

Les Cahiers de droit

Le rôle du ministère suisse de la Justice

Luzius Mader



Volume 42, numéro 3, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043657ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043657ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mader, L. (2001). Le rôle du ministère suisse de la Justice. *Les Cahiers de droit*, 42(3), 511–526. <https://doi.org/10.7202/043657ar>

Le rôle du ministère suisse de la Justice

Luzius MADER*

	<i>Pages</i>
1 L'établissement d'avis de droit	513
2 Le contrôle juridique des projets de loi	514
3 Quelques difficultés et problèmes	517
3.1 Le poids nécessairement relatif des arguments juridiques	518
3.2 L'absence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales	519
3.3 L'OFJ ne jouit pas d'une autonomie totale	520
3.4 L'OFJ est à la fois joueur et arbitre	522
3.5 L'OFJ est au service de plusieurs maîtres	522
3.6 La prise en considération du droit international	523
3.7 La contrainte du temps (les avis « instantanés »)	524
Conclusion	524

Selon un acte réglementaire adopté très récemment¹, le ministère suisse de la Justice, plus précisément — pour employer la dénomination officielle — l'Office fédéral de la justice (OFJ), « traite des questions relevant du droit et est le centre de service de la Confédération en la matière ». Toujours selon le même acte, qui, malheureusement et en partie en raison

* Vice-directeur, Office fédéral de la Justice, Suisse.

1. Voir l'article 6 alinéa 1 de l'*Ordonnance du Conseil fédéral sur l'organisation du Département fédéral de justice et police*, Recueil systématique du droit fédéral RS 172.213.1.

d'une traduction peu élégante, n'est pas un exemple de clarté et de cohérence, il « donne des renseignements juridiques et établit des expertises [...] à l'intention de l'Assemblée fédérale, du Conseil fédéral et de l'administration² »; il assume donc la fonction de service juridique, notamment en matière de droit constitutionnel, pour le Parlement, le gouvernement et l'Administration suisses. Le texte réglementaire précise enfin que l'OFJ « examine la constitutionnalité et la légalité de l'ensemble des projets d'actes législatifs, leur conformité et leur compatibilité avec le droit national et international en vigueur et leur exactitude quant au fond ainsi que, en collaboration avec la Chancellerie fédérale, leur pertinence dans la perspective de la technique législative et de la rédaction³ ». En plus de ses tâches importantes en matière de droit civil, de droit pénal et de droit constitutionnel, il lui incombe donc, en particulier, d'établir des avis de droit sur les questions juridiques importantes ou de principes et d'opérer un contrôle préventif et abstrait de la constitutionnalité et de la légalité des projets d'acte législatif. L'OFJ est ainsi en quelque sorte la « conscience juridique » des autorités législatives et exécutives suisses.

L'établissement d'avis de droit et le contrôle juridique abstrait, à titre préventif, des projets d'acte législatif constituent les deux tâches essentielles de la Division principale du droit public (DPDP) de l'OFJ (voir annexe 1). Ainsi, au sein de l'OFJ, c'est en premier lieu cette division principale qui exerce la fonction de « jurisconsulte » que nous examinons ici particulièrement. Cette division principale compte environ 35 postes⁴. Deux de ses trois divisions, soit les deux divisions de la législation avec une dizaine de postes chacune, se consacrent exclusivement aux tâches qui nous intéressent ici. La troisième division, la Division des projets et de la méthode législatifs, est responsable de certains domaines législatifs (par exemple : réformes institutionnelles, principe de la transparence, égalité entre hommes et femmes, programme législatif en vue d'éliminer les inégalités dont souffrent les personnes handicapées, aide aux victimes d'un acte de violence, loi sur les avocats) et elle se penche sur les questions générales touchant au fédéralisme suisse et s'occupe de la méthodologie législative (formation des légistes, élaboration d'instruments auxiliaires pour la préparation d'actes législatifs, évaluation législative et autres aspects).

Le présent exposé décrira d'abord brièvement les deux tâches essentielles des divisions de la législation. Il mettra ensuite en évidence un certain

2. Art. 7, al. 2.

3. Art. 7 al. 3.

4. Le nombre de collaborateurs et de collaboratrices est plus élevé, dû au fait que la majorité n'a pas un taux d'activité de 100 p. 100. L'OFJ compte au total environ 160 postes.

nombre de difficultés ou de problèmes inhérents, dans la pratique, à l'établissement d'avis de droit et à l'exercice du contrôle juridique des projets d'acte législatif. Il sera donc axé sur les aspects pratiques et concrets de la fonction de jurisconsulte plutôt que sur des aspects théoriques ou de dogmatique juridique.

L'établissement d'avis de droit étant la tâche traditionnelle, nous commencerons par celle-ci.

1 L'établissement d'avis de droit

L'OFJ établit des avis de droit sur des questions juridiques importantes ou de principe qui peuvent surgir soit dans le cadre de l'application du droit, notamment lors de la préparation de décisions d'entités administratives ou du gouvernement, soit lors de l'élaboration d'actes législatifs par les offices et les départements matériellement compétents. C'est là une des tâches primordiales que l'OFJ — sous une autre dénomination il est vrai — exerce pratiquement depuis la création de l'administration fédérale et qui a, dans ce sens, un caractère originaire.

Dans l'accomplissement de cette tâche, l'OFJ peut agir de sa propre initiative. Le plus souvent, il le fait cependant sur demande et à l'intention d'autres offices de l'administration fédérale, du Département fédéral de justice et police (DFJP) ou d'autres départements, du gouvernement ou de commissions parlementaires, voire de commissions extraparlimentaires (notamment des commissions d'experts instituées *ad hoc* par la Confédération ou des commissions consultatives permanentes). Enfin, lorsqu'il s'agit d'élucider des questions juridiques présentant un intérêt général, il arrive aussi que l'OFJ établisse des avis de droit à la demande d'autorités cantonales, voire de particuliers.

Il importe de souligner, dans ce contexte, que l'OFJ ne jouit pas d'un monopole en matière d'établissement d'avis de droit à l'intention des destinataires ou « clients » mentionnés. C'est là une différence notable par rapport à son rôle en matière de contrôle des projets d'acte législatif. En effet, les « demandeurs d'avis », les mandants, ne doivent pas nécessairement recourir aux services de l'OFJ. Ils peuvent renoncer à, soulever des questions juridiques ou éviter de le faire⁵ ; ou ils peuvent décider de s'adresser à des experts extérieurs à l'Administration, ce qui arrive souvent. Ainsi,

5. Dans la pratique, la portée de l'action de l'OFJ est sans doute limitée davantage par le fait que les autres services de l'Administration renoncent parfois à recourir aux services de cet office et moins par le fait qu'ils ne suivent pas les conclusions d'un avis juridique qu'ils auraient demandé.

l'OFJ travaille en quelque sorte dans une situation de concurrence, ce qui est susceptible de contribuer à la qualité du travail effectué et n'est donc pas nécessairement une mauvaise chose. Toutefois, la possibilité de choisir entre une solution « interne » ou « externe » peut aussi prêter le flanc à la critique dans la mesure où elle permet de faire un choix en fonction des conclusions attendues du mandataire.

Il faut signaler, d'autre part, que l'OFJ n'accepte pas tous les mandats de la part d'autres offices ou départements de la Confédération. En effet, pour des raisons de capacité et de compétence, l'OFJ renonce en principe à établir des avis de droit sur des questions de pure application du droit propres à un domaine particulier et qui ne sont pas d'intérêt général. Il estime que les offices ou les départements matériellement compétents sont mieux à même de traiter de telles questions, et ce, du moins lorsqu'ils disposent d'un service juridique, ce qui est devenu la règle aujourd'hui⁶. Et, s'agissant d'autres questions, c'est-à-dire de questions importantes ou présentant un intérêt général, il accepte des mandats de la part d'offices ou de départements matériellement compétents disposant eux-mêmes d'un service juridique en principe seulement si ces offices ou départements ont préalablement élaboré un premier avis juridique qu'ils désirent soumettre à l'appréciation de l'OFJ. Dans ce cas, le rôle de l'OFJ consiste donc à fournir une « seconde opinion ». Il en va souvent de même, d'ailleurs, lorsqu'un premier avis est demandé à un expert extérieur, universitaire ou autre.

Cette limitation — qui est d'ailleurs une autolimitation, puisque l'OFJ a développé peu à peu une pratique allant dans ce sens — est observée avec une grande souplesse, il est vrai. Toutefois, sans elle, les effectifs de la DPDP ne suffiraient pas, et de loin, pour bien accomplir la mission prévue, et les autres offices ou départements seraient tentés de faire appel à l'OFJ pour se décharger de tâches juridiques qui leur incombent⁷.

2 Le contrôle juridique des projets de loi

Pratiquement plus important, aussi en fait de ressources humaines engagées, est aujourd'hui le contrôle juridique des projets d'acte législatif

6. Cette solution de décentralisation ne comporte pas seulement des avantages, notamment lorsque, à l'intérieur d'un office, les juristes sont éparpillés dans les divers services spécialisés, de sorte qu'il est plus difficile pour les collaborateurs et les collaboratrices de l'OFJ d'avoir des interlocuteurs dans les autres offices.

7. Il faut noter que les effectifs de l'Administration fédérale suisse sont plafonnés depuis plusieurs années, ce qui pousse à ce genre d'*outsourcing*.

de la Confédération, notamment le contrôle de projets d'ordonnance (actes législatifs provenant du gouvernement ou de l'Administration) et de lois⁸.

Pour bien comprendre cette fonction, qui s'est fortement développée depuis une trentaine d'années⁹, il faut la situer dans le contexte de la procédure de préparation des décisions du gouvernement suisse, plus précisément de la procédure de consultation « interministérielle » (voir l'annexe 2). Cette procédure s'applique aussi bien à la préparation de décisions individuelles et concrètes qu'aux décisions gouvernementales relatives à des actes législatifs (par exemple : adoption d'une ordonnance ou décision de soumettre un projet de loi au Parlement).

Avant d'être soumis au gouvernement pour décision, les dossiers font l'objet, en règle générale, d'une procédure de consultation au sein de l'Administration fédérale, qui se tient en deux temps d'ailleurs. La procédure se déroule en gros de la manière suivante :

- l'office fédéral matériellement compétent prépare d'abord un projet ;
- il soumet ensuite le dossier aux autres offices intéressés pour avis (« procédure de consultation des offices », première phase de la procédure de consultation interministérielle). S'agissant de projets d'acte législatif, l'OFJ, la Chancellerie fédérale et l'Administration fédérale des finances sont par définition « intéressés » et doivent donc être consultés dans pratiquement tous les cas. À ce stade, l'OFJ a ainsi la possibilité de se prononcer sur les aspects juridiques d'un projet et sur d'autres aspects qui l'intéressent (questions légistiques et rédactionnelles, mais aussi questions matérielles) ;

8. Au sujet du contrôle juridique exercé par l'OFJ sur les projets d'ordonnance et, de manière générale, sur le rôle de cet office dans la procédure de consultation interministérielle et sur sa contribution à la qualité de la législation, voir aussi la réponse du Conseil fédéral à une interpellation parlementaire relativement récente : interpellation Scheurer du 23 septembre 1998 ; réponse du Conseil fédéral du 14 décembre 1998, *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale 1998*, Conseil national, p. 2882.

9. À l'occasion d'une réforme de l'Administration fédérale, préparée au début des années 70, il était même question de la création d'un véritable office de législation qui aurait intensément coopéré à l'ensemble des travaux législatifs au niveau fédéral (voir le Message du Conseil fédéral du 12 février 1975 sur l'organisation de l'administration fédérale, *Feuille fédérale 1975 I 1524s*). Finalement, le législateur a renoncé à cette solution. Des mesures procédurales (directives relatives à la consultation interministérielle) et personnelles (augmentation notable des effectifs) ont toutefois été prises pour permettre à l'OFJ de coopérer efficacement à la préparation des actes législatifs fédéraux. La création des deux divisions de la législation date de cette époque.

- l'office responsable du projet s'efforce de tenir compte des avis exprimés et propose ensuite au département auquel il est administrativement rattaché de soumettre le projet remanié au gouvernement pour décision ;
- si le département visé est d'accord, il signe la proposition et l'adresse au gouvernement, les six autres départements et la Chancellerie fédérale disposant en principe de trois semaines (dans la pratique, malheureusement, souvent bien moins) pour réagir et faire leurs observations avant que le gouvernement prenne une décision. Cette procédure de consultation des départements, appelée « procédure de corapport », est la seconde phase de la procédure de consultation interministérielle. En règle générale, lors de cette seconde phase, le Département fédéral de justice et police donne à l'OFJ la possibilité de s'exprimer, à son intention, sur les aspects juridiques.

Les propositions soumises au gouvernement doivent explicitement le renseigner sur les avis exprimés par les différents offices lors de la première phase de la consultation. Dans la seconde phase, l'OFJ peut donc vérifier si ses observations ont été prises en considération et défendre, si besoin est, son point de vue. Si, dans la seconde phase, un projet soumis au gouvernement pour décision ne tient pas compte de son avis, l'OFJ peut en effet proposer au Département fédéral de justice et police de s'opposer au projet. Le cas échéant, il prépare un projet de corapport à l'intention du département visé. Si le ou la chef du département en question partage l'avis de l'OFJ, les observations, voire l'opposition, sont communiquées dans une note envoyée à tous les autres départements et à la Chancellerie fédérale. Cependant, il arrive aussi qu'elles soient exprimées seulement oralement lors de la discussion au sein du collège gouvernemental.

Cette procédure est en principe bien conçue et elle a, de manière générale, fait ses preuves dans la pratique : elle garantit que toutes les instances administratives peuvent faire valoir leur point de vue et leurs intérêts, favorise la coordination au sein de l'administration et assure que le gouvernement est en mesure de décider en connaissance de cause. Les avis ou prises de position juridiques exprimés par l'OFJ sont, dans le contexte du processus décisionnel interne, traités formellement de la même manière que d'autres avis ou prises de position, d'ordre matériel ou politique. Il peut donc arriver que les considérations juridiques de l'OFJ ne soient pas — ou pas pleinement — prises en considération. Le gouvernement, qui est un gouvernement collégial de sept membres prenant, le cas échéant, des décisions à la majorité, peut ne pas partager l'avis juridique de l'OJF, en particulier du Département fédéral de justice et police ; il peut même s'en écarter

explicitement, lorsque d'autres éléments, des considérations politiques notamment, l'exigent à ses yeux.

Il faut admettre, en effet, que la pratique n'est pas toujours satisfaisante. Il arrive fréquemment que les délais ne sont pas respectés. Parfois, la procédure est en quelque sorte court-circuitée par le fait que les départements soumettent au gouvernement des notes de discussion qui, elles, ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une première phase de consultation interministérielle ; ces notes de discussion ne devraient certes pas donner lieu à des décisions matérielles définitives, mais elles aboutissent souvent à des décisions de principe difficiles à remettre en question, même si leur concrétisation se heurte à des obstacles juridiques. Ainsi, le point de vue juridique exprimé par l'OFJ ou par le Département fédéral de justice et police n'est pas toujours déterminant à ce stade du processus de décision politique ; eu égard aux fonctions essentielles du gouvernement et en admettant qu'il existe des voies de droit et des instances juridictionnelles capables d'assurer, en fin de compte, le respect des droits et des principes constitutionnels indissociables de l'idée de l'État régi par le droit, nous dirions même qu'il ne peut et ne doit pas toujours être déterminant.

3 Quelques difficultés et problèmes

Le cadre institutionnel et procédural de l'exercice, par l'OFJ, de la fonction de «jurisconsulte» étant ainsi tracé, abordons maintenant quelques difficultés ou problèmes — d'ordre pratique surtout — inhérents à cette fonction dans le contexte spécifique suisse. Ces difficultés et problèmes concernent, de manière inégale il est vrai, aussi bien l'établissement d'avis de droit que le contrôle juridique des projets d'acte législatif.

Notre démarche met en exergue ici les cas pathologiques. Autrement dit, elle dirige le projecteur sur les aspects qui posent problème, voire les dysfonctionnements, et comporte de ce fait un certain risque de donner une image trop négative de la fonction et du travail effectif de l'OFJ. Cela n'est évidemment pas du tout l'objet de notre présentation. Qu'il s'agisse de l'établissement d'avis de droit ou de la coopération à l'activité légistique des autres offices de la Confédération, l'OFJ peut, de façon générale, accomplir ses tâches de manière efficace et satisfaisante. Sa contribution particulière à la préparation de décisions législatives ou autres est généralement appréciée. Il a réussi, depuis une douzaine d'années surtout, à faire comprendre que son intervention constitue davantage une prestation de service qu'un contrôle, voire une perturbation créant des obstacles inopportuns à la prise de décision. Dans la plupart des cas, ses observations, formulées lors de la première phase de la procédure de consultation interministérielle ou au sein de groupes de travail interministériels, sont prises

en considération. Les difficultés et les problèmes dont il sera question par la suite ne démentent pas cette appréciation globalement positive. Ils expliquent plutôt pourquoi l'OFJ doit se soucier constamment du bon accomplissement de ses tâches et ne peut pas se reposer sur ses lauriers et se contenter de mérites acquis ou d'une position formellement centrale dans la procédure de préparation de décisions gouvernementales. En revanche, ils ne doivent pas faire perdre de vue que l'apport réel de l'OFJ dans cette procédure doit se mesurer à l'aune des cas « ordinaires », non pathologiques et non conflictuels.

Les sept aspects suivants méritent particulièrement d'être mis en évidence.

3.1 Le poids nécessairement relatif des arguments juridiques

Le processus menant à des décisions du gouvernement, et surtout le processus de décision en matière législative, est (et doit être) un processus politique, c'est-à-dire un processus marqué par des intérêts divers ou contradictoires et par des considérations d'opportunité de toute sorte. Le gouvernement doit essayer de tenir compte d'un ensemble de points de vue différents, souvent divergents, voire antagoniques. Le droit, le point de vue juridique, n'est, dans ce contexte, qu'un point de vue parmi d'autres.

Certes, le gouvernement d'un État qui se dit et qui se veut État régi par le droit doit respecter les exigences juridiques et admettre que celles-ci posent des limites aux considérations d'opportunité politique. Il arrive cependant que le gouvernement ne partage pas l'analyse ni les conclusions juridiques de l'OFJ ; il peut alors formuler d'autres conclusions, en s'appuyant parfois sur un avis de droit établi par un autre service de l'Administration fédérale ou qu'il aura lui-même demandé à un expert extérieur parce que l'avis de l'OFJ ne lui convenait pas. Une telle manière de faire, très rare en pratique il est vrai, pose évidemment problème et constitue une source de frustration indéniable pour l'OFJ.

Plus fréquente, en revanche, est une sorte d'instrumentalisation des avis juridiques exprimés. Les organes administratifs et politiques ont tendance à ériger ces avis en vérité absolue lorsque les conclusions leur conviennent politiquement (« obstacles constitutionnels insurmontables ») et ils tendent à les relativiser (« formalisme juridique excessif ») lorsque ce n'est pas le cas.

Ces attitudes ou tendances ne sont pas fondamentalement nouvelles : des exemples de décisions administratives, gouvernementales ou parlementaires qui s'écartaient des avis juridiques exprimés par l'OFJ, ou aussi par des experts extérieurs à l'Administration fédérale, peuvent être trouvés

sans trop de peine. Cependant, il est peut-être vrai qu'elles sont devenues plus importantes au cours de la dernière décennie, de sorte que les juristes ont été amenés à s'intéresser aux causes possibles de cette évolution.

Une des causes réside peut-être dans le fait que l'attitude générale par rapport au droit, et aussi par rapport aux juristes, semble changer aujourd'hui. Le droit se « désacralise » en quelque sorte ; il semble perdre sa place primordiale dans la société et tend à être perçu soit comme un simple outil, un instrument de la politique, soit comme une contrainte dont il faut, bon gré mal gré, s'accommoder. La légitimité des décisions politiques résulte autant, si ce n'est pas plus, de leur efficacité que de leur fondement juridique et du respect de règles procédurales. Cette évolution a des répercussions importantes sur le rôle pratique et concret de l'OFJ en tant que « conscience juridique » des autorités fédérales suisses. D'ailleurs, le fait que les juristes sont aujourd'hui minoritaires au sein du collège gouvernemental est peut-être un reflet ou un symptôme de cette évolution.

3.2 L'absence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales

Le deuxième élément qui ne facilite pas le travail de l'OFJ est l'absence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales¹⁰.

D'une part, cet élément donne au contrôle juridique abstrait et préventif exercé par l'OFJ une importance toute particulière et augmente la responsabilité de cet office pour la qualité juridique de la législation suisse.

D'autre part, l'absence de contrôle juridictionnel *a posteriori* peut évidemment aussi contribuer à affaiblir la position de l'OFJ dans le processus décisionnel : parfois, il serait sans doute utile de pouvoir invoquer le spectre d'un désaveu du législateur par une instance juridictionnelle (bien évidemment avec le risque aussi d'être désavoué). Lorsque l'OFJ arrive à la conclusion qu'un projet de loi contient des dispositions qui ne respectent pas le droit de rang supérieur, et en particulier les droits et les principes constitutionnels, le fait de ne pas tenir compte de cet avis juridique ne présente guère de risque pratique. Il n'y a pas de sanction juridictionnelle directe qui pourrait intervenir et corroborer ou même renforcer la position de l'OFJ.

10. Voir en particulier l'article 113, alinéa 3 de l'ancienne Constitution fédérale de 1874 selon lequel « le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale ». L'article 191 de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, reprend cette règle : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. »

L'extension du contrôle juridictionnel des normes aux lois fédérales est, depuis longtemps, un important postulat de réforme en Suisse. Jusqu'à maintenant, ce postulat n'a toutefois pas trouvé grâce auprès des autorités législatives. La dernière tentative d'introduire le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales a été entreprise par le gouvernement en 1996. Dans le contexte d'un projet de réforme de la justice, le Conseil fédéral a en effet proposé de donner au Tribunal fédéral la compétence d'examiner, en rapport avec un acte d'application, si une loi fédérale viole des droits constitutionnels ou le droit international et de décider, le cas échéant, dans quelle mesure une telle loi doit être appliquée¹¹. Toutefois, le Parlement n'a pas suivi le gouvernement sur ce point. Il a finalement renoncé à cette extension du contrôle des normes et a ainsi amputé le projet gouvernemental d'un de ses éléments majeurs¹².

Notons toutefois dans ce contexte qu'en ce qui concerne les ordonnances, c'est-à-dire les actes législatifs provenant du gouvernement ou de l'Administration, le contrôle juridictionnel existe, même si, dans la pratique, le Tribunal fédéral l'exerce avec une retenue parfois peut-être exagérée¹³. Le Tribunal fédéral peut, en principe, examiner la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances fédérales. Le fait que les cas de dispositions réglementaires déclarées nulles par le Tribunal fédéral sont relativement rares est partiellement dû à cette retenue. En partie, il reflète toutefois aussi l'efficacité du travail de l'OFJ. D'ailleurs, lorsqu'une affaire est exceptionnellement portée devant le Tribunal fédéral, les positions juridiques défendues par l'OFJ dans l'exercice de son contrôle préventif se révèlent le plus souvent pertinentes. Dans ce sens-là, l'OFJ bénéficie bien de l'appui du Tribunal fédéral.

3.3 L'OFJ ne jouit pas d'une autonomie totale

Pour une instance juridictionnelle, l'indépendance, l'autonomie dans l'accomplissement de sa fonction est une condition essentielle. Or l'OFJ, qui exerce une fonction quasi juridictionnelle, n'est pas pleinement autonome dans l'accomplissement de son rôle de « conscience juridique ».

La DPDP, à laquelle incombent en premier lieu le contrôle juridique des projets d'acte législatif et l'établissement d'avis de droit, est une entité

11. Voir l'article 178 du projet d'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice : Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, *Feuille fédérale* 1997 I 652.

12. Voir l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999 : *Feuille fédérale* 1999 7831.

13. La retenue est justifiée lorsqu'une disposition réglementaire ne fait que refléter une inconstitutionnalité qui se trouve déjà dans une loi fédérale.

administrative qui est soumise, directement ou indirectement, à plusieurs pouvoirs hiérarchiques, à savoir celui de l'OFJ, du Département fédéral de justice et police et du Conseil fédéral.

En règle générale, les prises de position et les avis exprimés lors de la première phase de la procédure de consultation interministérielle sont signés par le chef de la Division de la législation qui est responsable du dossier. Il en va de même des avis de droit. Parfois, eu égard à la portée de la question ou à la fonction du destinataire, c'est le chef de la DPDP qui signe. Plus rarement encore, il arrive aussi que le directeur de l'OFJ signe lui-même un avis de droit. Dans ces cas-là, il peut donc imposer son point de vue s'il y a divergence d'opinions. Enfin, le Département fédéral de justice et police exige d'être informé, en principe préalablement, c'est-à-dire avant la communication au destinataire, d'avis de droit ou de prises de position qui pourraient avoir des conséquences politiques importantes. Et, d'ailleurs, c'est souvent ce département qui transmet des avis de droit détaillés à la demande ou à l'intention de commissions parlementaires. Ainsi, il peut, dans une certaine mesure, exercer un contrôle politique sur les positions juridiques défendues par la DPDP et par l'OFJ et il peut même, à la limite, imposer son point de vue.

De telles situations, même si elles sont rarissimes, montrent que le travail des juristes est, potentiellement au moins, soumis à un contrôle hiérarchique et, de ce fait, à des considérations qui ne sont pas de nature exclusivement juridique. En d'autres termes : l'accomplissement des tâches juridiques particulières de l'OFJ n'échappe pas complètement à l'emprise politique. D'un point de vue pratique, il importe toutefois de relativiser cette emprise, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, comme cela vient d'être dit, le Département fédéral de justice et police ne voit en quelque sorte que la pointe de l'iceberg : le gros du travail juridique ordinaire, accompli par l'OFJ par écrit ou oralement, lui échappe. D'autre part, il n'arrive pour ainsi dire pas que le Département « impose » une solution juridique sur la base de considérations politiques.

Il faut admettre cependant que, même en l'absence d'interventions hiérarchiques, la tendance existe de préférer les solutions qui conviennent politiquement lorsque deux argumentations juridiques sont possibles ou également défendables. Cette tendance, compréhensible au demeurant, comporte un certain risque de compromettre à la longue la crédibilité de l'OFJ. Aussi importe-t-il, à notre avis, de veiller à ce que cet office, dans sa fonction de juriste, ne devienne pas simplement l'avocat des instances administratives et politiques qui peuvent recourir à ses services. Son rôle n'est pas de défendre au mieux les choix adoptés ou préférés par ces instances. Pour pouvoir agir efficacement et à long terme, l'OFJ doit

préservé la plus grande impartialité ou objectivité possible et examine ainsi les projets d'acte législatif qui lui sont soumis indépendamment de considérations politiques.

3.4 L'OFJ est à la fois joueur et arbitre

Un risque semblable de compromettre la crédibilité de l'OFJ existe aussi en raison du fait que ce dernier est à la fois joueur et arbitre.

En effet, en plus de sa fonction de service juridique central des autorités fédérales, l'OFJ est également responsable de certains domaines législatifs. Dans ceux-ci, sa tâche est donc aussi d'influer sur la politique législative et sa responsabilité n'est pas exclusivement juridique, de sorte qu'il peut être tenté de s'engager en faveur de choix législatifs dont le fondement constitutionnel ou la compatibilité avec la Constitution peut être controversé, voire douteux.

Ainsi, l'OFJ avait élaboré des dispositions légales relatives à la protection du secret de rédaction même si de telles dispositions reposaient, au dire de plusieurs experts, sur des bases constitutionnelles précaires.

Une telle manière d'agir peut évidemment fournir à d'autres offices et départements un prétexte ou une excuse pour justifier certains écarts du point de vue juridique : pourquoi être plus royaliste que le roi ?

Pour éviter de compromettre sa crédibilité, l'OFJ doit donc absolument veiller à appliquer les mêmes standards à ses propres projets et aux projets législatifs des autres offices ou départements. Ce n'est que dans la mesure où cette condition est remplie que l'OFJ continuera à bénéficier de la confiance de ses partenaires pour trancher des différends juridiques entre des offices ou entre offices et départements.

3.5 L'OFJ est au service de plusieurs maîtres

L'OFJ établit des prises de position ou des avis de droit à l'intention et sur demande des autres offices, des départements, du gouvernement ou du Parlement. Cette situation a des conséquences pratiques non négligeables.

D'abord, les différents « maîtres » peuvent avoir une certaine propension à fournir des données sélectives, susceptibles d'orienter l'analyse juridique dans un sens qui leur convient. L'OFJ doit donc veiller à avoir de l'information aussi complète que possible pour arriver à des conclusions pertinentes et équilibrées.

Ensuite, ces différents « maîtres » peuvent, dans certains cas, espérer que l'OFJ leur procure l'argument juridique bienvenu derrière lequel ils

pourront se cacher sans devoir se prononcer matériellement. Cela peut leur être utile lorsqu'une prise de position matérielle ou politique risquerait de décevoir leur « clientèle », c'est-à-dire notamment les acteurs politiques ou économiques particulièrement visés ou les destinataires des règles légales applicables ou en voie d'élaboration. L'OFJ doit être conscient de cette possibilité d'instrumentalisation de ses avis juridiques.

Enfin, le fait d'avoir plusieurs « maîtres » peut aboutir à des situations hautement délicates. Imaginons, par exemple, que l'OFJ ait établi un avis juridique favorable à la position d'un autre département mais défavorable à son département de tutelle, c'est-à-dire au DFJP. Ou, plus délicat encore, que l'OFJ ait exprimé lors de la procédure de consultation interministérielle un avis juridique que le gouvernement n'a finalement pas suivi. Appelé par une commission parlementaire à se prononcer sur la même question lorsque cette commission traite le projet du gouvernement, l'OFJ peut-il s'exprimer librement malgré la décision prise par le gouvernement ? Peut-il, pour être plus concret, donner devant la commission parlementaire son avis selon lequel certaines dispositions d'un projet de loi adopté par le gouvernement et transmis au Parlement ne respectent pas les exigences qui découlent du principe de la légalité ? C'est là une question à laquelle il est difficile de répondre et une situation dont il n'est guère possible de se sortir sans prendre le risque de désavouer le gouvernement ou de se désavouer soi-même.

3.6 La prise en considération du droit international

Faire respecter le droit de rang supérieur ne signifie pas seulement veiller au respect des droits et des principes constitutionnels. De plus en plus, il s'agit aussi d'assurer le respect du droit international. Pensons en particulier à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), aux différents instruments de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en matière de protection des droits de la personne et aux règles élaborées dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Pensons également au droit de l'Union européenne qui, par l'entremise de ce que nous appelons l'« application autonome » et probablement bientôt par des accords bilatéraux¹⁴, détermine des pans entiers de la législation nationale suisse.

La nécessaire prise en considération du droit international nous semble être un défi pratique majeur auquel la Suisse doit aujourd'hui faire face et qu'elle doit relever dans l'exercice de la fonction de juriconsulte.

14. Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne feront l'objet d'une votation populaire en mai 2000.

Un défi à relever mais qu'il ne sera possible d'emporter qu'en intensifiant de façon importante les efforts de formation continue.

3.7 La contrainte du temps (les avis « instantanés »)

Une dernière difficulté pratique que nous ne voudrions pas manquer de mentionner est la contrainte du temps. Souvent, des avis de droit doivent être élaborés à la veille, voire le jour même, d'une séance du gouvernement.

C'est dire que, fréquemment, le temps disponible ne permet pas de faire de longs développements et de nuancer l'argumentation. Cela peut être insatisfaisant. Cependant, cette situation a peut-être aussi l'avantage de pousser les juristes à se concentrer sur l'essentiel, sur les questions posées, et à donner des réponses claires. Et, d'ailleurs, elle procure aux juristes travaillant au sein de l'Administration un avantage concurrentiel par rapport aux experts juridiques extérieurs à celle-ci puisque ces derniers ne peuvent pas, en règle générale, être mandatés à brève échéance.

Ces avis « instantanés » ne sont pas nécessairement de mauvaise qualité. Ils supposent toutefois une expérience et une certaine routine de l'intervention dans des processus concrets de décision politique que des experts extérieurs n'ont guère.

Conclusion

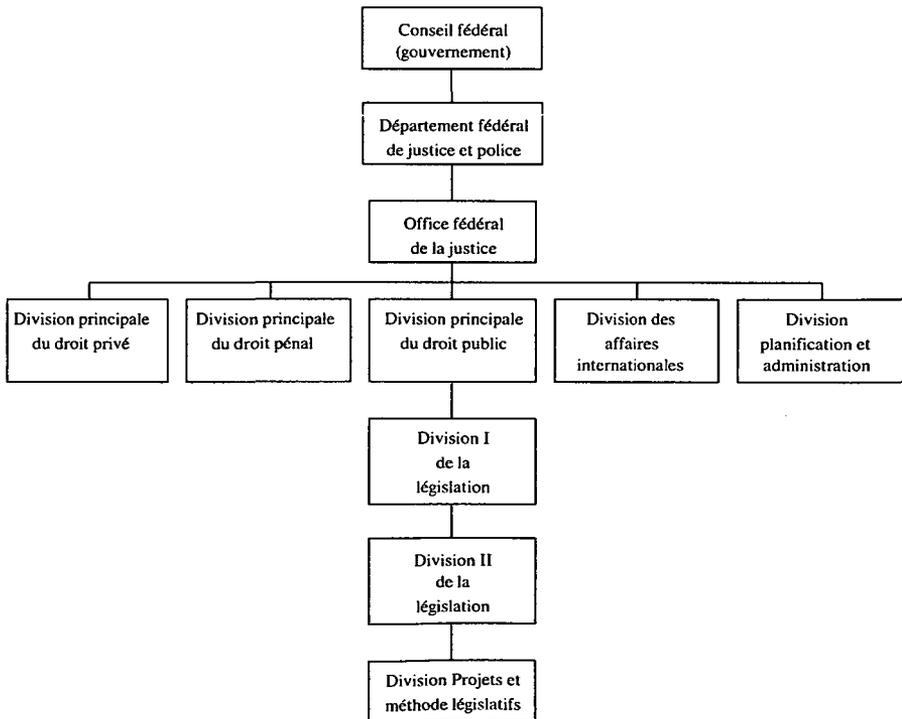
Nous avons beaucoup — et peut-être même trop — insisté sur les problèmes et les difficultés qui peuvent être sources de frustrations pour les juristes, qui peuvent limiter la portée de leur action ou qui leur posent des défis importants. C'est parce que nous partons de l'idée que la mise en évidence de ces aspects qui posent problème est plus stimulante pour une discussion que l'énumération d'éléments positifs.

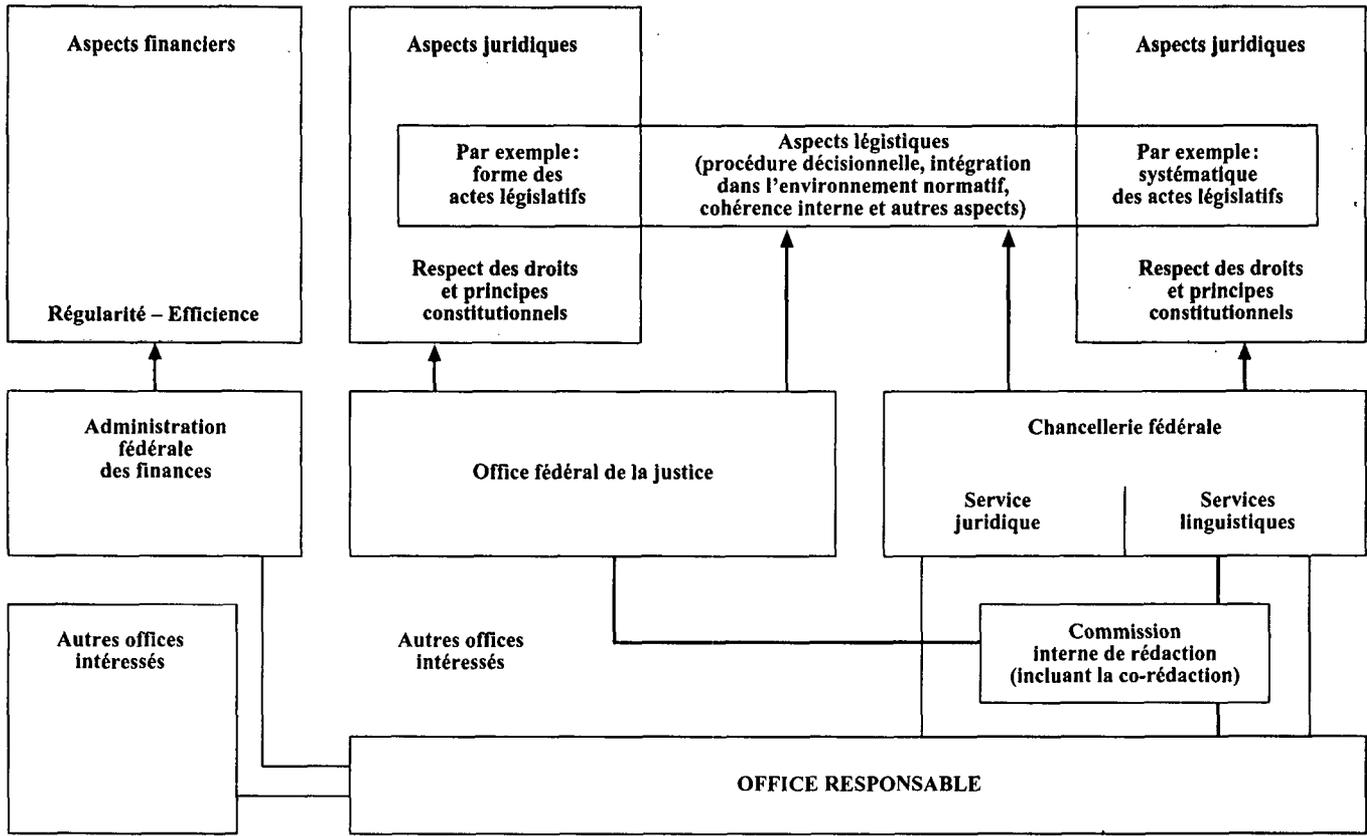
Pourtant, les éléments positifs ne manquent pas. Et nous tenons à le souligner ici : au cours des trois dernières décennies, l'OFJ a sans doute contribué de façon décisive au respect des exigences juridiques fondamentales que la Suisse, en tant qu'État régi par le droit, se doit d'observer.

Dans le domaine législatif, en particulier, nous croyons que le contrôle exercé par l'OFJ en collaboration avec différents autres services administratifs a permis de parvenir à un niveau de qualité formelle, matérielle et juridique de la législation qui nous paraît, dans l'ensemble, tout à fait satisfaisant. Les efforts entrepris dans ce domaine jusqu'à maintenant doivent être poursuivis. Le partage d'expériences pratiques et l'échange d'outils auxiliaires peuvent, à cet égard, être très bénéfiques.

Les aspects qui nous semblent décisifs concernent l'apport pratique que peuvent fournir les juristes en vue d'améliorer la qualité des décisions des organes exécutifs et politiques sont, d'une part, la qualité du travail et, d'autre part, le fait de pouvoir établir des relations de confiance avec les principaux « clients », en particulier les autres offices ou services administratifs et les départements. Lorsque ces « clients » comprennent que, finalement, l'OFJ leur fournit des services et que le but du contrôle qu'il exerce n'est pas de compliquer inutilement leur travail, leur propension à tenir compte des avis juridiques exprimés augmente considérablement ; ils s'adresseront volontairement, et ce, au stade initial des processus de décision, à l'OFJ pour demander des conseils. Il importe donc de créer une telle situation de confiance et de bonne coopération qui est beaucoup plus propice à la prise en considération effective des points de vue juridiques. C'est pour cette raison que nous insistons beaucoup sur la volonté de servir de l'OFJ et moins sur la fonction de contrôle qui, bien évidemment, doit aussi être assumée.

Annexe 1 : Office fédéral de la justice (OFJ)





Annexe 2 : La procédure de consultation « interministérielle »