est acquise que si la faculté a été donnée au destinataire d'utiliser les moyens de recours que la loi met à sa disposition. Pour ces motifs, le TF admit le recours de droit public dirigé contre l'octroi de la mainlevée par les autorités cantonales¹⁷⁵. Autrement dit, ce serait violer le droit d'être entendu de l'administré que de considérer comme revêtue de la force de chose jugée une décision contre laquelle le destinataire n'a pas été mis en mesure de recourir.

25. Pour jouir du droit d'être pleinement entendu, reconnu en matière pénale, l'intéressé doit savoir qu'il est entendu *comme inculpé ou accusé*. Au cours de l'enquête devant le préfet, un recourant n'avait pas été traité en tant qu'accusé, ni entendu. Durant la procédure préliminaire, il avait sans doute comparu devant le juge, mais sans qu'une accusation pénale ait été portée contre lui. Ce n'est qu'à l'occasion de la citation à comparaître aux débats devant le tribunal de district que le recourant avait été désigné comme «accusé». Mais aucune infraction précise ne lui était reprochée. Et l'on ne pouvait inférer clairement de la citation si le recourant devait être jugé pour une infraction ou s'il comparaissait en tant que personne civilement responsable. Le TF admit dès lors que le recourant se plaignait à juste titre

¹⁷⁴ RO 67 II 9–12 = JT 1941 I 279.

¹⁷⁵ RO 63 (1937) I 291–297 = JT 1938 I 25.

d'une violation de son droit d'être entendu. Pour cette seule raison déjà, le jugement devait être cassé comme contraire à la constitution¹⁷⁶.

Dans un procès civil, le tribunal supérieur d'Argovie invita l'une des parties à prêter serment, au sens de l'article 238 du code de procédure civile. La partie adverse provoqua une enquête sur les conditions dans lesquelles le serment avait été prêté, sans préciser d'ailleurs s'il s'agissait d'un faux serment et d'une affaire pénale. Après enquête, le tribunal de district constata que les faits ne correspondaient pas aux allégués de la partie qui avait prêté serment et le tribunal supérieur infligea au recourant 14 jours de prison et une amende. Le TF admit le recours de droit public du condamné pour violation de son droit d'être entendu. Il remarqua que durant la procédure qui se déroula devant le tribunal de district et jusqu'au jugement rendu par le tribunal supérieur, le recourant n'avait pas été considéré comme inculpé, mais comme une simple partie civile. A ce titre, il n'eut jamais l'occasion de sauvegarder ses droits à l'encontre d'une éventuelle condamnation pénale. L'intéressé s'était dès lors borné à prendre position et à se défendre sur le plan civil. Il a été condamné pénalement sans avoir été entendu. L'arrêt du Tribunal supérieur argovien fut cassé pour violation de l'article 4 CF¹⁷⁷.

Un prisonnier ayant été trouvé pendu dans sa cellule, plainte pénale fut déposée contre deux policiers, soupçonnés d'avoir provoqué ce décès. Des personnes qui avaient répandu quelque suspicion à cet égard furent entendues comme témoins. Le ministère public ayant conclu à un non-lieu en ce qui concerne les policiers, les «témoins» furent à leur tour inculpés de calomnie et les policiers se portèrent partie civile. Le tribunal de district prononça des condamnations à des peines de prison qui furent maintenues par le tribunal d'appel. A la suite d'un recours de droit public, le TF

¹⁷⁶ RO 8 (1882) p. 687–693, cons. 2 a).

¹⁷⁷ RO 21 (1895) p. 319–324.

remarqua que les recourants auraient dû être entendus, déjà au cours de l'enquête, non pas comme témoins mais comme accusés. La procédure suivie a violé les droits de la défense et a restreint à l'égard des recourants leur droit d'être pleinement entendus. Pour cette raison, le TF admit le recours de droit public et constata l'existence d'un déni de justice¹⁷⁸.

Précisons cependant, avec la Cour de cassation genevoise, que la qualification donnée par le juge d'instruction aux faits reprochés à l'inculpé peut être toute provisoire, qu'elle ne lie pas le Parquet, ni les juridictions qui peuvent être appelées à connaître ultérieurement de la cause. Ce qui importe, c'est que l'inculpé ait été interrogé sur tous les faits retenus contre lui pour qualifier définitivement l'infraction et qu'il ait pu s'expliquer à leur sujet¹⁷⁹.

A cet égard, comment apprécier la lettre d'admonestation que le juge pénal de Bâle-Ville adresse à une personne contre qui une plainte pour diffamation a été déposée, en l'avertissant, sans l'avoir entendue et sans avoir effectué d'enquête, que son comportement tombe sous le coup de la loi pénale ? La lettre d'admonestation faisait en outre état du retrait de la plainte. Il n'y avait pas dès lors de procédure pénale pendante contre le recourant. Pouvait-il être question ici d'une décision cantonale au sens de l'ancien article 178 ch. 1 OJF (84 nouveau) ? Si tel était le cas, le recourant avait un droit constitutionnel à être entendu avant que la «décision» ne fût prise. Il avait le droit d'être cité à l'audience du juge pour s'expliquer sur le contenu de la plainte. Le TF admit cependant que le droit d'être entendu n'avait pas été violé, parce qu'après l'admonestation le président avait avisé l'intéressé qu'il l'entendrait s'il venait à l'audience et qu'il informerait, à sa demande, la plaignante de ce que ses allégations étaient contestées. Ainsi le recourant aurait pu s'expliquer sur l'objet de la plainte et requérir une enquête ap-

¹⁷⁸ RO 22 (1896) p. 914–920.

¹⁷⁹ Sem. jud. 1962 p. 379–384.

profondie. Le TF admit que la pratique de l'admonestation était à Bâle-Ville un droit procédural coutumier¹⁸⁰!

Se fondant sur l'article 547 du code de procédure civile, un juge tessinois infligea à une partie une amende pour désobéissance, sur simple rapport d'huissier, sans audition préalable de l'intéressé. La régularité du prononcé, du point de vue de la législation cantonale, n'était pas contestable. Le TF cassa néanmoins la décision parce que les garanties procédurales de l'*audiatur et altera pars*, découlant de l'article 4 Cst. féd., n'étaient pas respectées et que le contrevenant n'avait pas été mis en mesure de se défendre¹⁸¹.

Section II

Mémoires. Audition des parties Procédure probatoire

26. Il ne suffit pas que la citation soit régulière, que le destinataire soit atteint par la décision administrative ou judiciaire, ou que l'inculpation du prévenu soit formulée dès l'enquête préliminaire pour que le droit d'être entendu soit respecté. Les parties doivent avoir eu l'occasion de se faire entendre, de faire valoir utilement leurs moyens de preuve et de se prononcer sur les moyens de la partie adverse devant l'autorité compétente. Elles doivent avoir été mises en état de prendre position sur le mémoire de recours déposé contre la décision des premiers juges. La jurisprudence illustre ces applications du droit d'être entendu en procédure pénale, en procédure civile et en droit des poursuites.

27. En matière pénale, on l'a vu, l'obligation d'entendre le prévenu est absolue¹⁸². Le prévenu a le droit d'être pleinement entendu, c'est-à-dire d'être entendu en tant que pré-

¹⁸⁰ RO 24 (1898) I 567–571, cons. 1 et 2.

¹⁸¹ RO 31 (1905) I 551–559, cons. 2.

¹⁸² RO 46 (1920) I 323 = JT 1921 I 113 – cons. 2. Ci-devant § 10.

venu. Il doit savoir qu'il est inculpé et doit être mis en mesure de se défendre, de s'expliquer sur tous les faits qui conditionnent cette inculpation. Le droit d'être entendu comporte dès lors le droit pour le prévenu de se faire entendre pleinement sur une inculpation pénale¹⁸³. Une décision qui révoque un sursis, sans que le condamné ait été mis en mesure de se défendre, peut violer son droit d'être entendu¹⁸⁴.

L'arrêt d'une cour de cassation pénale qui se borne à annuler, sur recours du ministère public, une décision d'acquittement, toute faculté étant laissée au bénéficiaire de cet acquittement de se défendre une seconde fois, pleinement, en première instance, viole son droit d'être entendu, parce qu'elle oblige l'accusé à recommencer sa défense en première instance et le prive, sans l'entendre, d'une position juridique acquise qui était pour lui préférable¹⁸⁵.

Entendre un prévenu c'est l'entendre non seulement dans ses allégations, c'est donner suite aux moyens de preuve qu'il propose, entendre les témoignages susceptibles de prouver la véracité de ses allégations, procéder aux vérifications qui sont de nature à les confirmer. Dans une affaire de diffamation par la voie de la presse, le juge d'instruction tessinois refusa l'enquête demandée par les prévenus, à savoir la comparaison des registres électoraux et des rôles militaires, documents détenus par l'administration fédérale; et le tribunal correctionnel condamna les prévenus sans procéder à l'enquête. Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel. Saisi d'un recours, le TF constata que les condamnés avaient le droit incontestable de soulever l'exception de vérité des faits articulés et d'obtenir du tribunal les vérifications nécessaires par l'exercice de la preuve. Le tribunal aurait dû, à la requête des recourants, décider tout au moins la suspension du procès en diffamation jusqu'à la clôture définitive de l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat. Les

¹⁸³ RO 8 (1882) p. 687–693, conc. 2a; RO 22 (1896) p. 914–920, cons. 1. Voir ci-devant § 25.

¹⁸⁴ Ci-devant § 10.

¹⁸⁵ Ci-devant § 15.

jugements cantonaux ont «frustré les accusés d'un bénéfice légal et porté atteinte aux droits de la défense dans un procès de presse...»¹⁸⁶.

Une personne prévenue de voie de fait est condamnée par le tribunal de police de Lausanne à 20 jours d'emprisonnement. Le ministère public recourt auprès de la Cour de cassation pénale qui inflige 30 jours au prévenu sans lui communiquer le recours du ministère public, malgré le prescrit de l'article 500 du c.p.p. vaudois. Le procureur général conteste toute importance à cette informalité parce que l'erreur commise par le tribunal de police devait nécessairement être rectifiée, même si le prévenu avait été mis en demeure de répondre au recours. Le TF constata que la question n'était pas de savoir si la loi pénale vaudoise avait été bien ou mal appliquée, mais si le recourant avait été privé de son droit d'être entendu avant le prononcé de la Cour de cassation. En effet, «Le TF a déjà jugé à plusieurs reprises que l'accusé a le droit d'exiger d'être entendu, non seulement en première instance, mais devant l'instance de cassation et alors même que la procédure cantonale ne renfermerait pas de disposition expresse à cet égard... Le droit d'être entendu de l'accusé est un droit élémentaire, existant en dehors de toute prescription légale expresse, et qui ne saurait être méconnu sans qu'il en résulte une atteinte à la garantie de l'égalité devant la loi inscrite à l'article 4 de la constitution fédérale»¹⁸⁷. La garantie constitutionnelle du droit d'être entendu requiert ainsi que le prévenu soit mis en mesure de s'exprimer sur le recours du ministère public.

Remarquons cependant que les moyens de défense du pré-

¹⁸⁶ RO 6 (1880) p.163–170. Dans une action en libération de dette, le juge vaudois ne pouvait par contre donner suite à la requête de suspension du procès, présentée par le demandeur, celui-ci ayant déposé une plainte pénale contre inconnu pour faux dans le titre de créance. La suspension du procès constituait un véritable jugement qui ne pouvait être rendu sans que les parties aient été entendues ou régulièrement citées. JT 1947 III 2–6.

¹⁸⁷ RO 24 (1898) I 560–563. Voir ci-devant § 14.

venu ne sont pas tous de même valeur. Il en est qui peuvent apparaître d'emblée impropres à la disculpation du prévenu. Même si la quantité d'acétate de thallium administrée par une épouse à son mari ne pouvait provoquer son décès, la recourante n'en était pas moins punissable pour tentative de meurtre, lésions corporelles ou délit impossible. Il n'était dès lors pas nécessaire que l'autorité cantonale tînt compte des ouvrages cités par la défense aux fins d'établir quelle est la dose mortelle de pâte de surux. On ne saurait prétendre que l'autorité cantonale a violé l'article 4 de la constitution fédérale en écartant ce moyen de preuve¹⁸⁸.

Un recourant allègue que les témoins à décharge qu'il a fait citer n'ont pas tous été entendus, la demande de les entendre à nouveau «sous serment» ayant été écartée, alors que les témoins à charge, eux, avaient déposé sous serment. On ne saurait trouver dans cette circonstance, estima le TF, une violation des droits de la défense ou un déni de justice. Une nouvelle audition des témoins à décharge ne paraissait pas décisive quant au résultat. Le TF n'entra pas en matière sur le grief, parce que la décision attaquée ne comportait à son avis aucune violation de la constitution et qu'elle n'apparaissait pas arbitraire¹⁸⁹. C'est sous l'angle de l'arbitraire en effet que le TF apprécie, à cet égard, le comportement des autorités pénales cantonales¹⁹⁰. Le TF n'est ni une autorité d'appel, ni une instance de cassation en matière civile et pénale cantonale, et il ne contrôle point les décisions des tribunaux relatifs à l'application des lois cantonales en matière de procédure probatoire en tant que cour d'appel suprême. Il déclare ne pouvoir intervenir, sur la base de l'article 4 de la constitution fédérale, que si les tribunaux cantonaux ont

¹⁸⁸ RO 78 (1952) IV 145 = JT 1953 IV 105–108. Autre chose est la question de savoir si le TF respecte ainsi le caractère *formel* du droit d'être entendu: ci-devant § 9.

¹⁸⁹ RO 15 (1889) p. 14–19, cons. 1.

¹⁹⁰ Comp. ci-devant § 9. Voir également § 8.

rejeté arbitrairement les preuves de la partie recourante¹⁹¹. Le juge n'est pas tenu, sous peine de commettre un déni de justice, d'assigner tous les témoins qu'il plait à une partie d'indiquer; il rentre dans sa compétence d'apprecier la pertinence et la portée du témoignage invoqué et d'en faire abstraction lorsqu'il estime qu'il ne peut être d'aucune importance dans la cause¹⁹².

Certaines autorités cantonales, remarquons-le, se montrent plus exigeantes en matière d'audition des témoins sollicitée par la défense. Ainsi, à propos d'une contestation fiscale, l'*Oberrekurskommission* du canton de Zurich constate que la commission de recours n'avait pas entendu deux autres témoins dont le recourant avait proposé l'audition dans les délais. L'autorité supérieure releva que la décision attaquée ne motivait pas le rejet ou l'omission de cette audition, qu'elle n'expliquait pas non plus pourquoi l'audition des dits témoins n'aurait eu aucune influence sur la conviction de la commission et que celle-ci s'était dès lors rendue coupable d'une violation du droit d'être entendu. En outre, le recourant devait être cité pour cette audition¹⁹³.

28. Une contestation *civile* est une contestation «entre des sujets de même nature, de même droit et de même valeur qui appelle nécessairement une procédure contradictoire». Une pareille contestation est, en règle générale, portée devant le juge ordinaire¹⁹⁴. Selon une pratique constante, notait le TF, la garantie de l'égalité devant la loi assure aux parties, au cours d'une procédure contradictoire, un droit à être entendues de la même manière et qu'en tout cas aucune décision

¹⁹¹ RO 15 (1889) p.63–79, cons. 3. Voir aussi RO 83 (1957) I 7–11 = JT 1958 I 486.

¹⁹² ATF du 2 octobre 1891 = JT 1891 p. 704.

¹⁹³ Zbl. 1934 (vol. 35) p. 589. Sur l'audition des parties (du plaignant, de l'accusé) et des témoins, sur l'ordre à suivre dans l'interrogatoire, sur le droit de l'accusé d'avoir la parole en dernier lieu, voir notamment: P.A. BOVARD, Audition et plaideoiries des parties, JT 1955 III pp. 10 et suiv.

¹⁹⁴ RO 86 (1960) I 330–334 = JT 1961 I 348, cons. 1.

ne soit prise, à la demande de l'une et au détriment de l'autre, sans que celle-ci ait eu l'occasion de se prononcer à son sujet. Toute violation de ce droit de s'exprimer constitue une violation du droit d'être entendu qui découle de l'article 4 Cst. féd.¹⁹⁵. Est entaché de nullité le prononcé rendu par un juge qui, après l'audience, a encore entendu une partie à son domicile et a reçu d'elle communication de pièces ne figurant plus au dossier¹⁹⁶.

Le droit de chaque partie à être entendue de la même manière a été proclamé par le TF dans diverses procédures relatives à des contestations civiles.

S'agissant du *changement de nom* de l'enfant d'époux divorcés, l'autorité cantonale ne peut donner suite à la demande de la mère sans tenir compte de l'intérêt du père et sans lui fournir l'occasion de se prononcer à ce sujet. Ce faisant, elle méconnaîtrait le droit du recourant d'être entendu et violerait l'article 4 Cst. féd.¹⁹⁷. Il en va de même lorsque le père divorcé a été privé de la puissance paternelle. Dans le mariage, en effet, il y a lieu de consulter le père à moins que des raisons impérieuses ne s'y opposent, telle que l'ignorance de son lieu de séjour¹⁹⁸. Ce n'est qu'en cas de filiation illégitime que l'on peut s'abstenir de solliciter le consentement de la mère, lorsqu'elle n'a pas la puissance paternelle et n'est pas tutrice de son enfant, encore qu'il soit désirable de la consulter¹⁹⁹. En ce domaine cependant, les communes intéressées ne sauraient revendiquer d'être consultées si la loi cantonale ne leur reconnaît pas ce droit²⁰⁰.

La *sommation judiciaire*, mesure provisoire et conservatoire de la procédure civile glaronnaise, elle aussi ne peut

¹⁹⁵ RO 43 (1917) I 4–6.

¹⁹⁶ JT 1946 II 32. Affaire vaudoise.

¹⁹⁷ RO 83 (1957) I 237–240 = JT 1958 I 26, cons. 1. Même avis de la part de la deuxième cour civile: RO 76 II 337 et 342, cons. 2 = JT 1951 I 386 et 391.

¹⁹⁸ Zbl. 1960 p. 16–18; RO 89 (1963) I 153–158.

¹⁹⁹ RO 70 (1944) I 216–223 = JT 1945 I 296, cons. 3.

²⁰⁰ RO 33 (1907) I 770–779, cons. 7.

être rendue, sur requête unilatérale, sans audition préalable de la personne à laquelle elle s'adresse. L'obligation découlant de l'article 4 CF, d'entendre également les deux parties existe non seulement pour le procès civil ordinaire dans lequel une contestation privée est jugée définitivement, mais en principe aussi pour la procédure dans laquelle un droit privé est provisoirement protégé avec effet immédiat. Ce n'est que dans les cas d'urgence particulière, lorsqu'il s'agit de mesures tout à fait provisoires, destinées à ne durer que jusqu'au moment où seront rendues les mesures provisoires proprement dites qu'on peut s'abstenir d'entendre préalablement la personne visée²⁰¹. Précisément parce qu'elle ne suppose pas de débats contradictoires et que le destinataire de la mesure n'a pas l'occasion de se faire entendre au préalable, la sommation judiciaire n'a pas été assimilée à un jugement civil au sens des articles 80 et 81 LP et 61 Cst. féd.²⁰².

Notons que le séquestre judiciaire d'une œuvre d'art pratiqué, à titre de *mesure provisionnelle*, chez une propriétaire de galerie d'art, sans l'avoir entendue préalablement, et sans soumettre cette mesure à la condition que l'intimé qui revendique la propriété de l'œuvre en question intente un procès au fond dans un certain délai, a été jugé arbitraire par le TF et contraire à la constitution. La mesure provisionnelle n'était admissible qu'à la condition qu'un délai fût fixé à l'intimé pour intenter un procès au fond²⁰³.

La procédure d'exécution elle aussi doit satisfaire aux exigences du droit d'être entendu. L'autorité cantonale compétente ne saurait contraindre une partie à participer à la formation d'un tribunal arbitral sans que cette dernière ait été entendue sur la question purement civile de savoir si elle est tenue de collaborer à la constitution d'un tel tribunal²⁰⁴. Le bailleur qui réclame la restitution de la chose louée et l'ex-

²⁰¹ RO 87 (1961) I 100–112 = JT 1962 I 130, cons. 7.

²⁰² RO 67 (1941) I 6–12 = JT 1941 I 182, cons. 2.

²⁰³ RO 88 (1962) I 11–17 = JT 1962 I 590, cons. 6.

²⁰⁴ RO 9 (1883) p. 227–232, cons. 2.

pulsion d'un locataire exerce une action civile. Le prononcé qui statue sur une telle demande est un jugement civil bien que, selon les règles de procédure cantonale, il soit rendu dans une *instance sommaire spéciale*. Déjà en vertu du droit d'être entendu qui dérive de l'article 4 Cst. féd., une pareille demande ne peut être accueillie sans que la partie défenderesse ait eu l'occasion de faire valoir ses moyens. Si le jugement n'est pas précédé d'un échange d'écritures mais d'une discussion orale, le défendeur doit avoir été cité aux débats²⁰⁵. Dans un arrêt récent, le TF admet cependant la possibilité d'une solution plus nuancée, selon qu'il s'agit d'un procès civil ordinaire ou d'une procédure sommaire. Dans un procès civil ordinaire, il peut y avoir violation du droit d'être entendu lorsque le juge civil prend en considération un moyen de preuve sur lequel la partie adverse n'a pas eu l'occasion de prendre position. Par contre, *en procédure sommaire*, lorsque le juge peut se contenter de simple vraisemblance (ainsi pour le droit bernois: Leuch, ad article 310 C.p.c. No. 1), on ne saurait alléguer, en principe, la violation du droit d'être entendu au sens de l'article 4 Cst.féd. car le juge peut faire les constatations nécessaires, en présence ou en l'absence des parties. Dans les cas urgents, le juge est souvent en mesure de s'orienter rapidement sur l'état de fait²⁰⁶.

En matière de poursuite, à l'occasion d'un recours relatif à une saisie de salaire, le TF remarqua que bien qu'il soit désirable que toutes les parties soient entendues par les autorités cantonales, la loi fédérale n'impose pas expressément à ces autorités l'obligation de les entendre²⁰⁷. S'agissant du retour à meilleure fortune, le TF constata, dans un cas où la mainlevée provisoire avait été accordée, que le recourant n'avait pas eu l'occasion de s'exprimer devant le juge: il n'avait pas été cité, comme l'exige l'article 25 ch.1 LP; des débats contradictoires, ou tout au moins une audition du

²⁰⁵ RO 70 (1944) I 65–67 = JT 1944 I 506.

²⁰⁶ RO 88 (1962) I 201–202.

²⁰⁷ RO 24 (1898) I 729–732, cons. 1.

recourant, n'avaient pas eu lieu. Ainsi l'autorité avait violé le droit d'être entendu reconnu par une disposition de la loi fédérale²⁰⁸. La loi fédérale sur la poursuite laisse cependant aux cantons une certaine latitude dans l'organisation de la procédure et des voies de recours²⁰⁹.

En matière d'interdiction, depuis l'entrée en vigueur du CCS, le droit d'être entendu est régi par une disposition spéciale du droit civil fédéral, l'article 374 CCS. Le lésé peut se pourvoir auprès du TF par les voies de recours ordinaires²¹⁰.

29. Les arrêts recensés au paragraphe précédent évoquaient le droit d'être entendu des parties elles-mêmes en matière civile, qu'il s'agisse de procédure ordinaire ou de procédures spéciales.

Le TF eut aussi l'occasion de prendre position sur la portée du droit d'être entendu en matière civile dans le cadre de la procédure probatoire (audition de témoins, preuve par expertise, enquête administrative). Il a également arrêté sa position en ce qui concerne l'appréciation des moyens de preuve par les autorités judiciaires cantonales.

Dans un arrêt fort ancien, le TF soulignait le fait que le tribunal des prud'hommes de Genève, n'avait point entendu et avait même refusé d'entendre les témoins du défendeur. En procédant ainsi, le président du tribunal des prud'hommes avait privé le recourant du droit de faire entendre en justice sa défense, et commis un déni de justice²¹¹.

Une loi de Nidwald prévoyait que l'audition des témoins devait avoir lieu en l'absence des parties et du public et que les déclarations de ceux-ci devaient être consignées dans un procès-verbal tenu secret. Aucune disposition ne régissait la

²⁰⁸ RO 28 (1902) I 337–342, cons. 3.

²⁰⁹ Voir ci-après § 30.

²¹⁰ Voir, par exemple, JT 1916 I 309–313 (transformation d'une curatelle en tutelle); RO 84 (1958) II 146–148 = JT 1958 I 543 (instructions du TF conc. la procédure d'interdiction); RO 87 (1961) II 129–132 = JT 1962 I 2–4. Sur les voies de droit cantonales, par exemple: JT 1929, partie cantonale, p. 44–48.

²¹¹ RO 14 (1888) p. 145–149.

consultation de ce procès-verbal par les parties. Le TF considéra que les parties devaient avoir accès au procès-verbal et que la connaissance de leurs déclarations était indispensable pour la sauvegarde de leurs droits. On ne saurait contester, par exemple, le droit pour les parties de demander des éclaircissements aux témoins. Elles doivent pouvoir déposer plainte contre un témoin pour faux témoignage. En refusant au recourant la consultation du procès-verbal des témoignages, le tribunal supérieur de Nidwald a commis un déni de justice²¹². Par contre, nous avons vu qu'aux yeux du TF le juge n'est pas tenu, sous peine de commettre un déni de justice, d'assigner tous les témoins qu'il plaît à une partie d'indiquer. Il peut apprécier la pertinence et la portée du témoignage invoqué²¹³.

A l'occasion d'une contestation sur un droit d'eau, une partie sollicita une *expertise*. Le juge l'accorda à la condition qu'elle fut déposée dans le délai de deux mois, et il écartera la demande de prolongation. Le TF estima qu'en refusant la prolongation le juge avait violé les droits que le recourant possédait en tant que partie, en particulier son droit à être pleinement entendu²¹⁴. Une demande de *surexpertise* par contre peut n'être admissible, en vertu du code de procédure civile bernois, que si le juge «trouve le rapport des experts nommés en première instance insuffisant», c'est-à-dire lorsque la première expertise présente des lacunes ou n'est pas concluante. Le fait pour le juge de se prononcer sur la valeur de l'expertise intervenue sans tenir compte des critiques du recourant ne viole pas le droit de ce dernier d'être entendu²¹⁵.

S'agissant d'une *vision locale*, dont la procédure, réglée

²¹² RO 15 (1889) p. 679–682. «Constitue un déni de justice, dit encore le TF, la décision par laquelle le tribunal refuse à une partie, dans un procès-civil, le droit de prendre connaissance des procès-verbaux d'audition des témoins, alors qu'aucune disposition légale n'autorise un refus»: JT 1891 p. 192 (ATF du 30.1.1891).

²¹³ JT 1891 p. 704. ATF du 2.10.1891. Voir ci-devant § 27 fin.

²¹⁴ RO 13 (1887) p. 356–363, cons. 2.

²¹⁵ JT 1912 I 603–608. Ne figure pas au RO.

par une disposition du code de procédure civile bâlois, était appliquée par analogie en matière administrative, le TF considéra que le droit d'être entendu des recourants avait été violé par le tribunal administratif bâlois parce qu'il n'avait pas convoqué les parties pour procéder à cette mesure probatoire²¹⁶.

Peut-on, en matière civile, substituer, ne serait-ce que partiellement, une enquête administrative à la formulation par les parties de leurs moyens de preuve ? Si cette conception avait été véritablement celle du tribunal de district, déclara le TF, le recours devrait être admis. Ce serait violer en effet tous les principes qui régissent la procédure et celui de la séparation des pouvoirs que de substituer à la procédure probatoire, dans un litige civil, une procédure d'enquête administrative et de considérer celle-ci comme une partie essentielle de la procédure. En réalité le juge cantonal n'entendait pas violer le droit des parties de formuler leurs moyens de preuve. L'enquête administrative préalable ne remplaçait pas la procédure probatoire²¹⁷.

Qu'en est-il maintenant de la position du TF en ce qui concerne l'appréciation des moyens de preuve par les autorités judiciaires cantonales ? Lors d'un litige relatif à la validité de dispositions testamentaires, le juge cantonal avait écarté une demande de reconsideration appuyée sur certaines pièces du dossier. Le recourant affirmait que le jugement cantonal impliquait une violation de son droit d'être entendu et, par là, du principe de l'égalité devant la loi. Même si les allégations du recourant sont justifiées, déclara le TF, on ne saurait y voir un déni de justice de la part de l'autorité cantonale. Car on ne peut considérer comme tel, en plus du refus de l'autorité de se saisir d'une affaire, que l'éconduite arbitraire d'une partie dont la demande apparaît clairement fondée, soit la violation arbitraire des droits d'une partie. Le TF ne saurait revoir, comme cour de cassation, des décisions cantonales définitives, parce qu'elles comporteraient

²¹⁶ Zbl. 1960, p. 584–593, cons. 2.

²¹⁷ RO 33 (1907) I 263–266.

une «*Aktenwidrigkeit*» ou d'autres vices de procédure²¹⁸. Plus tard le TF devait se montrer plus exigeant à l'égard de l'autorité cantonale dans l'appréciation des moyens de preuve et des allégations des parties. Il y a déni de justice, expliqua-t-il, non seulement lorsque le juge refuse à une partie le droit de se faire entendre en justice, mais lorsqu'il prononce sa décision sans tenir compte des raisons alléguées par cette partie, bien qu'elles soient de nature à mériter d'être prises en considération et que, d'après les principes élémentaires du droit, elles n'eussent pas dû être passées sous silence²¹⁹.

Une cour d'appel ayant refusé de prendre en considération l'allégué d'une partie, appuyé sur des moyens de preuve, formulé à temps devant l'autorité de première instance, et consigné au dossier, le TF constata que ce refus constituait un déni de justice. Il suffit objectivement que le droit, découlant de l'article 4 Cst. féd., pour toute partie, de présenter devant le juge ses moyens de preuve, en la forme prévue par la procédure, ait été violé et qu'un jugement soit intervenu qui n'aurait pas été prononcé sans cette omission pour qu'un déni de justice soit réalisé²²⁰. Ici aussi il y avait «*Aktenwidrigkeit*» puisque le déni de justice ressortait du dossier lui-même et que le recourant avait omis, durant les débats devant la cour d'appel, de lui signaler que le jugement de l'autorité de première instance était inconciliable avec les faits du dossier. Le TF sanctionna cette «*Aktenwidrigkeit*» par l'acceptation du recours.

30. La jurisprudence du TF est instructive également en ce qui concerne le respect du droit d'être entendu *par les autorités judiciaires de recours*, en matière de procédure pénale et civile ou de poursuites.

²¹⁸ RO 6 (1880) p.327–331, cons.3.

²¹⁹ RO 16 (1890) p.617–627 = JT 1891 p.1, cons.1. Voir aussi JT 1901 I 569–576, cons.3, pas publié au RO; RO 30 (1904) I 355–363, cons.2. Tous ces arrêts concernent des tribunaux de prud'hommes.

²²⁰ RO 45 (1919) I 399–411.

A cet égard, nous ne reviendrons pas sur la pratique du TF lorsque l'autorité de seconde instance répare le tort causé au recourant par l'autorité de première instance²²¹, ni non plus sur la règle selon laquelle une autorité de recours ne saurait modifier la situation juridique d'une partie à son détriment sans l'avoir entendue²²². Il y a lieu d'admettre également au niveau des autorités de recours, l'application de la règle selon laquelle ces autorités sont tenues d'entendre de la même façon les deux parties. Elles y sont tenues d'autant plus lorsqu'elles ne se bornent pas à annuler le prononcé de première instance et à renvoyer la cause au premier juge pour nouveau jugement, mais statuent elles-mêmes sur le fond et réforment définitivement le prononcé attaqué²²³.

Il est une règle qui concerne particulièrement les autorités de recours pénales ou civiles, selon laquelle, *avant d'admettre un recours, on doit, ou bien l'adresser à la partie intimée pour qu'elle puisse y répondre, ou bien entendre cette partie.* Cette règle, le TF l'appliqua notamment dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale (CCS art. 169), s'agissant, pour une autorité de recours, de fixer le niveau d'une pension alimentaire²²⁴. Lors d'un recours contre une décision accordant la mainlevée provisoire au créancier, le TF prononça que l'autorité devait veiller à adresser un double du mémoire de recours à la partie adverse²²⁵.

La LP n'exige pas expressément que les créanciers soient entendus par la seconde instance. Elle laisse au droit cantonal le soin de régler la procédure. Le droit cantonal peut donc prévoir que la décision sera rendue uniquement sur la

²²¹ Voir, ci-devant, § 12 et suiv.

²²² Voir, ci-devant, § 15 à 17.

²²³ RO 64 (1938) I 145–149 = JT 1939 I 209–211, cons. 2.

²²⁴ RO 64 (1939) I 145–149 = JT 1939 I 209, cons. 1; Voir aussi JT 1901 I 355–357 = Sem. jud. 1901 I 216, cas de recours contre un jugement des prud'hommes. Application d'une disposition cantonale de procédure.

²²⁵ RO 43 (1917) I 4–6.

base des pièces produites en première instance²²⁶. Mais si le droit cantonal permet au débiteur de présenter de nouveaux moyens de preuve ou d'exposer son point de vue oralement ou par écrit, le TF estime que la règle de l'art. 304 al.3 LP doit être appliquée. Possibilité doit alors être donnée aux créanciers qui ont déjà comparu en première instance d'exprimer leur avis sur l'exposé des nouveaux moyens de preuve du débiteur et de présenter eux-mêmes de nouveaux moyens de preuve s'ils en ont. Il est nécessaire d'assurer aux créanciers le droit d'être entendu, de leur communiquer le mémoire de recours du débiteur²²⁷. Mais il y a lieu d'admettre, réciproquement, que le débiteur soit aussi entendu lorsqu'un créancier a eu la possibilité d'exposer en seconde instance ses objections contre le jugement de première instance ou d'apporter de nouvelles preuves. Il a droit, dès lors, sur la base de l'article 4 Cst. féd., d'exiger que le mémoire de recours du créancier lui soit communiqué et d'y répondre²²⁸.

S'agissant d'une poursuite pour effet de change, le TF déclara, dans un arrêt jugé trop absolu par BURCKHARDT²²⁹, que l'on ne saurait prétendre que la procédure sommaire, en raison même de son caractère, exclue l'audition des parties. Au contraire, l'article 181 LP montre que le législateur fédéral lui-même entendait garantir aux parties la possibilité de s'exprimer devant le juge de mainlevée. Le grief de déni de justice formel doit être retenu dès lors que l'autorité cantonale de recours admet n'avoir pas entendu la recourante bien que la loi st-galloise d'introduction à la LP prévoie

²²⁶ RO 30 (1904) I 342–354, cons. 2: il n'est pas contraire à l'art. 4 CF qu'une Cour d'appel juge en deuxième instance sur la base des seuls dossiers et qu'il n'y ait pas de débats en matière de contestation de mainlevée.

²²⁷ RO 25 (1899) I 397–402, cons. 3. Ce droit existe en faveur des seuls créanciers qui ont donné suite à la citation devant l'autorité de première instance: RO 42 (1916) I 113–117.

²²⁸ RO 60 (1934) I 9–12 = JT 1934 II 77–80, cons. 3.

²²⁹ W. BURCKHARDT, Kommentar, 3^e édition, p. 55.

expressément que les décisions sur recours sont précédées de débats oraux auxquels les parties sont convoquées. Cette disposition et le droit d'être entendu qu'elle garantissait ont été violés²³⁰.

Commet aussi un déni de justice l'autorité cantonale de recours en matière de mainlevée qui, se basant sur un jugement exécutoire rendu dans le canton pour une dette alimentaire, contre celui dont les débiteurs poursuivis sont les héritiers, n'examine pas si les héritiers peuvent être considérés, eux aussi, comme débiteurs. Les héritiers avaient sur ce point le droit d'être entendus. Le juge n'était pas autorisé à écarter préjudiciellement le recours par le motif que les recourants ne produisaient pas de «titre» à l'appui de leur opposition. Il devait examiner si l'arrêt dont se prévaut la créancière déployait ses effets contre les héritiers du conjoint ou si ses effets étaient strictement limités à la personne du conjoint²³¹.

Relevons aussi un arrêt où le TF stigmatise comme un déni de justice le fait pour le tribunal cantonal vaudois de tenir pour inexistante une reconnaissance de dette libellée en allemand, alors que ce document avait été agréé et traduit par l'autorité de première instance²³².

Commet enfin un déni de justice la cour d'appel qui, rendue particulièrement attentive aux informalités qui vident un recours, refuse d'en examiner la recevabilité et entre en matière sur le fond du litige. Le déni de justice équivaut en fait à une violation du droit d'être entendu de la partie intimée. La décision était en outre contraire aux dispositions du code civil et du code de procédure civile fribourgeois²³³.

Cette pratique relative à l'audition égale et en quelque sorte parallèle des deux parties par l'autorité de recours fut cependant remise en cause dans un arrêt du TF où cette auto-

²³⁰ RO 27 (1901) I 407–411, cons. 3.

²³¹ RO 38 (1912) I 26–30.

²³² ATF du 21.2.1936. Reproduit dans Zbl. 1936 (vol. 37), p. 258–260.

²³³ JT 1891 p. 769–775.

rité affirmait, à propos d'une contestation civile mettant en jeu la convention franco-suisse de 1869, que le fait de ne pas solliciter l'avis de la recourante sur le moyen de preuve nouveau proposé par l'intimée ne saurait violer le principe constitutionnel de la grantie du droit d'être entendu. «Car les parties n'ont aucun droit, en vertu de ce principe à exiger d'être entendues par les autorités de chaque instance.»²³⁴ Le TF devait revenir plus tard, nous l'avons dit, sur cette jurisprudence et reconnaître qu'elle était contraire à sa pratique ultérieure²³⁵.

En matière *pénale* également, le droit d'être pleinement entendu requiert que le condamné ait la possibilité de s'exprimer sur le mémoire de recours du ministère public. Dans un cas où ce droit n'avait pas été respecté devant la cour de cassation pénale vaudoise, malgré le prescrit de l'article 500 du code de procédure pénale vaudois, le TF constata que la question n'était pas de savoir si la cour de cassation avait bien ou mal appliqué la loi pénale, mais si le recourant avait été privé du droit d'être entendu avant le prononcé de la cour. L'accusé a le droit d'exiger d'être entendu, non seulement en première instance, mais devant l'instance de cassation et alors même que la procédure cantonale ne renfermerait pas de disposition expresse à cet égard²³⁶.

S'agissant d'un recours contre une ordonnance de non-lieu, le c.p.p. vaudois (art. 253 et 260) n'imposait pas au tribunal cantonal l'obligation d'entendre l'inculpé. Le TF remarqua que la loi cantonale ne saurait violer un droit constitutionnel. Lorsqu'une ordonnance de non-lieu met les frais à la charge du plaignant, le tribunal supérieur, statuant sur le recours de celui-ci, ne peut, sans violer l'article 4 Cst. féd. modifier le jugement intervenu sur les frais, au détriment de l'inculpé. Celui-ci doit être entendu²³⁷.

²³⁴ RO 39 (1913) I 98–112, cons. 2.

²³⁵ RO 64 (1938) I 145–149 = JT 1939 I 209, cons. 2. Voir ci-devant § 14.

²³⁶ RO 24 (1898) I 560–563.

²³⁷ RO 65 (1939) I 1–4, cons. 2. Voir aussi RO 23 (1897) p. 1329–1332, cons. 2 et la jurisprudence évoquée aux § 15 à 17.

Section III

*Assistance judiciaire; émoluments de justice;
exonération des avances
et frais de justice et droit d'être entendu*

31. Une partie qui ne peut, sans prendre sur ce qui lui est nécessaire à elle et à sa famille, payer les frais d'un *procès civil*, qui n'apparaît pas voué à l'échec, a droit, en vertu de l'article 4 CF, à ce que le juge instruise sa cause *sans dépôt ou sûretés préalables* et à ce que l'*assistance d'un avocat* lui soit assurée gratuitement, si ses intérêts ne sont pas convenablement sauvegardés sans cela²³⁸. Ce droit à l'assistance judiciaire de la partie indigente porte *sur tous les actes de procédure* permis par les lois et ayant quelque chance de succès quant au fond. Il est garanti *à toutes les instances*²³⁹. Il ne vaut cependant que pour les procès civils et ne trouve pas d'application pour la procédure sommaire en mainlevée²⁴⁰.

Ce droit appartient aussi à un suisse domicilié à l'étranger et à l'étranger domicilié en Suisse. Le TF l'a reconnu également, sur la base des traités internationaux, aux étrangers domiciliés à l'étranger²⁴¹. Le droit à l'assistance judiciaire

²³⁸ RO 78 (1952) I 193–196 = JT 1953 I 313 et la jurisprudence à laquelle renvoie le considérant 2. La désignation d'un avocat d'office est nécessaire lorsque les droits de l'indigent ne peuvent être défendus convenablement sans cela et lorsque le procès n'apparaît pas d'emblée dénué de chance de succès: RO 78 (1952) I 1–5 = JT 1952 I 586; RO 85 (1959) I 1–7 = JT 1959 I 378, cons. 2. Notons aussi que la désignation d'office d'un avocat exclut le libre choix de celui-ci par l'assisté et cela notamment lorsque le choix se porte sur un avocat établi hors canton: RO 67 (1941) I 1–6 = JT 1941 I 343, cons. 2 (affaire civile).

²³⁹ RO 78 (1952) I 193, cons. 2. Et la jurisprudence citée.

²⁴⁰ RO 85 (1959) I 137–140. Pour l'héritier absent: RO 58 (1932) I 285–292. Pour les personnes morales: RO 88 (1962) II 386 = JT 1963 I 219.

²⁴¹ RO 76 (1950) I 111–121 = JT 1951 I 16, cons. 2 et 3 et toute la jurisprudence citée.

découle directement du principe de l'égalité devant la loi (art. 4 CF): ce principe en effet n'est pas respecté si son application n'est assurée qu'en faveur de celui qui peut payer les frais de procédure. Le refus de l'assistance judiciaire constitue dès lors, aux yeux du TF, un déni de justice *quant à la forme*²⁴².

Le TF ne reverra cependant l'application des dispositions légales cantonales relatives à l'assistance judiciaire gratuite que si elle se révèle manifestement fausse ou arbitraire²⁴³. D'autre part, aux termes de la jurisprudence, seul le droit à l'exonération des *avances* de frais découle immédiatement de l'article 4 CF²⁴⁴. L'exonération *totale* des frais de justice, par contre, doit se fonder sur la législation cantonale²⁴⁵. Dès lors, en ce qui concerne la dispense, de droit fédéral, relative à l'avance des frais, le TF apprécie librement si les conclusions de la partie indigente ont quelque chance de succès²⁴⁶.

Le fait de devoir déposer des sûretés pour un procès n'implique pas, en soi, déni de justice. Il y a cependant déni de justice lorsque la caution est fixée de manière arbitraire, à l'encontre des dispositions légales, ou lorsqu'elle est anormalement élevée et qu'elle est imposée dans le but d'écluder la demande²⁴⁷. Les cantons ont sans doute le pouvoir de subordonner l'activité des tribunaux au paiement d'émoluments de justice qui équivalent à l'activité déployée par le juge dans l'instance. Un droit d'enregistrement se montant à

²⁴² RO 76 (1950) I 111, cons. 2.

²⁴³ RO 67 (1941) I 68 = JT 1941 I 533; RO 78 (1952) I 193, cons. 2 = JT 1953 I 313.

²⁴⁴ RO 85 (1959) I 1–7 = JT 1959 I 378. L'art. 4 Cst. féd. donne au plaideur indigent l'assurance que le juge ne fera pas dépendre son activité de l'avance préalable des frais de justice et de ceux de l'autre partie. Mais il ne lui donne pas le droit d'être libéré absolument du paiement de ces frais cons. 2). Voir aussi RO 67 I 67 = JT 1941 I 533.

²⁴⁵ RO 64 (1938) I 1; 67 (1941) I 65.

²⁴⁶ RO 69 (1943) I 160, cons. 2 = JT 1944 I 149; RO 78 (1952) I 193, cons. 3.

²⁴⁷ RO 10 (1884) p. 1–6, cons. 2; JT 1903 p. 573–575.

près de fr. 1000.–, réclamés par le juge au recourant, n'a cependant pas le caractère d'un émolumen, mais d'un impôt sur les transactions. Dès lors, la décision qui subordonne le prononcé du jugement au paiement d'un droit d'enregistrement constitue un moyen de coercition tendant à astreindre la partie recourante au paiement d'un impôt. Aucun lien direct n'existant entre cet impôt et l'activité du juge, une telle sanction restreint dans une mesure incompatible avec l'article 4 CF le droit du recourant d'obtenir un jugement²⁴⁸.

Nous n'évoquerons pas ici l'ensemble de la jurisprudence du TF concernant les émoluments de justice, l'assistance judiciaire et l'exonération des frais de justice. Sans doute le droit d'être entendu, déduit par voie jurisprudentielle de l'article 4 CF, peut-il être ici mis en cause. En matière civile, toutefois, le TF fonde le droit à l'assistance judiciaire directement sur le principe de l'égalité devant la loi et non sur le droit d'être entendu. Ce dernier principe est violé néanmoins par voie de conséquence et dans la mesure même où la décision de l'autorité cantonale, en violent l'égalité devant la loi, porte atteinte aux droits de la défense.

32. En matière pénale, la situation est quelque peu différente. Il est arrivé que le TF s'appuie sur le droit d'être entendu pour apprécier la portée de certains jugements cantonaux, en matière de frais de justice et d'assistance judiciaire.

Lors d'un appel contre un jugement le condamnant à une amende, le recourant se vit refuser le bénéfice du droit du pauvre pour la raison que ce droit n'était pas reconnu en matière pénale par la législation valaisanne. En procédure civile, remarqua le TF, dans un arrêt très ancien, l'institution du droit du pauvre est communément admise en Suisse.

²⁴⁸ RO 61 (1935) I 81–86 = JT 1935 I 477. L'attitude du juge équivaut en l'occurrence à un refus d'entendre le justiciable. Il y a une certaine analogie entre ce cas et celui du CE lucernois qui refusait de communiquer sa décision motivée à un administré sans paiement préalable des frais: RO 40 (1914) I 469–474, ci-devant § 9.

Les codes de procédure pénaux par contre ne parlent pas en général du droit du pauvre, parce que la nature «de droit public» du procès pénal exclut qu'on fasse dépendre d'émoluments de justice, à charge du prévenu, le déroulement de la justice. Mais précisément la nature «de droit public» du procès pénal requiert aussi que les droits de la défense soient garantis par toutes les instances aux prévenus démunis de moyens. En refusant d'entrer en matière sur le recours, uniquement parce que l'émolument légal de justice n'avait pas été payé, *et sans examiner si le droit d'être entendu ne devait pas être garanti* au recourant devant l'autorité supérieure, même sans paiement de l'émolument, pour autant que l'indigence était attestée, la cour d'appel a violé le principe de l'égalité devant la loi²⁴⁹.

Dans une autre affaire où le Conseil d'Etat d'Appenzell RE avait refusé la désignation d'un avocat d'office pour assister une personne poursuivie pour injure, le TF remarqua que le principe de l'égalité devant la loi n'entraîne pas, pour l'Etat, l'obligation de désigner à ses frais un défenseur d'office à tout plaideur dans la gêne. Cette obligation n'existe que lorsque les droits d'une partie risquent, à défaut, d'être lésés. C'est pourquoi, précisa le TF, le droit à l'assistance judiciaire est reconnu d'une façon étendue en matière *civile* spécialement dans les procédures où, en principe, c'est aux parties qu'incombe la sauvegarde de leurs droits. Il en va autrement dans une procédure où le jugement repose non plus sur les faits établis par les parties, mais sur le résultat d'une instruction opérée d'office et dans laquelle les questions de fait et de droit sont résolues indépendamment de l'attitude des intéressés. La garantie que les droits seront respectés réside dans la procédure elle-même. C'est pourquoi on ne peut, en tout cas du point de vue du droit public fédéral, exiger des cantons qu'ils reconnaissent au prévenu le droit à un avocat d'office. Il en va de même *devant les autorités administratives* où, d'après l'usage établi, le justi-

²⁴⁹ RO 13 (1887) p. 251–255, cons. 3 et 4.

ciable procéde lui-même et ne sollicite le concours d'un conseil ou représentant qu'exceptionnellement. En principe, il ne doit pas en être autrement en procédure *pénale*, en tant que celle-ci est régie par le principe de l'enquête faite d'office (*Offizialprinzip*). Ayant enfin constaté que le code de procédure pénale d'Appenzell RE limite les cas de désignation d'un avocat d'office aux affaires graves, le TF en conclut qu'une telle pratique n'est pas contraire à l'article 4 CF, même si le plaignant de son côté, est assisté d'un défenseur à ses frais²⁵⁰.

Par jugement incidentel, le tribunal correctionnel de la Glâne avait décidé qu'un avocat, ne figurant pas au tableau des avocats admis à pratiquer dans le canton, n'avait pas le droit d'assister un prévenu. Le TF considéra que le fait de refuser à une partie la faculté de se faire assister comme elle en a le droit aux termes de la loi de procédure applicable, est évidemment une restriction du droit de défense et *l'une des formes que peut affecter le refus par le juge d'entendre une partie; en d'autres termes, le droit de se faire assister en justice constitue l'une des parties intégrantes du droit d'être entendu*; la violation de ce droit a d'ailleurs pour effet de rompre l'égalité des parties²⁵¹. Notons qu'en l'occurrence il n'était nullement question d'assistance judiciaire gratuite, mais du libre choix d'un défenseur par un prévenu.

Section IV

Le droit de consulter le dossier en matière civile et pénale

33. On ne saurait garantir aux parties les droits de la défense sans leur reconnaître la faculté de s'informer sur les faits, les constatations, qui conditionnent leur situation réci-

²⁵⁰ RO 63 (1937) I 209–213 = JT 1938 I 130, cons. 3. Comp., en matière administrative, ci-après § 43.

²⁵¹ RO 29 (1903) I 402–411 = JT 1904 I 333, cons. 4.

proque. On ne saurait contester au prévenu le droit de s'informer sur les charges qui pèsent sur lui. Le droit à la consultation du dossier apparaît ainsi comme une condition préalable du plein exercice des droits de la défense et par conséquent du droit d'être entendu.

Le TF a reconnu que la communication du dossier peut se déduire, tout comme le droit d'être entendu, de l'article 4 Cst. féd., en matière *civile* et *pénale*. Par contre, en matière *administrative*, il n'en va ainsi que lorsque la décision porte une atteinte grave à des droits éminemment personnels du citoyen²⁵², atteinte que l'on peut traiter comme une mesure pénale; tel sera le cas, par exemple, en cas d'internement administratif²⁵³. Nous analyserons plus loin les conditions mises à la consultation du dossier en matière administrative.

Sur le plan *civil*, le droit de consulter le dossier a été évoqué dans une ancienne jurisprudence où le TF reconnut que l'accès des parties au procès-verbal des témoins et la connaissance de leurs déclarations était indispensable pour la sauvegarde de leurs droits²⁵⁴. Constitue dès lors un déni de justice la décision par laquelle un tribunal refuse à une partie, dans un procès civil, le droit de prendre connaissance des procès-verbaux d'audition des témoins, alors qu'aucune disposition légale n'autorise un refus²⁵⁵.

L'épouse dont la demande de réintégration de la puissance paternelle se heurte à un refus de l'autorité tutélaire, a le droit de consulter, en vue d'un recours, le dossier sur lequel la décision repose sans paiement préalable des frais. Ce droit découle, dit le TF, du principe général qui garantit le droit d'être entendu²⁵⁶.

Le fait de ne pas communiquer une expertise médicale à

²⁵² RO 67 (1941) I 74–80 = JT 1941 I 405 = Sem. jud. 1941, p. 369; RO 53 (1927) I 107–114, cons. 5.

²⁵³ RO 30 (1904) I 276–281, cons. 2; RO 53 (1927) I 107–114, cons. 3 et 5.

²⁵⁴ RO 15 (1889) p. 679–682. Arrêt évoqué ci-devant § 29.

²⁵⁵ ATF du 30.1.1891 = JT 1891 p. 192.

²⁵⁶ RO 40 (1914) I 469–474, cons. 1.

un recourant, que l'autorité cantonale entend placer sous curatelle, malgré une disposition impérative de la loi, constitue un déni de justice et une violation du droit d'être entendu, garanti par le droit fédéral bien avant l'entrée en vigueur du code civil suisse²⁵⁷. Un Conseil d'Etat ne saurait prononcer une interdiction en se fondant sur des dossiers tenus secrets à l'égard du recourant²⁵⁸.

En matière de communication des dossiers des autorités tutélaires, la jurisprudence du TF se fait, cependant, beaucoup plus restrictive. Alors que le tribunal cantonal des Grisons avait astreint, à la demande du défendeur dans une recherche en paternité, l'autorité tutélaire à produire une expertise psychiatrique concernant la mère, le TF constata que la production de documents officiels n'était pas régie par les règles générales de la procédure civile. Se fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs, le TF admit qu'à défaut de dispositions légales particulières les tribunaux ne peuvent ordonner aux autorités administratives de produire leurs documents. C'est, au contraire, aux autorités administratives à décider lequel doit l'emporter: l'intérêt au secret de leurs dossiers ou l'intérêt des tribunaux à découvrir la vérité. L'arrêt du tribunal cantonal fut cassé comme insoutenable et contraire à l'article 4 CF parce qu'il admettait sans restriction, en procédure civile, que les autorités de tutelle doivent produire leurs documents²⁵⁹.

²⁵⁷ RO 34 (1908) I 10–15.

²⁵⁸ RO 29 (1903) I 461–469.

²⁵⁹ RO 80 (1954) I 1 à 6 = JT 1954 I 336. A juste titre, le Journal des Tribunaux relève, à propos de cet arrêt, que le TF raisonne comme si les autorités de tutelle étaient toujours des autorités *administratives*. Tel n'est pas le cas dans le canton de Vaud, où elles relèvent du pouvoir judiciaire. Sur la communication des dossiers des autorités de tutelle, voir notamment KAUFMANN, Die Auskunftpflicht vormundschaftlicher Organe, Zbl. 1945 p. 424 ss; SCHULTZE, Die Öffnung der Vormundschaftsakten, Revue du droit de tutelle 1953, p. 1 et suiv.

Sur la procédure suivie dans le canton de Vaud en matière de communication des dossiers administratifs, voir PHILIBERT MURET,

A la suite du rejet de l'action intentée par l'époux divorcé en vue d'obtenir la garde de son enfant, placé sous la surveillance du tuteur général, le père s'enquit de rapports médicaux détenus par le tuteur général, concernant son enfant. Les autorités cantonales rejetèrent la demande. Le TF écarta le recours de droit public du père pour le motif que la garantie déduite de l'article 4 CF vise uniquement les droits que possède une partie dans la procédure où elle est engagée. Or c'est à seules fins de renseignement en vue de faire modifier le jugement de divorce sur l'attribution de l'enfant que le recourant cherche à faire produire le dossier de l'autorité tutélaire. Le recourant ne peut dès lors invoquer la garantie qui découle de l'article 4 CF. Une telle demande ne pourrait se fonder que sur une disposition spéciale du droit fédéral ou cantonal. Dut-on même admettre que le recourant justifiât d'un intérêt juridique, que la décision cantonale devrait être maintenue parce que les autorités de tutelle doivent disposer d'informations confidentielles relatives aux personnes placées sous leur garde. Il y a donc un grand intérêt, même un intérêt public, à protéger de manière étendue le secret de fonction et, dès lors, on ne saurait obliger les autorités de tutelle à remettre leurs dossiers pour examen aux tribunaux²⁶⁰.

La communication des dossiers administratifs dans la pratique vaudoise. RDAF 1957, p. 289–297; 1958 p. 1–13. Pour les dossiers de tutelle, étude citée 1958, p. 8–9. Sur la procédure à suivre pour la communication d'un dossier par le juge de paix: JT 1957 III 124–128.

De son côté, le Conseil exécutif bernois reconnaît que le droit de consulter un dossier est un élément du droit d'être entendu et qu'il ne saurait être restreint que si un intérêt public l'exige. En matière de tutelle, un tel intérêt peut être constitué par les exigences de la protection de l'enfance. C'est au juge administratif à décider quelles pièces du dossier doivent être soustraites à l'examen des parties pour sauvegarder cet intérêt. Décision du Conseil exécutif du 23 avril 1954, No. 69. MBVR 1955 p. 206–209.

²⁶⁰ RO 83 (1957) I 152–159 = JT 1958 I 146, cons. 5 et 6 litt. d. L'argumentation concerne la communication des dossiers administratifs. Voir R. KEHL-ZELLER, Die gegenseitige Akten-Editions-

34. En matière de poursuite, la loi fédérale réglemente la consultation des registres (LP art. 8 al. 2). Cette disposition autorise toute personne qui justifie d'un intérêt à consulter les procès-verbaux de poursuite et faillite²⁶¹. Tout créancier a un intérêt spécial et actuel à une telle consultation²⁶². En cas de faillite, la seule consultation des registres serait d'ailleurs insuffisante pour permettre aux créanciers d'exercer leur contrôle et de sauvegarder leurs droits. Il est nécessaire qu'ils puissent examiner aussi les autres pièces que détient l'office: comptabilité du débiteur et pièces justificatives, procès-verbaux des séances des organes de la société faillie, etc... Les créanciers ont dès lors intérêt à examiner toujours les pièces qui sont en possession de l'office et on doit les y autoriser²⁶³.

35. En matière pénale, le droit à la consultation des dossiers est garanti, parfois malgré les réserves formulées par les codes de procédure pénale cantonaux, sur la base de l'article 4 CF. Le code de procédure pénale de Nidwald et la jurisprudence cantonale prévoient que l'accusé et son défenseur peuvent prendre connaissance d'«extraits de procédure» établis par le juge instructeur et approuvés par le Conseil d'Etat. A la suite d'un recours de droit public, le TF constata que la consultation du dossier découlait de la constitution nidwaldaise (art. 64) qui garantit les droits de la défense et, par conséquent, le droit d'être entendu. Les restrictions

pflicht der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte im schweizerischen Recht, Zurich, Schulthess 1955, sur les problèmes que pose la communication des dossiers entre autorités administratives et judiciaires.

En ce qui concerne la communication des dossiers de tutelle, et la discrétion requise en cette matière, voir l'étude de Ph. MURET précitée RDAF 1958 p. 8–9.

Pour la pratique bernoise: MBVR 1955 p. 206–209, décision du Conseil exécutif précitée.

²⁶¹ RO 28 (1902) I 95–98 = Sem. jud. 1902 (24) p. 619.

²⁶² RO 40 (1914) III 257–261 = JT 1915 III 7.

²⁶³ RO 85 (1959) III 118–121 = Sem. Jud. 1960 p. 492 = JT 1960

apportées au droit de consulter le dossier constituerait dès lors une violation des droits constitutionnels de la défense et du droit d'être entendu garanti inconditionnellement par le droit fédéral²⁶⁴.

Plus tard, à l'occasion d'un prononcé de non-lieu, le TF précisa la portée de ce droit. L'individu impliqué dans une instruction pénale a le droit de savoir de quoi il est accusé et de se défendre, en vertu du droit d'être entendu qui dérive de l'article 4 CF. Avant d'être jugé, le prévenu doit pouvoir prendre connaissance des charges qui pèsent contre lui. En matière pénale, ce droit ne peut toutefois être accordé immédiatement à l'inculpé. Dans l'intérêt de la détermination des circonstances de la cause, le secret de l'instruction, excluant l'intervention de l'inculpé, peut se justifier jusqu'au moment où il est possible de décider le renvoi²⁶⁵. Lorsque l'information aboutit à un *non-lieu*, l'inculpé n'aura pas, en général, intérêt à voir le dossier. Il en est autrement lorsqu'il a été arrêté – même s'il s'agit de détention préventive. L'arrestation porte atteinte à la liberté personnelle. Celui qui en a été l'objet doit être à même d'en connaître les motifs et d'en contrôler la légalité, non seulement pour faire lever l'écrou, mais pour faire valoir des réclamations à raison de l'emprisonnement. Le prévenu libéré peut avoir encore d'autres prétentions, soit à raison d'une plainte abusive, soit à l'encontre d'un fonctionnaire en faute ou de l'Etat. Il doit dès lors pouvoir contrôler si les mesures prises contre lui se justifiaient en consultant le dossier de l'information. Les dossiers d'enquête peuvent être communiqués non seulement aux autorités judiciaires et administratives mais aux particuliers qui y ont intérêt. Refuser cette faculté à l'accusé lorsqu'il veut faire valoir ses prétentions, c'est le soumettre à une inégalité de traitement inadmissible²⁶⁶.

²⁶⁴ RO 10 (1884) p. 6–11.

²⁶⁵ Sur les délais admissibles pour la consultation du dossier: JT 1960 III 30.

²⁶⁶ RO 53 (1927) I 20–27 = JT 1927 I 299–309 = Sem. jud. 1927 p. 357.

Sans doute des raisons majeures peuvent amener l'autorité à refuser la communication de certains renseignements confidentiels, relatifs, par exemple, aux égards dus à des tiers, au secret de communication entre départements²⁶⁷. Ces questions font l'objet d'une jurisprudence du TF et des autorités cantonales en matière administrative. Elles seront abordées dans le prochain chapitre.

Voir par ailleurs les remarques justifiées que formule Me Jean Genoud au sujet de la production, occasionnelle ou régulière, du dossier administratif contre le prévenu, surtout dans l'hypothèse où ce dossier se trouve en mains du tribunal au moment du jugement sans avoir été communiqué au prévenu ou à son défenseur dès la clôture de l'instruction. JEAN GENOUD, La Production des dossiers administratifs dans les affaires pénales, Revue pénale suisse 1949, pp. 197 ss.

²⁶⁷ Ces raisons sont alléguées dans une affaire d'internement administratif où le TF déclara que le recourant devait bénéficier des droits de la défense à l'instar de ceux dont dispose le prévenu dans une affaire pénale: RO 53 (1927) I 107–114 = JT 1927 I 363 = Sem. Jud. 1927 p. 529, cons. 5.

CHAPITRE III

LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE*Section I**La reconnaissance progressive du droit d'être entendu
en matière administrative*

36. La jurisprudence a déduit de l'article 4 CF le droit pour le citoyen d'être entendu dans les procédures civiles et pénales qui le concernent. Nous avons vu quelles étaient les implications et les limites de ce droit. En matière administrative, le TF s'est montré plus restrictif. Il n'a pas admis en principe que l'autorité ait l'obligation, tirée de l'article 4 CF, d'entendre l'intéressé avant de prendre une décision. Pour justifier son refus, il a considéré l'*état de subordination* dans lequel se trouve le citoyen par rapport à l'administration²⁶⁸. Le droit d'être entendu en matière administrative serait difficile à imposer, estimait le TF, en raison du principe, en vigueur dans la plupart des cantons, selon lequel les autorités doivent faire d'office, de la manière qui leur paraît la mieux appropriée, les constatations nécessaires²⁶⁹. En procédure administrative, la constitution ne requiert pas que la décision soit prise après audition de l'intéressé²⁷⁰. Du moins, il n'existe, en cette matière, aucun droit d'être entendu fondé sur le droit fédéral²⁷¹. Le TF n'entendait dès lors sanctionner qu'une violation du droit cantonal²⁷².

²⁶⁸ RO 70 (1944) I 69–71 = JT 1944 I 382, cons. 1. Comp. RO 74 (1948) I 241–251 = Sem. jud. 1949 p. 113 cons. 3 et 4. Arrêt où se trouve narrée l'histoire du développement du droit d'être entendu en matière administrative.

²⁶⁹ RO 28 (1902) I 229–234, cons. 1.

²⁷⁰ RO 27 (1901) I 426–430, cons. 3.

²⁷¹ RO 34 (1908) I 207–214, cons. 2.

²⁷² RO 27 (1901) I 426–430; RO 34 (1908) I 207–214, cons. 2.

Le propre de l'administration étant d'agir spontanément et de faire d'office les enquêtes nécessaires, de la façon la plus judicieuse, elle pourrait se voir paralysée ou retardée de manière inadmissible dans son activité, estimait le TF, si, avant de prendre une décision quelconque, elle devait consulter tous ceux qu'elle concerne directement ou indirectement, surtout s'il s'agit de mesures de portée générale, telles que, par exemple, des dispositions préventives en matière d'hygiène. Souvent, pour être efficace, une intervention rapide et discrète s'impose, qui ne se concilierait pas avec une consultation préalable des intéressés²⁷³.

Aussi le TF n'a-t-il admis, tout d'abord, le droit d'être entendu que pour certaines catégories de mesures administratives dont nous allons faire l'inventaire.

37. Le droit d'être entendu a été reconnu, bien avant l'entrée en vigueur du code civil suisse, *en matière d'interdiction*. Une autorité tutélaire ayant prononcé l'interdiction d'un citoyen pour prodigalité, sans entendre l'intéressé, sur la base d'une disposition du code civil bernois, le TF admit le recours de l'interdit. Les lois cantonales ne peuvent pas ignorer les droits constitutionnels garantis par le droit fédéral. Une procédure administrative d'interdiction met en cause la liberté personnelle. Le citoyen a droit, en cette matière, d'être garanti contre l'arbitraire de l'autorité. Celui que l'on entend interdire possède, autant que cela est possible, un droit à être entendu sur une proposition d'interdiction même si elle émane de parents ou d'une autorité tutélaire²⁷⁴. L'assentiment du mari peut d'ailleurs être nécessaire pour l'interdiction de l'épouse, lorsque la législation cantonale le prévoit²⁷⁵. On doit consulter la personne à interdire soit par correspondance, soit par la voie diplomatique lorsqu'elle réside à l'étranger et que son lieu de résidence est

²⁷³ RO 74 (1948) I 248–249, cons. 4.

²⁷⁴ RO 23 (1897) p. 566–569. Voir également RO 29 (1903) I 461–469.

²⁷⁵ RO 24 (1898) I 672–677, cons. 3.

connu²⁷⁶. On ne saurait maintenir, à leur majorité, la tutelle des mineurs, à moins qu'il existe un motif d'interdiction et que l'intéressé ait été entendu. C'est une garantie qui découle de l'article 4 CF²⁷⁷. De même, on ne saurait maintenir l'interdiction d'un condamné, après l'accomplissement d'une peine d'emprisonnement, pour d'autres motifs à propos desquels il n'a pas été entendu²⁷⁸. En outre, l'intéressé a le droit de prendre connaissance de l'expertise médicale sur la base de laquelle l'autorité entend l'interdire pour sénilité²⁷⁹. Il a le droit de présenter ses moyens libératoires, et ceci, à un moment où les preuves apportées en vue de l'interdiction ont toutes été rassemblées au dossier. Lorsque le recourant est entendu à un moment où les charges qui pèsent sur lui ne figurent pas toutes au dossier, il n'est pas en mesure d'exercer pleinement son droit à la défense. En procédant ainsi, l'autorité viole son droit d'être entendu²⁸⁰.

Le TF reconnut aussi, de manière constante, le droit constitutionnel d'être entendu au citoyen qui fait l'objet d'une décision *d'internement administratif*. Sans doute ne s'agit-il pas là d'une action civile ou pénale dont connaissent les tribunaux mais d'une mesure administrative. Il y a lieu cependant de la traiter comme une *mesure pénale*. Elle porte atteinte aux intérêts personnels de l'individu puisqu'elle est dirigée tout comme les peines privatives de liberté, contre la liberté personnelle²⁸¹. Le TF déclare, à propos de l'internement d'un alcoolique, qu'il a jugé à maintes reprises que l'article 4 CF garantit aux parties les droits indispensables à leur défense, *même en matière administrative*, dès que les droits personnels du citoyen sont en cause. L'internement est une peine grave dès lors que sa durée est fixée au minimum à six mois. Le Conseil d'Etat ne saurait exciper du

²⁷⁶ RO 25 (1899) I 21–24.

²⁷⁷ RO 29 (1903) I 29–31.

²⁷⁸ RO 35 (1909) I 90–100.

²⁷⁹ RO 34 (1908) I 10–15.

²⁸⁰ RO 35 (1909) I 101–110 = JT 1911 I 152, cons. 3 et 4.

²⁸¹ RO 30 (1904) I 276–281, cons. 2. Internement d'un vagabond.

caractère administratif de la procédure pour refuser par principe la communication du dossier. Le citoyen condamné à l'internement doit pouvoir contrôler les bases de la décision prise contre lui. Ce contrôle, il ne peut l'exercer qu'en prenant connaissance de la procédure²⁸².

L'interdit débile mental, mais capable de discernement, peut formuler un recours de droit public pour sauvegarder ses droits strictement personnels, par exemple à l'encontre de la décision qui prononce son internement, même si cette mesure est ordonnée comme mesure de police des indigents ou comme mesure de prévoyance tutélaire. Une telle mesure ne peut être arrêtée qu'après l'audition de l'intéressé²⁸³. Le citoyen condamné, en vertu de la législation cantonale ou du droit de tutelle fédérale (CCS art. 406), à l'internement dans un établissement de travail forcé ou d'éducation au travail a, selon l'article 4 CF, le droit d'être entendu avant que l'autorité compétente ne prenne cette mesure ou ne prononce le réinternement lorsque l'intéressé a bénéficié d'une mesure de libération conditionnelle²⁸⁴.

Notons, à ce propos, que la jurisprudence *cantonale* relative à l'internement administratif requiert souvent de manière très stricte, le respect du droit d'être entendu. Ainsi le tribunal administratif zuricois admit-il, après une libération conditionnelle, que toute décision de réinternement supposait une nouvelle enquête sur des faits nouveaux et une nouvelle audition de l'intéressé – ce qui requiert citation, conformément à la loi sur la procédure administrative²⁸⁵.

Le droit d'être entendu fut garanti également par le TF lors d'*empiètement considérable* ou d'une *grave atteinte à la*

²⁸² RO 53 (1927) I 107–114 = JT 1927 I 363 = Sem. Jud. 1927 I 529, cons. 5.

²⁸³ RO 65 (1939) I 266–268 = JT 1940 I 76.

²⁸⁴ RO 83 (1957) I 240–242 = JT 1958 I 117. Même jurisprudence du Conseil fédéral: JAAC 1951 No. 35 et Informations pénitentiaires, 1962 (oct. déc.) p. 24

²⁸⁵ Zbl. 1962, p. 442–443. Il en va de même lorsqu'il est question de transférer l'interné d'un établissement dans un autre plus sévère: Zbl. 1962 p. 83–84. Voir aussi RB Zurich 1961 No. 107; 1962 No. 104.

sphère des intérêts personnels. Ainsi l'autorité ne saurait procéder à l'*annulation d'un droit de cité cantonal et communal* sans assurer à l'intéressé le minimum des garanties formelles d'un jugement impartial, minimum qui comporte le droit pour l'intéressé d'être entendu sur les propositions de l'autorité communale relatives à cette annulation²⁸⁶.

De même, *une peine*, lorsqu'elle ne consiste qu'en une *amende de police*, constitue cependant une atteinte grave à la sphère des intérêts personnels, parce que les autorités administratives compétentes exercent en réalité une des prérogatives de l'administration de la justice pénale et qu'en cette matière l'obligation d'entendre le prévenu est absolue. Sans doute la garantie constitutionnelle fédérale ne confère pas au prévenu le droit d'être entendu dans tous les cas avant le prononcé de l'amende de police. Elle lui confère néanmoins le droit d'être entendu avant que ne soit rendue une ordonnance définitive qui ne peut plus être attaquée par la voie d'un recours ordinaire²⁸⁷.

Bien que l'état de subordination du fonctionnaire à l'égard de l'administration soit évident, cette circonstance

²⁸⁶ RO 43 (1917) I 162–166 = JT 1918 I 213 = Sem. jud. 1918 p. 2.

²⁸⁷ RO 46 (1920) I 323–327 = JT 1921 I 113. Dans l'arrêt plus ancien RO 33 (1907) I 269–277, cons. 3, le TF écarta le grief de violation du droit d'être entendu dans un cas où le recourant avait été condamné pour contravention à une ordonnance administrative et prétendait n'avoir pu faire prendre en considération certains moyens de preuve. Le TF estima que le fait de repousser ces moyens n'impliquait pas d'arbitraire. Dans un autre cas de contravention administrative, le grief de violation du droit d'être entendu fut écarté parce qu'il avait été invoqué à titre subsidiaire, alors qu'il devait être avancé en première ligne, avant tout débat au fond: RO 52 (1926) I 312–321, cons. 6. Un masseur condamné à une amende pour pratique illégale de la médecine recourut au TF en alléguant qu'il avait été condamné sans avoir été entendu. Le recours fut rejeté parce que, devant l'instance de recours (le CE valaisan), il avait pu défendre ses droits de la façon la plus complète, et il n'avait pas évoqué devant cette autorité la violation de son droit d'être entendu par l'autorité inférieure: RO 43 (1917) I 23–24 = JT 1917 I 334.

ne saurait le priver du droit d'être entendu préalablement à la décision de renvoi disciplinaire. Une telle sanction, en effet, constitue une atteinte si grave aux droits éminemment personnels de l'individu qu'elle ne peut être décidée sans que celui qui en est l'objet ait été mis en mesure de se faire entendre, tout comme l'accusé dans le procès pénal. Le fonctionnaire a ainsi un droit général à être entendu sur les accusations portées contre lui et à se défendre avant que ne soit arrêtée une décision définitive, non susceptible d'être attaquée par un moyen de droit ordinaire²⁸⁸.

C'est sur la base des mêmes critères (caractère pénal de la mesure, effets graves et importants), que le TF cassa récemment une décision de renvoi disciplinaire d'un élève d'une école publique parce que les parents n'avaient pas été entendus avant l'adoption de la décision et parce que la procédure cantonale de recours ne permettait pas une appréciation libre de la décision, mais simplement le contrôle sous l'angle étroit de l'arbitraire²⁸⁹.

38. Le droit d'être entendu fut également reconnu dans les cas où l'autorité administrative était appelée à *trancher*

²⁸⁸ RO 76 (1950) I 177–183 = JT 1951 I 156. La pratique cantonale va dans le même sens. Voir constitution vaudoise article 63 al. 2 et JT 1941 III 99–126. Le Conseil exécutif bernois, saisi d'un recours contre une peine disciplinaire infligée à un employé par un conseil communal, cassa la décision parce que le droit d'être entendu devait être garanti non seulement lors de l'instruction, mais une fois l'enquête terminée: Zbl. 1957, p. 373–375. Par contre, le tribunal administratif de Bâle-Ville n'admit pas qu'un employé de l'Etat puisse faire valoir, à l'occasion de sa nomination ou de la fixation de son traitement, un droit à être entendu: Zbl. 1961 p. 299–301. Un candidat évincé lors d'une nomination ne peut pas exiger la communication du dossier concernant ses concurrents ou lui-même: il n'avait pas un droit à être nommé, mais un simple espoir et l'autorité de nomination doit rester libre de ses décisions et de ses motifs. Tel est le point de vue soutenu par PHILIBERT MURET, dans son étude sur La communication des dossiers administratifs dans la pratique vaudoise, RDAF 1958, p. 12.

²⁸⁹ RO 87 (1961) I 337–342 = JT 1962 I 102, cons. 4 a.

un litige de droit privé, comme le code civil le prévoit en certaines matières, par exemple: dette alimentaire²⁹⁰, passage nécessaire (ATF non publié du 21.6.1940 Dunner, cons. 3²⁹¹). Ici le droit d'être entendu doit être respecté par l'autorité administrative pour les motifs mêmes qui commandent son respect dans les procès civils.

Il y a lieu d'assimiler à ces cas ceux où l'autorité administrative, usant d'un pouvoir spécial qui lui est reconnu par la loi, intervient dans la formation d'un *rapport de droit privé entre parties placées sur un pied d'égalité*. Tel est le cas, par exemple, en matière de *protection des locataires et des fermiers*.

Le Conseil d'Etat zougois ayant décidé, sur recours du fermier, la prolongation d'un bail, sur la base de l'ACF instituant des mesures pour la protection des fermiers, en consultant la commission de protection des fermiers, mais non le propriétaire, le TF admit le recours de ce dernier. Le droit d'être entendu, remarqua le TF, n'est pas garanti dans la même mesure en matière de procédure devant une autorité administrative et en matière de procédure civile et pénale. *On ne saurait notamment le reconnaître d'une façon absolue lorsque, dans le rapport juridique réglé par la disposition de l'autorité, le citoyen se présente simplement en qualité de personne soumise à la puissance publique*. Il faut, selon la jurisprudence, que l'acte de l'autorité porte une *atteinte particulièrement grave* aux droits essentiels de l'individu. En revanche, et pour les mêmes motifs que dans les procès civils, la jurisprudence consacre le droit d'être entendu quand la décision de l'autorité a pour effet de régler entre les parties une contestation de droit civil. Il faut assimiler à ces cas, celui dans lequel l'autorité administrative, usant d'un pouvoir spécial qui lui est reconnu dans l'intérêt public, intervient dans la formation d'un rapport de droit privé entre parties placées sur un pied d'égalité. Tel est le cas en l'occur-

²⁹⁰ ATF du 5.12.1946 dans Zbl. 1947 p. 109–110.

²⁹¹ RO 70 (1944) I 69–71 = JT 1944 I 382, cons. 1; RO 74 (1948) I 247, cons. 1; RO 85 (1959) I 73–77 = JT 1959 I 512; sur la suite donnée à cet arrêt: Zbl. 1960 p. 362–366.

rence. Le droit d'être entendu implique d'ailleurs qu'une fois que la situation juridique d'une partie a été fixée par une décision (en l'occurrence elle l'avait été, en première instance, au profit du propriétaire, par la commission de protection des fermiers) elle ne soit pas modifiée à son détriment, à la demande de la partie adverse, sans qu'on lui ait donné l'occasion de se déterminer sur les moyens invoqués contre cette décision. Ceci, le TF l'a admis de façon constante en matière de jugements civils et pénaux comme une conséquence naturelle du droit d'être entendu²⁹².

Ce même principe s'applique dans le cas d'un contrat de *bail à loyer* et de l'ajournement d'un terme de déménagement²⁹³.

Le droit d'être entendu est encore violé lorsque la décision prise par l'autorité administrative se révèle inconciliable avec sa motivation et lorsque l'autorité de recours la confirme cependant pour des motifs tirés de faits sur lesquels l'occasion n'a pas été donnée à la partie intéressée de prendre position. Autrement dit, l'autorité intervenant dans un rapport de droit privé entre parties contractantes doit leur accorder la faculté de formuler leurs arguments. Ce droit d'être entendu implique celui de s'exprimer au sujet des critiques faites à une décision avant que l'autorité supérieure ne la modifie au détriment de l'intéressé²⁹⁴. Et même en cas de défaillance d'une partie, régulièrement citée, l'autorité administrative ne saurait sanctionner cette défaillance de telle manière que la décision ait pour résultat d'ignorer des faits déjà acquis au débat. Elle ne peut qu'interpréter contre la

²⁹² RO 70 (1944) I 69–71 = JT 1944 I 382. Sur le principe énoncé, voir RO 64 (1938) I 145–149 = JT 1939 I 209; Nous l'avons analysé précédemment: voir §§ 15 à 17.

²⁹³ RO 74 (1948) I 11–13 = JT 1948 I 393. Cet arrêt rend applicable par analogie le principe exposé dans RO 70 I 69. Même argumentation à propos d'un contrat de bail à loyer et de la protection des locataires contre la pénurie de logements: RO 74 (1948) I 9–11 = JT 1948 I 538.

²⁹⁴ RO 74 (1948) I 9–11 = JT 1948 I 538.

partie défaillante tel point que ses explications devaient éclaircir²⁹⁵.

Dans la procédure d'ajournement d'un terme de déménagement, le locataire a le droit d'être entendu avant la décision. Ce droit existe aussi, confirme le TF dans un arrêt plus récent, lorsque l'autorité modifie ultérieurement une décision précédente. Mais il est suffisamment respecté, on l'a déjà dit²⁹⁶, lorsqu'il est pleinement exercé devant l'autorité de seconde instance qui a un pouvoir de libre examen et qui se trouve dès lors en mesure de revoir les situations de fait et de droit, lorsqu'elle peut accueillir un recours pour violation du droit d'être entendu, et lorsque le recours peut aboutir à la cassation de la décision. Dès lors si la garantie du droit d'être entendu est respectée par l'autorité administrative supérieure, l'article 4 CF n'est pas violé au cas où la partie n'ait point pu s'exprimer devant l'autorité de première instance²⁹⁷.

L'autorité administrative exerce aussi un pouvoir spécial lorsqu'elle donne son assentiment à un projet d'adoption (CCS art. 267). La révocation d'une telle autorisation par le Conseil d'Etat de Schaffhouse fut cassée par le TF, sur recours, parce qu'on ne pouvait pas prendre une mesure qui touchait aux affaires de famille sans entendre tout d'abord les intéressés, à savoir les personnes qui sont parties au contrat d'adoption²⁹⁸.

L'autorité administrative met encore en exercice un pouvoir spécial lorsqu'elle est appelée à approuver une convention matrimoniale par laquelle chacun des époux déclare céder à l'autre conjoint tout le bénéfice de l'union conjugale (CSS art. 214, al. 3). La décision de l'autorité administrative, à cet égard, ne saurait intervenir sans respecter le droit

²⁹⁵ RO 45 (1919) I 263–268 = JT 1919 I 666. Cet arrêt mettait en cause la décision d'une autorité de recours statuant sur un litige relatif à la protection du locataire.

²⁹⁶ Voir ci-devant § 12 et suiv.

²⁹⁷ ATF du 10 mai 1961, dans Zbl. 1961 pp. 388–390.

²⁹⁸ RO 50 (1924) I 267–279 = JT 1924 I 597.

d'être entendu de chacun des époux. Il est indifférent que, suivant la procédure cantonale, l'intéressé ait ou n'ait pas la qualité de partie dans l'instance devant le Conseil d'Etat. Le droit d'être entendu n'est pas supprimé du fait que la décision attaquée est rendue dans une instance de droit administratif instruite d'office²⁹⁹.

39. Les arrêts que nous venons de rappeler consacrent le droit d'être entendu en matière administrative, dans des situations où la position de l'administré est analogue à celle du prévenu en procédure pénale, ou lorsque l'autorité administrative porte une grave atteinte à la sphère des intérêts personnels, ou lorsqu'elle intervient dans des relations entre parties placées sur un pied d'égalité. Dans ces situations la jurisprudence du Tribunal fédéral fut constante. Elle a été confirmée par les plus récents arrêts.

Il est d'autres situations cependant où l'administré n'a pas été admis à faire valoir son droit d'être entendu. Le motif du refus est tiré de ce qu'en procédure administrative la constitution fédérale ne requiert pas que la décision soit prise après audition de l'intéressé. Les autorités doivent ici entreprendre d'office, de la manière la mieux appropriée, les enquêtes nécessaires. On considère avant tout l'*état de subordination* dans lequel se trouve le citoyen qui entre en rapport avec l'administration³⁰⁰. Ainsi, l'extension générale du droit de l'intéressé d'être entendu dans les litiges de droit administratif n'a pas été proclamée par le TF. La question fut laissée parfois indécise³⁰¹; plusieurs arrêts ont consacré une position négative.

²⁹⁹ RO 85 (1959) I 73–77 = JT 1959 I 512 et ATF du 30.3.1960 dans Zbl. 1960 p. 362–366. Ce dernier arrêt évoque la suite qui fut donnée à la même affaire.

³⁰⁰ RO 70 (1944) I 67–69 = JT 1944 I 381; RO 74 (1948) I 248, cons. 4; RO 28 (1902) I 229–234, cons. 1.

³⁰¹ ATF non publiés Schait du 27.10.1922, cons. 2; Commune d'Ayent du 14.3.1930, cons. 4. Comp. BURCKHARDT, Kommentar, 3^e édition p. 53. Voir sur cette position indécise: RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 3.

Un médecin, condamné à trois ans de réclusion pour pratique de l'avortement dans le canton de Neuchâtel, avait été autorisé à exercer son art dans le canton de Berne. Cette autorisation lui fut plus tard retirée, à la suite d'une réclame tapageuse qui éveilla l'attention de l'autorité bernoise. En vain le recourant alléguait que le Conseil exécutif devait avoir eu connaissance du dossier pénal avant l'octroi de l'autorisation – ce que le Conseil exécutif contestait – et que le retrait de l'autorisation ne pouvait se justifier que sur la base de faits nouveaux à propos desquels l'intéressé devait être entendu. Le TF considéra qu'il s'agissait, en l'occurrence, d'une procédure administrative et que la constitution ne requérait point que la décision fût prise après audition de l'intéressé. En outre, le recourant n'avait pas prétendu que l'autorité cantonale avait violé une disposition du droit cantonal³⁰².

Dans une autre affaire où un avocat avait été suspendu par le tribunal cantonal valaisan, siègeant comme autorité de surveillance, l'intéressé se plaignait d'avoir été frappé par une décision administrative sans avoir pu se défendre utilement. Le TF convint que le tribunal cantonal, qui connaissait depuis plusieurs années l'accusation pesant sur le recourant, avait mis une hâte surprenante à convoquer, entendre et juger le recourant en une même journée. Tout ce qu'on peut exiger, du point de vue de l'article 4 CF, admit cependant le TF, c'est que l'intéressé soit entendu au préalable et dans des conditions qui ne rendent pas sa défense illusoire. Le recourant avait été averti par la convocation que le tribunal siègeait comme autorité administrative. Il avait été mis en mesure de développer tous ses moyens de défense. Le droit d'être entendu, dont la garantie en faveur de l'intéressé n'était point contestée, bien qu'il se fût agi d'une procédure administrative, avait été malgré tout respecté³⁰³.

On rapprochera de ce cas celui, déjà évoqué, du notaire

³⁰² RO 27 (1901) I 426–430, cons. 3.

³⁰³ RO 46 (1920) I 313–323, cons. 2.

tessinois suspendu par l'autorité disciplinaire parce qu'il avait encouru une condamnation pénale. Le TF écarta, là également, le grief de violation du droit d'être entendu par l'autorité administrative. Il prit motif de ce que le recourant avait été pleinement entendu par le juge pénal et de ce que c'est sur le vu du dossier pénal que l'autorité disciplinaire avait prononcé la suspension³⁰⁴.

Remarquons que dans le cas du médecin dont l'autorisation de pratiquer la médecine fut retirée, le TF contestait, à l'époque, la possibilité pour le recourant d'évoquer la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, parce que la décision de retrait avait été prise dans le cadre d'une procédure administrative. Dans les deux affaires subséquentes, ce droit n'était plus mis en doute. Le TF prétendait simplement qu'il avait été suffisamment garanti par les décisions cantonales.

Signalons enfin un arrêt où le TF ne reconnut pas la garantie fédérale du droit d'être entendu à la société propriétaire d'un jardin zoologique qui fut fermé par arrêté du département genevois de justice et police, en application du règlement sur la protection des animaux. Les recourants se plaignaient de n'avoir pu consulter et par conséquent discuter les pièces invoquées. Le TF affirma une fois de plus que la garantie déduite de l'article 4 CF s'applique en matière civile et pénale, mais qu'en matière administrative il n'en est ainsi que lorsque la décision attaquée porte une atteinte grave à des droits éminemment personnels du citoyen. En l'espèce, les droits en cause ne sont pas de cette nature³⁰⁵. Il convient de relever que la propriétaire avait été l'objet de multiples avertissements de la police et qu'elle connaissait les rapports du commandant de la gendarmerie

³⁰⁴ Voir ci-devant § 14. L'arrêt figure au JT 1950 I 187–189 cons. 3. Le Conseil fédéral adopta une position analogue, s'agissant de l'exclusion d'un militaire du service personnel: JAAC 1948/1950, No. 120.

³⁰⁵ RO 67 (1941) I 74–80 = JT 1941 I 405 = Sem. jud. 1941 p. 369.

et du vétérinaire cantonal qui faisaient état de la situation lamentable dans laquelle se trouvaient les animaux³⁰⁶.

40. Certains arrêts du TF ignorent la garantie du droit d'être entendu invoquée par des administrés à l'occasion de retrait d'autorisations ou de patentes.

Un pharmacien ayant obtenu de la direction sanitaire du canton de Berne l'autorisation de faire de la publicité pour son cognac ferrugineux, se vit retirer par la suite cette autorisation parce que le produit était absorbé non comme remède mais pour l'alcool. En vain l'intéressé parcourut-il les instances et évoqua-t-il devant le TF la violation de son droit d'être entendu par les autorités cantonales. La jurisprudence, constata le TF, n'a constamment reconnu un droit constitutionnel d'être entendu qu'à ceux qui sont l'objet d'une action civile ou pénale devant les tribunaux. Elle rejeta un tel droit dans les cas de procédure administrative. La reconnaissance d'un tel droit se heurterait, affirmait-il, à la pratique des cantons selon laquelle les autorités administratives doivent faire d'office, de la manière la mieux appropriée, les constatations nécessaires. Dans le cas particulier, le retrait de l'autorisation se justifie sur la base d'une disposition légale cantonale et ne se présente ni comme une peine, ni comme une atteinte à un droit privé. Dès lors, la décision ne dépendait pas d'éléments de fait pour la constatation ou l'appréciation desquels la prise de position du recourant fût nécessaire, mais de données d'expérience que les experts pouvaient constater d'eux-mêmes. En outre, le pharmacien

³⁰⁶ Dans l'ATF 74 I 248 le TF mentionne encore un arrêt non publié (Cretigny, du 17.12.1945, cons. 2) où ne fut pas reconnu le droit constitutionnel d'être entendu dans un litige relatif à l'obligation de tenir ouvert un chemin utilisé par le public. Le TF estima qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, une atteinte suffisamment grave aux droits essentiels de l'individu. L'administré avait d'ailleurs eu tout loisir de fournir des explications. Son recours fut admis pour d'autres motifs. L'arrêt a été publié par *La Semaine judiciaire*, 1946, p. 369–379.

avait pu se pourvoir auprès du Conseil exécutif et celui-ci avait pu examiner toutes les objections du recourant³⁰⁷.

Le règlement schwyzois de la pêche autorisait le Conseil d'Etat à accorder une quinzaine de patentes d'un certain type. Vingt-cinq pêcheurs s'étant annoncés, dix d'entre eux se virent refuser la patente et recoururent au TF pour violation du droit d'être entendu. Le TF écarta le recours, pour le motif que dans une affaire purement administrative, telle que la présente, il n'existe aucun droit d'être entendu tiré du droit fédéral et les recourants n'ont pu invoquer aucune disposition cantonale leur garantissant un tel droit³⁰⁸.

Le Conseil d'Etat schwyzois ayant retiré sa patente à un aubergiste qui tolérait dans son établissement un genre de vie immorale, sans donner à l'intéressé la possibilité de s'expliquer au sujet des déclarations de témoins, le TF rejeta néanmoins le grief de violation du droit d'être entendu. Un tel droit, réitéra-t-il, dans une procédure où l'individu se trouve face à l'Etat au pouvoir duquel il est soumis, ne dérive de l'article 4 CF qu'en cas d'atteintes particulièrement graves à des droits éminemment personnels. Le retrait de l'autorisation d'exercer une profession, en particulier le retrait de la patente d'auberge, ne constitue pas une pareille atteinte lorsqu'il est motivé par des agissements tels que ceux qui sont reprochés au recourant. Dès lors que ce dernier n'a pas eu l'occasion de s'expliquer, il faudra sans doute lui permettre de demander à l'autorité de reconsidérer son cas et d'alléguer à cette fin de nouveaux faits pertinents fondés sur de nouveaux moyens de preuve³⁰⁹.

³⁰⁷ RO 28 (1902) I 229–234, cons. 1.

³⁰⁸ RO 34 (1908) I 207–214.

³⁰⁹ RO 70 (1944) I 67–69 = JT 1944 I 381. Il convient de rapprocher de cette jurisprudence celle du tribunal administratif de Bâle-Ville, du 28 mars 1947: Zbl. 1947 pp. 364–368. Le Conseil d'Etat retira sa patente à un restaurateur qui organisait dans son établissement des jeux de hasard. Le tribunal admit que l'audition préalable de l'intéressé ne constituait pas une exigence formelle pour le retrait de la patente. En principe, cependant, l'audition de l'intéressé, avant l'adoption d'une décision qui porte atteinte à son existence

Le droit d'être entendu ne fut pas non plus reconnu par le Conseil exécutif bernois dans un cas de retrait de permis de conduire³¹⁰.

41. La garantie du droit d'être entendu en matière administrative prit une orientation nouvelle en 1948, à l'occasion d'un litige opposant dame Chastel à l'autorité genevoise qui avait décrété l'expropriation de son terrain. Le Conseil d'Etat, sur proposition des services industriels, avait soumis au Grand Conseil, sans ordonner d'enquêtes publiques, un projet d'expropriation. Après trois débats, le Grand Conseil adopta, le 6 mars 1948, une loi portant expropriation du terrain de dame Chastel. La loi fut publiée dans la feuille officielle. Dame Chastel ne fut informée du projet ni par les services industriels, ni par la commune, ni par le Conseil d'Etat, ni par le Grand Conseil ou sa commission. Par recours de droit public, elle demanda et obtint du TF l'annulation de la loi genevoise pour violation du droit d'être entendu. Dans son arrêt, le TF mentionna les bases constitutionnelles et légales sur lesquelles reposait la loi attaquée. Il fit le point de la jurisprudence touchant le droit d'être entendu en matière administrative.

Pour justifier son refus de reconnaître, en principe, ce droit en matière administrative, le TF avait considéré avant tout l'état de *subordination* dans lequel se trouve le citoyen qui entre en rapport avec l'administration. A la vérité, remarqua-t-il dans le présent arrêt, du point de vue du citoyen, cela pourrait être une raison pour lui accorder le plus de garanties possible, et notamment celle de s'expliquer sur la mesure que l'administration envisage de prendre à son égard.

économique est un postulat de l'Etat de droit. Le tribunal remarque ensuite que l'audition du recourant n'aurait pas modifié l'état de fait.

³¹⁰ Il n'existe aucune disposition estima le CE, exigeant l'audition de l'automobiliste en cause dans la procédure de retrait, et abstraction peut en être faite lorsqu'il ressort du dossier qu'il existe un motif concluant de retrait: décision du Conseil exécutif du 13 mai 1958, MBVR 1959, No. 144, p. 457–458.

Mais il faut convenir que les exigences de l'intérêt public parlent en sens contraire. Le propre de l'administration est d'agir spontanément et de faire d'office les enquêtes qui lui paraissent nécessaires, de la manière qu'elle estime judicieuse. Or elle pourrait se voir paralysée ou retardée de façon inadmissible dans son action si, avant de prendre une décision quelconque, elle devait consulter tous ceux qui doivent être touchés directement ou indirectement, surtout s'il s'agit de mesures de portée générale, telles que, par exemple, des dispositions préventives en matière d'hygiène. *Souvent, pour être efficace, une intervention rapide et discrète s'impose, qui ne se concilierait pas avec une consultation préalable des intéressés.*

A cela s'ajoute une autre considération: tandis que les décisions du juge civil ou pénal ont *force de chose jugée*, les décisions *administratives* sont le plus souvent prises *sous réserve d'un nouvel examen*. Les droits du citoyen qui n'a pas été entendu avant la décision qui le concerne ne sont donc pas définitivement compromis; il peut encore, après cette décision, faire valoir ses moyens en demandant que son cas soit réexaminé et que l'administration se prononce à nouveau³¹¹.

Il y a lieu par conséquent, conclut le TF, de s'en tenir au principe fixé par la jurisprudence. Mais cela ne signifie pas que le droit d'être entendu ne puisse pas être reconnu dans d'autres cas que ceux où il l'a été jusqu'ici: *Si l'acte administratif considéré n'est pas de ceux qui exigent normalement une décision immédiate, et si la mesure, une fois prise, n'est plus susceptible de nouvel examen, l'administré peut, dans un Etat régi par le droit, prétendre d'être préalablement consulté*³¹².

Le TF fit application de ces principes au cas particulier. Il constata, en l'occurrence, qu'il n'y avait pas d'urgence et

³¹¹ Nous reproduisons ici l'essentiel du considérant 4 de l'arrêt précité RO 74 (1948) I 241–251 = Sem. jud. 1949 p. 113. Sur le considérant relatif à la reconsideration de la décision administrative: RO 70 (1944) I 67–69 et § 13 ci-devant.

³¹² ATF précité, RO 74 I 249, cons. 4.

que d'autre part, s'agissant d'une *loi* décrétant l'expropriation, la recourante n'était pas en mesure de demander un nouvel examen de la décision déclarant d'utilité publique l'aliénation de sa parcelle. La loi de 1948 a un effet constitutif et ne peut pas, comme les actes administratifs en général, être librement révoquée par l'Etat. En outre, la consultation des intéressés en ce qui concerne la désignation de l'immeuble à exproprier est de droit commun en Suisse. Les autorités genevoises ont dès lors commis un déni de justice formel à l'égard de la recourante en omettant de lui donner l'occasion de se déterminer sur le projet d'expropriation de sa parcelle³¹³.

Les principes évoqués dans l'arrêt genevois furent repris ultérieurement. Ainsi dans une contestation d'ordre fiscal, le TF maintint que l'extension générale du droit d'être entendu dans les litiges de droit administratif n'a pas été reconnue. Cependant ce droit est garanti sans réserve si l'acte administratif considéré n'est pas de ceux qui exigent normalement une décision immédiate, et si la mesure, une fois prise, n'est pas susceptible d'un nouvel examen³¹⁴.

S'agissant d'une autre procédure cantonale d'expropriation où le Conseil d'Etat d'Appenzell R. E. avait ordonné l'envoi en possession anticipé sans consulter la propriétaire, le TF réaffirma les mêmes principes. Aucune des conditions n'était réalisée, à son avis, qui permettraient de renoncer à l'audition préalable de l'intéressé. D'une part, une telle déci-

³¹³ Cet arrêt a été l'objet de plusieurs études: ADOLF PFENNINGER, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, Zbl. 1950 (vol. 51), pp. 473–479; KARL HARTMANN, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers im kantonalen Verwaltungsverfahren, SJZ, 1951 (vol. 47) pp. 50–56; H. NÄGELI, Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, Zbl. 1954 (vol. 55), pp. 113–123 et 145–154. L'arrêt est reproduit par M. MAX IMBODEN, Schw. Verwaltungsrechtsprechung I, No. 61, pp. 185–188.

³¹⁴ RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 3. Voir aussi l'arrêt précédemment cité (§ 38): RO 85 (1959) I 73–77 = JT 1959 I 512; et l'ATF du 8 juillet 1959 dans Zbl. 1960 p. 584–593.

sion souffre d'être différée le temps nécessaire pour prendre l'avis de l'exproprié; d'autre part, il n'est pas certain que le Conseil d'Etat puisse, après le début des travaux, revoir librement sa décision – bien que cette autorité ait déclaré que le recourant aurait pu lui demander de réexaminer la décision prise. Il ne s'agissait pas là, précise le TF, d'un véritable droit, fondé sur la loi ou la jurisprudence, permettant à l'exproprié d'obtenir un nouvel examen de la déclaration d'urgence. L'autorité ne pouvait pas non plus refuser d'entendre le recourant parce qu'il s'agissait d'une contestation incidente et parce qu'il avait déjà été entendu dans les précédentes phases de la procédure. On devait dès lors donner au recourant, dans la procédure de l'envoi en possession anticipé, l'occasion de se déterminer sur cette question³¹⁵.

Se prononçant récemment sur le recours d'une société propriétaire de terrain dans une région aménagée par l'Etat de Bâle-Ville en zone verte, le TF développa les principes posés dans l'arrêt Chastel. Il remarqua qu'on ne saurait reconnaître le droit d'être entendu lors de l'adoption d'une loi au sens matériel, c'est-à-dire d'une disposition générale et abstraite; en effet, la loi, en raison du cercle illimité de ses adressataires et de son caractère abstrait, n'a jamais rapport avec l'individu en particulier, mais avec tous les citoyens qui se trouvent dans une situation donnée. Il ne saurait être question pour chacun d'eux de veiller à la sauvegarde de leurs intérêts communs. Au plan de la loi, c'est dès lors le principe de la représentation démocratique qui est appelé à jouer le rôle que le droit d'être entendu tient au plan de l'application du droit. Le TF se pose ensuite la question de savoir si l'aménagement d'une zone constitue un arrêté de portée générale ou une somme de décisions particulières. S'il a lieu sous forme d'arrêté de portée générale, le droit d'être entendu doit néanmoins être respecté, car on est en face d'un cas particulier. C'est en effet une situation semblable à celle de l'arrêt Chastel où le TF prononça qu'une *loi* d'ex-

³¹⁵ RO 87 (1961) I 153–157 = JT 1961 I 577, cons. 3.

propriation devait respecter le droit d'être entendu de l'exproprié. Si l'aménagement de la zone se confond avec une somme de décisions particulières, il va de soi que chaque intéressé doit être entendu. D'ailleurs la plupart des législations cantonales garantissent aux propriétaires touchés par un plan le droit d'être entendu, soit avant l'adoption du plan, soit sous forme de recours. Dans le cas particulier, la législation de Bâle-Ville assure aux propriétaires de parcelles le droit de proposer au Conseil d'Etat, à certaines conditions, une autre répartition de la zone et le Conseil d'Etat s'est déclaré prêt à entrer en matière sur une demande tendant à un autre aménagement de la zone. La recourante peut dès lors, par ce biais, exposer sa manière de voir. Le TF se demanda cependant si cette possibilité d'une reconsideration permet de renoncer à l'audition de l'intéressé dans la procédure de décision. Evoquant la jurisprudence où il a admis que le respect du droit d'être entendu par l'autorité supérieure redressait la décision de l'autorité inférieure violant ce droit, le TF conclut que l'occasion de formuler des contre-propositions constitue également un «Ersatz» qui guérit le vice de la décision de base lorsqu'elle a été adoptée sans entendre l'administré. Cette «sanatio» ne s'opère d'ailleurs que si l'autorité est obligée, comme en l'occurrence, d'examiner en toute liberté les objections de fait et de droit formulées par l'administré^{315bis}.

42. Les derniers arrêts que nous venons d'évoquer limitent la portée de la condition d'*impossibilité d'un nouvel examen* affectant la décision administrative. L'autorité doit assurer le respect du droit d'être entendu lorsque l'administré ne possède pas *un véritable droit*, fondé sur la loi et la jurisprudence, lui permettant d'obtenir un réexamen de la décision³¹⁶. Il convient à cet égard de se souvenir que l'on ne peut déduire de l'article 4 CF l'obligation pour l'autorité

^{315bis} ATF non publié, du 11.9.63, en la cause Basler Terrain-gesellschaft AG c/ Grand Conseil de Bâle-Ville, cons. 3 litt. b, c, d, e.

³¹⁶ RO 87 (1961) I 153–157, cons. 3.

de réexaminer une décision que lorsque le requérant peut alléguer des faits pertinents et des moyens de preuve nouveaux ou qu'il ne lui a pas été possible de faire valoir en temps utile ou lorsque la situation s'est entièrement modifiée³¹⁷.

Ainsi précisée, cette condition fut encore interprétée par le TF, dans une affaire de renvoi disciplinaire d'élèves d'une école publique. La Chambre de droit public affirma tout d'abord qu'un tel renvoi comportait, tout comme la révocation du fonctionnaire³¹⁸, un caractère *pénal* et des *effets graves*, surtout si la fréquentation de l'école au lieu du domicile des parents était en cause. De ce fait, les parents directement intéressés par la décision jouissent de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu. Ils doivent avoir l'occasion de présenter à l'autorité leurs objections au sujet des motifs pour lesquels le renvoi disciplinaire est envisagé, et ce *avant* que la mesure ne soit prise. En l'occurrence, le TF admit que le conseil scolaire n'avait pas respecté cette procédure et il admit que cette omission n'était pas réparée par le fait que les recourants avaient pu attaquer cette décision. Car l'*article 4 CF garantit la possibilité de se défendre d'une manière normale*, avant que ne soit prise une décision *définitive* qui ne peut plus être attaquée par un recours *ordinaire* permettant de contester également l'état de fait³¹⁹. Or, comme l'expose la décision attaquée, le conseil cantonal ne peut revoir les décisions du conseil scolaire *que sous l'angle de l'arbitraire*. *Comme les recourants ne disposaient daucun moyen de recours ouvrant la voie à une appréciation libre du cas, il était indispensable que le conseil scolaire entendit les parents avant de prononcer le renvoi.* En conséquence, la décision attaquée fut annulée pour violation du droit d'être entendu, dans le sens que le conseil cantonal fut invité à an-

³¹⁷ RO 67 (1941) I 71–74 = JT 1941 I 535. Comp. RO 87 (1961) I 172–181 = JT 1962 I 334.

³¹⁸ RO 76 (1950) I 177–183 = JT 1951 I 156. Voir ci-devant § 37.

³¹⁹ Le TF rappelle ici une règle qu'il avait déjà articulée dans l'ATF 76 (1950) I 180 = JT 1951 I 156.

nuler la décision du conseil scolaire et à lui enjoindre d'entendre les parents des recourants avant d'arrêter une nouvelle disposition³²⁰. En cassant la décision de l'autorité cantonale de recours, en requérant de cette autorité qu'elle enjoigne à l'autorité administrative de base d'entendre les parents et d'arrêter une nouvelle disposition, le TF restitua au droit d'être entendu son caractère «formel», inconditionné.

C'est un effet analogue qui fut obtenu mais, cette fois-ci, à l'encontre de l'autorité cantonale de recours, lorsque le TF contraignit le Conseil d'Etat valaisan à examiner avec pleine juridiction, et non pas sous l'angle plus restreint de l'arbitraire, une décision d'un conseil communal refusant au recourant l'octroi d'une autorisation de débit de boissons alcooliques dans son hôtel. Le Conseil d'Etat ne fut pas admis à invoquer l'autonomie communale pour se dispenser d'examiner avec plein pouvoir le recours interjeté par le propriétaire. Du même coup, en effet, *le Conseil d'Etat avait violé le droit d'être entendu du recourant qui comportait en l'espèce celui d'exiger que l'affaire fût revue librement*, même s'il n'était pas démontré que le recours avait des chances d'être admis; car le droit d'être entendu qui découle de l'article 4 CF est de nature formelle et ne présuppose pas un intérêt matériel à l'annulation³²¹. Ce faisant, le TF a obligé l'autorité cantonale à reconnaître à l'administré un véritable droit au réexamen de la décision contestée et ce droit au réexamen était la condition du respect du droit d'être entendu. Si cependant l'autorité cantonale de recours avait été fondée légalement à limiter son pouvoir d'examen, le TF aurait-il contraint le Conseil d'Etat à casser la décision communale? Tout dépend de la signification que l'on accorde aux démarches de l'administré qui visent à l'obtention d'une patente. La demande de patente peut être plus ou moins bien motivée. Rien n'empêche le requérant de se faire pleinement entendre lorsqu'il

³²⁰ RO 87 (1961) I 337–342 = JT 1962 I 102. Voir ci-devant § 12.

³²¹ RO 84 (1958) I 227–231; en particulier, p. 231.

formule sa demande. S'il ne fait pas valoir son droit, à cette occasion, peut-il ensuite alléguer qu'il n'a pas été en mesure de se faire entendre ?

Le TF s'est occupé d'un problème de ce genre lorsqu'il eut à se prononcer sur le recours d'un distributeur d'essence qui avait sollicité de la commission des constructions de la ville de Soleure l'autorisation d'aménager une station d'essence en bordure d'une route de transit de première classe. Cette demande ayant été écartée par les instances cantonales, le requérant alléguait la violation de son droit d'être entendu, parce qu'il n'avait pas eu l'occasion d'exposer son point de vue devant les autorités chargées de préaviser, ni devant le Conseil d'Etat et parce qu'il n'avait pu prendre position sur le préavis de refus de l'autorité sollicitée. Le TF constata que les dispositions réglementaires ne permettaient qu'exceptionnellement d'autoriser la construction de stations d'essence dans la situation en cause. Dès lors, il eût été nécessaire d'exposer *dans la demande d'autorisation* les raisons justificatives d'une autorisation exceptionnelle. Si la recourante n'a pas fait usage de cette possibilité, elle ne saurait se plaindre ensuite d'une violation de son droit d'être entendu pour la raison que, dans la procédure ultérieure, une autre occasion ne lui a pas été offerte de motiver sa demande. La recourante n'a mentionné aucune disposition légale prévoyant cette possibilité. *Le droit d'être entendu découlant de l'article 4 CF a été suffisamment respecté dès lors que la recourante avait la possibilité d'exposer sa manière de voir dans la demande d'autorisation.* On ne saurait, d'autre part, reconnaître à la recourante un droit, tiré de l'article 4 CF, de s'exprimer, avant l'adoption de la décision contestée, sur les *rapports internes* de la commission cantonale du trafic, de la commission de police de la ville, de la commission cantonale des constructions³²².

³²² Dans un autre arrêt, le TF écarta également le grief de violation du droit d'être entendu invoqué par le recourant qui n'avait pu se prononcer sur la réponse au recours formulée par l'autorité administrative de première instance. Une telle obligation ne pouvait se

En outre, le TF admit, dans le cas particulier, que même si la recourante n'avait pas eu la possibilité de se prononcer sur la question de l'autorisation exceptionnelle, avant la décision, il n'y aurait pas eu violation du droit d'être entendu, parce que la recourante pouvait – à l'avis du Conseil d'Etat – formuler une demande de reconsideration de la décision attaquée. Le TF confirma d'autre part que l'apport de nouveaux moyens de preuve dans le recours de droit public ne se justifierait pas alors même que le droit d'être entendu aurait été violé au cours de la procédure cantonale : la conséquence d'une telle violation réside plutôt dans l'annulation de la décision contestée³²³.

43. Nous avons déjà évoqué, à propos des procès civils et pénaux, les relations entre le droit d'être entendu et le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à l'assistance judiciaire gratuite, le droit à l'exonération des avances et des frais de justice³²⁴.

En matière administrative, la position du TF relative aux droits de la défense, peut se déduire des considérants de divers arrêts. Le TF a reconnu tout d'abord que le droit de se faire assister en justice constitue l'une des parties intégrantes du droit d'être entendu³²⁵. Un juge pénal ne saurait refuser d'entrer en matière sur un recours parce que l'émolument légal de justice n'a pas pu être payé par un condamné indigent : ce serait violer son droit d'être entendu³²⁶. En matière administrative, le TF a reconnu que le refus par la chancellerie lucernoise de laisser la recourante consulter la décision du Conseil d'Etat, sans paiement préalable des frais,

déduire de l'article 4 CF car le Conseil d'Etat n'avait pas modifié la décision administrative au préjudice du recourant: RO 88 (1962) I 57–71 = JT 1963 I 200, cons. 1.

³²³ RO 89 (1963) I 11–20, cons. 3.

³²⁴ Comp. § 31 et 32.

³²⁵ RO 29 (1903) I 402–411 = JT 1904 I 333, cons. 4. Voir ci-devant § 32.

³²⁶ RO 13 (1887) p. 251–255, cons. 3 et 4.

alors qu'une possibilité de recours auprès du TF était assurée par la loi, constituait une violation du droit d'être entendu³²⁷.

Il existe néanmoins, du point de vue de l'assistance judiciaire, une différence considérable entre la situation du justiciable et celle de l'administré. Le droit à l'assistance judiciaire est reconnu de façon étendue en matière *civile*, spécialement dans les procédures où, en principe, c'est aux parties qu'incombe la sauvegarde de leurs droits. Il en va autrement lorsque le jugement repose non plus sur les faits établis par les parties, mais sur le résultat d'une *instruction opérée d'office* et dans laquelle les questions de fait et de droit sont résolues indépendamment de l'attitude des intéressés. La garantie que les droits des intéressés seront respectés réside dans la procédure elle-même. C'est pourquoi on ne peut, sur la base du droit public fédéral, exiger des cantons qu'ils reconnaissent au prévenu le droit à un avocat d'office. *Il en va de même, précise le TF, devant les autorités administratives où, d'après l'usage établi, l'administré procède lui-même et ne sollicite le concours d'un conseil ou représentant qu'exceptionnellement*³²⁸. Dans cette perspective, un droit à l'assistance judiciaire, partiellement ou totalement gratuite, en matière administrative, ne saurait être déduit de l'article 4 CF; il ne peut être que le fait d'une législation cantonale. Elle est souhaitée par certains auteurs³²⁹.

³²⁷ RO 40 (1914) I 469–474, cons. 1.

³²⁸ RO 63 (1937) I 209–213 = JT 1938 I 130, cons. 3. Comp. ci-devant § 32.

³²⁹ Ainsi M. JACQUES GUYET préconise à Genève un monopole en faveur des avocats de la représentation des administrés. Il pense que ce monopole devrait entraîner l'extension à toutes les juridictions administratives de l'assistance judiciaire en faveur des indigents, comportant la nomination d'un avocat d'office. Etude citée, Genève 1962, p. 41–42.

M. GIACOMETTI préconise la gratuité de la procédure administrative lorsque des intérêts patrimoniaux ne sont pas en cause. Allg. Lehren, p. 466.

A cet égard, on notera que le tribunal administratif zurichois a décidé, sur la base de l'article 17 al.2 de la *Verwaltungsrechtspflegegesetz* du 24 mai 1959, qu'un conseil gratuit pouvait être désigné au recourant pour la sauvegarde de son droit d'être entendu devant cette autorité³³⁰. L'article 16 de la loi en question prévoit d'autre part la possibilité de la remise des frais de procédure et des avances de frais en faveur des administrés indigents, lorsque leur recours n'apparaît pas dénué de chance de succès. Le droit à la représentation et à l'assistance d'un avocat, est considéré comme l'une des plus récentes implications du droit d'être entendu en matière administrative³³¹.

La direction de l'assistance du canton de Berne reconnut également le droit à l'assistance d'un conseil en faveur d'une indigente qui entra en conflit avec les autorités communales et qui devait affecter une partie des prestations d'assistance au paiement des honoraires de son avocat. L'autorité n'a pas le droit d'interrompre ses prestations d'assistance dans le but d'empêcher que ces ressources servent à payer les honoraires de l'avocat. Toute personne indigente et inexpérimentée a le droit de consulter un avocat et de lui confier le soin de ses affaires. Ceci s'applique aussi dans le cas de divergences d'opinion entre une telle personne et les autorités de la commune de domicile³³². Commentant cette position de la direction de l'assistance du canton de Berne, M. IMBODEN admet que chacun a le droit de chercher conseil et de se renseigner, auprès d'une personne versée dans les questions administratives. Quant à la possibilité de se faire représenter dans les relations avec l'autorité administrative,

³³⁰ RB 1962, No.17.

³³¹ O. BOSSHARDT, Erste Ergebnisse der zürch. Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zbl. 1963, p. 255.

³³² Avis de la direction de l'assistance du canton de Berne du 17.6.1957, MBVR 1957, No. 111 p. 407 ss. reproduit par M. IMBODEN, Schw. Verwaltungsrechtsprechung, t. I, No. 64 p. 193 et suiv. Voir en outre la loi bernoise sur la justice administrative du 16 mai 1961, art. 27.

c'est au droit positif d'en décider. On devra considérer comme licite l'intervention d'un représentant (avocat) lorsque la loi ne requiert pas la présence personnelle de l'administré³³³. Dans l'hypothèse où l'administré se fait représenter dans ses rapports avec l'administration, cette dernière peut exiger une procuration écrite. Le fait que celle-ci soit tardivement présentée ne saurait mettre en question la validité des actes antérieurs du représentant³³⁴.

Section II

Le droit d'être entendu en matière fiscale

44. Les principes arrêtés par la jurisprudence du TF en matière administrative s'appliquent également en matière fiscale. Le droit d'être entendu est déterminé, en principe, par les dispositions cantonales de procédure et les normes qui fixent la compétence des tribunaux et des autorités administratives. La chambre de droit public ne revoit l'interprétation et l'application des normes en question, pour autant qu'il s'agisse de lois ou de règlements cantonaux, que sous l'angle étroit de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement. Mais lorsque la protection juridique instituée par le droit cantonal se révèle insuffisante, les règles du droit fédéral, déduites directement de l'article 4 CF, relatives au droit d'être entendu sont substituées au droit cantonal³³⁵.

³³³ Bericht der solothurnischen kantonalen Rekurskommission in Steuersachen, 1951, p. 22. Cité par IMBODEN, loc. cit. p. 193. Il serait arbitraire d'en décider autrement dans les contestations d'ordre économique.

³³⁴ Comp. RO 86 (1960) I 4–10 = JT 1960 I 532 et ci-devant § 5. M. IMBODEN donne diverses explications sur les rapports du représentant, du représenté et de l'administration, sur la forme à remplir par la procuration, dans *Schw. Verw. R. t. I*, No. 64, remarque III p. 194 et dans le complément de 1962, t. II, No. 64, III p. 317.

Voir également OSCAR ODERMATT, étude citée, p. 15.

³³⁵ RO 85 (1959) I 204–211 = JT 1960 I 238, cons. 1. Il s'agit

Remarquons d'ailleurs que le droit du contribuable d'être entendu est reconnu sur la base de l'article 4 CF, avec la réserve habituelle qui affecte les décisions administratives, à savoir si l'acte administratif considéré n'est pas de ceux qui exigent normalement une décision immédiate, et si la mesure, une fois prise, n'est pas susceptible d'un nouvel examen³³⁶.

45. Lors de la taxation pour les impôts directs, toutes les lois donnent au contribuable l'occasion de renseigner l'autorité sur la situation de sa fortune et de ses revenus. L'autorité peut inviter l'intéressé à lui fournir d'autres explications ou des documents; elle peut l'entendre personnellement³³⁷. Le contribuable a d'ailleurs l'obligation de renseigner l'autorité. A cette obligation correspondent, selon la doctrine, son droit de participer à la procédure de taxation conformément aux dispositions légales en vigueur, et son droit d'être entendu par l'autorité de taxation³³⁸.

C'est ainsi que dans un cas où des pharmaciens avaient vu leur déclaration majorée par la commission d'estimation et cette majoration maintenue par la commission de district qui avait, en outre, écarté l'offre formulée par les recourants de lui soumettre leur comptabilité, le TF constata que les autorités bernoises avaient violé les dispositions légales de procédure. L'autorité n'avait pas le droit, tout d'abord, de majorer selon sa libre appréciation la déclaration fiscale déposée par les recourants en temps utile. En cas de doute, on devait donner aux contribuables l'occasion de s'expliquer sur leur déclaration. En outre, l'offre des recourants de sou-

d'une contestation fiscale opposant un contribuable à l'autorité grisonne.

³³⁶ RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 3. Il s'agit là d'une contestation opposant un contribuable à l'autorité bernoise.

³³⁷ Comp. E. STEINER, *Vom rechtlichen Gehör in Steuersachen*, Steuer-Revue 1952, p. 371. Voir, par exemple, la «Verwaltungsrechtspflegegesetz» de Zurich art. 7.

³³⁸ E. BLUMENSTEIN, *System des Steuerrechts*, Zurich 1951, p. 300.

mettre leur comptabilité était de nature à prouver l'exactitude ou l'inexactitude de leur déclaration et le refus d'accepter cette proposition constitue également un déni de justice. Comme le Conseil d'Etat ne prit pas lui-même les mesures auxquelles les recourants avaient droit, si l'on entendait contester leur déclaration, et ne les fit pas prendre par l'autorité inférieure, il s'est rendu coupable de violation des mêmes droits constitutionnels et sa décision doit être cassée³³⁹.

La Cour de justice de Genève, adoptant une position analogue, admit que le fisc était obligé de faire droit à la demande d'audition d'un contribuable, ceci d'ailleurs en vertu d'une disposition de la loi³⁴⁰. Elle admit aussi que lorsqu'une déclaration signée du contribuable était contestée, l'autorité ne pouvait le taxer sur d'autres bases sans l'avoir avisé de la modification qui résulte d'indices concluants ou sans l'avoir mis en demeure de fournir la justification de sa déclaration³⁴¹. Pareillement, l'*Oberrekurskommission* du canton de Zurich admit, en pratique constante, que le fait, pour l'administration fiscale, de ne pas ordonner l'expertise sollicitée par le contribuable peut faire l'objet d'un recours pour violation du droit d'être entendu, lorsque ce moyen de preuve n'est pas d'emblée impropre à établir ce que le contribuable entend démontrer³⁴².

Le TF, à cet égard, rejoint sans doute la jurisprudence de l'autorité de recours zurichoise lorsqu'il estime que le rejet d'une requête d'expertise comptable ne saurait constituer une violation du droit d'être entendu du contribuable lors-

³³⁹ RO 23 (1897) p. 449–455, cons. 2. Dans un autre arrêt, le TF cassa *pour arbitraire* une décision du Conseil d'Etat valaisan qui n'avait pas donné suite à une demande d'expertise du contribuable (une société anonyme) pour établir son bénéfice: RO 45 (1919) I 274 et suiv. Le TF n'a pas admis le recours pour déni de justice formel, en raison de la violation du droit d'être entendu.

³⁴⁰ Sem. jud. 1951 p. 362.

³⁴¹ Sem. jud. 1950 p. 253 = JT 1950 I 349.

³⁴² Arrêt du 2 nov. 1948, Zbl. 1949 (vol. 50) p. 331–334. Voir également Zbl. 1936 (vol. 37) pp. 172–174.

que ce dernier n'a pu établir un *intérêt matériel* à l'apport de cette preuve. Le TF précise qu'il ne fait abstraction d'un pareil intérêt, même dans les procès civils et pénaux, que si des formes essentielles de la procédure ont été violées, ce qui sera le cas par exemple lorsqu'une partie n'a pas eu l'occasion de se faire entendre. En revanche, on ne saurait parler ni d'un déni de justice, ni d'une violation du droit d'être entendu lorsqu'une autorité ne fait pas administrer la preuve offerte pour des faits qui peuvent être considérés comme dénués de portée pour l'issue du litige³⁴³. Le TF estime d'ailleurs que c'est à l'autorité fiscale de décider s'il y a lieu d'élu-cider une déclaration fiscale. La Cour de droit public n'intervient que si l'autorité cantonale a dépassé les limites de son pouvoir de libre appréciation³⁴⁴. En l'occurrence, le contribuable n'a pas prouvé que tel fut le cas. La Cour de droit public n'a pas, à l'instar d'une Cour d'appel, à examiner s'il y a lieu de mettre en doute l'exactitude du texte d'un contrat de vente, en fonction des déclarations d'un tiers. Elle ne pourrait intervenir que si l'autorité cantonale éprouvait quelque doute à cet égard et si elle avait, malgré cela, écarté toute procédure d'enquête aux fins d'établir le montant exact de la vente soumis à l'impôt. L'autorité fiscale de recours n'a pas à entreprendre d'office la preuve d'allégés peu dignes de foi du contribuable³⁴⁵.

Dans un cas où les recourants contestaient leur taxation uniquement *quant au principe*, le TF écarta même le grief de violation du droit d'être entendu qu'elles formulaient à l'encontre de la décision cantonale parce qu'il n'était pas néces-

³⁴³ RO 73 (1947) I 191–208 = JT 1948 I 178, cons. 1. L'arrêt évoque une ancienne jurisprudence en matière pénale: RO 15 (1889) p. 14–19.

³⁴⁴ Sur ce pouvoir de libre appréciation, voir RO 83 (1957) I 145–152 = JT 1958 I 386, cons. 5. Il s'agit là de l'opportunité de l'installation d'une station d'essence.

³⁴⁵ ATF du 2.10.1957 dans Zbl. 1958 (vol. 59) p. 338–342, cons. 3 et 4. Voir aussi RO 32 (1906) I 621–629, cons. 6 relatif au pouvoir d'appréciation de l'autorité fiscale dans une affaire d'impôt successoral.

saire à ses yeux, de procéder à l'audition des recourants. L'audition en effet concerne la procédure de taxation proprement dite; on ne saurait la requérir lorsque l'on conteste le principe de l'assujettissement à l'impôt³⁴⁶.

46. Quant aux modalités de l'audition du contribuable, la jurisprudence du TF a fixé quelques règles qu'il convient de mentionner. Tout d'abord, le contribuable ne saurait se plaindre de n'avoir pas été entendu personnellement s'il n'a pas formulé une demande tendant précisément à l'audition personnelle et si l'autorité de recours a examiné les documents comptables que l'administration fiscale s'était refusée à prendre en considération. L'essentiel est qu'une décision *définitive* ne soit pas intervenue avant que les moyens de preuve du recourant aient été examinés³⁴⁷.

De son côté, la Cour de justice civile genevoise sanctionne la passivité du contribuable. Dans de nombreux arrêts, elle a posé en principe que l'administration pouvait, sur la base d'indices concluants, procéder à une taxation d'office lorsque le contribuable reste passif au cours de la procédure de contrôle et répond de manière dilatoire aux demandes du contrôleur fiscal. Mais lorsque le contribuable sollicite d'être entendu, lui et ses témoins, ou entend produire ses livres et sa comptabilité, la loi exige qu'il soit fait droit à sa demande³⁴⁸.

Remarquons qu'un contribuable qui ne remplit pas sa déclaration fiscale, n'apporte pas les attestations requises, ne donne pas suite aux sommations de l'autorité s'expose à être taxé d'office. Par là-même, il perd souvent son droit de recours (AIN art. 92) et se prive ainsi de l'exercice du droit d'être entendu.

³⁴⁶ RO 24 (1898) I 167–178, cons. 1. Voir aussi BURCKHARDT, Kommentar, 3^e édition, p. 53, qui signale un autre arrêt dans le même sens.

³⁴⁷ RO 27 (1901) I 418–420.

³⁴⁸ Sem. Jud. 1949 p. 344 à 349. Voir également Sem. jud. 1942 p. 503; 1944 p. 1; 1945 p. 311 ss.

Sans doute y a-t-il déni de justice lorsque la commission locale modifie la déclaration du contribuable sans l'entendre. Mais si l'intéressé ne se prévaut pas de cette informalité devant la commission de district et si cette dernière répare le vice de procédure en citant devant elle le contribuable, le recourant n'est plus recevable à se plaindre de n'avoir pas été entendu³⁴⁹. En outre, un recourant ne saurait se prévaloir de ce que la commission de district n'a rien fait pour vérifier l'exactitude des renseignements qu'il lui a fournis. Car c'est au contribuable à fournir la preuve des indications dont il se prévaut et à requérir, au besoin, de la commission qu'elle procède aux constatations³⁵⁰.

Le TF avait déjà admis qu'une *vision locale* ne devait pas intervenir, en matière administrative, sans que les parties aient été invitées à y assister afin de pouvoir fournir à cette occasion les explications utiles. Le fait de ne pas convoquer l'administré à une vision locale équivaut à une violation de son droit d'être entendu³⁵¹. Lors d'une contestation fiscale, le TF confirma cette jurisprudence. Il constata que le représentant d'une communauté héréditaire avait été cité en vue de l'inspection de diverses parcelles qu'elle possédait, aux fins d'examiner le bien-fondé d'une nouvelle taxation fiscale. La commission procéda cependant à la vision locale en l'absence du représentant de la communauté qui, en temps utile, avait demandé de différer la vision locale. Le TF déclara qu'en agissant ainsi l'autorité fiscale avait violé le droit d'être entendu des contribuables et il cassa la décision³⁵².

Nous avons vu que le TF avait admis, en matière civile, dans une jurisprudence fort ancienne, que les parties devaient avoir accès au procès-verbal des témoignages et qu'on

³⁴⁹ RO 25 (1899) I 164–171, cons. 2. Voir ci-après § 48.

³⁵⁰ RO 25 (1899) I 164–171, cons. 3. Voir, pour la procédure argovienne en matière fiscale, RO 44 (1918) I 18–28, cons. 3.

³⁵¹ ATF du 8 juillet 1959, dans Zbl. 1960 p. 584–593, cons. 2.

³⁵² ATF du 19.9.1962 Communauté héréditaire R. c/Commission vaudoise de taxation, publié dans la Neue Zürcher Zeitung, du 18.5. 1963.

ne saurait leur contester le droit de demander des explications aux témoins³⁵³. Si une partie peut exiger d'être entendue, en matière fiscale, lors d'une vision locale, à plus forte raison doit-elle pouvoir l'être lors de l'*audition de témoins*, afin de sauvegarder son droit de poser des questions et de mettre en doute leurs assertions. L'*Oberrekurskommission* zurichoise a admis que la commission de recours avait violé le droit d'être entendu du recourant en n'observant pas les dispositions de procédure applicables à la citation du recourant pour l'audition des témoins³⁵⁴.

Dans son étude sur la preuve en droit fiscal zurichois, M. OSKAR BOSSHARDT admet que les parties ont le droit d'être citées, pour l'audition des témoins et qu'elles doivent être informées de la désignation d'un *expert*. Par là même, elles seront en mesure de sauvegarder leurs droits de partie à l'encontre de la preuve par expertise³⁵⁵.

Remarquons enfin que l'*Oberrekurskommission* zurichoise cassa une décision attaquée pour violation du droit d'être entendu, parce que l'autorité fiscale n'avait pas tenu compte d'office, lors de la taxation du bénéfice en capital résultant de la vente de parcelles, de diverses pertes subies par le recourant et qui avaient été portées à la connaissance du commissaire fiscal. Bien que le contribuable ait laissé passer le délai de recours, l'autorité devait appliquer la loi en considérant la situation réelle du contribuable, telle que le dossier la révélait et non pas en se fondant uniquement sur le formulaire de déclaration qui comportait des lacunes et ne pouvait dès lors refléter la situation exacte³⁵⁶.

47. Le fait qu'une imposition résulte simplement des registres fiscaux qu'une ordonnance rend publics et ne fasse pas l'objet d'une notification personnelle, alors même que le

³⁵³ RO 15 (1889) p. 679–682. Voir ci-devant § 29.

³⁵⁴ Arrêt du 20.1.1934 dans Zbl. 1934 (vol. 35) p. 589.

³⁵⁵ O. BOSSHARDT, *Vom Beweise im zürcherischen Steuerrecht*, Zbl. 1937 (vol. 38), p. 41 où le problème du droit d'être entendu est spécialement traité.

³⁵⁶ Zbl. 1957 (vol. 38) p. 446–448.

contribuable se trouve avoir son domicile ou son siège hors du canton, ne viole pas, selon une jurisprudence ancienne du TF, le droit constitutionnel d'être entendu. Il est fréquent, en matière administrative, qu'un délai de recours soit prévu par un arrêté de portée générale, en lieu et place d'une notification individuelle. Et l'on ne saurait déduire de l'article 4 CF un principe de droit fédéral qui interdise une telle pratique. On est en droit d'attendre de celui qui possède une propriété dans un canton, qu'il connaisse les dispositions qui concernent cette propriété et qui sont rendues notoires conformément à la loi³⁵⁷.

Une telle procédure est cependant critiquable, sous le rapport des garanties minimums que doit comporter la notification d'une décision administrative. C'est ce que fait ressortir M. IMBODEN à propos d'un arrêt du tribunal administratif bâlois. Aux termes de la loi fiscale de Bâle-Ville, les taxations fiscales doivent être notifiées par écrit et munies de l'indication des moyens de droit. L'autorité doit, en outre, signaler au contribuable les éléments de la taxation qui s'écartent de sa déclaration à son détriment. Dans un cas où ces dérogations n'avaient été signalées qu'en partie, et par simple communication orale, le tribunal administratif admit qu'une communication orale était suffisante mais que, par contre, l'absence de communication des éléments de la taxation qui s'écartent de la déclaration rendait la décision inopérante et le délai de recours ne commençait pas à courir pour ces éléments³⁵⁸. M. IMBODEN remarque que ce n'est qu'au moment où la décision lui est notifiée que le contribuable est en mesure de faire valoir ses moyens de droit et de s'opposer aux violations éventuelles de son droit d'être entendu. Il convient dès lors que la notification d'une décision comporte *certaines garanties minimums*. Ainsi une décision

³⁵⁷ RO 30 (1904) I 607–614.

³⁵⁸ Arrêt du tribunal administratif de Bâle-Ville du 16.5.1958 BJM 1958, p. 246 ss. Comp. IMBODEN, Schw. Verw. t. I, No. 65, p. 194 et suiv.

qui n'est pas notifiée ne saurait déployer aucun effet³⁵⁹. Une taxation fiscale consistant en une simple édition des registres fiscaux ne saurait équivaloir à une notification valable, tout au moins pour les contribuables domiciliés à l'extérieur³⁶⁰. On ne saurait non plus considérer comme notifiée une décision expédiée contre remboursement, qui fait retour à l'expéditeur parce que le destinataire n'a pas payé le montant requis³⁶¹. Une décision est-elle notifiée lorsqu'elle est adressée sous pli recommandé et que le destinataire, absent, en est informé par l'avis qu'il peut retirer le document au guichet de la poste ? Cette pratique prête à discussion³⁶².

Nous avons vu toute l'importance que le TF attache à la motivation des jugements³⁶³. Rappelons l'arrêt du TF mettant en cause une décision du Conseil exécutif bernois qui n'avait pas cru devoir notifier au contribuable recourant, malgré le prescrit de l'article 48 de la constitution cantonale, les motifs de sa décision. «La circonstance que les recourants n'ont pas reçu communication des motifs de la décision attaquée ne saurait avoir pour conséquence de la faire annuler conformément aux conclusions du recours... La non-communication des motifs aurait pu avoir pour effet de suspendre le délai accordé par la loi pour recourir au TF.»³⁶⁴ De son côté, le Conseil fédéral, invoquant FLEINER, affirma «qu'il n'existe aucune disposition légale qui donne à l'auteur

³⁵⁹ Voir ORK Zurich, 1945, No. 47.

³⁶⁰ Décision de la commission de recours soleuroise en matière fiscale. Rapport de 1946 No. 2. Cette décision s'écarte de la jurisprudence précitée du TF.

³⁶¹ Tel est le point de vue du Département fédéral de justice: JAAC 1946/47, No. 25, qui renvoie à la pratique du TF: RO 23 II 1398; 40 I 472; 50 II 66 et 63 I 26. Voir également BURCKHARDT, Droit fédéral, III No. 1000 III; ASA vol. 26 p. 350.

³⁶² Comp. RO 70 (1944) I 65–67 = JT 1944 I 506. L'ORK zuri-choise conteste cette partie RB 1958 No. 41. Pour tous ces cas, voir IMBODEN, op. cit., p. 196–197, rem. I. Voir au surplus ci-devant §§ 23 et suiv.

³⁶³ Nous renvoyons à la jurisprudence évoquée ci-devant § 9.

³⁶⁴ RO 25 (1899) I 164–171, cons. 5. Voir ci-devant § 9.

d'un recours le droit d'exiger une décision motivée... On n'est pas tenu de motiver une décision qui est laissée entièrement à la libre appréciation de l'autorité compétente...»³⁶⁵. M. IMBODEN en conclut que c'est au droit positif à instituer l'obligation de la motivation des décisions administratives³⁶⁶.

48. En matière fiscale également, le contribuable ne saurait se prévaloir auprès du TF du grief de violation du droit d'être entendu si la décision attaquée est susceptible de *re-consideration*. Et l'on sait que l'autorité peut revenir sur une taxation fiscale s'il existe un motif de revision, même si celui-ci n'est pas prévu dans le droit écrit³⁶⁷.

L'article 4 Cst. féd. ne confère au citoyen que le droit de présenter dûment sa défense avant que n'intervienne une *décision définitive* contre laquelle aucune voie de droit n'est ouverte qui lui permette de contester les constatations de fait, d'alléguer des faits nouveaux et de présenter des nouvelles preuves. Lorsque l'autorité de première instance refuse d'entendre un citoyen et que l'autorité supérieure, investie du même pouvoir d'examen, répare ce vice de procédure, il n'y a pas, en général, violation du droit d'être entendu³⁶⁸.

Rappelons que le droit d'être entendu tel qu'il découle de l'article 4 CF s'oppose à ce que la situation juridique établie par une décision en faveur d'une partie soit modifiée à son détriment sans qu'elle ait pu répondre aux critiques faites à cette décision par un recourant. Le tribunal administratif bernois a violé l'article 4 CF en réformant *in pejus* (au détri-

³⁶⁵ JAAC 1932, No. 29. Il s'agissait d'un recours administratif adressé au Conseil fédéral contre une décision du Département militaire fédéral.

³⁶⁶ IMBODEN, op. cit., p. 197, rem. II.

³⁶⁷ RO 87 (1961) I 172–181 = JT 1962 I 334. Ci-devant §§ 13 et 42.

³⁶⁸ ATF du 23 mai 1962 concernant une contestation en matière fiscale: RDAF 1962 No. 4, p. 221–224, cons. 2 (affaire valaisanne). Voir aussi RO 25 (1899) I 164–171 cons. 2.

ment du contribuable) le prononcé de la commission cantonale de recours sans que le contribuable ait pu formuler ses observations sur le recours de l'administration des contributions. Peu importe que le tribunal ait eu à statuer sur une pure question de droit qu'il estimait «en cas d'être jugée» sur le vu des pièces du dossier, car le droit d'être entendu est de nature formelle, réitéré le TF³⁶⁹.

Section III

Le droit de consulter le dossier en matière administrative

49. Nous avons rendu compte de la jurisprudence relative à la consultation du dossier en matière civile et pénale³⁷⁰. Nous avons vu que les règles de la procédure civile ou pénale ne s'appliquent pas en ce qui concerne la réquisition faite à l'autorité administrative de produire ses dossiers devant le tribunal. L'autorité judiciaire ne saurait à cet égard contraindre une autorité administrative, car celle-ci peut évoquer le principe de la séparation des pouvoirs et se déterminer librement en fonction de critères appropriés aux exigences de l'intérêt général. Elle peut apprécier le cas en comparant l'intérêt public de l'administration à se prévaloir du secret de fonction et l'intérêt des tribunaux à découvrir la vérité³⁷¹. L'administration se montrera souvent très réservée. La réserve peut se concevoir lorsque la production d'un dossier est sollicitée en justice à l'instance de la partie adverse. Mais comment décider lorsque la réquisition est formulée à la demande du titulaire du dossier administratif ? Celui-ci n'a-t-il pas le droit d'être entendu sur des documents qui le concernent ? Ne peut-il assurer sa défense en requérant

³⁶⁹ RO 75 (1949) I 225–228 = JT 1950 I 404, cons. 4.

³⁷⁰ Comp. Chap. II, § 33 à 35.

³⁷¹ RO 80 (1954) I 1 à 6 = JT 1954 I 336, cons. 4. Ci-devant § 33.

Voir aussi Basler juristische Mitteilungen, 1959 p. 215.

la production de ces documents ?³⁷² Le TF a admis que pour requérir la production d'un dossier administratif et se prévaloir, à cet effet, de la garantie qui découle du droit constitutionnel d'être entendu, il fallait *être engagé, comme partie, dans une procédure*³⁷³. On ne saurait formuler une telle prétention à seule fin d'information, en vue de recueillir des renseignements pour faire modifier un jugement de divorce sur l'attribution de l'enfant.

Et l'on ne saurait requérir la production de tout le dossier administratif. Un dossier comporte des documents *internes* qui ne seront jamais divulgués³⁷⁴. On considérera généralement comme documents internes: les notes de service, les correspondances échangées entre administrations, les résumés de conversations téléphoniques, de conférences, les projets ou préavis. On admet que l'administration demeure maîtresse de tels documents et qu'elle peut ne les communiquer à personne³⁷⁵. Il en va de même pour les documents qui ne servent pas à motiver une décision administrative³⁷⁶.

³⁷² L'ORK de Zurich admet un droit de consultation sans réserve des pièces que l'on a soi-même déposées. ORK 1949, No. 51.

³⁷³ RO 83 (1957) I 152–159 = JT 1958 I 146, cons. 5. Voir aussi ATF non publié Marfurt du 23.3.1950.

³⁷⁴ RO 83 (1957) I 152–159, cons. 5. Sur cet arrêt, voir les notes de M. IMBODEN, Schw. Verw. I No. 63, p. 190–192.

³⁷⁵ Comp. pour la pratique *vaudoise*: PH. MURET, étude citée, RDAF 1957, p. 291. Pour *Zurich*, voir *Verwaltungsrechtspflegegesetz* du 24.5.1959, art. 8 et la remarque 3 du commentaire de M. EDUARD BOSSHART, Zurich 1960, p. 34.

³⁷⁶ Zbl. 1956 p. 23 ss et IMBODEN, op. cit. rem. III, litt. a, p. 192.

M. H. ZWAHLEN observe, avec raison, qu'une pièce «qui a servi de base à une décision dotée d'effets juridiques à l'égard d'un administré cesse d'être un document interne pour cet administré; elle n'a pas davantage ce caractère que la décision elle-même». C'est bien souvent, souligne cet auteur, dans des pièces dont l'administré n'a pas eu connaissance (rapports de police relatant mal les faits ou de manière tendancieuse), dans des préavis fondés sur de fausses appréciations, ou dans des dénonciations malveillantes que se trouvent les véritables motifs de la décision. Comment l'administré pourra-t-il

Dans un arrêt récent, où la recourante faisait grief à l'autorité cantonale d'avoir violé son droit d'être entendu parce qu'elle lui avait refusé l'autorisation d'édifier une station d'essence sans lui donner la possibilité de se prononcer sur les préavis et rapports internes des services administratifs compétents, le TF affirma qu'on ne saurait reconnaître à la recourante un droit de s'exprimer, avant l'adoption de la décision contestée, sur les rapports internes de la commission du trafic, de la commission de police de la ville, de la commission cantonale des constructions. Un tel droit ne saurait en tout cas découler directement de l'article 4 CF³⁷⁷.

Les pièces dont la production peut être requise se limitent par conséquent aux décisions administratives elles-mêmes et à la correspondance externe. Qu'en est-il des dénonciations et des documents dits confidentiels ?

50. Dans une jurisprudence de 1927³⁷⁸, le TF avait admis qu'une personne, condamnée à un internement administratif de deux ans, pour alcoolisme, avait un droit inconditionné à connaître les motifs d'une telle décision et à consulter le dossier. Ce droit, précisa-t-il plus tard, peut se déduire de l'article 4 CF, en matière civile et pénale. En matière *administrative*, en revanche, il n'en est ainsi que là où la décision attaquée implique une grave atteinte à des droits éminemment personnels³⁷⁹. C'est incontestablement le cas en

se défendre si de tels documents échappent à ses investigations et ne sont même pas signalés dans la décision ? Voir H. ZWAHLEN, Le fonctionnement de la justice administrative, Rapport SSJ 1947, p. 156 a–157 a.

³⁷⁷ RO 89 (1963) I 11–20, cons. 3.

³⁷⁸ RO 53 (1927) I 107–114 = JT 1927 I 363 = Sem. jud. 1927 p. 529, cons. 2.

³⁷⁹ RO 67 (1941) I 74–80 = JT 1941 I 405 = Sem. jud. 1941 p. 369. Cet arrêt concerne la fermeture d'un jardin zoologique mal entretenu. En vain le propriétaire évoqua-t-il son droit de consulter le dossier de la police. Le TF estima que la fermeture du jardin ne portait pas d'atteinte à des droits éminemment personnels et qu'au surplus le propriétaire avait été amplement renseigné et averti par

matière d'internement administratif. C'est en vain, exposait le TF, que le Conseil d'Etat vaudois arguait de ce que sa décision n'avait fait l'objet d'aucun recours dans le délai légal, qu'elle était devenue définitive, et que, dès lors, les recourants n'avaient plus aucun intérêt à connaître les motifs de sa décision et à compulser le dossier. Même s'ils avaient expressément renoncé à critiquer la décision, il pourrait encore les intéresser de savoir comment la procédure fut introduite, comment et par qui le Conseil d'Etat fut saisi, à quel régime l'interné pouvait prétendre³⁸⁰. On ne saurait dès lors subordonner la communication du dossier à la condition que la décision d'internement ait été attaquée devant le TF par recours de droit public. Il serait même déraisonnable d'obliger l'interné à former un recours de droit public contre une décision dont il ignore le fondement, aux fins de connaître les motifs de son internement et les pièces de l'enquête. Ce n'est qu'à la suite de l'étude du dossier que l'intéressé pourra se convaincre du bien-fondé de la décision³⁸¹.

De sorte que le refus de communiquer à l'intéressé les motifs de la décision d'internement constitue un déni de justice manifeste. Et le refus de lui donner connaissance du dossier de l'affaire se caractérise aussi comme un déni de justice formel³⁸². Le Conseil d'Etat ne saurait exciper du caractère administratif de la procédure pour refuser, par principe, la communication du dossier. Pour être efficacement protégé contre l'arbitraire, précise le TF, le citoyen condamné à l'internement administratif doit pouvoir contrôler les bases de la décision prise. Il a par conséquent le droit d'exiger que le

les rapports de police et du vétérinaire cantonal. Remarquons que la réserve d'une «grave atteinte à des droits éminemment personnels» ne saurait être retenue actuellement pour limiter le droit de consulter le dossier, dès lors que le TF a notamment étendu les garanties du droit d'être entendu en matière administrative. Cette extension que nous avons signalée (§ 37–43) entraîne, à notre avis, une extension correspondante du droit de consulter le dossier.

³⁸⁰ RO 53 (1927) I 107–114, cons. 2.

³⁸¹ Ibid. cons. 3.

³⁸² RO 53 (1927) I 107, cons. 5.

dossier soit mis à sa disposition. Si le secret peut être ordonné momentanément, au cours de l'instruction³⁸³, il est inadmissible qu'il soit maintenu après la clôture de l'enquête. Une fois la décision prise, le refus de communiquer les pièces à l'intéressé viole manifestement les droits de la défense et constitue un déni de justice³⁸⁴.

Mais qu'en est-il des *documents confidentiels*? Le TF admet que l'autorité administrative refuse de les communiquer, à condition que ce refus soit justifié par des raisons majeures: raison d'Etat, égards dus à des tiers, secret des communications de service entre départements, etc. Il ne saurait être opposé systématiquement³⁸⁵. Dans une affaire de tutelle, le TF précise que pour pouvoir accomplir convenablement les tâches que le code civil leur confie, les autorités de tutelle doivent avoir des informations confidentielles et sont obligées de pénétrer dans le domaine privé et secret des personnes placées sous leur garde. Il y a dès lors un grand intérêt, même un intérêt public, à protéger de manière étendue leur secret de fonction³⁸⁶.

Une femme mariée fait l'objet d'une enquête de la police de Bâle-Ville, à la suite d'une dénonciation concernant l'imoralité de son genre de vie. L'enquête n'aboutit à rien. L'intéressée porte plainte contre inconnu pour atteinte à l'honneur. Elle demande l'autorisation de consulter le dossier du Département de police. Le Conseil d'Etat rejette la

³⁸³ Comme en matière pénale: RO 53 (1927) I 20–27, cons. 3, litt. a.

³⁸⁴ RO 53 (1927) I 107 ss., cons. 5. Précisons qu'en l'occurrence la consultation du dossier était sollicitée uniquement pour un contrôle *a posteriori* de la décision, en vue d'un recours éventuel. L'argumentation du TF s'applique également dans l'hypothèse où l'administré entend prévenir la décision d'internement. A cet effet, le droit d'être entendu requiert que l'administré puisse prendre connaissance du dossier dès la clôture de l'enquête et avant la décision. Il importe que la décision soit objectivement fondée. Elle ne peut l'être si l'on n'a pas tenu compte des objections de l'administré.

³⁸⁵ Ibid., cons. 5.

³⁸⁶ RO 80 (1954) I 1 à 6 = JT 1954 I 336, cons. 4.

demande pour le motif que, selon une pratique constante, les documents relatifs à des personnes privées dont le département de police s'est occupé administrativement demeurent en principe secrets; car s'ils étaient divulgués, il serait difficile d'obtenir des renseignements par la voie de la dénonciation! On admet cependant une exception à cette pratique, en matière de recours. Le Département de police assure aux *avocats*, en tant que représentants des administrés, le droit de consulter le dossier, pour autant que des raisons majeures ne s'y opposent pas. Cette autorisation est accordée à la condition que l'avocat s'engage à ne pas communiquer à ses clients les renseignements obtenus et renonce à ouvrir un procès contre les dénonciateurs. Le TF écarta le recours de droit public qui avait été formulé contre cette décision³⁸⁷.

51. La pratique des autorités administratives en ce qui concerne la révélation de l'identité d'un informateur est très réservée. Ainsi le Conseil d'Etat argovien rejeta la plainte formulée par une contribuable contre l'administration des contributions qui se refusait à lui donner copie d'un document signalant une soustraction d'impôt. L'autorité cantonale constata tout d'abord qu'il n'existant pas de disposition légale obligeant l'administration à donner connaissance de ses dossiers. En conséquence le Conseil d'Etat pouvait apprécier librement les situations. Il exclut la communication de documents internes et entendit sauvegarder le secret de fonction. Le contribuable a sans doute droit de prendre connaissance des pièces qu'il a produites ou signées. Mais lorsqu'il s'agit de la communication d'un document qui émane d'un tiers dénonciateur, éventuellement dans le but de l'actionner ou de porter plainte contre lui, l'intérêt personnel du requérant entre en collision avec le droit de l'Etat

³⁸⁷ ATF du 18.3.1952 publié, avec la décision du Conseil d'Etat de Bâle-Ville du 25.1.1952 dans Zbl. 1952 p. 366–370. Même pratique du CE Bâle-Ville, dans sa décision du 18.11.1949: Zbl. 1950, p. 143–147 (avec la note de M. A. IM HOF).

de garder secrète une information confidentielle. Car si l'administration communiquait de telles pièces, elle courrait le risque de ne plus obtenir d'informations, et un élément de l'intérêt public serait ainsi compromis. Le Conseil d'Etat se prévaut des études de P. REICHLIN et G. SCHMIED³⁸⁸. Il y aurait violation, par contre, du droit d'être entendu si une autorité administrative entendait refuser la communication d'une dénonciation anonyme. De telles dénonciations ne peuvent servir qu'à ouvrir une enquête mais n'ont pas de valeur probante³⁸⁹.

L'administration fédérale, elle aussi, est fort réservée en cette matière. Ainsi, par exemple, l'administration des douanes sollicite souvent des rapports d'experts. Or ces derniers, pour des raisons diverses, ne désirent pas que leurs noms soient divulgués. Il en va de même pour la commission de recours en matière douanière. Celle-ci prononce parfois

³⁸⁸ P. REICHLIN, *Die Schweigepflicht der Verwaltungsbeamten*, Zbl. 1952 (No. 53), p. 473–488 et 505–517.

G. SCHMIED, *Das Recht des Privaten zur Einsichtnahme in Verwaltungsakten*, Zbl. 1952 (No. 53), pp. 57–69. L'auteur analyse les dispositions des constitutions cantonales relatives à la consultation des dossiers.

Voir également KARL HARTMANN, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers im kantonalen Verwaltungsverfahren*, SJZ 1951 (vol. 47) surtout pp. 54–56. W. STÖR, *Die Schweigepflicht der Verwaltungsbehörden*, Zbl. 1947 (No. 48) pp. 233–240. OSCAR ODERMATT, *Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren*, Festgabe Max Obrecht 1961, p. 8–11.

Voir au surplus l'étude approfondie de ROBERT KEHL-ZELLER, *Die gegenseitige Akten-Editionspflicht*, Zurich 1955, en particulier, p. 83 et suiv. La bibliographie, p. VII, signale de nombreuses études auxquelles nous renvoyons le lecteur.

³⁸⁹ ACE Argovie du 24.1.1958 dans Zbl. 1958 p. 201–203. Remarquons que la dénonciation n'est pas un «moyen de droit» comme la plainte ou le recours. Dès lors, le dénonciateur n'a pas, pour le Conseil d'Etat de Zurich, un droit à une décision, ni à prendre connaissance du rapport d'enquête; il n'est pas habilité à recourir lorsque l'administration écarte la dénonciation. ACE Zurich du 17.8. 1933, dans Zbl. 1934 (vol. 35), p. 153.

sur la base d'un rapport d'expert dont l'identité demeure inconnue du recourant³⁹⁰.

M. IMBODEN, partant de l'idée que les faits sur lesquels se fonde une décision administrative doivent être portés à la connaissance des intéressés et les éléments pertinents du dossier leur être accessibles, estime que s'il n'est pas possible d'autoriser la consultation de certaine pièce importante, dût-on même recopier l'essentiel du document pour maintenir secrète l'identité de l'informateur, il est préférable de s'abstenir de motiver la décision sur la base de ce document. En d'autres termes, si l'intérêt à maintenir secret un document prévaut sur l'intérêt de l'administré à connaître les motifs précis d'une décision, la seule solution consiste à décider sans prendre en considération le document en cause³⁹¹.

Cette solution est également préconisée par Me PHILIBERT MURET qui évoque l'avis de FRANÇOIS GUISAN. Pour cet auteur, lorsque l'administration pénètre dans la sphère des droits privés de l'individu (liberté, honneur, fortune), elle doit observer le minimum de garanties qui est exigé de tout juge et ne saurait priver l'accusé ou le dénoncé de cette occasion de se défendre qu'est la communication du dossier sous réserve de la raison d'Etat (secrets militaires ou diplomatiques) et des égards dus aux tiers. Mais le dénonciateur ou l'informateur de l'administration ne sont pas des tiers et leur identité doit être révélée.

Constatant cependant que les informateurs courageux sont rares, et que les lois protègent souvent les informateurs de bonne foi et les experts³⁹², M. MURET estime que si l'ad-

³⁹⁰ Voir décision de la commission de recours en matière douanière, du 6.12.1954, dans ASA 1955/56, p. 206–208. Voir aussi JAAC 1934, No. 137 et les références citées (refus d'un permis d'importation de benzine).

³⁹¹ MAX IMBODEN, *Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz*, SJZ 1957 (vol. 53) p. 52–53. Voir aussi du même auteur, *Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung*, Rapport SSJ 1947, p. 88 a–89 a.

³⁹² Par exemple, loi vaudoise du 12.12.1949 sur le traitement des

ministration entend considérer une pièce comme interne et confidentielle, pour protéger un informateur, elle renonce par là-même à en faire état à l'appui d'une décision. Les renseignements fournis par cette pièce doivent dès lors être recoupés par d'autres sources d'information qui puissent être révélées³⁹³. Cette solution nous paraît non seulement logique, mais respectueuse des droits de la défense.

C'est une solution semblable à laquelle aboutit le tribunal administratif de Bâle-Campagne: le droit d'être entendu n'est véritablement garanti, expose-t-il, que lorsque tout ce qui est connu du tribunal relativement au cas à trancher, est également connu des parties. Si le tribunal, ou son président, acquiesce à une demande de l'administration tendant à dénier à toutes les parties ou à certaines d'entre elles, le droit de consulter certains documents, alors que les juges ont pu les lire, ces derniers en sauraient plus que les parties. On peut dès lors leur enjoindre de ne motiver leur jugement que sur les documents connus de toutes les parties. Comment éviter cependant qu'ils ne soient influencés par la lecture de ces documents? Le mieux est dès lors que ce qui doit rester ignoré des parties demeure aussi ignoré du tribunal³⁹⁴.

Sections IV

Questions disputées et conclusions

52. L'évolution de la jurisprudence relative au droit d'être entendu en matière administrative a révélé un passage progressif de la garantie assurée dans des cas particuliers à la garantie reconnue de manière générale, sous réserve

alcooliques, art. 5 al. 2 (secret sur les informateurs de bonne foi) et 12 al. 2 (secret partiel sur le rapport médical).

³⁹³ PH. MURET, étude citée, RDAF 1957, pp. 291–293.

³⁹⁴ Bericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, 1960 p. 9–12. Cité par MAX IMBODEN, Schw. Verw. II, No. 63 rem. III, p. 316–317.

de situations exceptionnelles. A vrai dire, le passage en question n'est pas encore pleinement accompli sur le plan théorique. La règle demeure selon laquelle le droit d'être entendu n'est pas garanti en matière administrative³⁹⁵. Les exceptions consacrées sont cependant si nombreuses et tendent à se multiplier sur des bases si souples et si générales qu'elles relèguent à l'arrière-plan la règle primitive.

Aux cas où la jurisprudence avait garanti à l'administré le droit d'être entendu parce que la décision mettait en cause sa liberté personnelle, portait une grave atteinte à la sphère de ses intérêts personnels, tranchait un litige de droit privé, ou intervenait dans la formation d'un rapport de droit privé, sont venus s'ajouter tous ceux où il est possible de faire usage des directives contenues dans l'arrêt Chastel: «Si l'acte administratif considéré n'est pas de ceux qui exigent normalement une décision immédiate, et si la mesure, une fois prise, n'est plus susceptible de nouvel examen, l'administré peut, dans un Etat régi par le droit, prétendre d'être préalablement consulté.» Cette dernière clause, en raison même de sa formulation, tend à devenir une règle générale et non plus simplement subsidiaire, applicable aux «autres affaires administratives»³⁹⁶.

La situation, depuis l'arrêt Chastel, nous paraît être la suivante: en vertu de l'ancienne jurisprudence, dans toutes les situations où le droit d'être entendu avait déjà été garanti, il continuera à l'être dans la même mesure qu'en procédure civile et pénale³⁹⁷.

En vertu de la nouvelle clause, s'il n'y a pas urgence et si la décision administrative ne peut être revue librement, le

³⁹⁵ Le TF l'affirme dans l'arrêt Chastel, RO 74 (1948) I 249 «Il y a lieu de s'en tenir au principe fixé par la jurisprudence».

³⁹⁶ RO 87 (1961) I 153–157, cons. 3. Comp. ADOLF PFENNINGER, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, Zbl. 1950 (vol. 51) p. 478.

³⁹⁷ Voir ci-devant § 37 à 40.

droit d'être entendu devra être garanti dans les autres affaires administratives³⁹⁸.

Il s'agit là, bien entendu, des garanties minimums, que la jurisprudence du TF a tirées de l'article 4 CF. Rien n'empêche la Confédération et les cantons de réglementer le droit d'être entendu d'une manière plus favorable à l'administré par des dispositions de procédure administrative.

Parmi les cautèles qui subsistent encore et qui font obstacle à une reconnaissance de principe du droit d'être entendu en matière administrative, l'une, l'urgence de la décision, a été accueillie parfois sans réserve. L'autre, la condition que la décision ne puisse plus être revue librement par l'administration, a été critiquée³⁹⁹. A ces cautèles, M. GIACOMETTI en ajoute une troisième qui d'ailleurs va de soi: Le droit d'être entendu doit être garanti «pour autant que cela soit possible, étant donnée la nature de la décision». La garantie ne sera pas possible dans le cas d'un acte administratif ayant une portée générale, tel que la dissolution d'un rassemblement⁴⁰⁰.

S'agissant de l'urgence, il convient tout d'abord de la distinguer de l'état de nécessité. Dans cette dernière hypothèse, on concède que le droit d'être entendu soit mis en veilleuse. En cas de simple urgence, par contre, la question est de savoir si, dans un Etat de droit, l'intérêt public, qui milite pour une décision rapide, doit être préféré au principe d'une administration conforme au droit, qui milite pour le respect du droit d'être entendu et pour l'appréciation de

³⁹⁸ Cette interprétation est celle du TF dans l'arrêt RO 87 (1961) I 153–157. Cons. 3. Elle est confirmée par l'ATF du 11.9.63, non publié: Basler Terraingesellschaft AG c/ Grand Conseil de Bâle-Ville, cons. 3 litt. e. Elle est déjà évidente dans l'arrêt Chastel, consid. 4 Comp. R. SCHWARZENBACH, *Grundriss des allg. Verwaltungsrechtes*, Bern 1957, p. 35–36.

³⁹⁹ Voir en particulier KARL HARTMANN, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör*, SJZ 1951 (vol. 47), p. 50–56.

⁴⁰⁰ GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 378. Voir d'ailleurs RO 74 I 241 consid. 4 qui admet implicitement cette réserve à propos des mesures préventives en matière d'hygiène.

toutes les conditions objectives qui permettront à l'autorité de prendre une décision valable⁴⁰¹. Ce dernier point de vue nous paraît s'imposer, sous la réserve que nous formulons plus loin⁴⁰².

Quant à la condition que la décision ne puisse plus être «revue librement», l'idée du TF est que l'administré ne saurait se plaindre de la violation de son droit d'être entendu si ce grief peut encore être pris en considération par l'autorité qui a décidé ou si la voie du recours va permettre au requérant d'être entendu avant l'adoption d'une disposition définitive.

En ce qui concerne la possibilité d'une reconsidération, on précise que les décisions administratives possèdent assez rarement l'autorité de la chose jugée, de sorte que rien ne s'oppose à ce que l'administration donne suite, dans la plupart des cas, à une demande de reconsidération. Elle *devra* même, en vertu de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, reconsidérer sa décision, lorsque le requérant allègue des faits pertinents et des moyens de preuve nouveaux qu'il n'a pu faire valoir en temps utile ou lorsque la situation s'est entièrement modifiée⁴⁰³.

A cette modalité de la garantie du droit d'être entendu, on a cependant objecté que les nouvelles lois sur la procédure administrative (quand il en existe) ne précisent pas clairement quelles décisions possèdent l'autorité de la chose jugée et ne peuvent plus être modifiées et quelles décisions ne bénéficient que de la «formelle Rechtskraft». Si l'administré n'est

⁴⁰¹ C'est la position de GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 383–384. S'en rapprochent: E. RUCK, Schweiz. Verwaltungsrecht, I, Zurich 1951, p. 94; SCHWARZENBACH, op. cit., p. 36. Par contre M. K. HARTMANN, étude citée, p. 52, admet le critère de l'urgence et cite à l'appui l'exemple des réquisitions militaires (JAAC 1940 No. 47), celui des mesures de police sanitaire et de lutte contre les épidémies. Quant à savoir quand un acte administratif requiert une décision immédiate, c'est affaire d'appréciation.

⁴⁰² Voir § 53.

⁴⁰³ RO 67 (1941) I 71–74 et RO 87 (1961) I 172–181. Voir ci-dessous § 13 et 42.

pas à même de reconnaître les hypothèses où la reconsidération d'une décision est possible, il ne saura pas non plus, de façon certaine, quand il peut formuler une demande de reconsidération comportant quelque chance d'aboutir⁴⁰⁴.

En outre, la nouvelle jurisprudence n'implique guère de progrès en ce qui concerne la reconnaissance du droit d'être entendu dès lors qu'en l'absence d'urgence, ce droit ne devra être respecté par l'autorité de base que si sa décision n'est pas susceptible de reconsidération ; c'est-à-dire dans les cas exceptionnels où la décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée (*materielle Rechtskraft*). Dans tous les autres cas, l'autorité pourra se passer en fait d'entendre l'administré, dès lors qu'il ne tient qu'à lui de faire respecter son droit en formulant ultérieurement une demande de reconsidération.

Quelle est, dans ces conditions, la valeur d'une décision administrative adoptée sans qu'il soit tenu compte des objections ou des explications qu'aurait pu faire valoir celui à qui elle s'adresse ?

A cela s'ajoute que la reconsidération, en tant qu'elle ne désigne pas une procédure qui tend à la *revision* d'une décision par suite de la découverte de faits ou de moyens de preuve nouveaux⁴⁰⁵, mais à une simple reconsidération au sens de *contre-proposition* (*Gegenvorstellung*), ne trouve guère d'assise dans la législation. Elle n'empêche pas l'écoulement du délai de recours et n'oblige pas l'autorité saisie à entrer en matière. En outre, le refus d'entrer en matière sur une demande de reconsidération n'entraîne aucun droit pour l'administré de recourir auprès de l'autorité hiérarchique dont dépend celle qui a pris la décision⁴⁰⁶. Cette procédure constitue dès lors un moyen de droit déficient peu apte à

⁴⁰⁴ K. HARTMANN, étude citée, p. 52.

⁴⁰⁵ Hypothèse qui est en fait envisagée dans l'ATF précité RO 67 (1941) I 71–74.

⁴⁰⁶ OTTO FEHR, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, p. 251 ; M. FEHR expose la différence entre la reconsidération au sens de revision et la reconsidération répondant à une contre-proposition.

garantir la position de l'administré face à l'administration⁴⁰⁷. Seule, en définitive, la voie du recours ou de la plainte lui permettra de faire valoir en temps utile et efficacement son droit d'être entendu, s'il estime qu'il a été violé par l'autorité.

Dès lors, pour être utilisable par l'administré qui entend faire respecter son droit d'être entendu, la procédure de reconsidération doit être aménagée sur des bases légales ou sur une jurisprudence claire et nette⁴⁰⁸. Lorsqu'une voie de recours est ouverte simultanément avec la voie de la reconsidération, la voie du recours sera préférable chaque fois que la brièveté des délais ne permet pas d'introduire une demande de reconsidération sans courir le risque de la déchéance du droit de recours. Si par contre la décision est définitive, seule demeure la voie de la reconsidération. Elle ne sera alors efficace, en vertu de la jurisprudence du TF, que dans les hypothèses où la demande est motivée par des causes qui permettent d'obtenir la *revision*⁴⁰⁹ – à moins que la législation cantonale n'assure à l'administré des garanties plus considérables.

53. L'une des cautèles que la jurisprudence du TF a créées pour assurer le respect du droit d'être entendu par l'autorité de base consiste ainsi qu'on l'a dit, en ce que l'administré ne soit plus en mesure d'obtenir que la décision soit *revue librement*.

La question se pose encore de savoir si le fait d'offrir à l'administré l'ouverture d'une voie de recours, lui assurant une défense normale, constitue une garantie suffisante de

⁴⁰⁷ Dans ce sens, HARTMANN, étude citée, p. 53 et OTTO FEHR, op. cit., p. 250 s.

⁴⁰⁸ C'est sans doute le sens que donne le TF à la réserve de la reconsidération lorsqu'il requiert qu'elle repose sur un *véritable droit* de l'administré. RO 87 (1961) I 153–157 = JT 1961 I 577, cons. 3. L'art. 4 CF, dit-il aussi, garantit la possibilité de se défendre de manière normale: RO 87 (1961) I 337–342, cons. 4 a.

⁴⁰⁹ RO 67 (1941) I 71–74 = JT 1941 I 535.

son droit d'être entendu⁴¹⁰. N'est-il pas préférable d'exiger le respect de ce droit non seulement devant les autorités de recours, mais par les autorités administratives de base ?

Nous avons déjà dit que cette jurisprudence était critiquée⁴¹¹. Mais nous savons aussi que le TF est tenu par la règle de l'épuisement préalable des instances cantonales (OJF art. 87) et qu'il n'est en mesure de contrôler le respect de la garantie fédérale du droit d'être entendu qu'à travers la décision de la dernière instance cantonale. Rien n'empêche, cependant, le TF d'exiger de l'autorité cantonale de dernière instance qu'elle casse la décision de l'autorité de base chaque fois que celle-ci a violé le droit d'être entendu du recourant⁴¹². Mais le TF se borne en général à constater le redressement opéré par l'autorité cantonale de recours⁴¹³. La conséquence en est que l'autorité administrative de base peut, en fait, s'abstenir d'entendre l'administré et laisser celui-ci sauvegarder ses droits par la voie du recours.

Peut-on se contenter d'une garantie du droit d'être entendu en procédure de recours ? Cette solution serait évidemment illégale chaque fois que la loi impose à l'administration l'audition de l'administré⁴¹⁴. Elle nous paraît inadmissible, en l'absence de disposition légale, dans tous les

⁴¹⁰ Comp. § 7 et 12.

⁴¹¹ Voir ces critiques au § 7.

⁴¹² C'est ce qu'il a fait dans l'arrêt RO 87 (1961) I 337–342 = JT 1962 I 102.

⁴¹³ RO 35 (1909) I 395–404, cons. 3; RO 25 I 164–171; RO 76 (1950) I 45–50 = JT 1951 II 21, cons. 1; ATF du 23 mai 1962 dans RDAF 1962, p. 221–224, cons. 2. Voir ci-devant § 7, 12, 42, 48.

Le TF accule d'ailleurs l'administré à se satisfaire de cette solution dès lors qu'il invite, et doit inviter, le lésé à épuiser les instances de recours et ne sanctionne pas la violation du droit d'être entendu par l'autorité de base si le lésé avait la possibilité de recourir: RO 20 (1894) p. 30–33; 32 (1906) I 93–97. ATF du 13.12.1961 (Cour de cassation pénale), dame Rosset c/ juge instr. de Martigny, cons. 2.

⁴¹⁴ Nous ne songeons même pas à inventorier les innombrables textes (dispositions constitutionnelles, lois sur la procédure administrative, lois fiscales, etc.) où la Confédération et les cantons imposent à l'administration cette obligation. Voir un aperçu de ces textes dans

cas où la décision administrative porte une atteinte grave à la liberté individuelle ou aux droits personnels. Elle est discutable également lorsque la décision crée une charge ou une obligation nouvelle pour l'administré ou le place dans une situation moins favorable (retrait de concession, de patente, de brevet, d'autorisation, etc.), ou lorsqu'elle rejette une demande de prestation (sociale ou d'assistance) une demande d'autorisation d'établissement, de construction, d'exercice d'une profession, etc.

De telles décisions ne devraient pas être prises sans que l'administré ait eu l'occasion de se prononcer sur *les éléments décisifs* qui entraînent l'atteinte à la liberté, la charge nouvelle, la sanction administrative, le retrait ou le refus de l'autorisation, etc.⁴¹⁵. Dans ces hypothèses, un Etat de droit ne devrait pas tolérer que les objections et les explications de l'administré puissent être ignorées de l'administration, ou qu'elles ne soient retenues que lorsque l'administré a été assez habile pour se faire entendre par la voie du recours⁴¹⁶.

NÄGELI, Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, Zbl. 1954 p. 115–118 et 145–154; GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 380 ss.

⁴¹⁵ Comp. GIACOMETTI, Allg. Lehren, p. 379; HANS KARRER, Die Parteirechte des Gesuchstellers im Verwaltungsverfahren erster Instanz, SJZ 1944 (vol. 40) pp. 369–374; H. NÄGELI, étude citée, Zbl. 1954, pp. 114–115 et pp. 145 et suiv. où est exposé le projet de M. IMBODEN relatif à la procédure administrative zurichoise; STEPHAN SCHWIZER, Reformen des Verwaltungsverfahrens dans l'ouvrage collectif «Die Verwaltungsreform», publication de l'Université de St-Gall 1947, p. 96–98. Le droit d'être entendu requiert, à notre avis, dans ces situations, non pas précisément que la mesure administrative «envisagée» soit communiquée à l'administré pour qu'il puisse formuler ses objections (comp. ci-devant, § 22, les règles proposées par le Congrès international de juristes de 1962) mais au moins que l'administration se soit informée des objections éventuelles de l'intéressé quant aux motifs essentiels sur lesquels elle entend fonder sa décision. Donner, par contre, à l'administré une connaissance anticipée d'une éventuelle décision de refus, c'est l'inciter à entreprendre des démarches multiples en vue de paralyser l'administration!

⁴¹⁶ C'est une solution de ce genre que consacre, par exemple, l'article 54 de la *Loi de Bâle-Campagne*, du 28 avril 1958, sur l'orga-

La garantie du droit d'être entendu, assurée en procédure de recours, représente cependant une solution commode, et souvent la seule praticable, en bien des situations où l'audition de l'administré n'est pas de nature à apporter, en général, un élément nouveau, ou lorsqu'elle est difficilement conciliable avec les exigences d'une administration mécanisée. Bien des questions comportent en effet, en vertu de la loi, des solutions administratives quasi automatiques : fixation de rentes ou d'allocations, détermination de cotisations par des caisses d'assurances sociales⁴¹⁷, sur la base de données administratives complexes et multiples. D'autres décisions sont prises dans un cadre de compétence conférant à l'agent de l'administration un certain pouvoir d'appréciation et d'initiative : application des règlements de la circulation, maintien de l'ordre public. D'autres décisions ne portent qu'une faible atteinte au patrimoine (amendes de police)⁴¹⁸ et sont cependant si nombreuses qu'on ne peut exiger, systématiquement, l'audition préalable de l'administré par l'autorité de base. Dans tous ces cas, s'il n'y a pas urgence, le droit d'être entendu, dès lors qu'il a pour l'administré une portée matérielle, peut être évoqué par lui, soit par la voie de la reconsideration (sous réserve de ce que nous en avons dit), soit devant l'autorité de recours.

nisation de l'administration et la procédure devant les autorités administratives : « Wenn es erforderlich erscheint und wo das öffentliche Interesse es zulässt, sind vor Erlass eines Verwaltungsaktes die Beteiligten anzuhören, oder es ist ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. »

⁴¹⁷ Par exemple, la détermination de la cotisation personnelle des indépendants dans le régime de l'assurance-vieillesse et survivants : LAVS art. 9 al. 4; RAVS art. 22–23. Cette cotisation peut être fixée par l'administration sans même solliciter l'assuré à l'aide d'un questionnaire. Les caisses de compensation se fondent sur des communications fiscales.

⁴¹⁸ C'est la solution consacrée dans RO 46 (1920) I 323–327 = JT 1921 I 113. Voir ci-devant § 37. Voir aussi HARTMANN, étude citée, p. 52–53.

54. Sur la base de l'article 4 CF, le TF n'a pas requis de forme particulière pour le respect du droit d'être entendu. La garantie qu'assure cette disposition, on l'a dit, est une garantie minimum. Non seulement elle laisse subsister, mais elle suscite des lois cantonales (ou fédérales) de procédure administrative qui confèrent à l'administré des garanties plus concrètes en ce qui concerne l'exercice de son droit. C'est aux lois de procédure administrative par conséquent à régler par des dispositions adéquates, les modes d'audition les plus aptes à garantir le droit de l'administré. Aux yeux du TF, l'article 4 CF ne requiert nullement l'audition orale de l'administré. Rappelons d'ailleurs que la loi fédérale sur l'organisation judiciaire prévoit, pour la juridiction administrative, une procédure écrite (OJF art. 107 et 91); il en est de même pour la loi fédérale sur l'organisation de l'administration (art. 23^{bis})⁴¹⁹.

Récemment, le TF rejeta un recours dirigé contre une décision du Conseil d'Etat de St-Gall qui avait donné la possibilité à un administré de faire connaître son point de vue sur une contestation, au cours d'une conférence aménagée dans les bureaux du département st-gallois des finances. A cette occasion, l'administré avait pu examiner le recours formulé par la partie adverse à l'adresse du Conseil d'Etat, et obtenir des précisions de la part d'un collaborateur du département des finances. Il avait pu également, devant ce collaborateur, formuler ses observations sur le recours. Le TF remarqua que si le caractère «informel» de cette audition suscitait quelque doute, on ne saurait y voir une violation flagrante de la loi st-galloise sur la procédure administrative et, encore moins, une violation de l'article 4 CF, car ni cette loi, ni la constitution ne précisent de quelle manière il y a lieu de garantir à un tiers intéressé le droit d'être entendu⁴²⁰.

⁴¹⁹ Comp. JAAC 1956 No. 39 ch. 4; 1955 No. 45. Signalons qu'il existe un projet de loi fédérale de 1960 sur la procédure administrative.

⁴²⁰ RO 89 (1963) I 233–242, cons. 3. Comp. également RO 43 (1917) I 23–34.

Celui qui demande une autorisation d'exploiter une station d'essence auprès d'une route de transit doit exposer dans la demande elle-même les raisons justificatives d'une autorisation exceptionnelle. S'il ne fait pas usage de cette possibilité, déclara le TF, il ne saurait se plaindre par la suite de ce qu'une autre occasion ne lui a pas été fournie de motiver et de préciser sa requête. Il a été satisfait aux exigences du droit d'être entendu qui découle de l'article 4 CF, dès lors que la recourante avait la possibilité d'exposer sa manière de voir dans la demande d'autorisation⁴²¹. A notre avis, lorsqu'une telle demande soulève des difficultés particulières, l'autorité cantonale doit attirer l'attention de l'administré sur ces difficultés et lui donner l'occasion de s'exprimer avant de rejeter la demande⁴²². L'administré n'a pas été réellement entendu s'il a ignoré les problèmes soulevés par sa requête et s'il n'a pas eu l'occasion de s'exprimer à leur sujet.

Celui dont les livres de comptabilité ont été examinés par une autorité de recours ne peut se plaindre de n'avoir pas été entendu personnellement dès lors qu'il n'a demandé audience auprès d'aucune autorité⁴²³.

L'avocat qui est convoqué immédiatement devant une autorité de surveillance, pour être entendu administrativement, et qui est ensuite suspendu temporairement ne saurait alléguer qu'il n'a pas été mis en mesure de se défendre, car tout ce qu'on peut exiger, du point de vue de l'article 4 CF, c'est que l'intéressé soit entendu au préalable et dans des conditions qui ne rendent pas sa défense illusoire⁴²⁴.

On le voit, les modalités de l'audition, prévues par la jurisprudence, n'ont rien de systématique. Ayant à garantir une expression minimum du droit d'être entendu, le TF n'avait pas compétence, sur la base de l'article 4 CF, pour

⁴²¹ RO 89 (1963) I 11–20, cons. 3.

⁴²² Voir ci-devant § 53.

⁴²³ RO 27 (1901) I 418–420, cons. 2 et 3.

⁴²⁴ RO 46 (1920) I 313–323, cons. 2. Voir ci-devant § 39.

imposer aux cantons un code achevé de procédure administrative.

La doctrine est exigeante lorsqu'elle postule en principe l'audition orale⁴²⁵. Outre que cette modalité de l'exercice du droit d'être entendu ne peut être imposée sur la base de l'article 4 CF, elle pourrait n'être pas praticable par les autorités administratives de première instance dont on requiert par ailleurs qu'elles assurent le plus largement possible l'audition de l'administré. Même en procédure de recours, on voit mal comment fonctionneraient les nombreux tribunaux administratifs, commissions et organes qui liquident chaque année des quantités de recours s'ils *devaient* entendre personnellement les intéressés. D'ailleurs, la plupart de ceux-ci préfèrent sans doute éviter que des frais de déplacement et une perte de temps s'ajoutent éventuellement à leur souci de faire respecter leur droit. Ce qu'il faut c'est de la souplesse: la possibilité garantie aux parties d'être entendues personnellement, la possibilité pour l'organe de recours de citer les intéressés et de les entendre, si cela se révèle nécessaire⁴²⁶; *le droit, dans tous les cas*, pour chaque partie, de faire valoir tous ses arguments et moyens de preuve.

On doit tenir en outre pour souhaitable une audition qui permette à chacune des parties de s'exprimer et de se défendre de manière normale devant chaque instance de recours. De ce point de vue, le TF nous paraît trop réticent lorsqu'il pose en principe que le droit d'être entendu «ne comporte que le droit d'exposer sa cause avant qu'une décision soit prise définitivement, sans possibilité de recours, non pas celui de s'exprimer plus d'une fois dans la procédure,

⁴²⁵ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren p.466; MAX IMBODEN, Erfahrungen, p.89 a Ideal und Wirklichkeit der schweiz. Administrativjustiz, SJZ 1957 p.53; H. ZWAHLEN, Le fonctionnement de la justice administrative, p.155 a; CL. ROSSEL, Le déni de justice formel, p.74–75.

⁴²⁶ C'est la solution prévue par exemple par la *loi bernoise* sur la justice administrative, du 16 mai 1961, article 38 al.1 et 2.

en particulier de déposer une réplique»⁴²⁷. Le droit de répliquer doit être reconnu chaque fois que l'administré n'a pu prendre connaissance des motifs véritables de la décision contre laquelle il s'insurge que dans la réponse au recours déposée par l'administration. C'est la solution de l'article 93 al.2 OJF⁴²⁸. L'équité requiert, dans de tels cas, que l'administration puisse dupliquer.

55. Comme tout ce qui est dans la nature des choses, le droit d'être entendu comporte un enseignement permanent. Il y a bien des manières de reconnaître et de garantir ce droit; il y en a plus encore de le transgresser. Toute violation des règles essentielles de la procédure recouvre, en définitive, une violation du droit d'être entendu⁴²⁹. La jurisprudence a mis à jour un certain nombre de règles déduites de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, tirée elle-même du principe de l'égalité devant la loi. Nous les avons signalées dans ce rapport. Nous voudrions simplement rappeler pour conclure, les plus importantes.

– Le droit d'être entendu est de nature formelle. En principe, il ne requiert nullement, de la part de celui qui l'invoque, la preuve d'un intérêt matériel. Il doit être respecté

⁴²⁷ ATF du 3 juillet 1957 dont le considérant 4 relatif au droit d'être entendu n'est reproduit que dans Sem. jud. 1958 p. 433–448. Ci-devant § 14.

⁴²⁸ Pour l'attitude de la doctrine, comp. ci-devant § 14. M. NÄGELI signale l'art. 18 de l'*ordonnance des Grisons sur la procédure contentieuse en matière administrative*, du 1.12.1942. Selon cette disposition: «Réplique et duplique doivent être ordonnées si l'on peut en attendre l'éclaircissement des faits ou du droit ou si la réponse au recours contient des objections essentielles que le recourant ne pouvait prévoir...» NÄGELI, étude citée, Zbl. 1954, p. 151, Comp. *Zürcherische Verwaltungsrechtspflege* 1959, art. 26 al. 3: l'autorité de recours peut ordonner un deuxième échange d'écritures ou citer les parties pour des débats oraux. L'*ordonnance soleuroise*, du 29 nov. 1961 sur l'organisation et la procédure devant le tribunal administratif cantonal prévoit aussi, aux articles 19 et 26, la possibilité d'un deuxième échange d'écritures.

⁴²⁹ Comp. § 5.

par l'autorité chargée de décider ou de juger, alors même que le jugement (ou la décision) aurait eu une teneur semblable si l'intéressé n'avait pas été entendu⁴³⁰.

– Le droit d'être entendu requiert que l'intéressé soit due-ment cité. Le droit d'être cité, de l'être personnellement en matière pénale, au lieu de sa résidence, implique pour l'autorité l'obligation de rechercher par tous les moyens disponibles ce lieu de résidence; il requiert aussi que la citation soit effectuée en temps utile, de façon que l'intéressé soit en mesure d'y donner suite. Toute condamnation par défaut qui est prononcée en violation de ces règles est nulle, sans qu'il soit besoin d'en être relevé par la voie du relief⁴³¹.

– Le droit d'être entendu comporte, en matière pénale, celui de l'être non pas seulement comme témoin, mais comme inculpé, lorsque la procédure se termine par une condamnation. Il implique le droit de se faire entendre pleinement sur une inculpation pénale, déjà au cours de l'enquête⁴³².

– Le droit d'être entendu implique celui de l'être par une autorité compétente, siègeant dans sa composition légale. Seule une telle autorité est qualifiée pour entendre les déclarations de l'intéressé⁴³³.

– Le droit d'être entendu requiert qu'un recours (ou une demande) soit pris en considération même si certaines formalités n'ont pas été adéquatement remplies, car un formalisme excessif en procédure constitue aussi une manière de violer le droit d'être entendu⁴³⁴.

– Le droit d'être entendu ne saurait être assuré en violant le principe de l'égalité devant la loi sur lequel il se fonde. Ce principe exige que l'autorité garantisse aux parties, au cours d'une procédure contradictoire, l'égalité de traitement dans

⁴³⁰ Voir § 6 à 10.

⁴³¹ Voir § 23–24.

⁴³² Voir § 25 et 27.

⁴³³ Voir § 9.

⁴³⁴ Voir § 5.

l'expression de leur droit à la défense. Aucune décision ne peut être prise sur les conclusions d'une partie sans que l'autre ait eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet⁴³⁵.

– Chaque partie, en vertu du droit d'être entendu, doit pouvoir faire prendre en considération ses moyens de preuve (témoignages, visions locales, expertises) dans la mesure où ils sont pertinents⁴³⁶.

– Le droit d'être entendu n'aurait guère de contenu pour celui qui ne peut se faire entendre de manière convenable sans assistance. C'est pourquoi le droit d'être entendu possède le droit d'être assisté par un défenseur (avocat) et le droit de le choisir librement. Pour l'indigent ce droit requiert en plus la gratuité de l'assistance judiciaire, la désignation d'un avocat d'office, l'exonération des émoluments de justice et des avances de frais⁴³⁷.

– Le droit d'être entendu implique la possibilité, pour l'intéressé d'une défense normale. Elle ne saurait l'être s'il n'a pas accès au dossier⁴³⁸.

– Le droit d'être entendu n'est point suffisamment garanti lorsque les jugements et décisions ne sont pas correctement motivés. La motivation permet à l'intéressé d'utiliser à bon escient une voie de recours et de faire valoir ses moyens de droit, c'est-à-dire de se faire entendre par une autorité supérieure. Elle permet aussi de constater dans quelle mesure l'autorité a tenu compte des allégués de l'intéressé⁴³⁹.

– Le droit d'être entendu implique celui de pouvoir utiliser pleinement le délai de recours convenable⁴⁴⁰. Il implique le droit de prendre connaissance du recours de la partie adverse et d'y répondre⁴⁴¹.

⁴³⁵ Voir § 14, 16, 30.

⁴³⁶ Voir § 9 (début), 27 à 29 et 45, 46.

⁴³⁷ Voir § 31, 32 et 43.

⁴³⁸ Voir chap. II, sect. IV et chap. III, sect. III.

⁴³⁹ Voir § 9.

⁴⁴⁰ Voir § 5 et 6 (RO 72 (1956) I 67–72).

⁴⁴¹ Voir § 14, 30, 48. Pour la critique: § 14 et 54, *in fine*.

– Le droit d'être entendu s'oppose à ce que l'autorité supérieure procède à une *reformatio in pejus* de la situation acquise par l'intéressé, sans l'entendre, alors même que cette autorité se bornerait à casser la décision en cause et assurerait à l'intéressé le droit de se faire entendre à nouveau par l'autorité inférieure⁴⁴².

– Par contre, la violation du droit d'être entendu ne peut être évoquée à nouveau à l'encontre de la décision d'une autorité inférieure qui a été duement réformée par l'autorité supérieure en tenant compte des allégués de l'intéressé⁴⁴³.

– Le droit d'être entendu est respecté, sous réserve de dispositions cantonales plus précises, quel que soit le mode d'audition, même dépourvu de toute forme, auquel a recours l'autorité⁴⁴⁴.

– *En matière administrative*, le droit d'être entendu est garanti à l'administré chaque fois que la décision met en cause sa liberté personnelle ou porte une atteinte grave à la sphère de ses intérêts personnels⁴⁴⁵.

- Il est garanti également lorsque l'administration est appelée à trancher un litige de droit privé,
- ou à s'immiscer dans une relation de droit privé⁴⁴⁶.
- Il est garanti enfin, de manière plus générale, et sous réserve d'urgence, si la mesure, une fois prise, n'est plus susceptible d'un nouvel examen, c'est-à-dire si la décision ne peut être librement revue, par voie de recours ou de reconsideration, et si l'administré, à cette occasion ne dispose pas d'un droit de défense normale⁴⁴⁷.

Cette rapide synthèse n'épuise pas toute la signification du droit d'être entendu sur le plan des procédures. Elle ne

⁴⁴² Voir § 15 à 17.

⁴⁴³ Voir § 7, 12. Pour la critique: § 53.

⁴⁴⁴ Voir § 54.

⁴⁴⁵ Voir § 37 et 52.

⁴⁴⁶ Voir § 38.

⁴⁴⁷ Voir § 12, 41, 42, 48, 52 et 53.

tient pas compte de la façon dont les lois cantonales sur la procédure administrative ont tenté, avec plus ou moins de bonheur, d'institutionnaliser ce droit. L'indigence des législations romandes⁴⁴⁸, à cet égard, nous a incité à restreindre notre enquête aux aspects jurisprudentiels du droit d'être entendu. Dans ces limites, nous pensons avoir déjà abusé de la possibilité que la Société suisse des Juristes nous a aimablement reconnue de nous faire entendre.

⁴⁴⁸ Il n'existe pas en Suisse romande de code de procédure administrative comparable aux «Verwaltungsrechtspflegegesetz» alémaniques. Signalons que *Genève* étudie une réforme à cet égard: voir JACQUES GUYET, Le contentieux administratif genevois et les droits de défense de l'administré, Genève, juin 1962. *Vaud* possède un arrêté du Conseil d'Etat du 15 sept. 1952 fixant la procédure sur les recours administratifs. Sur cet arrêté, voir EDMOND HENRY, Le contentieux administratif dans le canton de Vaud, Zbl. 1954, p. 369–373, et J. J. FATTON, L'arrêté vaudois fixant la procédure pour les recours administratifs, RDAF 1956 p. 1 à 12. *Fribourg*, possède une loi du 24 mai 1961 fixant la procédure pour les recours administratifs. Sur cette loi, voir Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg, session de mai 1961, p. 420–427; 437–444; 553–555; 555–557. Voir également le message du Conseil d'Etat du 25 avril 1958. Pour le *Valais*, voir la loi du 1.12.1877 sur l'organisation et les attributions du tribunal du contentieux de l'administration et l'arrêté du Conseil d'Etat du 13 juin 1942 concernant la procédure du contentieux de l'administration par devant le Conseil d'Etat et ses Départements. Tous ces textes sont fort indigents en ce qui concerne la garantie du droit d'être entendu.

ABRÉVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
ASA	Archiv für schw. Abgaberecht, Bern
ATF	Arrêté du Tribunal fédéral
BJM	Basler juristische Mitteilungen
CCS	Code civil suisse
CE	Conseil d'Etat ou Conseil exécutif
CF ou Cst. féd.	Constitution fédérale
CO	Code des obligations
c.p.c.	code de procédure civile
c.p.p.	code de procédure pénale
CPS	Code pénal suisse
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des tribunaux
LF	Loi fédérale
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
OJF	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
ORK	Oberrekurskommission (Zurich)
RB	Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat Zurich
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
Sem. Jud.	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SSJ	Société suisse des juristes
TF	Tribunal fédéral
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BIBLIOGRAPHIE

- H. ALBISSER: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Luzern, Thèse Berne 1926.
- K. A. BETTERMANN et cons.: Das Verwaltungsverfahren, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1959.
- E. BLUMENSTEIN: System des Steuerrechts, Zurich 1951.
- ROGER BONNARD: Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris 1934.
- OSKAR BOSSHARDT: Formen des Anfechtungsprozesses vor Verwaltungsgericht, Zbl. 1955 (vol. 56) pp. 521–531.
Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zbl. 1963 (vol. 64), pp. 225–232 et 249–255.
Vom Beweise im zürcherischen Steuerrecht, Zbl. 1937 (vol. 38), pp. 33–46.
- EDUARD BOSSHART: Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Zurich 1960.
- W. BURCKHARDT: Kommentar der schw. Bundesverfassung, Bern 1931.
- FRANÇOIS CLERC: Le procès pénal en Suisse romande, Paris 1955.
- FATTON: L'arrêté vaudois fixant la procédure pour les recours administratifs, RDAF 1956 pp. 1 ss.
- OTTO FEHR: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zurich, Thèse Zurich 1941.
- FRITZ FLEINER: Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris 1933.
- FLEINER/GIACOMETTI: Schweiz. Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.
- ERNST FORSTHOFF: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd., Allgemeiner Teil, Berlin 1955.
- R. et P. GARRAUD: Traité théorique et pratique de procédure criminelle, Paris 1907–1929.
- Z. GIACOMETTI: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zurich 1960.
- JEAN GENOUD: La production des dossiers administratifs dans les affaires pénales. Revue pénale suisse, 1949, pp. 197 ss.
- PIERRE GRAFF: Le système de l'administrateur – juge en droit fédéral suisse. Thèse Lausanne 1943.

- JEAN GRAVEN:** Les droits de l'accusé dans le procès pénal. Revue pénale suisse, 1956 pp. 113–147.
- MAX GRESSLY:** Der Rechtsschutz im Verwaltungsrecht des Kantons Solothurn, Soleure s. d.
- ANDRÉ GRISEL:** L'extension de la juridiction administrative du TF SJZ 1957 (53) p. 33 ss.
- JACQUES GUYET:** Le contentieux administratif genevois et les droits de défense de l'administré, Genève 1962.
- FRITZ GYGI/RUDOLF STUCKI:** Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. Berne 1962.
- KARL HARTMANN:** Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör als Mindestgarantie des Bürgers im kantonalen Verwaltungsverfahren, SJZ 1951 (vol. 47) pp. 50–56.
- FAUSTIN HÉLIE:** Traité de l'instruction criminelle, Paris 1867, tome 7.
- EDMOND HENRY:** Le contentieux administratif dans le canton de Vaud, Zbl. 1954, pp. 369–373.
- A. IM HOF:** Verweigerung der Akteneinsicht nach Abschluss einer Irrenversorgung, Zbl. 1950 pp. 143–147.
- HANS HUBER:** Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen Vortrag, Bâle 1950.
- MAX IMBODEN:** Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, Rapport SSJ, Bâle 1947.
- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bâle 1960
et
Ergänzungsband, Bâle 1962.
Ideal und Wirklichkeit der schw. Administrativjustiz, SJZ 1957,
pp. 49 ss.
Der nichtige Staatsakt, Zurich 1941.
Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation, Zbl. 1951.
- BENOÎT JEANNEAU:** Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Paris 1954.
- HANS KARRER:** Die Parteirechte des Gesuchstellers im Verwaltungsverfahren erster Instanz, SJZ 1944 (vol. 40) pp. 369–374.
- K. KASAK:** Les droits de la défense dans la convention européenne des droits de l'homme. «La vie judiciaire» du 10.7.1961.
- KAUFMANN:** Die Auskunftspflicht vormundschaftlicher Organe, Zbl. 1945 p. 424 ss.
- ROBERT KEHL-ZELLER:** Die gegenseitige Akten-Editionspflicht, Zurich 1955.

- EMIL KIRCHHOFER: Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, RDS 1930.
- LEO LANGENECKER: Der Rechtsschutz in Verwaltungsangelegenheiten nach zugerischem Recht, Thèse Fribourg 1959.
- JACQUES MATILE: Essai sur l'autorité des décisions administratives, Lausanne 1952.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH: Le droit de la défense, principe général du droit. Réflexions sur des arrêts récents, dans Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, Paris 1963, t. II, pp. 569–614.
- B. MEIER: Die verwaltungsbehördliche Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau, Thèse Zurich 1949.
- PHILIBERT MURET: La communication des dossiers administratifs dans la pratique vaudoise. RDAF Lausanne 1957, p. 289 ss; 1958 p. 1 et suiv.
- H. NÄGELI: Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, Zbl. 1954 (vol. 55) p. 113–123 et 145–154.
- H. NEF: L'égalité devant la loi, fiches jur. suisses No. 546.
Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde. Rapport SSJ 1950, RDS 69 p. 133a et suiv.
- OSKAR ODERMATT: Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, dans Festgabe Max Obrecht, 1961 (Separatdruck 29 p.).
- W. OSWALD: Die Gewaltentrennung im schw. Staatsrecht, Rapport SSJ, Bâle 1943.
Der Rechtsschutz in Steuersachen nach aargauischem Recht, Thèse Fribourg 1932.
- ANDRÉ PANCHAUD: Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, Rapport SSJ, Bâle 1950.
Légalité et révocabilité de la décision administrative. Journal des Tribunaux 1963 I 66–83.
- ADOLF PFENNINGER: Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen. Zbl. 1950 (vol. 51) pp. 473–479.
- EDOURD PIGUET: Le déni de justice, Lausanne 1907.
- PILLER: Le contentieux administratif en Suisse, Revue intern. des sciences administratives, 1936 pp. 203 ss.
- P. REICHLIN: Die Schweigepflicht der Verwaltungsbeamten, Zbl. 1952 (vol. 53) p. 473–488 et 505–517.
- CLAUDE ROSEL: Le déni de justice formel dans la jurisprudence du TF, Thèse Lausanne 1951.

- ERWIN RUCK: Schw. Verwaltungsrecht, t. I, Zurich 1951.
- G. SCHMIED: Das Recht des Privaten zur Einsichtnahme in Verwaltungsakten. Zbl. 1952 (vol. 53) pp. 57–69.
- SCHULTZE: Die Öffnung der Vormundschaftsakten, Revue du droit de tutelle, 1953, p. 1 ss.
- H. R. SCHWARZENBACH: Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechtes, Bern 1957.
- ST. SCHWYZER: Das Verwaltungsverfahren im Kanton St. Gallen, Thèse, Fribourg, 1934.
- EDUARD SOMMER: Zwei Jahre zürcherisches Verwaltungsgericht, Zbl. 1962 (vol. 63) pp. 273–284.
- E. STEINER: Vom rechtlichen Gehör in Steuersachen. Steuer-Revue 1952, pp. 371–373.
- W. STÖR: Die Schweigepflicht der Verwaltungsbehörden, Zbl. 1947 (vol. 48) pp. 233–240.
- G. C. TARCHINI: La Giurisdizione amministrativa per il cantone Ticino, Thèse Berne 1942.
- TUREGG-KRAUS: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1962.
- ANDRÉ VALLOTTON: Excès de pouvoir et déni de justice, Thèse Lausanne 1954.
- GEORGES VEDEL: Droit administratif, Paris 1961.
- ROLF WEBER: Die Verwaltungsrechtspflege des Bundesrates, Thèse Berne 1951.
- GEORGES WERNER: La notion judiciaire des contestations administratives. Festgabe Fleiner, Tübingen 1927.
- ALBERT WYSSA: Le contentieux administratif en Suisse, Thèse Lausanne 1920.
- H. ZÜRCHER: Die verwaltungsrechtliche Klage, Zürich 1944.
- HENRI ZWAHLEN: Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons. Rapport SSJ, Bâle 1947.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	419
Chapitre premier: <i>Le droit d'être entendu: sa nature, ses implications</i>	
<i>Section I. Le droit d'être entendu: droit fondamental et naturel</i>	421
1. Le caractère fondamental et naturel du droit d'être entendu dans la jurisprudence du TF	
2. Le droit d'être entendu et la garantie tirée de l'art. 4 CF	
3. Le droit d'être entendu est un droit procédural	
<i>Section II. Le droit d'être entendu et le formalisme excessif en procédure</i>	429
4. Les formalités de procédure – L'intérêt général et le droit du justiciable	
5. Le droit d'être entendu, la qualité pour agir et le formalisme excessif en procédure	
<i>Section III. La nature formelle du droit d'être entendu</i>	435
6. Le droit d'être entendu est de nature formelle. Il est inconditionné	
7. Dérogations à la nature formelle du droit	
8. Preuve d'un dommage requise en cas de garantie purement cantonale	
9. Le droit d'être entendu et le respect des formes essentielles de la procédure: composition de l'autorité, motivation	
10. Le droit d'être entendu et la révocation du sursis	
<i>Section IV. Le droit d'être entendu considéré comme une garantie constitutionnelle minimum et subsidiaire</i>	448
11. Le droit d'être entendu garanti d'abord par les lois cantonales	
12. La garantie fédérale n'est pas assurée à toutes les instances de la justice ou de l'administration	
13. Le droit d'être entendu et la reconsideration des décisions administratives	
14. Le droit d'être entendu n'est assuré qu'une fois en procédure: avant la décision définitive	

*Section V. Le droit d'être entendu et la modification in pejus
d'une situation juridique acquise en première instance . . . 461*

- 15. En droit pénal
- 16. En matière de poursuite et en matière civile
- 17. En matière administrative

Section VI. Définition et implications du droit d'être entendu 467

- 18. Définition du droit d'être entendu
- 19. Droit d'être entendu, procédure contradictoire et instruction d'office
- 20. Les droits de la défense devant les autorités administratives en France
- 21. Les implications du droit d'être entendu: règles communes à toutes les juridictions. Implications en matière pénale
- 22. Implications en matière administrative

Chapitre II:

Le droit d'être entendu en matière civile et en matière pénale

Section I. Citation irrégulière et jugement par défaut; notification; inculpation et droit d'être entendu 480

- 23. La citation irrégulière et le jugement par défaut
- 24. Citation du mandataire dans l'action pénale. Notification des décisions et droits de la défense
- 25. Condamnation sans inculpation et sans audition du recourant comme inculpé dans l'enquête préliminaire

Section II. Mémoires; Audition des parties; Procédure probatoire et droit d'être entendu 489

- 26. Objet de la présente section
- 27. Audition des parties et procédure probatoire en matière pénale
- 28. Audition des parties en matière civile
- 29. Procédure probatoire en matière civile
- 30. Respect du droit d'être entendu par les autorités cantonales de recours

Section III. Assistance judiciaire, émoluments de justice, exonération des avances et frais de justice et droit d'être entendu 505

- 31. En procédure civile
- 32. En procédure pénale

Le droit d'être entendu	583
<i>Section IV. Le droit de consulter le dossier en matière civile et pénale</i>	509
33. En matière civile	
34. En matière de poursuite	
35. En matière pénale	

Chapitre III:

Le droit d'être entendu en matière administrative

<i>Section I. La reconnaissance progressive du droit d'être entendu en matière administrative</i>	516
36. Motifs de la réserve du TF en cette matière	
37. Reconnaissance du droit d'être entendu dans les cas d'interdiction, d'internement administratif et d'empiètement grave sur les intérêts personnels	
38. Reconnaissance du droit d'être entendu lorsque l'administration tranche un litige de droit privé ou s'immisce dans une relation de droit privé	
39. Refus de la garantie lorsque l'administration agit de manière autoritaire face à l'administré. Mesures de police. Retraits d'autorisation	
40. Autres cas de retrait d'autorisation ou de patente	
41. Reconnaissance du droit lorsque la décision n'est pas urgente et ne peut être revue librement	
42. La condition de l'impossibilité du recours ou du nouvel examen	
43. Les droits de la défense, en particulier l'assistance de l'avocat en matière administrative	
<i>Section II. Le droit d'être entendu en matière fiscale</i>	541
44. Application en matière fiscale des règles qui régissent le droit d'être entendu en matière administrative	
45. Droit d'être entendu du contribuable avant la taxation	
46. Modalités de l'audition du contribuable. Vision locale. Audition des témoins. Expertise	
47. Garanties minimums que doit comporter la notification de la taxation. Motivation de la décision	
48. Droit d'être entendu, reconsideration et procédure de recours	

<i>Section III. Le droit de consulter le dossier en matière administrative</i>	551
49. Problèmes que soulève le droit de consulter le dossier	
50. Jurisprudence du TF	
51. Pratique des autorités administratives	
<i>Section IV. Questions disputées et conclusions</i>	559
52. Conditions auxquelles le droit d'être entendu est garanti en matière administrative. Le droit à la reconsideration	
53. Le droit d'être entendu est-il suffisamment garanti s'il l'est seulement en procédure de recours ?	
54. L'audition de l'administré doit-elle être soumise à des formes ou modalités particulières ?	
55. Synthèse	
Abréviations	576
Bibliographie	577