

---

# Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé

---

Suisse

---

ÉTUDE



# **RECOURS DES PARTICULIERS DEVANT LES PLUS HAUTES JURIDICTIONS, UNE PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ**

## **Suisse**

ÉTUDE

Octobre 2017

### **Résumé**

Cette étude fait partie d'un projet plus global qui a pour but d'analyser depuis une perspective de droit comparé les recours des particuliers devant les plus hautes juridictions de différents États ainsi que devant certaines juridictions internationales.

L'objet de cette étude est d'examiner les différents recours à disposition des particuliers en droit suisse, et en particulier devant l'autorité judiciaire suprême de ce pays.

Pour ce faire, après une introduction générale, qui donne le cadre historique, sont examinés les différents types de recours ouverts aux particuliers, tant au niveau administratif qu'au niveau judiciaire. Ensuite un examen est fait des dispositions qui sont utilisées comme normes de référence pour la protection des particuliers ainsi que de la jurisprudence de l'autorité judiciaire suprême en matière de protection juridictionnelle effective. Finalement, quelques conclusions sur le bilan de la situation, comprenant quelques propositions d'amélioration ont été dressées.

En Suisse, une procédure administrative fédérale et 26 cantonales coexistent. Les cantons sont cependant tenus de prévoir une autorité judiciaire en dernière instance et les conditions du contrôle judiciaire des actes administratifs (i.e. de la qualité pour recourir et de l'objet du recours) sont de facto très harmonisées. La protection du particulier devant la juridiction constitutionnelle est assurée principalement par le recours en matière de droit public. L'accès au TF souffre néanmoins de limites importantes, dont la portée fait aujourd'hui l'objet d'une révision.

## **AUTEUR**

Ce document a été rédigé par **Prof. Dr. Federica De Rosa Gisimundo** de l'Università della Svizzera italiana, Istituto di Diritto, à la demande de l'Unité Bibliothèque de droit comparée, Direction générale des services de recherche parlementaire (DG EPRS), Secrétariat général du Parlement européen.

## **ADMINISTRATEUR RESPONSABLE**

Ignacio Díez Parra, chef de l'Unité Bibliothèque de droit comparé

Pour contacter l'Unité, veuillez écrire à l'adresse : [EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu](mailto:EPRS-ComparativeLaw@europarl.europa.eu)

## **VERSIONS LINGUISTIQUES**

Originale : FR

Traductions : DE, EN, ES, IT

Ce document est disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>

## **CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ**

Ce document a été préparé à l'attention des Membres et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.

Reproduction et traduction autorisées, sauf à des fins commerciales, moyennant mention de la source et information préalable avec envoi d'une copie au Parlement européen.

Manuscrit achevé en octobre 2017

Bruxelles © Union européenne, 2017.

PE 608.738

Papier	ISBN 978-92-846-1806-4	doi:10.2861/94263	QA-06-17-117-FR-C
PDF :	ISBN 978-92-846-1808-8	doi:10.2861/169730	QA-06-17-117-FR-N

## Table des Matières

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>V</b>
<b>Synthèse .....</b>	<b>VII</b>
<b>I. Introduction .....</b>	<b>1</b>
I.1. Brève évolution historique.....	1
I.2. Les particularités de la juridiction constitutionnelle suisse et des voies pour la saisir (synthèse).....	2
<b>II. Les types de recours pour la protection des particuliers en droit suisse.....</b>	<b>5</b>
II.1. Introduction.....	5
II.2. Les moyens de droit devant l'administration publique ( <i>in breve</i> ).....	5
II.2.1. Généralités .....	5
II.2.2. Objet du recours .....	6
II.2.3. Droit d'agir .....	8
II.2.4. Délais.....	8
II.2.5. Possibilité de révision par qui ? .....	8
II.3. Les moyens de droit devant les juridictions non constitutionnelles cantonales et fédérales ( <i>in breve</i> ).....	9
II.3.1. Généralités .....	9
II.3.2. Objet des recours.....	11
II.3.3. Droit d'agir .....	11
II.3.4. Délais.....	12
II.3.5. Possibilité de révision par qui ? .....	12
II.4. Devant la juridiction constitutionnelle .....	12
II.4.1. Généralités .....	12
II.4.2. Le recours unifié (en particulier, le recours en matière de droit public).....	13
II.4.2.1 Les motifs de recours .....	13
II.4.2.2 La qualité pour agir.....	14
II.4.2.2.a) Des particuliers.....	14
II.4.2.2.b) Des autorités et d'autres collectivités publiques.....	17
II.4.2.2.c) Des organisations et autorités auxquelles une autre loi accorde un droit de recours .....	19
II.4.2.3 L'objet du recours.....	20
II.4.2.3.a) Le principe .....	20
II.4.2.3.b) Les exceptions – les limitations à l'accès au TF .....	28
II.4.2.4 Les délais .....	32
II.4.3. Le recours constitutionnel subsidiaire.....	32
II.4.4. Possibilité de « révision » ? En particulier, la révision d'un arrêt du TF suite à un arrêt de la CourEDH.....	34
<b>III. Normes de référence .....</b>	<b>37</b>
III.1. Le droit conventionnel et la Constitution fédérale.....	37
III.1.1. Les garanties de procédure .....	37
III.1.2. L'organisation de la juridiction constitutionnelle.....	39
III.1.3. Le cadre constitutionnel fédéral de l'organisation judiciaire des cantons	39
III.2. La législation fédérale .....	40
III.3. Les lois de procédure cantonales.....	40
<b>IV. Le droit à la protection juridictionnelle effective. Quelques orientations ... ..</b>	<b>42</b>

IV.1. ... de la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	42
IV.1.1. La qualité pour recourir.....	43
IV.1.2. La délimitation de l'objet du recours .....	43
IV.1.3. La portée octroyée aux exceptions portant sur des domaines exemptés.....	44
IV.1.4. Le rôle du recours constitutionnel subsidiaire dans la pratique .....	46
IV.1.5. L'immunité des lois fédérales dans la jurisprudence.....	46
IV.2. ... et du législateur, dans la révision de l'organisation judiciaire visant à combler les lacunes en matière de protection juridictionnelle.....	47
IV.2.1. La réforme de l'organisation judiciaire de 2007 : une meilleure protection juridictionnelle effective ? .....	47
IV.2.1.1 Les objectifs de la révision de l'organisation judiciaire fédérale de 2007.....	47
IV.2.1.2 Une évaluation de l'efficacité des nouvelles dispositions quelques années après leur entrée en vigueur.....	47
IV.2.2. L'avant-projet actuel de révision de la LTF – quelques points nodaux visant l'amélioration de la protection juridictionnelle.....	48
IV.2.2.1 L'accès au TF pour toutes les questions juridiques de principe et les cas particulièrement importants .....	48
IV.2.2.2 L'exclusion des cas de moindre importance .....	50
IV.2.2.3 Le remplacement du recours constitutionnel subsidiaire par le recours unifié .....	50
IV.2.2.4 Renonciation à une modification de la protection juridictionnelle dans le domaine des droits politiques.....	51
IV.2.3. Quelques considérations critiques sur la réforme actuelle .....	51
<b>V. Conclusions .....</b>	<b>53</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>54</b>
<b>Liste d'arrêts.....</b>	<b>56</b>
<b>Principaux sites internet consultés.....</b>	<b>58</b>

## Liste des abréviations

<b>al.</b>	Alinéa
<b>ALCP</b>	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
<b>art.</b>	Article(s)
<b>ATF</b>	Arrêt du Tribunal fédéral
<b>BGG</b>	Bundesgesetz vom 17.Juni 2005 über das Bundesgericht (RS 173.110)
<b>BV</b>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (RS 101)
<b>CEDH</b>	Convention européenne des droits de l'homme
<b>chap.</b>	Chapitre
<b>CourEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CPP</b>	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
<b>Cst. féd.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<b>DTAF</b>	Décision du Tribunal administratif fédéral
<b>EMRK</b>	CEDH
<b>FF</b>	Feuille fédérale suisse (contenant Messages et Rapports du Conseil fédéral au Parlement, textes soumis au référendum, etc. <a href="https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/feuille-federale.html">https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/feuille-federale.html</a> )
<b>JdT</b>	Journal des Tribunaux (revue juridique suisse : <a href="http://journal-des-tribunaux.ch/">http://journal-des-tribunaux.ch/</a> )
<b>LeGes</b>	Législation & évaluation (revue juridique suisse éditée par la chancellerie fédérale de la Confédération suisse)
<b>LEtr</b>	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
<b>LAT</b>	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
<b>let.</b>	Lettre
<b>LPE</b>	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
<b>LPN</b>	Loi fédérale du 1 <sup>er</sup> juillet 1966 sur la protection de la nature et du paysage (RS 451)
<b>LTAF</b>	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
<b>LTF</b>	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
<b>N</b>	Note marginale
<b>p.</b>	Page
<b>p. ex.</b>	Par exemple

<b>PA</b>	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
<b>PE</b>	Parlement européen
<b>ss.</b>	Et suivants
<b>SJ</b>	La Semaine judiciaire (revue juridique suisse de la Société genevoise de droit et de législation : <a href="http://www.sgdl.ch">www.sgdl.ch</a> )
<b>TAF</b>	Tribunal administratif fédéral suisse
<b>TF</b>	Tribunal fédéral suisse
<b>TPF</b>	Tribunal pénal fédéral suisse
<b>VwVG</b>	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (RS 172.021)

## Synthèse

En Suisse, la juridiction constitutionnelle est exercée par le Tribunal fédéral, qui, en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération, assure la fonction fondamentale de garant du respect de la Constitution fédérale. En effet, celle-ci ne prévoit pas l'institution d'une cour constitutionnelle spécialisée ; la juridiction constitutionnelle se matérialise donc dans la juridiction ordinaire du Tribunal fédéral et est exercée principalement par le biais du *recours unifié*, lequel revêt ainsi un rôle fondamental (également) dans la protection effective des droits des particuliers. De plus, un recours constitutionnel subsidiaire est appelé à assurer le respect des droits constitutionnels lorsque le recours ordinaire n'est pas ouvert aux particuliers.

Les modalités par lesquelles le particulier peut saisir la juridiction constitutionnelle, qui feront l'objet de ce travail, sont déterminées par la structure fédéraliste de la Suisse :

D'un côté, le système judiciaire et son organisation sont fortement cantonalisés. Les autorités administratives et judiciaires fédérales, qui appliquent le droit fédéral et sont réglementées par la législation fédérale, coexistent avec les autres autorités administratives et judiciaires cantonales, lesquelles sont en revanche définies et codifiées dans 26 droits cantonaux de procédure administrative et appliquent le droit cantonal, mais aussi le droit fédéral.

D'un autre côté, les juridictions administratives cantonales (les tribunaux administratifs cantonaux) et fédérale (le Tribunal administratif fédéral) convergent finalement vers le Tribunal fédéral. Ainsi, le fonctionnement harmonieux de tout le système exige qu'une certaine homogénéité soit assurée déjà dans les règles et principes procéduraux applicables au niveau cantonal. En effet, le droit fédéral exerce une influence croissante dans les procédures cantonales. D'abord, les garanties constitutionnelles de procédure classiques établissent un standard minimum applicable à tous les cantons ; en particulier le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial, introduit en 2007 par l'art. 29a Cst. féd., a étendu la garantie de l'accès au juge à l'ensemble du contentieux, en y intégrant également le droit administratif. Cela a contribué à élargir de manière notable la protection juridictionnelle du particulier (notamment en ce qui concerne l'objet des recours) et, du point de vue de l'organisation judiciaire, cela a également obligé tous les cantons à se doter d'une autorité de dernière instance en matière de droit public ayant le caractère d'un tribunal indépendant et impartial, qui examine les faits et applique le droit avec un plein pouvoir de cognition, et qui examine au moins les griefs pouvant être soulevés devant le TF. De même, la qualité de partie dans la procédure cantonale doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le TF.

L'accès au TF connaît cependant aussi une série de limitations (l'irrecevabilité du recours dans certains domaines de droit, ainsi que la fixation de valeurs litigieuses minimales pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe), lesquelles ont naturellement une incidence négative sur la protection juridictionnelle des particuliers, mais visent à assurer le fonctionnement efficace de la justice en évitant une surcharge du Tribunal fédéral. Dix ans seulement après l'entrée en vigueur d'une importante réforme de l'organisation judiciaire fédérale, celle-ci a déjà fait l'objet d'une évaluation de son efficacité, qui a entre autres relevé la subsistance de deux problèmes. Premièrement, la charge de travail n'a pas diminué et parfois occupe à mauvais escient le Tribunal fédéral, qui connaît d'une part des affaires sans importance tout en n'ayant pas, d'autre part, à juger toutes les affaires fondamentales pour l'unité et le développement du droit. Deuxièmement, il subsiste des lacunes en matière de protection juridictionnelle, notamment en relation avec la liste des exceptions à la recevabilité du recours en matière de droit public. De nouvelles propositions de modifications sont aujourd'hui sous la loupe du législateur, visant à restituer au Tribunal

fédéral sa fonction non seulement de trancher les litiges au plus haut niveau, mais aussi de préserver l'unité de l'ordre juridique et de garantir le développement du droit en ne connaissant que les questions juridiques de principe et d'autres cas particulièrement importants. Quelques points nodaux du projet actuellement en discussion (notamment l'extension de la liste des domaines où le recours est exclu, compensée par une ouverture plus large du recours aux cas soulevant des questions juridiques de principe) s'avèrent néanmoins problématiques du point de vue de la protection juridictionnelle effective, surtout à la lumière de la possible abolition du recours constitutionnel subsidiaire qui avait été introduit justement pour soumettre au contrôle de constitutionnalité les décisions des instances cantonales là où les particuliers étaient dépourvus de protection.

## I. Introduction

### I.1. Brève évolution historique

La juridiction constitutionnelle fédérale<sup>1</sup> est plutôt ancienne et remonte à l'époque de la création de l'État fédéral<sup>2</sup>: la Constitution fédérale du 12 septembre 1848 confiait au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale la tâche de veiller à l'observation de la Constitution et prévoyait que le Tribunal fédéral connaissait de la violation des droits garantis par la Constitution lorsque l'Assemblée fédérale renvoyait devant lui les plaintes des particuliers à ce sujet. Le Tribunal fédéral n'avait donc qu'une compétence subsidiaire, qu'il n'a d'ailleurs exercée que très rarement.

La Constitution fédérale du 29 mai 1874 a ensuite transformé le Tribunal fédéral en une autorité permanente et indépendante et lui a octroyé la compétence de connaître des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, tout en réservant néanmoins «les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale». C'était donc essentiellement la législation fédérale qui déterminait la répartition des compétences entre le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral en matière de juridiction constitutionnelle. De ce fait, au cours du 20<sup>ème</sup> siècle, le Parlement a progressivement réduit les compétences du Conseil fédéral en transférant sur le Tribunal fédéral le centre de gravité de la juridiction constitutionnelle. L'instrument procédural principal destiné à cette fin était le *recours de droit public* (*staatsrechtliche Beschwerde, ricorso di diritto pubblico*), une voie de droit extraordinaire ayant pour but spécifique de protéger le titulaire des droits constitutionnels contre des empiètements du pouvoir étatique et, en même temps, de permettre une surveillance de la Confédération sur les cantons et sur le développement uniforme du droit fédéral. Ce moyen a ainsi été défini comme «une espèce de *droit de résistance institutionnalisé* (Hans Huber) à l'égard de la puissance publique cantonale ». Il constituait le volet procédural indispensable à disposition des particuliers pour faire valoir leurs droits fondamentaux et en même temps il a permis au Tribunal fédéral de déterminer la portée et les limites de ces droits. Le recours de droit public servait à attaquer tant des actes normatifs que des décisions émanant des autorités cantonales et communales, à l'exclusion des actes fédéraux. D'autre part, le *recours de droit administratif* (*Verwaltungsrechtliche Beschwerde, ricorso di diritto amministrativo*), introduit en 1968, a pu renforcer la protection des droits fondamentaux à l'égard des décisions fédérales prises en application du droit public fédéral.<sup>3</sup>

Au cours des années, ce système s'est révélé plutôt complexe et le Tribunal fédéral a été confronté à une surcharge croissante. Ces deux facteurs ont amené le législateur à concevoir une réforme profonde de l'organisation judiciaire fédérale, qui a été acceptée par le peuple et

---

<sup>1</sup> Les caractéristiques et le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle suisse ont déjà été traitées de manière approfondie dans une précédente Étude du Service de recherche du Parlement européen (EPRS) : DE ROSSA GISIMUNDO Federica, *Le rôle des Cours Constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux, Suisse : Le Tribunal fédéral*, Novembre 2016, – PE 593.509. Il sied partant d'y renvoyer pour les détails, tandis qu'ici il ne sera fait référence qu'à quelques aspects spécifiques utiles pour le thème de la présente étude.

<sup>2</sup> Sur l'histoire de la juridiction constitutionnelle, cf. Auer/Malinverni/Hottelier, N 1991 ss. ; Epiney, in : BV-BaKomm, N 1 ss. ad art. 190 ; Fischbacher, p. 13 ss. ; Seferovic, in : BV-BaKomm, N 1 ss. ad art. 188 et N 1 ss. ad art. 189 ; Schweizer, in : BV – St.GallerKomm, N 1 ss. ad Vorbemerkungen zur Justizverfassung.

<sup>3</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 1992 ss.

les cantons en 2000 et concrétisée par la suite dans la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), entrée en vigueur en 2007.<sup>4</sup>

Cette loi a notamment substitué les vieux instruments avec un nouveau moyen, le *recours unifié* (*Einheitsbeschwerde*), conçu pour simplifier les voies de recours : une seule voie de droit permettant (au particulier, principalement) d'attaquer devant le Tribunal fédéral un acte d'une autorité inférieure – fédérale ou cantonale – en matière civile, pénale ou de droit public, en invoquant des griefs de nature constitutionnelle. D'autre part, un *recours constitutionnel subsidiaire* a été prévu pour compléter le cadre des voies de recours.<sup>5</sup>

## **I.2. Les particularités de la juridiction constitutionnelle suisse et des voies pour la saisir (synthèse)**

En Suisse, le recours des particuliers devant les juridictions constitutionnelles se concrétise pour l'essentiel dans la juridiction ordinaire du Tribunal fédéral, moyennant le recours unifié, dont le fondement et le cadre sont constitués par l'art. 189 al. 1 Cst. féd.<sup>6</sup>

Cette disposition prévoit que le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation du droit fédéral, du droit international, du droit intercantonal, des droits constitutionnels cantonaux, de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public, ainsi que des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques.

Sur cette base, le législateur a introduit le recours unifié, composé de trois voies de recours ordinaires : en matière civile (art. 72 ss. LTF), en matière pénale (art. 78 ss. LTF), en matière de droit public (art. 82 ss. LTF). En vertu des art. 95-98 LTF, les mêmes griefs peuvent être invoqués en matière civile, pénale et de droit public. Cela implique que, bien que la portion prépondérante de la juridiction constitutionnelle se focalise dans le recours en matière de droit public, même les recours en matière civile et en matière pénale constituent des instruments de protection des droits fondamentaux des particuliers. La doctrine met en évidence la triple fonction du recours unifié : une fonction *fédéraliste*, qui vise à garantir la compatibilité des actes (normatifs et d'application) cantonaux au droit supérieur ; une fonction *unificatrice* en relation à l'application uniforme de la législation fédérale par les autorités fédérales ; et finalement, pour ce qui concerne le thème de la présente étude, une fonction *protectrice* qui se déploie envers les particuliers afin d'assurer l'effectivité de leurs droits.<sup>7</sup> De plus, le système prévoit le moyen du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss. LTF), qui est appelé à assurer le respect des droits constitutionnels lorsque le recours ordinaire n'est pas ouvert contre les décisions de dernière instance cantonale.

Les modalités par lesquelles le particulier peut saisir la juridiction constitutionnelle, qui feront l'objet de ce travail, sont également déterminées par la structure fédéraliste de la Suisse. En effet, le système judiciaire et son organisation sont fortement cantonalisés : mis à part les autorités judiciaires fédérales<sup>8</sup>, toutes les autres autorités judiciaires sont définies par le droit

---

<sup>4</sup> Sur les objectifs et les instruments de la réforme de l'organisation judiciaire, cf. *infra*, chap. IV.2.1.

<sup>5</sup> Sur les différents recours, cf. *infra*, chap. II.4.

<sup>6</sup> Cf. *infra*, chap. III.

<sup>7</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 1998 ss.

<sup>8</sup> Outre le Tribunal fédéral, qui est l'autorité judiciaire suprême, l'art. 191a Cst. féd. octroie à la Confédération la compétence d'instituer « un tribunal pénal fédéral, des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétences de l'administration fédérale, ainsi que d'autres autorités judiciaires fédérales ». À l'heure actuelle les autorités judiciaires fédérales créées sur la base de cette disposition

cantonal, lequel règle également les procédures respectives. Ce système comporte une fragmentation des sources du droit procédural<sup>9</sup> : 26 droits cantonaux de procédure administrative règlent les procédures et l'organisation de la juridiction administrative cantonale et coexistent avec la juridiction administrative fédérale, laquelle est réglée par la loi sur la procédure administrative fédérale (PA) ainsi que par la loi sur le tribunal administratif fédéral (LTAF). D'autre part, les autorités judiciaires cantonales disposent de la compétence exclusive de contrôler la bonne application du droit cantonal, étant donné que l'intervention du Tribunal fédéral est en principe limitée au contrôle – abstrait et concret – de la conformité du droit cantonal avec le droit fédéral ; elles disposent également de la compétence (cette fois partagée avec les autorités fédérales) d'appliquer le droit fédéral.<sup>10</sup>

Tout le système converge au niveau fédéral, vers le Tribunal fédéral. Cela détermine une certaine homogénéité dans les règles et principes applicables déjà au niveau cantonal. En effet, étant donné que les autorités cantonales appliquent, outre leur droit cantonal, également le droit matériel fédéral, il est demandé aux cantons de mettre sur pied un droit procédural qui garantisse la bonne application de celui-ci. De plus, l'évolution récente montre que le droit fédéral procédural exerce une influence croissante dans les procédures cantonales, afin aussi d'assurer le fonctionnement harmonieux d'un système de contentieux cantonal qui aboutit, finalement, au Tribunal fédéral.<sup>11</sup>

Avant tout, les exigences conventionnelles (art. 6 CEDH) et constitutionnelles (notamment les art. 29 ss. Cst. féd.)<sup>12</sup> relatives aux garanties procédurales ont notablement influencé l'organisation judiciaire, et cela également au niveau des cantons. En particulier, le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial, introduit en 2007 par l'art. 29a Cst. féd., a étendu la garantie de l'accès au juge à l'ensemble du contentieux, y compris donc le droit administratif. Cela a contribué à élargir de manière notable la protection juridictionnelle du particulier et a également obligé tous les cantons à se doter d'une autorité de dernière instance ayant le caractère d'un tribunal indépendant et impartial (art. 191b Cst) également en matière de droit public.

De ce fait, l'art. 86 al. 2 LTF a obligé les cantons à instituer des tribunaux supérieurs qui statuent en matière de droit public comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral ;<sup>13</sup> les autorités cantonales de dernière instance doivent donc présenter les caractéristiques requises par les art. 30 al. 1 et 191 Cst. féd., ainsi que par l'art. 6 §1 CEDH, soit avant tout l'indépendance institutionnelle et l'impartialité.<sup>14</sup> Pour le reste, la loi n'exige pas de double instance cantonale avant tout recours en matière de droit public et les cantons sont relativement libres dans le domaine de leur organisation judiciaire. Il est partant admis qu'une instance cantonale unique puisse être reconnue comme tribunal supérieur au sens de l'art. 86

---

sont le Tribunal pénal fédéral (TPF), le Tribunal administratif fédéral (TAF), et le Tribunal fédéral des brevets. Il s'agit d'autorités judiciaires de première instance au niveau fédéral. Seul le rôle du TAF sera traité dans cette contribution.

<sup>9</sup> Cf. *Infra*, chap. III.

<sup>10</sup> Sur ces aspects, cf. Mahon, N 207 ss.

<sup>11</sup> Tanquerel, N 1475 ss. et Kiener/Rütsche/Kuhn, N 68 ss. et 127.

<sup>12</sup> Cf., à cet égard, *infra*, chap. III.

<sup>13</sup> Art. 86 al. 2 LTF : Les cantons instituent des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

<sup>14</sup> Wurburger, N 20 ss. ad art. 86 LTF.

al. 2 LTF, pour autant que cette instance soit compétente pour l'ensemble du canton et qu'elle ne soit soumise à aucune autorité hiérarchiquement supérieure à elle.<sup>15</sup>

Une exception à ce principe est prévue par l'art. 86 al. 3 LTF, qui, pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, autorise les cantons à instituer une autorité autre qu'un tribunal<sup>16</sup>. Le TF a établi que la notion de « caractère politique prépondérant » doit être interprétée de manière restrictive et qu'une simple connotation politique de l'acte n'est pas suffisante, tout comme le fait qu'il émane d'une autorité politique; il faut que cette connotation s'impose de manière indubitable et relègue à l'arrière-plan les intérêts privés en jeu.<sup>17</sup>

En définitive, en pratique, la garantie de l'accès au juge a impliqué l'institution – dans toutes les procédures cantonales – de clauses générales de compétence en faveur d'instances judiciaires et la création de telles instances cantonales dans les domaines où elles n'existaient pas.

Deuxièmement, une certaine harmonisation dans les procédures cantonales amenant au TF est déterminée par les art. 110 – 112 LTF. L'art. 110 LTF établit que si, en vertu de la présente loi, les cantons sont tenus d'instituer un tribunal comme autorité cantonale de dernière instance, ils font en sorte que ce tribunal ou une autre autorité judiciaire, statuant en instance précédente, examine librement les faits et applique d'office le droit déterminant. L'art. 111 LTF, pour sa part, entend uniformiser la portée de la qualité de partie, en prévoyant que la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (al. 1), et que d'autre part, si une autorité fédérale a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, elle peut recourir devant les autorités cantonales précédentes ou, pour autant qu'elle le demande, participer à la procédure devant celles-ci (al. 2). Finalement, l'al. 3 précise que l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral doit pouvoir examiner au moins les griefs visés aux art. 95 à 98 LTF. L'art. 112 LTF, finalement, établit des règles pour uniformiser les modalités de la notification des décisions.

---

<sup>15</sup> Contrairement à ce qui est prévu en matière civile (art. 75 LTF) et pénale (art. 80 LTF). Dubey/ Zufferey, N 2067 ss.

<sup>16</sup> Cette exception est d'ailleurs conforme à celle prévue par l'art. 29a, 2<sup>e</sup> phrase, Cst. féd., qui autorise la Confédération et les cantons à exclure, par voie législative, l'accès au juge dans des cas exceptionnels.

<sup>17</sup> Ainsi : ni le refus émanant de parlement cantonal d'autoriser l'ouverture d'une enquête pénale à l'encontre d'un juge (ATF 135 I 113), ni la décision par laquelle le Conseil d'État statue sur l'exonération d'une fondation des droits d'enregistrement et/ou de succession (ATF 136 I 42) ne présentent un tel caractère. De même, la transmission par le gouvernement cantonal des dossiers fiscaux (des contribuables recourants) à la commission de gestion parlementaire chargée d'enquêter sur des dysfonctionnements allégués dans l'administration constitue un acte qui n'est pas dirigé contre les contribuables mêmes et ne touche pas directement leurs droits, mais rentre dans l'exercice de la haute surveillance parlementaire revêtant un caractère politique prépondérant; l'exclusion de la compétence des tribunaux cantonaux pour connaître de litiges relatifs à l'exercice de cette surveillance ne viole pas l'art. 29a Cts. féd. (ATF 142 I 172). Par contre, la décision cantonale relative à l'octroi d'une concession hydraulique a certes une composante politique. Elle ne comprend toutefois pas uniquement l'acte d'octroi de la concession, mais règle également de façon détaillée les droits et les obligations de la concessionnaire. Ces aspects sont susceptibles d'un contrôle judiciaire et ne présentent pas un caractère politique prépondérant (ATF 136 II 436).

## II. Les types de recours pour la protection des particuliers en droit suisse

### II.1. Introduction

Avant d'aborder le thème objet de ce chapitre, quelques remarques générales et quelques délimitations terminologiques s'imposent.<sup>18</sup>

Le recours devant l'administration publique, qui sera l'objet du chapitre II.2, fait partie du *contentieux administratif* (*Verwaltungsinterne Rechtspflege*), qui est réglé par la *procédure administrative contentieuse*.

La procédure administrative contentieuse est constituée par l'ensemble des règles et des principes régissant la compétence, l'organisation et l'activité des autorités administratives (autorités hiérarchiques supérieures ou autorités de surveillance) et des autorités quasi judiciaires (commissions de recours) chargées de connaître des réclamations ou des recours *internes* portés contre les décisions administratives de première instance.

Elle doit être distinguée de la *procédure administrative non contentieuse*, qui est celle qui conduit à l'émanation de la décision originaire de première instance et qui ne sera pas traitée dans cette étude.

Elle doit également être distinguée de la *procédure administrative judiciaire*, laquelle règle les recours contre des décisions administratives portés devant les autorités de l'ordre judiciaire (*Verwaltungsgerichtliche Rechtspflege*).<sup>19</sup> Ce moyen sera traité au chap. II.3.

Ces distinctions correspondent aux différentes étapes chronologiques auxquelles est confronté l'administré qui veut attaquer une décision. D'un point de vue systématique, cependant, les sources du droit de la procédure et de la juridiction administratives ne sont pas toujours séparées de manière correspondante. Souvent, les mêmes règles et principes s'appliquent aux différents stades de la procédure non contentieuse, puis contentieuse, administrative, puis judiciaire et se trouvent dans un même acte normatif (p. ex., une loi de procédure cantonale).<sup>20</sup>

### II.2. Les moyens de droit devant l'administration publique (*in breve*)

#### II.2.1. Généralités

Le *recours* (dit également *recours hiérarchique* ou *administratif*; *Beschwerde*) est le moyen de droit ordinaire par lequel un administré demande d'annuler, de modifier ou de constater la nullité d'un acte. Il s'adresse normalement à l'autorité administrative hiérarchiquement supérieure à celle qui a adopté l'acte en première instance, ou à une autorité de surveillance, ou encore à des commissions de recours, dans la mesure où la loi les prévoit.

Il s'agit en tout cas d'autorités qui font partie d'une même unité administrative, organisée de manière hiérarchique. Celles-ci procèdent en règle générale à un examen de tous les aspects de la décision, en fait et en droit, avec un pouvoir de cognition illimité; elles peuvent

---

<sup>18</sup> La systématisation est tirée de Dubey/Zufferey, N 1915 ss.

<sup>19</sup> Sur la distinction, cf. Dubey/Zufferey, N 1907 ss; Häfelin/Haller/Müller, N 1139 ss. et 1179 ss., ainsi que Tanquerel, p. 417 ss. et 489 s.

<sup>20</sup> Sur la systématique des normes de référence, voir plus en détail, le chap. III.

également, sauf exception, réexaminer l'opportunité de la décision.<sup>21</sup> Cela est dû au fait que l'autorité supérieure a connaissance des éventuelles questions techniques ou locales complexes qui caractérisent la contestation et aurait de toute façon le pouvoir de donner des instructions à ses unités quant à l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.<sup>22</sup> D'autre part, le manque d'indépendance qui caractérise l'autorité qui se prononce sur ce type de recours justifie que l'on prévoie ensuite de voies de recours devant une instance administrative indépendante, ayant une nature judiciaire.<sup>23</sup>

Au niveau fédéral, le recours interne à l'administration fédérale (notamment aux Départements) a été aboli avec la réorganisation judiciaire fédérale, en 2007 ; en règle générale, les décisions d'autorités fédérales peuvent désormais être contestées directement devant le Tribunal administratif fédéral. Cette limitation n'a pas manqué de soulever des critiques en raison du fait que l'effectivité de la protection juridique en serait diminuée ; en effet, s'agissant de juger des questions techniques ou économiques dans des domaines de plus en plus complexes, le TAF tend à s'imposer une certaine retenue<sup>24</sup>, ce qui enlève au particulier la possibilité effective de faire réexaminer au moins une fois sa cause avec un plein pouvoir de cognition.

Par contre, au niveau des cantons, la voie du recours interne est bien répandue. Souvent, les législations ou les constitutions cantonales prévoient un recours hiérarchique avant de pouvoir saisir le Tribunal administratif cantonal.

Il arrive même que certaines lois prévoient, avant le recours interne, un moyen supplémentaire : l'opposition ou la réclamation. Par le biais de ce moyen, le destinataire de la décision peut demander à l'autorité qui l'a rendue de se prononcer à nouveau sur le dossier. Sa fonction est essentiellement de "rationaliser" le contentieux administratif dans des situations dans lesquelles soit l'autorité doit rendre un grand nombre de décisions similaires à l'adresse d'un nombre élevé d'administrés en faisant recours à un certain schématisme (p. ex. en matière de taxation ou de concession de subsides), soit elle doit rendre une décision affectant la situation d'un nombre élevé d'administrés (p. ex. en matière de constructions).<sup>25</sup> À noter que, dans certains domaines spécifiques, notamment en matière de droit fiscal, une loi spéciale prévoit expressément la possibilité d'une *reformatio in peius* par la décision sur réclamation ; en matière d'assurances sociales, en revanche, l'autorité qui envisage de modifier la décision sur opposition en défaveur de l'opposant doit préalablement lui donner la possibilité de retirer son opposition.

### **II.2.2. Objet du recours**

L'objet du recours est, en principe, une *décision administrative*.

Toute loi de procédure (cantonale ou fédérale) contient parmi ses premières dispositions une définition de la notion de décision, puisque ces lois s'appliquent justement à la prise de

---

<sup>21</sup> Dubey/Zufferey, N 1907 ss.

<sup>22</sup> Tanquerel, N 521.

<sup>23</sup> Chap. II. 3.

<sup>24</sup> DTAF 2008/23 du 4 mars 2008, consid. 3.3, voir à ce sujet Francesco Bertossa, Der Beurteilungsspielraum: Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Diss. Bern 1984, p. 91

<sup>25</sup> La distinction entre la fonction et la procédure de l'opposition et de la réclamation n'est pas toujours nette ; voir à ce sujet Dubey/Zufferey, N 2119 ss., Kiener/Rütsche/Kuhn, N 14. ainsi que Tanquerel, N 1275 ss.

décisions et que ces dernières constituent le mode privilégié de formalisation des relations de droit administratif.<sup>26</sup>

Selon l'art. 5 al. 1 PA, la décision est une mesure prise par les autorités dans des cas d'espèce, fondée sur le droit public fédéral et ayant pour objet : a. de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations ; b. de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations ; c. de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (al. 1). Sont également considérées comme des décisions les mesures en matière d'exécution, les décisions incidentes, les décisions sur opposition et celles sur recours, les décisions prises en matière de révision et d'interprétation (al.2). Lorsqu'une autorité rejette ou invoque des prétentions à faire valoir par voie d'action, sa déclaration n'est pas considérée comme une décision (al. 3).

Les définitions en droit de procédure cantonale sont très similaires à la définition donnée par la PA fédérale, sous réserve de différences dues au fait qu'au niveau cantonal il s'agit d'appliquer du droit public *fédéral et cantonal*.<sup>27</sup>

Si la décision constitue l'objet typique du recours, il y a néanmoins toute une série d'actes qui, tout en ne réunissant pas les éléments de celle-ci, justifient que, à certaines conditions, une protection juridique à leur égard soit octroyée.

L'un des cas les plus problématiques est constitué par la catégorie des *actes matériels* (« *Realakte* »), à savoir toutes mesures de l'administration qui, contrairement à un acte juridique (p. ex. la décision), n'a pas pour but de modifier une situation juridique, mais seulement une situation de fait.<sup>28</sup> Il s'agit typiquement de mesures internes, notamment portant sur l'organisation des services publiques (p. ex., la décision de l'horaire d'ouverture des guichets ; les modalités des services à la population, telles que le prolongement ou la modification d'une ligne de bus postal), ou d'autres actes tels que la construction de bâtiments administratifs, l'organisation de cours, l'entretien des routes, etc.<sup>29</sup>. Ces actes de l'administration ne peuvent en principe pas constituer l'objet d'un recours et sont donc soustraits à tout contrôle judiciaire. Il y a néanmoins des circonstances où ceux-ci affectent la situation juridique des particuliers, bien que cela ne soit pas leur objectif. Cela justifie d'ouvrir à l'administré une voie de droit afin de lui assurer qu'ils puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire même en l'absence d'une décision formelle.

S'agissant du droit public fédéral, en 2005 un nouvel art. 25a PA a été adopté, qui prévoit que toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ; élimine les conséquences d'actes illicites ; constate l'illicéité de tels actes. L'autorité statue par décision.<sup>30</sup> S'agissant des actes matériels fondés sur le droit public cantonal, en revanche, soit (mais rarement) les procédures cantonales ont introduit une disposition calquée sur l'art. 25a PA, soit la

---

<sup>26</sup> Dubey/Zufferey, N 852 ss.

<sup>27</sup> Sur chaque composante de cette notion complexe, qui sortirait du cadre de ce travail, on peut renvoyer à Dubey/Zufferey, N 866 ss. Kiener/Rütsche/Kuhn, N 338 ss., Häfelin/Müller/Uhlmann, N 848 ss.

<sup>28</sup> Dubey/Zufferey, N 783 ss.

<sup>29</sup> Tanquerel, N 664 ss.

<sup>30</sup> À ce propos, cf. Kiener/Rütsche/Kuhn, N 423 ss.

jurisprudence a parfois reconnu le droit de soumettre l'acte matériel à un contrôle juridique en se fondant sur la garantie de l'accès au juge ancrée à l'art. 29a Cst. féd.<sup>31</sup>

En règle générale, à ce stade, comme il a été indiqué précédemment, le recourant peut invoquer soit la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, soit la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, soit, finalement l'inopportunité.

### **II.2.3. Droit d'agir**

La qualité pour agir contre une décision n'appartient pas à quiconque, l'*actio popularis* étant exclue en droit suisse. En principe, a qualité pour recourir quiconque i) a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire ; ii) est spécialement atteint par la décision attaquée, et iii) a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Ces trois conditions, qui doivent être réalisées cumulativement, se retrouvent – formulées de manière quelque peu différentes mais égales dans leur substance – dans la procédure fédérale (art. 48 al. 1 PA), ainsi que dans les procédures cantonales. Normalement, celles-ci prévoient aussi qu'a également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir (art. 48 al. 2 PA).<sup>32</sup> À noter que, en vertu de l'art. 110 LTF mentionné précédemment, à ce stade la portée de la qualité pour recourir doit coïncider avec celle reconnue dans le cadre du recours judiciaire administratif (cantonal) et du recours unifié au Tribunal fédéral ; ce thème sera traité ci-dessous, au chap. II.4.2.2.

### **II.2.4. Délais**

En règle générale, le délai pour recourir est de 30 jours dès la notification de la décision (art. 50 PA) ; il arrive néanmoins que les cantons ou les lois spéciales prévoient des termes plus brefs (10, 15 ou 20 jours), notamment à l'encontre de décisions incidentes et de mesures provisionnelles, ou bien, par exemple, en matière d'autorisations de construire.

### **II.2.5. Possibilité de révision par qui ?**

Au niveau cantonal, là où une procédure sur opposition ou sur recours hiérarchique existe, les décisions respectives sont déférées aux tribunaux administratifs cantonaux, qui statuent en dernière instance cantonale. Comme on l'a déjà vu<sup>33</sup>, en vertu des art. 29a Cst. féd. ainsi que des art. 86 al. 2 et 3 et 110 LTF, au moins une<sup>34</sup> instance judiciaire cantonale doit examiner librement les faits et appliquer d'office le droit (cantonal ou fédéral), avant d'accéder au Tribunal fédéral.

Au niveau de la procédure fédérale, nous avons déjà relevé que la question d'une éventuelle révision d'une décision rendue sur recours hiérarchique ne se pose pas en principe, étant donné que le recours interne n'existe désormais que dans de très rares cas.

---

<sup>31</sup> Voir p. ex. l'ATF 133 I 49, exposé *infra*, chap. II.4.2.3.a), où la thématique sera approfondie avec d'autres exemples.

<sup>32</sup> À ce propos, Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1421 ss.

<sup>33</sup> Cf. *supra*, I.2.

<sup>34</sup> Il sied de rappeler qu'en matière de droit public un devoir d'instituer une double instance judiciaire cantonale n'est pas prévu.

## II.3. Les moyens de droit devant les juridictions non constitutionnelles cantonales et fédérales (*in breve*)

### II.3.1. Généralités

Ce chapitre traitera des recours *judiciaires*, à savoir des recours adressés à une juridiction administrative, indépendante de l'administration. On distinguera entre le plan fédéral et le plan cantonal.

Au niveau fédéral, le "tribunal administratif ordinaire" de la Confédération est le Tribunal administratif fédéral (TAF), qui traite, en vertu d'une clause générale de compétence, les recours contre les décisions des autorités administratives fédérales, y compris les unités administratives subordonnées (art. 31 et 33 LTAF). Comme déjà souligné dans le chapitre précédent, les recours internes à l'administration fédérale (notamment à l'autorité hiérarchique supérieure, ou de surveillance) ont été supprimés pour l'essentiel avec la réforme de l'organisation judiciaire en 2007, et ils ne subsistent désormais que dans les cas où le recours au TAF n'est pas ouvert et que le droit fédéral ne désigne aucune autre autorité de recours<sup>35</sup>. En général, le TAF statue en tant que première instance, avant le TF ; néanmoins, dans les cas où le recours en matière de droit public est exclu<sup>36</sup>, il statue en dernier ressort, le recours constitutionnel subsidiaire n'étant jamais ouvert contre ses décisions (art. 113 LTF *e contrario*).<sup>37</sup>

Au niveau cantonal, la juridiction administrative est essentiellement assurée par des tribunaux administratifs, dont la compétence est générale mais parfois assortie d'exceptions, notamment en faveur de commissions de recours de nature judiciaire.<sup>38</sup>

En effet, comme nous venons de souligner, en vertu des exigences posées par l'art. 29a Cst. féd., et concrétisées par l'art. 86 al. 2 et 3 LTF, les cantons sont tenus d'instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral.<sup>39</sup> Il peut s'agir d'un tribunal au sens strict, appartenant au pouvoir judiciaire (à savoir les tribunaux administratifs cantonaux), soit de commissions de recours, pour autant que celles-ci offrent les garanties d'indépendance et d'impartialité découlant des art. 30 al. 1 Cst. féd.<sup>40</sup> et 6 ch. 1 CEDH. Il faut par ailleurs remarquer que les exigences de l'art. 86 al. 2 ont poussé les cantons à supprimer les commissions de recours, du moins celles statuant en instance unique, et à en déférer la compétence aux tribunaux.<sup>41</sup> De toute façon, à ce propos, la jurisprudence a établi qu'il n'est pas contraire à l'art. 30 al. 1 Cst. féd. d'avoir des tribunaux spécialisés dont l'activité se limite à un domaine déterminé, pour autant que leur compétence et leur organisation soient établies dans des normes de caractère général et abstrait et qu'il existe des justifications

<sup>35</sup> L'art. 47 PA établit que sont autorités de recours : a. le Conseil fédéral, selon les art. 72 et suivants ; b. le Tribunal administratif fédéral conformément aux art. 31 à 34 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral ; c. les autres autorités désignées comme autorités de recours par d'autres lois fédérales ; d. l'autorité de surveillance, si le recours au Tribunal administratif fédéral n'est pas ouvert et que le droit fédéral ne désigne aucune autre autorité de recours.

<sup>36</sup> En vertu des art. 83 à 85 LTF ; cf. *infra*, chap. II.4.2.3.b).

<sup>37</sup> Tanquerel, N 1301 ss.

<sup>38</sup> Tanquerel, N 1328 ss.

<sup>39</sup> Cf. *supra*, chap. I.2.

<sup>40</sup> L'art. 30 Cst. féd. prévoit que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits. Cf. *infra*, chap. III.

<sup>41</sup> Tanquerel, N 1329.

(comme par exemple l'exigence de connaissances techniques particulières) à leur mise en place. Il y a violation de l'art. 30 al. 1 Cst. féd. lorsqu'il existe des circonstances qui sont propres à susciter des doutes dans l'impartialité du tribunal, par exemple à cause du comportement d'un membre de l'autorité, mais aussi du contexte fonctionnel et organisationnel dudit tribunal.<sup>42</sup> Ainsi, une autorité cantonale peut être considérée comme un tribunal supérieur, à la condition que ses décisions ne soient pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan cantonal, qu'elle ne dépende pas du point de vue hiérarchique d'une autre autorité judiciaire cantonale, qu'elle réponde aux exigences d'indépendance requises d'une autorité judiciaire et qu'elle ait le pouvoir d'examiner librement les faits et d'appliquer d'office le droit déterminant conformément à l'art. 110 LTF.<sup>43</sup>

En général, contrairement à l'autorité hiérarchique supérieure<sup>44</sup>, la juridiction administrative qui statue suite à un recours peut revoir librement le droit et l'établissement des faits, mais ne peut pas apprécier l'opportunité de la décision attaquée. En effet, le recourant peut, en principe, invoquer la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation) ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents.<sup>45</sup> Une exception importante – et d'ailleurs peu cohérente mais justifiable pour de raisons historiques – est prévue par le recours au TAF : en effet, l'art. 49 let. c PA<sup>46</sup> dispose que le recourant peut invoquer également l'inopportunité, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué précédemment comme autorité de recours (car, dans ce cas, son pouvoir était déjà limité au contrôle du droit).<sup>47</sup> Il sied néanmoins de relever que, malgré cette disposition, le TAF fait toujours preuve de retenue lorsqu'il estime que le législateur a voulu laisser une marge d'appréciation à l'autorité inférieure, s'agissant par exemple de questions techniques ou de l'évaluation des épreuves d'examens.<sup>48</sup> Cette approche est d'ailleurs confirmée même par le TF<sup>49</sup>. À noter finalement que la révision de la LTF actuellement en cours<sup>50</sup> propose de limiter son pouvoir de contrôle aux faits et au droit en supprimant le contrôle de l'opportunité, précisément en vue de respecter la nature de juridiction administrative du TAF ; des lois spéciales pourront toujours permettre un tel contrôle dans des domaines spécifiques.<sup>51</sup>

<sup>42</sup> ATF 140 I 271. Cf. ég. ATF 139 I 121 consid. 5.1.

<sup>43</sup> ATF 136 II 470, consid. 1.1, avec renvois aux ATF 136 II 233 consid. 2.1 et 135 II 94 consid. 4.1, ainsi qu'à l'arrêt du TF 1C\_434/2009 du 1<sup>er</sup> mars 2010 consid. 4.2.

<sup>44</sup> Cf. *supra*, chap. II.2.1. et II.2.2.

<sup>45</sup> À noter que l'art. 111 al. 3 LTF établit que l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral doit pouvoir examiner au moins les griefs visés aux art. 95 à 98 LTF : cf. *supra*, chap. I.2.

<sup>46</sup> Applicable également aux procédures devant le TAF en vertu de l'art. 37 LTAF, qui prévoit que la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la présente loi n'en dispose pas autrement.

<sup>47</sup> Tanquerel, N 1306 et 522 ss., avec renvoi à l'ATF 135 V 382, consid. 4.2.

<sup>48</sup> DTAF 2009/35 du 12 février 2009, consid. 4 ; DTAF A-195/2016 du 05 juin 2017, consid. 1.4.1.

<sup>49</sup> ATF 136 I 184, consid. 2.2.1 : „Auch eine Rechtsmittelbehörde, der – wie dem Bundesverwaltungsgericht – volle Kognition zusteht, soll in Gewichtigkeitsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz respektieren. Sie muss zwar eine falsche Entscheidung korrigieren, darf aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen der Vorinstanz überlassen. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, kann sie sich mit Blick auf deren Fachwissen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, ohne damit ihre Kognition in unzulässiger Weise zu beschränken, falls im konkreten Fall keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts bestehen und die spezialisierte Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und ihre Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat“; voir à ce sujet Tanquerel, N 523.

<sup>50</sup> Cf. *infra*, chap. IV.2.

<sup>51</sup> Rapport Modification LTF, p. 12.

### II.3.2. Objet des recours

L'objet typique du recours de droit administratif est en principe une décision, mais avec les distinctions suivantes :

- au niveau fédéral (TAF), il s'agira d'une décision au sens de l'art. 5 PA d'une autorité fédérale et fondée sur le droit fédéral (art. 31 LTF) ;
- au niveau cantonal (Tribunal administratif), il s'agira soit de la décision d'une autorité administrative cantonale qui, en application tant du droit fédéral que du droit cantonal, a statué sur recours (interne) ; soit de la décision d'une autre autorité de recours (p. ex. une commission indépendante) qui n'est pas déclarée définitive par la loi, soit finalement de décisions d'autres organes (p. ex. le Parlement cantonal) ou d'entités de l'administration décentralisée, dans les cas où la loi cantonale spéciale prévoit un recours direct à l'autorité judiciaire.

Il faut relever que l'objet d'un recours de deuxième instance n'est pas la décision originaire, mais bien la décision de l'autorité de recours inférieure. En effet, le recours présenté à l'instance inférieure a un effet dévolutif<sup>52</sup>. Partant, dans la mesure où le recourant conteste également la première décision, le recours est inadmissible.<sup>53</sup>

D'un autre côté l'objet du recours devant la juridiction administrative est défini par le recourant : c'est lui qui, selon la maxime de disposition, détermine l'objet du litige, en soulignant quelles sont les questions qui sont (encore) contestées devant l'instance de recours. Ainsi, il sied de distinguer le *Anfechtungsobjekt*, d'un côté, et le *Streitgegenstand*, de l'autre<sup>54</sup> : *“Das Anfechtungsobjekt ist zwar der Ausgangspunkt und bildet den Rahmen der Beschwerde, ist jedoch nicht identisch mit deren Streitgegenstand. Dieser kann nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder allenfalls hätte sein sollen und was gemäss der Dispositionsmaxime zwischen den Parteien noch strittig ist, was sich wiederum aus den Parteibegehren, insbesondere den Beschwerdeanträgen, ergibt. Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann sich der Streitgegenstand verengen bzw. um nicht mehr strittige Punkte reduzieren, grundsätzlich jedoch nicht erweitern oder inhaltlich verändern”*.<sup>55</sup>

### II.3.3. Droit d'agir

Selon la règle générale déjà exposée précédemment, le droit suisse ne connaît pas d'*actio popularis* : pour pouvoir faire usage d'un moyen de droit, il faut faire partie d'un cercle de personnes qui sont touchées de façon directe par la décision en cause, dans leurs intérêts dignes de protection. De plus, la PA et les lois cantonales reconnaissent la qualité pour agir à des autorités, à des personnes ou à des organisations spécifiques (typiquement, il s'agit d'organisations de protection de l'environnement ou de protection des consommateurs, des travailleurs, etc.).<sup>56</sup> En vertu de l'art. 111 LTF déjà évoqué, afin de garantir l'unité de la procédure, la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit

---

<sup>52</sup> Il y a effet dévolutif en ce sens que dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours (cf. p. ex. art. 54 PA).

<sup>53</sup> ATF 125 II 29, consid. 1c.

<sup>54</sup> A ce sujet, Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1244 ss. et 1279 ss.

<sup>55</sup> ATF 136 II 457, consid. 4.2.

<sup>56</sup> Ainsi, sur le plan fédéral, la qualité pour recourir est établie à l'art. 48 PA, déjà mentionné *supra*, lequel prévoit que peut recourir quiconque : a. a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire ; b. est spécialement atteint par la décision attaquée, et c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (al. 1). A également qualité pour recourir toute personne, organisation ou autorité qu'une autre loi fédérale autorise à recourir (al. 2). Voir à ce sujet également Tanquerel, N 1358 ss.

être uniformisée avec les exigences posées par le recours au TF. Partant, la question de la qualité pour recourir sera approfondie ci-dessous, au chap. II.4.2.2.

### **II.3.4. Délais**

Sauf pour le recours pour déni de justice formel ou pour retard injustifié, qui peut être formé en tout temps, les procédures cantonales et fédérale fixent des délais péremptoires, qui ne peuvent donc pas être prolongés. Le non respect du délai pour recourir comporte l'acquisition de la force de chose jugée de la décision. À ce stade, seules restent ouvertes les voies de recours extraordinaires, notamment la demande de restitution des délais, qui est cependant soumise à des exigences très strictes<sup>57</sup>, ou la révision de la part de l'autorité de recours<sup>58</sup>. Il est encore possible d'invoquer la nullité, si la décision est gravement viciée.<sup>59</sup>

En règle générale, le délai de recours est de 30 jours (notamment à niveau fédéral : art. 50 PA), réduit à 10 jours pour les décisions incidentes (toutefois seulement au niveau cantonal) ainsi que, par exemple, dans les procédures de marchés publics.

### **II.3.5. Possibilité de révision par qui ?**

Les décisions sur recours des Tribunaux administratifs cantonaux ainsi que du TAF peuvent, aux conditions et avec les limitations établies par la LTF, faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Ce thème sera abordé dans le chapitre suivant.

## **II.4. Devant la juridiction constitutionnelle**

### **II.4.1. Généralités**

L'analyse faite dans les chapitres qui précèdent se limite à la juridiction administrative, qui constitue la principale voie par laquelle le particulier accède à la juridiction constitutionnelle suisse. Celle-ci peut donc être saisie en passant par la voie (administrative) i) fédérale, à savoir le Tribunal administratif fédéral ou ii) cantonale, après épuisement des voies de recours inférieures.

C'est surtout par le biais du recours en matière de droit public que le Tribunal fédéral exerce son rôle protecteur de l'effectivité des droits constitutionnels des particuliers. Dans les chapitres suivants on examinera donc de manière plus approfondie ce moyen. Par souci d'exhaustivité, il faut néanmoins relever que, en raison des spécificités du *recours unifié* au TF<sup>60</sup>, la juridiction constitutionnelle peut être saisie également en passant par la juridiction soit civile (cantonale et fédérale<sup>61</sup>), soit pénale (cantonale et fédérale<sup>62</sup>), par le biais du recours en matière civile et du recours en matière pénale. Pour ces deux moyens, nous ne nous limiteront qu'à en tracer brièvement les principaux éléments les caractérisant par rapport au recours en matière de droit public. D'ailleurs, même du point de vue de la systématique de la LTF, les dispositions spécifiques à chaque voie de recours sont très peu nombreuses. La raison est que chaque chapitre ne contient que les dispositions nécessaires pour distinguer entre elles les

---

<sup>57</sup> Dans la procédure fédérale, elle est réglée par l'art. 24 PA.

<sup>58</sup> Voir les art. 66 ss. PA. Les voies de recours extraordinaires ne seront pas traitées dans ce travail.

<sup>59</sup> La nullité peut être soulevée en tout temps et en toute circonstance, le droit de le faire appartient à toute personne ; elle doit même être relevée d'office par l'autorité. À ce sujet, voir Dubey/Zufferey, N 1009 ss. ainsi que, pour un exemple de jurisprudence, ATF 137 I 273, consid. 3.1.

<sup>60</sup> Cf. *supra*, chap. I.2. et *infra*, chap. II.4.2.

<sup>61</sup> Le Tribunal fédéral des brevets.

<sup>62</sup> Le Tribunal pénal fédéral.

différentes voies de recours et ne règle que les questions pour lesquelles une unification n'a pas été envisageable (p. ex. les exceptions à l'accès au Tribunal et la qualité pour recourir) ; pour le reste, la procédure de recours est unifiée (art. 90 à 112 LTF).

#### **II.4.2. Le recours unifié (en particulier, le recours en matière de droit public)**

Le recours en matière de droit public est réglé aux art. 82 – 89 LTF. De plus, les dispositions sur la procédure de recours (art. 90 – 112 LTF) communes aux recours unifiés s'appliquent. Parmi elles, les art. 95 à 98 LTF instaurent un catalogue de *motifs de recours* (ou *griefs* que le recourant peut invoquer à l'appui de son recours).

##### **II.4.2.1 Les motifs de recours**

Principalement, le recours peut être formé pour violation :<sup>63</sup>

- a) du *droit fédéral*, à savoir : la Constitution (y compris les droits fondamentaux), les lois, les ordonnances, les arrêtés fédéraux ;
- b) du *droit international*, dans un sens large, à savoir le droit international (plus précisément ses normes *self-executing*<sup>64</sup>) ratifié par la Suisse (et donc à proprement parler faisant déjà partie du droit fédéral au sens de la let. a), mais aussi le droit international coutumier et les principes généraux du droit international<sup>65</sup> ;
- c) des *droits constitutionnels cantonaux* ; des dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires (let. d) ; du droit intercantonal (let. e). Bien que non indiqué parmi les griefs de l'art. 95 LTF<sup>66</sup>, il faut mentionner un autre cas important où le TF peut contrôler l'application du droit cantonal, à savoir celui où le grief porte sur la violation de l'autonomie communale<sup>67</sup>.

En général, la formulation de ces griefs montre que la violation du droit cantonal ne peut pas être invoquée de manière généralisée, mais seulement dans des cas particuliers. Cette approche part de l'idée – marquée d'une empreinte fédéraliste – que sa bonne application doit en principe être contrôlée par les instances cantonales et qu'avec le recours en matière de droit public, le particulier ne peut pas faire valoir la violation du droit cantonal en tant quel tel.<sup>68</sup> Dans sa jurisprudence constante, le TF rappelle qu'il reste néanmoins toujours possible de «faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 LTF, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels »<sup>69</sup>. Dans ces circonstances, le TF ne pourra revoir l'application et l'interprétation du droit cantonal que sous l'angle étroit de l'arbitraire, en restreignant donc son pouvoir de cognition.

---

<sup>63</sup> À ce sujet, en général, voir également Chaix, p. 188 ss.

<sup>64</sup> Ainsi p. ex., selon une jurisprudence constante du TF, bien que critiquée, la CEDH, le Pacte ONU II, mais non le Pacte ONU I.

<sup>65</sup> Cf. *i.a.* Mahon, N 314.

<sup>66</sup> Il figure néanmoins à l'art. 189 let. e Cst. féd. ainsi que à l'art. 89 al. 2 let. c) LTF (en relation avec la qualité pour agir).

<sup>67</sup> L'art. 50 al. 1 Cst. féd. institue une garantie de l'autonomie communale, toutefois dans les limites fixées par le droit cantonal. Bien que ce thème ne relève pas directement du présent travail, il sied de remarquer que le recours au TF pour violation de l'autonomie communale a été défini par la doctrine comme « l'un des acquis les plus remarquables de la juridiction constitutionnelle ». Sur ce recours, Auer/Malinverni/Hottelier, N 2184 ss.

<sup>68</sup> Mahon, N 315

<sup>69</sup> ATF 138 V 67, consid. 2.2., avec les renvois.

À noter que, en vertu de l'art. 98 LTF, s'agissant de recours formés contre des *décisions portant sur des mesures provisionnelles*, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels.

#### **II.4.2.2 La qualité pour agir**

La qualité pour agir par un recours en matière de droit public est réglée à l'art. 89 LTF<sup>70</sup> : l'al. 1 règle les conditions générales de la qualité pour recourir ; l'al. 2 ouvre le recours à diverses autorités ou organisations afin qu'elles puissent sauvegarder non pas des intérêts privés mais bien l'intérêt public (on parle de «*abstrakte Beschwerderechte*»), et l'al. 3 aborde la question spécifique de la qualité pour recourir en matière de droits politiques.

##### *II.4.2.2.a) Des particuliers*

La qualité pour recourir est, en général, subordonnée à la réalisation de trois conditions cumulatives, énumérées à l'art. 89 al. 1 let. a à c LTF : avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ; être particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué ; et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Ces conditions revêtent une dimension particulière selon que l'acte attaqué (*i.e.* l'objet du recours au sens de l'art. 82 LTF) soit une décision, un acte normatif ou un acte en matière de droits politiques.<sup>71</sup>

La première condition (let. a) impose au particulier d'avoir *pris part à la procédure* devant l'autorité précédente ou avoir été privé sans faute de la possibilité de le faire.

D'un côté, cette exigence n'implique pas nécessairement que le recourant ait eu qualité de partie au stade précédent de la procédure : il suffit qu'il y ait pris part en tant que simple participant, ce que la loi permet parfois déjà depuis la première instance cantonale. Ainsi, les cosignataires d'une plainte en matière de radio et télévision, prévue par la loi spéciale, peuvent recourir au TF (à condition de remplir également les conditions de l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF), même s'ils n'ont pas formellement saisi l'organe de médiation, ni déposé eux-mêmes la plainte contre l'émission contestée ; le fait de s'être contentés d'appuyer la plainte déposée par d'autres suffit sous l'angle de cette disposition.<sup>72</sup>

D'un autre côté, l'empêchement non fautif à la participation à la procédure devant l'instance précédente doit être fondé sur des motifs objectifs. Le cas typique est celui dans lequel l'autorité précédente n'a pas mis en cause le particulier alors qu'elle aurait dû le faire. Ici, néanmoins, le recourant doit démontrer avoir fait preuve de toute la diligence raisonnable pour y prendre part, faute de quoi son recours sera déclaré irrecevable.

Ensuite, la loi exige que le recourant soit *particulièrement atteint* par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b). Cette condition vise à exclure l'*actio popularis*, en prescrivant que

---

<sup>70</sup> La qualité pour former un recours en matière pénale est différente et est réglée par l'art. 81 LTF, qui la reconnaît à « quiconque : a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ; et b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier : 1. l'accusé, 2. le représentant légal de l'accusé, 3. l'accusateur public, 4. (...), 5. la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles, 6. le plaignant, pour autant que la contestation porte sur le droit de porter plainte, 7. le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement des affaires pénales administratives selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif ». Il précise ensuite les circonstances dans lesquelles le Ministère public de la Confédération ou des départements et unités administratives fédéraux ont qualité pour recourir.

<sup>71</sup> Sur ce thème, il sera fait référence principalement à Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 16 ss. ad art. 89, ainsi que à Tanquerel, N 1358 ss. et Zufferey/Dubey, N 2073 ss.

<sup>72</sup> ATF 137 II 40, consid. 2.6.2.

seuls peuvent recourir ceux qui sont touchés par la décision de manière plus importante que la généralité des citoyens. Le recourant doit partant avoir un rapport particulier, étroit et digne de considération avec l'objet de contestation ; le recours déposé dans l'intérêt général ou dans celui d'un tiers est exclu. Cette condition est étroitement liée à la suivante.

Finalement, la let. c exige que le recourant ait un *intérêt digne de protection* à l'annulation ou à la modification de la décision querellée. Tel est le cas lorsqu'il démontre que sa situation factuelle (matérielle, idéale, patrimoniale, etc.) et/ou juridique<sup>73</sup> peut être positivement et concrètement influencée par une issue favorable du recours. L'intérêt pratique doit également être actuel et exister jusqu'au moment où l'arrêt est rendu, sauf dans les cas où la question litigieuse est une question de principe qui pourrait se reproduire en tous temps, en générant ainsi un intérêt public important à sa résolution.

Ainsi, selon une formule consacrée par la jurisprudence (qui en réalité n'opère pas de distinction nette entre la let. b et la let. c), « l'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que le recourant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. L'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération [...]). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire au niveau de la juridiction administrative fédérale »<sup>74</sup>.

Dans la plupart des cas, ces conditions sont remplies par le *destinataire direct* de la décision attaquée.

Pour ce qui est en revanche des *tiers*, la situation est moins immédiate et requiert quelques remarques.

La jurisprudence exige que le tiers se trouve avec l'objet du litige dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération et qu'il soit touché avec une intensité plus grande que le reste des administrés.<sup>75</sup>

Le cas typique est constitué par le *voisin* qui conteste une autorisation de bâtir, s'il invoque la violation de dispositions du droit de la protection de l'environnement ou du droit de la construction qui ont été adoptées en vue de protéger à la fois l'intérêt public et les voisins, notamment contre les immissions de bruit, de polluants atmosphériques, etc.<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> À noter toutefois que l'existence d'un intérêt *juridique* du recourant n'est pas exigée, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que la disposition dont la violation est invoquée soit destinée à protéger le recourant.

<sup>74</sup> Cf. p. ex. ATF 133 II 468, consid. 1, ainsi que ATF 138 II 162, consid. 2.1.2.

<sup>75</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 2014.

<sup>76</sup> Cf. p. ex. ATF 136 II 281 (qualité pour recourir admise chez les personnes qui habitent le long de la route d'accès à une décharge et peuvent percevoir nettement le trafic poids lourds supplémentaire, engendré par celle-ci) ainsi que ATF 141 II 214 (s'agissant de déterminer la qualité pour recourir en cas d'émissions lumineuses engendrées par de grandes installations, il est admis de la restreindre à certains éléments des installations. Une atteinte particulière doit être admise lorsqu'il existe un lien visuel direct avec la source lumineuse et que celle-ci est clairement identifiable). Dans la DTAF 2008/18 du 02 avril 2008, les juges ont admis la qualité pour recourir des habitants qui sont directement affectés par l'établissement de la structure de l'espace aérien en raison de leur proximité géographique à l'aéroport.

En ce qui concerne en revanche la qualité pour agir des *concurrents* du destinataire de la décision, la jurisprudence pose des conditions plus restrictives. De l'avis du TF, le simple fait, pour un concurrent, de craindre une concurrence accrue par l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs économiques ne saurait fonder un intérêt légitime suffisant, car cette circonstance, bien qu'elle le touche personnellement, est inhérente au système et au principe même de la libre concurrence. Une relation particulièrement étroite et digne de protection peut en revanche découler de la législation applicable, notamment lorsque les concurrents agissent dans un secteur économique réglementé par des mesures de politique économique ou d'autre nature (notamment de santé publique), et que cette réglementation les pose dans une relation réciproque spéciale, qui fait surgir un intérêt digne de protection.<sup>77</sup> Au surplus, un concurrent a qualité pour recourir lorsqu'il fait valoir que d'autres concurrents ont été privilégiés par rapport à lui. Par contre, le simple intérêt général des concurrents à une application correcte du droit à l'encontre de tous les acteurs économiques n'est pas suffisant, et cela même pour les concurrents qui craignent de souffrir une baisse des ventes suite à une éventuelle admission illicite de nouveaux produits sur le marché.<sup>78</sup>

La jurisprudence a ensuite développé des critères spécifiques applicables à la qualité pour recourir dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public. Dans ce contexte, la légitimation n'est pas systématiquement reconnue à tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue. Leur seule participation à la procédure ne suffit pas pour justifier un intérêt digne de protection à attaquer la décision. Le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue doit encore démontrer qu'il aurait été apte à obtenir l'adjudication, à savoir qu'il avait vraiment une réelle chance d'obtenir l'adjudication, notamment car il remplissait les critères de qualification. Il n'a pas d'intérêt à recourir digne de protection si, même en cas d'admission de son recours, il n'aurait pas pu se voir adjudger le marché.<sup>79</sup> La jurisprudence a ainsi tendance à reconnaître la légitimation à recourir à la seule entreprise classée en deuxième, voire en troisième rang. Par contre, le TF a admis que si l'ensemble de la procédure doit être répétée à cause de la gravité des vices invoqués, le soumissionnaire évincé dans la procédure sur invitation dispose d'un intérêt pratique, car il pourrait déposer une nouvelle offre et ainsi augmenter ses chances d'obtenir le marché.<sup>80</sup>

Finalement, la jurisprudence a également précisé les conditions auxquelles les *personnes morales organisées de manière corporative (associations)* possèdent la qualité pour recourir. Avant tout, tout comme des personnes physiques, elles sont habilitées à recourir en leur propre nom, lorsque elles sont directement touchées par une décision et qu'elles font valoir la défense de leurs propres intérêts qui auraient été atteints (art. 89 al. 1 LTF). Ensuite, une association peut agir également pour protéger l'intérêt de ses membres, sans qu'elle soit elle-même touchée par l'acte ; son recours sera alors dénommé *recours corporatif égoïste*<sup>81</sup>. Il faut dans ce cas qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En

---

<sup>77</sup> ATF 125 I 7, consid. 3 g/bb) ; arrêt du TF 2C\_694/2009 du 20 mai 2010, consid. 1.1, non publié dans l'ATF 136 II 291.

<sup>78</sup> Cf. ATF 139 II 328, consid. 2. ; ATF 138 I 378, consid. 1.2.4.; ATF 127 II 264, consid. 2c. Pour des cas d'application, cf. Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 26 ss. ad art. 89.

<sup>79</sup> ATF 141 II 14, consid. 4.

<sup>80</sup> ATF 141 II 307, consid. 6.

<sup>81</sup> Par opposition au *recours corporatif idéal ou altruiste*, admis par l'art. 89 al. 2 let. d LTF : cf. *infra*, chap. II.4.2.2.c).

revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux.<sup>82</sup>

Lorsque le recours est dirigé contre un *acte normatif cantonal*<sup>83</sup>, la qualité pour recourir obéit à des exigences moins rigoureuses : la jurisprudence admet en effet qu'une simple atteinte *virtuelle* est suffisante. Il suffit donc que l'on puisse prévoir avec un minimum de vraisemblance que les recourants puissent un jour être touchés directement par l'acte normatif attaqué afin que ceux-ci soient à même d'agir. Un intérêt de fait est suffisant. En revanche, un recours formé dans l'intérêt général ou qui tend seulement à une application correcte du droit ne serait pas recevable.<sup>84</sup>

Finalement, *en matière de droits politiques*<sup>85</sup>, la qualité pour recourir est réglée par l'art. 89 al. 3 LTF et appartient à toute personne physique disposant du droit de vote dans l'affaire en cause, cela même en l'absence d'un intérêt personnel direct à l'aboutissement du recours (p. ex. en cas d'annulation d'une élection).<sup>86</sup>

#### II.4.2.2.b) Des autorités et d'autres collectivités publiques

Au surplus, l'art. 89 al. 2 LTF reconnaît expressément la qualité de recourir également à certaines autorités et collectivités, et cela indépendamment de la réalisation des conditions prévues à l'al. 1.<sup>87</sup>

Une première catégorie est composée par la Chancellerie fédérale, les départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, des unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attributions (let. a)<sup>88</sup>. Le Tribunal fédéral a établi que, à la lumière de la nature abstraite et autonome de ce fondement de la légitimation par rapport à ce qui est prévu à l'al. 1, les autorités fédérales peuvent participer à la procédure devant le Tribunal fédéral pour la première fois et déposer de nouvelles requêtes non contestées dans la procédure de recours cantonale. Elles peuvent aussi requérir une *reformatio in peius* de la décision de première instance.<sup>89</sup> La *ratio* de cette légitimation spécifique, accordée à des organismes qui ne sont pas atteints par la décision, réside dans la volonté d'assurer, par la voie du recours au TF, la bonne et uniforme application du droit fédéral, eu égard au fait que sans cette faculté de nombreuses décisions (cantonales) positives pour le destinataire resteraient sans contrôle judiciaire ; il s'agit donc d'un recours conçu dans l'intérêt général.<sup>90</sup>

---

<sup>82</sup> Cf. ATF 137 II 40, consid. 2.6.4 ; 136 II 539, consid. 1.1 ; 134 II 120 consid. 2. Voir également Mahon, N 330 ainsi que Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 11 ad art. 89. À noter que seules les associations peuvent intenter un recours égoïste, car les personnes morales du Code des obligations suisse (sociétés commerciales) n'ont pas des « membres » à représenter.

<sup>83</sup> Cf. *infra*, chap. II.4.2.3.

<sup>84</sup> ATF 138 I 435 consid. 1.6 ; ATF 136 I 17 consid. 2.1. ; ATF 134 I 269, consid. 2.1., et les références.

<sup>85</sup> Cf. *infra*, chap. II.4.2.3.a).

<sup>86</sup> Pour des exemples : ATF 134 I 172 ; ATF 138 I 171 ; pour plus de détails, cf. Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 56 ss. ad art. 89.

<sup>87</sup> A ce sujet, cf. *in extenso* Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 44 ss. ad art. 89.

<sup>88</sup> La légitimation de l'organe compétent de l'Assemblée fédérale en matière de rapports de travail du personnel de la Confédération (let. b) constitue un cas spécifique que l'on se limite à indiquer.

<sup>89</sup> ATF 136 II 359, consid. 1.2.

<sup>90</sup> Mahon, N 328

D'un autre côté, disposent également de la qualité spéciale pour recourir les communes et les autres collectivités de droit public (p. ex. une association intercommunale<sup>91</sup>), qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale (let. c). Cette disposition trouve principalement application aux communes qui invoquent leur autonomie ancrée au niveau fédéral à l'art. 50 al. 1 Cst. féd., contre les empiètements des autorités cantonales.<sup>92</sup>

Lorsque les conditions de cet alinéa spécifique ne sont pas satisfaites, les collectivités publiques<sup>93</sup> peuvent encore essayer de se prévaloir de la qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF, si elles en remplissent les conditions développées par la jurisprudence.<sup>94</sup> Il faut néanmoins relever que la clause générale de l'al. 1 était à l'origine conçue pour les particuliers. De ce fait, la jurisprudence n'admet que de manière restrictive la qualité pour recourir d'une collectivité publique fondée sur cette base.<sup>95</sup> Ainsi, il est nécessaire (i) soit qu'elle soit atteinte de la même manière qu'un particulier dans sa situation juridique ou matérielle (notamment dans ses intérêts patrimoniaux, en relation à la sauvegarde de son patrimoine administratif ou financier)<sup>96</sup>; (ii) soit que, agissant dans le cadre de sa puissance publique, elle soit touchée dans ses intérêts propres dignes de protection, c'est-à-dire dans ses prérogatives de puissance publique, et dispose d'un intérêt public propre à l'annulation ou à la modification de l'acte. C'est le cas par exemple lorsqu'elle revendique le paiement d'un émolument, ou en tant que bénéficiaire d'une subvention, ou encore lorsqu'elle prévoit de créer une installation sportive ou une décharge.<sup>97</sup> La protection de l'intérêt général à l'application correcte du droit ou de n'importe quel intérêt financier de la collectivité publique découlant directement ou indirectement de l'exécution d'une tâche publique ne suffisent par contre pas.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> ATF 134 I 204.

<sup>92</sup> ATF 138 I 143, consid. 3.1; ATF 136 I 404, consid. 1.1.3; ATF 135 I 43, consid. 1.2. En matière de fusions communales: ATF 131 I 91 ainsi que arrêt du TF non publié du 26 mai 2009, 1C\_41/2008.

<sup>93</sup> À noter que ce sont les collectivités elles-mêmes qui peuvent recourir, et non les autorités de cette collectivité, ni une branche de l'administration dépourvue de personnalité juridique, même si celles-ci ont rendu la décision à l'origine de la procédure, à moins d'être au bénéfice d'une procuration expresse lui permettant d'agir au nom de la collectivité publique dont elle relève: ATF 141 I 253, consid. 3; ATF 136 II 383 consid. 2.1. Pour un exemple relatif à une commune: ATF 140 I 90.

<sup>94</sup> Aubry Girardin, in: Commentaire LTF, N 39 ss. ad art. 89, avec une présentation complète de la jurisprudence; Mahon, N 328.

<sup>95</sup> Il convient de faire preuve d'une retenue particulière lorsque s'opposent des organes d'une même collectivité publique, en l'occurrence les autorités exécutives cantonales et le tribunal administratif cantonal: le Canton n'a en principe pas la faculté de présenter un recours destiné au rétablissement de sa propre décision, en tout cas pas lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application du droit cantonal: le Tribunal fédéral n'intervient pas pour résoudre les conflits entre autorités exécutives et judiciaires cantonales (ATF 141 II 161, consid. 2. 2).

<sup>96</sup> ATF 136 II 274.

<sup>97</sup> ATF 135 II 156, consid. 3.2. Cf. également ATF 142 II 259, consid. 4.1: la collectivité publique, en tant qu'employeur, n'agit certes pas au même titre qu'un particulier dans une contestation découlant de rapports de travail régis par le droit public, mais elle a néanmoins un intérêt spécifique digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision d'un tribunal, lorsque celui-ci annule un blâme qu'elle avait prononcé à l'encontre de son employé. La collectivité publique se trouve en effet dans une situation juridique analogue à celle d'un employeur privé parce que les prestations pécuniaires qu'elle conteste devoir fournir (notamment un salaire ou une indemnité pour licenciement abusif) pourraient être dues par tout employeur dans une situation comparable.

<sup>98</sup> ATF 138 II 506 2.1.1; ATF 141 II 161, consid. 2: la qualité pour recourir est admise lorsque les prétentions financières litigieuses atteignent un montant considérable et que la question juridique en cause a une valeur de précédent pour l'exécution d'une tâche publique avec une répercussion financière importante qui dépasse le cas particulier; la qualité pour recourir est en revanche déniée lorsque seules sont en cause les conséquences

*II.4.2.2.c) Des organisations et autorités auxquelles une autre loi accorde un droit de recours*

Finalement, en vertu de la let. d, ont qualité pour recourir également les personnes, organisations et autorités auxquelles une autre loi fédérale accorde un droit de recours. Celles-ci n'ont dès lors pas à justifier un intérêt digne de protection.<sup>99</sup> On parle de *recours corporatif abstrait* ou de *recours idéal* (par opposition au recours corporatif égoïste que l'on vient de traiter). En effet, elles n'agissent pas pour elles-mêmes ou pour leurs membres, mais bien dans un but d'intérêt public dont une loi leur confie la protection. Il s'agit surtout de secteurs dans lesquels la poursuite d'intérêts publics est affaiblie en raison du fait que d'autres intérêts publics contradictoires coexistent ou que les intérêts privés opposés sont représentés par des parties prenantes influentes. La constellation typique est celle où il y a un conflit entre les intérêts à l'exploitation économique des ressources et les intérêts à leur protection sociale ou écologique.<sup>100</sup>

Ainsi, un tel droit de recours est notamment prévu pour les organisations de protection de la nature et du paysage actives au niveau national et poursuivant un but non lucratif au sens de l'art. 12 LPN<sup>101</sup>, ou encore pour les organisations de protection de l'environnement selon l'art. 55 LPE ; il est cependant assujéti à un certain nombre de limitations supplémentaires quant aux conditions de reconnaissance des organisations effectivement habilitées à recourir, ainsi qu'aux décisions pouvant être attaquées.<sup>102</sup> Ce thème, d'ailleurs, fait en Suisse l'objet d'un débat doctrinal et politique acharné.<sup>103</sup> À noter finalement que ce droit de recours s'étend aux procédures cantonales dans la mesure où le recours en matière de droit public au TF est ouvert, et cela en vertu de l'art. 111 al. 1 LTF.

---

financières de l'activité administrative, qui touchent la collectivité publique en sa qualité d'autorité détentrice de la puissance publique.

Pour une illustration très systématisée de tous les scénarios dans lesquels une collectivité publique peut devoir agir avec un recours au TF, voir Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1509 ss.

<sup>99</sup> Mahon, N 327.

<sup>100</sup> Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1482 ss.

<sup>101</sup> L'art. 12 al. 1 LPN (Droit de recours des communes et des organisations reconnues) prévoit qu'ont qualité pour recourir contre les décisions des autorités cantonales ou fédérales : a. les communes ; b. les organisations qui se vouent à la protection de la nature, à la protection du paysage, à la conservation des monuments historiques ou à des tâches semblables, aux conditions suivantes : i) l'organisation est active au niveau national, ii) l'organisation poursuit un but non lucratif ; les éventuelles activités économiques servent le but non lucratif. L'al. 2 spécifie que l'organisation a le droit de recourir uniquement dans les domaines du droit visés depuis dix ans au moins par ses statuts. L'al. 3 délègue au Conseil fédéral la tâche de désigner les organisations qui ont qualité pour recourir.

<sup>102</sup> Voir par exemple ATF 139 II 271 : le droit d'une association (Helvetia Nostra) de recourir contre une autorisation de construire pour une résidence secondaire délivrée à un propriétaire était controversé. La recourante invoquait la violation d'une disposition constitutionnelle portant sur la limitation des résidences secondaires (art. 75b Cst. féd.). Pour déterminer si l'association était habilitée à recourir au regard de l'art. 12 LPN, il fallait néanmoins examiner si, conformément à la let. b) de cette disposition, l'objet du litige touchait à une tâche fédérale. Le TF a donc dû préalablement analyser si la limitation de la construction de résidences secondaires selon l'art. 75b Cst. féd. représente une tâche de la Confédération tendant à protéger la nature et l'aspect caractéristique du paysage. Il a finalement admis que les autorisations de construire peuvent faire l'objet d'un recours par les organisations de protection de la nature et du paysage, au sens de l'art. 12 LPN, pour violation de l'art. 75b Cst.

<sup>103</sup> Tanquerel, N 1379 ss., avec renvois.

En outre, d'autres lois spéciales prévoient un droit de recours des associations des employeurs et des travailleurs, des organisations pour la protection des consommateurs, des associations professionnelles ou économiques, ainsi que des associations cantonales des avocats.<sup>104</sup>

Même dans ces cas, lorsque les conditions spécifiques pour reconnaître à ces entités un droit de recours ne sont pas remplies, les organisations peuvent néanmoins recourir si elles remplissent les conditions de l'al. 1, tout comme un particulier.<sup>105</sup>

### **II.4.2.3 L'objet du recours**

L'art. 82 LTF identifie trois catégories d'actes qui peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public : les décisions rendues dans des causes de droit public ; les actes normatifs cantonaux ; les actes en matière de droits politiques (chap. II.4.2.3.a).

Les art. 83 – 85 LTF posent en revanche une série de limitations à l'accès à la juridiction constitutionnelle ; d'un côté, ils dressent un catalogue de domaines ou de matières dans lesquels le recours n'est pas recevable, même si la décision remplit les autres conditions, et de l'autre ils fixent des seuils en fonction de valeurs litigieuses minimales (chap. II.4.2.3.b).

#### **II.4.2.3.a) Le principe**

##### **a) les décisions rendues dans des causes de droit public (lettre a)**

Le recours doit être dirigé contre une *décision*, à savoir un acte d'application fondé sur le droit public (cantonal ou fédéral) et émanant d'une des autorités visées à l'art. 86 al. 1 LTF : le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision ainsi que les autorités cantonales de dernière instance ; celles-ci, en vertu de l'art. 86 al. 2 LTF, doivent être des tribunaux supérieurs.<sup>106</sup>

La notion de décision au sens de cette disposition se réfère à tout acte d'une autorité qui règle de manière unilatérale et contraignante un rapport juridique dans un cas concret ; elle s'oppose donc à l'acte normatif, de caractère général et abstrait<sup>107</sup>. Le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'une notion autonome qui s'étend au-delà de la notion de décision administrative au sens de l'art. 5 PA<sup>108</sup> et qu'il faut interpréter de manière extensive afin de tenir compte des besoins de protection des administrés au regard des droits fondamentaux.<sup>109</sup>

Dans la plupart des cas il est plutôt facile de classer l'acte en question dans l'une ou l'autre catégorie, car il s'agit de situations claires : le scénario le plus fréquent tombant sous la let. a)

---

<sup>104</sup> Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1490 ss.

<sup>105</sup> Aubry, in : Commentaire LTF, N 54 ss. ad art. 89, avec un exposé complet de la casuistique.

<sup>106</sup> A cet égard, cf. *supra*, chap. I.2.

<sup>107</sup> Qui peut également être objet du recours en vertu de l'art. 82 let. b LTF ; cf. ci-dessous, dans ce chapitre. À noter que, en vertu des art. 90 à 93 LTF communs à tous les recours, il peut s'agir soit de décisions finales, soit de décisions partielles, soit de décisions préjudicielles ou incidentes ; sur ces notions et leur application, cf. Corboz, in : Commentaire LTF, ad art. 90 – 93.

<sup>108</sup> En général, sur la notion de décision administrative en droit public suisse, cf. *supra*, chap. II.2.2.

<sup>109</sup> Wurzburger, in : Commentaire LTF, N 27 ss. ad art. 82. Par exemple, dans l'ATF 138 I 6 (consid. 1.2.), les juges ont relevé que "*Bei der Umschreibung des Anfechtungsobjekts wird – insbesondere, wenn Grundrechtspositionen betroffen sind – auch auf das Rechtsschutzbedürfnis abgestellt*" et ont admis qu'une simple communication du président de la cour compétente du TAF établie sur la base d'une loi fédérale spéciale devait pouvoir faire l'objet d'un recours en matière de droit public même si ni la loi en question, ni la communication même ne prévoient explicitement aucune voie de recours. Ils ont notamment observé que "*Unter diesem Gesichtswinkel kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Beschwerdeführer durch die Mitteilungen des Beauftragten und des Abteilungspräsidenten individuell in Grundrechtspositionen betroffen ist. Ein Bedürfnis nach einer Überprüfung kann nicht verneint werden.*"

est en effet celui dans lequel l'autorité précédant le TF a statué sur recours contre une décision, et que sa décision est attaquée devant le TF.

Cependant, la qualification d'un acte en tant que décision n'est pas toujours aisée, si l'acte possède des caractéristiques mixtes qui le situent dans la zone grise entre la décision et l'acte normatif.<sup>110</sup>

C'est le cas par exemple des *plans d'aménagement du territoire*. À cet égard, la jurisprudence a établi que les plans d'affectation (au sens de art. 14 LAT<sup>111</sup>) doivent être considérés comme des décisions, pour autant qu'ils contiennent des mesures détaillées et obligatoires. Cela ne vaut pas pour les plans directeurs des cantons (art. 9 LAT), lesquels contiennent des règles générales eu égard au cours que doit suivre l'aménagement de leur territoire, ainsi qu'à la façon de coordonner les activités et les moyens nécessaires afin d'atteindre le développement souhaité ; ceux-ci ont force obligatoire seulement pour les autorités, étant réservé le cas où le plan contiendrait des dispositions obligatoires pour les propriétaires.<sup>112</sup>

Un autre exemple est fourni par les *décisions générales (Allgemeinverfügungen)*, à savoir des décisions qui concernent une situation concrète mais s'adressent à un nombre indéterminé de destinataires ; la jurisprudence les considère comme des décisions, et donc attaquables en vertu de l'art. 82 let. a LTF, en tout cas si elles sont applicables sans qu'une décision ultérieure doive les concrétiser.<sup>113</sup>

La notion large de décision devrait également inclure les *actes matériels* (« *Realakten* »<sup>114</sup>) qui touchent à la situation juridique de l'intéressé. La question n'a pas encore été tranchée de manière univoque et systématique par la jurisprudence, mais jusqu'à présent il nous paraît possible de dégager une tendance du TF à étendre la possibilité de les soumettre à un contrôle judiciaire, du moins lorsqu'il est nécessaire d'assurer une majeure protection des droits fondamentaux des particuliers.

D'un point de vue procédural, on peut distinguer deux scénarios<sup>115</sup>. Avant tout, l'hypothèse dans laquelle l'instance précédente a considéré l'acte matériel comme un acte attaquant et est partant entrée en matière sur le recours en se prononçant sur le fond ; le recours au TF est alors ouvert<sup>116</sup>, quitte à ce que le TF constate que l'autorité précédente n'aurait pas dû se saisir de l'affaire. Dans la deuxième hypothèse, en revanche, l'autorité précédente a rendu une

---

<sup>110</sup> La délimitation peut néanmoins s'avérer décisive par exemple lorsque le recourant qualifie par erreur l'acte cantonal en tant qu'acte normatif et présente un recours direct au TF (let. b), alors que, s'agissant en réalité d'une décision, il aurait dû auparavant saisir la dernière instance cantonale (let. a), car il sera après déchu de tous ses droits.

<sup>111</sup> Les plans d'affectation règlent le mode d'utilisation du sol. Ils délimitent en premier lieu les zones à bâtir, les zones agricoles et les zones à protéger.

<sup>112</sup> Voir, respectivement, ATF 138 II 22, consid. 1.1 et 1.2, et ATF 119 la 285, consid. 3b. Pour un approfondissement de la question, cf. Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 45 ss. ad art. 82 avec renvois.

<sup>113</sup> Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 43 ad 82 avec de nombreux exemples, parmi lesquels on peut notamment mentionner : la décision d'admission de produits étrangers selon le principe du Cassis-de-Dijon (arrêt du TF 2C\_457/2011 du 26 octobre 2011, consid. 4.2) ; la modification du prix d'un médicament sur la liste des spécialités (arrêt du TF 9C\_766/2008 du 15 juillet 2009, consid. 1.1 et 4.3). Par contre, l'acte cantonal fixant des tarifs en matière hospitalière (taxes journalières maximales des homes privés) en application du droit cantonal est traité comme un acte normatif (ATF 135 V 309) et doit être attaqué par le recours ex art. 82 let. b LTF.

<sup>114</sup> Sur cette notion, cf. *supra*, chap. II.2.2.

<sup>115</sup> En suivant la systématique de l'exposition détaillée de Wurzbürger in : Commentaire LTF, N 31 ad art. 82.

<sup>116</sup> ATF 138 I 6, consid. 1.2. Cette solution ne fait cependant pas l'unanimité en doctrine.

décision d'irrecevabilité sans entrer en matière ; le recourant pourra dès lors déférer cette décision au TF pour qu'il se prononce sur le bien-fondé de celle-ci.

Quant au fond de la question, il faut rappeler que, en principe, l'acte matériel n'est pas susceptible d'un recours pouvant conduire à une décision par la suite attaquant avec un recours en matière de droit public. Cependant dans sa jurisprudence plus récente, le TF a parfois reconnu la nécessité de garantir une protection juridique ; ne pouvant pas qualifier l'acte matériel de décision, soit il a souligné la faculté pour le destinataire de provoquer une décision formelle (en constatation) au sens de l'art. 25a PA ou d'une disposition analogue de la procédure cantonale, soit (en l'absence d'une telle disposition cantonale<sup>117</sup>) il s'est fondé sur la garantie de l'accès au juge au sens de l'art. 29a Cst. féd. Dans son argumentation, il a parfois mis en avant également le devoir découlant de l'art. 35 II Cst. féd.<sup>118</sup> de respecter les droits fondamentaux dans l'exécution des tâches publiques.

Ainsi, il a par exemple jugé que la mutation d'un fonctionnaire de police lui imposant un changement d'affectation et de tâches tout en gardant intacte l'échelle du salaire, bien que qualifiée comme une simple mesure de réorganisation interne du service et dépourvue de tout caractère disciplinaire, revêtait bel et bien la nature d'un acte susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire en tant que titulaire de droits et obligations à l'égard de l'État. Les juges ont partant conclu que la contestation qui en est résultée devait bénéficier de la garantie du droit au juge de l'art. 29a Cst. féd.<sup>119</sup>

Dans un autre cas, le TF a admis que les actes matériels adoptés à l'encontre des requérants d'asile hébergés dans un centre d'accueil géré par une Fondation privée sur la base d'un règlement interne de maison ne pouvaient pas rester sans protection juridique. En effet, au vu des circonstances concrètes, il peut arriver qu'un ensemble d'actes répétés (tels que de nombreuses intrusions intempestives des agents de sécurité dans les chambres, même pendant la nuit, des remarques déplacées sur sa personne, des refus ou des instructions du personnel du centre, etc.) peuvent restreindre de manière significative la liberté personnelle de l'hôte ou porter une atteinte sérieuse à sa personnalité. Le Tribunal a souligné que la Fondation, en tant que délégataire d'une tâche publique consistant à gérer un centre d'accueil pour requérants d'asile, était tenue de veiller au respect des droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation, conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. féd. Les juges ont partant reconnu que, afin que cette exigence soit effective, l'État se doit d'assurer un certain contrôle sur les activités déléguées ainsi que de garantir une protection juridique minimum aux personnes touchées par les actes du délégataire, du moins pour les atteintes potentiellement d'une certaine gravité. Il a conclu qu'il ne lui appartient pas de désigner l'autorité cantonale à même d'offrir cette protection juridique adéquate, mais qu'il serait imaginable de prévoir la possibilité pour le requérant d'asile qui s'estimerait lésé de s'adresser au service cantonal de surveillance afin de provoquer et obtenir une décision formelle (en constatation) susceptible de recours.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Les cantons hésitent en effet à introduire une disposition analogue à l'art. 25a PA, ce qui représente d'ailleurs la cause plus fréquente de recours subséquent au TF : cf. Poltier, N 23 ss.

<sup>118</sup> L'art. 35 Cst. féd. (Réalisation des droits fondamentaux) dispose que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1) et que quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (al. 2). Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux (al.3).

<sup>119</sup> ATF 136 I 323, consid. 4.

<sup>120</sup> ATF 133 I 49, consid. 3.2, avec renvoi au DTF 128 II 156.

Finalement, le TF a reconnu la qualité pour recourir du locataire dans un cas concernant l'ordre d'une entreprise électrique d'interrompre la fourniture de l'électricité alimentant un ascenseur et la chaudière d'un immeuble locatif à la suite de retards de paiement du bailleur. Dans son argumentation, il a souligné que, comme il existe un droit à la fourniture de l'électricité en question et qu'une coupure en raison de retards de paiement est une mesure (acte matériel) qui peut être prévue à l'avance et planifiée, l'entreprise électrique délégataire de la tâche publique doit, avant que ne soit prise la décision d'interrompre la fourniture d'électricité en raison de taxes impayées, garantir le droit d'être entendu également au locataire.<sup>121</sup>

En dernier lieu, l'art. 82 let. a LTF dispose que le recours contre une décision est recevable seulement s'il s'agit d'une *cause de droit public*. Les décisions en matière de droit civil ou de droit pénal ouvrent en revanche la voie de recours respective. Si la délimitation entre droit public et droit pénal est le plus souvent plutôt immédiate, tel n'est pas le cas pour le droit civil. La jurisprudence adopte une attitude pragmatique, en s'appuyant sur une pluralité de critères (de la subordination, de la fonction, des intérêts et de la sanction) dont elle choisit le plus approprié dans chaque cas d'espèce.

Ainsi, le recours en matière civile est dirigé en principe contre toutes les décisions rendues en matière civile par les autorités cantonales de dernière instance, par le Tribunal administratif fédéral ou par le Tribunal fédéral des brevets (art. 75 LTF). D'autre part, il existe toute une série de décisions prises en application du droit public qui, en raison de leur connexité avec le droit civil, sont néanmoins sujettes au recours en matière civile : l'art. 72 al. 2, let. a et b, LTF en dresse une liste, dans laquelle figurent notamment les décisions en matière de poursuite et faillite, en matière de surveillance des fondations ou des exécuteurs testamentaires, liste que la jurisprudence a ensuite encore étendu.<sup>122</sup>

Le recours en matière pénale est en revanche dirigé contre toutes les décisions rendues en matière pénale (y compris les décisions fondées sur les prétentions civiles connexes et sur le droit de procédure pénale) par les autorités cantonales de dernière instance et par le Tribunal pénal fédéral (art. 78 et 80 LTF).

b) les actes normatifs cantonaux (lettre b)

Le recours en matière de droit public est donné aussi contre les actes généraux et abstraits, destinés à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes et de situations de fait sans égard à un cas particulier ou à une personne donnée.<sup>123</sup>

Il s'agit du seul moyen permettant de contester la constitutionnalité des actes normatifs cantonaux (lois, décrets, règlements cantonaux, ainsi qu'une convention intercantonale) et communaux (règlements). L'acte normatif ainsi défini est une notion matérielle, à savoir indépendante de la dénomination qui lui donne le droit cantonal et du fait qu'il s'agisse d'un acte de droit privé, public ou pénal. En principe, donc, tous les actes normatifs peuvent faire l'objet de ce recours, quelle que soit l'autorité qui les a émis et à quel niveau. Lorsqu'un acte normatif est entièrement révisé, toutes les nouvelles normes sont attaquables, même celles

---

<sup>121</sup> ATF 137 I 120 ; à ce sujet, voir ég. Wurzburger, in : Commentaire LTF, N 59 s. ad art. 82. Cet arrêt soulève une problématique bien plus ample et qui devient de plus en plus actuelle, notamment à cause de la décentralisation des tâches publiques à des sujets paraétatiques qui n'ont souvent pas de pouvoirs d'adopter une décision formelle, tout en touchant de manière notable, par leurs actes, les droits des particuliers (usagers de services publics). Un approfondissement ultérieur de la question dépasserait néanmoins le cadre de ce travail mais il sied de relever que la jurisprudence du TF dénote probablement la volonté de limiter les risques pour la situation juridique des particuliers.

<sup>122</sup> Pour plus de détails, cf. Corboz, in : Commentaire LTF, N 20 ss ad art. 72.

<sup>123</sup> Cf. p. ex. ATF 135 II 38 consid. 4.3.

qui sont restées identiques au droit antérieur.<sup>124</sup> Par contre, les Constitutions cantonales sont exemptées du contrôle abstrait : selon une jurisprudence constante, en effet, comme celles-ci font déjà l'objet d'un contrôle abstrait effectué par le Parlement fédéral dans le cadre de la procédure de garantie (art. 172 al. 2 Cst. féd.), le Tribunal fédéral s'abstient en principe d'entrer en matière d'un recours dirigé contre une telle disposition constitutionnelle.<sup>125</sup>

La constitutionnalité ou la légalité d'une disposition qui n'a pas été attaquée au moment de son entrée en vigueur peut encore être examinée, à titre *préjudiciel ou incident*, à l'occasion de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, pour autant que le grief correspondant ait été soulevé. Le Tribunal fédéral procède alors à un *contrôle concret* (ou *préjudiciel*) de la conformité de la norme au droit supérieur, étant néanmoins entendu que celle-ci ne pourra pas être annulée ; simplement, elle ne va pas trouver application dans le cas d'espèce, ce qui conduira à l'annulation de la décision fondée sur celle-ci.<sup>126</sup>

À noter finalement que, en Suisse, le contrôle abstrait ne porte *que sur le droit cantonal*. Le particulier ne peut pas demander au pouvoir judiciaire de procéder à un contrôle abstrait de normes fédérales.<sup>127</sup> En effet, l'art. 190 Cst. féd. dispose que le Tribunal fédéral et les autres autorités chargées de l'application du droit<sup>128</sup> sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.<sup>129</sup> Il s'agit d'un « *Anwendungsgebot* », auquel sont assujetties :

- a) les *lois fédérales* au sens formel, soumises au référendum obligatoire ou facultatif, ainsi que les lois urgentes, à l'exclusion des ordonnances de l'Assemblée fédérale ;<sup>130</sup>

<sup>124</sup> ATF 137 I 77, consid. 1.2. Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 93 ss. ad art. 82.

<sup>125</sup> Cela pour respecter le principe de la suprématie reconnue à l'Assemblée fédérale. La doctrine critique cette retenue, en estimant que le contrôle exercé dans ce contexte par l'Assemblée fédérale est de toute façon trop sommaire pour lier les tribunaux : Auer/Malinverni/Hottelier, N 2075 ss.; Mahon, N 279, avec réf.; la jurisprudence s'est d'ailleurs assouplie quelque peu et admet de procéder à l'examen *préjudiciel* (cf. ci-dessous) de la conformité d'une disposition constitutionnelle cantonale avec une règle de droit supérieur qui n'était pas encore en vigueur au moment de la garantie de l'Assemblée fédérale (ATF 138 I 378).

<sup>126</sup> Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 81 ad art. 82 ; Auer/Malinverni/Hottelier, N 2083 ss. Il faut dans ces cas appuyer le recours sur l'art. 82 let. a LTF et non sur la let. b.

<sup>127</sup> L'adoption de ce principe remonte à la Constitution fédérale de 1874, laquelle a attribué la *Staatsrechtspflege* au Tribunal fédéral, tout en gardant une exception en faveur du Parlement, justifiée par une conception de la séparation des pouvoirs prévoyant que le pouvoir judiciaire ne peut pas surclasser le législatif, en vertu de la plus forte légitimité démocratique de celui-ci. Grâce à sa suprématie sur le pouvoir judiciaire, le Parlement apparaît donc comme le seul gardien de la Constitution. Il est vrai que l'ordre juridique n'institue aucun type de sanction au cas où le Parlement lui-même ne respecterait pas la Constitution, mais celle-ci n'est pas ressentie comme une question problématique, tant qu'il y a une sorte de présomption en vertu de laquelle le Parlement la respecte toujours. En définitive, cette disposition établit une répartition particulière des compétences entre le Parlement et le Tribunal et attribue ainsi la responsabilité du respect de la Constitution, voire de l'examen de la constitutionnalité d'une loi, au Parlement. La doctrine y voit d'ailleurs « *eine durch eine besondere Gewichtung begründete Abweichung von der Gewaltenteilung dar, wird dem Parlament (und dem Volk) auf diese Weise doch letztlich eine judikative Aufgabe zugewiesen* » (Epiney, in : BV-BaKomm, N 21 ss., en part. N 23 ad Art. 190). À ce sujet, pour plus de détails, voir Auer/Malinverni/Hottelier, N 1920 ss. ainsi que Federica De Rossa Gisimundo, *Le rôle des Cours Constitutionnelles dans la gouvernance à plusieurs niveaux, Suisse : Le Tribunal fédéral*, Novembre 2016, – PE 593.509, chap. IV.1.2, avec de nombreuses références doctrinales.

<sup>128</sup> Il s'agit de toutes les autorités exécutives et judiciaires au niveau fédéral et cantonal, mais également des organes législatifs cantonaux, et cela indépendamment du fait qu'ils exécutent une tâche législative ou exécutive : Epiney, in : BV-BaKomm, N 25 ad art. 190.

<sup>129</sup> La clause d'immunité pour les traités internationaux était essentiellement justifiée par la nécessité de tenir compte de la conception moniste de la Suisse, mais également par le souci d'assurer la crédibilité internationale de la Suisse : cf. Gonin, N 6 s. et Mahon, N 277.

<sup>130</sup> Sur la forme des actes édictés par l'Assemblée fédérale, cf. les art. 163 – 165 Cst. féd. Par ordonnance on désigne

- b) le *droit international*: cette notion comprend les accords internationaux conclus par la Suisse, ainsi que toutes les autres normes internationales qui lient la Suisse (y compris donc les principes généraux et le droit international coutumier) et les décisions des organisations internationales destinées à la Suisse ;<sup>131</sup>
- c) tous les actes normatifs non directement prévus par l'art. 190 Cst. féd. mais qui *reprennent ou exécutent des actes « immunisés »* : dans la mesure où ils se limitent à reproduire ou à exécuter la solution (inconstitutionnelle) choisie par le législateur fédéral, ceux-ci jouissent d'une « immunité indirecte ». C'est le cas principalement des ordonnances du Conseil fédéral adoptées en exécution d'une loi fédérale ou fondées sur une délégation contenue dans celle-ci ; celles-ci peuvent tout au plus faire l'objet d'un contrôle incident à titre préjudiciel visant à examiner leur conformité à la loi ou à la Constitution. Et cela vaut également pour les actes législatifs cantonaux qui appliquent une loi fédérale.<sup>132</sup>

Il faut relever que ce principe n'est pas resté incontesté au fil des années<sup>133</sup> ; en réalité sa portée a subi une évolution importante et a été restreinte de manière considérable<sup>134</sup>, en renforçant ainsi en quelque sorte la protection constitutionnelle plus « directe » des particuliers même à l'égard de lois fédérales dont la compatibilité avec la Constitution était douteuse. Dans une première phase, en effet, l'art. 190 Cst. féd. a été interprété comme un instrument conférant une véritable immunité aux lois fédérales, dans le sens que non seulement elles devaient être appliquées, mais qu'il était même interdit au Tribunal fédéral d'en examiner la conformité à la Constitution ou à un Traité. Incité par la doctrine, le Tribunal fédéral a ensuite – dans les années '70 – admis que lorsque la loi se prêtait à plusieurs interprétations, il devait chercher de lui donner le sens qui était le plus compatible avec la Constitution (principe dit de *l'interprétation conforme à la Constitution*)<sup>135</sup>. Ce principe se fonde sur la présomption selon laquelle le législateur fédéral (voire le peuple) ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi.<sup>136</sup> D'autre part, ce principe, qui au fond porte en son sein les prodromes mêmes d'un contrôle de

---

toute règle de droit (*i.e.* loi au sens matériel) adoptée sous une autre forme que celle de la constitution ou de la loi ; Dubey/Zufferey, N 289.

<sup>131</sup> Epiney, in : BaKomm-BV, N 29 ad Art. 190 et Mahon, N 278 ; pour un exemple de décision d'organisation internationale jouissant de l'immunité, cf. ATF 133 II 450, p. 460. À noter qu'une initiative populaire fédérale intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » entend relativiser ce principe en prévoyant que seules les lois fédérales et les traités internationaux dont l'arrêté d'approbation a été sujet ou soumis au référendum rentreraient désormais dans le champ d'application de l'art. 190 Cst. féd. Cela signifierait entre autres, selon certains auteurs, que la CEDH (qui a l'époque de son acceptation par la Suisse ne fut pas assujettie au référendum facultatif) ne serait plus déterminante au sens de l'art. 190.

<sup>132</sup> À ce sujet, plus en détail, voir Mahon, N 280 ss. et Auer/Malinverni/Hottelier, N 1952 ss. ; pour des exemples de la jurisprudence, cf. l'ATF 136 I 49 (contrôle abstrait exclu pour une réglementation cantonale en matière d'imposition de dividendes dont la teneur est conforme à une loi fédérale), ainsi que les ATF 131 II 562 consid. 3.2 ; 131 II 13 consid. 6.3 ; 130 I 26.

À noter que les Constitutions cantonales jouissent également de l'immunité qui leur est reconnue par la jurisprudence en raison de la garantie qu'elles reçoivent de l'Assemblée fédérale. Cf. *supra*, dans ce chapitre.

<sup>133</sup> La doctrine, en effet, a régulièrement remis en question l'opportunité du maintien de cette règle. À l'occasion de la dernière révision totale de la Constitution, le Conseil fédéral avait d'ailleurs proposé une levée partielle de l'immunité des lois fédérales par l'introduction d'un contrôle, du moins concret, de leur constitutionnalité (*konkrete Normenkontrolle*), mais le Parlement ne l'a pas suivi. De plus, un bon nombre d'initiatives parlementaires dans ce sens ont régulièrement échoué : cf. à cet égard Epiney, in : BV-BaKomm, N 10 s. ad art. 190 ainsi que Mahon, N 277.

<sup>134</sup> A ce sujet, avec un regard approfondi sur la jurisprudence, cf. Auer/Malinverni/Hottelier, N 1937 ss.

<sup>135</sup> Sur l'interprétation conforme, cf., par exemple, ATF 136 I 87, consid. 4.4 et 137 I 167, consid. 6.

<sup>136</sup> ATF 137 V 273, consid. 4.2.; 131 II 562, consid. 3.5.

constitutionnalité des lois, tempère considérablement la règle de l'art. 190 Cst. féd., car il ne permet au juge de se retrancher derrière celle-ci que lorsque le texte et le sens de la disposition légale contraires à la Constitution sont absolument clairs.<sup>137</sup> Par la suite, la jurisprudence a ultérieurement corrigé la rigidité de l'immunité des lois fédérales en jugeant que l'art. 190 Cst. féd. institue un *Anwendungsgebot* mais non pas de *Prüfungsverbot* ; partant, même si avec une certaine retenue imposée par la hiérarchie voulue par le constituant, le TF a à plusieurs reprises examiné une loi fédérale pour en constater l'inconstitutionnalité ou la violation du droit international.<sup>138</sup> Tout en ne pouvant pas sanctionner cette constatation avec une annulation ou un refus d'application, il a – le cas échéant – invité ainsi le législateur à modifier la loi en question.<sup>139</sup>

D'autre part, un affaiblissement ultérieur de l'immunité des lois fédérales peut être constaté lorsque celles-ci doivent être soumises au « contrôle de conventionalité »<sup>140</sup> : dans ce cadre, en effet, le TF a même renoncé à appliquer dans un cas concret une disposition d'une loi fédérale qui s'était révélée incompatible avec un engagement international. Cela a été possible car il est admis que l'art. 190 Cst. féd. n'établit aucune hiérarchie en cas de conflit entre le droit interne et le droit international. Néanmoins, selon une formule désormais consacrée<sup>141</sup>, la jurisprudence plus récente tend à admettre que « [l]orsqu'une contradiction insurmontable entre les deux ordres juridiques est constatée, le Tribunal fédéral s'en tient à sa jurisprudence (ATF 125 II 417 consid. 4d p. 424), selon laquelle le droit international public l'emporte en principe sur le droit interne, spécialement lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits de l'homme (ATF 122 II 485 consid. 3a p. 487), mais également en dehors

<sup>137</sup> ATF 133 II 305 consid. 5.2 ; ATF 131 II 710 consid. 5.4

<sup>138</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, en part. N 1942 ss., prônent d'ailleurs le franchissement d'une étape ultérieure, qui, sans mettre en discussion l'*Anwendungsgebot*, exigerait de remplacer la simple faculté de contrôler la constitutionnalité par un véritable *Prüfungsgebot*, du moins lorsque un tel grief est formulé dans le recours. Voir également Grandjean, N 11 ss., qui propose en revanche l'introduction d'un système de « contrôle juridique préventif ».

<sup>139</sup> ATF 141 II 338 : « A teneur de l'art. 190 Cst. féd., le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales. Même s'il doit les appliquer, il est habilité à en contrôler la constitutionnalité [...]. Il peut procéder à une interprétation conforme à la Constitution d'une loi fédérale, si les méthodes ordinaires d'interprétation laissent subsister un doute sur son sens [...]. L'interprétation conforme à la Constitution trouve toutefois ses limites lorsque le texte et le sens de la disposition légale sont absolument clairs, quand bien même ils seraient contraires à la Constitution [...]. Lorsqu'une violation de la Constitution est constatée, la loi doit néanmoins être appliquée et le Tribunal fédéral ne peut qu'inviter le législateur à modifier la disposition en cause ».

Le TF a par exemple constaté l'inconstitutionnalité d'une disposition de la législation fédérale en matière d'impôts prévoyant l'application du même barème d'impôt entre couples mariés et familles monoparentales. Il a jugé que cette égalité de traitement violait le principe de l'imposition selon la capacité contributive et empiétait sur la compétence tarifaire des cantons mais que la situation ne pouvait pas être corrigée par la voie d'une interprétation conforme à la Constitution, au vu du texte clair de la norme et de la volonté univoque du législateur historique. En étant quand même obligé d'appliquer la loi fédérale, il a partant annulé une décision fondée sur la réglementation du canton de St-Gall selon laquelle les familles monoparentales et les familles avec deux parents sont soumises à des tarifs différents, car elle était contraire à la disposition inconstitutionnelle (ATF 131 II 697 ; 131 II 710). La loi fédérale changea en 2011 (FF 2009 4237).

De même, dans l'ATF 137 I 128 il a constaté que le défaut de voie de recours judiciaire prévu par la loi fédérale sur l'asile en relation à certaines décisions de l'administration cantonale contrevient à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst. féd., mais il n'a pu que se contenter de signaler cette conclusion, en assurant en même temps l'application de la loi fédérale inconstitutionnelle, en vertu de l'art. 190 Cst. féd.

<sup>140</sup> Par contrôle de conventionalité il faut entendre le contrôle de la conformité des actes étatiques au droit international, lui aussi immunisé, et en particulier aux conventions garantissant les droits de l'homme : cf. p. ex. Auer/Malinverni/Hottelier, N 1884 ; Mahon, N 251 et Gonin, *passim*, avec les renvois.

<sup>141</sup> Même si c'est loin de fonder une unité de doctrine entre les différents Cours du TF : cf. les remarques de Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 105a ad art. 82.

de toute question de protection des droits de l'homme (ATF 122 II 234 consid. 4e p. 239), de sorte qu'une disposition légale de droit interne contraire ne peut trouver d'application». <sup>142</sup> Ainsi, dans cette même ligne, le Tribunal fédéral a constaté à plusieurs reprises que les dispositions de la CEDH <sup>143</sup> mais aussi l'interdiction des discriminations ancrée à l'art. 2 ALCP l'emportaient sur le droit interne contraire et avait un effet direct. <sup>144</sup>

c) les actes qui concernent le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires (lettre c)

La troisième catégorie comprend tous les actes relatifs aux droits politiques, en matière fédérale, cantonale et communale, qu'il s'agisse de décisions ou même de simples actes matériels (p. ex. les actes préparatoires à une votation, une campagne d'information de l'autorité, le financement d'une telle campagne, etc.). <sup>145</sup>

Ainsi, en vertu de l'art. 88 al. 1 LTF, en matière cantonale, le recours peut être introduit contre tous les actes juridiques ou matériels émanant d'autorités cantonales de dernière instance (let. a), soit le parlement, le gouvernement ou l'autorité judiciaire supérieure. <sup>146</sup>

En matière fédérale, les possibilités de recours sont en revanche limitées aux décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux (let. b), à l'exclusion de celles du Conseil fédéral – qui distribue par exemple les explications officielles avant les votations – et du Parlement fédéral. <sup>147</sup> Cette exclusion se fonde sur l'art. 189 al. 4 Cst. féd., qui établit que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral. La restriction a néanmoins été notablement relativisée par le Tribunal fédéral, avec une jurisprudence plutôt récente, qui a été définie « aussi créative que hardie » <sup>148</sup> : les juges ont en effet reconnu que le recours n'était pas recevable contre les interventions du Conseil fédéral, notamment contre son Message aux Chambres fédérales. Néanmoins, ils ont admis que l'information en tant que telle et comme elle est parvenue aux citoyens peut être l'objet d'un recours, peu importe qu'elle vienne en grande partie du Message du Conseil fédéral, de la brochure explicative annexe aux fiches de votes envoyées aux citoyens, ou des déclarations des Ministres à la presse. Dans le cas d'espèce, ils ont constaté que l'information donnée par le Conseil fédéral était à tel point lacunaire, voire erronée, que la liberté de vote était violée. <sup>149</sup>

---

<sup>142</sup> ATF 136 II 241, consid. 16. Il s'agissait notamment en l'espèce d'une disposition fédérale en matière de taxation des personnes physiques, incompatible avec le principe de la non-discrimination au sens de l'art. 2 ALCP et 9 All. I ALCP.

<sup>143</sup> Cette jurisprudence était justifiée par la volonté d'éviter un risque de condamnation de la Suisse par la CourEDH : cf. Grandjean, N 7, avec les renvois.

<sup>144</sup> Outre à l'ATF 136 II 241 déjà mentionné, voir l'ATF 131 II 352, consid. 1.3.1 (en matière de droit des étrangers) et l'ATF 133 V 367 consid. 11 (en matière d'assurances sociales). À noter que cette jurisprudence a été confirmée même après l'entrée en vigueur de l'art. 121a Cst. féd. (intitulé « Gestion de l'immigration » et fruit de l'approbation par le peuple et le cantons de l'initiative populaire du 14.02.2012 « Contre l'immigration de masse »), qui selon les juges n'est pas directement applicable et ne peut pas, en tant que tel, remettre en discussion la ligne jurisprudentielle adoptée (ATF 142 II 35, consid. 3 ; l'arrêt n'a pas manqué de susciter de vifs débats en doctrine). Sur ce thème, voir également Federica De Rossa Gisimundo, La ratification des traités internationaux, une perspective de droit comparé – Suisse (en cours de publication).

<sup>145</sup> Mahon, N 307.

<sup>146</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 2158 ss. ; Mahon, N 308.

<sup>147</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 2143 ss. ; Mahon, N 308 ;

<sup>148</sup> Wurzbürger, in : Commentaire LTF, N 136a ad art. 82.

<sup>149</sup> ATF 138 I 61, consid. 4.3.

*II.4.2.3.b) Les exceptions – les limitations à l'accès au TF*

L'art. 191 Cst. féd. dispose que la loi garantit l'accès au Tribunal fédéral (al.1), mais qu'elle peut néanmoins prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe (al. 2) et qu'elle peut également exclure l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés (al. 3).

Ainsi, pour le recours en matière de droit public, la LTF a concrétisé ces exceptions aux art. 83 à 85 LTF.<sup>150</sup> Il faut souligner que tant que l'exclusion de l'accès au TF concerne le recours contre une décision prise par une dernière instance *fédérale*, celle-ci devient définitive et ne peut plus être attaquée par aucun moyen de droit ;<sup>151</sup> en revanche si la décision a été rendue par une instance cantonale, mais que le recours en matière de droit public est exclu, la voie du recours constitutionnel subsidiaire reste encore ouverte au particulier.<sup>152</sup> Il faut encore remarquer que le catalogue d'exceptions ne touche que les décisions au sens de l'art. 82 let. a LTF, et non les actes de normatifs cantonaux ou les actes concernant les droits politiques (let. b et c).

a) L'exclusion de matières

L'art. 83 LTF fixe un long catalogue de domaines dans lesquels le recours est exclu. Il s'agit d'une disposition plutôt complexe et dont l'application s'avère souvent délicate. Quelques exceptions sont totales, tandis que d'autres sont partielles dans ce sens que l'exception même reconnaît à son tour une exception.<sup>153</sup>

L'idée de ce catalogue est principalement celle de décharger le Tribunal fédéral<sup>154</sup> dans les domaines où : soit les décisions revêtent un *caractère politique* marqué (p. ex. let. a, b, e et r), soit la matière requiert des *connaissances techniques* approfondies (p. ex. let. l, o, p et s), soit finalement l'autorité d'application dispose d'un pouvoir d'appréciation large (p. ex. let. c, d/ch. 2, f, k, m, q et t).<sup>155</sup> Parmi cette liste, les exceptions suivantes sont celles qui trouvent le plus souvent application<sup>156</sup>:

– Les décisions en matière de droit des étrangers (let.c) :

Cette exception a trait en particulier aux décisions qui concernent l'entrée en Suisse (let. c/1.), une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit (let. c/2), l'admission provisoire (let. c/3) ou l'expulsion et le renvoi (let. c/4).

<sup>150</sup> Pour le recours en matière civile, les limitations à l'accès sont ancrées à l'art. 74 LTF, qui pose l'exigence d'une valeur litigieuse minimale comme condition supplémentaire de recevabilité : 30'000 CHF pour les affaires pécuniaires, sauf en droit du travail et en droit du bail, où la valeur est réduite à 15'000 CHF. Pour les modalités de la détermination de la valeur litigieuse, il faut faire référence aux art. 51 – 53 LTF. L'art. 74 al. 2 LTF énumère néanmoins des cas où le recours doit être recevable quelle que soit la valeur litigieuse, p. ex. lorsque la contestation soulève une *question juridique de principe* (let. a), ainsi que lorsqu'une loi fédérale prévoit une instance cantonale unique (let. b). Cf. Corboz, in : Commentaire LTF, N 30, resp. 47 ad 72. Le recours en matière de droit pénal ne connaît en revanche pas de restrictions quant aux valeurs seuils.

<sup>151</sup> Ainsi, la décision du TAF est définitive et le particulier n'a plus de protection effective, p. ex.: en ce qui concerne l'interdiction d'entrer en Suisse et en matière de marchés publics (ATF 137 II 313).

<sup>152</sup> Cf. *infra*, chap. II.4.3.

<sup>153</sup> Par exemple, parce qu'elle exclut en principe la recevabilité du recours dans une matière donnée, sauf si la contestation soulève une question juridique de principe. Cf. *infra*, pour les marchés publics et le droit des étrangers.

<sup>154</sup> En matière de droit des étrangers et de l'asile, par exemple, le TAF est confronté toutes les années à un nombre de dossiers supérieur à 4'000.

<sup>155</sup> Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1389 ss.

<sup>156</sup> Voir à ce propos Zufferey/Dubey, N 2058.

La jurisprudence à cet égard est très complexe et articulée. Ainsi, à titre d'exemple, le recours en matière de droit public est irrecevable lorsqu'il n'existe pas de droit à l'autorisation de séjour sollicitée (let.c/2.). Le TF admet cependant qu'il suffise qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion ne s'applique pas et que, partant, la voie du recours en matière de droit public soit ouverte. Il considère que la norme en question fait donc de *l'existence potentielle du droit prétendu* une condition de recevabilité du recours ; le point de savoir si les conditions sont effectivement réunies dans le cas particulier relève en revanche de l'examen au fond. Une telle approche est adoptée plutôt régulièrement en relation avec les requêtes d'autorisation de séjour (ou de leur renouvellement) que les recourants peuvent fonder soit sur le ALCP<sup>157</sup>, soit – à certaines conditions – sur l'art. 8 CEDH, afin d'obtenir le regroupement familial.<sup>158</sup> En revanche, il est admis que la LEtr, en raison de sa formulation potestative, ne confère pas de droits de séjour et rend donc régulièrement applicable l'exception en question.<sup>159</sup>

– Les décisions en matière d'asile (let. d) :

Il s'agit de décisions en matière d'asile qui ont été rendues par le Tribunal administratif fédéral (sauf en matière d'extradition) ou par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral, ni le droit international ne donnent droit. Cependant, le recours est recevable, dans la mesure où la décision du Tribunal administratif fédéral concerne une personne visée par une demande d'extradition de l'État dont elle cherche à se protéger.<sup>160</sup>

Même ici, les questions qui se posent sont très techniques et la casuistique est très articulée, si bien que l'on renoncera à une exposition systématisée qui sortirait du cadre de ce travail. Nous nous limiterons ici à relever une tendance du TF à interpréter la locution « en matière d'asile » de manière restrictive et en restreignant ainsi la portée de la clause d'exception corrélée. Par exemple, le TF admet que la mise en détention administrative d'un requérant d'asile dans le cadre de la « procédure – Dublin », bien qu'elle soit ordonnée en lien fonctionnel avec une procédure d'asile, ne rentre pas dans l'exception en question, même lorsque la détention a fait l'objet d'un examen judiciaire non pas par une instance cantonale mais par le Tribunal administratif fédéral. Dans ce cas, en raison de l'atteinte grave à la liberté personnelle provoquée par cette mesure, il se justifie de considérer la détention administrative comme une mesure autonome et non pas comme une simple composante de procédures en matière d'asile.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> ATF 136 II 497, consid. 3.3 ; ATF 136 II 177, consid. 1.1.: „Für das Eintreten genügt, dass im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens potentiell ein Anspruch besteht bzw. die Kriterien einer der im FZA vorgesehenen Situationen der Freizügigkeit erfüllt erscheinen.“

<sup>158</sup> ATF 137 I 284, consid. 1.3 : „Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, kann er sich für den Nachzug seiner Kinder allerdings auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV berufen. Denn durch das Zusammenleben mit der Schweizer Ehefrau hat er selber einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 42 Abs. 1 AuG und damit ein gefestigtes Aufenthaltsrecht. Zudem macht er eine intakte und tatsächlich gelebte Beziehung zu seinen Kindern geltend. Insoweit ist daher auf die – nach Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG fristgerecht eingereichte – Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG einzutreten“. Voir ég. ATF 135 I 143, consid. 1.3.1 ; 131 II 265 consid. 5 ; 129 II 193, consid. 5.3.1.

<sup>159</sup> Cf. p. ex. arrêt du TF 2D\_52/2015, du 10 septembre 2015.

<sup>160</sup> Pour un cas d'application : ATF 138 II 513, consid. 1.2.

<sup>161</sup> ATF 142 I 135, consid. 1.1

– Les décisions rendues en matière de marchés publics (let. f) :

Le recours contre ces décisions est en principe exclu. La disposition prévoit néanmoins une « exception à l'exception » et considère que le recours est quand même recevable si la valeur estimée du mandat à attribuer est supérieure à certains seuils (l'ouverture de la concurrence au marché international est déterminant) et (cumulativement) si elles soulèvent une question juridique de principe. Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions. En particulier, si le recourant ne démontre pas l'existence d'une question juridique de principe, celle-ci ne sera pas admise à moins de paraître évidente.<sup>162</sup>

Dans ce domaine, la jurisprudence se montre assez restrictive<sup>163</sup> : ainsi, elle considère que pour admettre l'existence d'une question juridique de principe il ne suffit pas que la question soulevée n'ait encore jamais été tranchée par le Tribunal fédéral. Selon une formule consacrée, « il faut de surcroît qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral. [...] Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. [...] S'agissant spécifiquement de l'art. 83 let. f LTF, il faut en outre que la question juridique en cause présente un lien avec le domaine des marchés publics ». <sup>164</sup> D'autre part, lorsque la même question juridique pourrait être soulevée dans un recours constitutionnel subsidiaire et tranchée par le TF avec le même pouvoir d'examen, il n'est pas possible d'admettre la question juridique de principe dans un recours ordinaire.<sup>165</sup>

– Les décisions en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contestation non pécuniaire<sup>166</sup>, sauf si elles touchent à la question de l'égalité des sexes (let. g).

– Les décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités (let. t) :

Avec cette exception, le législateur a tenu compte du fait que l'évaluation des capacités personnelles qui reposent sur une appréciation des aptitudes intellectuelles ou physiques du candidat ne soulève guère de questions juridiques que le TF pourrait et devrait examiner librement. Dans ce contexte, le Tribunal ne pourrait qu'établir si les autorités qui ont pris la décision étaient (formellement et techniquement) compétentes, si elles ont examiné de manière exhaustive et scrupuleuse tous les points essentiels, ou

---

<sup>162</sup> ATF 138 I 143 consid. 1.1.2, ainsi que ATF 139 III 209 consid. 1.2 et ATF 133 II 396 consid. 2.2.

<sup>163</sup> Essentiellement en raison du fait que pour les marchés cantonaux le recourant dispose encore de la voie du recours constitutionnel subsidiaire et que, d'autre part, pour les marchés fédéraux le recours au TAF est ouvert : ATF 138 I 143 consid. 1.1.2.

<sup>164</sup> ATF 141 II 113, consid. 1.4.; voir également ATF 139 III 209, consid. 1.2 ; 138 I 143, consid. 1.1.2, avec de nombreux renvois.

<sup>165</sup> ATF 134 I 184, p. 188.

<sup>166</sup> Pour les contestations pécuniaires en matière de rapports de travail de droit public, c'est l'art. 85 LTF qui s'applique : cf. *infra* dans ce chapitre, ainsi que ATF 142 II 259.

encore si cette évaluation est arbitraire. Pour cela le particulier dispose néanmoins du moyen du recours constitutionnel subsidiaire.<sup>167</sup>

Ainsi, par exemple, la course de contrôle imposée aux personnes âgées pour le maintien de leur permis de conduire est un examen de capacité dont le résultat est inattaquable par la voie du recours de droit public.<sup>168</sup> Il en va de même lorsqu'il s'agit d'évaluer les compétences acquises par la pratique professionnelle ou l'équivalence d'un certificat.<sup>169</sup> A l'inverse, il y a lieu d'entrer en matière lorsque le litige porte sur la reconnaissance d'une autorisation d'enseigner, et non sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, ceux-ci n'étant eux-mêmes pas litigieux<sup>170</sup> ; ou encore, s'il s'agit de vérifier si un examen ou un titre sont nécessaires pour obtenir une autorisation à exercer une profession dans un cas concret.<sup>171</sup>

– les décisions rendues en matière d'entraide pénale internationale (art. 84 LTF)

L'art. 84 LTF prévoit un cas d'exclusion particulier pour les décisions rendues en matière d'entraide pénale internationale, à moins qu'elles n'aient pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et qu'elles concernent un cas particulièrement important.

L'évaluation de cette dernière condition par la jurisprudence est très restrictive, car le TF veille à respecter le but de la disposition, qui est d'assurer un déroulement rapide de la procédure : un cas particulièrement important a été notamment admis s'agissant d'établir si la surveillance électronique pouvait être considérée comme un moyen de substitution valable à la détention extraterritoriale.<sup>172</sup>

b) La fixation de seuils de valeurs litigieuses minimales

Une deuxième catégorie de limitations à l'accès au TF est constituée par la fixation de valeurs litigieuses minimales pour certaines contestations de nature pécuniaire (fondées sur une décision au sens de l'art. 82 let. a LTF).

L'art. 85 al. 1 LTF pose l'exigence de la valeur minimale : i) de 30'000 CHF pour les litiges en matière de *responsabilité de l'État* (y compris des personnes morales de droit public ou privé chargées de tâches publiques<sup>173</sup>) ; ii) de 15'000 CHF pour les litiges en matière de *rapports de travail de droit public*. En vertu de l'art. 85 al. 2 LTF, il est néanmoins possible de faire abstraction de la valeur minimale lorsque le recours soulève une question juridique de principe.

---

<sup>167</sup> ATF 132 II 257.

<sup>168</sup> ATF 136 II 61.

<sup>169</sup> Arrêts du TF 2C\_136/2009 du 16 juin 2009 ; 2C\_288/2009 du 8 mai 2009 consid. 2 ; 2C\_438/2008 du 16 octobre 2008 consid. 2.1 – 2.3.

<sup>170</sup> Arrêt 2C\_416/2008 du 30 octobre 2008 consid. 1.1, non publié in ATF 134 II 341.

<sup>171</sup> Arrêts 2C\_720/2014 du 12 mai 2015 ; 2C\_417/2011 du 13 janvier 2012 consid. 1.3 ; 2C\_1016/2011 du 3 mai 2012 consid. 1.1, non publié dans l'ATF 138 I 196.

<sup>172</sup> ATF 136 IV 20. Cf. également ATF 134 IV 156 ainsi que Dubey/Zufferey, N 2059 ss.

<sup>173</sup> ATF 134 V 138 ; 135 V 98.

#### **II.4.2.4 Les délais**

Le délai *ordinaire* pour déposer les recours est en principe de 30 jours (art. 100 al. 1 et 101 LTF) ; la loi prévoit ensuite une série de délais *spéciaux*, raccourcis à dix, cinq ou trois jours, pour des cas particuliers.<sup>174</sup>

Les délais légaux ne peuvent être prolongés, à la différence de ceux fixés par le juge ; il s'agit d'un principe général, ancré à l'art. 47 LTF et très largement admis en droit procédural. Pour toute question procédurale relative au décompte des délais ainsi qu'à la notification des mémoires sont applicables les art. 44 à 50 LTF. L'art. 48 al. 2 LTF prévoit également un régime particulier pour la notification par voie électronique.<sup>175</sup>

En règle générale, le recours au TF n'a pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), ce qui implique que les décisions et les actes normatifs attaqués sont en principe exécutoires, respectivement applicables sans réserve. L'art. 103 al. 2 LTF ne prévoit des exceptions que pour certaines décisions en matière civile, pénale et d'entraide pénale internationale, tandis qu'aucune exception n'est prévue pour les décisions en matière de droit public<sup>176</sup>. Sur requête ou d'office, le juge instructeur peut néanmoins, en appréciant les circonstances concrètes et en s'opposant aux intérêts en cause<sup>177</sup>, accorder l'effet suspensif au recours (art. 103. al. 3 LTF) ou ordonner d'autres mesures provisionnelles, si elles sont nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés.<sup>178</sup>

#### **II.4.3. Le recours constitutionnel subsidiaire**

Ce moyen de recours a été introduit à l'occasion de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Il a été voulu pour remédier au fait que, à cause de l'ampleur des restrictions à la recevabilité des recours unifiés (valeurs minimales, exigences quant au caractère fondamental de la question juridique soulevée, catalogue d'exceptions de l'art. 83 LTF), de nombreux domaines juridiques pourraient échapper à un contrôle judiciaire sur le plan fédéral.

Régie par les art. 113 à 119 LTF, cette voie de recours extraordinaire et subsidiaire constitue «une sorte de *ultima ratio*, destinée à assurer une protection juridique minimale au niveau fédéral pour tous les cas dans lesquels aucune des voies de recours ordinaires au Tribunal fédéral (...) n'est ouverte»<sup>179</sup>. Elle a donc en quelque sorte un caractère complémentaire par rapport aux trois recours unifiés. Si le recourant veut former un recours ordinaire et un recours constitutionnel contre une décision, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure et examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné (art. 119 LTF) ; cette règle a été voulue pour éviter des recoupements et des difficultés de délimitations.<sup>180</sup>

---

<sup>174</sup> Corboz, in : Commentaire LTF, N 15 ss. ad art. 100.

<sup>175</sup> Exécuté par un règlement du TF sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes (RS 173.110.29).

<sup>176</sup> Auer/Malinverni/Hottelier, N 2256 ss. ainsi que Corboz, in : Commentaire LTF, N 24a ad art. 103.

<sup>177</sup> Sur les critères : Corboz, in : Commentaire LTF, N 28 ss. ad art. 103.

<sup>178</sup> Art. 104 LTF ; la doctrine reconnaît l'admissibilité de mesures conservatoires et de réglementation anticipée, à l'exclusion de toute mesure d'exécution anticipée : Corboz, in : Commentaire LTF, N 13 ss. ad art. 104.

<sup>179</sup> Mahon, N 354 ss.

<sup>180</sup> Bovay, p. 131 s.

Ce recours est ouvert seulement contre les décisions des autorités cantonales (à l'exclusion des décisions d'instances fédérales, notamment du TAF) de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 (art. 113 LTF).

Les *griefs* que le recourant peut invoquer sont notablement plus restreints par rapport aux voies ordinaires, et se limitent à la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Ni la Constitution ni la LTF ne définissent la notion de *droits constitutionnels*. Selon la jurisprudence sont des droits constitutionnels « les dispositions constitutionnelles qui protègent les citoyens contre les interventions étatiques ou celles qui, bien qu'elles poursuivent en premier lieu un intérêt public, accordent également une protection à des intérêts privés (...). Lorsque le TF doit établir si une disposition contient des droits constitutionnels, il tient compte du besoin d'accorder une protection juridique et du caractère "justiciable" de la norme »<sup>181</sup>. Sont des droits constitutionnels les droits garantis par la Constitution fédérale, la Convention européenne des droits de l'homme, les autres traités protégeant les droits de l'homme (pourvu qu'ils aient caractère *self-executing*, comme le Pacte ONU II), ainsi que les constitutions cantonales; rentrent également dans cette notion certains principes constitutionnels et garanties subjectives tels que la séparation des pouvoirs, la force dérogatoire du droit fédéral, l'interdiction de la double imposition fiscale, et le principe de non-discrimination garanti par l'art. 2 de l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes.<sup>182</sup>

De manière cohérente avec le caractère subsidiaire et extraordinaire de ce remède, pour la qualité pour recourir l'art. 115 LTF pose une condition spécifique supplémentaire et plus restrictive par rapport au recours ordinaire en matière de droit public, à savoir l'existence d'un *intérêt juridiquement protégé* à l'annulation ou la modification de la décision. L'intérêt invoqué par le recourant est juridique lorsqu'il est protégé soit par une règle de droit fédéral ou cantonal, soit directement par un droit fondamental spécifique, pour autant que ces intérêts se trouvent dans le champ de protection de la norme constitutionnelle fédérale.<sup>183</sup>

La notion d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LTF est donc étroitement liée aux motifs de recours prévus par l'art. 116 LTF, en ce sens que la partie recourante doit être titulaire d'un droit constitutionnel dont elle invoque une violation.<sup>184</sup> À noter par contre que selon le TF l'interdiction de l'arbitraire ancrée à l'art. 9 Cst. féd., qui est considérée comme un droit constitutionnel non spécifique, ne confère pas une position juridique protégée et ne peut donc pas être invoquée à elle seule, mais seulement en relation avec des dispositions légales (celles dont le recourant dénonce l'application arbitraire) qui confèrent une protection juridique à ses intérêts prétendument lésés.<sup>185</sup> Ainsi, par exemple, un étranger qui se voit refuser sa requête de séjour pour des motifs totalement arbitraires n'a pas de qualité pour recourir contre cette décision puisqu'il n'a (sauf exception) pas de droit à l'octroi d'une telle autorisation et il ne peut donc pas se prévaloir d'une situation juridique protégée par la loi ou par un droit fondamental spécifique.<sup>186</sup>

En outre, une qualité pour recourir avec ce moyen n'est reconnue en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique,

---

<sup>181</sup> ATF 131 I 366, consid. 2.2., traduit aux JdT 2006 I p. 519 ss.

<sup>182</sup> Voir, plus en détail, Mahon, N 359 et 361 ainsi que Frésard, in : Commentaire LTF, N 4 ss. ad art. 116.

<sup>183</sup> ATF 136 I 229, consid. 3.2 ; 137 II 305, consid. 1 à 3).

<sup>184</sup> ATF 140 I 285 consid. 1.2 ; ATF 135 I 265 consid. 1.3.

<sup>185</sup> Frésard, in : Commentaire LTF, N 8 ss. ad art. 115 et les références jurisprudentielles.

<sup>186</sup> ATF 133 I 185.

ne sont pas titulaires de droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, une décision qui les traite en tant qu'autorités.<sup>187</sup>

Finalement, il faut relever que ce recours pose également des exigences d'allégation et de motivation plus (et d'ailleurs très) sévères, ce qui pour le particulier constitue un important obstacle à l'accès effectif à la juridiction constitutionnelle. L'art. 106 al. 2 LTF (applicable par renvoi de l'art. 117) pose en effet le principe de l'invocation (*Rügeprinzip*), selon lequel le TF n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé de manière claire et détaillée par le recourant, en indiquant avec précision la règle invoquée et les motifs pour lesquels il la considère violée en l'espèce. Les standards requis à cet égard sont très élevés. En d'autres termes, il est interdit au Tribunal de se saisir d'office de questions qui n'ont pas été soulevées dans les bonnes et dues formes, même si ces arguments lui auraient permis d'admettre le recours au fond.<sup>188</sup>

#### **II.4.4. Possibilité de « révision » ? En particulier, la révision d'un arrêt du TF suite à un arrêt de la CourEDH**

En principe les arrêts du Tribunal fédéral sont *définitifs*. Selon l'art. 61 LTF, ils acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés, car ils ne sont plus soumis à aucun recours ordinaire.<sup>189</sup> Ils ne peuvent être remis en cause que par la voie de la révision ou de l'interprétation, c'est-à-dire par des moyens extraordinaires.<sup>190</sup> Pour ce qui est en particulier des *motifs de révision*, la LTF en distingue deux catégories : celle, typique, de la violation des règles de procédure (art. 121 LTF<sup>191</sup>) et une deuxième liée spécifiquement à la violation de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 122 LTF<sup>192</sup>). Seule cette dernière sera traitée dans ce chapitre.

L'art. 122 LTF a institué un motif spécifique de révision des arrêts du Tribunal fédéral pour permettre à la Suisse de se conformer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, suivant l'*obligation* correspondante qui découle de l'art. 46 par.1 CEDH : selon cet article, en effet, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

La révision d'un arrêt du TF pour violation de la Convention n'est possible qu'à trois conditions cumulatives, à savoir que la Cour européenne des droits de l'homme ait préalablement constaté, dans un arrêt définitif, une *violation* de la CEDH ou de ses protocoles, qu'une indemnité ne soit pas de nature à remédier aux effets de la violation, et finalement que la

<sup>187</sup> Pour un résumé des principes, cf. ATF 142 II 259, consid. 4.2., qui étale également les conditions exceptionnelles auxquelles la qualité pour recourir par la voie du recours constitutionnel subsidiaire est reconnue également aux communes et autres corporations de droit public.

<sup>188</sup> ATF 136 I 65, consid. 1.3.1 ; cf. Corboz, in : Commentaire LTF, N 32 ss. ad art. 106.

<sup>189</sup> Ferrari, in : Commentaire LTF, N 3 ad art. 121.

<sup>190</sup> Frésard, in : Commentaire LTF, N 3 ad art. 61.

<sup>191</sup> Art. 121 LTF : La révision d'un arrêt du Tribunal fédéral peut être demandée : a. si les dispositions concernant la composition du tribunal ou la récusation n'ont pas été observées ; b. si le tribunal a accordé à une partie soit plus ou, sans que la loi ne le permette, autre chose que ce qu'elle a demandé, soit moins que ce que la partie adverse a reconnu devoir ; c. si le tribunal n'a pas statué sur certaines conclusions ; d. si, par inadvertance, le tribunal n'a pas pris en considération des faits pertinents qui ressortent du dossier.

<sup>192</sup> Art. 122 LTF : La révision d'un arrêt du Tribunal fédéral pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)<sup>1</sup> peut être demandée aux conditions suivantes : a. la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la CEDH ou de ses protocoles ; b. une indemnité n'est pas de nature à remédier aux effets de la violation ; c. la révision est nécessaire pour remédier aux effets de la violation.

révision *soit nécessaire* pour remédier aux effets de la violation.<sup>193</sup> Leur réalisation présuppose donc le déclenchement d'une phase internationale, successive à l'émanation de l'arrêt du TF, qui se déroule sous la juridiction de la CourEDH. En effet, lorsque dans un litige entre en jeu la violation d'un droit garanti par la CEDH, l'individu dispose d'un *mécanisme* qui lui permet de s'adresser à la CourEDH, aux conditions de recevabilité posées par l'art. 35 CEDH : l'individu – selon le principe de subsidiarité – doit avoir *épuisé la procédure nationale* et avoir déjà invoqué la violation de la CEDH *en juridiction interne*, donc – en Suisse – déjà devant les instances cantonales ; la requête doit être formée dans un *délai de six mois* à partir de la date de la décision interne définitive.<sup>194</sup>

La CourEDH rendra, le cas échéant, un arrêt dont le caractère est *obligatoire*, mais simplement *déclaratoire*. Partant, au vu de l'absence de tout caractère cassatoire, l'arrêt du TF attaqué et jugé par la Cour contraire à la Convention reste toujours en vigueur. Toutefois, les arrêts de la Cour ayant force obligatoire, les États sont tenus de les exécuter. La Convention elle-même ne règle pas les *moyens* qu'ils doivent mettre en œuvre pour s'acquitter de cette obligation ; les États sont libres de choisir la façon de le faire.<sup>195</sup>

Ainsi si, à l'issue de la procédure devant la CEDH, le Tribunal fédéral admet une demande de révision, il doit rendre deux décisions successives (même s'il le fait en règle générale dans un seul arrêt). En premier lieu, étant donné que la demande de révision au sens de l'art. 122 LTF concerne exclusivement les arrêts définitifs de condamnation du TF, il rend une décision appelée *rescindant*. Celle-ci annule l'arrêt formant l'objet de la demande de révision. Deuxièmement, avec une décision appelée *rescisoire* il se prononcera sur le recours dont il était initialement saisi. En d'autres termes, la décision d'annulation met un terme à la procédure de révision et comporte la réouverture de la procédure antérieure. La cause est alors tranchée comme si cet arrêt n'avait *jamaï existé*.<sup>196</sup>

Le Tribunal fédéral, avec le temps, a apporté des *éclaircissements* sur le sens, la portée et les conditions relatives à la procédure de révision de ses arrêts.<sup>197</sup> Il a souligné que la révision est un moyen de droit *extraordinaire*. Cela veut dire que s'il existe une autre voie ordinaire permettant de rétablir une situation conforme à la CEDH, celle-ci doit être choisie. Le TF examine la question dans chaque cas d'espèce et admet que la réponse dépend de la nature de la violation de la CEDH constatée : lorsque seuls des intérêts matériels restent en jeu, la révision est en principe exclue. En revanche, lorsque la situation contraire au droit perdure malgré le constat d'une violation de la Convention, la révision est possible.<sup>198</sup> Dans ces cas, il

---

<sup>193</sup> Sur le contentieux devant la CEDH, cf. Auer/Malinverni/Hottelier, N 2360 ss., spéc. N 2409 ss., ainsi que Mahon, N 378 s.

<sup>194</sup> Hottelier/ Mock/ Puéchavy, p. 333 ss.

<sup>195</sup> Malinverni, p. 375 ss.; sur ce thème, en général, cf. également Xavier-Baptiste Ruedin, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Bâle/Paris/Bruxelles, 2009.

<sup>196</sup> Hottelier/ Mock /Puéchavy, p. 341 ss.

<sup>197</sup> Hottelier/ Mock / Puéchavy, p. 341 ss.

<sup>198</sup> Arrêt du TF 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008, in : SJ 2009 I 53 ss., p. 58. Voir, p. ex. l'ATF 137 III 332, consid. 2.1., où il a nié une révision en matière d'enlèvement international d'enfants. Dans une affaire ayant pour objet la condamnation de la Suisse pour violation de la liberté d'expression pour avoir refusé à une association de protection des animaux la diffusion d'un message publicitaire à la télévision, le Tribunal fédéral avait dans un premier temps considéré que l'association aurait dû demander la diffusion de la publicité litigieuse par la voie de la procédure civile et non pas par la révision. Interpelée une deuxième fois par l'association, la Cour de Strasbourg a néanmoins constaté que la révision était incomplète et que le maintien de l'interdiction de la diffusion du spot télévisé après la constatation par la Cour d'une atteinte à l'article 10 constituait, en soi, une nouvelle restriction inadmissible de la liberté d'expression. Saisis par une nouvelle demande de révision, les

se peut que la révision amène le Tribunal fédéral, outre à annuler son arrêt antérieur, à refuser l'application d'une disposition fédérale contraire à la Convention.<sup>199</sup>

---

juges suisses ont dès lors prononcé l'annulation des deux arrêts qui avaient successivement conduit à la saisine de la Cour et autorisé le spot télévisé en question (ATF 136 I 158). Sur ce cas, et aussi pour d'autres exemples, voir Hottelier/ Mock/ Puéchavy, p. 341 ss.

<sup>199</sup> Cf. notamment l'arrêt du TF 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008, in : SJ 2009 I 53 ss. (concernant la disposition du Code civil suisse prévoyant que suite à l'adoption, les liens de filiation antérieurs sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant) ainsi que l'ATF 124 II 480 (concernant une disposition fédérale prévoyant la transmission aux héritiers des amendes fiscales en matière d'impôt fédéral direct). Ce dernier arrêt a trouvé pleine approbation dans la doctrine, qui a souligné que « en faisant prévaloir une norme conventionnelle sur une règle d'origine interne qui lui est contraire, ce précédent a directement contribué à la promotion du droit conventionnel en Suisse, à la reconnaissance du principe de la primauté du droit international sur le droit interne et, au chapitre de la juridiction constitutionnelle, à l'essor du contrôle de la conventionnalité des lois fédérales tel que le pratique désormais le Tribunal fédéral en application de l'article 190 Cst. féd. dans le domaine des droits de l'homme » : Hottelier/ Mock/ Puéchavy, p. 344 ss. Sur la question du contrôle de conventionnalité, en relation avec l'immunité de lois fédérales ancrée à l'art. 190 Cst. féd., voir également *supra*, chap. II.4.2.3.a).

### III. Normes de référence

#### III.1. Le droit conventionnel et la Constitution fédérale

##### III.1.1. Les garanties de procédure

Le cadre normatif définissant la portée de la protection juridictionnelle des particuliers est avant tout constitué par une série de garanties procédurales conventionnelles et constitutionnelles fédérales, applicables à la *procédure judiciaire* et *administrative*. Elles trouvent leur fondement aux art. 29 à 30 Cst.<sup>200</sup> Ces dispositions codifient les garanties *minimales* et *subsidiaries* de procédure ; ensuite, il appartient principalement au droit ordinaire, fédéral et cantonal, de procédure civile, pénale et administrative, de fixer les règles procédurales, lesquelles souvent vont au-delà des exigences constitutionnelles minimales<sup>201</sup> :

- L'art. 29 Cst. féd.<sup>202</sup> énonce des garanties indistinctement destinées à régir toute procédure, judiciaire et administrative. Il rassemble en une disposition unique les diverses règles relatives à l'interdiction du déni de justice formel telles qu'elles ont été dégagées par le Tribunal fédéral sur la base du principe de l'égalité de traitement, et qui – selon une expression courante – font aujourd'hui partie de « notre patrimoine juridique et culturel ». <sup>203</sup> Il s'agit du droit de voir sa cause traitée de manière équitable dans un délai raisonnable (al. 1), du droit d'être entendu (al. 2) et du droit à l'assistance juridique gratuite (al. 3).<sup>204</sup>
- L'art. 30 Cst. féd.<sup>205</sup> énonce en revanche les exigences élémentaires que doivent impérativement présenter les tribunaux et s'applique donc à la seule procédure judiciaire. Il codifie une série de garanties qui, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, relevaient soit du droit constitutionnel écrit et non écrit, soit du droit cantonal, soit encore de la CEDH (art. 6 et 13) et du Pacte II ONU.<sup>206</sup>

Cette disposition définit ce que doit être un tribunal, mais ne répond pas à la question de savoir *si et quand* une personne *doit* être jugée par un tribunal au sens de cette disposition. Jusqu'au 2007, cette question était tranchée en application de l'art. 6 CEDH, en vertu duquel les garanties de procédure judiciaire sont applicables à toutes « les contestations sur les droits et obligations de caractère civil », ainsi qu'aux décisions sur le « bien-fondé de toute accusation en matière pénale » ; la jurisprudence avait ensuite inclus dans la notion

---

<sup>200</sup> De plus, l'art. 31 Cst. énonce pour sa part les garanties applicables en cas de *privation de liberté*, alors que l'art. 32 Cst. est consacré à la *procédure pénale*. Le champ d'application de ces garanties est donc plus limité mais est dans un rapport de complémentarité avec les droits ancrés aux art. 29, 29a et 30 Cst.

<sup>201</sup> Mahon, N 168.

<sup>202</sup> L'art. 29 Cst. féd. prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1). Les parties ont le droit d'être entendues (al. 2). Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. (al. 3).

<sup>203</sup> Hottelier, p. 810.

<sup>204</sup> À ce sujet voir, entre autres, Waldmann, in : BaKomm ad Art. 29 ; ainsi que les références citées ; Mahon, N 172 ss.

<sup>205</sup> L'art. 30 Cst. féd. prévoit que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Les tribunaux d'exception sont interdits.

<sup>206</sup> Hottelier, p. 815 ss. et Mahon, N 181 ss.

également les litiges en matière de droit administratif<sup>207</sup>, mais la réponse à la question de l'accès effectif était souvent encore nuancée et fondée sur la solution de cas concrets.<sup>208</sup>

- Ainsi, ces dispositions ont été complétées, le 12 mars 2000<sup>209</sup>, par l'art. 29a Cst. féd., qui institue un *droit d'accès au juge* général, valable en principe pour toutes les contestations juridiques : il prévoit en effet que « toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. ».

Le droit d'accès à un tribunal – lequel doit être indépendant et uniquement soumis à la loi (art. 191a Cst. féd.) – a ainsi été élargi à l'ensemble du contentieux, notamment de droit administratif. En cela, en effet, l'art. 29a Cst. féd. va plus loin que les art. 6 et 13 CEDH. La nouveauté réside dans le caractère justiciable de cette garantie : l'accès à un jugement d'un tribunal est devenu exigible, à savoir susceptible d'être invoqué afin que son application devienne effective. Cela est surtout important pour les actes administratifs (y compris les actes matériels ou actes internes de l'administration ayant des effets sur les droits de leurs destinataires<sup>210</sup>), qui doivent désormais être systématiquement soumis à un contrôle judiciaire.<sup>211</sup>

Cette protection ne doit pas nécessairement être offerte par le Tribunal fédéral. La garantie générale d'accès au juge peut également être réalisée par les instances cantonales. Les cantons doivent prévoir à leur niveau le tribunal répondant aux exigences de la CEDH, mais cette obligation leur incombe désormais de manière générale également en application de l'art. 191b Cst., adopté en même temps que l'art. 29a.<sup>212</sup> D'ailleurs, cette garantie ne fait nullement obstacle à la mise en place, d'un *accès limité au Tribunal fédéral*, comme le prévoit l'art. 191 Cst. féd., adopté lui aussi le 12 mars 2000.<sup>213</sup>

D'un autre côté, il est loisible aux Cantons et à la Confédération d'exclure, par voie législative, l'accès au juge dans des cas exceptionnels (art. 29a Cst. féd. *in fine*). De justes motifs, tels que l'absence de caractère justiciable de l'acte ou le caractère politique d'un acte de gouvernement, sont néanmoins nécessaires. Il est admis aujourd'hui qu'il existe une convergence entre cette notion de « cas exceptionnel » et celle de « décision à caractère politique prépondérant » figurant à l'art. 86 al. 3 LTF<sup>214</sup>. La jurisprudence développée à cet égard s'applique donc par analogie.<sup>215</sup>

<sup>207</sup> Pour des exemples : Tanquerel, N 1255.

<sup>208</sup> Mahon, N 170, avec une série d'exemples éclaircissant la portée autonome de ces notions en vertu du droit international par rapport aux délimitations en droit interne suisse.

<sup>209</sup> Son entrée en vigueur a néanmoins été fixée pour le 1. janvier 2007.

<sup>210</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.3.a).

<sup>211</sup> Waldmann, in : BV-BaKomm, N 3 et 12 ad art. 29a.

<sup>212</sup> Mahon, N 171 ; Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1183 ss.; Hottelier, p. 815 ss. Sur ce thème, voir *in extenso*, Waldmann, in : BV-BaKomm, N 13 ss. ad Art. 29a. Au sujet de l'art. 86 al. 2 Cst. féd., qui concrétise cette disposition en matière de droit public, cf. *supra*, chap. I.2. et II.3.1.

<sup>213</sup> Hottelier, p. 815. Au sujet de l'art. 191 Cst. féd. et des limitations à l'accès au TF notamment pour le recours en matière de droit public, voir *supra*, chap. II.4.2.3.b)

<sup>214</sup> Cf. *supra*, chap. II.3.1.

<sup>215</sup> Tanquerel, N 1260 ; Mahon, N 171.

En tout cas, l'accès à un juge ne saurait toutefois être refusé pour les contestations relevant de l'art. 6 par. 1 CEDH.<sup>216</sup>

### **III.1.2. L'organisation de la juridiction constitutionnelle**

L'organisation judiciaire suisse, et en particulier la réglementation des compétences du Tribunal fédéral en tant que détenteur de la juridiction constitutionnelle, est ancrée dans un nombre assez réduit de dispositions constitutionnelles : le chapitre 4 Cst. féd., art. 188 – 191c.

En particulier, les dispositions suivantes relèvent du thème de cette étude :

- L'art. 188 Cst. féd. (rôle du Tribunal fédéral) dispose que le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (al. 1) et que la loi en règle l'organisation et la procédure (al. 2).
- L'art. 189 Cst. féd. (compétences du Tribunal Fédéral) établit à son al. 1 que le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation : a. du droit fédéral ; b. du droit international ; c. du droit intercantonal ; d. des droits constitutionnels cantonaux ; e. de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public ; f. des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques. En outre, l'al. 4 rappelle que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral.
- L'art. 191 Cst. féd. (accès au Tribunal fédéral) dispose que la loi garantit l'accès au Tribunal fédéral (al. 1). Il pose ensuite le fondement des limites à l'accès à la juridiction constitutionnelle en prévoyant que la loi peut établir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe (al. 2) et qu'elle peut exclure l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés (al. 3). Finalement, elle peut prévoir une procédure simplifiée pour les recours manifestement infondés (al. 4).
- L'art. 191a Cst. féd. prévoit aussi l'institution d'autres autorités judiciaires fédérales, à savoir :
  - un tribunal pénal, lequel connaît en première instance des cas que la loi attribue à la juridiction fédérale. La loi peut conférer d'autres compétences au tribunal pénal fédéral (al. 1) ;
  - des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétences de l'administration fédérale (al. 2, notamment le TAF) ;
  - d'autres autorités judiciaires de la Confédération (al. 3).
- L'art. 191c Cst. féd. concerne la garantie de l'indépendance des autorités judiciaires et prévoit que dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi.

### **III.1.3. Le cadre constitutionnel fédéral de l'organisation judiciaire des cantons**

Comme il a été souligné tout au long de ce document, le système judiciaire suisse et son organisation sont fortement cantonalisés. Dans ce cadre, les autorités judiciaires cantonales sont définies par le droit cantonal, lequel règle également les procédures respectives. Néanmoins, la Constitution fédérale pose quelques contraintes : en sus des garanties procédurales des art. 29 ss., qui sont également applicables aux cantons, l'art. 191b Cst. féd. impose aux cantons l'institution d'autorités judiciaires pour connaître des contestations de

---

<sup>216</sup> ATF 137 I 137.

droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales (al. 1). L'institution d'autorités judiciaires communes entre cantons est possible (al. 2).

En d'autres termes, en vertu de l'art. 191b Cst. féd., les cantons sont libres de déterminer leur propre organisation judiciaire. Ils sont cependant tenus de prévoir des tribunaux supérieurs ayant la compétence de rendre les décisions susceptibles de recours au Tribunal fédéral. Selon la jurisprudence de ce dernier<sup>217</sup>, on entend par tribunal supérieur, une autorité judiciaire cantonale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan cantonal et qui ne dépend pas du point de vue hiérarchique d'une autorité judiciaire cantonale. L'art. 86 LTF, comme l'on vient de le voir, concrétise cette exigence pour le recours en matière de droit public.

### III.2. La législation fédérale

Le droit fédéral (contrairement au droit cantonal) se caractérise par une séparation prononcée, du point de vue de la systématique législative, entre les sources applicables aux autorités administratives, d'une part, et à celles judiciaires, d'autre part. Ainsi :

- La Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), régit l'organisation, la compétence et l'activité du TF en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 1 al.1 LTF).

Elle détermine notamment les instruments de la juridiction constitutionnelle effectivement à disposition des particuliers qui forment des recours dirigés contre les décisions rendues par les tribunaux administratifs ordinaires, respectivement de la Confédération et des cantons.

D'un autre côté, elle contient aussi quelques dispositions qui modèlent l'organisation et les principes de la procédure cantonale : c'est le cas des art. 110 – 112 LTF, qui visent à garantir une harmonisation quant à certaines exigences dans les procédures cantonales amenant au TF, ainsi que de l'art. 86 LTF, qui impose l'exigence du caractère judiciaire pour la dernière instance cantonale.

- La Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF) régit l'organisation, la compétence et l'activité dudit tribunal, en tant que tribunal administratif ordinaire de la Confédération (art. 1 al. 1 LTAF) ; celui-ci, comme l'on vient de le voir, statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral, pour autant que la loi n'exclue pas le recours à celui-ci (art. 1 al. 2 LTAF).
- La Loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale (PA) s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions *d'autorités administratives fédérales* statuant en première instance ou sur recours (art. 1 al. 1 PA).

### III.3. Les lois de procédure cantonales

Finalement, l'aménagement de la procédure administrative et l'organisation judiciaire des cantons sont établis au niveau cantonal, sous réserve de ce qui a été dit dans les chapitres précédents. Chaque canton possède ainsi sa propre *loi de procédure administrative*. Les lois de procédure administrative cantonales s'appliquent à l'activité des autorités administratives cantonales, lesquelles peuvent appliquer tant le droit fédéral que le droit cantonal. Dans la plupart des cas, les cantons ne possèdent qu'une seule loi de procédure, réglant la procédure

---

<sup>217</sup> P. ex. ATF 136 II 470.

administrative et judiciaire et donc applicable soit aux autorités administratives, soit aux tribunaux administratifs.

## IV. Le droit à la protection juridictionnelle effective. Quelques orientations ...

Le droit à la protection juridictionnelle du particulier n'est plus effectif à partir du moment où des lacunes existent. Ainsi, il faut admettre qu'une « lacune en matière de protection juridictionnelle » existe à chaque fois que les garanties constitutionnelles concernant la justice, ancrées aux art. 29 ss. et 188 ss. Cst. féd. et visant à promouvoir une protection juridictionnelle individuelle et effective, par une autorité judiciaire, ne peuvent pas être respectées de manière satisfaisante ou que, pour d'autres raisons, il y a lieu de légiférer. Cependant, toute restriction de la protection juridictionnelle ne constitue pas forcément une lacune. On peut distinguer trois sortes de restrictions : d'abord, les restrictions formelles qui, pour l'essentiel, tiennent aux *conditions de recevabilité* des recours ; ensuite les restrictions qui tiennent à l'*exclusion du recours dans certains domaines* devant l'autorité de seconde instance voire l'autorité suprême ; enfin les restrictions qui tiennent aux *difficultés pratiques* auxquelles se heurte le justiciable lorsqu'il veut en appeler à l'autorité judiciaire. Il y a lacune que lorsqu'une restriction de la protection juridictionnelle ne se justifie pas objectivement. Une restriction de la protection juridictionnelle peut être justifiée par des motifs tenant à la séparation des pouvoirs, au fédéralisme, à la justiciabilité, à la praticabilité du traitement des litiges, à la nécessité d'alléger la charge des tribunaux ou à la banalité des litiges en cause.<sup>218</sup>

Dans les chapitres qui précèdent nous avons exposé de manière systématique et ponctuelle la jurisprudence du Tribunal fédéral en relation avec chaque aspect critique de la protection effective des particuliers dans la juridiction constitutionnelle suisse. Nous renonçons partant à la reproduire à nouveau dans ce contexte. Ici, il nous paraît par contre opportun de tracer quelques *orientations générales* que le Tribunal fédéral a établies ces dernières années, à propos des thèmes les plus sensibles et complexes concernant la portée de l'accès (voire les obstacles) au Tribunal fédéral. Ces considérations nous amèneront à illustrer, dans un deuxième chapitre (IV.2), une synthèse des débats qui sont en cours, au niveau politique et doctrinal, à propos des lacunes en matière de protection juridictionnelle des particuliers que la révision totale de l'organisation judiciaire en 2007 a laissé subsister, voire même a engendré, et que la jurisprudence n'a pas été en mesure de combler. Seulement dix ans après la réforme, une nouvelle révision est actuellement sous la loupe du législateur, dont nous allons exposer quelques aspects cruciaux.

### IV.1.... de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans ce chapitre nous allons aborder cinq thèmes relevant de la protection juridictionnelle de l'individu, à l'égard desquels la jurisprudence joue un rôle décisif : l'extension de la qualité pour agir individuelle, la délimitation de l'objet du recours, la portée octroyée aux exceptions constituant un obstacle à l'accès au TF par le particulier, le rôle effectif que le recours constitutionnel subsidiaire a joué dans la pratique du TF, ainsi que finalement la question de l'immunité des lois fédérales.

---

<sup>218</sup> Cette définition est tirée du Rapport évaluation LTF, p. 8161, lequel fait référence à l'étude Felix Uhlmann/Giovanni Biaggini, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Zurich, März 2013. (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf>)

#### IV.1.1. La qualité pour recourir

Comme l'on vient de le souligner<sup>219</sup>, la *qualité pour recourir* est établie par la clause générale ancrée à l'art. 89 al. 1 LTF. Outre la participation à la procédure antérieure (al. 1, let. a), l'intérêt digne de protection est le critère retenu par le législateur (al. 1, let. b et c) pour définir l'accès à la protection juridique individuelle, tout en évitant l'action populaire.

Dans l'interprétation de cette notion juridique indéterminée, la jurisprudence affirme qu'il n'existe pas de « *rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde* » et que cette limite doit être établie de façon pragmatique, pour chaque domaine du droit ; dans cette analyse, il faut tenir compte notamment du fait que l'intéressé dispose éventuellement d'une autre voie de droit (civile ou pénale) pour obtenir le résultat escompté et que, d'autre part, pour des motifs de praticabilité, il convient d'éviter une surcharge excessive de la juridiction administrative.<sup>220</sup> Ainsi, une partie de la doctrine relève que « la jurisprudence, même si elle contient plusieurs formulations générales de ce critère [de l'intérêt digne de protection], présente plutôt l'apparence d'une casuistique touffue que d'un système pleinement cohérent » et que « le plaideur est ainsi placé dans une situation difficile ; il ne peut guère s'appuyer de manière sûre sur des principes généraux, mais doit impérativement connaître les solutions spécifiques retenues dans les différents domaines du droit administratif spécial »<sup>221</sup>.

Cela dit, quant au fond, avec les exemples de jurisprudence exposés, nous avons néanmoins souligné que, en matière de droit public, malgré un certain manque de systématisme et d'harmonisation le Tribunal fédéral se montre plutôt enclin à admettre une légitimation individuelle plutôt ample. Il est en effet possible de constater que sa jurisprudence est animée par le souci de ne pas bloquer à fortiori toute possibilité de soumettre un acte au contrôle judiciaire (quitte à être plutôt sévère dans les exigences quant à la motivation des griefs invoqués ...) et que, partant, sous certaines conditions, l'accès est ouvert également aux particuliers non destinataires de la décision (p. ex. le voisin, le concurrent ainsi que le soumissionnaire évincé).

De plus, sur la base de la clause générale de l'al. 1, la jurisprudence a reconnu la légitimation à recourir également aux associations dans le cadre d'un recours dit « corporatif égoïste ». Ce genre de recours, formé par une association mais dans l'intérêt de ses membres, répond certes à des critères d'économie et de simplification de la procédure, mais en même temps concourt à la protection des individus et, dans la mesure où il permet de faire valoir leurs intérêts de façon collective, la renforce dans des situations où ceux-ci n'auraient pas d'intérêt ou de moyens pour agir seuls.

#### IV.1.2. La délimitation de l'objet du recours

Pour ce qui est de l'*objet du recours*, nous avons relevé<sup>222</sup> que la jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises que la notion de *décision* au sens de l'art. 82 LTF est autonome par rapport à celle, plus étroite, de décision administrative, et qu'elle doit être interprétée de manière large afin de tenir compte des besoins de protection des administrés au regard des droits fondamentaux. Cette approche a été encouragée par l'entrée en vigueur, en 2007, de l'art. 29a

---

<sup>219</sup> *Supra*, chap. II.4.2.2.a).

<sup>220</sup> Ainsi, p. ex. ATF 139 II 279, consid. 2.3.

<sup>221</sup> Poltier, N 87 s.

<sup>222</sup> *Supra*, chap. II.4.2.3.a).

Cst. féd. (garantissant un accès justiciable au juge) ainsi que de l'art. 25a PA (créant une voie pour contester les actes matériels).

Ainsi, le TF tend à étendre l'emprise du contrôle judiciaire sur les actes de l'administration, en y incluant également les actes matériels ayant un effet sur la position juridique des particuliers. La jurisprudence rendue est à l'heure actuelle plutôt rare et la ligne dogmatique adoptée n'est pas encore univoque, mais elle laisse entrevoir des développements très intéressants et constitue peut-être l'une des nouveautés majeures dans la direction d'une plus efficace protection du particulier.<sup>223</sup> Cette évolution est d'autant plus importante que la croissante décentralisation de nombreuses tâches publiques soustrait leur exécution au régime classique du droit public caractérisé par l'émanation de décisions attaquables par le citoyen-usager et crée ainsi des situations d'incertitude.<sup>224</sup>

À noter qu'il est positif qu'à cette tendance de la jurisprudence à étendre le contrôle judiciaire des actes de l'administration, correspond une interprétation très restrictive de la notion de « acte à caractère politique prépondérant » pouvant être soustrait au contrôle d'une entité judiciaire, au sens de l'art. 86 al. 3 LTF. En substance, nous avons mis en évidence que la jurisprudence admet que cette exception vise seulement les « actes de gouvernement », pour lesquels l'aspect politique prévaut « sans discussion »<sup>225</sup>.

#### **IV.1.3. La portée octroyée aux exceptions portant sur des domaines exemptés**

La formulation et la portée de la liste des exceptions prévues aux art. 83 ss. LTF constituent sans doute l'un des points les plus critiques de la protection juridictionnelle du particulier devant le TF. En particulier, s'agissant de décisions de dernière instance cantonale, ces dispositions constituent « la charnière »<sup>226</sup> débouchant soit sur le recours en matière de droit public, soit sur le recours constitutionnel subsidiaire et représentent pourtant un point nodal pour la protection juridictionnelle de l'individu. S'agissant en revanche de décisions du TAF, leur application implique pour le particulier l'absence de toute possibilité ultérieure de contrôle judiciaire.

Pourtant, leur texte – composé d'exceptions par domaines (parfois partiels et très sectoriels) et de contre-exceptions – est très complexe ; déjà seulement la lecture et la compréhension de l'extension du domaine de droit exclu résultent extrêmement difficiles pour tout recourant potentiel. D'un autre côté, le caractère très articulé et les domaines très variés de ces différentes clauses rendent difficile l'identification d'un trait commun ou d'une tendance générale en relation avec l'interprétation que la jurisprudence du TF en donne.

<sup>223</sup> Récemment, d'ailleurs, la doctrine s'interroge aussi systématiquement sur la nécessité de préciser ou repenser la notion de décision en fonction de cette évolution. Sur ce thème voir, p. ex., Kiener/Rütche/Kuhn, N 350 ss. ainsi que Markus Müller, *Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte*, in: Pierre Tschannen (Ed.), *Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Berner Tage für die juristische Praxis 2006, Berne 2007, p. 313 ff.

<sup>224</sup> L'ATF 136 II 457 montre d'ailleurs clairement cette limite, en relation avec la difficulté de faire annuler – dans un cas concret – la perception d'un supplément illicite de contrôle auprès d'usagers des chemins de fer fédéraux voyageant en première classe alors qu'ils ne disposent que d'un billet valable en seconde (« Graufahren ») : bien que calculé de façon à violer manifestement le principe de l'égalité et le droit fédéral, ce supplément constitue une composante du contrat privé liant les entreprises de transport publiques et le voyageur et ne peut être contesté que par les voies civiles. Ne s'agissant pas d'une décision au sens formel, il n'a pas pu être attaqué et annulé ni par le biais d'un recours administratif, ni directement par une procédure de surveillance administrative.

<sup>225</sup> ATF 141 I 172, consid. 4.4.1.

<sup>226</sup> Poltier, N 160.

Nous avons déjà exposé quelques exemples référés à des domaines particuliers parmi ceux qui donnent lieu à un nombre majeur de cas d'application.<sup>227</sup> Nous avons pu remarquer à cet égard que la jurisprudence génère des solutions spécifiques, plutôt complexes et très techniques dans les différents domaines du droit, et place le recourant dans la situation difficile ne pouvant pas s'appuyer de manière sûre sur des principes communs.

D'un côté, par exemple, l'art. 83 let. c LTF fait dépendre l'admissibilité du recours en matière de droit des étrangers de l'existence d'un droit à l'autorisation de séjour sollicitée ; le TF considère que la norme en question fait de *l'existence potentielle, suffisamment motivée, du droit prétendu* une condition de recevabilité du recours. Pour le citoyen il n'est pas du tout aisé de prévoir si, dans le cas qui le concerne, ces conditions sont effectivement réunies. De plus, s'il décide de présenter recours, ce sera à lui, dès qu'il existe « le moindre doute »<sup>228</sup> quant à l'existence d'une telle exception, de démontrer<sup>229</sup>, que sa cause n'est pas couverte par cette disposition : s'il ne le fait pas, il court le risque que son recours en matière de droit public soit déclaré irrecevable.

D'un autre côté, là où la loi exclut un domaine mais pose le critère de la « question juridique de principe » comme « contre-exception », le TF use de son pouvoir d'appréciation de manière assez restrictive.<sup>230</sup> Dans ces circonstances, le critère utilisé pour mesurer le franchissement du seuil d'importance de la question juridique est en effet celui de la signification objective de celle-ci *pour la collectivité* et non pas de la portée individuelle<sup>231</sup>, qui devrait en revanche être au centre des préoccupations en relation avec l'accès à la juridiction constitutionnelle. De plus, même dans ce cas, c'est au recourant de démontrer en quoi la cause soulève la question juridique de principe, quitte à voir son recours déclaré irrecevable<sup>232</sup> : l'idée, clairement exprimée par le législateur au moment de l'adoption de la LTF, est celle d'éviter que le TF soit tenu de chercher lui-même en quoi l'affaire remplit ces conditions, mais puisse statuer en se fondant sur l'argumentation du recourant.<sup>233</sup> Finalement, dans les cas où le TF constate que la question juridique soulevée n'est pas de principe, il émet une décision de non-entrée en matière avec une très courte motivation.

Finalement, il sied de remarquer que dans les cas où l'exception s'applique et le recours constitutionnel subsidiaire est recevable, ce moyen n'offre de toute façon qu'une protection (limitée, vu son caractère accessoire) des droits fondamentaux mais laisse sans solution le problème de l'application unitaire du droit cantonal<sup>234</sup>, cela surtout dans des secteurs, tels ceux du droit des étrangers, dont l'application ne devraient pas pouvoir varier en fonction des difficultés socio-économiques régionales.

---

<sup>227</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.3.b).

<sup>228</sup> Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 20 ad art. 83.

<sup>229</sup> Selon les standards plutôt élevés de motivation posés par la jurisprudence au sujet de l'art. 42 LTF, surtout en relation avec les possibles exceptions à la recevabilité : cf. Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 21 ss. et 35 ss. ad art. 42, ainsi que Corboz, in : Commentaire LTF, N 25 ad art. 108.

<sup>230</sup> Voir les considérations *supra*, chap. II.4.2.3.b), dans le domaine du droit des marchés publics.

<sup>231</sup> Kiss/Koller, in : BV – St.GallerKomm, N 19 ad Art. 191 et Seferovic, in : BV-BaKomm, N 18 ad Art. 191.

<sup>232</sup> ATF 139 II 340, consid. 4 et 5.

<sup>233</sup> Aubry Girardin, in : Commentaire LTF, N 35 ad art. 83.

<sup>234</sup> Kiss/Koller, in : BV – St.GallerKomm, N 28 ad Art. 191.

#### IV.1.4. Le rôle du recours constitutionnel subsidiaire dans la pratique

Un autre point central et délicat est celui du rôle effectif que le recours constitutionnel subsidiaire a joué dans la pratique depuis son introduction. Comme nous avons relevé, ce moyen a été introduit pour combler d'éventuelles lacunes dans la protection juridictionnelle des particuliers dans le cas où le recours en matière de droit public contre des décisions cantonales serait exclu à cause de l'applicabilité des exceptions des art. 83 ss. LTF. Ce moyen avait été intégré dans la LTF au dernier moment, au cours des délibérations parlementaires, afin de parer au risque que, dans certains domaines, seule une requête à la Cour européenne des droits de l'homme soit encore possible contre les décisions des tribunaux supérieurs des cantons.

Le régime de ce recours est particulier, dans ce sens que la loi exige un intérêt juridiquement protégé pour fonder la qualité pour recourir et n'admet que des griefs fondés sur la violation des droits constitutionnels. Dans ce contexte il sied de rappeler que le TF considère que l'interdiction de l'arbitraire ancrée à l'art. 9 Cst. féd. ne confère pas une position juridique protégée et ne peut donc pas être invoquée à elle seule, mais seulement en relation avec des dispositions légales qui confèrent une protection juridique à ses intérêts prétendument lésés. De plus, la jurisprudence pose des exigences très strictes quant au degré des allégations nécessaires pour démontrer la violation des droits constitutionnels invoqués et souvent tranche avec des jugements d'irrecevabilité très brefs, rendus en procédure simplifiée au sens de l'art. 108 LTF.

Ainsi, ce pourvoi n'a montré son utilité que rarement ; jusqu'à présent ce moyen n'a constitué que le 5% des recours au total et que dans le 72% des cas le TF n'a pas pu entrer en matière.<sup>235</sup> Il faudrait néanmoins analyser si un adoucissement dans l'interprétation des conditions de recevabilité opérée par la jurisprudence ne serait à même de restituer à ce moyen de recours la finalité effective pour laquelle le législateur l'avait conçu.

#### IV.1.5. L'immunité des lois fédérales dans la jurisprudence

L'« *Anwendungsgebot* » des lois fédérales ancré à l'art. 190 Cst. féd. constitue une limite indirecte (mais selon une partie de la doctrine, « *zweifello das schwerwiegendste* »<sup>236</sup>) à l'accès du particulier à la protection juridictionnelle, dans ce sens qu'il exclut la possibilité pour le citoyen de faire examiner – même seulement dans un cas d'espèce – la compatibilité d'une disposition fédérale avec le droit supérieur.

Dans ce contexte, cependant, nous avons mis en évidence le rôle propulseur que la jurisprudence a eu en introduisant avant tout le principe de l'*interprétation conforme à la Constitution* et, successivement, en s'arrogeant la faculté d'examiner de toute façon la constitutionnalité d'une loi, tout en ne pouvant pas refuser l'application au cas où elle serait inconstitutionnelle. D'autre part, on a constaté que la jurisprudence tend à affirmer la primauté du droit international sur le droit interne contraire, spécialement lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits de l'homme mais également de plus en plus lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe fondamental de la non-discrimination en relation à la libre circulation des personnes encrée dans l'ALCP. Ce processus a amené à bâtir une sorte de « *Konventionsgerichtsbarkeit* », qui a même (bien que rarement) écarté l'application d'une

---

<sup>235</sup> Rapport Modification LTF, p. 7.

<sup>236</sup> Schweizer, in BV-StGallerKommentar, N 38 ad Vorbem. Zur Justizverfassung, relève que : "*Hier gibt es das grösste Rechtsschutzdefizit, da zwar in den meisten Fällen ein Rechtsweg nach Art. 29a an ein Gericht besteht, aber dieses keine Kognition respektive Entscheidungskompetenz zur konkreten Normenkontrolle hat*".

loi fédérale « immunisée » par rapport à la Constitution mais contraire aux garanties internationales.<sup>237</sup>

## **IV.2... et du législateur, dans la révision de l'organisation judiciaire visant à combler les lacunes en matière de protection juridictionnelle**

### **IV.2.1. La réforme de l'organisation judiciaire de 2007 : une meilleure protection juridictionnelle effective ?**

#### ***IV.2.1.1 Les objectifs de la révision de l'organisation judiciaire fédérale de 2007***<sup>238</sup>

Comme l'on vient de le relever, en 2007 l'organisation judiciaire fédérale a fait l'objet d'une révision totale qui visait notamment trois grands objectifs : i) décharger efficacement et durablement le TF et sauvegarder ainsi sa capacité de fonctionnement ; ii) améliorer la protection juridictionnelle dans certains domaines ; iii) simplifier les procédures et les voies de recours.

À cette fin, des changements structurels importants ont été réalisés, soit dans l'organisation même du TF, soit par la création de nouvelles instances fédérales (le TAF, le TPF et successivement le Tribunal fédéral des brevets), en tant qu'instances de recours ordinaires permettant de décharger le TF. De plus, une réorganisation des voies de recours a été opérée en instituant le recours unifié ainsi que le recours constitutionnel subsidiaire. Pour ce qui est des processus, le pouvoir d'examen du TF a été restreint en principe aux questions de droit et les possibilités pour le TF de rendre ses arrêts en procédure simplifiée ont été élargies. Comme nous avons souligné à plusieurs reprises, la révision a également eu des incidences à l'échelon des cantons, notamment en leur imposant des exigences plutôt strictes sur le caractère judiciaire de leurs dernières instances. Finalement, certains domaines du droit ont été exclus de la compétence du TF et, pour d'autres, une valeur litigieuse minimale a été introduite (voire adaptée où elle existait déjà), mais une réserve pour les cas qui soulèvent une question juridique d'importance fondamentale a été prévue.

#### ***IV.2.1.2 Une évaluation de l'efficacité des nouvelles dispositions quelques années après leur entrée en vigueur***

Tout de suite après son entrée en vigueur, suite à un postulat parlementaire<sup>239</sup>, le Conseil fédéral a procédé à une évaluation de l'efficacité des nouvelles normes sur l'organisation judiciaire fédérale. Dans son rapport sur les résultats de cette évaluation<sup>240</sup>, il a conclu que la réforme était dans l'ensemble un succès, mais que certaines des mesures censées permettre de décharger le TF (notamment l'augmentation des valeurs litigieuses minimales, le prélèvement général de frais de procédure pour toutes les causes, les exigences plus strictes auxquelles doivent satisfaire les instances inférieures ainsi que l'instauration du recours unifié) n'ont pas eu l'effet escompté.

---

<sup>237</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.3.a). ainsi que, pour plus de détails, Schweizer, in BV-StGallerKommentar, N 38 s. ad Vorbem. Zur Justizverfassung.

<sup>238</sup> Pour plus de détails sur les points spécifiques de la réforme, cf. le Rapport évaluation LTF, p. 8148. Pour des évaluations critiques sur les aspects positifs et les limites de la réforme, cf. *i.a.* Schweizer, in : BV – St.GallerKomm, N 26 ss. ad Vorbem. zur Justizverfassung.

<sup>239</sup> Postulat Pfisterer du 21 juin 2007 (07.3420 « Réforme de l'organisation judiciaire et de la justice. Evaluation »).

<sup>240</sup> Rapport évaluation LTF, p. 8143 ss.

Il est clair que la révision de l'organisation judiciaire fédérale, d'emblée, donnait lieu à un dilemme, car elle poursuivait deux objectifs ontologiquement antagonistes : améliorer la protection juridictionnelle ne va pas sans charger davantage le TF et, d'autre part, les mesures qui ont un effet d'allègement de la charge de travail ont souvent une incidence négative sur la protection juridictionnelle. Le rapport sur l'évaluation<sup>241</sup> a estimé que la révision est néanmoins parvenue à *désamorcer* dans une large mesure le conflit d'objectifs, mais que la réorganisation a failli à résoudre totalement deux problèmes. D'un côté, le TF continue à devoir faire face à une recrudescence de cas, tout en utilisant parfois sa capacité de travail à mauvais escient puisqu'il est souvent saisi de cas d'importance mineure, et dans le même temps il ne connaît pas de toutes les causes capitales pour l'unité du droit et le développement de la jurisprudence. D'un autre côté, la longue liste d'exceptions ancrées à l'art. 83 LTF comporte la subsistance de lacunes importantes en matière de protection juridictionnelle des particuliers, notamment en matière de droit des étrangers et d'asile, des droits politiques et des décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale. D'ailleurs, il faut remarquer que la liste des exceptions avait donné lieu à d'intenses discussions au Parlement, déjà à l'époque de son adoption.<sup>242</sup>

#### **IV.2.2. L'avant-projet actuel de révision de la LTF – quelques points nodaux visant l'amélioration de la protection juridictionnelle**

Afin d'élaborer les modifications de loi nécessaires, un avant-projet de loi a donc été livré en 2015. La procédure de consultation s'est achevée en 2016. Ce chapitre se propose d'exposer les points principaux de la révision en cours, en soulignant les mesures qui ont été proposées afin d'améliorer la protection juridictionnelle.<sup>243</sup>

##### **IV.2.2.1 L'accès au TF pour toutes les questions juridiques de principe et les cas particulièrement importants**

Un premier point important de la révision en cours se focalise sur la *liste des exceptions de l'art. 83 LTF*, laquelle constitue aujourd'hui un important obstacle à l'accès à la justice, car elle exclut de nombreuses matières.

Dans la proposition de réforme, le Conseil fédéral, également supporté par l'avis de la Cour plénière du TF<sup>244</sup>, part de la constatation selon laquelle le Tribunal fédéral a pour fonction non seulement de trancher les litiges au plus haut niveau, mais aussi de préserver l'unité de l'ordre juridique et de garantir le développement du droit. Il devrait donc pouvoir connaître de toutes les questions juridiques de principe et d'autres cas particulièrement importants. Cependant, aujourd'hui il n'en va pas toujours ainsi. Par exemple, dans la plupart des cas, pour les décisions du TAF dans le domaine de l'assistance administrative internationale ou de l'asile toute voie de recours au TF, y compris celle subsidiaire du recours constitutionnel, est exclue.<sup>245</sup>

<sup>241</sup> Rapport évaluation LTF, p. 8154 s. Cf. également le Rapport Modification LTF, p. 3.

<sup>242</sup> Mahon, N 303 et Auer/Malinverni/Hottelier, N 2051 ss.

<sup>243</sup> Les considérations exposées dans ce chapitre s'appuient principalement sur le Rapport Modification LTF, dont elles reprennent les informations essentielles. Sur ce thème, voir également la contribution de Gilbert Kolly, Propositions de modification de l'accès au Tribunal fédéral, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2016/1. Il sied de remarquer que la révision porte également sur une série d'autres thèmes (p. ex. en matière d'assurances sociales, de droit pénal, sur le régime des mesures provisionnelles, ainsi que sur la protection juridictionnelle contre les décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en matière de sécurité intérieure, extérieure et des affaires étrangères). Bien sûr, chacun de ces thèmes touche la protection juridictionnelle du particulier, mais son examen sortirait du cadre de ce travail.

<sup>244</sup> Kolly, p. 8 s.

<sup>245</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.3.2.b).

Une ouverture totale du recours unifié dans ces cas engendrerait néanmoins une charge supplémentaire, qui ne pourrait pas être absorbée par le TF. La voie du recours unifié doit en principe être ouverte, mais dans une mesure limitée seulement.

Ainsi, la solution proposée consiste dans l'introduction d'une « exception à l'exception » pour les trois recours unifiés. À titre d'exemple, en matière de droit public<sup>246</sup>, la liste des matières dans lesquelles le recours est irrecevable est maintenue (art. 83 al. 1 avant-projet LTF), mais un nouvel al. 2 prévoit que, même dans les cas où le recours ordinaire au TF serait en principe exclu, il est néanmoins possible de saisir ce dernier dès lors qu'une *question juridique de principe* se pose ou qu'il s'agit, *pour d'autres motifs, d'un cas particulièrement important*. En d'autres termes, le recours unifié devient recevable même dans les matières qui jusqu'à présent n'étaient pas justiciables, mais uniquement lorsqu'une question juridique de principe se pose ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important.

Le Rapport Modification LTF précise que le Tribunal fédéral a une grande latitude pour déterminer si un recours soulève une question juridique de principe ou concerne un cas particulièrement important. Jusqu'à présent, dans les cas où l'art. 83 prévoit déjà cette condition<sup>247</sup>, il a interprété ces notions juridiques indéterminées de manière restrictive et il a considéré qu'elles ne doivent être admises qu'exceptionnellement.

La formulation choisie dans l'avant-projet distingue deux scénarios de « contre-exceptions » qui correspondent à des gradations d'importance différentes :

- les recours soulevant des « questions juridiques de principe ». La notion correspond à celle déjà développée par la jurisprudence exposée ci-dessus, à laquelle on renvoie.
- les recours portant sur un « cas particulièrement important ». À cet égard, le Rapport Modification LTF précise que « pour qu'une affaire qui ne soulève pas une question juridique de principe soit considérée comme particulièrement importante, il faut donc que l'intérêt à ce que la décision soit rendue par l'autorité judiciaire suprême soit aussi grand qu'en présence d'une question juridique de principe. Ce peut être le cas si la décision touche directement ou indirectement un grand nombre de personnes, si elle a des conséquences majeures pour l'exécution des tâches d'une collectivité publique ou s'il existe des signes que l'autorité précédente a enfreint des normes juridiques importantes ».<sup>248</sup>

De plus, une règle spéciale est prévue dans le droit de l'asile et des étrangers, en raison du caractère particulièrement sensible de ces domaines. Le Tribunal fédéral considère même que, au vue de l'importance de ces décisions pour la protection des droits des requérants d'asile mais aussi pour le pays, il paraît approprié de permettre à la Cour suprême de se prononcer sur les questions juridiques de principe en cette matière. Si le risque d'abus et de surcharge<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> Mais des réglementations analogues sont proposées également en matière civile et pénale : cf. le Rapport Modification LTF, p. 4 s.

<sup>247</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.2.a), en matière de marchés publics notamment. À noter que, avec la révision, les recours contre les décisions sur les marchés publics demeureront en principe irrecevables ; les deux conditions actuellement existantes pour reconnaître la recevabilité (valeurs-seuils et question juridique de principe) seront remplacées par la réserve générale de l'al. 2. La valeur du mandat à attribuer ne sera plus directement déterminante ; elle constituera tout au plus un élément conférant au cas une importance particulière.

<sup>248</sup> Rapport Modification LTF, p. 5.

<sup>249</sup> Kolly, N 36 ss. relève qu'il est indéniable qu'il existe un risque manifeste d'abus et, d'autre part – vu le nombre très élevé (4'000 – 5'000) d'affaires d'asile que le TAF est appelé à trancher chaque année – un risque de surcharge pour le Tribunal fédéral également. En effet, les requérants déboutés pourraient être tenté de déposer des recours d'emblée dénués de chances de succès uniquement pour obtenir par ce biais une

justifie de garder des limitations à l'accès, il n'y a néanmoins aucune raison juridique pouvant justifier de soustraire les décisions du TAF en matière d'asile au contrôle par le Tribunal fédéral. Ainsi, l'avant-projet permet au Tribunal fédéral de se prononcer sur des questions juridiques de principe à l'égard de certaines décisions en cette matière, mais prévoit un « dispositif de verrouillage » supplémentaire : la décision de savoir s'il se pose une question juridique de principe, et donc si la voie de recours au TF est exceptionnellement ouverte, doit être prise par le TAF et figurer déjà dans l'arrêt au fond qui sera éventuellement attaqué. En effet, si le Tribunal fédéral devait lui-même examiner cette question à titre préliminaire lorsqu'il est saisi d'un recours, il s'exposerait à recevoir quand-même un très grand nombre de recours qu'il devrait examiner sous l'angle de la recevabilité. La constatation du TAF doit être définitive et donc ne pas être susceptible de recours, afin d'éviter de confronter le TF même à de nombreux recours contre cette décision.<sup>250</sup>

#### **IV.2.2.2 L'exclusion des cas de moindre importance**

Pour balancer une éventuelle augmentation des recours suite à la modification des règles d'accès proposée, la réforme propose une série d'allègements dans certains domaines du droit pénal et du droit public, en élargissant notamment la liste des décisions contre lesquelles un recours unifié est exclu. Il s'agit encore une fois d'enlever au TF les affaires les moins importantes au regard de l'uniformité du droit, notamment des cas mineurs et des cas dans lesquels on constate que les griefs portent le plus souvent – à mauvais escient – uniquement sur les faits. Le rapport considère que dans de tels cas la protection juridictionnelle de l'individu est suffisamment assurée par les tribunaux supérieurs des cantons, voire par le TAF et le TPF. Dans tous ces domaines le recours reste bien entendu ouvert si la contestation soulève une question juridique de principe ou si elle porte pour d'autres motifs sur un cas particulièrement important.<sup>251</sup>

#### **IV.2.2.3 Le remplacement du recours constitutionnel subsidiaire par le recours unifié**

Le Conseil fédéral considère que l'introduction de la possibilité de recourir au TF avec le moyen ordinaire (recours unifié) dans tous les cas où la contestation soulève une question juridique de principe ou porte pour d'autres motifs sur un cas particulièrement important rend désormais superflu le recours constitutionnel subsidiaire, qui avait une « fonction supplétive similaire ».<sup>252</sup>

Ainsi, la réforme de la LTF propose l'abolition tout court de ce moyen et souligne que cette solution présente toute une série d'avantages, dont aux moins deux sont à relever : avant tout, le recours constitutionnel ne peut porter que sur des décisions des autorités cantonales de dernière instance et non sur les décisions du TAF et du TPF, tandis que la nouvelle « exception de l'exception » autorisant le recours unifié ne fait plus de différence entre les autorités cantonales et les deux tribunaux fédéraux inférieurs. Celle-ci, de plus, permet d'invoquer d'autres violations du droit que les griefs constitutionnels (seuls griefs possibles dans le recours subsidiaire), notamment des violations de lois fédérales ou du droit international (à la condition d'avoir démontré l'importance de la question soulevée).

---

prolongation du droit de séjour.

<sup>250</sup> Kolly, N 39 s.

<sup>251</sup> Pour plus de détails, cf. Rapport Modification LTF, p. 6 s.

<sup>252</sup> Rapport Modification LTF, p. 7 s.

#### **IV.2.2.4 Renonciation à une modification de la protection juridictionnelle dans le domaine des droits politiques**

Comme l'on vient de relever, en matière cantonale, tous les actes des autorités qui violent les droits politiques des citoyens peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral (art. 88, al. 2, LTF), tandis que la protection en matière de droits politiques au niveau fédéral est sensiblement mineure.<sup>253</sup>

Bien que dans son rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, le Conseil fédéral avait annoncé son intention d'améliorer la protection juridictionnelle dans ce domaine, l'avant-projet renonce à adapter les dispositions légales dans le domaine des droits politiques, en estimant que la récente jurisprudence du TF a déjà clarifié un bon nombre d'aspects problématiques.<sup>254</sup>

#### **IV.2.3. Quelques considérations critiques sur la réforme actuelle**

La réforme proposée n'a pas rencontré de soutien unanime.

D'abord, elle introduit de manière généralisée la « contre-exception » prévoyant l'entrée en matière dans les litiges où en principe le recours serait exclu mais qu'une question d'importance fondamentale se pose. En même temps, elle élargit néanmoins de façon notable la liste des exceptions de l'art. 83 LTF. Cela vaut surtout dans le domaine de la naturalisation et du droit des étrangers, où désormais *de facto* il n'y aurait que les citoyens pouvant invoquer l'ALCP à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective ; mais la protection est destinée à se réduire même dans le domaine des marchés publics (où tous les marchés, quelle que soit leur valeur, vont tomber dans l'exception) et de l'entraide en matière pénale.

D'un autre côté, la notion de « question juridique de principe » et celle (peu connue) de « cas particulièrement important » sont des notions juridiques indéterminées, dont l'interprétation est laissée entièrement à la grande marge d'appréciation du TF dans le cas d'espèce, car la loi ne fixe aucun critère clair, susceptible de le guider dans l'interprétation. Cette circonstance prive l'« exception de l'exception » de la nécessaire légitimation démocratique et nous semble contraire à l'art. 191 al. 2 à 4 Cst. qui – s'agissant d'une restriction grave aux droits fondamentaux des particuliers – exige une base légale claire pour toute limitation à l'accès à la juridiction constitutionnelle.

En définitive, la proposition introduit un élément supplémentaire d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour le particulier qui entend accéder à la juridiction constitutionnelle. D'autre part, la volonté de réduire l'accès au Tribunal fédéral, clairement exprimée dans l'avant-projet, indique que le TF va poursuivre, voire même renforcer sa pratique d'interprétation restrictive. De plus, concernant la réglementation de recours en matière d'asile proposée, il faut relever que faire délivrer une autorisation de recourir par la même autorité qui rend la décision susceptible de recours (en l'espèce, le TAF) est un mécanisme inusuel en Suisse, dont on peut douter qu'il soit en mesure de garantir une protection juridictionnelle efficace.

Surtout, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire – qui avait été introduit justement pour soumettre au contrôle de constitutionnalité les décisions des instances cantonales là où les particuliers étaient dépourvus de protection – ne se justifie pas (et paraît même contradictoire) dans le contexte d'une réforme qui va augmenter la liste des exceptions

---

<sup>253</sup> Cf. *supra*, chap. II.4.2.3.a).

<sup>254</sup> Rapport Modification LTF, p. 14. En effet, l'ATF 138 I 61 a éclairé toute une série d'éléments fondamentaux de la protection juridique dans les causes concernant le droit de vote, avant et après l'entrée en vigueur de la réforme de la justice ; cf. *supra*, chap. II.4.2.3.a).

à l'accès au TF. Cette perspective de réforme risque donc d'entraîner une détérioration du standard actuel de la protection juridictionnelle dans ce sens qu'elle laisse renaître une lacune importante qui avait été constatée et comblée lors de la réforme de 2007. Il sied même de remarquer que cela va augmenter le nombre de cas où la CourEDH va être saisie directement contre des arrêts cantonaux, ce que le législateur avait justement voulu éviter dans le passé.

## V. Conclusions

Ce travail se proposait d'examiner les différentes voies de recours administratives et judiciaires à disposition des particuliers en droit suisse et en particulier devant la juridiction constitutionnelle de ce pays.

L'analyse des voies de recours ouvertes aux particuliers, au niveau cantonal et fédéral, a montré que bien qu'en Suisse une procédure administrative fédérale et 26 procédures administratives cantonales coexistent (encore<sup>255</sup>), le fonctionnement harmonieux d'un système qui conflue au Tribunal fédéral en tant que dernière instance exige qu'une certaine homogénéité soit assurée déjà dans les règles et principes procéduraux applicables au niveau cantonal. Ce processus d'uniformisation a été entamé à l'origine essentiellement par la jurisprudence en application des garanties de procédure conventionnelles (art. 6 et 13 CEDH) et constitutionnelles (art. 29 ss. Cst. féd.), et a été par la suite corroboré par l'introduction, dans la Constitution, d'un droit justiciable à l'accès au juge (art. 29a Cst. féd.) qui a engendré toute une série de transformations au niveau des procédures et de l'organisation judiciaire administratives cantonales. Ainsi, depuis 2007, si les cantons sont toujours libres de déterminer leur propre organisation judiciaire, ils sont cependant tenus de prévoir des « tribunaux supérieurs » – possédant les caractéristiques d'impartialité et d'indépendance institutionnelle requises par l'art. 6 CEDH – compétents pour rendre les décisions susceptibles de recours au Tribunal fédéral. Ces changements ont permis de renforcer la protection juridictionnelle des particuliers.

L'analyse effectuée dans cette étude permet de conclure qu'aujourd'hui, en Suisse, la protection juridictionnelle du particulier est bien assurée par une définition de la qualité pour recourir et de l'objet de recours assez large et uniforme dans la juridiction administrative cantonale et fédérale, jusqu'à la juridiction constitutionnelle du TF. D'autre part, néanmoins, l'accès au Tribunal fédéral par le biais du recours unifié (et en particulier du recours en matière de droit public, qui constitue le principal moyen de protection effective des droits constitutionnels des individus) souffre de limites importantes, fondées sur l'art. 191 Cst. féd. qui permet d'exclure l'accès dans des domaines déterminés ou de prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe. La portée de ces exceptions est plutôt complexe à cerner et a un impact notable sur la protection du particulier, mais en même temps, évidemment, sur la charge du Tribunal fédéral. Le thème de la protection juridictionnelle des particuliers fait aujourd'hui, quelques années seulement après l'entrée en vigueur de la réforme totale de l'organisation judiciaire, l'objet d'un nouveau projet de révision visant à trouver un meilleur équilibre entre les fonctions essentielles auxquelles doit répondre une juridiction constitutionnelle efficace. La finalité qui anime le législateur est celle de faire en sorte que le Tribunal fédéral soit non seulement appelé à trancher les litiges au plus haut niveau, mais également à préserver l'unité de l'ordre juridique et à garantir le développement du droit, en ne connaissant que les questions juridiques de principe et d'autres cas particulièrement importants. L'impact des modifications proposées sur la protection juridictionnelle des particuliers est néanmoins loin de faire l'unanimité.

---

<sup>255</sup> Contrairement à ce qui a eu lieu avec les procédures civiles et pénales, lesquelles viennent d'être unifiées au niveau fédéral suite à la réforme de l'organisation judiciaire.

## Bibliographie

JEAN-FRANÇOIS AUBERT / PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3ème ed., Berne 2013

GIOVANNI BIAGGINI/THOMAS GÄCHTER/REGINA KIENER (Ed.), Staatsrecht, Zurich/St. Gall 2011

BENOÎT BOVAY, Recours en matière de droit public et recours constitutionnel subsidiaire, in : HEINRICH KOLLER/GIUSEP NAY/YVES DONZALLAZ/NICOLAS JEANDIN/FELIX BÄNZIGER/BENOÎT BOVAY, Le nuova legge sul Tribunale federale, Lugano/Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007, p. 119 ss.

FRANÇOIS CHAIX, Les motifs du recours en matière de droit public, in : FRANÇOIS BOHNET/DENIS TAPPY (Ed.), Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bâle/Neuchâtel 2017, p. 188 ss.

BERNHARD CORBOZZI/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRÉSARD/FLORENCE AUBRY Girardin (Ed.), Commentaire de la LTF, 2ème éd., Berne 2014 (cité : Auteur, in : Commentaire LTF)

JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Bâle 2014

BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Ed.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Ed., Zurich 2014 (cité : Auteur, in : BV – St.GallerKomm)

LUC GONIN, Le problème suisse n'est pas la juridiction constitutionnelle : la question de la juridiction conventionnelle – de l'art. 190 Cst. à une révolution politique, in : Jusletter, 12 septembre 2011

YANN GRANDJEAN, Le contrôle juridique préventif comme alternative à l'extension de la juridiction constitutionnelle, in : Jusletter, 12 septembre 2011

ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Ed., Zurich 2012.

MICHEL HOTTELIER, Les garanties de procédure, in : DANIEL THÜRER/ JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Ed.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 810 ss.

MICHEL HOTTELIER/HANSPETER MOCK/MICHEL PUÉCHAVY, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Éd., Zurich 2011

HEINRICH KOLLER/GIUSEP NAY/YVES DONZALLAZ/NICOLAS JEANDIN/FELIX BÄNZIGER/BENOÎT BOVAY, Le nuova legge sul Tribunale federale, Lugano/Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2007

GILBERT KOLLY, Propositions de modification de l'accès au Tribunal fédéral, in : «Justice – Justiz – Giustizia» 2016/1

GUILLAUME LAMMERS, La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Berne 2015

PASCAL MAHON, Droit constitutionnel, 3ème éd., Bâle/Neuchâtel 2014

GIORGIO MALINVERNI, Les modifications législatives consécutives à des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, in : LeGes 2016/3, p. 375 ss.

MARCEL A. NIGGLI/PETER ÜBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Ed.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. Éd., Bâle 2011

ETIENNE POLTIER, Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in : FRANÇOIS BOHNET/DENIS TAPPY (Ed.), Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bâle/Neuchâtel 2017, p. 123 ss.

HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH/NIKLAUS Oberholzer (Ed.), Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. éd., Berne 2015

DANIEL THÜRER/ JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Ed.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001

FELIX UHLMANN/ GIOVANNI BIAGGINI, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Zurich, März 2013.  
(<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf>)

BERNHARD WALDMANN/ EVA MARIA BELSER/ ASTRID EPINEY (Ed.), Bundesverfassung – Basler Kommentar, Bâle 2015. Cité : Auteur, in : BV-BaKomm

Rapport explicatif du 4 novembre 2015 (Modification de la loi sur le Tribunal fédéral), p. 12  
[https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2600/Revision-de-la-loi-sur-le-Tribunal-federal\\_Rapport-expl\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2600/Revision-de-la-loi-sur-le-Tribunal-federal_Rapport-expl_fr.pdf). (cité : Rapport Modification LTF)

Rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale du 30 octobre 2013, in : FF 2013 8143 (cité : Rapport évaluation LTF).

## Liste d'arrêts

### **Arrêts du Tribunal fédéral publiés au recueil officiel des arrêts (ATF)**

ATF 142 II 35; ATF 142 I 135

ATF 141 II 338; ATF 141 II 307; ATF 141 II 214; ATF 141 II 161; ATF 141 II 113; ATF 141 II 14; ATF 141 I 253

ATF 140 I 285; ATF 140 I 271; ATF 140 I 90

ATF 139 III 209; ATF 139 II 328; ATF 139 I 121

ATF 138 II 513; ATF 138 II 506; ATF 138 II 162; ATF 138 II 22; ATF 138 I 435; ATF 138 I 378; ATF 138 I 196; ATF 138 I 171; ATF 138 I 143; ATF 138 I 61; ATF 138 I 6

ATF 137 V 273; ATF 137 III 332; ATF 137 II 313; ATF 137 II 305; ATF 137 II 40; ATF 137 I 284; ATF 137 I 273; ATF 137 I 167; ATF 137 I 137; ATF 137 I 128; ATF 137 I 77

ATF 136 IV 42; ATF 136 IV 20; ATF 136 II 539; ATF 136 II 497; ATF 136 II 470; ATF 136 II 457; ATF 136 II 383; ATF 136 II 359; ATF 136 II 291; ATF 136 II 281; ATF 136 II 274; ATF 136 II 241; ATF 136 II 233; ATF 136 II 177; ATF 136 II 61; ATF 136 I 404; ATF 136 I 323; ATF 136 I 229; ATF 136 I 184; ATF 136 I 158; ATF 136 I 87; ATF 136 I 65; ATF 136 I 49; ATF 136 I 17

ATF 135 V 382; ATF 135 V 309; ATF 135 V 98; ATF 135 II 156; ATF 135 II 94; ATF 135 II 38; ATF 135 I 265; ATF 135 I 143; ATF 135 I 43;

ATF 134 V 138; ATF 134 IV 156; ATF 134 II 341; ATF 134 II 120; ATF 134 I 269; ATF 134 I 204; ATF 134 I 184; ATF 134 I 172

ATF 133 II 468; ATF 133 II 450; ATF 133 II 396; ATF 133 V 367; ATF 133 II 305; ATF 133 I 185; ATF 133 I 49

ATF 132 II 257

ATF 131 II 710; ATF 131 II 697; ATF 131 II 562; ATF 131 I 366; ATF 131 II 352; ATF 131 I 91

ATF 127 II 264

ATF 125 II 417; ATF 125 II 29; ATF 125 I 7

ATF 124 II 480

ATF 122 II 485; ATF 122 II 234

ATF 119 Ia 285

### **Autres arrêts du Tribunal fédéral non publiés au recueil officiel (disponibles à l'adresse [www.bger.ch](http://www.bger.ch))**

TF 2D\_52/2015, du 10 septembre 2015

TF 2C\_720/2014 du 12 mai 2015

TF 2C\_971/2012 du 28 juin 2013

TF 4A\_79/2013 du 26 mars 2013

TF 5A\_81/2013 du 21 février 2013

TF 2C\_1016/2011 du 3 mai 2012

TF 2C\_417/2011 du 13 janvier 2012

TF 2C\_457/2011 du 26 octobre 2011

TF 2C\_694/2009 du 20 mai 2010

TF 1C\_434/2009 du 1<sup>er</sup> mars 2010

TF 9C\_766/2008 du 15 juillet 2009

TF 1C\_41/2008 du 26 mai 2009

TF 2C\_136/2009 du 16 juin 2009

TF 2C\_288/2009 du 8 mai 2009

TF 2C\_416/2008 du 30 octobre 2008

TF 2C\_438/2008 du 16 octobre 2008

## Principaux sites internet consultés

Site de l'administration fédérale suisse – recueil systématique du droit fédéral : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html>

Site du Tribunal fédéral (avec accès libre à la jurisprudence) : [www.bger.ch](http://www.bger.ch)

Banque de données juridiques suisses (jurisprudence et doctrine; accès payant) : [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)

Banque de données juridiques suisses (accès payant) : [www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)

---

Cette étude fait partie d'un projet plus global qui a pour but d'analyser depuis une perspective de droit comparé les recours des particuliers devant les plus hautes juridictions de différents États ainsi que devant certaines juridictions internationales.

L'objet de cette étude est d'examiner les différents recours à disposition des particuliers en droit suisse, et en particulier devant l'autorité judiciaire suprême de ce pays.

Pour ce faire, après une introduction générale, qui donne le cadre historique, sont examinés les différents types de recours ouverts aux particuliers, tant au niveau administratif qu'au niveau judiciaire. Ensuite un examen est fait des dispositions qui sont utilisées comme normes de référence pour la protection des particuliers ainsi que de la jurisprudence de l'autorité judiciaire suprême en matière de protection juridictionnelle effective. Finalement, quelques conclusions sur le bilan de la situation, comprenant quelques propositions d'amélioration ont été dressées.

En Suisse, une procédure administrative fédérale et 26 cantonales coexistent. Les cantons sont cependant tenus de prévoir une autorité judiciaire en dernière instance et les conditions du contrôle judiciaire des actes administratifs (i.e. de la qualité pour recourir et de l'objet du recours) sont de facto très harmonisées. La protection du particulier devant la juridiction constitutionnelle est assurée principalement par le recours en matière de droit public. L'accès au TF souffre néanmoins de limites importantes, dont la portée fait aujourd'hui l'objet d'une révision.

---

Publication de  
**l'Unité Bibliothèque de droit comparé**

*Direction générale des services de recherche parlementaire, Parlement européen*



PE 608.738

Papier: ISBN 978-92-846-1806-4 doi:10.2861/94263

PDF: ISBN 978-92-846-1808-8 doi:10.2861/169730

Ce document a été préparé à l'attention des Membres et du personnel du Parlement européen comme documentation de référence pour les aider dans leur travail parlementaire. Le contenu du document est de la seule responsabilité de l'auteur et les avis qui y sont exprimés ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement.