

(Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1998)

Bundesaufsicht. Begriff und Modalitäten.

1. Die Bundesaufsicht im weiteren Sinn ist die nicht-gerichtliche Tätigkeit, mittels welcher der Bund sicherstellt, dass die Kantone die ihnen durch Bundesrecht auferlegten Aufgaben erfüllen. Die Bundesaufsicht im engeren Sinn ist die nicht-gerichtliche Tätigkeit, mittels welcher der Bund sicherstellt, dass die Kantone das Bundesrecht umsetzen (Vollzugsföderalismus; Ziff. I).
2. Die Bundesaufsicht hat die korrekte Anwendung des Bundesrechts durch die Kantone zum Ziel. Sie unterscheidet sich von der gerichtlichen Tätigkeit dadurch, dass sie konstant ist, dass sie versucht, Fehler zu verhüten und dass sie, sollte sich dennoch ein Fehler ereignen, dazu dient, den Fehler durch den Urheber selbst wieder gutmachen zu lassen. Sie ist hauptsächlich auf den Schutz öffentlicher Interessen ausgerichtet (Ziff. II).
3. Die Bundesaufsicht wird durch das Bundesrecht geregelt, welches einige Bestimmungen in der Verfassung wie auch in den Gesetzen enthält; die Mehrheit der Bestimmungen aber ergibt sich stillschweigend (Ziff. III). Es gilt die Bundesaufsicht von verwandten Begriffen wie der Bundesexekution und der Dienstaufsicht zu unterscheiden (Ziff. IV und VI). Hingegen besteht meistens kein bedeutsamer Unterschied zwischen den Begriffen «Aufsicht» und «Oberaufsicht» (Ziff. V).
4. Die gesamte Bundesrechtsordnung, d. h. die Verfassung, die Gesetze, die Verordnungen, wie auch das die Schweiz bindende internationale Recht, bildet das Kriterium der Aufsicht, d. h. das Messinstrument, welches dazu dient, die korrekte Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone zu kontrollieren. Die Verwaltungsverordnungen werden allgemein als Aufsichtsmittel betrachtet; in Bezug auf die Beziehung zwischen der Aufsichtsbehörde und der beaufsichtigten Behörde spricht jedoch nichts dagegen, dass sie auch Teil des Blocks der Bundesgesetzlichkeit sind (Ziff. VIII).
5. Die Bundesaufsicht, die eine Verbandsaufsicht ist, wird durch den Bundesrat oder auf Grund einer Delegation durch untergeordnete Verwaltungsbehörden ausgeübt und richtet sich im Prinzip an die Kantonsregierung. Die Praxis hat jedoch auch differenzierte Lösungen entwickelt (Ziff. IX und X).
6. Die Aufsicht, die von Amtes wegen und fortlaufend ausgeübt wird, umfasst alle Bereiche, in denen die Kantone verpflichtet sind, das Bundesrecht umzusetzen, und zielt auf die verschiedenen Handlungsarten der Kantone, im Besonderen auf die Gesetzgebung und die Verwaltung ab. Die Justiztätigkeit/Rechtspflege? nimmt eine besondere Stellung ein (Ziff. XI und XII).
7. Die Mittel der Aufsicht können aufgeteilt werden einerseits in jene, die es der Behörde erlauben sich zu informieren (Berichte, Inspektionen) und andererseits jene, die ihr erlauben zu handeln (Instruktionen, Rekurs, Kassation). Andere gehören sowohl zur Information als auch zur Handlung (Genehmigung von kantonalen Akten, Mitteilung von kantonalen Akten insbesondere von Entscheidungen; Ziff. XIII).
8. Wie jede staatliche Tätigkeit, so sind auch die Mittel der Aufsicht durch das Verhältnismässigkeitsprinzip geregelt. Was die rechtliche Grundlage anbelangt, so verlangt die Lehre nur für die Genehmigung der kantonalen Gesetze und für das Beschreiten des Rechtsweges eine spezielle gesetzliche Grundlage. Die Kassation findet eine genügende Grundlage im Wortlaut der Verfassung selbst; sie kommt nur in Betracht, wenn keine Rechtsmittel vorhanden sind. Die der Bundesbehörde zur Verfügung stehenden Rechtsmittel weisen noch Lücken auf (Ziff. XIII et XIV).

Surveillance fédérale. Notion et modalités.

1. La surveillance fédérale, entendue au sens large du terme, est l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons accomplissent les devoirs que le droit fédéral leur impose. Au sens étroit du terme, la surveillance fédérale est l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral (fédéralisme d'exécution; ch. I).
2. La surveillance fédérale a pour but d'obtenir une application correcte du droit fédéral par les cantons. Elle se distingue de l'activité juridictionnelle en ce qu'elle est constante, qu'elle cherche à prévenir l'erreur et que, si néanmoins une erreur s'est produite, elle tend à la faire réparer par l'auteur même de l'erreur. Elle a en vue, principalement, la défense de l'intérêt public (ch. II).
3. La surveillance fédérale est régie par le droit fédéral, qui contient quelques règles dans la constitution ainsi que dans des lois; mais la plupart sont implicites (ch. III). Il convient de distinguer la surveillance de notions voisines, telles que l'exécution fédérale et la surveillance hiérarchique (ch. IV et VI). En revanche, il n'y a, le plus souvent, pas de différence significative entre les termes de surveillance et de haute surveillance (ch. V).
4. L'ensemble de l'ordre juridique fédéral, c'est-à-dire la constitution, les lois, les ordonnances, ainsi que le droit international qui lie la Suisse, forme le «bloc de la légalité fédérale» et ce bloc est le critère de la surveillance, c'est-à-dire l'instrument de mesure qui sert à contrôler le caractère correct de la mise en oeuvre du droit fédéral par les cantons. Les ordonnances administratives sont tenues généralement pour des moyens de la surveillance; dans le rapport entre l'autorité surveillante et l'autorité surveillée, rien ne s'oppose cependant à ce qu'elles fassent aussi partie du bloc de la légalité fédérale (ch. VIII).
5. La surveillance fédérale, qui est une surveillance de collectivités (Verbandsaufsicht), est exercée par le Conseil fédéral ou, sur délégation, par des autorités administratives subordonnées et s'adresse, en principe, au gouvernement cantonal. La pratique a toutefois développé des solutions différenciées (ch. IX et X).
6. La surveillance s'exerce d'office et de manière continue, porte sur tous les domaines où les cantons sont chargés de mettre en oeuvre le droit fédéral et vise les divers types d'action des cantons, en particulier la législation et l'administration. L'activité judiciaire occupe une place à part (ch. XI et XII).
7. Les moyens de la surveillance peuvent être classés selon qu'ils permettent à l'autorité, d'une part, de s'informer (rapports, inspections) et, d'autre part, d'agir (instructions, recours, cassation). D'autres relèvent à la fois de l'information et de l'action (approbation d'actes cantonaux, communication d'actes cantonaux, en particulier de jugements; ch. XIII).

8. Comme toutes les activités étatiques, les moyens de surveillance sont régis par le principe de la proportionnalité. Quant à leur base juridique, la doctrine contemporaine n'exige une base légale spéciale que pour le procédé de l'approbation des lois cantonales et pour celui du recours à la voie juridictionnelle. La cassation trouve une base suffisante dans le texte même de la constitution; elle ne peut être envisagée qu'en l'absence de moyen juridictionnel. Les moyens juridictionnels à la disposition de l'autorité fédérale présentent encore des lacunes (ch. XIII et XIV).

Sorveglianza federale. Nozioni e modalità.

1. La sorveglianza federale, intesa in senso lato, è l'attività non giurisdizionale attraverso la quale la Confederazione controlla che i Cantoni adempiano ai compiti loro imposti dal diritto federale. In senso stretto, la sorveglianza federale costituisce l'attività non giurisdizionale attraverso cui la Confederazione verifica che i Cantoni applichino il diritto federale (federalismo d'esecuzione; n. I).

2. La sorveglianza federale ha lo scopo di ottenere una corretta applicazione del diritto federale da parte dei Cantoni ed è diversa dall'attività giurisdizionale perché si tratta di un'attività costante volta a prevenire l'errore. Nel caso in cui si verifici comunque un errore, essa mira ad ottenere una riparazione di tale errore da parte di chi lo ha commesso. La sorveglianza federale ha quale scopo principale la difesa dell'interesse pubblico (n. II).

3. La sorveglianza federale è retta dal diritto federale che prevede qualche regola nella costituzione ed in alcune leggi; tuttavia, la maggior parte delle regole è implicita (n. III). Occorre distinguere la sorveglianza federale da altre nozioni simili, quali l'esecuzione federale e la sorveglianza gerarchica (n. IV e VI). Di regola, non vi è invece una differenza rilevante fra i termini di sorveglianza e di alta sorveglianza (n. V).

4. L'insieme dell'ordinamento giuridico federale, ovvero la costituzione, le leggi, le ordinanze ed il diritto internazionale vincolante per la Svizzera, forma il «blocco della legalità federale» e tale blocco rappresenta il criterio della sorveglianza. In altre parole, è lo strumento di misura che serve a controllare la correttezza dell'applicazione del diritto federale da parte dei Cantoni. Le ordinanze amministrative sono generalmente ritenute mezzi della sorveglianza; nulla impedisce però che esse facciano pure parte del blocco della legalità federale nel rapporto fra autorità di sorveglianza e autorità sorvegliata (n. VIII).

5. La sorveglianza federale, che è una sorveglianza di collettività (Verbandsaufsicht), è esercitata dal Consiglio federale o, sulla base di una delega, dalle autorità amministrative subordinate e si rivolge, in linea di principio, al Governo cantonale. La prassi ha però anche sviluppato soluzioni differenziate (n. IX e X).

6. La sorveglianza federale è esercitata d'ufficio ed in modo continuo, concerne tutti gli ambiti in cui i Cantoni sono incaricati di applicare il diritto federale e tocca i diversi tipi d'azione dei Cantoni, in particolare la legislazione e l'amministrazione. L'attività giudiziaria occupa una posizione a parte (n. XI e XII).

7. I mezzi della sorveglianza possono essere suddivisi fra quelli che permettono all'autorità di informarsi (rapporti, ispezioni) e quelli che le permettono di agire (istruzioni, ricorsi, cassazione). Altri appartengono ad entrambe le categorie (approvazione di atti cantonali, comunicazione di atti cantonali, in particolare di sentenze; n. XIII).

8. Come tutte le attività dello Stato, i mezzi di sorveglianza sottostanno al principio della proporzionalità. Per quanto riguarda la base giuridica, la dottrina contemporanea esige una base legale speciale unicamente per l'approvazione delle leggi cantonali e per l'utilizzo della via giurisdizionale. La cassazione ha una base sufficiente nel testo stesso della costituzione e può entrare in linea di conto unicamente laddove non vi sono rimedi giuridici. I mezzi giurisdizionali a disposizione dell'autorità federale presentano ancora delle lacune (n. XIII e XIV).

la surveillance fédérale *

I. La surveillance fédérale en général

Par «surveillance fédérale» («Bundesaufsicht»), on entend l'activité non juridictionnelle par laquelle la Confédération s'assure que les cantons accomplissent les devoirs que le droit fédéral leur impose. Ces devoirs sont, dans un ordre de spécialisation croissante: d'abord, l'obligation générale de respecter le droit fédéral; ensuite, l'obligation de le mettre en oeuvre[1] lorsque, d'après les règles de partage des compétences qui figurent dans la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (Cst., RS 101) ou dans la législation fédérale, ce devoir n'est pas réservé à la Confédération, mais attribué aux cantons; enfin, dans les domaines où la législation fédérale le prévoit, l'obligation faite aux cantons de choisir, parmi les solutions conformes au droit fédéral, celles qui sont le plus opportunes, c'est-à-dire qui servent le mieux les intérêts politiques de la Confédération[2].

Le présent exposé ne concerne que l'obligation du deuxième type, celle qui fait des cantons les principaux réalisateurs du droit fédéral. Cette formule, qui caractérise d'ailleurs la structure de notre pays, correspond à ce qu'on appelle le «fédéralisme d'exécution» («Vollzugsföderalismus»)[3].

Il ne sera donc pas question, ici, des mesures que la Confédération peut prendre pour empêcher les cantons de transgresser le droit fédéral dans l'exercice de leurs propres compétences législatives, notamment en empiétant sur les compétences fédérales ou en limitant indûment des droits fondamentaux garantis par la Confédération. Il ne sera pas non plus question des cas où la Confédération pourrait contrôler l'opportunité des actes cantonaux[4].

II. La surveillance fédérale sur la manière dont les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral; sa justification

C'est la forme usuelle de ce qu'on appelle la surveillance fédérale - des trois catégories ci-dessus mentionnées certainement la plus nécessaire. En effet, on pourrait, à la rigueur, se passer de la surveillance sur l'exercice des compétences législatives propres aux cantons, parce que les moyens juridictionnels (le recours de droit public des particuliers, la réclamation de droit public de la Confédération) offrent une protection suffisante. On pourrait aussi se passer de tout contrôle d'opportunité. Mais la surveillance sur la mise en oeuvre, par les cantons, du droit fédéral demeure une pièce indispensable de notre structure fédérative.

Pour s'en convaincre, il faut d'abord avoir une idée de l'ampleur qu'a prise le fédéralisme d'exécution. Dans la plupart des domaines où la compétence législative a été attribuée à la Confédération, le soin de mettre en oeuvre les lois fédérales a été

confié, par ces lois mêmes ou parfois par la constitution fédérale[5], aux cantons. Ce sont plutôt les domaines où la Confédération est compétente à la fois pour faire les lois et pour les mettre en oeuvre qui sont rares[6].

Mais alors, dans le système du fédéralisme d'exécution, l'unification du droit, voulue par la constitution fédérale, dépend de la rigueur avec laquelle les cantons mettent en oeuvre le droit unifié. Un droit fédéral unique mis en oeuvre de façons diverses d'un canton à l'autre par l'effet d'interprétations discordantes n'est pas un droit véritablement unifié, c'est un droit éclaté et la volonté du constituant fédéral n'est pas respectée.

Or ce qu'il faut comprendre, c'est que les voies juridictionnelles, à elles seules, n'assurent pas entièrement l'unité d'interprétation du droit fédéral. Le recours aux tribunaux n'est pas toujours ouvert. S'il est ouvert, il n'est pas toujours utilisé. Ou encore, il peut y avoir un recours ouvert aux administrés qui se plaignent d'une mise en oeuvre de la loi qui leur nuit, mais sans qu'il y en ait un à la disposition des défenseurs de l'intérêt public - avec la conséquence qu'une mise en oeuvre de la loi trop favorable aux administrés et, par là même, contraire à son but ne sera pas attaquée devant les tribunaux. Cette carence partielle des moyens de recours justifierait déjà l'organisation d'une surveillance non juridictionnelle (voir ci-dessous, XIV).

Mais l'insuffisance des moyens de recours n'explique pas seule l'existence de la surveillance fédérale. Une surveillance non juridictionnelle a encore d'autres avantages. Elle n'est pas seulement sporadique, comme le recours aux tribunaux, mais constante; elle cherche à prévenir l'erreur plutôt qu'à la réparer; et enfin, si une erreur a néanmoins été commise, elle s'efforce de la faire réparer par son auteur même plutôt que par une autorité extérieure.

III. Les sources du droit de la surveillance fédérale

Les règles sur la surveillance fédérale sont, par la nature des choses, des règles du droit fédéral. Quelques-unes de ces règles sont écrites, la plupart sont implicites.

L'institution de la surveillance fédérale trouve sa base dans la constitution fédérale. On trouve quelques textes épars dans le chapitre premier[7]. Mais ces textes ne forment pas un ensemble. L'idée de la surveillance résulte, plus généralement, de la structure fédérative de la Suisse. Toutes les attributions de compétences législatives à la Confédération impliquent la faculté et le devoir de veiller à ce que les lois fédérales, dans la mesure où leur mise en oeuvre incombe aux cantons, soient comprises de manière identique sur tout le territoire du pays[8]. Et, là même où les cantons usent de leurs propres compétences, la Confédération a la faculté et le devoir de veiller à ce qu'ils n'empiètent pas sur les siennes (art. 3 Cst., art. 3 nCst.).

Dans son deuxième chapitre, la constitution fédérale, sans d'ailleurs utiliser le mot «surveillance», contient une règle sur l'autorité fédérale chargée de l'exercer à titre principal (art. 102 ch. 2, maintenant art. 186 al. 4 nCst.), ainsi qu'une autre règle sur un moyen particulier de surveillance (art. 102 ch. 13, maintenant art. 186 al. 2 nCst., concernant l'«approbation des lois cantonales»).

La plupart des lois fédérales ont un chapitre sur leur exécution (leur mise en oeuvre), où il est souvent précisé que, si cette exécution incombe aux cantons (ce qui est le cas ordinaire, voir ci-dessus, II), ceux-ci agissent sous la surveillance de la Confédération. Certaines lois, voire certaines ordonnances, mentionnent même des moyens de surveillance. Mais il n'y a rien là de systématique.

Les lacunes qui résultent inévitablement d'une législation aussi disparate ont été comblées par la pratique et par la doctrine.

IV. La surveillance fédérale et l'exécution fédérale

Quand ils traitent des rapports entre la Confédération et les cantons et des moyens d'action non juridictionnels de l'une sur les autres, les ouvrages de droit constitutionnel juxtaposent souvent la «surveillance fédérale» («Bundesaufsicht») et l'«exécution fédérale» («Bundesexekution»)[9].

Les deux notions ne sont pas toujours faciles à distinguer. En général, on peut dire que la surveillance est le procédé ordinaire, continu, presque routinier du contrôle fédéral et que la Confédération ne peut envisager une «exécution» que lorsqu'un canton refuse obstinément de se conformer aux invitations qu'elle lui a adressées. Mais il y a, de l'un à l'autre procédé, un passage un peu flou. Ce sont surtout les instruments de la «cassation» ou «annulation» («Kassation», «Aufhebung») et de la «substitution» («Ersatzvornahme») qui font problème.

La cassation, comme son nom l'indique, est l'acte par lequel l'autorité fédérale casse un acte cantonal qu'elle juge contraire au droit. La substitution est la mesure par laquelle l'autorité fédérale agit à la place d'un canton défaillant. Ces opérations relèvent-elles encore de la surveillance ou déjà de l'exécution fédérale?

La qualification n'est pas dénuée de portée pratique, notamment sur la question de la compétence. En effet, quand bien même la constitution fédérale s'exprime dans un langage vieilli (celui de 1848) et, par conséquent, peu adapté aux conceptions modernes, le sens qu'on lui prête, encore aujourd'hui, c'est que l'autorité principalement compétente en matière de surveillance est le Conseil fédéral (art. 102 ch. 2 et 13 Cst., maintenant art. 186 al. 2 et 4 nCst., voir ci-dessous, IX), tandis que l'exécution, plus grave, plus dangereuse aussi pour l'harmonie fédérative, ressortit plutôt à l'Assemblée fédérale (art. 85 ch. 8 Cst., maintenant art. 173 al. 1 let. e nCst.).

Or il paraît intéressant de noter qu'en dépit d'une certaine ressemblance, les deux instruments de la cassation et de la substitution ne sont en général pas classés de la même manière. Sur onze auteurs consultés, on peut constater que sept d'entre eux tenaient la cassation pour un moyen de surveillance et la substitution pour un moyen d'exécution (Walther Burckhardt[10], Fritz Fleiner[11], Yvo Hangartner[12], Ulrich Häfelin et Walter Haller[13], Kurt Eichenberger[14], Pierre Tschannen[15]), que trois les rangeaient l'une et l'autre parmi les modes d'exécution (Zaccaria Giacometti[16], Bernhard Schaub[17] et Jean-François Aubert[18]), tandis que l'auteur d'une monographie récente (Giovanni Biaggini[19]) préférait y voir deux techniques de surveillance.

Au vu de ces opinions, pour la suite de l'exposé, la cassation sera considérée comme un moyen de surveillance. Quant à la substitution, il n'y a pas lieu de trancher, d'abord parce qu'elle n'est presque jamais utilisée et ensuite parce que plusieurs lois fédérales, qui la prévoient, ont délégué au Conseil fédéral, voire à un département ou à un office, la compétence d'agir[20] et ont ainsi ôté à la controverse une bonne partie de son importance.

Observons, pour terminer, que le Conseil fédéral, dans son projet de constitution fédérale, réduit considérablement la différence entre la surveillance et l'exécution, en ce qui concerne aussi bien les compétences respectives du parlement et du gouvernement que les moyens dont ils disposent (art. 161 al. 1 let. e et art. 174 al. 4)[21].

V. La surveillance et la haute surveillance

L'expression «haute surveillance» («Oberaufsicht») se rencontre en maints endroits de la constitution, des lois et des ordonnances fédérales, avec des acceptions diverses, dont certaines n'ont rien à voir avec le présent propos. Voici quelques exemples:

· Art. 22bis al. 2 Cst.: «Les cantons sont consultés lors de l'élaboration des lois d'exécution (soit de la législation fédérale sur la protection civile). Ils sont chargés de les appliquer sous la haute surveillance de la Confédération». Ici, la haute surveillance ne se distingue guère d'une «simple» surveillance[22].

· Art. 24 al. 1 Cst.: «La Confédération a le droit de haute surveillance sur la police des endiguements et des forêts». Ce texte donne, de l'avis général, une compétence législative, doublée d'une compétence administrative, à la Confédération[23].

· Art. 36bis al. 2 1ère phrase Cst.: «Les cantons construiront et entretiendront les routes nationales conformément aux dispositions arrêtées par la Confédération et sous sa haute surveillance» (voir maintenant l'art. 83 al. 2 nCst.). Ici, comme à l'art. 22bis, la haute surveillance ne se distingue guère de la surveillance[24].

· Art. 37 al. 1 Cst.: «La Confédération exerce la haute surveillance sur les routes et les ponts dont le maintien l'intéresse» (voir maintenant l'art. 82 al. 2 nCst.). Ici, la haute surveillance désigne un intérêt matériel de la Confédération et les mesures qu'elle peut prendre pour le défendre, et non pas le contrôle de la bonne application d'une législation fédérale (inexistante)[25].

· Art. 85 ch. 11 Cst.: «Les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivantes: (...) La haute surveillance de l'administration et de la justice fédérale» (voir maintenant l'art. 169 nCst.). Là, il ne s'agit plus du rapport entre la Confédération et les cantons mais des relations entre les diverses autorités fédérales. La «haute» surveillance signifie, en ce qui concerne la justice fédérale, que la surveillance exercée par le parlement ne doit pas être trop serrée (contrôler seulement que les autorités judiciaires fédérales expédient les affaires, ne pas examiner leur jurisprudence pour ne pas toucher à leur indépendance). En ce qui concerne l'administration fédérale, la «haute» surveillance rappelle seulement que cette administration est déjà soumise à la surveillance hiérarchique du Conseil fédéral; la surveillance parlementaire est ainsi du deuxième degré.

· Art. 17 al. 3 de l'ordonnance sur l'état civil du 1er juin 1953[26]: «Le Conseil fédéral exerce la haute surveillance sur l'état civil». Comme l'état civil fait l'objet d'une surveillance intérieure au canton (art. 17 al. 1), puis d'une surveillance du Département fédéral de justice et police (art. 17 al. 2), la surveillance exercée par le Conseil fédéral est du troisième degré. Elle porte sur la surveillance d'une surveillance. On peut admettre, si les surveillances des deux premiers degrés ont bien fonctionné, qu'il n'y aura plus grand-chose à faire pour le gouvernement fédéral. Mais, sous cette réserve, la haute surveillance ne se distingue pas de la surveillance ordinaire; il n'y a aucune raison de penser qu'elle soit plus lâche. Elle vise le même but, qui est l'application correcte du droit fédéral. Ses moyens sont les mêmes. On précisera toutefois que, si la surveillance cantonale peut contrôler l'opportunité des actes des autorités cantonales inférieures, la haute surveillance fédérale est limitée au contrôle de leur conformité au droit. Mais, pour ceux qui estiment que, sauf disposition contraire d'une loi fédérale, la surveillance fédérale ne doit pas non plus s'étendre à l'opportunité des actes contrôlés[27], il n'y a là pas davantage de différence entre la «surveillance» et la «haute surveillance».

La lecture de diverses lois fédérales ne conduit pas à une autre conclusion. En général, les lois disent: «L'exécution de la présente loi incombe aux cantons». «La Confédération surveille l'application de la présente loi» (sic, la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement, à l'art. 36 et à l'art. 38 al. 1[28]; ou, à quelques détails près, la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, à l'art. 45 et à l'art. 46 al. 1[29]; la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires, à l'art. 36 al. 1[30]). Ou encore: «La Confédération veille à l'exécution de la présente loi» (loi du 4 octobre 1991 sur les forêts, à l'art. 49 al. 1[31]). Mais certaines lois préfèrent parler de «haute» surveillance (sic, la loi fédérale du 9 mars 1978 sur la protection des animaux, à l'art. 35[32]; la loi fédérale du 19 avril 1978 sur la formation professionnelle, à l'art. 66 al. 1[33]), sans que l'introduction de l'adjectif («haute») ait donné lieu à une explication[34].

En résumé: dans l'étude de la surveillance fédérale, il n'y a pas lieu de marquer une différence entre le mot «surveillance» et l'expression «haute surveillance», à moins qu'il ne ressorte clairement de la loi qu'une telle différence a été voulue[35].

VI. La surveillance fédérale et la surveillance hiérarchique

La surveillance fédérale, entendue comme la surveillance d'une collectivité sur une autre (Verbandsaufsicht), est parfois opposée à la «surveillance hiérarchique» (Dienstaufsicht), qui est exercée, à l'intérieur d'une même collectivité, par une autorité supérieure sur une autorité inférieure et qui est évidemment plus serrée[36].

Ancrée à l'art. 102 ch. 15 Cst. (art. 187 al. 1 let. a nCst.), la surveillance hiérarchique s'exerce sur les organes («Organaufsicht») comme sur les personnes («Personenaufsicht»). Elle implique, dans l'administration centrale, un pouvoir de direction, d'instruction, de contrôle, de cassation, de substitution, de sanction[37]. Elle porte sur la légalité, l'opportunité et, de manière générale, sur l'ensemble de la gestion de l'administration centrale, y compris sur son esprit et son style. Elle rencontre sa principale limite juridique dans les normes de compétences et, en particulier, dans les règles de procédure. Elle s'exerce de manière continue.

VII. Les principales questions que pose la surveillance fédérale

Il convient d'examiner les questions suivantes, qui paraissent particulièrement importantes:

Le critère de la surveillance, c'est-à-dire la mesure[38], la référence, l'étalon, autrement dit les règles par rapport auxquelles la Confédération surveille l'activité des cantons.

Le sujet actif de la surveillance, c'est-à-dire la collectivité compétente pour exercer la surveillance, ainsi que le partage des rôles entre les organes de cette collectivité.

Le sujet passif de la surveillance, c'est-à-dire la collectivité soumise à la surveillance, ainsi que la désignation des organes de cette collectivité auxquels s'adresse l'activité de surveillance.

Le mode de la surveillance, c'est-à-dire la manière dont elle est exercée.

L'objet de la surveillance, c'est-à-dire les domaines et les actes surveillés.

Les moyens de la surveillance, moyens d'information et moyens d'action, et leur base juridique.

Le rapport entre la surveillance directe et la voie juridictionnelle.

VIII. Le critère de la surveillance

Il ne peut s'agir, pour s'en tenir au cadre qui a été donné à cet exposé, que du droit fédéral[39].

Mais il s'agit bien de l'ensemble du droit fédéral, c'est-à-dire de toutes les règles, écrites ou non écrites, qui composent l'ordre juridique fédéral, du moins dans la mesure où elles s'adressent aux autorités cantonales et peuvent être violées par elles. L'ordre juridique fédéral comprend le droit international en tant qu'il lie la Suisse, le droit constitutionnel, le droit législatif et le droit réglementaire (les ordonnances législatives du Conseil fédéral et de l'administration fédérale)[40]. La somme de ces règles forme ce que l'on peut appeler le «bloc de la légalité fédérale»[41].

Il y a, actuellement, une catégorie de règles qui donne lieu à controverse; c'est celle des ordonnances dites administratives (aussi dénommées parfois instructions, directives, circulaires, etc.).

Dans la terminologie courante, l'ordonnance administrative («Verwaltungsverordnung») s'oppose à l'ordonnance législative («Rechtsverordnung»).

L'ordonnance législative a le contenu d'une loi sans en avoir la forme: elle contient des règles de droit (définies à la manière de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils, LREC[42]), mais, au lieu d'être édictée par le législateur (parlement et peuple), elle l'est par le gouvernement ou par une autorité administrative, voire par le parlement sans le peuple (art. 7 LREC).

L'ordonnance administrative, telle que la comprend la jurisprudence, est un acte qui émane en général du gouvernement ou d'une autorité administrative et qui, sans poser de règles de droit, s'adresse à des autorités subordonnées en leur indiquant la manière dont elles doivent interpréter et mettre en oeuvre les règles de droit qui figurent dans une loi ou dans une ordonnance législative.

L'ordonnance législative lie, comme une loi, les autorités administratives, les administrés et les autorités judiciaires. En revanche, d'après une jurisprudence assez constante[43], l'ordonnance administrative ne lie que les autorités administratives[44], à l'exclusion des administrés. Elle ne lie pas non plus les autorités judiciaires, mais elle se borne à leur fournir des éléments pour l'interprétation des règles de droit (lois ou ordonnances législatives) qu'elles doivent appliquer.

Si l'ordonnance législative doit évidemment être publiée selon les mêmes règles que la loi[45], l'ordonnance administrative, à cause de son impact limité, n'est souvent pas publiée du tout.

Il s'agit maintenant de revenir à la surveillance fédérale. D'après la jurisprudence et la pratique qui s'en inspire, les ordonnances administratives ne font pas partie du «bloc de la légalité fédérale», c'est-à-dire du critère de la surveillance. On les range plutôt parmi les moyens de cette surveillance, en ce sens que l'autorité de surveillance, lorsqu'elle constate que la législation fédérale n'est pas correctement mise en oeuvre dans les cantons, en tirera l'occasion d'adresser aux autorités cantonales, sous forme de circulaire, une ordonnance interprétative (voir ci-dessous, XIII).

Cette manière de voir les choses s'est heurtée récemment à une critique de G. Biaggini, qui s'emploie à revaloriser ce type d'ordonnance[46]. Il n'y a pas de raison, estime-t-il, de contester généralement le caractère normatif de l'ordonnance administrative; pas de raison de dénier systématiquement aux dispositions qu'elle contient la qualité de règles de droit. Il faut au contraire examiner chaque ordonnance et chaque règle. Certaines sans doute sont purement internes; mais d'autres peuvent très bien être considérées comme normatives. Le Tribunal fédéral aurait pu d'ailleurs, dans maintes affaires, écarter l'ordonnance non parce qu'elle n'aurait été qu'«administrative», mais simplement parce qu'elle était contraire à la loi qu'elle était censée préciser[47].

Dans la présente matière, cette critique signifie que les ordonnances administratives, ou du moins plusieurs d'entre elles, loin de n'être qu'un moyen de surveillance, appartiennent bel et bien au bloc de la légalité fédérale.

Cette thèse a pour elle des arguments solides. Mais il semble à l'OFJ qu'il faut dissocier ici le problème particulier de la surveillance fédérale de l'idée générale que les tribunaux peuvent se faire des divers types d'ordonnances.

Pour la surveillance fédérale: on ne peut pas nier que certaines ordonnances administratives aient été édictées, comme on l'a vu ci-dessus, dans le but de faire mieux comprendre la législation fédérale. Dans ce sens, elles ont bien été, à l'origine, un moyen de surveillance. Mais rien n'empêche ensuite l'autorité de surveillance de considérer que ces ordonnances, dans la mesure où elles ont été portées à la connaissance des cantons, sont venues s'ajouter à la législation fédérale et qu'elles font désormais partie du bloc de la légalité. On peut même imaginer que, pour les faire respecter, l'autorité recoure aux moyens extrêmes du refus d'approbation d'une loi ou de la cassation d'une décision administrative - encore que la répudiation d'un acte cantonal qui serait, par hypothèse, conforme aux lois et aux ordonnances législatives fédérales et qui n'aurait donc d'autre défaut que de ne pas obéir à une ordonnance administrative soit assez invraisemblable: la sanction serait probablement disproportionnée.

Mais, dès que l'on sort du rapport étroit entre l'autorité fédérale de surveillance et le canton chargé de mettre en oeuvre le droit fédéral, dès que la (prétendue) violation du droit fédéral doit être déférée, fût-ce par l'autorité de surveillance elle-même[48], à un tribunal, l'affaire cesse d'être une simple question de surveillance pour se rattacher au problème plus général des sources du droit[49]. Et là, faute de disposition constitutionnelle ou législative sur la valeur juridique des ordonnances administratives, les tribunaux font un peu ce qu'ils veulent. C'est à eux que s'adresse donc la critique de G. Biaggini; mais il faut bien admettre que

l'absence de publication conduit assez naturellement à ne pas reconnaître aux ordonnances de ce type la qualité de véritables règles de droit[50].

En résumé: les ordonnances administratives peuvent bien être incluses dans le critère de la surveillance; mais ceci ne vaut que pour le rapport entre l'autorité fédérale de surveillance et le canton chargé de mettre en oeuvre le droit fédéral et n'affecte pas la pratique des autorités judiciaires, lorsqu'elles sont appelées à définir les droits et les obligations des administrés.

IX. Le sujet actif de la surveillance

La surveillance fédérale est conçue, fondamentalement, comme la surveillance d'une collectivité publique sur une autre (voir ci-dessus, VI). La collectivité qui surveille (le sujet actif) est évidemment la Confédération. Mais la Confédération est une abstraction. Il faut voir maintenant quels organes agissent en son nom.

En matière de surveillance, la constitution fédérale a donné le rôle d'organe principal au Conseil fédéral. Voici les textes:

Art. 102. «Les attributions et les obligations du Conseil fédéral, dans les limites de la présente constitution, sont notamment les suivantes:

(...)

2. Il veille à l'observation de la constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération (...); il prend, de son chef ou sur plainte, les mesures nécessaires pour les faire observer, lorsque le recours n'est pas du nombre de ceux qui doivent être portés devant le Tribunal fédéral à teneur de l'article 113[51].

(...)

13. Il examine les lois et les ordonnances des cantons qui doivent être soumises à son approbation; il exerce la surveillance sur les branches de l'administration cantonale qui sont placées sous son contrôle.

(...)

Il est vrai qu'on pourrait tirer de l'art. 85 ch. 8 Cst. (art. 173 al. 1 let. e nCst.) l'attribution d'une compétence du même genre à l'Assemblée fédérale («prendre les mesures qui ont pour but d'obtenir l'accomplissement des devoirs fédéraux»). Mais une doctrine unanime limite ce dernier texte aux mesures les plus graves et c'est ainsi qu'on a vu plus haut (IV) que la compétence du parlement ne visait guère que les cas, plutôt théoriques, de l'«exécution fédérale».

Le Conseil fédéral est donc l'autorité de surveillance de droit commun.

On sait que la constitution de 1874 a confié à l'Assemblée fédérale, par un texte spécial, le soin de vérifier la conformité au droit fédéral des constitutions cantonales (art. 85 ch. 7 Cst., maintenant art. 172 al. 2 nCst.); mais cette surveillance concerne plutôt une activité que les cantons déploient en vertu de leur compétence législative propre et qui n'entre pas dans le cadre du présent exposé (cf. ci-dessus, I in fine). On notera également que la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite[52] a délégué la surveillance en ce domaine au Tribunal fédéral (art. 15).

Le Conseil fédéral peut déléguer la compétence de surveillance à une autorité administrative subordonnée (par exemple, à un département). Cela résulte de l'art. 103 al. 2 Cst. (art. 177 al. 3 nCst.), ainsi que de l'art. 47 al. 2 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)[53].

X. Le sujet passif de la surveillance

La collectivité publique sur qui s'exerce la surveillance fédérale est évidemment le canton. Mais, comme on a déjà pu le dire du sujet actif, une telle observation est un peu abstraite. Il faut encore savoir à quels organes du canton s'adresse l'activité fédérale de surveillance.

Le plus simple est probablement de dire que le Conseil fédéral ou le département doit s'adresser à l'autorité qui, d'après le droit fédéral lui-même, représente le canton à l'extérieur, c'est-à-dire au gouvernement cantonal. C'est bien ainsi que les choses se passent souvent. Mais le procédé, pour courtois qu'il puisse paraître, n'en est pas moins pesant: le gouvernement cantonal a, en général, autre chose à faire qu'à s'occuper de détails d'application. Aussi, selon son contenu, la relation de surveillance s'établira-t-elle plutôt avec d'autres autorités du canton[54]: par exemple, s'il y en a une, avec l'autorité cantonale de surveillance dans le domaine considéré[55]; ou même avec une autorité inférieure, notamment quand il s'agit de s'informer de la manière dont celle-ci comprend le droit fédéral[56].

En simplifiant, on pourrait résumer la situation de la manière suivante: là où la surveillance implique le recours à des moyens d'action, elle s'adresse au gouvernement cantonal; là où elle implique le recours à des moyens d'information, elle peut, selon les cas, s'adresser à une autorité cantonale inférieure.

XI. Le mode de la surveillance

La surveillance fédérale s'exerce d'office et de manière continue. Le Conseil fédéral (ou le département) peut décider de son propre chef et en tout temps s'il recourra ou non à un acte de surveillance. Il y a là une différence fondamentale avec le contrôle juridictionnel, qui, en droit fédéral tout au moins, n'est déclenché que par une action ou par un recours.

On réservera les cas où, par la nature des choses, le Conseil fédéral (ou le département) ne fait que réagir à un acte du canton; par exemple, lorsqu'il s'agit d'approuver une loi cantonale (il faut qu'une telle loi soit présentée à l'approbation) ou de recourir contre une décision cantonale (il faut qu'une telle décision ait été rendue).

XII. L'objet de la surveillance

La surveillance fédérale, au sens où on l'entend ici, s'étend à tous les domaines où les cantons sont chargés de mettre en oeuvre

le droit fédéral. Malgré les termes apparemment restrictifs de l'art. 102 ch. 13 Cst. («les branches de l'administration cantonale qui sont placées sous son contrôle»), ce sont bien, ainsi qu'il ressort de la formule générale de l'art. 102 ch. 2, tous les domaines où les cantons doivent mettre en oeuvre le droit fédéral qui sont soumis à la surveillance[57].

Et, à l'intérieur de ces domaines, quels sont les actes surveillés? On peut distinguer ici:

a) La surveillance sur la législation.

Il s'agit de l'ensemble des actes normatifs des cantons (et des communes) par lesquels ceux-ci contribuent à la mise en oeuvre de la législation fédérale - ainsi d'ailleurs que de leurs omissions.

b) La surveillance sur l'administration.

De la même manière, il s'agit des actes administratifs, décisions et actes matériels des cantons (éventuellement des communes) qui mettent en oeuvre la législation fédérale - ainsi que de leurs omissions.

La surveillance fédérale sur les communes d'un canton est, en général, médiatisée par la surveillance que ce canton exerce sur elles[58]. La surveillance fédérale consistera, normalement, à inviter les cantons à remédier aux défauts de leur propre surveillance.

c) La surveillance sur la justice.

Ici, les choses se présentent de manière assez différente. Plusieurs moyens de surveillance (voir ci-dessous, XIII) sont simplement incompatibles avec l'indépendance des juges. On n'imagine pas, par exemple, que le Conseil fédéral ou un département fédéral adressent aux tribunaux cantonaux des instructions particulières ou qu'ils leur envoient des inspecteurs. En revanche, il est tout à fait normal qu'ils leur demandent de leur communiquer leurs jugements, du moins lorsque l'administration fédérale dispose d'un droit de recours contre ces jugements, et il est normal également que l'administration use de sa faculté de recourir (voir ci-dessous, XIV).

Le point délicat est celui de la cassation: peut-elle avoir pour objet le jugement d'un tribunal? On se souviendra ici de l'affaire dite du Fextal, qui s'est produite il y a vingt-quatre ans[59]. En voici le résumé:

Un arrêté fédéral urgent, du 17 mars 1972, obligeait les cantons à prendre quelques mesures élémentaires d'aménagement du territoire[60]. Il s'agissait notamment de soustraire à la construction des sites dignes de protection. Les autorités politiques du canton des Grisons décrétèrent en conséquence que la vallée de Fex, au sud-est du lac de Sils, formerait une zone non constructible; ce décret reçut l'approbation du Département fédéral de justice et police (28 mars 1973). Mais, sur recours d'un propriétaire, le Tribunal administratif des Grisons ordonna qu'une parcelle de 5 000 m² serait détachée de la zone protégée et restituée à la construction (arrêt du 11 mars 1974). Sur quoi le Conseil fédéral, par une décision du 4 septembre 1974 prise en vertu du pouvoir de surveillance que lui conférait l'art. 102 ch. 2 Cst., cassa l'arrêt cantonal du 11 mars précédent pour contrariété grave avec l'arrêté fédéral de 1972.

Ce cas est rare. Normalement, les arrêts des tribunaux sont attaquables par voie de recours et, quand les moyens de recours ont été épuisés ou n'ont pas été utilisés, le dernier arrêt devient définitif. En l'espèce, il y avait bien une possibilité de recours administratif auprès du Conseil fédéral (art. 99 al. 1 let. c de la loi fédérale d'organisation judiciaire [OJ][61] et art. 73 al. 1 let. c de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA][62]); mais le recours n'était ouvert qu'aux particuliers (concrètement, aux propriétaires déçus, art. 48 let. a PA), non pas aux autorités administratives fédérales en leur qualité de défenseurs de l'intérêt public, à cause d'une lacune dans la législation fédérale (cf. l'art. 48 let. b PA; voir ci-dessous, XIV). Les armes n'étaient pas égales, il n'y avait personne pour défendre l'esprit de l'arrêté de 1972 contre une décision trop favorable aux propriétaires. C'est ce déséquilibre, combiné avec le risque que l'arrêt du Tribunal des Grisons fasse école dans d'autres parties du pays, qui a poussé le Conseil fédéral à prendre, de son propre chef, une mesure de surveillance aussi exceptionnelle.

La décision du Fextal s'est attiré quelques critiques au nom de la séparation des pouvoirs: il était inadmissible, disait-on, que le gouvernement fédéral pût casser l'arrêt d'un tribunal cantonal[63]. Mais l'objection n'est pas convaincante. Le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs a un effet horizontal, il vaut à l'intérieur d'une même collectivité publique, à l'intérieur des cantons ou à l'intérieur de la Confédération. Il est en revanche sans application dans le rapport vertical entre la Confédération et les cantons[64]: ici, au contraire, ce qui est déterminant, c'est le principe constitutionnel de la supériorité du droit fédéral ou de sa force dérogatoire. La compétence fédérale en matière d'aménagement du territoire étant donnée par la constitution fédérale (art. 22quater al. 1), c'est donc que celle-ci veut voir la législation fédérale d'aménagement du territoire respectée dans l'ensemble du pays[65].

Ce qu'on doit tout de même reconnaître, c'est que Fextal laisse un sentiment mélangé. Comme l'ont relevé plusieurs auteurs qui ont accepté la décision, il aurait mieux valu qu'il n'y eût pas de lacune dans le système des recours et, de toute façon, il vaudrait mieux qu'à l'avenir toutes les décisions judiciaires puissent être portées devant une autorité judiciaire[66] et qu'elles puissent l'être aussi par les défenseurs de l'intérêt public[67].

XIII. Les moyens de la surveillance et leur base juridique

La surveillance fédérale se décompose en deux sortes d'opérations. Il faut d'abord que l'autorité de surveillance s'informe de la manière dont les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral. Il faut ensuite qu'elle puisse agir pour remédier aux défauts qu'elle a constatés. On distinguera donc les moyens d'information des moyens d'action, sans méconnaître que parfois le même moyen peut servir à l'un et l'autre but.

a) On peut ranger parmi les moyens d'information:

- la présentation à l'autorité de surveillance, par les cantons, de rapports périodiques sur leur activité courante et, en réponse à des demandes spéciales, de rapports uniques sur des points particuliers;
- l'envoi de questionnaires aux autorités cantonales compétentes;

- la communication d'actes cantonaux à seule fin d'information, en dehors des cas où l'autorité de surveillance dispose d'un droit de recours (cf. ci-dessous);

- l'envoi dans les cantons d'inspecteurs fédéraux.

b) On peut ranger parmi les moyens d'action[68]:

- la diffusion d'instructions générales («Weisungen»), par voie de circulaires qui précisent la manière dont les cantons doivent comprendre le droit fédéral; ces instructions ou circulaires sont des espèces d'ordonnances administratives dont il a été traité ci-dessus (VIII).

- la notification d'instructions spéciales, à un ou à quelques cantons déterminés, pour leur adresser des remontrances ou pour éclaircir un point particulier;

- la dénonciation («Anzeige») à l'autorité cantonale supérieure;

- la cassation, quand les cantons violent gravement le droit fédéral, que cette violation a des effets très préjudiciables à l'unité du droit fédéral[69] et qu'il n'y a pas d'autre moyen de les prévenir.

c) Relèvent à la fois de l'information et de l'action:

- l'obligation faite aux cantons de soumettre certains de leurs actes à l'approbation («Genehmigung») de l'autorité de surveillance et la faculté corrélatrice de cette autorité de ne pas approuver un acte qu'elle juge contraire au droit fédéral;

- l'obligation faite aux cantons de communiquer certains de leurs actes, en particulier des jugements, à l'autorité de surveillance et la faculté corrélatrice de cette autorité de les attaquer, par un recours juridictionnel («Behördenbeschwerde»), au nom de l'intérêt public.

La procédure d'approbation d'actes cantonaux vise essentiellement des actes normatifs, lois ou ordonnances, en particulier ceux que les cantons adoptent pour mettre en oeuvre le droit fédéral[70]. La LOGA fixe quelques points en son art. 62[71]. L'approbation n'est requise que si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale le prévoit[72]. Elle est une condition (suspensive) de validité de l'acte cantonal, c'est-à-dire que cet acte n'est valable qu'après qu'il a été approuvé. L'autorité fédérale compétente est le département pour l'approbation, le Conseil fédéral pour le refus d'approbation et pour les cas douteux.

En principe, à moins que la loi fédérale de base n'en dispose autrement (ce qui serait d'ailleurs peu conforme à l'esprit du fédéralisme d'exécution[73]), l'examen de la loi cantonale soumise à approbation ne doit porter que sur la conformité de cette loi au droit fédéral et ne s'étend pas aux questions d'opportunité.

Quant aux recours juridictionnels introduits par l'autorité de surveillance, ils feront l'objet du chapitre suivant (voir ci-dessous, XIV).

Comme dans tous les domaines du droit, le choix des moyens de surveillance doit obéir au principe de la proportionnalité[74]. Il est vrai qu'ici, eu égard à la diversité des situations, le principe ne livre que quelques solutions rudimentaires: pour s'en tenir aux moyens d'action[75], l'autorité de surveillance doit inviter le canton à corriger son acte lui-même («Selbstberichtigung») avant de le faire à sa place, et elle l'invitera par une instruction générale plutôt que par une remontrance particulière; enfin, quand il y a lieu de passer à une correction imposée («Fremdberichtigung»), l'autorité usera du droit de recours et n'envisagera la cassation que si la voie juridictionnelle lui est fermée.

Reste à voir ici la base juridique des différents moyens de la surveillance.

La question est de savoir si l'autorité de surveillance peut user librement de ces moyens, dans les seules limites du principe de la proportionnalité, ou si elle doit encore pouvoir se référer à une base légale spéciale. A cet égard, la doctrine contemporaine est extrêmement large. Elle estime que l'art. 102 ch. 2 Cst. (art. 186 al. 4 nCst.) fournit, en général, une base suffisante[76]. Il n'y a de nécessité d'une base légale spéciale que:

- pour le procédé de l'approbation de lois et d'ordonnances (parce que, comme on vient de l'indiquer, cela est prévu expressément par une loi; voir l'art. 62 al. 1 LOGA);

- pour le procédé du recours juridictionnel (parce que la qualité pour recourir est une question de procédure, que les questions de procédure font l'objet de règles de droit et que les règles de droit ressortissent en principe à la loi [art. 5 al. 2 LREC], ce qui n'exclut toutefois pas la possibilité d'une délégation législative; voir ci-dessous, XIV).

En revanche, la diffusion ou la notification d'instructions, de même que l'obligation de rapports et l'envoi d'inspecteurs, sont inclus dans le pouvoir constitutionnel de surveillance et n'exigent pas de loi[77].

Enfin, on notera avec intérêt qu'il en va de même, pour la majorité de la doctrine, de l'exercice du pouvoir de cassation[78]. Ceci va d'ailleurs presque de soi si l'on considère qu'actuellement il n'y a guère de loi qui prévoit un tel moyen.

XIV. Le rapport entre la surveillance directe (en particulier, la cassation) et la voie juridictionnelle

Normalement, les violations du droit devraient pouvoir être corrigées par des tribunaux et les violations du droit fédéral devraient pouvoir l'être par des tribunaux fédéraux (Tribunal fédéral ou commissions de recours).

Compte tenu toutefois de la part de juridiction que la législation fédérale actuelle (OJ et PA) reconnaît encore au Conseil fédéral, notamment par l'institution du «recours administratif», et aussi longtemps que cette compétence du Conseil fédéral n'a pas été transférée à un tribunal (cf. ci-dessus, XII in fine), la formule précédente doit être un peu retouchée: les violations du droit fédéral devraient au moins pouvoir être corrigées par une autorité fédérale dans une procédure de recours juridictionnel.

Enfin, ces violations devraient pouvoir être corrigées non seulement quand elles ont été commises au détriment des particuliers,

mais aussi quand elles l'ont été en leur faveur et contre l'intérêt public.

Cela posé, il est possible d'établir le rapport entre la surveillance directe (en particulier, la cassation) et la voie juridictionnelle. Le recours juridictionnel, avec les formalités dont il est entouré et le droit qui est garanti à chaque partie de se faire entendre, vaut évidemment mieux qu'une décision directe et unilatérale de l'autorité de surveillance. Par conséquent, si celle-ci a la faculté de suivre la voie juridictionnelle, c'est cette voie qu'elle doit suivre, à l'exclusion de celle de la cassation directe. La règle est donc: la cassation ne peut être envisagée que si l'autorité de surveillance n'a pas de moyen juridictionnel à sa disposition; ceci résulte, comme on l'a déjà vu, du principe de la proportionnalité (ci-dessus, XIII)[79].

Il faut voir maintenant, parmi les moyens juridictionnels que le droit positif actuel a institués pour assurer la conformité des actes cantonaux au droit fédéral, ceux qu'il a mis à la disposition de l'autorité fédérale de surveillance.

- Les actes normatifs cantonaux (lois ou ordonnances) peuvent faire l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Le recours appartient au particulier qui s'estime lésé dans un intérêt juridique et le moyen de recours est la violation d'un droit constitutionnel, notamment de la force dérogatoire du droit fédéral, au détriment du recourant: en d'autres termes, le recours de droit public n'est pas au service de l'intérêt public et n'est pas ouvert aux autorités fédérales (art. 113 al. 1 ch. 3 Cst.; maintenant art. 189 al. 1 let. a nCst.; art. 84 al. 1 let. a et art. 88 OJ).

- Les actes normatifs cantonaux peuvent faire l'objet d'une réclamation de droit public auprès du Tribunal fédéral, mais seulement pour lui faire trancher un conflit de compétence qui l'oppose à un canton (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst., art. 83 let. a OJ; maintenant, mais plus large, art. 189 al. 1 let. d nCst.)[80]; or toute violation du droit fédéral par une loi cantonale d'application n'est pas imputable à un conflit de compétence; elle résulte le plus souvent d'une mauvaise compréhension du droit fédéral, sans que le canton conteste la compétence législative de la Confédération.

- Les décisions administratives ou judiciaires que les cantons prennent en se tenant par erreur pour compétents ou en se fondant de manière erronée sur le droit public cantonal peuvent aussi faire l'objet d'une réclamation de droit public[81].

- Dans un domaine très particulier, on a pu se demander si la Confédération ne pouvait pas déférer au Tribunal fédéral, par la voie de l'action de droit administratif (art. 116 let. a OJ), une pratique cantonale fondée sur une interprétation erronée du droit public fédéral[82].

- Les décisions administratives ou judiciaires[83] que les cantons prennent en se fondant sur le droit public fédéral peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral ou, lorsque la législation fédérale ferme cette voie (art. 99 et 100 OJ), d'un recours administratif auprès du Conseil fédéral.

Le recours de droit administratif et le recours administratif appartiennent au particulier qui s'estime lésé dans un intérêt digne de protection (art. 103 let. a OJ, art. 48 let. a PA). L'ouverture est un peu plus large que pour le recours de droit public, l'intérêt pourrait n'être pas juridique; mais il s'agit toujours de l'intérêt privé, jamais de l'intérêt public[84].

Seulement le recours de droit administratif se distingue du recours de droit public (cf. plus haut) en ce qu'il est aussi ouvert à l'administration fédérale - en général au département fédéral qui est compétent dans le domaine législatif en cause - contre les décisions cantonales de dernière instance (art. 103 let. b OJ). Le département pourrait théoriquement user de son droit de recours pour attaquer une décision défavorable à un particulier (si, par exemple, celui-ci ne réagit pas à une injustice grave sans autre motif que la faiblesse ou l'inertie). Mais ce n'est évidemment pas pour cela que le législateur de l'OJ a reconnu la qualité du département; c'est, tout au contraire, pour qu'il défende l'intérêt public contre une application trop favorable aux particuliers.

Quant au recours administratif, il peut également être ouvert à l'administration fédérale, mais ici seulement si une disposition spéciale du droit fédéral le prévoit expressément (art. 48 let. b PA)[85].

En résumé, les moyens juridictionnels à la disposition de l'autorité fédérale de surveillance présentent quelques lacunes:

La réclamation de droit public de la Confédération contre un canton devant le Tribunal fédéral suppose qu'il existe un «conflit de compétence». Mais la violation du droit fédéral par un canton n'implique que rarement un tel conflit: le canton ne dispute pas la compétence à la Confédération; simplement, il comprend le droit fédéral autrement que le voudrait la Confédération. Un grand progrès serait fait si la réclamation était dissociée du conflit de compétence (le texte de la nouvelle Constitution permet cette dissociation, art. 189 al. 1 let. d). Une interprétation large de l'action de droit administratif irait dans le même sens.

Le recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral est bien ouvert à l'administration fédérale. Mais l'administration ne peut recourir que contre une «décision de dernière instance». Si une décision cantonale d'instance inférieure

n'est attaquant que par les administrés et qu'elle leur donne satisfaction, l'affaire ne «montera» pas jusqu'à la dernière instance. Il faudrait donc, pour que l'autorité fédérale garde la possibilité de saisir le Tribunal fédéral, que la législation fédérale lui donne généralement la faculté de recourir déjà à l'intérieur du canton (recours dit «intégral»).

Le recours administratif auprès du Conseil fédéral n'est ouvert à l'administration fédérale que si une disposition spéciale du droit fédéral le prévoit. Mais ce recours, dans la mesure où il est maintenu, se heurte à une double difficulté. Il faudrait d'abord mettre l'administration au bénéfice de la même clause générale que pour le recours de droit administratif (ou alors multiplier les dispositions spéciales). Il faudrait ensuite, comme dans le cas précédent, lui reconnaître la faculté de recourir à l'intérieur du canton.

[1] Selon le langage du projet de constitution fédérale, du 20 novembre 1996, à l'art. 37 al. 1, dans la version arrêtée par les conseils (maintenant, art. 46 al. 1 nCst.): «Les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral conformément à la constitution et à la loi». Dans le présent avis, on emploie donc le verbe «mettre en oeuvre» («umsetzen»).

[2] La doctrine dominante estime que, lorsque les cantons mettent en oeuvre le droit fédéral et n'exercent pas leurs compétences propres, la surveillance fédérale peut s'étendre au contrôle de l'opportunité (Zweckmässigkeit) de leur action. Mais les auteurs qui le disent s'empressent d'ajouter qu'un tel contrôle s'accorde mal avec l'idée du fédéralisme d'exécution et ne doit donc être exercé qu'avec retenue, dans la seule mesure où l'exige une interprétation correcte de la législation fédérale; cf. Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I, Zurich 1980, p. 86-87; Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4ème éd., Zurich 1998, n° 402, p. 138. Plutôt hostiles à tout contrôle de l'opportunité: Bernhard Schaub, Die

Aufsicht des Bundes über die Kantone, Zurich 1957, p. 168-174; Kurt Eichenberger, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 102 (1988), n° 36; Jean-François Aubert, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, vol. I, Bâle/Francfort 1991, n° 803, p. 515. Ce contrôle ne devrait être pratiqué que si le droit fédéral le prévoit clairement et le législateur fédéral ne devrait pas le prévoir quand la constitution confie elle-même aux cantons le pouvoir de mise en oeuvre (cf.

ci-dessous, note 5); voir toutefois l'art. 103 al. 2 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD, RS 642.11), qui institue un contrôle d'opportunité dans un domaine de mise en oeuvre constitutionnellement garanti aux cantons (art. 41ter al. 5 let. b Cst.; art. 128 al. 4 nCst.).

[3] L'art. 37 al. 1 1ère phrase du projet de constitution fédérale du 20 novembre 1996 (art. 46 al. 1 nCst.), a même donné à la formule une valeur constitutionnelle; FF 1997 I 213. Voir ci-dessus la note 1.

[4] La surveillance fédérale, comprise comme une surveillance exercée par la Confédération, pourrait aussi avoir pour objet de vérifier la conformité des actes cantonaux à un droit cantonal supérieur, notamment à la constitution du canton. Comme les constitutions cantonales sont garanties par la Confédération (art. 5 et 6 Cst., art. 51 et 52 nCst.), on pourrait même soutenir que l'obligation, pour les cantons, de respecter leur propre constitution est une obligation résultant du droit fédéral. Cf. Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich, 1949, p. 143; K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 32; art. 102 ch. 3 Cst. et, plus clairement, art. 174 al. 4 du projet de nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 428, 638 (art. 186 al. 4 nCst.). Mais le présent exposé ne traite pas de cet aspect possible de la surveillance. D'ailleurs, dans la mesure où les règles d'une constitution cantonale donnent naissance à des «droits constitutionnels» au sens de l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. (art. 189 al. 1 let. a nCst.), le recours de droit public offre déjà une protection non négligeable; il n'est pas certain que la Confédération doive en faire davantage.

[5] Exemples: art. 20 al. 1 (militaire), art. 22bis al. 2 (protection civile), art. 40 al. 2 (poids et mesures), art. 41ter al. 5 let. b (impôt fédéral direct), art. 64 al. 3 (justice civile), art. 64bis al. 2 (justice pénale), art. 69bis al. 2 (police des denrées alimentaires), art. 69ter al. 2 (séjour et établissement des étrangers) Cst. - Plusieurs de ces exemples ont disparu de la nouvelle constitution, en raison de la règle générale de l'art. 46 al. 1.

[6] Exemples: perception de la taxe sur la valeur ajoutée, ordonnance du Conseil fédéral du 22 juin 1994 (RS 641.201), art. 42 et 75 (art. 52 et 82 de la loi du 2 septembre 1999, FF 1999 6752); surveillance des assurances privées, loi fédérale du 23 juin 1978 (RS 961.01), art. 43.

[7] Exemples: art. 20 al. 1 (militaire), art. 22bis al. 2 (protection civile), art. 40 al. 2 (poids et mesure) Cst. Une même mention de la «surveillance» figurait naguère à l'art. 69bis al. 2 (police des denrées alimentaires) Cst., mais elle a été éliminée, parce qu'inutile, en 1985 (voir le message du Conseil fédéral, FF 1981 III 769), lors d'une révision qui avait pour but principal de supprimer l'«appui financier de la Confédération». Cette élimination n'a donc rien changé à la situation juridique (cf. art. 36 al. 1 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires, RS 817.0). - Voir maintenant la règle générale de l'art. 49 al. 2 nCst.

[8] Z. Giacometti (note 4), p. 128; B. Schaub (note 2), p. 112; U. Häfelin / W. Haller (note 2), n° 403, p. 139. L'art. 40 al. 2 du projet de constitution fédérale est, sur ce point, explicite et général; cf. FF 1997 I 218, 605; art. 49 al. 2 nCst.

[9] Il est clair qu'ici le substantif «exécution» n'a pas le même sens que dans les lois qui confient l'«exécution» (la mise en oeuvre) du droit fédéral aux cantons. L'allemand utilise d'ailleurs deux mots différents («Exekution» et «Vollzug», maintenant «Umsetzung»).

[10] Kommentar, 3ème éd., Berne 1931, p. 685 et 735.

[11] Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tubingue 1923, p. 63 et 462.

[12] Cité à la note 2, p. 88-89.

[13] Cités à la note 2, n° 418, p. 141-142 et nos 427 ss, p. 144-145.

[14] Cité à la note 2, Art. 102 (1988), nos 53 et 57 in fine.

[15] Eidgenössisches Organisationsrecht, Berne 1997, p. 128.

[16] Cité à la note 4, p. 146-147, note 20.

[17] Cité à la note 2, p. 187-189; mais la cassation peut être, exceptionnellement, un moyen de surveillance, p. 185.

[18] Cité à la note 2, nos 807 et 808.

[19] Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Bâle 1996, p. 162-163.

[20] Exemples: art. 53 du titre final du code civil (RS 210); art. 401 al. 2 du code pénal (RS 311.0); art. 55 de la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (RS 725.11); art. 59a de la loi fédérale du 1er juillet 1966 sur les épizooties (RS 916.40).

[21] FF 1997 I 407, 428-429, 635, 638. - Voir maintenant l'art. 173 al. 1 let. e et l'art. 186 al. 4 nCst.

[22] Giorgio Malinverni, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 22bis (1986), n° 22. Dans le projet de constitution, la «haute» surveillance en matière de protection civile est d'ailleurs absorbée par la surveillance; FF 1997 I 247.

[23] Riccardo Jagmetti, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 24 (1995), nos 38 à 41.

[24] Martin Lendi, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 36bis (1987), n° 8. Dans le projet de constitution, la «haute» surveillance en matière de routes nationales signifie que la Confédération doit «veiller à ce que [le réseau de routes nationales] soit utilisable»; FF 1997 I 265.

[25] Martin Lendi, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 37 (1987), n° 2; FF 1997 I 263. Voir aussi K. Eichenberger (note 2), Art. 102 (1988), no 32, note 14.

[26] RS 211.112.1.

[27] Voir ci-dessus la note 2 in fine.

[28] RS 814.01.

[29] RS 814.20.

[30] RS 817.0.

[31] RS 921.0.

[32] RS 455.

[33] RS 412.10.

[34] Voir FF 1977 I 754 (pour la formation professionnelle), 1113 (pour la protection des animaux).

[35] Voir déjà, dans le même sens, Blaise Knapp, Le fédéralisme, Revue de droit suisse [RDS] 1984 II 406.

[36] Z. Giacometti (note 4), p. 129; René Rhinow / Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, 6ème éd., Bâle 1990, p. 461.

[37] Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 9 ss; K. Eichenberger (note 2), Art. 102 ch. 15, nos 194 ss; André Grisel, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 195; JAAC 54.36 p. 236-237.

[38] En allemand le «Massstab», cf. B. Schaub (note 2), p. 159 ss; G. Biaggini (note 19), p. 155 ss.

[39] Du droit et non pas des considérations d'opportunité, voir ci-dessus la note 2. Du droit fédéral et non du droit cantonal, voir ci-dessus la note 4.

[40] Sur la question de la législation fédérale inconstitutionnelle et de la surveillance de sa mise en oeuvre par les cantons, voir B. Schaub (note 2), p. 123-128.

[41] De la même manière qu'on parle, en droit français, du «bloc de constitutionnalité» dont le Conseil constitutionnel doit assurer le respect; cf. Louis Favoreu / Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 9ème éd., Paris 1997, n° 19, p. 260 ss; Pierre Pactet, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 11ème éd., Paris 1992, p. 476; Jean-François Aubert, L'excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français, Mélanges Dietrich Schindler, Bâle/Francfort 1989,

p. 659, n° 13.

[42] RS 171.11. Sont des règles de droit, selon cette disposition, «toutes les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure». - Cette disposition a été abrogée par une loi du 8 octobre 1999, FF 1999 7867.

[43] Voir un résumé dans ATF 121 II 473, 478.

[44] Il y a des arrêts qui semblent dire que, dans certaines circonstances très spéciales, les directives peuvent même ne pas lier les autorités administratives de manière absolue: ATF 120 II 137, 139.

[45] Loi fédérale du 21 mars 1986 sur les publications officielles (RS 170.512), art. 1 let. d.

[46] Voir la monographie citée à la note 19, ainsi que, du même auteur, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum? Reflexionen über ein juristisches Chamäleon, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1997, p. 1-31.

[47] Exemple: ATF 120 II 137.

[48] En vertu, par exemple, de l'art. 103 let. b de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110); cf. ci-dessous, XIV.

[49] Savoir si une ordonnance administrative est, par exemple, une source du «droit fédéral» entendu au sens de l'art. 104 let. a OJ.

[50] Voir notamment l'art. 10 al. 1 1^{ère} phrase de la loi sur les publications officielles: «Les actes législatifs (...) ne lient les particuliers que s'ils ont été portés à leur connaissance conformément à la présente loi».

[51] Il n'est pas sûr que le texte français corresponde exactement au texte allemand: « (...) er [der Bundesrat] trifft zur Handhabung derselben [Verfassung, Gesetze, etc.] von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde, soweit die Beurteilung solcher Rekurse nicht nach Artikel 113 dem Bundesgerichte übertragen ist, die erforderlichen Verfügungen». En allemand, le recours au Tribunal fédéral est simplement mis en parallèle avec le recours (la «plainte») au Conseil fédéral. Il n'exclut que le recours au Conseil fédéral, non pas les mesures que celui-ci pourrait prendre «de son chef» («von sich aus»). Voir, en ce sens, K. Eichenberger (note 2), Art. 102, nos 42 et 43; FF 1997 I 429. De telles mesures directes ne sont évincées, comme on le verra plus loin (ci-dessous, XIV), que si une autorité fédérale, et non pas seulement un particulier, a elle aussi la faculté de recourir auprès du Tribunal fédéral (ou du Conseil fédéral); donc en application non d'un texte obscur de la constitution, mais du principe de la proportionnalité. - Voir maintenant l'art. 186 al. 4 nCst.

[52] RS 281.1.

[53] RS 172.010. Maintenant que le Conseil fédéral détient aussi la compétence d'organisation structurelle de l'administration (art. 43 al. 2 LOGA), il serait souhaitable que le législateur s'abstienne d'attribuer lui-même directement une compétence à une autorité administrative subordonnée.

[54] On trouvera des solutions nuancées chez B. Schaub (note 2), p. 179-181, et J.-F. Aubert (note 2), no 787; et surtout chez K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 37, et G. Biaggini (note 19), p. 151-154.

[55] Voir, par exemple, les art. 17 et 18 de l'ordonnance fédérale sur l'état civil du 1er juin 1953 (RS 211.112.1).

[56] Là où le tact le commande, le gouvernement cantonal sera informé de la démarche; cf. K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 37.

[57] L'art. 90 ch. 13 de la constitution fédérale de 1848, qui a précédé l'art. 102 ch. 13 de la constitution actuelle, montre bien (par les exemples qui y étaient énumérés et qui ont été supprimés en 1874) que l'art. 102 ch. 13 ne doit pas être entendu restrictivement. L'expression «branches qui sont placées sous son contrôle» désigne toutes les branches où une compétence législative a été attribuée à la Confédération. - Voir maintenant l'art. 186 al. 4 nCst.

[58] Voir, à ce sujet, B. Schaub (note 2), p. 175-181.

[59] Décision du Conseil fédéral du 4 septembre 1974, ZBl 1974, p. 529.

[60] RO 1972 652.

[61] RS 173.110.

[62] RS 172.021.

[63] Yvo Hangartner, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl 1975, p. 1-16; U. Häfelin / W. Haller (note 2), p. 142, n° 419.

[64] Ce que démontre à l'évidence notre organisation judiciaire (OJ et PA), qui permet que certains arrêts de tribunaux cantonaux soient attaqués, notamment par la voie du recours administratif, auprès du Conseil fédéral. Ici, c'est même la constitution fédérale qui s'écarte ostensiblement d'une conception verticale de la séparation des pouvoirs (voir les art. 102 ch. 2, «sur plainte», art. 113 al. 2, et art. 114bis al. 1 Cst.; maintenant l'art. 187 al. 1 let. d, l'art. 189 al. 2 et l'art. 190 al. 1 nCst.).

[65] La décision du Fextal a été, jusqu'à maintenant, approuvée par la majorité de la doctrine. Voir Pierre Moor, Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales, ZBl 1975, p. 191-196; Alfred Kölz, Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördenbeschwerde, ZBl 1975, p. 361-375, spécialement 367-368; Peter Saladin, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 2 D. T. (1986), n° 68; K. Eichenberger (note 2), Art. 102 (1988), n° 45; J.-F. Aubert (note 2), n° 808, p. 515-516; G. Biaggini (note 19), p. 139 note 32, p. 147, p. 161 note 117, et p. 186; P. Tschannen (note 15), p. 128-132.

[66] Autrement dit, que le recours administratif auprès du Conseil fédéral soit aboli. Voir maintenant, en ce sens, le projet de réforme de la justice, FF 1997 I 499-500, 530, 534. - On peut d'ailleurs se demander si l'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) n'oblige pas la Suisse à prévoir une autorité fédérale judiciaire toutes les fois qu'il s'agit de faire respecter l'unité du droit fédéral dans une contestation qui se rattache au «droit civil». Ce qui pourrait signifier, dans une affaire comme celle du Fextal (modification d'un plan d'affectation), que le Tribunal fédéral devrait pouvoir être saisi en dehors même des prévisions de la loi fédérale d'organisation judiciaire.

[67] Autrement dit, que le droit de recours des autorités fédérales soit généralement reconnu. Voir ci-dessous, XIV.

[68] La LIFD prévoit des moyens d'action énergiques, en particulier à l'art. 103.

[70] Voir, à ce sujet, Etienne Grisel, L'approbation des lois cantonales par le Conseil fédéral: la loi du 15 décembre 1989, RDS 1990 I 275-291.

[71] RS 172.010. La loi reprend ici le texte d'une disposition ajoutée, par une révision du 15 décembre 1989, à la loi précédente (art. 7a de l'ancienne loi du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration).

[72] Ceci devait mettre un terme à une pratique un peu expansionniste de l'Office fédéral de la justice, qui a créé jadis quelques cas d'approbation de son propre chef et sans aucune base légale; cf. JAAC 25.6, JAAC 41.2.

[73] Voir ci-dessus, la note 2.

[74] Sur le principe de la proportionnalité dans l'usage des moyens de la surveillance fédérale, cf. JAAC 46.18 p. 122-123, JAAC 55.29 p. 289 (cf. ci-dessous, la note 79), 58.14 p. 114. Voir encore G. Biaggini (note 19), p. 160-161; R. Rhinow / B. Krähenmann (note 36), p. 461; K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 49.

[75] Pour les moyens d'information, on peut penser que l'obligation de faire rapport à une autorité fédérale constitue une moindre atteinte au sentiment d'autonomie des cantons que l'obligation d'accueillir des inspecteurs fédéraux. Mais tout dépend évidemment de ce qui est exigé dans les rapports et lors des inspections.

[76] G. Biaggini (note 19), p. 161-162. Apparemment aussi P. Tschannen (note 15), p. 125. Les moyens «extraordinaires» au

sens de la doctrine plus ancienne - cf. J.-F. Aubert (note 2), n° 790 -, sont donc réduits à deux cas, comme on le voit ci-après. Mais cela ne signifie pas qu'en certains domaines la loi fédérale (voire une ordonnance) ne prévoit pas elle-même certains moyens de surveillance. Exemples: loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11), art. 41 al. 2 (rapports), art. 42 al. 1 (instructions) et art. 42 al. 4 (inspections); ordonnance sur l'état civil du 1er juin 1953 (RS 211.112.1), art. 18 al. 2 (rapports) et art. 18 al. 3 (inspections). Simplement, on n'argumentera pas a contrario: ce n'est pas parce que certaines lois mentionnent des moyens de surveillance que les lois qui ne les mentionnent pas les excluent.

[77] Pour les rapports et pour les inspections, la doctrine plus ancienne était plus sévère; cf. Z. Giacometti (note 4), p. 140, notes 78 et 80; B. Schaub (note 2), p. 183; J.-F. Aubert (note 2), n° 790; voir aussi JAAC 50.61 p. 400 ch. 1. De son côté, Y. Hangartner (note 2), p. 88, estime qu'une base légale spéciale est nécessaire lorsque le moyen de surveillance suppose une obligation particulière d'agir de la part des cantons; ce qui vaut pour les rapports et pour les communications d'actes (mais pas pour les inspections).

[78] Voir F. Fleiner (note 11), p. 462; K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 52 in fine; G. Biaggini (note 19), p. 163 (après quelques hésitations); P. Tschannen (note 15), p. 128; U. Häfelin / W. Haller (note 2), p. 141, n° 418 (tout en mentionnant, à la p. 142, l'opinion contraire; et ces auteurs ne reconnaissent d'ailleurs pas, comme on l'a vu plus haut (XII), le pouvoir de cassation à l'encontre des actes des tribunaux). Voir aussi Y. Hangartner (note 2), p. 88 (avec la même réserve, p. 85). - A titre de comparaison, relevons que la majorité de la doctrine admet aussi que le pouvoir de substitution dérive directement de la constitution fédérale (art. 85 ch. 8, ou art. 102 ch. 2), sans qu'il soit nécessaire qu'une base légale spéciale le prévoit; voir Z. Giacometti (note 4), p. 146, note 16; B. Schaub (note 2), p. 183-184; K. Eichenberger (note 2), Art. 102, n° 53; J.-F. Aubert (note 2), n° 807; P. Tschannen (note 15), p. 128; U. Häfelin / W. Haller (note 2), p. 145, n° 429; cf. encore FF 1997 I 429. Ici, toutefois, G. Biaggini (note 19), p. 163, est d'un avis contraire; de même B. Knapp (note 35), p. 413-414.

[79] JAAC 55.29 p. 288, décision du Conseil fédéral (cf. la note 74).

[84] Cf. JAAC 59.41.

[85] Exemples: art. 56 al. 1 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01); art. 46 al. 2 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur les forêts (RS 921.0). Rappelons encore que la défense de l'intérêt public a été renforcée, dans certains domaines, par le droit de recours que certaines lois fédérales ont reconnu à des organisations à but idéal (art. 103 let. c OJ, art. 48 let. b PA). On verra des exemples dans les lois précitées, art. 55 de la loi sur la protection de l'environnement, art. 46 al. 3 de la loi sur les forêts. Ces recours d'organisations apportent un complément des plus utiles à la surveillance fédérale.

Dokumente des BJ