



Le 25 janvier 2016

Procédure de consultation relative à la révision de la loi sur la Tribunal fédéral (LTF)

Prise de position

La présente prise de position porte exclusivement sur les articles 82 ss du projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral en tant qu'ils concernent la modification des dispositions concernant le recours en matière de droit public et la suppression du recours constitutionnel subsidiaire.

La création d'un recours unifié pour les causes de droit public est une simplification bienvenue, dans la mesure où elle évitera à des justiciables de devoir déposer deux recours, même s'ils sont formulés dans le même acte. Cette suppression intervient toutefois au prix d'une réduction potentiellement importante des droits des justifiables.

En effet, le mécanisme proposé par la réforme est de remplacer l'accès au recours constitutionnel subsidiaire, lorsqu'il est ouvert, dans les cas visés par les exceptions de l'article 83 LTF, par un mécanisme de contrôle préalable relevant de l'appréciation du Tribunal fédéral. La formulation proposée dans le projet pour l'article 84 al. 2 LTF confère un très large pouvoir d'appréciation au Tribunal fédéral pour choisir s'il entend ou non examiner un recours, pouvoir qui n'est soumis à aucun contrôle judiciaire.

Dans ce sens, l'article 84 al. 2 LTF reprend la condition de la « question juridique de principe » et ajoute la possibilité d'ouvrir le recours s'il « porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ».

La notion de question juridique de principe est bien connue et a fait l'objet d'une jurisprudence importante depuis 2007.

Pour admettre qu'une contestation soulève une question juridique de principe, il faut que celle-ci donne lieu à une incertitude caractérisée, réclamant 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. La présence d'une question juridique de principe suppose ainsi que la décision en cause soit importante pour la pratique. Tel est notamment le cas lorsque les instances inférieures doivent traiter de nombreux cas analogues ou lorsqu'il est

nécessaire de trancher une question juridique qui se pose pour la première fois et qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral. Des questions juridiques de principe peuvent se poser également à la suite de l'adoption de nouvelles normes matérielles ou de procédure (ATF 139 II 404 consid. 1.3 p. 410). Il faut en tous les cas qu'il s'agisse d'une question juridique d'une portée certaine pour la pratique. Cette condition n'est pas réalisée lorsque l'élément déterminant pour trancher le cas d'espèce n'est en principe pas propre à se reproduire dans d'autres situations (ATF 139 II 340 consid. 4 p. 343). La question juridique doit avoir une importance pratique suffisamment qu'elle nécessite d'être éclaircie par le Tribunal fédéral.

Il faut également que la question juridique présentée se rapporte à un domaine du droit qui est soumis au contrôle du Tribunal fédéral : la question doit se rapporter à une norme dont la violation est un motif de recours au Tribunal fédéral en vertu des articles 95 et 96 LTF. Si la question se rapporte à une norme de droit cantonal que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir librement, celui-ci ne saurait rendre une décision de principe.

Le projet propose de compléter l'hypothèse de la question de principe par celle d'un cas particulièrement important. L'actuel article 84 al. 2 LTF utilise déjà la notion de cas particulièrement important dans le domaine de l'entraide pénale internationale. Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves. Il s'agit donc de situations rares et l'exception est appliquée très strictement.

L'article 84a LTF comprend la combinaison de ces deux hypothèses à l'article 84a LTF pour le domaine de l'entraide administrative internationale. Les modalités d'application sont les mêmes.

Il ressort de ces éléments que les articles 84 et 84a LTF ont pour but, de l'avis du Tribunal fédéral, à limiter l'accès à celui-ci, de sorte que les conditions posées ne doivent être admises qu'avec retenue. Le Tribunal fédéral jouit ainsi d'une grande marge d'appréciation pour déterminer s'il s'agit d'une question juridique de principe ou d'un cas particulièrement important (ATF 139 II 340 consid. 4 p. 342 s).

En l'état actuel du droit, le recours constitutionnel subsidiaire permet d'attaquer des décisions cantonales de dernière pour violation des droits constitutionnels dans tous les domaines où le recours cantonal est exclu. La suppression du recours constitutionnel subsidiaire va mettre un terme à ces recours. Le droit conféré au Tribunal fédéral de choisir quel recours il accepte de traiter garantissant que l'essentiel des recours seront considérés comme irrecevables.

La jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de considérer que cette juridiction va assouplir sa pratique. Bien au contraire, La volonté de réduire l'accès au Tribunal fédéral, clairement exprimée dans le projet, indique que cette pratique restrictive va se poursuivre, voire se renforcer.

En conséquence, la proposition d'instaurer une procédure équivalente à celle d'une approbation préalable des recours, devrait être abandonnée.

Ce d'autant plus, qu'elle est combinée avec un renforcement des exceptions, notamment en matière de droit des étrangers et de droit d'asile.

Dans ces derniers domaines, le projet d'article 84 LTF crée en outre un régime d'exception par rapport au système proposé par le projet d'article 83 al. 2 LTF. Il exclut un recours au Tribunal fédéral contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent l'entrée en Suisse, l'admission provisoire, le renvoi, la reconnaissance de l'apatridie, les dérogations aux conditions d'admission ainsi que l'établissement d'un titre de séjour ou d'un document de voyage. Une exception à cette exclusion du recours possible que si la contestation soulève une question juridique de principe et le Tribunal administratif fédéral a constaté, dans la décision attaquée, qu'elle soulève une telle question. En conséquence, selon ce projet, ce sera à la juridiction inférieure, dont le jugement devrait faire l'objet d'un contrôle. Une telle approche ne saurait garantir une protection juridictionnelle adéquate et il convient de renoncer au projet d'article 84.

François BELLANGER
Professeur de droit