

MESSAGE N° 77

24 juin 2008

**du Conseil d'Etat au Grand Conseil
accompagnant le projet de loi d'adaptation à la
loi sur le Tribunal fédéral (accès à une autorité
judiciaire en matière de droit public)**

Aperçu

1. a) En matière de droit public, la réforme de la justice adoptée par le peuple suisse en mars 2000 se traduit, pour les cantons, par l'obligation de garantir l'accès à une autorité judiciaire cantonale et de respecter certaines règles de procédure uniformes figurant dans la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

b) Cette loi prescrit que la dernière instance cantonale doit être un «tribunal supérieur»; dans notre canton, ce sera d'ordinaire le Tribunal cantonal. Par contre, le droit fédéral n'impose ni un double degré de juridiction ni le contrôle de l'opportunité dans le domaine du droit public.

Une dérogation n'est admissible que «dans des cas exceptionnels» (art. 29a Cst. féd.), à savoir lorsqu'une loi fédérale le prévoit ou le permet, ou bien lorsque la décision revêt «un caractère politique prépondérant» (art. 86 al. 3 LTF). Il s'agit de notions de droit fédéral, qui ne recouvrent pas toutes les exceptions prévues jusqu'ici par les cantons.

Dans tous les cas, l'autorité cantonale de dernière instance doit motiver ses décisions et indiquer les voies de droit auprès du Tribunal fédéral.

c) La nouvelle structure des recours instaurée par la LTF conduit à ce que pratiquement toute décision rendue par une autorité cantonale, en application du droit public fédéral ou cantonal, est susceptible en dernier ressort d'un recours au Tribunal fédéral et doit répondre aux exigences que le droit fédéral impose s'agissant des autorités et des procédures précédant le Tribunal fédéral.

d) La LTF est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, mais les cantons disposent d'un délai transitoire, expirant le 1^{er} janvier 2009, pour adapter leur législation en matière de droit public aux exigences fédérales.

2. Le droit fribourgeois répond déjà très largement à ces exigences, puisqu'il attribue un vaste champ de compétences au Tribunal cantonal; en outre, les articles 7a et 114 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative permettent de remédier à d'éventuelles lacunes sous l'angle de l'accès à une autorité judiciaire.

Le projet de loi annexé a donc pour objet essentiel de préciser les cas exceptionnels où l'accès à une autorité judiciaire ou à une autorité judiciaire supérieure cantonale est exclu et de supprimer les exceptions qui ne sont plus admissibles au regard du droit fédéral. En outre, quelques dispositions subissent un toilettage, parce qu'il n'est déjà plus possible d'agir devant le Tribunal fédéral ou parce que leur formulation doit être adaptée aux nouveaux moyens de recours.

Plan général

1. Nécessité du projet

- 1.1 Exigences fédérales
- 1.2 Contexte fribourgeois
- 1.3 Objet de l'adaptation du droit fribourgeois

2. Travaux préparatoires

3. Grandes lignes du projet

- 3.1 Toilettage législatif
- 3.2 Décisions revêtant un caractère politique prépondérant
 - 3.2.1 Critères à appliquer
 - 3.2.2 Caractère politique prépondérant admis
 - 3.2.3 Caractère politique prépondérant non admis
- 3.3 Conséquences pour le droit fribourgeois
 - 3.3.1 Principaux cas où une adaptation est proposée
 - 3.3.2 Cas choisis où une adaptation n'est pas proposée

4. Conséquences et incidences diverses

- 4.1 Conséquences financières et en personnel
- 4.2 Conformité au droit supérieur
- 4.3 Autres conséquences

5. Commentaire des articles

Abréviations

La signification des abréviations utilisées est rappelée à la fin du présent document.

1. NÉCESSITÉ DU PROJET

1.1 Exigences fédérales

a) Le 12 mars 2000, le peuple et les cantons ont accepté l'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999. Cette réforme avait trois buts principaux: assurer le bon fonctionnement du Tribunal fédéral en réduisant sa charge de travail, améliorer la protection juridictionnelle des citoyens et des citoyennes, notamment en étendant la garantie de l'accès à une autorité judiciaire dans le domaine du droit public, et simplifier la procédure et les voies de droit.

Elle s'est traduite, entre autres, par l'adoption des articles 29a et 191b de la Constitution fédérale (Cst. féd.), qui ont la teneur suivante:

Art. 29a Garantie de l'accès au juge

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.

Art. 191b Autorités judiciaires des cantons

¹ Les cantons instituent des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales.

² Ils peuvent instituer des autorités judiciaires communes.

Au niveau fédéral, la réforme de la justice s'est concrétisée principalement par le remplacement de la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJF) par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) et par l'instauration du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal pénal fédéral, comme autorités préalables au Tribunal fédéral. La LTF pose certaines règles nouvelles qui imposent une adaptation du droit cantonal (voir lettre b, ci-après).

Les deux articles constitutionnels cités et la LTF sont entrés en vigueur simultanément le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 p. 4213ss), mais les cantons disposent d'un délai transitoire pour adapter leur législation à cette réforme. Dans le domaine du droit public, ce délai expire à la fin de l'année 2008 en vertu de l'article 130 al. 3 LTF, qui prescrit que «les cantons édictent, dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les dispositions d'exécution relatives à la compétence, à l'organisation et à la procédure des autorités précédentes au sens des art. 86, al. 2 et 3, et 88, al. 2, y compris celles qui sont nécessaires pour garantir l'accès à une autorité judiciaire prévu à l'art. 29a de la Constitution».

b) En matière de droit public, la LTF a simplifié les voies de droit et la procédure devant le Tribunal fédéral en réunissant dans le «recours en matière de droit public» (ci-après: **RMDP**) les causes qui antérieurement étaient susceptibles du «recours de droit administratif» ou du «recours de droit public». Le Parlement fédéral y a cependant ajouté une nouvelle voie pour les cas où le RMDP n'est pas ouvert: le «recours constitutionnel subsidiaire» (ci-après: **RCS**).

Il en résulte que pratiquement toute décision rendue par une autorité cantonale, en application du droit public fédéral ou cantonal, est maintenant susceptible, en dernier ressort, d'un recours au Tribunal fédéral et doit répondre aux exigences que le droit fédéral impose s'agissant des autorités et des procédures «précédentes» (art. 86ss, 114 et 117 LTF).

Ainsi, pour la très grande majorité des contestations en matière de droit public, les cantons doivent prévoir des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral et garantir qu'au moins une autorité judiciaire cantonale connaisse librement de la cause en faits et en droit. Par contre, le droit fédéral n'impose aux cantons ni un double degré de juridiction ni le contrôle de l'opportunité dans le domaine du droit public.

L'accès à une autorité judiciaire ne peut être refusé que «dans des cas exceptionnels» (art. 29a Cst. féd.), soit lorsqu'une loi fédérale le prévoit ou le permet, soit pour des «décisions revêtant un caractère politique prépondérant» (art. 86 al. 3 LTF). Il s'agit de notions de droit fédéral, qui, selon les travaux préparatoires et la doctrine, ne recouvrent de loin pas toutes les causes que, jusqu'ici, les cantons ne soumettaient pas à une autorité judiciaire.

On relèvera aussi que, depuis le 1^{er} janvier 2007, toutes les autorités cantonales de dernière instance, judiciaires ou non, doivent indiquer dans leur décision la ou les voies ouvertes auprès du Tribunal fédéral ainsi que le délai de recours, ce qui n'était pas le cas antérieurement pour les décisions susceptibles d'un recours de droit public.

1.2 Contexte fribourgeois

a) Le contentieux administratif fribourgeois a été adapté aux exigences de l'article 6 la Convention européenne des Droits de l'Homme (**CEDH**) par la loi du 17 septembre 1998 (BL 1998 p. 462ss). En conséquence, depuis le 1^{er} janvier 1999, la quasi-totalité du contentieux administratif fribourgeois peut déjà être portée en dernière instance cantonale devant une autorité judiciaire.

A l'occasion de cette adaptation, les dispositions suivantes ont été introduites dans le code de procédure et de juridiction administrative (**CPJA**):

Art. 7a Droit à un contrôle juridictionnel

Le recours prévu à l'article 114 al. 2 let. b peut être invoqué même en dehors du champ d'application du présent code.

Art. 114 Tribunal administratif

² Le Tribunal administratif connaît des recours dans les cas non visés à l'alinéa 1:

- a) si une loi le prévoit;
- b) ou si le contrôle juridictionnel exigé par le droit fédéral ou international n'est pas déjà assuré par une autre autorité; le Tribunal administratif est alors compétent même si la loi déclare que la décision est définitive.

Depuis le 1^{er} janvier 2008, c'est le Tribunal cantonal, auquel a été intégré l'ancien Tribunal administratif, qui jouit de la présomption de compétence dans le domaine juridictionnel (art. 123 al. 3 et 124 de la Constitution fribourgeoise, **Cst.**).

b) L'article 30 Cst. prescrit que: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La loi peut exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels». Cet article n'a cependant pas de portée propre, la notion de «cas exceptionnels» qui permettent de renoncer à prévoir le recours à une autorité judiciaire étant maintenant une notion de droit fédéral, comme mentionné sous ch. 1.1.

c) Le droit fribourgeois répond ainsi très largement aux exigences fédérales et les articles 7a et 114 al. 2 CPJA permettent de remédier à d'éventuelles lacunes sous l'angle de l'accès à une autorité judiciaire.

1.3 Objet de l'adaptation du droit fribourgeois

a) Il appartient au législateur fribourgeois de décider, dans le cadre fixé par la notion fédérale, dans quels cas exceptionnels l'intervention d'une autorité judiciaire ou d'une autorité judiciaire supérieure restera exclue.

b) Pour assurer la sécurité juridique, il convient de supprimer ou d'adapter formellement les dispositions prévoyant des exceptions qui ne sont plus admises.

c) La législation fribourgeoise doit aussi faire l'objet d'un toilettage lié à la disparition de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Il s'agit de supprimer des dispositions déjà inapplicables (cas où l'action devant le Tribunal fédéral n'est plus possible depuis le 1^{er} janvier 2007) et d'adapter certaines formulations aux nouveaux moyens de recours (par ex. disparition du recours de droit public).

d) Finalement, quelques dispositions du CPJA doivent être adaptées au droit fédéral.

2. TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Les travaux préparatoires ont été réalisés par le Service de législation. La Direction de la sécurité et de la justice a mis en consultation restreinte, du 10 mars au 15 mai 2008, des avant-projets de loi et d'ordonnance d'adaptation, accompagnés d'un rapport explicatif détaillé. Ont participé à cette procédure: les Directions du Conseil d'Etat, la Chancellerie d'Etat, le Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille, l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données; le Bureau et la Commission de justice du Grand Conseil; la Conférence des préfets; le Conseil de la magistrature, le Tribunal cantonal, la Conférence des présidents de tribu-

naux et des juges d'instruction, la Commission d'expropriation et l'Ordre des avocats fribourgeois.

Les organes consultés ont salué le travail réalisé et, dans l'ensemble, ont approuvé les propositions formulées, parfois avec fatalisme ou avec des réserves à l'égard de certaines exigences du droit fédéral.

3. GRANDES LIGNES DU PROJET

3.1 Toilettage législatif

En matière de droit public, les lois suivantes doivent faire l'objet d'un toilettage:

- Loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (LResp, RSF 16.1): ses articles 17 al. 2 et 18 al. 2 sont déjà inapplicables, car l'action devant le Tribunal fédéral n'est plus possible depuis le 1^{er} janvier 2007.
- Loi sur l'expropriation (RSF 76.1), article 69 al. 2: le recours de droit public n'existe plus.

3.2 Décisions revêtant un caractère politique prépondérant

3.2.1 Critères à appliquer

a) Selon l'article 86 al. 3 LTF, «pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal» comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral.

Cette règle couvre les principaux «cas exceptionnels» qui, selon l'article 29a Cst. féd., permettent d'exclure l'accès à une autorité judiciaire; une autre catégorie de ces cas est la nécessité de respecter la séparation des pouvoirs. Par voie de simplification, avec la plus grande partie de la doctrine, le présent document range toutes ces catégories sous l'expression utilisée à l'article 86 al. 3 LTF.

Le législateur fédéral a laissé à la jurisprudence le soin de concrétiser ces notions juridiques, les travaux préparatoires ne mentionnant comme exemples que les plans directeurs et la grâce.

b) Pour tracer la ligne de démarcation entre les cas où il est encore possible d'exclure ou de restreindre l'accès à une autorité judiciaire au niveau cantonal et ceux où cela n'est plus admis, la doctrine propose de prendre en considération les éléments suivants:

- l'exigence d'une base légale formelle pour exclure l'accès à une autorité judiciaire
- le caractère exceptionnel que doit avoir une telle exclusion
- le manque de «justiciabilité» de la cause exclue
- le respect de la séparation des pouvoirs et de l'exercice des droits politiques
- la prépondérance manifeste de l'intérêt public par rapport à l'éventuelle atteinte portée aux droits de particuliers (plus cette atteinte est grave, moins l'exclusion sera admissible)
- la compatibilité avec la CEDH, notamment dans la mesure où la notion de «contestations sur des droits et obligations de caractère civil» de l'article 6 CEDH a été étendue par la jurisprudence à certaines contestations qui, en Suisse, relèvent du droit public.

Le manque de justiciabilité doit porter sur le caractère politique et non pas sur la nécessité d'un large pouvoir d'appréciation ni sur l'exigence de connaissances techniques pointues. L'absence d'un droit à l'octroi d'une prestation déterminée ne suffit pas non plus à exclure l'accès à une autorité judiciaire au niveau cantonal.

La doctrine cite unanimement parmi les principaux changements pour les cantons la possibilité de recourir contre le refus total ou partiel d'une prestation à laquelle la législation ne donne pas un droit, par ex. contre le résultat d'examens. On notera que, dans ces cas, l'autorité judiciaire peut exercer son contrôle avec une forte retenue, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment (arrêt 2P.44/2007, consid. 2.2 ou par ex. 2C_501/2007, consid. 2.2).

Les paragraphes qui suivent concrétisent la ligne de démarcation entre les cas admissibles et ceux qui ne le sont plus selon la majorité de la doctrine et les quelques décisions que le Tribunal fédéral a déjà rendues sur ces questions.

3.2.2 Caractère politique prépondérant admis

- les actes de gouvernement (par ex. dans le domaine de relations extérieures)
- les relations du gouvernement avec le Parlement (mais ce sont rarement de véritables décisions)
- les élections des membres des autorités cantonales faites par le peuple, le Parlement ou le gouvernement
- les décisions du Parlement cantonal (au moins celles susceptibles de référendum)
- certaines décisions touchant à l'exercice des droits politiques, comme l'invalidation d'une initiative ou le refus de soumettre un acte au référendum financier
- l'adoption d'un plan directeur en matière d'aménagement ou d'instruments de planification, par ex. dans le domaine de la santé ou de la formation
- l'exercice du droit de grâce
- l'exercice du pouvoir général de surveillance, y compris le refus de donner suite à une plainte dans ce domaine.

3.2.3 Caractère politique prépondérant non admis

- les décisions relatives au statut des personnes au service de l'Etat, y compris le droit disciplinaire, la classification, les promotions et les révocations
- les autorisations, permis et concessions, même si la législation ne donne aucun droit à leur octroi ou à leur renouvellement
- les subventions et autres aides publiques, même si la législation ne donne aucun droit à leur octroi ou à leur renouvellement
- les décisions sur le résultat d'examens ou d'autres évaluations des capacités, notamment en matière de scolarité obligatoire, de formation ultérieure ou d'exercice d'une profession
- les contestations considérées par la jurisprudence comme «de droit civil» au sens de l'article 6 al. 1 CEDH.

La question des naturalisations a été tranchée par le souverain le 1^{er} juin 2008. Conformément à la loi fribourgeoise du 9 mai 2007 modifiant la loi sur le droit de cité fribourgeois (ROF 2007_055), le Tribunal cantonal pour-

ra être saisi en dernière instance cantonale d'un recours contre les décisions des communes ou du Grand Conseil; cette loi remplit les exigences de la loi fédérale du 18 décembre 2007 (FF 2008 p. 45), qui prévoit l'obligation d'un recours auprès d'une autorité judiciaire cantonale.

A propos de la révocation disciplinaire des juges, voir le commentaire consacré au Conseil de la magistrature, ch. 3.3.1 ci-dessous.

3.3 Conséquences pour le droit fribourgeois

Comme cela a été rappelé précédemment, notre canton attribue déjà un très large champ de compétences au Tribunal cantonal et les articles 7a et 114 al. 2 CPJA permettent, pour le surplus, de tenir compte sans délai des précisions jurisprudentielles que le Tribunal fédéral pourrait être appelé à donner. En conséquence, l'adaptation de la législation fribourgeoise, pour l'essentiel, donne une base légale explicite aux exceptions admises et supprime les rares exceptions qui ne sont plus acceptables; elle n'entraîne donc pas de bouleversements.

3.3.1 Principaux cas où une adaptation est proposée

Le projet introduit un recours au Tribunal cantonal notamment en cas de contestations des actes préparatoires en matière de droits politiques.

A l'inverse, le projet confirme de manière explicite que, sauf disposition légale contraire, les décisions du Grand Conseil et du Conseil de la magistrature sont rendues en dernière instance cantonale.

Cas particulier: la révocation disciplinaire d'un membre du Pouvoir judiciaire

Selon la législation actuelle, une telle révocation est prononcée par le Grand Conseil sur proposition du Conseil de la magistrature; cette décision est définitive (art. 17 al. 3 LESJ).

Dans son arrêt 1D_15/2007, le Tribunal fédéral a constaté qu'un juge est soumis à un contrat de droit public et a souligné que l'article 6 CEDH n'est pas applicable à une procédure de type disciplinaire dirigée contre un magistrat, soit une personne investie de la puissance publique. Le Tribunal fédéral n'a pas mis en cause la règle qui prévoit que la décision du Conseil supérieur de la magistrature du canton de Genève est définitive.

Au vu de cette jurisprudence ainsi que de la nature de la décision en cause, le projet ne propose pas de modifier notre législation sur ce point. Ce point de vue a été unanimement approuvé lors de la procédure de consultation.

3.3.2 Cas choisis où une adaptation n'est pas proposée

Il n'est évidemment pas utile de mentionner tous les cas où le droit fribourgeois est déjà conforme aux exigences du droit fédéral. Par contre, il est intéressant de savoir pourquoi une adaptation n'est pas proposée dans certains domaines.

a) Actes normatifs cantonaux

Eu égard à la séparation des pouvoirs, notre canton ne connaît pas de recours cantonal contre les actes législatifs de l'Etat et le droit fédéral n'en impose pas. Un «contrôle abstrait des normes» de l'Etat continuera donc d'être exercé uniquement par le Tribunal fédéral, s'il est saisi d'un RMDP («Le recours est directement receva-

ble contre les actes normatifs cantonaux qui ne peuvent faire l'objet d'un recours cantonal» selon l'article 87 al. 1 LTF). Par contre, les règlements communaux sont susceptibles d'un contrôle judiciaire cantonal en droit fribourgeois (RFJ 2005 p. 260ss, consid. 7 avec références) sur la base de l'article 154 al. 1 de la loi sur les communes (LCo, RSF 140.1).

b) Commissions de recours

Les commissions cantonales de recours, si elles ont un caractère judiciaire et ne sont pas subordonnées à une autre instance cantonale, remplissent les conditions posées pour l'accès à une autorité judiciaire et pour l'instance précédant le Tribunal fédéral.

La Commission de recours en matière de nouvelle mensuration parcellaire et la Commission de recours en matière d'améliorations foncières répondent à ces exigences. Les modifications apportées récemment à la loi sur la mensuration officielle (LMO, RSF 214.6.1) et à la loi sur les améliorations foncières (RSF 917.1) par la loi sur l'élection et la surveillance des juges (LESJ, RSF 131.0.2) ont d'ailleurs conforté le caractère judiciaire de ces commissions.

Pour mémoire: la Commission de recours de l'Université et la Commission d'expropriation ne statuent pas en dernière instance cantonale.

c) Eglises reconnues

Conformément à l'article 72 al. 1 Cst. féd., la réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons. Le Tribunal fédéral a confirmé encore récemment (ATF 129 I 91) que les communautés religieuses officiellement reconnues sont autorisées par le droit constitutionnel à organiser une juridiction propre dans le cadre de leur autonomie ou de leur droit à l'autodétermination.

La Constitution fribourgeoise prévoit notamment que «les Eglises et les communautés religieuses s'organisent librement dans le respect de l'ordre juridique» (art. 140 al. 2) et que les Eglises reconnues sont autonomes, leur organisation étant soumise à l'approbation de l'Etat (art. 141 al. 2). Elle accorde elle-même le statut de droit public aux Eglises catholique-romaine et évangélique-réformée (art. 141 al. 1). L'article 6 de la loi du 26 septembre 1990 concernant les rapports entre les Eglises et l'Etat (RSF 190.1) précise que ces corporations ecclésiastiques sont autonomes par rapport à l'Etat et qu'à ce titre, et dans les limites fixées par la loi, «elles tranchent définitivement les contestations internes relatives à l'application de la présente loi et de leur propre réglementation». Par contre, les contestations de caractère fiscal sont sujettes à recours auprès du Tribunal cantonal (art. 18 de la même loi). Ces deux Eglises ont institué, avec l'approbation de l'Etat, une autorité juridictionnelle qui leur est propre et qui offre des garanties d'indépendance par rapport aux autres organes de ces corporations (RSF 191.0.11 et 192.11). Dès lors, pour ce qui concerne les contestations internes, les Eglises catholique-romaine et évangélique-réformée assurent une protection juridictionnelle satisfaisante et le droit fédéral n'exige pas que les décisions rendues par leur autorité juridictionnelle soient en plus susceptibles d'un recours devant le Tribunal cantonal.

L'Etat a également reconnu à la Communauté israélite du canton de Fribourg un statut de droit public, par la loi du 3 octobre 1990 portant reconnaissance de la Com-

munauté israélite du canton de Fribourg (RSF 193.1). Cette loi permet aussi explicitement que la Communauté israélite s'organise de façon autonome. Dans son Statut, la Communauté israélite n'a pas instauré d'organe juridictionnel; elle rappelle uniquement le droit de recourir au Tribunal cantonal pour les contestations fiscales (RSF 193.11). Toutes les contestations qui s'élèveraient au sein de cette Communauté devraient donc être portées devant le Tribunal cantonal. Compte tenu de la taille modeste de cette Communauté, il paraît raisonnable de se contenter d'appliquer, au besoin, la règle subsidiaire de l'article 7a CPJA et de ne pas modifier l'article 5 let. c CPJA ni la loi portant reconnaissance de la Communauté israélite.

d) Cas où le droit fédéral n'exige pas un recours cantonal

Comme le droit fédéral n'exige pas une double instance judiciaire en matière de droit public, une décision cantonale prise en instance unique par une cour de la plus haute juridiction cantonale ou par un juge unique appartenant à cette autorité remplit les exigences fédérales.

En outre, l'exigence d'une dernière instance judiciaire cantonale ne s'applique pas pour les décisions contre lesquelles le droit fédéral prévoit un recours auprès d'une autorité fédérale ou directement auprès du Tribunal administratif fédéral (par ex. les décisions du gouvernement visées par l'article 34 LTAF).

Répondent par ex. à l'une de ces règles les cas suivants:

- RSF 114.22.1 Loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (art. 4)
- RSF 210.1 Loi d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg (art. 33a al. 3 en relation avec l'art. 74 LPP, RS 831.40)
- RSF 261.1 Loi sur le notariat (art. 31^{bis})
- RSF 841.1.1 Loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (art. 27 al. 3)

4. CONSÉQUENCES ET INCIDENCES DIVERSES

4.1 Conséquences financières et en personnel

Les cas où une nouvelle voie de droit est introduite sont peu nombreux et concernent pour l'essentiel des affaires de caractère secondaire. Toutefois, comme l'a relevé le Tribunal cantonal, ils participeront à l'augmentation générale de sa charge de travail. En matière de droits politiques, l'autorité de recours doit statuer dans de brefs délais; à chaque élection, la marche normale des affaires risque donc d'en être perturbée. Les recours pour déni de justice, lorsqu'ils ne deviennent pas sans objet, comportent souvent des éléments délicats qui expliquent pourquoi l'autorité saisie tarde ou refuse de statuer.

Le Conseil d'Etat souligne aussi que la suppression de la possibilité de limiter l'examen d'un recours à l'absence d'arbitraire entraîne une augmentation du travail juridique pour les Directions et plus d'exigences formelles pour les autorités précédentes (par ex. les jurys d'examen ou les directions d'école).

4.2 Conformité au droit supérieur

Le projet adapte la législation cantonale aux exigences de la Constitution fédérale, de la Constitution cantonale et de la législation fédérale concernant l'accès à une autorité judiciaire en matière de droit public. Il offre ainsi une garantie qui va au-delà des cas prévus par la CEDH. Il ne pose pas de problème de compatibilité avec le droit de l'Union européenne et les accords y relatifs.

4.3 Autres conséquences

Le projet n'a pas d'influence sur la répartition des tâches Etat-communes.

Comme toute loi, le texte adopté sera susceptible de référendum législatif facultatif; par contre, il n'entraîne pas de dépenses nouvelles nettes susceptibles d'ouvrir un référendum financier.

5. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Art. 1 Droits politiques

a) Une voie de recours cantonale doit être prévue contre tout acte d'autorité qui est susceptible de violer les droits politiques cantonaux des citoyens. Cette obligation ne s'étend pas aux actes du parlement et du gouvernement (art. 88 al. 2 LTF).

b) Alors que le législateur fédéral avait laissé la question indécise et que la doctrine était partagée, le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité de recours de l'article 88 al. 2 LTF doit être une autorité judiciaire (arrêts de principe 1P.338/2006, 1P.582/2006; confirmés encore récemment par l'arrêt 1C_183/2008). Il estime qu'un recours au Conseil d'Etat ne répond pas aux exigences de l'article 88 al. 2 LTF.

c) En droit fribourgeois, plusieurs dispositions de la loi sur l'exercice des droits politiques (LEDP, RSF 115.1) prévoient un recours respectivement au Conseil d'Etat, dans le domaine cantonal, et au préfet, dans le domaine communal et prescrivent que, dans ces cas, leur décision est définitive. Elles doivent donc être adaptées pour respecter les exigences exposées ci-dessus.

Le Conseil d'Etat s'est demandé si, pour tenir compte de la pression du temps dans ces cas, il valait mieux prévoir un recours porté directement devant le Tribunal cantonal ou si, pour tenir compte de la nature des contestations concernées, il fallait maintenir la compétence des autorités actuelles tout en prévoyant, en dernière instance, un recours auprès du Tribunal cantonal. C'est cette dernière solution qui a été retenue dans le projet.

d) On notera qu'en matière d'élections et de votations populaires fédérales, un recours contre les décisions du Conseil d'Etat va maintenant directement au Tribunal fédéral, et non plus au Conseil fédéral (art. 88 al. 1 let. b LTF).

e) Un délai de recours de trois jours, repris de l'actuel article 152 al. 3 LEDP, a parfois été jugé très bref lors de la consultation (cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 1C_35/2008); c'est pourquoi le projet porte à cinq jours les délais en cas de contestation relative aux actes préparatoires. Vu le calendrier électoral à respecter, les fêtes ne peuvent pas entrer en considération, ce que le projet propose de dire expressément.

Art. 2 Grand Conseil

Certaines décisions du Grand Conseil ou du Secrétariat du Grand Conseil sont déjà susceptibles d'un recours au Tribunal cantonal (cf. LGC: art. 34 al. 4, en matière de personnel, 96 al. 3, contre le refus d'accréditation, et 188, en cas d'enquête parlementaire).

Pour respecter la séparation des Pouvoirs, aucune extension de l'accès à une autorité judiciaire contre les décisions du Grand Conseil n'est prévue par le projet et un nouvel article est introduit pour affirmer explicitement le caractère politique prépondérant des décisions du Grand Conseil.

On notera encore que, bien que les décisions prévues aux articles 57 al. 3 et 171 al. 3 LGC ne présentent pas nécessairement un caractère politique prépondérant, le projet ne propose pas de les modifier pour les motifs suivants. La décision de l'article 57 al. 3 (récusation en commission) ne se prête pas à un recours: la commission doit pouvoir poursuivre son travail et, sur le fond, elle ne rend pas de décision qui pourrait être entachée par un défaut de récusation. De plus, vu le champ très restreint de la récusation (quelques décrets) et vu l'article 58 LGC, il n'y aurait pas d'intérêt juridique à un recours judiciaire. Quant à l'article 171 al. 3 (décompte d'indemnités), il s'agit de mesures d'exécution plus que de décisions. Ces deux propositions de non-modification ont été unanimement approuvées lors de la consultation.

Art. 3 et 4 Conseil de la magistrature – Election et surveillance des juges

Les modifications proposées visent à donner aux exclusions de l'accès à une autorité judiciaire la base légale formelle sur laquelle elles doivent reposer. Même s'il fait double emploi, l'article 17 al. 3, 2^e phr. LESJ n'est pas abrogé, pour éviter qu'un tel toilettage soit mal interprété.

S'agissant de la renonciation à prévoir un recours cantonal en cas de révocation disciplinaire des membres du Pouvoir judiciaire, voir ch. 3.3.1 ci-avant.

Le Tribunal fédéral n'a pas mis en cause le caractère d'autorité cantonale de dernière instance du Conseil de la magistrature dans ces domaines (cf. arrêts 1D_2/2008, concernant Fribourg, et 1D_15/2007, concernant Genève).

Pour savoir comment motiver la décision du Grand Conseil, il faudra s'inspirer des réflexions exposées par le Tribunal fédéral dans son arrêt 1D_6/2007, consid. 3, relatif aux refus de naturalisation.

Art. 5 Communes

Les travaux préparatoires relatifs à l'article 134d al. 3, 3^e phrase LCo montrent clairement que l'adverbe «définitivement» doit être compris dans le sens de «définitivement sur le plan communal» et que cette mention ne visait pas du tout à écarter le recours prévu à l'article 154 LCo, mais uniquement à exclure une décision aux urnes. Pour lever toute ambiguïté, il convient de biffer la 3^e phrase de l'alinéa 3, le contexte paraissant suffisamment clair pour exclure un vote aux urnes. La 4^e phrase n'a alors plus de raison d'être.

Art. 6 Procédure et de juridiction administrative

Art. 5 CPJA: la modification du CPJA offre l'occasion d'apporter cette correction «cosmétique», le pouvoir dis-

ciplinaire et la surveillance des autorités judiciaires étant maintenant du ressort du Conseil de la magistrature et du Grand Conseil.

Art. 30 al. 1 CPJA: le droit fédéral prévoit des périodes de feries qui diffèrent légèrement de celles prévues dans notre canton, ce qui crée un risque d'erreurs pouvant entraîner l'irrecevabilité de certains recours. Ainsi, l'article 38 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), applicable aux causes traitées au niveau cantonal dans ce domaine, fixe-t-il des périodes de feries semblables à celles prévues par l'article 46 LTF. Ces mêmes périodes sont d'ailleurs prévues par le code de procédure civile suisse, que les Chambres fédérales devraient adopter en 2008.

Par souci d'unité et de simplicité pour les praticiens, il convient d'adopter en droit fribourgeois les mêmes périodes de feries que celles prévues par le droit fédéral.

Comme l'a relevé le Tribunal cantonal, cette unité de règles continuera toutefois à faire défaut en matière d'impôt fédéral direct en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. cependant le récent obiter dictum dans l'arrêt 2A.70/2006 du 15 février 2006, cons. 3, qui laisse présager d'un réexamen de cette jurisprudence) ainsi que dans les domaines soumis aux dispositions de procédure de la LICD (cf. son art. 150 al. 4 qui, dans sa dernière version, a sans doute été édicté dans le seul souci d'une uniformité avec le droit fédéral en matière d'impôts directs).

Art. 66 al. 2 et 68 al. 3 CPJA: il convient de rappeler les exigences, parfois plus élevées, posées par l'article 112 LTF.

Art. 77 al. 2 et 96a (nouveau) CPJA: en vertu des articles 110 et 111 al. 3 LTF, une autorité judiciaire cantonale au moins doit examiner librement les faits et appliquer d'office le droit. La restriction prévue par l'article 77 al. 2 CPJA n'est pas compatible avec cette exigence fédérale. Les dispositions de la législation spéciale qui ont repris la même règle doivent également être abrogées (cf. art. 11 à 13 et 15 du projet), car les autorités qui précèdent le Tribunal cantonal ne peuvent pas avoir un pouvoir d'examen plus restreint que lui. Par contre, toutes les autorités de recours pourront exercer leur examen avec retenue lorsque la législation a laissé un large pouvoir d'appréciation à l'autorité inférieure, ce que précise le nouvel article 96a CPJA.

On notera que le grief d'inopportunité est, en règle générale, irrecevable devant le Tribunal cantonal (art. 78 al. 2 CPJA) et qu'en matière d'examens ou lorsqu'il n'existe pas un droit à l'octroi d'une prestation, le Tribunal cantonal pourra exercer son contrôle avec une forte retenue, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé récemment (arrêt 2P.44/2007, consid. 2.2). Dans ces cas, le contrôle judiciaire continuera donc à porter, pour l'essentiel, sur l'absence d'arbitraire et le respect des règles de procédure.

Art. 111 al. 4 CPJA: Comme le Tribunal cantonal l'a fait remarquer lors de la consultation, le droit fédéral impose désormais de prévoir un recours auprès du Tribunal cantonal comme dernière instance cantonale lorsqu'une partie se plaint d'un refus de statuer ou d'un retard injustifié du Grand Conseil ou du Conseil d'Etat dans les (rares) cas où un recours au Tribunal cantonal serait ouvert si une décision était rendue par l'une de ces autorités. La formulation proposée pour l'alinéa 4 est inspirée de l'article 94 LTF.

Art. 120 al. 2 CPJA: La LTF définit nouvellement les conditions auxquelles les décisions préjudicielles et in-

cidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (art. 92s. LTF). Selon l'article 93 alinéa 1 LTF, le recours n'est plus seulement recevable si la décision peut causer un préjudice irréparable, mais il l'est également lorsque l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. La modification proposée de l'article 120 al. 2 CPJA assure l'unité des règles au stade cantonal de la procédure.

Art. 7 Responsabilité civile des collectivités publiques

Cas de toilettage législatif.

L'article 17 LResp reposait sur l'article 114^{bis} de l'ancienne Cst. féd., qui autorisait l'ouverture de l'action administrative devant le Tribunal fédéral (art. 121 OJF) avec l'autorisation de l'Assemblée fédérale; les articles 17 et 18 LResp ont été approuvés par l'Assemblée fédérale en 1988. Toutefois, la nouvelle Constitution fédérale et la loi sur le Tribunal fédéral ont sciemment supprimé cette possibilité d'action devant le Tribunal fédéral. Une action introduite devant le Tribunal fédéral dans les cas des articles 17 et 18 LResp serait donc déclarée irrecevable, en procédure simplifiée, avec les conséquences financières qui y sont liées.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, toute action en responsabilité basée sur la LResp doit donc être portée devant le tribunal supérieur du canton (art. 86 al. 2 LTF), soit, maintenant, devant le Tribunal cantonal.

Il reste évidemment possible de recourir ensuite au Tribunal fédéral contre la décision du Tribunal cantonal. Ce sera un RMDP, si la valeur litigieuse est d'au moins 30 000 francs ou si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 LTF); sinon ce sera un RCS (art. 113 LTF). Il s'agira toutefois d'un recours en matière civile en cas de responsabilité médicale, selon le Tribunal fédéral (ATF 133 III 462 (467)).

Art. 8 Mensuration officielle

La suppression du caractère définitif de la décision du Conseil d'Etat entraîne la possibilité de recourir au Tribunal cantonal.

Art. 9 Registre du commerce

L'article 165 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, prescrit que «chaque canton désigne un tribunal supérieur comme unique instance de recours», pour permettre une harmonisation générale du système des voies de recours à l'échelon cantonal avec le nouveau régime des voies de droit instauré par la loi sur le Tribunal fédéral.

Art. 10 Procédure civile

Comme mentionné ci-dessus au sujet de l'article 30 CPJA, par souci d'unité et de simplicité pour les praticiens, le projet anticipe sur le nouveau code de procédure civile suisse et propose de retenir les mêmes périodes de fêtes que le projet du Conseil fédéral (art. 143 P-CPC), qui lui-même reprend les périodes fixées par l'article 46 LTF (cf. Message 06.062, FF 2006 6841 [6919]).

Art. 11 à 13 Enseignement et affaires culturelles

Les dispositions correspondant à l'article 77 al. 2 CPJA doivent être modifiées pour les motifs exposés plus haut dans le commentaire relatif aux articles 77 al. 2 et 96a (nouveau) CPJA.

La modification de l'article 16 al. 2 de la loi sur les affaires culturelles permet à la fois d'adapter formellement ce texte à la jurisprudence cantonale (RFJ 2007 p. 146ss) et de respecter le droit fédéral, la décision du Conseil d'Etat sur réclamation n'ayant pas un caractère politique prépondérant au sens de l'article 86 al. 3 LTF.

Art. 14 Expropriation

Article 33 al. 4 LEx

D'ordinaire, cette décision n'est pas de nature à causer un préjudice irréparable à une partie (art. 120 al. 2 CPJA); si toutefois cela devait être le cas, un recours au Tribunal cantonal doit être possible.

Article 37 al. 2 LEx

A réception du dossier d'expropriation, le président de la Commission statue sur la procédure qui sera suivie, soit la procédure ordinaire dans laquelle les expropriés peuvent faire valoir leur opposition, soit la procédure spéciale (art. 51 LEx) où seules des prétentions peuvent être invoquées. Cette décision incidente peut avoir des conséquences irréparables dans la mesure où la procédure spéciale prive l'exproprié de son droit de faire opposition en se prévalant d'un intérêt privé prépondérant à l'intérêt public. Il faut donc prévoir une possibilité de recours si les conditions de l'article 120 al. 2 CPJA sont réalisées.

Article 69 al. 2 LEx

Cas de toilettage législatif (le recours de droit public n'existe plus).

Art. 15 Tourisme

Cette disposition correspond à l'article 77 al. 2 CPJA et doit être modifiée pour les motifs exposés plus haut dans le commentaire relatif aux articles 77 al. 2 et 96a (nouveau) CPJA.

Art. 16 Droit transitoire

Une disposition transitoire ne serait pas indispensable dans les cas où une voie de droit est nouvellement ouverte à partir du 1^{er} janvier 2009. Selon un principe général de droit intertemporel, c'est le moment où une décision est prononcée qui détermine le droit applicable aux voies de droit contre cette décision. Pour lever toute équivoque, il est toutefois préférable de rappeler expressément que seules les décisions prononcées après l'entrée en vigueur de la loi seront soumises au nouveau droit. Cette règle ne s'applique évidemment pas aux cas de simple toilettage de la législation, qui par définition sont déjà soumis depuis le 1^{er} janvier 2007 aux exigences du droit fédéral.

En outre, comme la date d'entrée en vigueur de la loi tombe au cours d'une période de fêtes, il est nécessaire d'indiquer clairement quel est le droit applicable pour cette période.

Art. 17 Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur est prévue explicitement au 1^{er} janvier 2009, puisque les cantons disposent, dans le domaine du droit public, d'un délai transitoire de deux ans à compter

de l'entrée en vigueur de la LTF, survenue le 1^{er} janvier 2007 (art. 130 al. 3 LTF).

Signification des abréviations utilisées

ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
BL	Bulletin officiel des lois, décrets, arrêtés et autres actes publics du Grand Conseil et du Conseil d'Etat du canton de Fribourg (ou Bulletin des lois, paru de 1803 à 2001)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
consid.	Considérant (élément numéroté d'un arrêt du Tribunal fédéral)
CPJA	Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (RSF 150.1)
Cst.	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RSF 10.1)
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
FF	Feuille fédérale
LESJ	Loi du 11 mai 2007 sur l'élection et la surveillance des juges (RSF 131.0.2)
LGC	Loi du 6 septembre 2006 sur le Grand Conseil (RSF 121.1)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LRsp	Loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RSF 16.1)
LTAf	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée par la LTF)
RCS	Recours constitutionnel subsidiaire (auprès du Tribunal fédéral) [art. 82ss LTF]
RMDP	Recours en matière de droit public (auprès du Tribunal fédéral) [art. 113ss LTF]
RO	Recueil officiel du droit fédéral
ROF	Recueil officiel fribourgeois
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise

BOTSCHAFT Nr. 77 24. Juni 2008
**des Staatsrats an den Grossen Rat
zum Gesetzesentwurf zur Anpassung verschiedener
Gesetze an das Bundesgerichtsgesetz (Rechtsweggarantie im öffentlichen Recht)**

Übersicht

I. a) In öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten äussert sich die Justizreform, die vom Schweizer Volk im März 2000 angenommen wurde, für die Kantone in der Pflicht, den Zugang zu einer kantonalen Gerichtsbehörde zu gewährleisten, und bestimmte im Bundesgerichtsgesetz (BGG) festgelegte einheitliche Verfahrensregeln zu befolgen.

b) Dieses Gesetz schreibt vor, dass die letzte kantonale Instanz ein «oberes Gericht» sein muss; in unserem Kanton

wird das gewöhnlich das Kantonsgericht sein. Das Bundesgericht verlangt hingegen in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten keine zweistufige richterliche Prüfung und keine Angemessenheitsprüfung.

Abweichende Regelungen sind nur «in Ausnahmefällen» (Art. 29a BV) möglich, nämlich wenn eine Bundesgesetz eine solche vorsieht oder zulässt oder wenn ein Entscheid einen «vorwiegend politischen Charakter» (Art. 86 Abs. 3 BGG) hat. Es handelt sich um bundesrechtliche Begriffe, die nicht sämtliche bisher von den Kantonen vorgesehenen Ausnahmen erfassen.

Die letztinstanzliche kantonale Behörde muss in allen Fällen ihre Entscheide begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung die Anfechtbarkeit beim Bundesgericht präzisieren.

c) Die durch das BGG eingeführte Rechtsmittelstruktur führt dazu, dass praktisch alle Entscheide kantonomer Behörden, die in Anwendung des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts getroffen werden, letztinstanzlich mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können und den bundesrechtlichen Anforderungen an die dem Bundesgericht vorgelagerten Behörden und Verfahren genügen müssen.

d) Das BGG ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten, doch die Kantone verfügen über eine Übergangsfrist, die am 1. Januar 2009 ausläuft, um ihre Gesetzgebung im öffentlichen Recht an die bundesrechtlichen Anforderungen anzupassen.

2. Das freiburgische Recht entspricht diesen Anforderungen bereits weitgehend, denn es weist ja dem Kantonsgericht einen weiten Zuständigkeitsbereich zu; zudem ermöglichen die Artikel 7a und 114 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, allfällige Lücken im gerichtlichen Rechtsschutz zu schliessen.

Der beiliegende Gesetzesentwurf hat also im Wesentlichen zum Gegenstand, die Ausnahmefälle zu bestimmen, in denen der Zugang zu einer Gerichtsbehörde oder zu einer oberen kantonalen Gerichtsbehörde ausgeschlossen ist und die Ausnahmen aufzuheben, die nach dem Bundesrecht nicht mehr zulässig sind. Zudem werden einige Bestimmungen nachgeführt, weil ein Weiterzug an das Bundesgericht bereits heute nicht möglich ist oder um ihre Formulierung an die neuen Rechtsmittel anzupassen.

Inhaltsübersicht

1. Notwendigkeit des Entwurfs

- 1.1 Bundesrechtliche Anforderungen
- 1.2 Freiburgerischer Kontext
- 1.3 Gegenstand der Anpassung des freiburgischen Rechts

2. Vorarbeiten

3. Grundzüge des Entwurfs

- 3.1 Formelle Bereinigung der Gesetzgebung
- 3.2 Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter
 - 3.2.1 Massgebende Kriterien
 - 3.2.2 Vorwiegend politischer Charakter bejaht
 - 3.2.3 Vorwiegend politischer Charakter nicht verneint
- 3.3 Auswirkungen auf das freiburgische Recht