

Expertenkommission für die
Totalrevision der Bundesrechtspflege

Schlussbericht

an das

Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Juni 1997

Herausgegeben vom Bundesamt für Justiz

Vertrieb: Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern
Art.-Nr.: 407.381 d

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	6
1. Auftrag, Zusammensetzung und Arbeitsweise der Kommission	8
2. Schwachstellen der heutigen Bundesrechtspflege	9
2.1. Die heutigen Aufgaben des Bundesgerichts	9
2.1.1. Einheitliche Anwendung des eidgenössischen Zivil- und Strafrechts	9
2.1.2. Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit	10
2.1.3. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger gegenüber den Kantonen	10
2.1.4. Beurteilung von Streitigkeiten und Straffällen als einzige Instanz	11
2.1.5. Aufsichts- und Rechtssetzungskompetenzen	11
2.2. Die Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts	11
2.2.1. Ausmass und Auswirkungen der Überlastung	11
2.2.2. Ursachen der Überlastung	13
2.2.2.1. Gründe für die Zunahme der Beschwerden und Klagen	13
2.2.2.2. Leichter Zugang zum Bundesgericht	13
2.2.2.3. Das Bundesgericht als einzige Instanz oder als einziges Gericht im Instanzenzug	14
2.3. Kompliziertes Rechtsmittelsystem	15
2.4. Überholte Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und der Bundesversammlung	16
2.5. Lücken bei der Normenkontrolle	17
3. Reformziele	17
3.1. Gewährleistung des Rechtsschutzes und der einheitlichen Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts	17

3.2.	Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht	18
4.	Verhältnis zur Botschaft über eine neue Bundesverfassung	19
4.1.	Die Bundesgerichtsbarkeit als Gegenstand der Verfassungsreform	19
4.2.	Die Vorschläge im Rahmen der Justizreform als Arbeitsgrundlage für den Entwurf der Expertenkommission	20
5.	Die wichtigsten Reformbereiche	21
5.1.	Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts	21
5.1.1.	Bundesverwaltungsgericht	21
5.1.2.	Bundesstraßgericht	22
5.1.3.	Kantonale Gerichte	22
5.1.4.	Beschränkung der Direktprozesse	23
5.2.	Einheitsbeschwerde	24
5.2.1.	Allgemeines	24
5.2.2.	Grundzüge der Einheitsbeschwerde	25
5.3.	Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht	29
5.3.1.	Notwendigkeit	29
5.3.2.	Arten von Zugangsbeschränkungen	30
5.3.2.1.	Ausschluss der Beschwerde kombiniert mit Vorlageverfahren	30
5.3.2.2.	Vorprüfungsverfahren	31
5.3.2.3.	Annahme- oder Zulassungsverfahren	31
5.3.2.4.	Streitwerte	32
5.3.3.	Vorschlag der Expertenkommission	33
5.3.3.1.	Generelles Vorprüfungsverfahren	33
5.3.3.2.	Verworfen Variante: generelles Annahmeverfahren	35
5.3.3.3.	Ausnahmekatalog bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kombiniert mit einem Vorlageverfahren	35
5.3.3.4.	Verzicht auf Streitwertgrenzen	36
5.4.	Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit	37
5.4.1.	Das System der Normenkontrolle nach geltendem Recht	37

5.4.2.	Ermöglichung der konkreten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen	38
5.4.3.	Gründe für die Erweiterung der Normenkontrolle	38
5.4.4.	Zur Organisation der künftigen Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen: Konzentriertes System	40
5.4.5.	Verzicht auf weitere Neuerungen im Bereich der Normenkontrolle	41
5.5.	Rechtsschutz im Zusammenhang mit eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen und Volksinitiativen	42
5.6.	Integration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht	42
5.6.1.	Stellung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach geltendem Recht	42
5.6.2.	Vorschlag der Expertenkommission	43
5.7.	Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege des Bundes	45
5.7.1.	Neuorganisation der dem Bundesgericht vorgelagerten Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes	45
5.7.2.	Modellinstanzenzug	48
5.7.2.1.	Verfügungen eidgenössischer Instanzen	48
5.7.2.2.	Verfügungen letzter kantonaler Instanzen	49
5.7.3.	Weitgehender Verzicht auf die Beschwerde an den Bundesrat und an die Bundesversammlung	50
5.8.	Reform der Bundesstraftgerichtsbarkeit	51
5.8.1.	Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts	51
5.8.2.	Organisation des Bundesstrafgerichts	56
6.	Verworfenne Massnahmen	57
6.1.	Obligatorische Vertretung, zugelassene Anwälte	57
6.2.	Generalanwälte	59
7.	Verfassungsgrundlagen	60
7.1.	Die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Justizreform als Grundlage	60

7.2.	Verringerter Handlungsspielraum bei einem allfälligen (partiellen) Ausbleiben der Justizreform	61
7.3.	Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen	64
8.	Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen mit dem europäischen Recht	64
9.	Erläuterungen zum Gesetzesentwurf	66

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BStP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273)
E-BGG	Entwurf vom 18. Juni 1997 für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EntG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (SR 711)
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (SR 151)
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)
MSchG	Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsbezeichnungen (SR 232.11)
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
PRG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)
RTVG	Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
UBI	Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VE 96	Verfassungsentwurf 1996 (BBl 1997 I 589 ff.)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

1. Auftrag, Zusammensetzung und Arbeitsweise der Kommission

Mit Verfügung vom 7. Juni 1993 setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Expertenkommission ein zur Vorbereitung einer Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes (OG). Die Kommission wurde beauftragt zu prüfen, welche Reformen in der Bundesrechtspflege notwendig sind, damit der Rechtsschutz auch auf längere Sicht möglichst einfach, rasch und wirksam gewährt werden kann und die Anforderungen des internationalen Rechts erfüllt werden. Die Prüfung sollte sich auch auf die Verfassungsgrundlagen erstrecken.

Die Kommission hatte sich laut Auftrag namentlich mit folgenden Fragen auseinanderzusetzen:

- Massnahmen zur Entlastung der obersten Gerichte;
- Vereinheitlichung der Rechtsmittel;
- Schaffung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund;
- Regelung der strafrechtlichen Rechtsmittel im OG (statt im Bundes Strafprozess);
- Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit (Änderung von Art. 113 Abs. 3 BV);
- Einführung von Zulassungsbeschränkungen, insbesondere im Rahmen einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit;
- Schaffung von Fachgerichtshöfen oder eines Verfassungsgerichts.

In ihrer ursprünglichen Zusammensetzung gehörten der Kommission folgende Mitglieder an:

- Prof. Dr. Heinrich Koller, Direktor des Bundesamtes für Justiz (Präsident);
- Prof. Dr. Walter Kälin, Bern (Vizepräsident);
- Dr. Ulrich Cavelti, Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen;
- Dr. Rolando Forni, Bundesrichter, Lausanne (bis März 1994);
- Prof. Dr. Alfred Kölz, Zürich (bis März 1995);
- Rolf Lüthi, stellvertretender Generalsekretär des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartementes;
- Prof. Dr. Pierre Moor, Lausanne;
- Dr. Peter Alexander Müller, Bundesrichter, Lausanne (bis Dezember 1996);
- Dr. Niklaus Oberholzer, Rechtsanwalt, St. Gallen (bis März 1995);
- Prof. Dr. Jean-François Poudret, Lausanne;
- Dr. Thomas Probst, Rechtsanwalt, Basel;
- Dr. Rudolf Rüedi, Bundesrichter, Luzern;
- Dr. Katharina Sameli, Rechtsanwältin, Zürich.

Zur Ergänzung der Kommission bestimmte das EJPD am 23. Dezember 1994 vier neue Mitglieder, welche ihre Arbeit nach der Verabschiedung des Zwischenberichtes vom März 1995 aufnahmen:

- Prof. Dr. Heinz Hausheer, Bern;
- Prof. Dr. Fabienne Hohl, Richterin am Kantonsgericht Freiburg;
- Niccolò Raselli, Bundesrichter, Lausanne;
- Dr. Danielle Yersin, Bundesrichterin, Lausanne.

Das Sekretariat der Kommission oblag dem Bundesamt für Justiz.

Die Kommission hielt 31 Plenarsitzungen und einige Sitzungen in Subkommissionen ab. Durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung liess sie Berichte über die Organisation der Rechtspflege in Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Kanada, Österreich, Schweden und den Vereinigten Staaten erstellen. Zudem erteilte sie drei Experten Aufträge für Rechtsgutachten:

- Paul Richli, Professor in Basel: "Rechtsschutz im Bereich des Verfügungsfreien Staatshandelns";
- Pierre-Robert Gilliéron, a. Professor in Lausanne; "Administration de la justice en matière de poursuite pour dettes, de faillite et de concordat";
- Rainer J. Schweizer, Professor in St. Gallen: "Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen - aktuelle Situation und Reformbedürfnisse".

Anlässlich ihrer Sitzung vom 20. Juni 1996 hörte die Kommission Herrn Mark E. Villiger, Mitglied der Europäischen Kommission für Menschenrechte, zum Verfahren für die Prüfung der Zulässigkeit von Beschwerden vor dieser Kommission an.

Zudem hörte die Kommission am 2. Mai 1995 eine Vertretung des Bundesgerichts sowie des Eidgenössischen Versicherungsgerichts und am 13. Juni 1995 Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes und der Schweizerischen Richtervereinigung an. Diese Anhörungen lieferten der Kommission wertvolle Bemerkungen und Hinweise zu den im Zwischenbericht enthaltenen Vorschlägen.

2. Schwachstellen der heutigen Bundesrechtspflege

2.1. Die heutigen Aufgaben des Bundesgerichts

Bevor von den eigentlichen Schwachstellen der Bundesrechtspflege die Rede ist, soll ein Überblick über die verschiedenen Aufgaben vermittelt werden, die das Bundesgericht nach geltendem Recht zu erfüllen hat. Die Darstellung beschränkt sich auf die grossen Linien und ist notgedrungen lückenhaft.

2.1.1. Einheitliche Anwendung des eidgenössischen Zivil- und Strafrechts

Nach Artikel 114 BV bleibt es der Bundesgesetzgebung überlassen, "die Befugnisse festzustellen, welche ihm [dem Bundesgericht] nach Erlassung der im Artikel 64 vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind." Obwohl diese Bestimmung nur auf Artikel 64 und nicht auf den später geschaffenen Artikel 64^{bis} BV verweist, gilt sie auch für den Bereich des Strafrechts.

Gestützt auf Artikel 114 BV hat der Gesetzgeber im wesentlichen vier Rechtsmittel geschaffen, welche die einheitliche Anwendung des

eidgenössischen Zivil-, Straf- und Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sicherstellen sollen: Die Berufung (Art. 43 ff. OG), die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen (Art. 68 ff. OG), den Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer (Art. 78 ff. OG) und die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof (Art. 268 ff. BStP). Diese Rechtsmittel richten sich immer gegen Entscheide kantonaler Instanzen. Von den 5571 Geschäften, die das Bundesgericht 1996 erledigte, waren 759 Berufungen, 870 Nichtigkeitsbeschwerden an den Kassationshof, 301 Rekurse in SchKG-Sachen und nur gerade 8 Nichtigkeitsbeschwerden in Zivilsachen.

2.1.2. Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit

Die in Artikel 114^{bis} BV vorgesehene eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit wurde durch den Gesetzgeber dem Bundesgericht übertragen. Dieses beurteilt nach Artikel 97 ff. OG letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes (Bundesverwaltungsrecht) stützen. Verwaltungsgerichtsbeschwerden auf dem Gebiet der Sozialversicherung beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG), das eine organisatorisch selbständige Abteilung des Bundesgerichts bildet (Art. 122 und 128 OG). Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen nicht nur Verfügungen von Bundesbehörden, sondern auch die Entscheide, welche kantonale Instanzen in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht treffen. 1996 wurden vom Bundesgericht 1218 und vom EVG 1632 Verwaltungsgerichtsbeschwerden erledigt.

2.1.3. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger gegenüber den Kantonen

Nach Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 BV urteilt das Bundesgericht "über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen." Diese Bestimmung steht in engem Zusammenhang mit Artikel 5 BV, wonach der Bund den Kantonen u.a. ihre Verfassungen, die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gewährleistet.

Zur Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger hat der Gesetzgeber die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 ff. OG) geschaffen. Diese kann ausschliesslich gegen kantonale Hoheitsakte (Verfügungen und Erlasse) erhoben werden. Die staatsrechtliche Beschwerde ist das Rechtsmittel, das beim Bundesgericht am häufigsten eingelegt wird. 1996 machten die staatsrechtlichen Beschwerden mit 2192 Fällen ca. 40 Prozent der insgesamt erledigten Geschäfte aus.

2.1.4. Beurteilung von Streitigkeiten und Straffällen als einzige Instanz

Über verschiedene zivil- bzw. öffentlichrechtliche Streitigkeiten und Straffälle urteilt das Bundesgericht als erste und einzige Instanz (vgl. im einzelnen Ziff. 2.2.2.3. Bst. e - h). 1996 erledigte das Bundesgericht 28 (direkte) Klagen und einen Straffall.

2.1.5. Aufsichts- und Rechtssetzungskompetenzen

Neben seiner Hauptfunktion, der Rechtsprechung, hat das Bundesgericht in einzelnen Bereichen auch Aufsichts- und Rechtssetzungsaufgaben wahrzunehmen, namentlich auf dem Gebiet der internen Gerichtsorganisation und der Tarife für die Prozesskosten, im Enteignungsrecht (Art. 63 EntG) sowie im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen (Art. 15 SchKG).

2.2. Die Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

2.2.1. Ausmass und Auswirkungen der Überlastung

Die Zahl der eingehenden Geschäfte belief sich im Jahr 1996 beim Bundesgericht auf 5615 und beim EVG auf 1866. Innerhalb der letzten zehn Jahre haben die Eingänge beim Bundesgericht um nahezu 30 Prozent zugenommen. Beim EVG war die Geschäftsbelastung in stärkerem Masse von der Wirtschaftslage abhängig als beim Bundesgericht. 1981 verzeichnete das EVG bereits gleich viele Eingänge wie 1994 (1588). Nach einer kontinuierlichen Abnahme der Belastung bis zur Zahl von 1139 Eingängen im Jahr 1990 folgte mit der Rezession in den letzten zwei Jahren von neuem eine starke Zunahme.

Die Zahl der Bundesrichter ist seit 1984 unverändert geblieben. Das Bundesgericht besteht heute aus je 30 Mitgliedern und nebenamtlichen Richtern und das EVG aus je 9.

Dank organisatorischer und prozessualer Verbesserungen sowie einer Vergrösserung des Mitarbeiterbestandes (Gerichtsschreiber und -sekretäre, persönliche Mitarbeiter der Richter, Kanzleipersonal) ist es sowohl dem Bundesgericht als auch dem EVG gelungen, die "Erledigungskapazität" zahlenmässig so weit zu erhöhen, dass 1994 etwa fünf Prozent mehr Fälle erledigt werden konnten, als eingegangen waren. Die Statistik von 1996 zeigt nun aber, dass die Zahl der Eingänge (5615 beim Bundesgericht und 1866 beim EVG) die Zahl der erledigten Geschäfte wieder übersteigt (5571 beim Bundesgericht und 1632 beim EVG). Angesichts des hohen Erledigungsdrucks können die Richter nicht mehr genügend Zeit dafür aufwenden, jeden Einzelfall sorgfältig zu prüfen und dabei stets auch die dem Bundesgericht obliegende Gewährleistung der einheitlichen Anwendung und der Fortbildung des Rechts im Auge zu behalten. Die juristischen Mitarbeiter können den Richtern wohl gewisse Vorbereitungs- und Redaktionsarbeiten abnehmen, nicht aber die Verantwortung für die Urteile. Beim Bundesgericht verfasst jeder Richter

jährlich im Durchschnitt etwa 80 Referate und eine bestimmte Menge von Koreferaten. Dazu kommt die nur schwer quantifizierbare Zeit, welche er für die Instruktion der Beschwerden aufbringen muss. Zudem zwingt ihn die heutige Geschäftslast, im Zeitraum eines Jahres (ca. 230 Arbeitstage) an durchschnittlich 500 Fällen mitzuwirken, mit denen er sich in der Regel mindestens zweimal - beim Entscheid und bei der Begründung - eingehend befassen muss. Dass die Sorgfalt (oder die Speditivität) der Entscheidfindung und damit auch der gute Ruf des Gerichts unter solchen Bedingungen gefährdet sind, leuchtet ein. In der Lehre und auch in der Presse wurde in letzter Zeit wiederholt auf Ungereimtheiten in bundesgerichtlichen Urteilen hingewiesen, die kaum anders als mit dem grossen Zeitdruck erklärt werden können. Ein deutliches Indiz für die zu starke Dominanz des quantitativen Erledigungszwangs ist ferner die Tatsache, dass von den Fällen, die nicht bereits durch den Abteilungspräsidenten erledigt werden können, ein überaus grosser Teil im vereinfachten Verfahren (Art. 36a OG) oder im Zirkulationsverfahren (Art. 36b OG) behandelt wird. Der Anteil dieser Fälle betrug 1996 beim Bundesgericht gut 97 Prozent und beim EVG mehr als 99 Prozent. Es ist nicht anzunehmen, dass die vom Gesetz für diese Verfahren geforderte Einstimmigkeit unter den beteiligten Richtern so häufig gerade schon im ersten Anlauf gegeben ist. Dem Sinn des Gesetzes und der Aufgabe des Bundesgerichts dürfte es aber kaum entsprechen, wenn die Einstimmigkeit durch Gespräche hinter den Kulissen statt durch öffentliche Beratungen nach Artikel 17 OG herbeigeführt wird. Zudem schafft der Zeitdruck die Gefahr, dass der Referent ein Übergewicht erlangt, das ihn faktisch in die Nähe des Einzelrichters rückt.

Die Expertenkommission beurteilt die Situation grundsätzlich gleich wie das Bundesgericht in seiner Stellungnahme vom 27. Januar 1995 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats. In dieser Stellungnahme, die auf einer Konsultation des Gesamtgerichts beruht, schreibt das Bundesgericht, die heutige Geschäftszahl sei für das höchste Gericht des Landes, das von Verfassungs wegen nicht nur Einzelfälle zu erledigen, sondern auch die einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten und das Recht fortzubilden habe, zu gross. Die Belastung des Gerichts sei nicht isoliert am jährlichen Geschäftsüberhang, sondern in erster Linie am zeitlichen Bewältigungsdruck zu messen, wie er sich aus der jährlichen Erledigungsstatistik ergebe. In seinen Geschäftsberichten hat das Bundesgericht in den letzten Jahren wiederholt auf diese problematische Situation und die Notwendigkeit einer Justizreform hingewiesen.

Mit der OG-Teilrevision von 1991 sind gewisse Entlastungsmassnahmen getroffen worden; so der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen, die Verallgemeinerung der Dreierbesetzung für Entscheidungen sowie die Einführung des Zirkulationsverfahrens. Die Auswirkungen dieser Revision sind noch nicht bis ins letzte bekannt, weil die neuen Bestimmungen erst auf Anfang 1994 vollständig in Kraft getreten sind und den Kantonen für die Einsetzung kantonaler Gerichtsinstanzen im Bereich des Bundesverwaltungsrechts eine Übergangsfrist bis zum 15. Februar 1997 eingeräumt wurde. Trotz den 1991 beschlossenen Massnahmen ist eine fundamentale Reform nicht zu umgehen. Nach dem negativen Ausgang der Referendumsabstimmung vom April 1990 ging es 1991 nämlich nur noch darum, wenigstens die unbestrittenen Teile der

bundesrätlichen Vorlage aus dem Jahre 1985 zu realisieren. Eine zweite, breiter anzulegende Reformetappe wurde aber schon damals vom Bundesrat wie vom Parlament in Aussicht genommen (vgl. BBl 1991 II 472 ff.).

Die Überlastung des Bundesgerichts und des EVG ist spätestens seit den achtziger Jahren zum Dauerproblem geworden. Sie beeinträchtigt heute sowohl den Rechtsschutz im Einzelfall (Verzögerungen, Gefahr der weniger sorgfältigen Prüfung) als auch die höchstrichterlichen Aufgaben im Bereich der Wahrung der einheitlichen Rechtsanwendung und der Fortbildung des Rechts. Ohne wesentliche Änderungen an der Struktur der Bundesrechtspflege lassen sich diese Überlastung und ihre negativen Folgen nicht beseitigen.

2.2.2. Ursachen der Überlastung

2.2.2.1. Gründe für die Zunahme der Beschwerden und Klagen

Die Zahl der beim Bundesgericht (und beim EVG) anhängig gemachten Streitigkeiten ist in den vergangenen 30 Jahren ständig gestiegen. Dafür gibt es verschiedene Ursachen. Zum einen nahmen der Umfang, die Technizität und die Komplexität der Gesetze und Verordnungen zu, indem neue Lebens- und Wirtschaftsbereiche einer rechtlichen Regelung unterworfen oder bestehende Normen dem technischen Fortschritt angepasst wurden. Die Ausweitung der Bundesgesetzgebung führt immer auch zu einer Erweiterung der Kontrolle durch das Bundesgericht, da jedes neue Gesetz auch neue Beschwerdemöglichkeiten schafft. Zum andern ist der Bürger heute weniger als früher bereit, behördliche Anordnungen kritiklos hinzunehmen. Dazu kommt, dass aufgrund der konjunkturellen Situation vor allem in den Bereichen Invaliden- und Arbeitslosenversicherung erheblich mehr Beschwerden geführt werden. Schliesslich tragen auch vermehrte internationale Verflechtungen in den Rechtsbeziehungen und die weite Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen dazu bei, dass die Belastung der Gerichte zunimmt.

2.2.2.2. Leichter Zugang zum Bundesgericht

Eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht existiert bei den vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten. Diese können unterhalb der - seit 1960 unveränderten - Streitwertgrenze von 8000 Franken grundsätzlich weder mit Klage (Art. 41 lit. b, Art. 42 OG) noch mit Berufung (Art. 46 OG) vor das Bundesgericht gebracht werden. Je nach Beschwerdegrund kann aber in solchen Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 OG) oder die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 OG) zulässig sein.

Im Bereich des Bundesverwaltungsrechts wird der Zugang zum Bundesgericht durch die Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 102, 129 OG) teilweise eingeschränkt.

Soweit keine der erwähnten Beschränkungen zutrifft, hängt die Zulässigkeit eines beim Bundesgericht eingelegten Rechtsmittels lediglich von gewöhnlichen Prozessvoraussetzungen ab (insb. funktionelle Zuständigkeit, Legitimation, Frist, Form). Ob einem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung

zukommt - z.B. weil sich das Urteil indirekt auf viele Rechtsunterworfenen auswirken wird - oder ob es sich um einen reinen Routinefall handelt, spielt keine Rolle.

Obwohl mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht jede Rüge, sondern grundsätzlich nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden kann, wird von diesem Rechtsmittel heute auch in den Bereichen des materiellen Zivil- und Strafrechts und des entsprechenden Prozessrechts sehr häufig Gebrauch gemacht. Immer wieder wird versucht, unter Berufung auf willkürliche Beweiswürdigung oder Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 4 BV) die Streitsache doch noch vor Bundesgericht zu bringen. So kommt es, dass von den beiden Zivilabteilungen des Bundesgerichts bedeutend mehr staatsrechtliche Beschwerden als Berufungen erledigt werden. Zur Erhöhung der Zahl staatsrechtlicher Beschwerden hat das Bundesgericht zudem durch seine Rechtsprechung selber beigetragen, indem es die Möglichkeiten, dieses Rechtsmittel zu ergreifen, ausweitete.

Der Zugang zum EVG wird durch zwei Sondervorschriften noch erleichtert: Nach Artikel 132 OG unterliegt die Kognition des EVG im Beschwerdeverfahren über die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen keiner Beschränkung (Überprüfung von Sachverhalts- Rechts- und Ermessensfragen). Solche Verfahren sind zudem gemäss Artikel 134 OG für die Parteien in der Regel kostenlos. Von diesen beiden Sondervorschriften "profitieren" etwa drei Viertel der beim EVG eingereichten Beschwerden.

2.2.2.3. Das Bundesgericht als einzige Instanz oder als einziges Gericht im Instanzenzug

In zahlreichen Fällen ist das Bundesgericht - auch nach der OG-Revision von 1991 - die erste *gerichtliche* Instanz, die über einen Streit entscheidet. Die betreffenden Verfahren sind für das Bundesgericht aufwendiger als die Verfahren, in denen nur die Rechtmässigkeit eines gerichtlichen Urteils überprüft werden muss. Als erste Gerichtsstanz entscheidet das Bundesgericht über:

- a. staatsrechtliche Beschwerden, soweit nach kantonalem Recht kein Rechtsmittel an ein Gericht zulässig ist (im Bereich des kantonalen Staats- und Verwaltungsrechts noch ziemlich verbreitet);
- b. Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes (die eidgenössischen Rekurskommissionen decken zahlenmässig nur ungefähr die Hälfte der beim Bundesgericht anfechtbaren Entscheide von Bundesbehörden ab);
- c. Berufungen und zivil- oder strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerden gegen Entscheide von kantonalen Verwaltungsbehörden (Art. 48 Abs. 1 und Art. 68 OG verlangen keine gerichtliche Vorinstanz; zum Strafrecht vgl. Art. 268 Ziff. 3 BStP, Art. 345 Ziff. 1 StGB);
- d. Rekurse an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer (Art. 78 ff. OG), soweit die Kantone als Aufsichtsbehörde keine richterliche Behörde eingesetzt haben;
- e. direkte Prozesse nach Artikel 41 und 42 OG;

- f. staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Klagen (Art. 83, 116 und 130 OG);
- g. kantonale verwaltungsrechtliche Streitigkeiten, die nach Artikel 114^{bis} Absatz 4 BV dem Bundesgericht zugewiesen worden sind (Art. 121 OG);
- h. Straffälle, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 340 und 341 StGB), sofern keine Übertragung an einen Kanton erfolgt (Art. 18 BStP), sowie Verwaltungsstrafsachen nach Artikel 21 Absatz 3 VStrR;
- i. Beschwerden an die Anklagekammer gegen strafprozessuale Amtshandlungen und Zwangsmassnahmen, die vom Bundesanwalt, vom Untersuchungsrichter oder von Verwaltungsbehörden des Bundes angeordnet oder bestätigt worden sind (Art. 102^{ter}, 105^{bis} Abs. 2 und Art. 214 ff. BStP, Art. 26, 27 VStrR), sowie gegen Einstellungsbeschlüsse des Bundesanwalts (Art. 106 Abs. 1^{bis} BStP);
- k. weitere Fälle, die in die Kompetenz der Anklagekammer fallen (z.B. Art. 51 Abs. 2, 66 ff., 72, 110, 252 Abs. 3, 264 BStP, Art. 357 StGB, Art. 48 IRSG).

2.3. Kompliziertes Rechtsmittelsystem

Die Bundesrechtspflege (inkl. BStP, VStrR, VwVG) kennt eine Vielzahl von verschiedenen Rechtsmitteln und Klagen, die manchmal nur schwer voneinander abzugrenzen sind. Selbst innerhalb des gleichen Rechtsmittels bestehen zuweilen unterschiedliche Regelungen, etwa hinsichtlich der Kognition oder der Erschöpfung des Instanzenzuges. Dies hat zur Folge, dass sowohl das Bundesgericht als auch die Prozessbeteiligten verhältnismässig viel Zeit für die Behandlung formeller Fragen aufwenden müssen. Der Anteil der vom Bundesgericht unzulässig erklärten Rechtsmittel ist recht hoch. 1996 endeten 25,4 Prozent der Verfahren (1424 Fälle) mit einem Nichteintretensentscheid; bei den staatsrechtlichen Beschwerden machte dieser Anteil sogar fast ein Drittel aus. Demgegenüber verzeichnete das EVG, das praktisch nur mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen werden kann, im gleichen Jahr lediglich 13,5 Prozent Nichteintretensentscheide.

Im heutigen Rechtsmittelsystem ist es oft notwendig, gegen einen Entscheid je nach Rüge das eine oder andere oder auch zwei Rechtsmittel einzulegen. Es kann sogar vorkommen, dass der sorgfältige Anwalt eine praktisch identische Rüge mit zwei verschiedenen Rechtsmitteln geltend machen muss, obwohl nur eines der beiden Rechtsmittel zulässig sein kann. Dies hat zur Folge, dass der Beschwerdeführer auf jeden Fall in einem Verfahren die Kosten trägt, selbst wenn er den Rechtsstreit in der Sache gewinnt.

Im Vordergrund stehen folgende Probleme:

Abgrenzung der Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde nach Artikel 268 BStP von der staatsrechtlichen Beschwerde;

Abgrenzung der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde untereinander (namentlich wegen der

zunehmenden Verflechtung von eidgenössischem und kantonalem Recht) und gegenüber der Beschwerde an den Bundesrat.

2.4. Überholte Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und der Bundesversammlung

Nach geltendem Recht verfügt der Bundesrat über nicht unbedeutende Restzuständigkeiten in der Verwaltungsrechtspflege (Art. 72 ff. VwVG) und einige wenige Kompetenzen in der Staatsrechtspflege (Art. 73 Abs. 1 lit. a und b VwVG, Art. 81 PRG). Entscheide des Bundesrates über staatsrechtliche Streitigkeiten nach Artikel 73 Absatz 1 Buchstaben a und b VwVG können an die Bundesversammlung weitergezogen werden (Art. 79 VwVG). Mehrere Gründe lassen die Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates heute als *problematisch* erscheinen:

Sie *komplizieren* das System der öffentlichen Rechtspflege des Bundes. Denn die Zuständigkeitsbereiche des Bundesrates und des Bundesgerichts sind getrennt, so dass der Rechtsweg entweder beim Bundesgericht (oder einer endgültig entscheidenden Vorinstanz) oder beim Bundesrat (bzw. der Bundesversammlung) endet. Dabei ist die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Bundesgericht und Bundesrat recht unübersichtlich geregelt (mit Ausnahmen und Gegenausnahmen). Der Ausscheidung der Sachzuständigkeiten des Bundesgerichts und des Bundesrates, welche aufgrund der prinzipiellen Subsidiarität der Beschwerde an den Bundesrat vom Ausnahmekatalog der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 101 OG) auszugehen hat, liegt kein einheitlicher Systemgedanke zugrunde. Nicht selten muss ein Meinungsaustausch über die Zuständigkeitsfrage durchgeführt werden. Mitunter kann in derselben Streitsache (vor allem in staatsrechtlichen Streitigkeiten betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte) für einzelne Rügen das Bundesgericht, für andere der Bundesrat zuständig sein, welches Problem bisher auf dem Weg der Kompetenzattraktion gelöst werden muss. Wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, kann durch die Gabelung des Rechtsweges der Grundsatz der materiell und verfahrensmässig koordinierten Rechtsanwendung (vgl. z.B. BGE 118 Ib 399 f.) in Frage gestellt sein.

Der Bundesrat wird *mit Nichtregierungsaufgaben belastet* und büsst damit Zeit und Kraft für seine eigentlichen Funktionen ein. Die Belastung mit Rechtspflegeaufgaben ist nicht unerheblich: Durchschnittlich hat der Bundesrat über ungefähr 75 Beschwerden pro Jahr zu entscheiden.

Als politische Behörde kann der Bundesrat bei der Beurteilung von Beschwerden geneigt sein, *politischen Erwägungen stärkeres Gewicht* beizumessen als den rechtlichen Überlegungen.

Aufgrund der *Praxis der Strassburger Organe zu den "civil rights"* im Sinne von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK erhält diese Bestimmung zunehmend Geltung für die Verwaltungsrechtspflege, womit die dort genannten Garantien, insbesondere der gerichtliche Rechtsschutz, gewährleistet sein müssen. Der

Bundesrat genügt den Anforderungen der EMRK an ein unabhängiges Gericht aber nicht.

Die meisten der bestehenden Zuständigkeiten des Bundesrates in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege *entbehren der inneren Rechtfertigung* und können heute nur noch historisch erklärt werden. Dies gilt nicht für Streitigkeiten, in denen rein politische Fragen zu entscheiden sind, die einer Rechtskontrolle nicht zugänglich sind (z.B. auswärtige Angelegenheiten). In den übrigen Bereichen aber ist eine rechtliche Beurteilung durch ein Gericht durchaus möglich. Wo das materielle Recht der Verwaltung einen Ermessensspielraum einräumt, ist immerhin die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung richterlich überprüfbar. Innerhalb dieser Grenzen greift das Bundesgericht jedoch nicht in die Ermessensausübung der Verwaltung ein (Art. 104 OG).

2.5. Lücken bei der Normenkontrolle

Artikel 113 Absatz 3 BV schränkt die Normenkontrolle in dem Sinne ein, als die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend sind.

Die Bundesversammlung ist ein durch die Bundesverfassung geschaffenes Organ und als solches in ihrer gesamten Tätigkeit an diese gebunden. Falls sich jedoch in einem konkreten Anwendungsfall herausstellt, dass ein von der Bundesversammlung erlassenes Gesetz nicht oder nicht mehr der Verfassung entspricht, so kann das Bundesgericht dem Vorrang des Verfassungsrechts nicht zum Durchbruch verhelfen. Das gleiche gilt, wenn die Genehmigung eines Staatsvertrags nicht mit der Verfassung im Einklang steht. Diese Lücke bei der Normenkontrolle, die nur die eidgenössischen, nicht aber die kantonalen Gesetze betrifft, schwächt die Stellung der Bundesverfassung. Wer der Meinung ist, ein Bundesgesetz verstosse gegen ein Grundrecht, muss sich heute auf die EMRK berufen. Obwohl Artikel 113 Absatz 3 BV nicht sagt, wie zu entscheiden ist, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss einem Staatsvertrag widerspricht, kommt der EMRK kraft Völkerrecht Vorrang zu (BGE 117 Ib 370 ff.).

3. Reformziele

3.1. Gewährleistung des Rechtsschutzes und der einheitlichen Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts

Die Bundesrechtspflege in ihrer Gesamtheit hat zusammen mit den kantonalen Rechtspflegesystemen sicherzustellen, dass in allen Rechtsbereichen ein wirksamer Rechtsschutz gewährt wird. Strafurteile sowie Entscheidungen, die

nicht von einer richterlichen Instanz getroffen worden sind, müssen grundsätzlich bei einem unabhängigen Gericht anfechtbar sein. Das Rechtsmittelsystem soll möglichst einfach und übersichtlich sein, und die Verfahren sollen innert angemessener Frist abgeschlossen werden können.

Die Organe der Bundesrechtspflege sind verantwortlich für den Rechtsschutz im Bereich der gesetzlichen Erlasse, welche von Bundesbehörden vollzogen werden. Ferner obliegt ihnen - und insbesondere dem Bundesgericht - die Aufgabe, die einheitliche Anwendung des Bundesrechts und des internationalen Rechts durch die eidgenössischen und kantonalen Instanzen zu gewährleisten.

3.2. Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht

Das Bundesgericht hat kraft seiner Stellung als oberstes Gericht einige besondere Aufgaben zu erfüllen, die anderen Gerichten nicht oder nicht im gleichen Ausmass zukommen. Dazu gehören die Gewährleistung der einheitlichen Rechtsanwendung, die richterliche Fortbildung des Rechts und die Garantie der verfassungsmässigen Rechte. Diese Aufgaben kann das Bundesgericht nicht sachgerecht erfüllen, wenn es - wie heute - überlastet ist (vgl. Ziff. 2.2.1.).

Um die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht sicherzustellen, muss daher die Überlastung beseitigt werden. Ein oberstes Gericht darf auch nicht zu gross sein, weil sonst die einheitliche Rechtsanwendung ebenfalls in Frage gestellt ist. Die Kommission lehnt deshalb eine *dauernde* Erhöhung der Zahl der Bundesrichter über den heutigen Bestand hinaus mit klarer Mehrheit ab und tritt für Massnahmen ein, die zu einer Reduktion der Geschäftslast am Bundesgericht führen.

Die Entlastung des Bundesgerichts hat dort anzusetzen, wo dieses heute individuelle Streitigkeiten entscheidet, die keinerlei Bezug zu den Aufgaben eines obersten Gerichts aufweisen. Solche Streitigkeiten kann ein unteres Gericht ebensogut entscheiden. Der Zugang zum Bundesgericht muss aber offen sein, wenn Grundsatzfragen zu klären sind oder wenn die Rechtseinheit berührt wird. Wer überzeugt ist, dass ein für ihn ungünstiges Urteil eines unteren Gerichts mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts übereinstimmt, wird weniger das Bedürfnis nach einer Anfechtung haben als jemand, der einen Widerspruch zur bundesgerichtlichen Praxis oder das Fehlen einer solchen zu erkennen glaubt.

Wenn sich das Bundesgericht genügend Zeit nehmen kann, um eine einheitliche Praxis in Fragen der Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts zu entwickeln und durchzusetzen, so trägt es mit seiner Rechtsprechung zur Festigung der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzsystems insgesamt bei, was letztlich allen Rechtsunterworfenen dient. Die Qualität des Rechtsschutzes darf ohnehin nicht einseitig an der Zahl der Rechtsmittelinstanzen gemessen werden; ein zu langer Instanzenzug führt wegen der langen Verfahrensdauer und der hohen Kosten sogar zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes.

In bezug auf die Bestimmung der Art und des Umfangs der Streitigkeiten, die vom Bundesgericht nicht mehr materiell geprüft werden sollen, hat sich die Expertenkommission nach reiflicher Überlegung für eine Kompromisslösung entschieden: das Vorprüfungsverfahren (vgl. Ziff. 5.3.3.).

4. Verhältnis zur Botschaft über eine neue Bundesverfassung

4.1. Die Bundesgerichtsbarkeit als Gegenstand der Verfassungsreform

Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, die der Bundesrat am 20. November 1996 verabschiedet hat (BBl 1997 I 1 ff.), umfasst drei Vorlagen, nämlich

- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung (Vorlage A),
- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Reform der Volksrechte (Vorlage B) und
- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Reform der Justiz (Vorlage C).

Die vorberatenden Spezialkommissionen des National- und des Ständerates haben Ende Januar 1997 ihre Arbeiten an der Verfassungsreform aufgenommen. Die Kommissionsberatungen sollen noch in diesem Jahr abgeschlossen werden. Die Behandlung in den Räten und die Beschlussfassung sind für das Jahr 1998 vorgesehen. Anschliessend werden sich Volk und Stände äussern können (obligatorisches Referendum).

Die *Bundesgerichtsbarkeit* ist in allen drei Vorlagen zur Verfassungsreform angesprochen. Während sich die Vorlage A (Art. 176 ff. VE 96) auf die Nachführung des heute geltenden Rechtszustandes, d.h. der Artikel 106 - 114^{bis} BV beschränkt, sieht die Vorlage B eine punktuelle Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Volksinitiative vor (Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Ungültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen, Art. 177a VE 96). Die Vorlage C schliesslich, die aus der Sicht der Reform der Bundesrechtspflege im Mittelpunkt steht, umfasst die Vorschläge des Bundesrates für eine verfassungsrechtliche Neuordnung der Dritten Gewalt.

Die Justizreform gemäss Vorlage C stützt sich auf Vorarbeiten einer vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Kommission unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Walter Kälin, die sich im wesentlichen aus Mitgliedern der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege zusammensetzte (BBl 1997 I 488). Wie aus den Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung hervorgeht (BBl 1997 I 494 ff.), verfolgt die Justizreform gemäss Vorlage C Ziele, die mit den Zielsetzungen der Totalrevision der

Bundesrechtspflege (vgl. Ziff. 3) durchweg in Einklang stehen. Im Zentrum der Justizreform steht das Anliegen, dass das Bundesgericht seine spezifischen Aufgaben als oberstes Gericht wieder optimal erfüllen kann. Zudem soll der Rechtsschutz in allen Bereichen sichergestellt werden.

Die inhaltlichen Grundpfeiler der Justizreform sind dementsprechend:

- die Stärkung der Stellung des Bundesgerichts als oberstes Gericht;
- der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts: durch Schaffung eines organisatorisch selbständigen, erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts, durch Bestellung weiterer richterlicher Behörden des Bundes sowie dadurch, dass die Kantone in allgemeiner Weise verpflichtet werden, für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen richterliche Behörden zu bestellen;
- die Schaffung einer Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht (wobei die Methode nicht im einzelnen präjudiziert wird) und, als Kompensation dazu, die Verankerung einer – allerdings nicht absolut geltenden – Rechtsweggarantie;
- die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (in der Form der konkreten Normenkontrolle, die ausschliesslich dem Bundesgericht zusteht);
- ein Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich der politischen Rechte des Bundes;
- die explizite Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit und des Grundsatzes der Selbstverwaltung;
- die Vereinheitlichung des Zivil- und des Strafprozessrechts.

Ersatzlos gestrichen werden sollen im Rahmen der Justizreform folgende Bestimmungen der geltenden Bundesverfassung:

- Artikel 106 Absatz 2 und 112 BV (Verzicht auf die Bundesassisen);
- Artikel 110 Absatz 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV (Abschaffung gewisser zivilrechtlicher Direktprozesse vor dem Bundesgericht);
- Artikel 114^{bis} Absatz 4 BV (Verzicht auf Direktprozesse vor dem Bundesgericht betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht).

4.2. Die Vorschläge im Rahmen der Justizreform als Arbeitsgrundlage für den Entwurf der Expertenkommission

Der Entwurf der Expertenkommission ist auf die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Verfassungsreform abgestimmt. Es besteht zwischen den beiden Reformvorhaben ein Verhältnis der *Ergänzung*: Die verfassungsrechtliche Neuordnung der Justiz bedarf der Umsetzung auf Gesetzesstufe; dieser Umsetzung dient der vorliegende Entwurf der Expertenkommission. Die hier vorgeschlagene Revision der

Bundesrechtspflege bedarf neuer verfassungsrechtlicher Grundlagen; diese werden mit der im Rahmen der Verfassungsreform vorgesehenen Justizreform bereit gestellt.

Der Entwurf der Expertenkommission geht von der Annahme aus, dass die Reformvorlage C geltendes Recht wird. Im Entwurf werden mit anderen Worten Möglichkeiten ausgeschöpft, die das geltende Verfassungsrecht nicht kennt. Dies gilt namentlich für den *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit* (Normenkontrolle gegenüber dem Bundesgesetzgeber, Art. 89 E-BGG) und für die *Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht* (Art. 77, Art. 94 ff. E-BGG), aber auch etwa für die Abschaffung gewisser in Artikel 110 und 111 BV vorgesehener zivilrechtlicher Direktprozesse oder für den Verzicht auf die Bundesassisen (Art. 112 BV). Sollten die in der Vorlage C vorgeschlagenen neuen Verfassungsgrundlagen weder im Rahmen der laufenden Verfassungsreform noch in Form einer Partialrevision der geltenden Bundesverfassung angenommen werden, so müsste der hier unterbreitete Gesetzesentwurf einschneidend geändert werden (vgl. dazu hinten Ziff. 7.2.).

5. Die wichtigsten Reformbereiche

5.1. Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht soll grundsätzlich nicht mehr als erste *gerichtliche* Instanz entscheiden; denn die Feststellung und die volle Überprüfung des Sachverhalts ist nicht seine Aufgabe. Die Ausnahmen sind auf wenige Sonderfälle zu beschränken. Dies bedingt den Ausbau bestehender oder die Schaffung neuer gerichtlicher Vorinstanzen des Bundesgerichts.

5.1.1. Bundesverwaltungsgericht

Der Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts ist vor allem für die Bundesverwaltungsrechtspflege von Bedeutung.

Die Departemente, autonomen Anstalten und nicht richterlichen Kommissionen des Bundes treffen zur Zeit etwa 3000 Verfügungen pro Jahr, die nicht bei einer eidgenössischen Rekurskommission anfechtbar sind. Wichtige Bereiche, in denen keine Rekurskommission besteht, sind zum Beispiel die Fremdenpolizei, der Strassenverkehr, die Plangenehmigungen für Infrastrukturanlagen und ein grosser Teil der Bundessubventionen. Soweit kein Ausnahmetatbestand nach Artikel 99 - 102 oder 129 OG gegeben ist, sind diese Verfügungen direkt beim Bundesgericht anfechtbar (Art. 98 Bst. a - d, f und h OG).

Künftig soll es nicht mehr möglich sein, gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden direkt beim Bundesgericht zu rekurrieren: der Beschwerdeweg soll in allen Fällen nur noch über eine richterliche Beschwerdeinstanz ans Bundesgericht führen. Dies darf jedoch nicht zu einem

Ausbau der ca. 27 Rekurskommissionen führen, welche das geltende Recht vorsieht. Angestrebt wird vielmehr eine bessere Koordination der Verwaltungsrechtsprechung jener Behörden, welche als Vorinstanz des Bundesgerichts entscheiden. Aus diesem Grunde empfiehlt die Expertenkommission die Einführung eines einzigen Bundesverwaltungsgerichts (Ziffer 5.7.).

5.1.2. Bundesstrafgericht

Eines der grundsätzlichen Reformanliegen der Totalrevision der Bundesrechtspflege besteht auch auf dem Gebiet des Strafrechts darin, dass sich das Bundesgericht auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit vorinstanzlicher Urteile beschränken kann; von erstinstanzlichen Verfahren soll es entlastet werden. Da es heute in Strafsachen, welche der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen, keine dem Bundesgericht vorgelagerte, bundeseigene richterliche Instanz gibt, wird die erstinstanzliche Strafgerichtsbarkeit des Bundes unmittelbar vom Bundesgericht ausgeübt.

Die Zahl der Strafprozesse, die das Bundesgericht als erste Instanz durchführt, ist an sich sehr gering. Die Bundesassisen haben seit 1933 nicht mehr getagt, und das Bundesstrafgericht beurteilte in den letzten zwölf Jahren nur sechs Fälle. Dies lässt sich insbesondere durch die grosszügige Praxis zur einzelfallweisen Übertragung der Bundesstrafgerichtsbarkeit an die Kantone (Art. 18 BStP) erklären. Die wenigen Fälle, die vor das Bundesstrafgericht gelangen, verursachen aber einen unverhältnismässigen Aufwand, weil die Bundesrichter in den vom Unmittelbarkeitsprinzip beherrschten erstinstanzlichen Hauptverhandlungen nicht (mehr) über eine tägliche Routine verfügen und weil die betreffenden Prozesse meistens auch noch im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen. Eine weitere Belastung wird sich dann ergeben, wenn die Bundesstrafrechtspflege erweitert wird, so insbesondere auf das Gebiet des organisierten Verbrechens und der Wirtschaftskriminalität.

Der VE 96 Justizreform sieht die Aufhebung der Bundesassisen vor. Damit wird der Weg für weitere Reformen bereitet. Die Aufgaben des Bundesgerichtes, welche es heute als erstinstanzliches Strafgericht wahrnimmt, sollen wie jene der Bundesassisen einem selbständigen Bundesstrafgericht übertragen werden. Dieses neue Bundesstrafgericht könnte auch, wie dies Artikel 179 Absatz 1 zweiter Satz VE 96 Justizreform ermöglicht, neben diesen Zuständigkeiten erster Instanz, weitere richterliche Funktionen übernehmen, wie jene, welche die gegenwärtige Anklagekammer des Bundesgerichtes in erster Instanz oder auf Beschwerde hin wahrnimmt (Ziffer 5.8.).

5.1.3. Kantonale Gerichte

Wird mit dem Prinzip ernst gemacht, wonach es in erster Linie Sache der unteren Gerichtsinstanzen ist, den Rechtsschutz der Bürger zu gewährleisten (vgl. Ziff. 3.2.), muss überall der Zugang zu einer solchen Instanz offenstehen, einschliesslich in Streitigkeiten, welche in die Kompetenz der Kantone fallen.

Was die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht anbelangt, wurde mit der Einführung von Artikel 98a OG im Jahre 1991 bereits ein wichtiger Schritt in diese Richtung gemacht. Aufgrund dieser Bestimmung mussten die Kantone bis zum 15. Februar 1997 für alle Fälle, die unmittelbar mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können, richterliche Behörden als letzte kantonale Instanzen einsetzen. Daneben verbleiben aber immer noch Bereiche, in denen das Bundesgericht als erste und einzige gerichtliche Instanz entscheiden muss (vgl. Ziff. 2.2.2.3.).

Dies ist zunächst und vor allem im ganzen Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts der Fall. Es sind zum grossen Teil die Lücken in der kantonalen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, welche den Zustrom staatsrechtlicher Beschwerden verursachen und damit hauptsächlich zur Überlastung des Bundesgerichts beitragen. Es ist deshalb anzustreben, dass jeder Kanton mindestens die Kontrolle der Anwendung des kantonalen Verwaltungsrechts einer richterlichen Behörde anvertraut. Es ist inskünftig nicht mehr möglich, lediglich an den guten Willen der Kantone zu appellieren, wie in den Botschaften von 1985 (BBl 1985 II 814) und 1991 (BBl 1991 II 482). Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass den Kantonen nunmehr vorzuschreiben ist, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit genereller Zuständigkeit und umfassender Kognition einzurichten (Art. 78 ff., 103 und 104 E-BGG; Art. 25a, 178a Abs. 1 und 179a VE 96 Justizreform). In bestimmten Fällen soll es jedoch dem kantonalen Gesetzgeber ausnahmsweise weiterhin erlaubt sein, gewisse Akte von der richterlichen Beurteilung auszunehmen. Das betrifft insbesondere Akte vorwiegend politischen Charakters (z.B. die Begnadigungen) sowie Fragen im Zusammenhang mit den politischen Rechten (z.B. die Ungültigerklärung einer Volksinitiative, die Nichtunterstellung einer Ausgabe unter das Finanzreferendum).

Im Bereich des Zivil- und Strafrechts ist die Situation schon heute befriedigender. In diesem Bereich gibt es nur wenige Fälle, welche nicht durch kantonale Gerichte beurteilt werden. Auch für diese rechtfertigt sich der direkte Zugang an das Bundesgericht nicht. Verschiedene Entscheidungen kantonalen Administrativbehörden unterliegen keinem anderen Rechtsmittel als der Berufung oder der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 48 Abs. 1 und Art. 68 OG), der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 268 Ziff. 3 BStP) oder der staatsrechtlichen Beschwerde. Ausserdem gibt es Fälle, die zwar von einem Gericht beurteilt werden, aber innerhalb des Kantons nicht mehr weitergezogen werden können. Dies kommt zum Beispiel bei den vorsorglichen Anordnungen vor, die der Ehescheidungsrichter gestützt auf Artikel 145 ZGB trifft. Die Expertenkommission statuiert daher im Zivil- wie im Strafrecht den Grundsatz der doppelten Instanz ("double instance"), wonach die Kantone obere Gerichte als Rechtsmittelinstanzen einzusetzen haben (Art. 71 und 74 E-BGG).

5.1.4. Beschränkung der Direktprozesse

Die geltende Verfassung sieht eine Anzahl von Direktprozessen vor dem Bundesgericht in Zivilsachen (Art. 110 und 111 BV), Strafsachen (Art. 112 BV) und im öffentlichem Recht (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Art. 114^{bis} Abs. 4 BV) vor. Die Expertenkommission möchte die Direktprozesse auf Streitigkeiten

zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen beschränken, unabhängig davon, ob es sich um Kompetenzfragen oder um zivil- bzw. öffentlichrechtliche Streitigkeiten handelt (vgl. Art. 41 Abs. 1 Bst. a, Art. 83 Bst. a und b, Art. 116 Bst. a und b und Art. 130 OG). In Anbetracht der Parteien, der Bedeutung und der Natur dieser Prozesse kann für deren Beurteilung nur das höchste Gericht in Frage kommen. Im übrigen soll nach Ansicht der Expertenkommission der direkte Weg an das Bundesgericht nur noch für Klagen betreffend Haftungsansprüche aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen des Bundes (Art. 116 Bst. c OG) offen bleiben. Dagegen sollen alle anderen zivil- und staatsrechtlichen Klagen aufgehoben werden (Art. 41 Abs. 1 Bst. b und c, Art. 42, Art. 83 Bst. c - e OG), ebenso die Klagen über Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht (Art. 121 OG; siehe auch Ziff. 7.).

5.2. Einheitsbeschwerde

Eines der wichtigsten Reformanliegen der Expertenkommission besteht im Ersatz der verschiedenen Rechtsmittelmöglichkeiten durch je eine Einheitsbeschwerde für jedes Rechtsgebiet: Vorgesehen werden nur noch eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

5.2.1. Allgemeines

Das geltende Rechtsmittelsystem vor dem Bundesgericht wurde im Laufe der Jahrzehnte geschaffen, indem neue Beschwerden jeweils den bereits bestehenden Rechtsmitteln hinzugefügt wurden. Dies führte zu einem System, das nach verschiedenartigen Gesichtspunkten aufgebaut ist. Ein erstes Kriterium für das zu wählende Rechtsmittel ist das betroffene Rechtsgebiet: zivilrechtliche Streitigkeiten (Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Art. 43 ff. und 68 ff. OG), Strafgerichtsbarkeit (Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Art. 268 BStP). Ein anderes Kriterium ist das im angefochtenen Entscheid angewandte Recht: Verfügung gestützt auf öffentliches Recht des Bundes (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Art. 97 OG), Verfügung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 75 ff. OG). Ein drittes Kriterium ist die entscheidende Behörde: kantonale Behörde (staatsrechtliche Beschwerde, Art. 84 ff. OG), kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 75 ff. OG). Ein viertes Kriterium ist der Beschwerdegrund: Verletzung verfassungsmässiger Rechte (staatsrechtliche Beschwerde, Art. 84 ff. OG), gesetzliche Nichtigkeitsgründe (Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Art. 68 ff. OG), Verletzung von Bundesrecht mit Ausnahme verfassungsmässiger Rechte (Berufung, Art. 43 ff. OG, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Art. 268 BStP), Verletzung von Bundesrecht einschliesslich verfassungsmässiger Rechte (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Art. 97 ff. OG).

Zur Vielfalt der Rechtsmittel kommt die Tatsache, dass jede Beschwerde spezielle Bestimmungen über die Zulässigkeit kennt. So ist die Anfechtbarkeit der Zwischenentscheide sehr verschieden geregelt. Können sie mit der

Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen (Art. 268 BStP) grundsätzlich nicht angefochten werden, sind sie im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde ohne Beschränkung anfechtbar, solange nicht eine Verletzung von Artikel 4 BV geltend gemacht wird (Art. 87 OG).

Ein solches Rechtsmittelsystem ist zu kompliziert. Für Rechtssuchende (Rechtsanwälte oder Laien), welche nur selten Beschwerde beim Bundesgericht führen, ist dieses System äusserst schwierig. Zudem muss ein Entscheid oft zugleich mit zwei verschiedenen Rechtsmitteln angefochten werden, sei es dass gewisse Beschwerdegründe nur mit einer bestimmten Beschwerde vorgebracht werden können, sei es dass der Rechtsweg nicht eindeutig ist. Das geltende System erschwert aber auch in erheblichem Masse die Aufgabe des Bundesgerichtes. Es muss das gleiche Geschäft bisweilen in zwei parallelen Rechtsmittelverfahren behandeln oder dann viel Zeit für die Bestimmung des zutreffenden Rechtsweges aufwenden. So sind immer wieder sehr komplexe Abgrenzungsfragen zwischen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der staatsrechtlichen Beschwerde zu beantworten - Fragen, deren Klärung nichts zur richterlichen Streitentscheidung beiträgt.

Nach Ansicht der Expertenkommission bedingt die angestrebte Entlastung des Bundesgerichtes eine wesentliche Vereinfachung der Rechtsmittelwege. Es ist unnütz, die Anzahl der vom Bundesgericht zu bewältigenden Geschäfte zu beschränken, solange es gleichwohl eine bestimmte Streitsache aufgrund mehrerer Beschwerden prüfen oder viel Zeit für die Bestimmung des zutreffenden Rechtsweges aufwenden muss. Daher sieht der Entwurf der Expertenkommission den Ersatz des gegenwärtigen Rechtsmittelsystems durch eine Einheitsbeschwerde in jedem der drei grossen Rechtsbereiche vor (Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht). Die Vereinfachung der Rechtsmittelwege trägt zudem auch zu einem wirksameren Schutz der Rechtssuchenden bei, weil die Gefahr, dass sich eine Beschwerde als unzulässig erweist, erheblich reduziert wird.

5.2.2. Grundzüge der Einheitsbeschwerde

Nach dem Konzept der Einheitsbeschwerde gibt es nur noch einen einzigen Beschwerdeweg ans Bundesgericht zur Anfechtung von Entscheiden einer Vorinstanz, unabhängig davon, welche Beschwerdegründe angeführt werden oder welche Vorinstanz entschieden hat. Dieses Konzept ist in zweierlei Hinsicht von Vorteil. Es erleichtert zunächst die Aufgabe der Rechtssuchenden, die nun alle Rügen mit einem einzigen Rechtsmittel vorbringen können. Damit wird das Risiko des Nichteintretens vermindert und zudem entfallen die überflüssigen Kosten, welche sich aus der Erstellung verschiedener Rechtsschriften durch einen Anwalt ergeben. Das Konzept trägt aber auch zur Entlastung des Bundesgerichtes bei, indem es von der wenig fruchtbaren Aufgabe enthoben wird, die Rechtsmittelwege voneinander abzugrenzen.

Idealerweise sollte das Konzept der Einheitsbeschwerde dazu führen, dass es für die verschiedenen Rechtsgebiete nur noch eine einzige, umfassende Beschwerde gibt. Eine solche Lösung ist nach Ansicht der Expertenkommission jedoch nicht sinnvoll. Obschon viele Prozessvorschriften für alle Beschwerden

Anwendung finden können, sind doch einige Regeln auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt. Das gilt vor allem für die Bestimmungen über das Beschwerderecht und die Anforderungen an die Vorinstanzen. Anstatt eine einzige Einheitsbeschwerde mit zahlreichen Sonderbestimmungen für Spezialfälle zu schaffen, hat die Expertenkommission je eine Beschwerde für jedes der drei Rechtsgebiete vorgesehen: eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Die Ausgestaltung der Einheitsbeschwerden beinhaltet zwei Typen von Bestimmungen. Zunächst werden die für jede Einheitsbeschwerde eigenen Bestimmungen statuiert. Es handelt sich dabei um Bestimmungen zum Anfechtungsobjekt, zum Anwendungsbereich, zu den Vorinstanzen und zum Beschwerderecht. Anschliessend werden jene prozessualen Fragen geregelt, welche für alle drei Einheitsbeschwerden gelten. Ziel der Expertenkommission war die Limitierung der Unterschiede zwischen den drei Einheitsbeschwerden auf das Notwendige. Dies hatte zur Folge, dass die heute für einzelne Beschwerden geltenden Bestimmungen mitunter verfeinert werden mussten, um zwingenden Anforderungen aus andern Rechtsgebieten Rechnung zu tragen. Auf der andern Seite führte das Bestreben, soweit als möglich gemeinsame Bestimmungen zu schaffen, dazu, dass für bestimmte Punkte offenere Lösungen getroffen wurden, welche dem Bundesgericht genügend Spielraum lassen, um die Eigenheiten der verschiedenen Rechtsgebiete zu berücksichtigen. Die Existenz von gemeinsamen Eintretensvoraussetzungen wird innerhalb des Bundesgerichtes eine gute Koordination erfordern, damit die gleichen Begriffe für die drei Beschwerden nicht widersprüchlich ausgelegt werden. Dafür kann die dazu entwickelte Rechtsprechung und Doktrin generell für alle drei Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden.

Die Abgrenzung zwischen den drei Einheitsbeschwerden ergibt sich grundsätzlich aus dem vom angefochtenen Entscheid betroffenen Rechtsgebiet, unabhängig davon, ob es sich um kantonales oder eidgenössisches Recht oder ob es sich um Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen handelt. Je nachdem, ob der angefochtene Entscheid in einer Zivilsache, einer Strafsache oder einer öffentlichrechtlichen Angelegenheit erging, ist die entsprechende Einheitsbeschwerde zu ergreifen. Zur Verminderung von Abgrenzungsfragen unterstellt der Entwurf gewisse Entscheide, welche sich auf öffentliches Recht stützen, der Beschwerde in Zivil- oder in Strafsachen, soweit es sich um Gebiete handelt, welche dem Zivilrecht (z.B. Streitigkeiten über die Bewilligung zur Namensänderung) oder dem Strafrecht (z.B. die Rechtshilfe in Strafsachen) sehr nahe sind. So sollen auch die Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen mit der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können, weil sie fast immer zivilrechtliche Vorfragen beinhalten. Der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht hängt im übrigen vom Rechtsgebiet ab, auf welches die Streitsache letztlich zurückgeht; so sind prozessrechtliche Rügen (z.B. die willkürliche Anwendung einer kantonalen Prozessbestimmung in einer Mietrechtsstreitigkeit) mit jener Beschwerde vorzubringen, die gegen den Entscheid in der Sache gegeben ist (in unserem Beispiel mit der Beschwerde in Zivilsachen).

Die Beschwerden gegen kantonale Erlasse (abstrakte Normenkontrolle) sind der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zugewiesen worden, und zwar unabhängig davon, welches Rechtsgebiet vom fraglichen Erlass

betroffen ist. Die Expertenkommission hat sich überlegt, ob die abstrakte Normenkontrolle abgeschafft werden sollte. Sie sieht aber von einem entsprechenden Vorschlag ab, weil diese Kompetenz des Bundesgerichts auf einer sehr alten Tradition beruht (eingeleitet mit dem Entscheid *Gex* im Jahre 1876, BGE II S. 484) und es sich dabei um eine wichtige Institution des schweizerischen Föderalismus handelt, welche es erlaubt, klare Verstösse kantonaler Gesetzgeber gegen Bundesrecht schnell zu sanktionieren. Zudem würde die Aufhebung der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse das Bundesgericht kaum entlasten.

Einige Gebiete des öffentlichen Rechts wurden in Anlehnung an die geltenden Ausnahmen bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. Art. 99 ff. OG) der Beschwerde an das Bundesgericht entzogen. Aus dem Konzept der Einheitsbeschwerde ergibt sich, dass diese Ausnahmen sich auf das Bundesrecht wie auch auf das kantonale Recht beziehen - was gegenüber dem geltenden Recht eine Innovation bedeutet (Art. 77 E-BGG). Die Einengung des Anwendungsbereiches der Einheitsbeschwerde im Verhältnis zur heutigen staatsrechtlichen Beschwerde wird durch die Einführung des Vorlageverfahrens (vgl. Art. 107 ff. E-BGG) kompensiert.

Bevor gegen einen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden kann, müssen alle Rechtsmittel, welche Bundesrecht und kantonales Recht vorsehen, ausgeschöpft worden sein. Davon wird es keine Ausnahmen mehr geben. Die Beschwerde hat demnach in jedem Fall subsidiären Charakter. Durch die Statuierung neuer, recht hoher Anforderungen an die Vorinstanzen, wird die Subsidiarität der Einheitsbeschwerde noch bekräftigt. Aus der Subsidiarität der Einheitsbeschwerde ergibt sich auch, dass der Streitgegenstand immer im Verfahren bei den Vorinstanzen definiert wird. Neue Begehren, welche nicht schon bei der Vorinstanz erhoben wurden und den Streitgegenstand erweitern, können daher vor Bundesgericht nicht vorgebracht werden (Art. 91 E-BGG).

Die Beschwerdeberechtigung ist nicht für jede der drei Einheitsbeschwerden dieselbe. Während sie sich bei Beschwerden in Zivilsachen und jenen in Strafsachen auf das Vorhandensein eines rechtlich geschützten Interesses stützt, werden für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten im wesentlichen die Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 103 OG) übernommen. Beschwerdeberechtigt ist danach jeder, der ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Dabei bleibt unerheblich, ob das Interesse rechtlicher oder faktischer Natur ist (Art. 81 ff. E-BGG).

Für die Definition der anfechtbaren Entscheide suchte die Expertenkommission nach einer für alle Rechtsgebiete gleichen und kohärenten Systematik. Prinzipiell soll das Bundesgericht zu einer Sache nur einmal und erst am Ende des Verfahrens angerufen werden können. Das ordentliche Anfechtungsobjekt ist also ein Endentscheid in der Sache, welcher - dies bildet seine Eigenart - das Verfahren vor der entscheidenden Behörde abschliesst. (Art. 83 E-BGG). Gegen Vor- und Zwischenentscheide, welche nicht Fragen der Zuständigkeit betreffen, und gegen vorsorgliche Massnahmen sieht der Entwurf hingegen eine selbständige Beschwerde nur unter engen Voraussetzungen vor (Art. 85 und 86 E-BGG).

Das grundlegende Charakteristikum der vereinheitlichten Rechtswege ist ihre *Übereinstimmung in den Beschwerdegründen*. Auf den Rechtsmittelweg hat es keinen Einfluss, ob der Beschwerdeführer die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, von einfachem Bundesrecht, von Staatsverträgen oder von Konkordaten geltend macht (Art. 88 E-BGG). Das Bundesgericht erhält damit die Möglichkeit, über alle vorgebrachten Rügen in einem einzigen Entscheid zu urteilen. Die Einheitsbeschwerde führt jedoch nicht zu einer Ausweitung der Beschwerdemöglichkeiten: Die im Entwurf vorgesehenen Beschwerdegründe sind nämlich heute schon gegeben, nur sind sie im geltenden Recht auf verschiedene Rechtsmittel verteilt, welche mitunter gleichzeitig ergriffen werden können. Andererseits bleibt die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur noch insoweit als Beschwerdegrund bestehen, als dieser Mangel auf einer Rechtsverletzung beruht oder die Feststellung offensichtlich unrichtig ist (Art. 90 und 100 E-BGG). Die Expertenkommission sieht die Aufgabe des Bundesgerichts neu ausschliesslich in der Kontrolle der Rechtsanwendung und nicht mehr in der Überprüfung des Sachverhalts, die das geltende Bundesrechtspflegegesetz in gewissen Fällen noch kennt (vgl. Art. 67, 105 Abs. 1 und Art. 132 Bst. b OG). Eine Ausdehnung der Beschwerdegründe ergibt sich einzig aufgrund der Verfassungsrevision im Bereich der Justizreform (vgl. BBl 1997 I 487 ff.). Im Rahmen der Beschwerde gegen einen Entscheid kann der Einzelne nämlich neu geltend machen, das angewandte Bundesgesetz oder der angewandte allgemeinverbindliche Bundesbeschluss verletze verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung oder Völkerrecht (Verfassungsgerichtsbarkeit). Die Kantonsregierungen ihrerseits können neu geltend machen, die Bestimmungen des angewandten Bundesgesetzes oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses verletzen die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone (Art. 89 E-BGG).

Das Bundesgericht wird auch in Zukunft das Recht von Amtes wegen anwenden, ohne an die Begründung der Parteien gebunden zu sein. Dies entspricht dem geltenden Rechtszustand, mit Ausnahme der staatsrechtlichen Beschwerde, welche vom Rügeprinzip beherrscht wird. Der Entwurf berechtigt jedoch das Bundesgericht, sich auf die Prüfung der von den Parteien erhobenen Rügen zu beschränken (Art. 101 E-BGG). Diese Beschränkung rechtfertigt sich namentlich wegen der Vielzahl von internationalen Bestimmungen, gegen welche ein Entscheid allenfalls verstossen könnte.

Die Einheitsbeschwerden sind nicht kassatorischer Natur. Das Bundesgericht muss sich im Falle der Gutheissung nicht darauf beschränken, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache allenfalls zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es kann vielmehr in der Sache selbst entscheiden, soweit es über alle notwendigen Angaben verfügt, um einen definitiven Entscheid zu treffen (Art. 102 E-BGG).

Wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergibt, führt die Integration der staatsrechtlichen Beschwerde in die Einheitsbeschwerden zu keiner Ausweitung der Prüfungsbefugnisse des Bundesgerichtes in bezug auf die Entscheide, welche sich auf kantonales Recht stützen. Die Beschwerdegründe bleiben in der Substanz gleich (vgl. Art. 88 ff. E-BGG). Der Anwendungsbereich der Einheitsbeschwerde wird sogar enger, weil bestimmte Bereiche, welche heute noch der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegen, neu von der

Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ausgenommen sein werden (vgl. Art 77 E-BGG). Eine geringfügige Erweiterung ergibt sich jedoch beim Beschwerderecht: Das Erfordernis eines rechtlich geschützten Interesses - welches heute für die staatsrechtliche Beschwerde charakteristisch ist - wird für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten aufgegeben. Neu genügt vielmehr ein faktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids (vgl. Art. 81 E-BGG). Die Entscheidbefugnisse des Bundesgerichts werden im Ergebnis nicht wesentlich von dem abweichen, was heute bei der staatsrechtlichen Beschwerde Praxis ist (vgl. die Erläuterungen zu Art. 102 E-BGG).

Das wichtige Reformziel der Entlastung des Bundesgerichtes kann allein mit der Einführung der Einheitsbeschwerde nicht erreicht werden können. Im Gegenteil, die Einheitsbeschwerde könnte in einigen Bereichen die Beschwerdemöglichkeiten sogar erweitern. Aus diesem Grunde sieht die Expertenkommission neu ein Vorprüfungsverfahren vor (vgl. Ziff. 5.3.). Dieses Verfahren wird es dem Bundesgericht in bestimmten Fällen erlauben, unter Verzicht auf eine ausführliche Begründung, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären.

5.3. Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht

5.3.1. Notwendigkeit

Allein mit dem Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts und der Vereinfachung des Rechtsmittelsystems ist es nicht möglich, die vorne (Ziff. 3.) definierten Reformziele zu erreichen und eine ständige Überlastung des höchsten Gerichts zu verhindern. Zusätzlich zu den erwähnten Massnahmen müssen deshalb neue Beschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht eingeführt werden.

Das Thema "Zugangsbeschränkungen" ist nicht neu. Alle Revisionskommissionen und anlässlich der Vorlage von 1985 auch das Parlament haben sich mit dieser Frage beschäftigt, freilich ohne das Patentrezept zu finden. Geblieben ist die Erkenntnis, dass nur eine sinnvolle Zugangsregelung das Bundesgericht nachhaltig zu entlasten und seine Funktionsfähigkeit sicherzustellen vermag. Die Suche nach der angemessenen Lösung kann heute insofern unter neuen Voraussetzungen stattfinden, als der VE 96 Justizreform eine Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen bereitstellt (Art. 178a). Damit besteht ein grösserer Spielraum, als ihn die früheren Revisionskommissionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung zur Verfügung hatten.

Die Tatsache, dass 1990 eine Gesetzesvorlage in der Volksabstimmung gescheitert ist, die eine Verschärfung des Zugangs zum Bundesgericht einführen wollte (deutliche Erhöhung der Streitwertgrenze in Zivilsachen und eine Mischung aus einem Vorprüfungs- und einem Annahmeverfahren für staatsrechtliche Beschwerden, vgl. Art. 42 und 92 OG in der Fassung der Referendumsvorlage vom 23.6.1989, BBl 1989 II 872), muss nicht heissen, dass Zugangsbeschränkungen keine Realisierungschancen haben. Bei der Vorlage von 1989 stiess primär die Art der vorgeschlagenen

Zugangsbeschränkungen auf Kritik. Stein des Anstosses bildete vor allem die deutliche Erhöhung der Streitwertgrenze in Zivilsachen, die namentlich Miet- und Arbeitsstreitigkeiten von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung praktisch ausgeschlossen hätte. Betroffen waren demnach Rechtsgebiete, welche für die meisten Bürger von grosser Bedeutung sind. Ein entsprechender Vorschlag wird nicht wieder aufgenommen. Es ist davon auszugehen, dass sich der Bürger der Idee von Zugangsbeschränkungen nicht völlig verschliessen wird, zumal ihm wenig gedient ist, wenn er zwar in jedem noch so geringfügigen Fall bis vor Bundesgericht gelangen kann, dort aber aus Überlastungsgründen allzu lange auf das Urteil warten muss bzw. keine Gewähr besitzt, dass seine Beschwerde mit der nötigen Sorgfalt geprüft werden kann. Vor allem aber verändert sich die Ausgangslage für die Einführung von Zugangsbeschränkungen, wenn die Lücken im System der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts geschlossen werden (vgl. Ziff. 5.1.) und aufgrund der mit der Justizreform vorgesehenen Rechtsweggarantie (Art. 25a VE 96 Justizreform) in jedem Fall der Weg an ein unabhängiges Gericht offen steht. Damit ist dem Rechtssuchenden eine hinreichende Kompensation für Zugangsbeschränkungen beim Bundesgericht angeboten.

5.3.2. Arten von Zugangsbeschränkungen

Die Expertenkommission sieht grundsätzlich vier Methoden, wie der Zugang zum obersten Gericht beschränkt werden kann:

5.3.2.1. Ausschluss der Beschwerde kombiniert mit Vorlageverfahren

Die radikalste Methode ist der gänzliche Ausschluss der Beschwerde in bestimmten Sachbereichen. Der Zugang zum Gericht wird nicht bloss eingeschränkt, sondern überhaupt versperrt. Es handelt sich um eine Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts.

Das geltende Recht bedient sich dieser Methode bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 101 und 129 OG).

Unter Entlastungsgesichtspunkten greift diese Methode zweifellos sehr wirksam. Unter anderen Aspekten, namentlich der einheitlichen Rechtsanwendung, geht sie aber zu weit. Ergänzend wäre deshalb ein Vorlageverfahren vorzusehen.

Das *Vorlageverfahren* ermöglicht es unterinstanzlichen Gerichten, bestimmte Rechtsfragen, die sich in einem hängigen Prozess stellen, dem höchsten Gericht zur Entscheid zu unterbreiten. Bekannte Beispiele für das Vorlageverfahren sind insbesondere das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EG-Vertrag) und die Verfahren gemäss Artikel 100 des deutschen Grundgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht.

Das Vorlageverfahren stellt selbst keine Zugangsbeschränkung dar. Es schränkt den Zugang nicht ein, sondern öffnet diesen vielmehr für bestimmte Fragen. Insofern übernimmt es eine Ausgleichsfunktion in Bereichen, in denen das Gesetz die Beschwerde an das Gericht vollständig ausschliesst.

5.3.2.2. Vorprüfungsverfahren

Unter dem Begriff "Vorprüfungsverfahren" versteht die Expertenkommission ein Verfahren, welches dazu dient, Beschwerden, die sich in einer Vorprüfung aus bestimmten Gründen als unzulässig erwiesen haben, auszuschneiden und direkt vom Protokoll abzuschreiben. Als Vorbild können dabei die Artikel 28 und 35 Absatz 3 EMRK in der Fassung des Protokolls Nr. 11 (BBI 1995 I 1029) herangezogen werden.

Bei diesem System bleibt der Zugang zum obersten Gericht zunächst offen, die Rechtsmittel müssen aber die Hürde der Vorprüfung bestehen. Das Gericht hat damit ein Instrument in der Hand, um "die Spreu vom Weizen" zu trennen. Unzulässige Beschwerden kann es rasch und ohne grossen Aufwand erledigen. Die Entlastungswirkung hängt dabei davon ab, wie die Unzulässigkeitsgründe gefasst und in praxi ausgelegt werden.

5.3.2.3. Annahme- oder Zulassungsverfahren

Wird der Zugang zum obersten Gericht über ein *Annahmeverfahren* geregelt, so nimmt das Gericht nur Streitfälle zur Behandlung entgegen, die es nach freiem Ermessen oder nach bestimmten gesetzlichen Kriterien als erheblich einstuft.

Von einem *Zulassungsverfahren* spricht man, wenn die Vorinstanzen über die Erheblichkeit eines Streitfalls und damit über die Zulässigkeit der Beschwerde an das oberste Gericht entscheiden.

In der Gegenüberstellung ist dem Annahmeverfahren der Vorzug zu geben. Das Zulassungsverfahren hat zwar den Vorteil, dass der Zulassungsentscheid sehr wenig Aufwand erfordert, weil die Instanz, die ihn trifft, die Akten bereits kennt. Der Nachteil dieses Verfahrens liegt aber darin, dass das oberste Gericht an die von der Vorinstanz ausgesprochene Zulassung gebunden ist, selbst wenn es einen Fall nicht als erheblich betrachtet. Zudem ist es problematisch, wenn die Instanz, die entschieden hat, auch über die Zulassungswürdigkeit der Sache befindet. Dieser Mangel könnte zwar durch ein Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Zulassung behoben werden, doch müsste ein solches Rechtsmittel zusätzlich eingeführt werden.

Ein Rechtsvergleich zeigt, dass im Ausland verschiedene Formen von Annahme- und Zulassungsverfahren ziemlich verbreitet sind (z.B. Deutschland, Österreich, Schweden, Vereinigte Staaten, Kanada).

Kaum ein anderes Mittel ist wie das Annahmeverfahren geeignet, um den Zustrom von Beschwerden wirksam einzudämmen. Dies gilt vor allem, wenn es in "reiner Form" ausgestaltet ist und den Entscheid über die Annahme ins freie Ermessen des Gerichts stellt. Für die Schweiz käme die Einführung eines solchen Verfahrens einem eigentlichen Systemwechsel gleich, fungiert doch unser oberstes Gericht nach der geltenden Ordnung über weite Strecken als Rechtsmittelinstanz im ordentlichen Instanzenzug.

5.3.2.4. Streitwerte

Das Erfordernis eines minimalen Streitwertes bildet ein herkömmliches Mittel, um den Zugang zum obersten Gericht zu beschränken und es vor geringfügigen Angelegenheiten zu verschonen. Die Streitwertgrenze bietet den Vorteil einer klaren, einfachen und objektiven Limite für vermögensrechtliche Streitigkeiten (d.h. Streitigkeiten über einen Anspruch, der einen Geld- oder Nutzwert besitzt).

Die Methode des Streitwertes ist auf vermögensrechtliche *Zivilrechtsstreitigkeiten* zugeschnitten. Das geltende Recht sieht eine Streitwertgrenze vor für die Berufung (8000 Franken, Art. 46 OG) und für gewisse zivilrechtliche Direktprozesse (8000 bzw. 20'000 Franken, Art. 41 und 42 OG).

In der *öffentlichen Rechtspflege* (des Bundes) ist die Streitwertgrenze unbekannt. Die Expertenkommission hat eingehend untersucht, ob sie dort eingeführt werden könnte. Auf den ersten Blick erscheint dieses Instrument brauchbar für Beschwerden gegen Entscheidungen, welche eine Geldleistung zum Gegenstand haben, namentlich im Bereich der Steuern, der Subventionen, der Staatshaftung, des Beamtenrechts, der Sozialversicherung und der Enteignung. Die konkrete Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass die Einführung einer Streitwertgrenze, selbst wenn sie auf diese Art von Streitigkeiten beschränkt wird, auf heikle Probleme stösst. Jedenfalls ist es ausgeschlossen, eine einzige Limite festzusetzen, wie das Beispiel der Sozialversicherungsstreitigkeiten und der Enteignungssachen zeigt: Erstere verlangen eine wesentlich tiefere Streitwertgrenze als letztere. Eine einheitliche Grenze lässt sich nicht einmal für einen ganzen Bereich, wie namentlich das Steuerrecht, finden. Oft wäre es auch schwierig, den Streitwert im konkreten Fall festzustellen. Entspricht er zum Beispiel bei der Anfechtung der Streichung eines Steuerabzugs nur der Differenz zum veranlagten Betrag, oder muss berücksichtigt werden, dass der Abzug für die kommenden Jahre Präjudizwirkung hat? In Wirklichkeit haben diese praktischen Schwierigkeiten tiefere Gründe, die in der Natur der öffentlichrechtlichen Beziehungen liegen. In der öffentlichen Rechtspflege geht es nicht allein um die Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern auch um das öffentliche Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts, um die Durchsetzung des Legalitätsprinzips. Die involvierten Interessen des Staates und des Bürgers sind von wesentlich unterschiedlicher Natur, weshalb das im Streitwert angesprochene Geld nicht als gemeinsamer Massstab dienen kann. Im übrigen betrachtet der Bürger den Staat als Träger der Hoheitsgewalt, nicht als irgendeine Partei. Er misst der Verteidigung seiner Rechte häufig ein grösseres Gewicht bei, als man es aufgrund der auf dem Spiel stehenden vermögensrechtlichen Interessen erwarten würde.

Das *Strafrecht* ist noch schlechter geeignet für Streitwertgrenzen. Die im Streite stehenden Interessen lassen sich in der Regel nicht in Geld ausdrücken. Jedenfalls aus der Sicht des Staates, der seinen Strafanspruch durchsetzen will, kann nicht gesagt werden, er prozessiere aus finanziellen Interessen. Auch für den Angeschuldigten steht meistens nicht der Geldwert einer Busse im Vordergrund, sondern vielmehr die Schuldfrage überhaupt.

Die Streitwertgrenze erweist sich demnach nur für vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeiten und allenfalls gewisse zivilrechtsnahe Bereiche des öffentlichen Rechts als geeignete Zugangsbeschränkung. Ihre Entlastungswirkung hängt dabei von der Höhe der Streitwertgrenze ab.

5.3.3. Vorschlag der Expertenkommission

5.3.3.1. Generelles Vorprüfungsverfahren

Nach einlässlichen Diskussionen und sorgfältiger Prüfung sämtlicher Möglichkeiten hat die Expertenkommission sich mehrheitlich für ein System des Vorprüfungsverfahrens entschieden.

Das Vorprüfungsverfahren soll grundsätzlich auf alle Beschwerden Anwendung finden (*genereller Anwendungsbereich*). Ausgenommen sind Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des künftigen Bundesstrafgerichts.

Die Expertenkommission schlägt vor, das Vorprüfungsverfahren wie folgt *auszugestalten*: Drei Richter der zuständigen Abteilung prüfen jede eingehende Beschwerde daraufhin, ob sie nicht unter die im Gesetz abschliessend aufgezählten Unzulässigkeitsgründe fällt. Trifft einer dieser Gründe zu, so kann die Beschwerde für unzulässig erklärt werden. Der Entscheid wird mit der Mehrheit der Stimmen gefällt, Einstimmigkeit ist nicht erforderlich. Die Beschwerde kann auch nur teilweise für unzulässig erklärt werden. Die Unzulässigkeitserklärung besagt dabei lediglich, dass ein Unzulässigkeitsgrund erfüllt ist, ohne dass daraus abgeleitet werden könnte, dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid als korrekt beurteilt. Trifft kein Unzulässigkeitsgrund zu, wird über die Beschwerde im ordentlichen Verfahren und in der ordentlichen Besetzung entschieden.

Der Begriff "*Unzulässigkeitsgründe*" ist ein Oberbegriff. Darunter fallen formelle und materielle Gründe. Nach dem Vorschlag der Expertenkommission kann eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden, wenn:

- auf sie offensichtlich nicht eingetreten werden kann;
- die Prozessführung querulatorisch oder rechtsmissbräuchlich ist;
- die vorgebrachten Rügen nicht hinreichend begründet werden;
- eine Rechtsverletzung gerügt wird, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein kann;
- sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat.

(Zu den Unzulässigkeitsgründen im einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Artikel 95 E-BGG.)

Eine Einschränkung gilt für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Sie unterliegen zwar ebenfalls der Vorprüfung, doch finden *nicht alle* Unzulässigkeitsgründe auf sie Anwendung. Die Möglichkeit der Unzulässigkeitserklärung, weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat, entfällt. Dieses Kriterium passt

nicht für einen Bereich, in dem die Aufsichtsfunktion im Vordergrund steht. Das Beschwerdeverfahren dient in diesen rein betriebsrechtlichen Angelegenheiten (gemeint sind die heutigen Rekursachen nach Art. 78 ff. OG) primär dem richtigen Funktionieren des Vollstreckungsverfahrens und weniger dem Rechtsschutz des Einzelnen. Die Vollstreckungsbehörde muss rasch vom Bundesgericht erfahren, wie in der jeweiligen Verfahrensetappe korrekt vorzugehen ist. Das heute bestehende "Reskriptensystem" hat sich bewährt und sollte nicht ohne zwingende Gründe aufgegeben werden, zumal die Anzahl Beschwerden in diesem Bereich nicht sehr hoch ist (1996: 306 Eingänge; 1995: 282 Eingänge).

Mit dem Vorprüfungsverfahren erhält das Bundesgericht ein Instrument, um unzulässige Beschwerden *rasch* und ohne weitere Instruktion oder Durchführung eines Schriftenwechsels zu erledigen. Die drei Richter befinden über die Unzulässigkeit von Beschwerden in der Regel auf dem Weg der Aktenzirkulation; eine allfällige mündliche Beratung ist nicht öffentlich. Parteiverhandlungen finden nicht statt. Der Filter der Vorprüfung kann somit rasch und wirksam greifen. Das Bundesgericht gewinnt dadurch mehr Zeit für die zulässigen Beschwerden. Die umgehende Erledigung unzulässiger Beschwerden wird sich auch dahin auswirken, dass Beschwerden zum blossen Zeitgewinn, deren Zahl z.B. auf dem Gebiet des Baurechts beträchtlich ist, nicht mehr erhoben werden.

Möglich ist, dass die Unzulässigkeitserklärung nicht schon im Vorprüfungsverfahren erfolgt, sondern in einem *späteren* Stadium, namentlich nach Durchführung des Schriftenwechsels, weil sich erst dann herausstellt, dass ein Unzulässigkeitsgrund gegeben ist. Insofern besteht eine gewisse Flexibilität.

Im Grunde geht es beim Vorprüfungsverfahren um eine Weiterentwicklung des vereinfachten Verfahrens nach Artikel 36a des geltenden OG, freilich mit wesentlichen Unterschieden:

Beschwerdeentscheide im vereinfachten Verfahren müssen zumindest summarisch begründet werden (Art. 36a Abs. 3 OG), was - wie die Praxis zeigt - meistens doch erheblichen Aufwand verursacht. Demgegenüber kann sich beim Vorprüfungsverfahren die Begründung des Unzulässigkeitsentscheids auf die Angabe des Unzulässigkeitsgrundes beschränken. Damit ist eine Vereinfachung erzielt, die merklich ins Gewicht fallen wird.

Der Katalog der Unzulässigkeitsgründe ist weiter gefasst als die Kriterien nach Artikel 36a OG. Keine Entsprechung in Artikel 36a OG hat namentlich die Möglichkeit, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, weil eine Rechtsverletzung gerügt wird, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein kann oder weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat. Gerade diese beiden Gründe bergen ein beachtliches Entlastungspotential. Der Katalog der Unzulässigkeitsgründe verspricht damit eine *starke Filterwirkung*, so dass wohl ein recht grosser Teil der Beschwerden im Vorprüfungsverfahren definitiv erledigt werden kann.

5.3.3.2. Verworfen Variante: generelles Annahmeverfahren

Eine vergleichbare Entlastungswirkung wie mit dem Vorprüfungsverfahren liesse sich mit einem Annahmeverfahren erreichen, bei dem die Annahmegründe den Unzulässigkeitsgründen des Vorprüfungsverfahrens *entsprechen*, jedoch affirmativ formuliert sind, gewissermassen mit umgekehrten Vorzeichen.

Der grundlegende Unterschied eines solchen Annahmeverfahrens zum vorgeschlagenen Vorprüfungsverfahren besteht in der Optik: Beim Annahmeverfahren sagt das Bundesgericht, welche Fälle es behandelt, beim Vorprüfungsverfahren entscheidet es, welche Fälle es *nicht* behandelt. Im ersteren System besteht grundsätzlich kein Zugang, es sei denn, das Bundesgericht nehme die Beschwerde an, im letzteren System besteht grundsätzlich Zugang, es sei denn, das Bundesgericht erkläre die Beschwerde für unzulässig. Unterschiedlich verteilt ist die Verantwortung für die Sondierung der Fälle: Beim Annahmeverfahren obliegt es dem *Rechtssuchenden* darzutun, dass seine Sache von genügender Bedeutung ist, um vom Bundesgericht behandelt zu werden, dass also ein Annahmegrund erfüllt ist. Gelingt ihm dies nicht, befasst sich das Bundesgericht nicht mit der Sache. Demgegenüber obliegt es beim Vorprüfungsverfahren primär dem *Bundesgericht* darzutun, dass dieser oder jener Unzulässigkeitsgrund gegeben ist. Just dieser Aspekt hat eine Mehrheit der Expertenkommission dazu bewogen, dem Vorprüfungsverfahren den Vorzug zu geben.

Zweifellos den grössten Entlastungseffekt könnte man mit einem Annahmeverfahren erzielen, das die Annahme ins *freie Ermessen* des Bundesgerichts stellt oder doch die Annahmegründe sehr *restriktiv* fasst. Ein solches System kommt im Ausland verschiedentlich zur Anwendung, so zum Beispiel am amerikanischen Supreme Court. Die Expertenkommission hat auf einen entsprechenden Vorschlag verzichtet, weil ein derartiges Annahmeverfahren durch die mit der Justizreform vorgeschlagene Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen (Art. 178a) nicht abgedeckt wäre.

5.3.3.3. Ausnahmekatalog bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kombiniert mit einem Vorlageverfahren

Der Vorschlag der Expertenkommission umfasst als weiteres Element einen Katalog von Streitigkeiten, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht *a priori* unzulässig ist, in denen also nicht bloss der Filter des Vorprüfungsverfahrens wirkt. Der Ausnahmekatalog findet sich ausschliesslich bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Er betrifft einerseits Bereiche, die wegen ihrer vorwiegend politischen Natur in die Beurteilungskompetenz des Bundesrates fallen, anderseits Gebiete, die - wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden, der Technizität der Materie oder weil Ermessensfragen im Vordergrund stehen - abschliessend vom Bundesverwaltungsgericht oder von der letzten kantonalen Instanz beurteilt werden sollen (vgl. im einzelnen die Erläuterungen zu Art. 77 E-BGG).

Das Bundesgericht bleibt freilich nicht vollständig ausgeschlossen. Zur Gewährleistung der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und

allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht und Völkerrecht wird ein *Vorlageverfahren* vorgesehen. Ein solches wird im VE 96 Justizreform für die Sachgebiete, in denen das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht ausschliesst, ausdrücklich vorbehalten (Art. 178a Abs. 3).

Nach den Vorstellungen der Expertenkommission (Art. 107 ff. E-BGG) haben richterliche Instanzen, die endgültig entscheiden (gemeint sind das Bundesverwaltungsgericht und die kantonalen Verwaltungsgerichte, nicht aber die Militärgerichte), das Verfahren auszusetzen und den Entscheid des Bundesgerichts einzuholen, wenn sie der Auffassung sind, ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss, auf dessen Gültigkeit es im zu beurteilenden Fall ankommt, verletze verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung oder Völkerrecht.

Insoweit besteht eine *Vorlagepflicht*, d.h. es muss vorgelegt werden. Andernfalls käme die Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen in den Bereichen, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, nicht zum Zuge, da diese Normenkontrollbefugnis beim Bundesgericht konzentriert ist (vgl. Art. 178 VE 96 Justizreform).

Bloss *berechtigt* zur Vorlage sollen das Bundesverwaltungsgericht und die letzten kantonalen Gerichte im Falle endgültiger Entscheidungsbefugnis dann sein, wenn sie ernsthafte Zweifel haben, wie Bundesrecht oder Völkerrecht auszulegen ist. Mit der blossen Vorlageberechtigung will man erreichen, dass nur die wirklich entscheidenden Auslegungsfragen dem Bundesgericht vorgelegt werden. Eine weitergehende Vorlagebestimmung könnte das Bundesgericht allzu sehr belasten und käme einer "Bevormundung" der unteren Gerichte gleich. Soweit das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet, ist die einheitliche Rechtsanwendung ohnedies sichergestellt.

Das Vorlageverfahren setzt an sich nicht zwingend voraus, dass das vorlegende Gericht am Ende des Instanzenzuges steht, sein Urteil also keinem (innerstaatlichen) Rechtsmittel mehr unterliegt. In der Bundesrechtspflege besteht jedoch kein Bedürfnis nach einem Vorlageverfahren, solange die entsprechenden Rechtsfragen in einem Rechtsmittelverfahren aufgeworfen werden können. Die Expertenkommission sieht das Vorlageverfahren somit einzig als Korrektiv zum gänzlichen Ausschluss der Beschwerde.

5.3.3.4. Verzicht auf Streitwertgrenzen

Die Expertenkommission hat dieses Selektionsinstrument einer erneuten Prüfung unterzogen um festzustellen, ob und nach welchen Modalitäten es in kohärenter Weise in das Gesamtprojekt integriert werden könnte. Diese Überprüfung drängt sich auf, wenn einerseits für alle Rechtsgebiete ein Vorprüfungsverfahren eingeführt wird und andererseits die Rechtsmittelwege neu gestaltet werden unter Einführung der Einheitsbeschwerde. Diese beiden Neuerungen verlangen für die verschiedenen Rechtsmittel möglichst harmonisierte Regelungen, jedenfalls in den vergleichbaren Punkten. Zu beachten ist ferner, dass die Streitwertgrenze bei der Einheitsbeschwerde gleichzeitig auch die Zugangsschranke für die Rüge der Verletzung

verfassungsmässiger Rechte setzt. Wenn der Zugang zum Verfassungsrichter nicht in unannehmbare Weise beschränkt werden soll, kommt daher nur eine verhältnismässig tiefe Streitwertgrenze in Betracht. Dann aber trägt sie mehr zur Komplizierung der Verfahrensordnung als zur Entlastung des Bundesgerichts bei, zumal sie nicht für alle Streitigkeiten und nicht einheitlich eingeführt werden könnte.

Die Expertenkommission ist deshalb zum Schluss gelangt, dass die Streitwertgrenze als Zugangsbeschränkung im vorgeschlagenen Modell eines generellen Vorprüfungsverfahrens *keinen Platz* mehr hat bzw. *überflüssig* ist. Hingegen spielt sie als gesetzliches Kriterium zur Konkretisierung des Begriffs der schwerwiegenden Folgen eine gewisse Rolle, übernimmt aber insofern eine ganz andere Funktion als eine Zugangsbeschränkung (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 95 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 E-BGG).

Mit dem Verzicht auf eine minimale Streitwertgrenze wird gleichzeitig der Nachteil beseitigt, dass gewisse Streitigkeiten, welche nie oder nur selten den erforderlichen Streitwert erreichen, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entzogen bleiben und damit die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung in den betroffenen Materien (z.B. Miet- und Arbeitsrecht) nicht gewährleistet sind.

5.4. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

Eine der zentralen Neuerungen der Reform der Bundesrechtspflege ist der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Normenkontrolle. Neu soll es dem Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht werden, *Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse* auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht zu überprüfen und ihnen gegebenenfalls die *Anwendung zu versagen*.

5.4.1. Das System der Normenkontrolle nach geltendem Recht

Normenkontrolle bedeutet die Überprüfung von Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht. Sie stellt eine Form der Verfassungsgerichtsbarkeit dar, wenn die Verfassung Kontrollmassstab bildet und ein Gericht die Prüfung vornimmt. Normen können *abstrakt* oder *konkret* überprüft werden. Bei der abstrakten Normenkontrolle ist die Norm selbst Anfechtungsobjekt und wird unabhängig von einem Anwendungsfall auf ihre Konformität mit dem höherrangigen Recht überprüft. Bei der konkreten Normenkontrolle bildet ein Anwendungsakt (Verfügung, Entscheid) das Anfechtungsobjekt, und es wird vorfrageweise geprüft, ob die Norm, auf welche sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, mit dem übergeordneten Recht übereinstimmt.

Nach heutiger Rechtslage besteht in bezug auf *kantonale Erlasse* eine gut ausgebauten Normenkontrolle: Kantonale Erlasse sind grundsätzlich von *allen* rechtsanwendenden Behörden im Anwendungsfall auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht zu überprüfen (sog. diffuses System). Zudem bilden sämtliche kantonalen Erlasse Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde und können vom Bundesgericht in diesem Verfahren auch

abstrakt auf die Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte sowie auf ihre Konkordats- und Staatsvertragskonformität überprüft werden. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehen im Fall der Kantonsverfassung gewisse Einschränkungen (vgl. zuletzt BGE 121 I 146 f.).

Grundsätzlich unterliegen nach heutigem Recht auch *bundesrechtliche Erlasse* der Normenkontrolle. Indessen sind hier der Verfassungsgerichtsbarkeit in zweifacher Hinsicht Grenzen gesetzt:

- Bundesrechtliche Erlasse sind nur einer *konkreten* Normenkontrolle zugänglich. Eine abstrakte Normenkontrolle ist nicht vorgesehen.
- *Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und Staatsverträge* sind gemäss Artikel 113 Absatz 3 bzw. Artikel 114 bis Absatz 3 BV für das Bundesgericht (und über den Wortlaut dieser Bestimmungen hinaus auch für alle übrigen Rechtsanwender) "massgebend", d.h. es darf ihnen nicht unter Berufung auf die Bundesverfassung die Anwendung versagt werden.

5.4.2. Ermöglichung der konkreten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen

In Einklang mit der vom Bundesrat im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung vorgeschlagenen Justizreform sieht der Entwurf der Expertenkommission vor, dass das Bundesgericht unter gewissen Voraussetzungen befugt ist, die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen und von allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen mit höherrangigem Recht zu überprüfen (Art. 89 E-BGG).

Gemäss Entwurf ist diese Normenkontrolle (in Umsetzung von Art. 178 VE 96 Justizreform) mehrfach begrenzt:

- Die Überprüfung ist nur im *Anwendungsfall* möglich (Beschränkung auf die konkrete Normenkontrolle). Die Wirkung eines Urteils, mit dem die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesbestimmung bejaht wird, besteht darin, dass das Bundesgericht im fraglichen Fall das Gesetz bzw. den betreffenden Artikel gegebenenfalls nicht anwendet (vgl. Art. 178 Abs. 3 VE 96 Justizreform). Die fragliche Vorschrift bleibt jedoch formell in Kraft.
- *Prüfungsmassstab* sind einzig die *verfassungsmässigen Rechte* der Bürgerinnen und Bürger bzw. das *Völkerrecht* sowie - auf entsprechende Rüge eines Kantons hin - die verfassungsrechtliche *Kompetenzordnung*. Aus anderen Gründen kann eine Überprüfung nicht verlangt werden.
- Zuständig für die Normenkontrolle ist allein das *Bundesgericht* (konzentriertes System).

5.4.3. Gründe für die Erweiterung der Normenkontrolle

Die *Gründe* für die vorgeschlagene Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit sind in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung

einlässlich dargelegt (BBJ 1997 I 505 ff., 532 ff.). Im wesentlichen handelt es sich um die folgenden Gesichtspunkte (vgl. auch den Zwischenbericht der Expertenkommission vom März 1995, Ziff. 4.7.):

- Die Verfassungsgerichtsbarkeit gehört zum unverzichtbaren Gehalt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung und hat sich in den meisten Verfassungsstaaten heute voll durchgesetzt.
- Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene rechtfertigt sich angesichts der seit 1874 enorm *gewachsenen Bedeutung der Bundesgesetzgebung*, die heute potentiell in die meisten Freiheitsbereiche eindringen kann.
- Heute ist nicht zu befürchten, dass das Bundesgericht sich eine Rolle anmasst, die ihm nicht zusteht. Im Gegenteil: Die Erfahrungen mit der Überprüfung kantonaler Gesetze durch das Bundesgericht, wie sie im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde seit jeher besteht, belegen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die Freiheit der Privaten wesentlich fördern kann, ohne dass die Demokratie durch übermächtige Richter gefährdet wird.
- Die bundesgerichtliche Praxis weist *bereits heute* einzelne *Elemente* einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber auf. Das Bundesgericht erblickt in Artikel 113 Absatz 3 bzw. Artikel 114^{bis} Absatz 3 BV nur ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot (vgl. BGE 117 Ib 373; 118 Ia 353). Der Grundsatz von Artikel 113 Abs. 3 BV erfährt überdies durch die verfassungskonforme Interpretation, durch die Anerkennung von Gesetzeslücken oder durch die Überprüfung von kantonalen Erlassen, die analoge Normen eines Bundesgesetzes enthalten, eine Relativierung.
- Die fehlende *nationale* Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen ist mit dem *Inkrafttreten der EMRK* fragwürdig geworden. Die EMRK stimmt mit der Bundesverfassung im Grundrechtsbereich über weite Strecken überein. Die Strassburger Organe sind nicht an die "Massgeblichkeit" der Bundesgesetze gebunden. Sie können Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK prüfen. Es kann die paradoxe Situation eintreten, dass die Strassburger Instanzen über eine grössere Beurteilungsbefugnis verfügen als das Bundesgericht. Um dieser unbefriedigenden Rechtslage begegnen zu können, hat das Bundesgericht seine frühere Zurückhaltung aufgegeben und ist nun grundsätzlich bereit, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK und damit indirekt auch der Bundesverfassung zu überprüfen (so erstmals in BGE 117 Ib 371 ff.; in BGE 122 III 416 wird die Frage des Vorrangs der EMRK vor einer 1988 erlassenen Bestimmung des ZGB offen gelassen).
- Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit ist schliesslich auch aus *föderalistischen* Gründen geboten. Die Massgeblichkeit der Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse gibt Bund und Kantone ungleich lange Spiesse in die Hand. Während der Bund die Kantone vor Bundesgericht sanktionieren kann, wenn ihre Gesetzgebung Bundesrecht verletzt, ist es den Kantonen umgekehrt verwehrt, sich beim Bundesgericht gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung durch den Bundesgesetzgeber zu beschweren.

5.4.4. Zur Organisation der künftigen Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen: Konzentriertes System

Gemäss dem in der Justizreform vorgesehenen Konzept, das im Entwurf der Expertenkommission auf Gesetzesstufe umgesetzt wird, liegt die Zuständigkeit zur Überprüfung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen *allein beim Bundesgericht* (Art. 178 VE 96 Justizreform, Art. 89 E-BGG). Die Gründe für die Wahl des *konzentrierten* Systems sind in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung dargelegt (BBl 1997 I 512 f.).

Geprüft, aber verworfen wurde von der Expertenkommission (vgl. Zwischenbericht, Ziff. 4.7.6.) und im Rahmen der Verfassungsreform auch vom Bundesrat (vgl. BBl 1997 I 512) die Schaffung eines vom Bundesgericht losgelösten, übergeordneten Verfassungsgerichts, das mit dieser neuen Aufgabe betraut wäre. Ein solches Organisationsmodell würde zu einer Komplizierung und Verlängerung der Verfahren und zu einer gewissen "Abwertung" des Bundesgerichts führen. Der besonderen Bedeutung und Tragweite einer richterlichen Überprüfung von Erlassen des Bundesgesetzgebers trägt Artikel 19 E-BGG Rechnung, der vorsieht, dass das Bundesgericht in der Besetzung mit *elf Richtern* unter dem Vorsitz des Bundesgerichtspräsidenten urteilt (erweiterter Spruchkörper, hervorgehend aus der Vereinigung zweier Abteilungen).

Im Rahmen der Justizreform wird bewusst darauf verzichtet, die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen vorzuschlagen. Ermöglicht wird nur die *konkrete Normenkontrolle* anlässlich eines Anwendungsfalls. Diese Form der Verfassungsgerichtsbarkeit verträgt sich besser mit den Rechten des Volkes in der Referendumsdemokratie als die abstrakte Beurteilung losgelöst von der Anwendung des Gesetzes im Einzelfall. Im Entwurf der Expertenkommission ergibt sich diese Beschränkung sowohl aus Artikel 76 als auch aus Artikel 89 E-BGG. Dieselbe Beschränkung besteht auch (wie schon in Art. 178 VE 96 Justizreform vorgesehen) für die durch einen Kanton veranlasste Überprüfung der Kompetenzkonformität eines Bundesgesetzes oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses (Art. 89 Abs. 2 E-BGG).

Angeichts des konzentrierten Systems der Normenkontrolle wird eine Hauptfunktion des Vorlageverfahrens gemäss Artikel 107 ff. E-BGG deutlich: Das Vorlageverfahren dient dem Zweck, die ausschliesslich dem Bundesgericht zustehende *Normenkontrolle* gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen auch in denjenigen Sachgebieten zu ermöglichen, die nach der gesetzlichen Ordnung in die abschliessende Zuständigkeit anderer Gerichte fallen (vgl. Art. 178 a Abs. 3 VE 96 Justizreform). Ohne Vorlageverfahren könnte die Verfassungs- bzw. Völkerrechtskonformität von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen aus den fraglichen Rechtsbereichen nie überprüft werden.

5.4.5. Verzicht auf weitere Neuerungen im Bereich der Normenkontrolle

Das gegenwärtige System der Normenkontrolle hat sich im übrigen bewährt und soll deshalb - in Einklang mit den Vorschlägen des Bundesrates für die Verfassungsstufe (vgl. BBl 1997 I 511 ff.) - auch künftig bestehen bleiben. Festgehalten werden soll:

- an der Möglichkeit der *abstrakten Kontrolle aller kantonalen Erlasse* und der *Konkordate* durch das Bundesgericht (vgl. Ziff. 5.2.2.). Den Kantonen soll es weiterhin frei stehen, ihrerseits abstrakte Normenkontrollverfahren gegenüber ihren Erlassen vorzusehen. Wie nach bisheriger Praxis soll die abstrakte Kontrolle der Kantonsverfassungen weiterhin Sache der Bundesversammlung sein (Gewährleistungsverfahren gemäss Art. 6 und Art. 85 Ziff. 7 BV).
- an der Möglichkeit der *vorfrageweisen Überprüfung aller kantonalen Erlasse* sowie der *Konkordate*. Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass das Bundesgericht heute allgemein, d.h. ohne die gegenwärtig praktizierten Einschränkungen (vgl. BGE 121 I 146 f.), befugt ist, Bestimmungen des *kantonalen Verfassungsrechts* einer *konkreten* Normenkontrolle zu unterziehen. Die Realisierung dieses Postulats setzt keine spezifische gesetzgeberische Massnahme voraus; es genügt eine Änderung der Bundesgerichtspraxis (vgl. Zwischenbericht, Ziff. 4.7.2.).
- an der Möglichkeit der *vorfrageweisen Überprüfung von Verordnungen des Bundes* durch grundsätzlich alle rechtsanwendenden Behörden, mit den gebotenen Einschränkungen für untere Verwaltungsstellen.
- am Verzicht auf die abstrakte Normenkontrolle gegenüber *Verordnungen des Bundes*, da mit einer konkreten Kontrolle dem angestrebten Schutz der Gewaltentrennung Genüge getan ist.
- am *diffusen System* der Normenkontrolle ausserhalb der Überprüfung von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen; es soll Aufgabe grundsätzlich aller rechtsanwendenden Behörden bleiben, Normen vorfrageweise auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht zu überprüfen.
- am Gebot, *Staatsverträge* auch dann anzuwenden, wenn sie mit der Bundesverfassung nicht in Einklang stehen (vgl. Art. 113 Abs. 3 BV; Art. 178 Abs. 4 VE 96 Justizreform; BBl 1997 I 535; vgl. auch Zwischenbericht Ziff. 4.7.5.). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wieweit Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen im Konfliktfall Vorrang vor dem Völkerrecht zukommen kann. Bundesgericht und Bundesbehörden anerkennen den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechtes gegenüber dem nationalen Recht (BGE 122 II 239; VPB 1989 Nr.54). *Ausnahmsweise* sieht jedoch das Bundesgericht davon ab, dem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz die Anwendung zu versagen (vgl. BGE 99 Ib 39 ff., *Schubert*). Auch im Rahmen der Justizreform soll dem Bundesgericht die Möglichkeit belassen bleiben, in (seltenen) Ausnahmefällen auf die Durchsetzung des Vorrangs des Völkerrechts zu verzichten (vgl. Art. 178 Abs. 3 VE 96 Justizreform).

5.5. Rechtsschutz im Zusammenhang mit eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen und Volksinitiativen

Nach geltendem Recht prüft das Bundesgericht im Rahmen der *Stimmrechtsbeschwerde* gemäss Artikel 85 Buchstabe a OG die Wahrung der politischen Rechte der Bürger im Zusammenhang mit *kantonalen* Wahlen oder Abstimmungen. Als kantonal gelten auch Wahlen und Abstimmungen in den Gemeinden (BGE 119 Ia 169 E. 1a). Demgegenüber sind die politischen Rechte auf Bundesebene von der Stimmrechtsbeschwerde nach Artikel 85 Buchstabe a OG nicht erfasst. In bezug auf *eidgenössische* Urnengänge gilt die spezielle Rechtsmittelordnung gemäss Artikel 77 ff. PRG. Das Bundesgericht besitzt nur marginale Kompetenzen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde in den Fällen von Art. 80 PRG). Entscheide der Kantonsregierungen über Beschwerden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von eidgenössischen Abstimmungen bzw. Nationalratswahlen sind letztinstanzlich an den Bundesrat bzw. an den Nationalrat weiterziehbar (Art. 81 und 82 PRG). Gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung.

Die Expertenkommission hält es für gerechtfertigt, in bezug auf die politischen Rechte im Bund weitgehend den gleichen *gerichtlichen* Rechtsschutz zuzulassen wie gegenüber kantonalen Wahlen und Abstimmungen. Dies bedeutet, dass die *Stimmrechtsbeschwerde auch auf eidgenössischer Ebene* eingeführt wird. Der Bundesrat und der Nationalrat sollen von ihren Justizaufgaben im Zusammenhang mit Abstimmungen und Wahlen entlastet werden. Die Entscheide der Bundeskanzlei und der Kantonsregierungen auf dem Gebiet der politischen Rechte des Bundes sollen folglich vor das Bundesgericht gebracht werden können (Art. 80 Abs. 1 Bst. b E-BGG).

Im weiteren hat die Expertenkommission die Frage geprüft, ob gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung die Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen werden soll (gleich wie gegen die Ungültigerklärung einer kantonalen Initiative durch ein Kantonsparlament die Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist). Die mit der Totalrevision des OG angestrebten Ziele erfordern eine solche Ausweitung des Rechtsschutzes nicht. Diese Frage ist im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung zu prüfen (vgl. Art. 177a VE 96 Reform der Volksrechte, BBl 1997 I 482 ff.).

5.6. Integration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht

5.6.1. Stellung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach geltendem Recht

De lege lata "gilt" das Eidgenössische Versicherungsgericht als *organisatorisch selbständige Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts* (Art. 122 OG). Es hat seinen Sitz in Luzern (Art. 124 OG). Gemäss Artikel 125 OG organisiert es sich in sinngemässer Anwendung der für das Bundesgericht geltenden

Bestimmungen des OG. In Ausführung dieser Vorschrift hat das EVG sein eigenes Reglement erlassen (SR 173.111.2). Es untersteht der Oberaufsicht der Bundesversammlung und erstattet dieser jährlich seinen Geschäftsbericht.

Auf die Wahl der Mitglieder und des Präsidiums des EVG finden die gleichen Bestimmungen Anwendung, wie sie für das Bundesgericht Geltung haben (Art. 123 Abs. 2 OG). Die Richterwahl erfolgt für beide Gerichte getrennt; ein Wechsel von der Sozialversicherungsabteilung in eine andere Abteilung des Bundesgerichts ohne Neuwahl ist nicht möglich.

Die anlässlich der Revision des OG von 1968 beschlossene Regelung beruht auf einem Kompromiss. Einerseits trägt sie organisatorischen und verfahrensrechtlichen Überlegungen Rechnung, die eine Vereinigung von EVG und Bundesgericht nahelegten, andererseits berücksichtigt sie politische, insbesondere föderalistische Gesichtspunkte, die für die Beibehaltung des Sitzes in Luzern sprachen (vgl. AB 1967 272 ff.). Die Eingliederung des EVG in das Bundesgericht hat weitgehend formellen Charakter. Faktisch bestehen mit dem EVG und dem Bundesgericht zwei eigenständige Gerichte auf gleicher Stufe, für die jedoch grundsätzlich die selbe Verfahrensordnung gilt und deren Tätigkeit in einem gewissen Umfang koordiniert ist.

5.6.2. Vorschlag der Expertenkommission

Die Expertenkommission hat die Stellung des EVG einer Überprüfung unterzogen und schlägt in diesem Punkt als Neuerung vor, das EVG *vollständig* ins Bundesgericht in Lausanne zu *integrieren*.

Für die Diskussion dieses Punktes stand der Expertenkommission u.a. ein Bericht des EVG vom 4. März 1997 zur Verfügung, welcher sich einlässlich zum geschichtlichen Hintergrund, zur gegenwärtigen Stellung des EVG und zu den Vor- und Nachteilen neuer Lösungen äussert.

Das EVG spricht sich in diesem Bericht einhellig *gegen* die Beibehaltung des *Status quo* aus. Die Mängel, welche sich aus dem Kompromisscharakter der geltenden Regelung ergäben, seien mit der Revision des OG zu beseitigen. Dies betreffe insbesondere die fehlende "Freizügigkeit" der Mitglieder und Mitarbeiter der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung. Die Expertenkommission teilt diese Auffassung. Die geltende Ordnung führt zu einem erheblichen Koordinationsaufwand. Der selbständige Sitz des EVG erschwert den Kontakt mit den öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts; dadurch wird die Einheit der letztinstanzlichen Verwaltungsrechtsprechung gefährdet. Darüber hinaus würde der selbständige Sitz des EVG künftig erhebliche Umstände verursachen im Zusammenhang mit der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen, für die eine besondere Besetzung des Spruchkörpers vorgesehen ist, nämlich die Vereinigung der im betreffenden Streitfall zuständigen (und damit allenfalls auch der Sozialversicherungsabteilung) mit einer öffentlichrechtlichen Abteilung unter Vorsitz des Bundesgerichtspräsidenten (vgl. Art. 19 E-BGG). Im übrigen entspricht das faktische Bestehen *zweier* oberster Gerichte kaum den Vorstellungen des Verfassungsprojekts, welches vom Bundesgericht als *die* oberste rechtsprechende Behörde des Bundes spricht (Art. 176 Abs. 1 VE 96 bzw. VE 96 Justizreform). Es empfiehlt sich daher, den Status quo aufzugeben.

Für eine Reform bieten sich grundsätzlich zwei Lösungen an:

- *Totalintegration*: Das EVG wird vollständig in das Bundesgericht integriert. Der Sitz in Luzern wird aufgehoben. Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Sozialversicherungssachen wird von den öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts ausgeübt, die in ihrer Zahl entsprechend aufzustocken sind.
- *Teilintegration*: Das EVG wird als sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Sitz in Luzern weitergeführt, aber nicht mehr mit eigener Führungsstruktur und eigenem Budget. Es gibt nur noch das Präsidium des Bundesgerichts. Die Mitglieder der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung können ohne Neuwahl in die anderen Abteilungen wechseln und umgekehrt.

Die *Teilintegration* wird von der Expertenkommission *verworfen*. Sie zementiert die oben dargelegten Schwierigkeiten, welche sich aus zwei verschiedenen Standorten ergeben. Darüber hinaus schafft sie neue Probleme: Infolge Wegfalls der organisatorischen Selbständigkeit müsste generell mit häufigen Reisen der Richter gerechnet werden zwecks Teilnahme an den Plenarversammlungen und der Konferenz der Abteilungspräsidenten sowie zwecks Mitwirkung in der Verwaltungskommission etc. Die Führung der Sozialversicherungsabteilung von Lausanne aus dürfte nicht einfach sein. Umgekehrt würden sich besondere Schwierigkeiten ergeben, wenn das Präsidium des Bundesgerichts einem Mitglied der Sozialversicherungsabteilung in Luzern zufiele. Ein Wechsel der Richter in eine andere Abteilung wäre zwar ohne Neuwahl möglich, aber mit erheblichen Umständen verbunden (Wohnsitzwechsel).

Demgegenüber kann die *Totalintegration* überwiegende Vorteile für sich verbuchen: Zum einen trägt sie der Tatsache Rechnung, dass das Sozialversicherungsrecht kein losgelöster Rechtszweig darstellt, sondern in die übrige Rechtsordnung eingebettet ist; es bildet einen wesentlichen Teil des Verwaltungsrechts. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts gelten auch in der Sozialversicherung. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in gemeinsamen Fragen und eine koordinierte richterliche Fortbildung des Verwaltungsrechts sind daher wichtig; sie können bei einer Integration des EVG ins Bundesgericht entschieden besser sichergestellt werden. Enge Beziehungen bestehen auch zum Privatrecht, namentlich dem Personen-, Familien-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Nicht selten hat das EVG vorfrageweise über privatrechtliche Fragen zu entscheiden. Die Integration des EVG in das Bundesgericht kann die Beurteilung solcher Fragen erleichtern.

Als sachlich richtige Lösung erscheint die Vereinigung der beiden Gerichte auch aus verfahrensrechtlicher Sicht: Schon heute gelten für das EVG und die öffentlichrechtlichen Abteilungen, was die Verwaltungsgerichtsbarkeit anbelangt, weitgehend identische Verfahrensordnungen. Die wenigen Sonderregelungen, etwa hinsichtlich der Kognition und der Kosten (Art. 132 und 134 OG), werden mit der vorgesehenen Revision des OG beseitigt. Das Sozialversicherungsrecht erfährt eine verfahrensrechtliche Gleichstellung mit dem übrigen Verwaltungsrecht.

Sodann entfallen bei der Integrationslösung Probleme der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Bundesgericht und dem EVG, was

zur Beschleunigung der Verfahren beiträgt. Ein weiterer Vorteil der Integrationslösung bildet der Umstand, dass auch den Mitgliedern der Sozialversicherungsabteilung ein Wechsel in eine andere Abteilung ohne Neuwahl möglich ist.

Die Vereinigung der beiden Gerichte dürfte Kosteneinsparungen namentlich im Bereich der Infrastruktur zur Folge haben (Zusammenlegung der Bibliotheken und Dokumentationsdienste, Konzentration der EDV auf einen Standort, Integration der Kanzlei). Es ist anzunehmen, dass insgesamt weniger Hilfspersonal benötigt wird; das vorhandene Personal kann dank breiterem Arbeitsfeld effizienter eingesetzt werden. Ferner resultiert ein Zeitgewinn für die Richter: Der Verzicht auf eine selbständige Organisation entlastet die Mitglieder der Sozialversicherungsabteilung von einem Teil ihrer administrativen Aufgaben, was der Rechtsprechung zugute kommt. Nicht zuletzt hebt die Integration des EVG ins Bundesgericht dessen Gewicht und Ansehen als dannzumal einziges oberstes Gericht, welches für sämtliche Rechtsbereiche zuständig ist.

Als Nachteil der vorgeschlagenen Totalintegration bleibt die Tatsache, dass Luzern das EVG verliert. Zudem sind mit der Sitzverlegung Kosten verbunden, die allerdings durch die mit der Zusammenlegung erzielbaren Synergieeffekte mehr als kompensiert werden dürften. Der Verlust für Luzern könnte wettgemacht werden, indem das Bundesverwaltungsgericht dort situiert wird (vgl. Ziffer 5.7.1.in fine).

5.7. Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege des Bundes

Die Verwaltungsrechtspflege des Bundes erfährt im wesentlichen in dreierlei Hinsicht eine Neuerung: Zum einen wird die dem Bundesgericht vorgelagerte Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit ausgebaut und neu organisiert (dazu Ziff. 5.7.1.). Dies führt zu einer Neugestaltung des Modellinstanzenzuges (dazu Ziff. 5.7.2.). Zum dritten verlagert sich die höchstinstanzliche Verwaltungsrechtspflege noch konsequenter von den politischen Behörden zum Bundesgericht; die Beschwerde an den Bundesrat und diejenige an die Bundesversammlung werden weitgehend abgeschafft (dazu Ziff. 5.7.3.)

5.7.1. Neuorganisation der dem Bundesgericht vorgelagerten Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes

Wie in Ziffer 5.1.1. dargetan, sollen die bestehenden Lücken in der unteren Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes geschlossen werden. Die Bedeutung und der Umfang dieses Gerichtszweiges nimmt damit weiter zu, was zur Frage einer Neuorganisation berechtigt. Die Expertenkommission hat zu dieser Frage bei Herrn Prof. Dr. Rainer J. Schweizer, St. Gallen, ein Gutachten eingeholt.

Heute wird die untere Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes von über 27 Rekurs- und Schiedskommissionen ausgeübt (ohne die 26 regionalen Rekurskommissionen für die Milchkontingentierung und ohne

Schätzungskommissionen), die als Spezialverwaltungsgerichte für einen mehr oder weniger grossen Sachbereich zuständig sind. Einzelne, wie zum Beispiel die Asylrekurskommission und die Rekurskommission EVD, setzen sich aus Berufsrichtern (und nebenamtlichen Mitgliedern) zusammen, die meisten fassen dagegen ausschliesslich nebenamtlich tätige Mitglieder.

Die stark zersplitterte Struktur schafft eine erhebliche Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bezüglich der Zuständigkeiten. Zum Teil variieren die anwendbaren Verfahrensvorschriften, was die Unsicherheit noch verstärkt. Weitere Nachteile kommen hinzu: Je spezieller der Aufgabenbereich einer Rekurskommission ist, desto eher können Schwankungen in der Geschäftslast zu organisatorischen Problemen führen. Jedenfalls die kleineren Rekurskommissionen haben ausserdem mit praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen. Ihnen fehlt die Routine, ja zum Teil die Professionalität im Entscheidungsverfahren und in der Geschäftserledigung. Oftmals sind sie nicht in der Lage, die für eine optimale Rechtsprechung erforderliche personelle, fachliche und technische Infrastruktur aufzubauen und aufrechtzuerhalten. Schliesslich gefährdet die starke Zersplitterung die Geschlossenheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes. Wegen dieser Nachteile *verwirft* die Expertenkommission ein Festhalten an der bestehenden Organisationsstruktur. Ihre Nachteile würden künftig noch verstärkt, wenn zur Bewältigung der neu hinzukommenden Aufgaben weitere Rekurskommissionen eingesetzt werden müssten.

Für eine *Neuorganisation* hat die Expertenkommission zwei Varianten in Betracht gezogen:

- Bildung eines *zentralen Bundesverwaltungsgerichts* (allenfalls unter Beibehaltung einzelner Spezialrekurskommissionen)
- Schaffung einer *kleineren Zahl eigenständiger Bundesverwaltungsgerichte* mit sachlich begrenztem Zuständigkeitsbereich und regional verschiedenen Sitzen (beispielsweise Bundesverwaltungsgericht für Asyl- und Ausländerrecht, Bundesverwaltungsgericht für Wirtschaftsrecht, Bundesverwaltungsgericht für Abgaberecht, Bundesverwaltungsgericht für Sozialversicherungsrecht und Bundesverwaltungsgericht für den Restbereich)

Die *zentrale* Lösung weist überwiegend *Vorteile* auf: Die Koordination der Rechtsprechung lässt sich leichter bewerkstelligen. Probleme bei der Zuständigkeitsabgrenzung entfallen. Sodann kann die Geschäftslast besser verteilt und damit die Arbeitskraft der Richter und des Personals optimaler genutzt werden (Verpflichtung zur "Aushilfe" in anderen Abteilungen). Es kann eine professionelle Infrastruktur aufgebaut werden. Eine solche erleichtert die richterliche Tätigkeit und verleiht dem Gericht grössere Autorität. Dank der Zusammenlegung der bestehenden Rekurskommissionen lassen sich Synergieeffekte realisieren. Auch dürften sich weniger Rekrutierungsprobleme ergeben, weil bei einem zentralen Bundesverwaltungsgericht die Richter in die verschiedenen Abteilungen wechseln können und sich somit nicht mehr auf ein enges Spezialgebiet beschränken müssen.

Diese Vorteile gehen bei einer *kleineren Zahl dezentraler Gerichte* zumindest teilweise *verloren*. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in den bereichsübergreifenden Fragen des Bundesverwaltungsrechts wäre nicht

sichergestellt. Es müsste mit einer recht unterschiedlichen Arbeitsbelastung dieser Gerichte gerechnet werden, ohne dass ein Ausgleich möglich ist. Als Nachteil fällt bei der dezentralen Lösung sodann vor allem die Zuständigkeitsabgrenzung ins Gewicht. Eine Rotation der Richter ist nicht möglich. Einsparungseffekte dank zentraler und gemeinsam genutzter Infrastruktur gehen verloren. Als einziger Vorteil der dezentralen Lösung erscheint der Umstand, dass mehrere Regionen berücksichtigt werden könnten; er vermag indessen die Nachteile nicht aufzuwiegen.

In Übereinstimmung mit dem Gutachten von Herrn Prof. Rainer J. Schweizer vom Oktober 1996 schlägt die Expertenkommission deshalb vor, ein *zentrales Bundesverwaltungsgericht* mit grundsätzlich umfassendem Zuständigkeitsbereich zu bilden. Insbesondere soll auch die Asylrekurskommission im Bundesverwaltungsgericht aufgehen. Dies hat den Vorteil, dass die Asylrichter in die anderen Abteilungen wechseln können, was die Rekrutierung qualifizierter Persönlichkeiten erleichtert. Neben dem zentralen Bundesverwaltungsgericht soll einzig die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) beibehalten werden, da vor dieser Instanz besondere Verfahrensregeln gelten und weiterhin gelten sollen. Das Verfahren vor der UBI bezweckt nicht allein den Rechtsschutz des Einzelnen, sondern stellt auch ein staatliches Aufsichtsinstrument dar. Es geht um eine eigentliche Programmaufsicht. Dementsprechend weit gefasst ist die Beschwerdebefugnis (Popularbeschwerde; vgl. Art. 63 Bundesgesetz vom 21.6.1991 über Radio und Fernsehen, RTVG, SR 784.40). Geprüft wird die Einhaltung der Programmbestimmungen, und das Verfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 62 Abs. 2, 65 Abs. 1 und 66 RTVG).

Nach den Vorstellungen der Expertenkommission untergliedert sich das Bundesverwaltungsgericht in mehrere *Abteilungen* à je sieben Richter. Der Zuständigkeitsbereich der Abteilungen wird aus Gründen der Flexibilität nicht im Gesetz festgelegt, sondern dem Reglement überlassen. Aufgrund der Erhebungen über die Geschäftserledigungen der Rekurskommissionen (1996: 8'528 erledigte Fälle) und der departementsinternen Beschwerdedienste (1996: 2'892 erledigte Fälle) sind elf Abteilungen vorzusehen.

Geht man von elf Abteilungen à sieben Richter aus, beläuft sich der *Personalbedarf* des Bundesverwaltungsgerichts auf 77 vollamtliche Richter. Diese Zahl erscheint durchaus angemessen, vor allem wenn man in Betracht zieht, dass im Bundesverwaltungsgericht auch die Asylrekurskommission aufgeht, die heute allein schon 27 vollamtliche Mitglieder umfasst. Insgesamt sind heute an den Rekurs- und Schiedskommissionen 44 vollamtliche und 301 nebenamtliche Richter sowie 25 Ersatzmitglieder tätig. Mit in Relation zu ziehen sind ferner die über 30 Juristenstellen, die auf die departementsinternen Beschwerdedienste entfallen. Aufgrund der Erfahrungen an anderen Gerichten sind pro Richter zwei juristische und 1/2 administrative Mitarbeiter beizugeben, so dass rund 190 Hilfspersonen hinzukommen (154 Juristen, 36 Kanzlei). Die Zahlen stützen sich u.a. auf die Untersuchungen von Herrn Prof. J. Schweizer im Nachtrag vom Februar 1997 zu seinem Gutachten vom Oktober 1996.

Vorgeschlagen wird, *vollamtliche Gerichtsmitglieder* zu bestellen und auf nicht vollamtliche Richter zu verzichten. Professionelle Richter garantieren für Qualität, Konstanz und Routine in der Geschäftserledigung. Der

Verfahrensablauf ist ihnen aufgrund täglicher Erfahrung vertraut. Nicht vollamtliche Richter sind demgegenüber aus beruflichen Gründen und von ihrer zeitlichen Belastung her oft nicht ausreichend verfügbar, was einer speditiven Behandlung der Fälle entgegensteht. Auch können sich unter dem Aspekt einer möglichst "abstrakten" Geschäftsverteilung Probleme ergeben (wer bestimmt nach welchen Kriterien, welcher nebenamtliche Richter bei welchem Fall mitwirkt?). Soweit im Einzelfall Fachkunde erforderlich ist, welche die Berufsrichter nicht besitzen, können Experten beigezogen werden.

Die *Wahl* der Richter soll nach Auffassung der Expertenkommission der Bundesversammlung zustehen. Ebenso soll diese die *Aufsicht* über das Bundesverwaltungsgericht ausüben. Dafür sprechen vor allem Gründe der richterlichen Unabhängigkeit; es wird jeder Anschein beseitigt, dass das Bundesverwaltungsgericht faktisch ein Stück ausgegliederte Bundesverwaltung sei, die vom Bundesrat kontrolliert werde. Die Wahl durch die Bundesversammlung macht die Richterstellen für kompetente Persönlichkeiten attraktiv und stellt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich Legitimität auf einen hohen Rang. Ein hohes Ansehen des Bundesverwaltungsgerichts ist sehr wichtig; sonst bringt es kaum Entlastung für das Bundesgericht. Nur wenn der Rechtssuchende Vertrauen in das Bundesverwaltungsgericht fasst, hegt er Respekt vor seinen Urteilen und zieht diese nicht selbstverständlich ans Bundesgericht weiter.

Als *Sitz* des Bundesverwaltungsgerichts schlägt die Expertenkommission Luzern vor. Zum einen wird damit dieser Region einen würdigen Ersatz für den Verlust des Eidgenössischen Versicherungsgerichts angeboten. Zum andern erscheint Luzern dank seiner zentralen Lage als geeigneter Standort. Die Distanz zu Bern markiert in wünschbarer Weise die Unabhängigkeit von der Bundesverwaltung.

Die vollamtlichen Präsidenten der eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen wurden am 18. April 1997 durch den Präsidenten der Expertenkommission über den Vorschlag eines zentralen Bundesverwaltungsgerichts informiert und zur Stellungnahme eingeladen. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Gründe für die Schaffung eines Bundesverwaltungsgerichts zu überzeugen vermochten.

5.7.2. Modellinstanzenzug

5.7.2.1. Verfügungen eidgenössischer Instanzen

Der flächendeckende Ausbau der dem Bundesgericht vorgelagerten gerichtlichen Überprüfung von Verfügungen eidgenössischer Instanzen unter Bildung eines zentralen Bundesverwaltungsgerichts wirft die Frage auf, wie der Instanzenzug in diesem Bereich künftig aussehen soll.

Die *bestehende* Ordnung sieht für Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden als Regel einen zweistufigen Rechtsmittelzug vor. Dabei galt lange der Grundsatz, dass zunächst eine verwaltungsinterne Überprüfung und anschliessend eine gerichtliche Überprüfung durch das Bundesgericht oder aber die Beschwerde an den Bundesrat möglich waren. Den verwaltungsinternen Beschwerdeorganen steht volle Kognition

einschliesslich Angemessenheitskontrolle zu, während das Bundesgericht im wesentlichen auf die Sachverhalts- und Rechtskontrolle beschränkt ist. Die Abfolge von verwaltungsinterner und gerichtlicher Überprüfung wurde mit dem Ausbau der eidgenössischen Rekurskommissionen anlässlich der Revision des OG von 1991 über weite Strecken zugunsten eines zweistufigen *gerichtlichen* Instanzenzuges aufgegeben. An die Stelle der departementalen Beschwerdedienste traten die Rekurskommissionen, ausgestattet mit vergleichbarer Prüfungsbefugnis. Zu Recht wurde darin eine Verbesserung des Rechtsschutzes erblickt (vgl. BBl 1991 II 480).

Nach Auffassung der Expertenkommission ist der eingeschlagene Weg konsequent weiterzugehen. Dies bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht die verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen *ersetzt* und nicht als weitere Instanz hinzukommt. Anders zu entscheiden, hiesse, den Instanzenzug unnötig in die Länge zu ziehen. Die Beschwerdedienste der Departemente müssten aufrechterhalten bleiben, verbunden mit den entsprechenden finanziellen Konsequenzen. Beides ist unerwünscht. Der Verzicht auf die verwaltungsinterne Beschwerde dürfte für die Departemente verkraftbar sein, da sie gleichwohl als Aufsichtsbehörden (via Weisungen) auf die Ermessensausübung der Ämter Einfluss nehmen können. Eine Umfrage bei den Beschwerdediensten der Departemente liess denn auch mehrheitlich eine positive Haltung gegenüber einem Verzicht auf die verwaltungsinterne Beschwerde erkennen.

Vorgeschlagen wird somit folgender *Modellinstanzenzug*: Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden unterliegen *direkt* der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Der verwaltungsinterne Beschwerdeweg entfällt. Soweit ein Bundesgesetz vorsieht, dass gegen eine Verfügung Einsprache erhoben werden kann, ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht jedoch erst gegen den Einspracheentscheid zulässig. Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sind grundsätzlich an das Bundesgericht weiterziehbar, soweit nicht der Ausnahmekatalog greift (vgl. Art. 77 E-BGG). Trifft letzteres zu, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig.

Welche Konsequenzen sind aus dem Wegfall der verwaltungsinternen Beschwerde in bezug auf den *Umfang der Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts* zu ziehen? Die Mehrheit der Expertenkommission spricht sich dafür aus, dass dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition, also insbesondere *auch die Angemessenheitskontrolle*, zusteht. Die Angemessenheit einer Verfügung sollte wenigstens einmal überprüft werden. Sonst wird der Rechtsschutz verkürzt. Dieser Gedanke hat Vorrang vor dogmatischen Überlegungen, wonach Gerichte von ihrer Funktion her darauf beschränkt sein sollten, die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren (Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung, Ermessensmissbrauch). Würde die Rüge der Unangemessenheit gänzlich vermöglicht, bestünde die Gefahr einer Überdehnung des Willkürbegriffs, um auf diesem Umweg dennoch zu einer Angemessenheitskontrolle zu gelangen.

5.7.2.2. Verfügungen letzter kantonaler Instanzen

Die Expertenkommission hat geprüft, ob - mindestens in gewissen Fällen - auch Verfügungen letzter kantonaler Instanzen der Beschwerde an das

Bundesverwaltungsgericht unterliegen sollen. Sie hat diese Frage aus folgenden Überlegungen *verneint*: Die letztinstanzliche Kontrolle der kantonalen Rechtsprechung und insbesondere die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht durch die Kantone soll weiterhin dem *Bundesgericht* zustehen. Es erscheint als oberstes Gericht des Bundes hierzu am besten legitimiert. Eine endgültige Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber Verfügungen letzter kantonalen Instanzen kommt daher nicht in Frage. Bleibt die Möglichkeit, das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesgericht vorzuschalten. Die vorgängige Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht würde indessen nicht nur den Instanzenzug unerwünscht verlängern, sie ist in diesem Bereich unter Entlastungsgesichtspunkten auch nicht nötig. Denn die Kantone haben - von wenigen Ausnahmen abgesehen - durchwegs richterliche Behörden als letzte Instanzen einzusetzen. Damit ist dem Grundsatz der richterlichen Vorinstanz Genüge getan; die Filterwirkung kann spielen.

Bei dieser Lösung ist freilich in Kauf zu nehmen, dass dort, wo der Weiterzug an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, die Kantone abschliessend urteilen, auch wenn sie Bundesrecht anwenden. Nach dem vorgeschlagenen Ausnahmekatalog tritt diese Konstellation nur in einem engen Bereich auf (vgl. Art. 77 E-BGG).

5.7.3. Weitgehender Verzicht auf die Beschwerde an den Bundesrat und an die Bundesversammlung

Die Zuständigkeiten des Bundesrates (und der Bundesversammlung) in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege sind aus mehreren Gründen (vgl. Ziffer 2.4.) problematisch und daher weitgehend abzubauen. Der Beschwerdeweg an den Bundesrat kann aber nicht ersatzlos gestrichen werden. Die Befugnisse, die der Bundesrat heute als Beschwerdeinstanz wahrnimmt, sind den Organen zu übertragen, die sich sonst mit der letztinstanzlichen Staats- und Verwaltungsrechtspflege befassen, das heisst primär dem Bundesgericht und - soweit der Ausnahmekatalog greift - dem Bundesverwaltungsgericht.

In der Beurteilungskompetenz des Bundesrates *bleiben* sollen Beschwerden gegen Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten. Es handelt sich hierbei um Fälle, welche schwergewichtig politische Fragen aufwerfen, über die zu befinden der Bundesrat am besten in der Lage ist. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist allerdings vorzubehalten, soweit das Völkerrecht, namentlich Artikel 6 Absatz 1 EMRK, einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Daneben soll auch die Behandlung von Aufsichtsbeschwerden und von Beschwerden wegen mangelhafter Vollziehung von Bundesgerichtsurteilen weiterhin dem Bundesrat obliegen.

Was die Rechtspflegekompetenzen der *Bundesversammlung* anbelangt, ist konsequenterweise mit der Aufhebung der bundesrätlichen Kompetenz nach Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe a und b VwVG auch die Weiterzugsmöglichkeit an die Bundesversammlung (Art. 79 VwVG) zu streichen. Soweit Spezialgesetze die Beschwerde an die Bundesversammlung vorsehen, ist

deren Berechtigung im Einzelfall zu prüfen. Dieselbe ist jedenfalls für die Beschwerde nach Artikel 5 des Garantiegesetzes (SR 170.21) gegen die Verweigerung der Zustimmung zur Strafverfolgung durch den Bundesrat oder durch das Bundesgericht gegeben.

Mit guten Gründen legt die Verfassung (Art. 85 Ziff. 13 BV) die Zuständigkeit zum Entscheid von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den obersten Bundesbehörden in die Hände der Bundesversammlung. Sie ist das volksvertretende und insofern oberste Organ des Bundes und übt die Obergerichts- und die Verwaltungsaufsicht aus. Dies verleiht ihr die Berechtigung, über Kompetenzkonflikte zwischen den obersten Bundesorganen zu entscheiden. An dieser Zuständigkeit der Bundesversammlung soll daher festgehalten werden. Sie spielt im übrigen keine grosse praktische Rolle.

Zum vorgeschlagenen Abbau der Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und des Nationalrates im Bereich der politischen Rechte vgl. Ziffer 5.5.

5.8. Reform der Bundesstrafrgerichtsbarkeit

Wie unter Ziffer 5.1.2. dargelegt, soll die erstinstanzliche Bundesstrafrechtspflege auf ein neues, selbständiges Bundesstrafgericht übertragen und insofern eine Lücke in der geltenden Gerichtsorganisation geschlossen werden. Das Bundesgericht wird dadurch von der Aufgabe entbunden, als erstinstanzliches Gericht den vollständigen Sachverhalt festzustellen. Zudem kann eine aus der Sicht des Rechtsschutzes wenig befriedigende Situation behoben werden: Die Nichtigkeitsbeschwerde an den ausserordentlichen Kassationshof kann heute nur wegen Verfahrensfehlern erhoben werden und nur insoweit, als diese bereits während der Hauptverhandlung gerügt worden sind (Art. 220 BStP). Demgegenüber unterliegen nach dem Entwurf erstinstanzliche Urteile des Bundesstrafgerichts vollumfänglich und ohne Vorprüfung der Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 73 Abs. 1, Art. 90 Abs. 2, Art. 94 Abs. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, SR 0.101.07). Der Vorbehalt zu Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über die bürgerlichen und politischen Rechte (SR 0.103.2, AS 1993 747) wird damit hinfällig.

Durch andere geplante oder bereits eingeleitete Reformen auf dem Gebiet der Bundesstrafrechtspflege wird das Bundesstrafgericht zusätzlich an Bedeutung gewinnen.

5.8.1. Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts

Die Einsetzung des Bundesstrafgerichts ändert die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen nicht; die Gerichtsorganisation bleibt im Zuständigkeitsbereich der Kantone. Gemäss Artikel 179 Absatz 1 VE 96 Justizreform ist es dem Gesetzgeber vorbehalten, die Aufgaben des neuen Gerichts zu definieren, indem er insbesondere festlegt, welche Fälle der Gerichtsbarkeit des Bundes unterliegen.

Das von der Expertenkommission vorgeschlagene Modell definiert einen Zuständigkeitsbereich, der, von einem notwendigen Minimum ausgehend, die derzeitigen Kompetenzen des Bundesstrafergerichts, der Bundesassisen und der Anklagekammer umfasst. Darüberhinaus kann der Gesetzgeber weitere Zuständigkeiten des Bundesstrafergerichts begründen: Erweiterung des Katalogs von strafbaren Handlungen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 340 StGB), Ausdehnung der Kompetenzen der Anklagekammer, verbunden mit zusätzlichen Bundeskompetenzen auf dem Gebiet der Ermittlung und der Untersuchung, Beschwerde gegen Entscheide eidgenössischer und kantonaler Behörden auf dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Übertragung der Funktion der drei Militärappellationsgerichte auf das Bundesstrafergericht (hinsichtlich Appellationen gegen Urteile der Divisionsgerichte). Von diesen Kompetenzzuweisungen können die zuerst genannten schon ziemlich genau festgelegt werden. Die andern hingegen hängen von späteren Entscheiden des Gesetzgebers ab. Diese sind entweder auf der Basis von Vorlagen zu fällen, die nicht zum Auftrag der Expertenkommission gehören (Ausweitung der Bundesgerichtsbarkeit, Vereinheitlichung des Strafprozessrechts), oder auf der Basis einlässlicher, noch vorzunehmender Studien (Aufhebung von kantonalen Rekursinstanzen auf dem Gebiet der Rechtshilfe, Militärgerichtsbarkeit).

Wie nachstehend ausgeführt, würden die Zuständigkeiten, die aufgrund des in Kraft stehenden Rechts dem neuen Gericht an sich sofort übertragen werden könnten, nicht genügen, um ein vollamtliches Richtergremium auszulasten. Deshalb kann die Expertenkommission derzeit nur ein theoretisches Modell beschreiben. Die Einsetzung des Bundesstrafergerichts sowie die Regelung dessen Organisation und des vor ihm geltenden Verfahrens müssen Gegenstand eines separaten Gesetzgebungsprojekts bilden. Dabei erscheint es wünschenswert, dass das entsprechende Gesetz zur gleichen Zeit in Kraft tritt wie das Bundesgesetz über das Bundesgericht. Dies ist übrigens der Grund, weshalb der Entwurf das Bundesstrafergericht in verschiedenen Artikeln bereits erwähnt (Art. 90 Abs. 2, 94 Abs. 2, 100 Abs. 3 E-BGG).

- Die Übertragung der erstinstanzlichen Bundesstrafergerichtsbarkeit auf das Bundesstrafergericht umfasst zunächst die Tatbestände, die Artikel 341 StGB in die Beurteilungskompetenz der Bundesassisen stellt. Diese Fälle sind so selten, dass die Bundesassisen seit Anfang dieses Jahrhunderts nur zweimal zusammengetreten sind. Dies ist jedoch kein Grund, auf eine Kompetenzübertragung zu verzichten, insbesondere weil damit eine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht als zweite Instanz eröffnet wird.

Schliesslich und vor allem werden dem neuen Gericht die Kompetenzen des heutigen Bundesstrafergerichts übertragen. Nach dem geltenden Recht, das durch das Projekt nicht geändert wird, entscheidet das Bundesstrafergericht über diejenigen strafbaren Handlungen, die nach Artikel 340 StGB der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, sowie über Verwaltungsstrafsachen, die in Anwendung von Artikel 21 Absatz 3 VStrR vor das Bundesstrafergericht gelangen. Zwar trifft es zu, dass die geringe Anzahl der Fälle, die das heutige Bundesstrafergericht zu beurteilen hat (vgl. Ziff. 5.1.2.), für sich allein die Schaffung eines neuen erstinstanzlichen Gerichts nicht zu rechtfertigen

vermöchte, doch kann dessen Kompetenzbereich künftig auf zwei Arten eine Ausdehnung erfahren:

- Zunächst einmal dadurch, dass weitere strafbare Handlungen der Strafgerichtsbarkeit des Bundes unterstellt werden. Entsprechendes sieht der Botschaftsentwurf betreffend die Massnahmen zur Verbesserung der Wirksamkeit und der Gesetzmässigkeit der Strafverfolgung (nachstehend Projekt "Wirksamkeit") vor. Dieser Entwurf nimmt mit einigen Anpassungen wieder auf, was in der zurückgestellten Botschaft vom 18. August 1993 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (Entflechtung der Funktionen des Bundesanwaltes) angesprochen wurde, wo bereits die Schaffung eines vom Bundesgericht unabhängigen "Bundesstraferichts erster Instanz" vorgesehen war (BBl 1993 III 677). Das Projekt "Wirksamkeit" schlägt namentlich einen Artikel 340^{bis} StGB vor, welcher dem Bund zusätzliche Kompetenzen in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens zuweist. Mit der Verabschiedung dieses Projektes würden der Bereich der Bundesgerichtsbarkeit und damit die Zuständigkeiten des Bundesstraferichts stark ausgedehnt. Die Anzahl und vor allem die Komplexität dieser Fälle lassen erwarten, dass ein Bundesstrafericht, das nicht nur aus vollamtlichen Richtern, sondern wahrscheinlich auch aus nebenamtlichen Richtern bestünde, vollauf beschäftigt wäre. Der erwähnte Botschaftsentwurf ist weit vorangeschritten. Seine Verabschiedung durch den Bundesrat ist für August 1997 geplant. Deshalb rechnet die Expertenkommission damit, dass - wie vorne angeführt - das separate Gesetz, welches das Bundesstrafericht einführen und ihm die neuen Zuständigkeiten, wie im Projekt "Wirksamkeit" vorgesehen, zuweisen wird, gleichzeitig mit dem Gesetz über das Bundesgericht in Kraft treten könnte.
- Die Kompetenzen des Bundesstraferichts könnten zudem durch eine Änderung der Delegationspraxis an die kantonalen Behörden nach Artikel 18 BStP ausgedehnt werden. Diese Praxis ist heute sehr grosszügig (vgl. Ziff. 5.1.2.). Gemäss den Statistiken der Bundesanwaltschaft wurde 1996 in 398 Fällen davon Gebrauch gemacht (1995: 454 Fälle). Der grösste Teil davon betrifft jedoch geringfügige Delikte (Fälschung von Transport- oder Postdokumenten, kleinere Gesetzesverstösse betreffend explosive Stoffe, Kriegsmaterial oder Falschgeld etc.). Für diese zahlreichen Fälle, welche den Kantonen ohne vorgängige gerichtspolizeiliche Untersuchung zugewiesen wurden, wäre ein Verzicht auf die Delegation wohl nicht angebracht. Andernfalls würde das Bundesstrafericht zu einer Art Polizeigericht, was nicht dessen Rolle sein soll. Die gleiche Statistik zählt aber im jährlichen Durchschnitt auch 20 - 30 komplexere und wichtigere Fälle, die erst nach einer Untersuchung delegiert werden können (grosse Fälle von Falschgeld- oder Kriegsmaterialdelikten, Beamtendelikte etc.). Bei Bestehen eines Bundesstraferichts (und reorganisierter Untersuchungsorgane) rechtfertigt es sich zweifellos, in diesen Fällen - oder in den meisten von ihnen - von einer Delegation an die kantonalen Gerichtsbehörden abzusehen. Es ist jedoch nicht an der Expertenkommission, solche Fragen zu entscheiden; diese sind im Rahmen der Projekte zur Änderung des Strafprozessrechtes zu prüfen.

- Die Ausdehnung der Bundesstrafrgerichtsbarkeit durch Zuweisung neuer Zuständigkeiten und durch eine restriktivere Delegationspraxis wird sich direkt auf das Arbeitsvolumen der *Anklagekammer* des Bundesgerichts auswirken. Dies in einem Ausmass, dass zusammen mit den schon bestehenden Aufgaben der Anklagekammer möglicherweise drei vollamtliche Richter erforderlich wären. Aber auch diesbezüglich kann die Expertenkommission nur Schätzungen vornehmen, da die effektive Zunahme des Arbeitsvolumens von anderen Projekten abhängt, in die sie nicht involviert ist.

Hingegen können die Wirkungen einer Übertragung der heutigen Aufgaben der Anklagekammer besser ermittelt werden. Die Anklagekammer setzt sich aus drei Richtern zusammen, die nicht dem Bundesstrafrgericht angehören. Sie hat die Aufgabe, als Aufsichtsbehörde und Beschwerdeinstanz zugleich zu garantieren, dass sich die Strafruntersuchung rechtmässig abwickelt. Sie behandelt vor allem Beschwerden gegen strafprozessuale Amtshandlungen und Zwangsmassnahmen, die vom Bundesanwalt, vom Untersuchungsrichter oder von Verwaltungsbehörden des Bundes verfügt oder bestätigt worden sind (Art. 102^{ter}, 105^{bis} Abs. 2 und Art. 214 ff. BStP, Art. 26 und 27 VStrR), sodann Beschwerden gegen die Einstellung der Ermittlungen nach Artikel 106 Absatz 1^{bis} BStP oder der Untersuchung nach Artikel 120 Absatz 2 BStP. Sie entscheidet im weiteren bei interkantonalen Streitigkeiten über den Gerichtsstand (Art. 351 StGB und Art. 264 BStP) und über die Rechtshilfe (Art. 357 StGB und Art. 252 Abs. 3 BStP). Schliesslich besitzt sie Entscheidkompetenzen im Rahmen verschiedener Untersuchungshandlungen, darunter namentlich bei der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (Art. 51 Abs. 2 BStP), der Beschlagnahme, der Durchsuchung und der Einziehung (Art. 66 ff. BStP), der Post- und Telefonüberwachung (Art. 72 BStP) sowie der Zulässigkeit einer Voruntersuchung (Art. 110 BStP).

Zwischen 1984 und 1993 hatte die Anklagekammer durchschnittlich 63 Geschäfte im Jahr zu erledigen. Ihre Belastung ist als Folge der beiden Änderungen des BStP, welche am 1. Januar bzw. am 1. Juli 1993 in Kraft getreten sind (AS 1992 2471, 1993 1993), spürbar angestiegen (insbesondere als Beschwerdeinstanz gegen Amtshandlungen, die der Bundesanwalt angeordnet oder bestätigt hat). Schon 1994 hat sich die Zahl der Eingänge praktisch verdoppelt und erreichte 1994 125 und 1996 112 Fälle. Ferner ist festzustellen, dass sich in der gleichen Zeit die durchschnittliche Verfahrensdauer ebenfalls spürbar verlängert hat, von durchschnittlich 30 bis 35 Tagen 1994 auf 55 Tage 1996. Die vorhandenen Angaben erlauben keine sichere Aussage darüber, wie gross die Arbeitsbelastung ist, welche aus der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Anklagekammer resultiert. Die Statistiken sind nicht genügend detailliert, und zudem üben die Richter der Kammer diese Aufgabe neben denjenigen aus, die sich innerhalb ihrer angestammten Gerichtsabteilung stellen. Es ist jedoch anzunehmen, dass diese Belastung im Jahresdurchschnitt ungefähr einer vollamtlichen Beschäftigung eines Richters und eines Gerichtsschreibers entspricht. Die Übertragung der Funktionen der Anklagekammer auf ein erstinstanzliches Bundesstrafrgericht erlaubt somit eine nicht zu unterschätzende Entlastung des Bundesgerichts, auch wenn

möglicherweise die interkantonalen Gerichtsstands- und Rechtshilfestreitigkeiten vorbehalten bleiben müssen (Art. 264 BStP, Art. 357 StGB).

Im Rahmen der Bundesgerichtsbarkeit erster oder zweiter Instanz könnten dem Bundesstrafericht zudem zusätzliche Kompetenzen in zwei weiteren Bereichen anvertraut werden: zum einen im Bereich der *internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, zum andern im Bereich der *Militärstraferichtsbarkeit*. Angesichts des Standes diesbezüglicher Studien werden diese Möglichkeiten hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt; gegebenenfalls werden sie in einem späteren Stadium Gegenstand von speziellen Gesetzesprojekten bilden.

- Hinsichtlich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sei daran erinnert, dass der Bundesrat seit September 1996 mit einem Postulat des Nationalrates (P 96.3377) befasst ist, welches einem formulierten Vorschlag einer Motion des Ständerates (M 96.3009) entspricht. Dieses Postulat verlangt vom Bundesrat zu prüfen, ob es zweckmässig ist, auf diesem Gebiet die kantonalen Rekursinstanzen aufzuheben und an ihrer Stelle eine eidgenössische Rekursinstanz zu schaffen, welche direkt über Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide eidgenössischer und kantonaler Behörden befindet. Die Expertenkommission teilt die vom Bundesrat gegenüber dem Parlament vertretene Meinung. Wie dieser schätzt sie, dass diese Kompetenzübertragung zu einer wünschbaren Verkürzung des heute übermässig langen Verfahrens führen dürfte. Vorausgesetzt wäre aber eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes in dem Sinne, dass in derselben Beschwerde auch mögliche Verfahrensfehler gerügt werden könnten.
- Die Militärstraferjustiz bildet ebenfalls Gegenstand von parlamentarischen Interventionen, die deren ganze oder teilweise Aufhebung verlangen. Ausserdem hat die Arbeitsgruppe Schoch in ihrem 1990 vorgelegten Bericht "Armeeereform" dem Bundesrat vorgeschlagen (Vorschlag Nr. 101), die Militärgerichte durch kantonale Gerichte zu ersetzen. Die mit der Prüfung dieses Vorschlags beauftragte, von Herrn Prof. F. Riklin präsidierte Arbeitsgruppe legte im Juni 1993 ihren Bericht vor. Im Kern kommt sie zum Schluss, wegen des spezifisch militärischen Charakters von 96 Prozent der Fälle sei die Beibehaltung der Militärgerichte als Fachgerichte gerechtfertigt. Die Militärjustiz weise Vorteile in bezug auf die militärische Sachkenntnis der Richter, den gut ausgebauten Rechtsschutz des Angeklagten und das schnelle, kostengünstige und in der Sprache des Angeklagten durchgeführte Verfahren auf.

Die Prüfung der Frage einer ganzen oder teilweisen Abschaffung der Militärjustiz gehört nicht zum Auftrag der Expertenkommission. Es ist für sie jedoch vorstellbar, dass das Bundesstrafericht die Funktion der derzeitigen Militärappellationsgerichte übernehmen könnte. Das hätte zur Folge, dass im Bereich der Militärgerichtsbarkeit als Fachgerichte nur noch die Divisionsgerichte bestehen blieben. Die Beschwerde an das Bundesstrafergericht und die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht würden die Appellation und die Nichtigkeitsbeschwerde im derzeitigen Militärstraferprozess ersetzen. Ohne sich zur Stichhaltigkeit der Argumente im Bericht Riklin zu äussern, kann davon ausgegangen werden, dass die mit einer

Spezialgerichtsbarkeit verbundenen Vorteile vor allem bei der ersten Instanz ins Gewicht fallen. Die gleichen Argumente erklären im übrigen auch das Bestehen anderer erstinstanzlicher Fachgerichte, namentlich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts oder des Mietrechts. Dabei ist festzuhalten, dass auch in diesen Bereichen das Rechtsmittelverfahren wiederum vor den allgemeinen Gerichten stattfindet. Die Statistiken zeigen, dass die Militärappellationsgerichte 1996 durch Urteil 30 Appellationen (1995: 59) und 49 Disziplinarverfahren erledigt haben (1995: 44) und dafür 21 (29) Sitzungstage einsetzten. Das Militärkassationsgericht hat 1996 an 5 (4) Sitzungstagen 16 (20) Fälle durch Urteil erledigt. Diese letzteren würden das Bundesgericht wohl kaum merklich belasten, insbesondere weil sie der Vorprüfung unterstellt wären, da sie sich gegen vom Bundesstrafgericht in zweiter Instanz gefällte Entscheide richten (Art. 94 Abs. 2 E-BGG).

- Die Expertenkommission hat schliesslich die Möglichkeit geprüft, dem Bundesstrafgericht - analog dem deutschen Modell - die Zuständigkeit zu übertragen, im Rahmen der heutigen Kassationsbeschwerde anstelle des Bundesgerichts Fälle von untergeordneter Bedeutung endgültig zu entscheiden. Sie hat jedoch davon abgesehen in der Meinung, dass es für den Moment vorzuziehen ist, die Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts auf die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehenden Fälle zu beschränken. Im übrigen wäre es nicht einfach, in Strafsachen Kriterien zu definieren, die es erlauben würden, eine Grenze zwischen den weniger wichtigen Fällen und den anderen zu ziehen. Dennoch soll damit nicht die Möglichkeit einer späteren Neuurteilung dieser Frage ausgeschlossen werden, insbesondere angesichts der Entwicklungen, welche die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bringen wird.

5.8.2. Organisation des Bundesstrafgerichts

Allgemein gibt die Expertenkommission einem selbständigen, einzigen und zentralisierten Bundesstrafgericht den Vorzug. Dieses würde vorab die Funktion eines erstinstanzlichen Gerichts übernehmen, andererseits - soweit möglich - aber auch jene der heutigen Anklagekammer des Bundesgerichts.

Im einzelnen sind aufgrund von Tragweite und Natur der zukünftigen Aufgaben des Bundesstrafgerichts verschiedene Modelle denkbar. Wie ausgeführt, bedingt allein schon die Ausweitung der Bundesgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens die Schaffung eines selbständigen Gerichts mit vollamtlichen Richtern. Das gilt um so mehr, als diesem Gericht dann auch noch andere Aufgaben übertragen werden sollen, so auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und der Militärjustiz, oder durch Begrenzung der Delegation an die kantonalen Gerichtsbehörden. Dagegen würde die Übertragung der heutigen Aufgaben der Bundesassisen und des Bundesstrafgerichtes die Einrichtung eines solchen Gerichtes allein nicht rechtfertigen.

Die gleichen Überlegungen gelten für die Anklagekammer, deren künftige Kompetenzen davon abhängen, welche Aufgaben dem Bundesstrafgericht übertragen werden. So könnte eine aus drei vollamtlichen Richtern bestehende Anklagekammer innerhalb des Bundesstrafgerichts geschaffen werden, sofern

diesem nicht nur die derzeitigen Aufgaben der Anklagekammer des Bundesgerichtes übertragen werden. Andernfalls wären - wie ausgeführt - lediglich eine Richter- und eine Gerichtsschreiberstelle notwendig.

Im weitem bleibt zu berücksichtigen, dass die Funktionen des Richters, der sich mit der Untersuchung bzw. mit Beschwerden gegen Untersuchungshandlungen befasst, von jenen des Sachrichters zu trennen sind, da die gleiche Gerichtsperson im gleichen Fall nicht beide Funktionen ausüben darf (vgl. u.a. BGE 112 Ia 290, 114 Ia 57, 140, 148). Soll für beide Funktionen ein Spruchkörper von mindestens drei Richtern zur Verfügung stehen, so bedeutet dies, dass die dem Bundesstrafergericht übertragene Arbeitslast gross genug sein muss, um die Einsetzung zweier Abteilungen mit drei Mitgliedern zu rechtfertigen.

Doch besteht letztlich noch einige Unsicherheit über die neuen Kompetenzen des Bundesstrafergerichts, sowohl hinsichtlich des Umfanges als auch bezüglich des Zeitpunktes ihrer Verwirklichung. Die Expertenkommission kann diese Unsicherheiten nicht selber ausräumen, da die Entwicklung diesbezüglich von anderen Gesetzgebungsprojekten abhängt. Daher wäre es offensichtlich verfrüht, die Organisation des Bundesstrafergerichts und das Verfahren schon im jetzigen Zeitpunkt im einzelnen zu regeln. Wie schon ausgeführt, ist es von Vorteil, die Regelung darüber in jenem Gesetzesprojekt vorzunehmen, welches das neue Bundesstrafergericht einführt, wobei auch die neuen Bundeskompetenzen des Projektes "Wirksamkeit" zu berücksichtigen sein werden.

Sollte dieses Projekt hingegen nicht zum Ziel führen, müsste die Schaffung des neuen Bundesstrafergerichts aufgeschoben werden. Denkbar wäre jedoch auch die Lösung, beim Bundesverwaltungsgericht eine besondere Kammer zu schaffen, deren Aufgabe die erstinstanzliche Bundesstrafergerichtsbarkeit wäre. Gleiches könnte im übrigen auch mit der Anklagekammer des Bundesgerichtes geschehen: Sie könnte problemlos ins Bundesverwaltungsgerichts integriert werden.

6. Verworfenne Massnahmen

6.1. Obligatorische Vertretung, zugelassene Anwälte

Von den möglichen Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichtes hat die Expertenkommission die obligatorische Vertretung durch einen patentierten Anwalt oder sogar durch einen speziell zugelassenen (akkreditierten) Anwalt geprüft und verworfen.

Es entspricht in der Schweiz einer festen Tradition, dass eine Partei ihren Prozess bis zum Bundesgericht selbst führen kann. Das schweizerische Prozessrecht kennt das System der obligatorischen Vertretung nicht. Ein solches System besteht darin, dass ein Gericht nur auf Eingaben eintritt, die von einem Anwalt oder - je nach Ausgestaltung - von einem akkreditierten Anwalt verfasst worden sind.

Ein Vertretungsobligatorium vor dem Bundesgericht brächte den Vorteil, dass die Laienbeschwerden wegfallen würden. Es steht ausser Zweifel, dass gerade die recht hohe Zahl von Laienbeschwerden (beim EVG mehr als die Hälfte aller Beschwerden) wesentlich zur Überlastung des Bundesgerichts beiträgt. Dennoch verhält es sich nicht so, dass nur Laien schlecht begründete, unübersichtliche oder aussichtslose Beschwerden einreichen würden. Die Kommission vertritt daher die Auffassung, dass ein Anwaltszwang nur dann die gewünschte Wirkung haben könnte, wenn der Parteivertreter einem begrenzten Kreis von Anwälten angehören müsste, die beim Bundesgericht akkreditiert sind. Ist die Zahl der mangelhaften Beschwerden, die von zu wenig erfahrenen Anwälten verfasst werden, zu gross, gefährdet dies nicht nur die Interessen der betroffenen Parteien, sondern auch das Ansehen der Rechtspflege und speziell des Anwaltsstandes. Die Zunahme der Beschwerden beim Bundesgericht ist unter anderem auch eine Folge der gestiegenen Zahl der praktizierenden Anwälte und der wachsenden Beliebtheit der Rechtsschutzversicherungen.

Die Nachteile eines solchen Systems sind jedoch zu gewichtig, als dass es empfohlen werden könnte.

Die Tatsache, dass der Zwang zum Beizug eines akkreditierten Anwalts nicht der schweizerischen Rechtstradition entspricht, muss ernst genommen werden, auch wenn sie für sich allein nicht massgebend sein kann. Eine solche Lösung würde aus politischen und psychologischen Gründen zweifelsohne vielerorts auf Kritik stossen. Insbesondere würde der Einwand erhoben, der Rechtssuchende müsse für den Weiterzug einer Sache an das Bundesgericht einen neuen Vertreter bestellen, was mit Blick auf die Prozesskosten und das entstandene Vertrauensverhältnis zum bisherigen Vertreter unerwünscht sei. Zuweilen könnte es sich sogar als notwendig erweisen, das Mandat des bisherigen Vertreters noch zusätzlich weiterzuführen, wenn dieser im Verlauf des Prozesses besondere Kenntnisse erworben hat. Ferner ist die Stellung des akkreditierten Anwalts nicht unproblematisch, da er Gefahr läuft, in einen Konflikt zwischen den Erwartungen des akkreditierenden Gerichts und den Interessen seines Klienten zu geraten.

Die Kommission hat vergeblich versucht, ein befriedigendes und praktikables Auswahlverfahren für die Akkreditierung zu finden. Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Frage, welche beruflichen Qualifikationen verlangt werden müssten. Eine bestimmte Dauer der Berufsausübung garantiert noch nicht Vertrautheit mit den Verfahren vor dem Bundesgericht; und die Modalitäten einer allfälligen Zusatzausbildung wären nur schwer zu umschreiben. Ausserdem müsste den Rechtssuchenden für jeden Kanton eine genügend grosse Auswahl von akkreditierten Anwälten zur Verfügung stehen, welche das einschlägige kantonale Prozessrecht kennen. Schliesslich müsste ein Organ gefunden werden, das über die Akkreditierung zu entscheiden hätte und die Funktion der Aufsichtsbehörde wahrnehmen würde. Wollte man diese Aufgaben dem Bundesgericht übertragen, so sähe sich dieses mit einer zusätzlichen, möglicherweise nicht unbedeutenden Belastung konfrontiert, die nicht seinem eigentlichen Auftrag entspräche.

Hinzu kommt, dass im Rahmen einer umfassenden Reform der Bundesrechtspflege die Bedingungen für den Zugang zum obersten Gericht ohnehin in wesentlichen Punkten neu umschrieben werden müssen. Ein Anwaltszwang verliert grösstenteils seine Bedeutung als Instrument zur

Entlastung des Bundesgerichts, wenn ein Vorprüfungsverfahren geschaffen wird. Ferner erschiene es widersprüchlich, einerseits die Laienbeschwerden zu verbieten und den Kreis der zugelassenen Anwälte zu beschränken und andererseits das Rechtsmittelsystem zu vereinfachen, insbesondere durch die Einführung der Einheitsbeschwerde. Die heute ziemlich grosse Zahl von unzulässigen Beschwerden dürfte nämlich viel eher auf die Komplexität des Rechtsmittelsystems zurückzuführen sein als auf das Unvermögen der Autoren dieser Beschwerden, seien es Anwälte oder Laien.

6.2. Generalanwälte

Die Kommission befasste sich noch mit zwei Institutionen, die - obwohl voneinander verschieden - beide unter der Bezeichnung "Generalanwalt" bekannt sind. Sie existieren in der Schweiz nirgends.

Einige Länder kennen ein Organ, das in einem Verwaltungsverfahren als Anwalt der Verwaltung auftreten kann, ähnlich wie der Staatsanwalt im Strafverfahren. In Deutschland ist dies der sogenannte "Vertreter des öffentlichen Interesses". Im geltenden schweizerischen Recht gibt es oft keine *Partei*, die das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung wahrnimmt. Diese Problematik hängt eng zusammen mit dem Parteibegriff und der Beschwerdelegitimation. Gegen einen Generalanwalt im soeben beschriebenen Sinn können zwar kaum grundsätzliche rechtsdogmatische Einwendungen erhoben werden, doch ist eine derartige Einrichtung entbehrlich, weil die gleichen Wirkungen auch mit einer - der schweizerischen Tradition besser entsprechenden - Erweiterung der Legitimation zur Behördenbeschwerde erreicht werden können.

Im EU-Recht hat der Generalanwalt eine andere Funktion. Er ist dort eine Hilfsperson des Europäischen Gerichtshofs nach dem Vorbild der Regierungskommissare beim französischen Conseil d'Etat. Nach Artikel 166 des EG-Vertrags hat der Generalanwalt öffentlich und in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den dem Gerichtshof unterbreiteten Rechtssachen zu stellen, um den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen. Er ist somit weder Prozesspartei, noch hat er die Aufgabe, die Interessen der Verwaltung oder einer Regierung zu vertreten. Seine Rolle gleicht vielmehr derjenigen eines richterlichen Referenten, mit dem Unterschied allerdings, dass er an der Urteilsberatung nicht teilnimmt. Die Schlussfolgerungen des Generalanwalts werden am Ende der mündlichen Verhandlungen verlesen und im Anschluss an das Urteil publiziert. Es kommt sogar vor, dass das Urteil ganz einfach auf die Begründung dieser Schlussfolgerungen verweist.

Bedeutung und Einzigartigkeit der Institution des Generalanwalts sind allgemein anerkannt. Die Unterstützung durch den Generalanwalt erleichtert und beschleunigt die Arbeit der Richter, trägt zur Verbesserung der Qualität und Kohärenz der Rechtsprechung bei und ermöglicht es dem Gerichtshof, Entscheide mit verhältnismässig kurzer Begründung zu erlassen. Das Verfahren insgesamt wird durch seine Intervention hingegen eher verlängert. Nach Ansicht der Expertenkommission könnte der Generalanwalt in dieser Form auch in unserer Gerichtsorganisation zur Gewährleistung einer

einheitlichen und richtigen Rechtsanwendung beitragen und die Richter bei ihrer Arbeit unterstützen. Doch kann man sich fragen, ob der Generalanwalt nicht die Rolle der Richter abwerten würde, indem ihm in der Praxis nahezu die Rolle eines Einzelrichters zukommen würde, vor allem wenn er auch noch die Instruktion zu leiten hätte. Ferner leuchtet es nicht recht ein, dass derjenige, der das Dossier am gründlichsten studiert hat, an der Urteilsberatung nicht teilnehmen soll. Am stärksten gegen die Einführung dieser Institution spricht aber die Tatsache, dass die Organisation des Bundesgerichts von Grund auf verändert werden müsste. Neben den Aufgaben der Generalanwälte müssten auch jene der Bundesrichter, der nebenamtlichen Richter und der Gerichtsschreiber grundsätzlich neu definiert werden, ohne dass sich übrigens an der Arbeit, die das Gericht als Ganzes zu leisten hat, etwas ändern würde. Die Kommission empfiehlt daher, auf die Einführung von Generalanwälten zu verzichten.

7. Verfassungsgrundlagen

7.1. Die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Justizreform als Grundlage

Die Reformanliegen der Expertenkommission können nur dann vollständig realisiert werden, wenn das geltende Verfassungsrecht im Bereich der Justizorganisation (Art. 106 ff. BV) geändert wird, sei es, dass bisher nicht bestehende Verfassungsgrundlagen geschaffen, sei es, dass geltende Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden. Dies gilt namentlich für die folgenden hier vorgeschlagenen Reformschritte:

- Ausdehnung der Normenkontrolle auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse
- Einführung von Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht
- Verpflichtung der Kantone zur Errichtung gerichtlicher Vorinstanzen des Bundesgerichts, namentlich im Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts
- Abschaffung von Direktprozessen
- Abschaffung der Bundesassisen.

Der Entwurf der Expertenkommission geht in der vorliegenden Fassung davon aus, dass die geltende "Justizverfassung" durch die vom Bundesrat im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagene Justizreform abgelöst wird. Im einzelnen wird somit folgende neue Rechtslage vorausgesetzt:

- Ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes der Selbstverwaltung des Bundesgerichts (Art. 176 VE 96 Justizreform).
- Ausdehnung der konkreten Normenkontrolle durch das Bundesgericht auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (Art. 178 VE 96 Justizreform).

- Verfassungsgrundlage für eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht, verbunden mit einer Zugangsgarantie bei Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung und bei schwerwiegenden Folgen für eine Partei (Art. 178 a VE 96 Justizreform).
- Ermöglichung des generellen Ausschlusses bestimmter Sachgebiete aus der Zuständigkeit des Bundesgerichts, verbunden mit einem Vorlageverfahren zur Klärung von bestimmten rechtlichen Zweifeln (Art. 178a VE 96 Justizreform).
- Verfassungsgrundlage für die Schaffung eines organisatorisch selbständigen, erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts (Art. 179 Abs. 1 VE 96 Justizreform); Bestellung weiterer richterlicher Behörden des Bundes, namentlich für die Beurteilung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Art. 179 Abs. 2 VE 96 Justizreform).
- Verpflichtung der Kantone, für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen *richterliche Behörden* zu bestellen (Art. 179a VE 96 Justizreform), verstärkt durch eine allgemeine Rechtsweggarantie (Art. 25a VE 96 Justizreform).
- Ausdrückliche Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 180 VE 96 Justizreform).
- Abschaffung von zivilrechtlichen Direktprozessen vor dem Bundesgericht (Art. 110 Absatz 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV).
- Verzicht auf die Bundesassisen (Art. 106 Abs. 2 und 112 BV).
- Abschaffung von Direktprozessen vor dem Bundesgericht betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht (Art. 114^{bis} Abs. 4 BV).

7.2. Verringerter Handlungsspielraum bei einem allfälligen (partiellen) Ausbleiben der Justizreform

Sollte die Justizreform nicht in vollem Umfang oder nicht rechtzeitig realisiert werden können, so wäre eine Reform der Bundesrechtspflege deswegen nicht verunmöglicht. Einige Reformanliegen der Expertenkommission - wie etwa die Vereinfachung des Rechtsmittelsystems (Einheitsbeschwerde), eine Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege auf Bundesebene, die Integration des EVG in das Bundesgericht, die Einführung der Stimmrechtsbeschwerde auf Bundesebene (eidgenössische Wahlen und Abstimmungen) - könnten gleichwohl, d.h. ohne vorgängige Verfassungsänderung, auf Gesetzesstufe angegangen werden. Je nach Realisierungsgrad der Justizreform müssten allerdings am Entwurf der Expertenkommission, wie er jetzt vorliegt, mehr oder weniger gewichtige Abstriche in Kauf genommen werden. Die Konsequenzen wären im wesentlichen die folgenden:

Normenkontrolle

Bei einer Beibehaltung der Massgeblichkeit der Bundesgesetze und der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, wie sie heute in Artikel 113 Absatz 3 und in Artikel 114^{bis} Absatz 3 BV vorgesehen ist, würde die erforderliche Verfassungsgrundlage für Artikel 89 E-BGG sowie für damit zusammenhängende Bestimmungen (z.B. Art. 19 E-BGG) fehlen.

Zugangsbeschränkungen

Wird die im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagene Verfassungsgrundlage für eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht (Art. 178 a VE 96 Justizreform) nicht geschaffen, so verringert sich der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wie folgt:

- Auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts könnte ein generelles Annahmeverfahren, wie es von der Expertenkommission geprüft, aber mehrheitlich verworfen wurde (vgl. Ziff. 5.3.3.2.), nicht eingeführt werden, denn Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 BV statuiert (unter Vorbehalt von Art. 113 Abs. 2 BV) nach heute überwiegender Rechtslehre für verfassungsmässige Rechte eine eigentliche Rechtsweggarantie (vgl. z.B. WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 87 m.H. in Fn. 90; vgl. zu dieser Frage auch, mit teilweise anderer Gewichtung, die Ausführungen des Bundesrates in der OG-Botschaft vom 29.5.1985, BBl 1985 II 777 ff.).
- Ein *Vorprüfungsverfahren* könnte demgegenüber grundsätzlich auch auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts eingeführt werden (vgl. die gescheiterte OG-Teilrevision vom 23.6.1989, mit der ein besonderes Vorprüfungsverfahren hätte eingeführt werden sollen: Art. 92 in Verbindung mit Art. 36a, BBl 1989 II 879, und dazu AB S 1988 243, N 1989 121). Die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt bzw. weil der Verfahrensausgang keine schwerwiegenden Folgen hat (Art. 95 Abs. 2 E-BGG), setzt jedoch (angesichts der bestehenden Rechtsweggarantie im Bereich der verfassungsmässigen Rechte) eine vorherige Verfassungsänderung voraus.
- Der *generelle Ausschluss* der Beschwerde an das Bundesgericht, wie er in Artikel 77 E-BGG für bestimmte Sachbereiche vorgesehen ist, könnte nicht ohne eine Änderung der heutigen Verfassungsgrundlagen (Art. 113 BV) verwirklicht werden; dies jedenfalls insoweit, als die vorgeschlagenen Ausnahmen dazu führen, dass eine *kantonale* Instanz endgültig entscheidet.
- Ein *Vorlageverfahren* zur höchstrichterlichen Klärung bestimmter rechtlicher Zweifelsfragen könnte grundsätzlich auch auf der Grundlage des heute geltenden Verfassungsrechts eingerichtet werden. Nach dem Konzept des Entwurfs ist das in Artikel 107 ff. E-BGG vorgesehene Vorlageverfahren indessen als ein *Korrektiv* für den generellen Ausschluss bestimmter Sachgebiete aus der Zuständigkeit des Bundesgerichts gedacht (vgl. auch Art. 178a VE 96 Justizreform). Wird auf diese Neuerung verzichtet, so ist das Vorlageverfahren - das dem schweizerischen Justizsystem bisher fremd ist - seiner Hauptfunktion beraubt und entbehrlich.

Richterliche Vorinstanzen in den Kantonen

Die im Entwurf statuierte Verpflichtung der Kantone, im Bereich der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten *allgemein*, d.h. nicht nur in Angelegenheiten des Bundesverwaltungsrechts (vgl. Art. 98 a OG), sondern auch im Bereich des *kantonalen* öffentlichen Rechts, *richterliche Behörden* als Vorinstanzen einzusetzen (Art. 78 Abs. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 103 E-BGG), stellt einen einschneidenden Eingriff in die Organisationsautonomie der Kantone dar und setzt eine Änderung der heutigen Justizverfassung voraus. Aus entsprechenden Überlegungen könnte eine vorherige Verfassungsänderung möglicherweise auch erforderlich werden, wenn man die Kantone ausnahmslos verpflichten will, gerichtliche Vorinstanzen im *ganzen* Bereich des Straf- und Zivilrechts (einschliesslich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts) zu errichten, wie dies in Artikel 71 Absatz 2 und Artikel 74 Absatz 2 E-BGG vorgesehen ist (vgl. auch Zwischenbericht, Ziff. 6.2., Bst. b.).

Abschaffung von Direktprozessen

Im Bereich des Zivilrechts und des Strafrechts soll das Bundesgericht nach dem Entwurf der Expertenkommission künftig grundsätzlich nur noch als Beschwerdeinstanz fungieren (Art. 70 ff. E-BGG; vgl. immerhin die direkte Klagemöglichkeit gemäss Art. 106 Bst. b. E-BGG bei zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen bzw. zwischen Kantonen). Die weitgehende Abschaffung zivilrechtlicher Direktprozesse vor dem Bundesgericht setzt die Aufhebung verschiedener Bestimmungen der geltenden Justizverfassung voraus (Art. 110 Abs. 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV). Entsprechendes gilt für die Abschaffung der Bundesassisen (Art. 106 Abs. 2 und 112 BV). Auch Direktprozesse betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht sollen nach den Vorstellungen der Expertenkommission nicht mehr möglich sein. Dies erfordert eine Streichung des Artikels 114^{bis} Absatz 4 BV, wie sie im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagen wird.

Selbstverwaltung

Bei einem Verzicht auf Artikel 176 Absatz 3 VE 96 Justizreform, der für das Bundesgericht den Grundsatz der Selbstverwaltung festschreibt, wäre näher zu prüfen, ob die im Entwurf vorgesehenen Elemente der höchstrichterlichen Selbstverwaltung ohne weiteres verwirklicht werden können (vgl. insb. Art. 3 E-BGG betreffend das Budget).

Ohne unmittelbare Konsequenzen für den vorliegenden Entwurf bliebe hingegen:

- der Verzicht auf die ausdrückliche Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 180 VE 180): Die im Entwurf ausgesprochenen Unabhängigkeitsgarantien (insb. Art. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 7 ff., Art. 32 ff. E-BGG) finden bereits im heute geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes sowie in Garantien des internationalen Rechts eine Stütze.

- der Verzicht auf die ausdrückliche Erwähnung der Befugnis, richterliche Behörden des Bundes für die Beurteilung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung zu schaffen (Art. 179 Abs. 2 VE 96 Justizreform): Ein Ausbau der eidgenössischen verwaltungsgerichtlichen Vorinstanzen (Rekurskommissionen) bzw. die Zusammenfassung zu einem Bundesverwaltungsgericht ist schon nach geltendem Verfassungsrecht grundsätzlich möglich (WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 106, Rz. 8 und Art. 114^{bis}, Rz. 20; Gutachten des Bundesamtes für Justiz, in: VPB 49 Nr. 36, S. 253 f.; vgl. auch Art. 114^{bis} Abs. 5 BV; BBl 1991 II 483). Immerhin erscheint es wünschbar, für die zweistufige Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit eine klare Verfassungsgrundlage zu schaffen, wie dies im Rahmen der Justizreform vorgesehen ist (Art. 179 VE 96 Justizreform).

Anders als Artikel 176 VE 96 (Vorlage A und C) geht der Wortlaut des Artikels 106 BV noch von der Vorstellung aus, dass es sich beim Bundesgericht um das einzige Gericht des Bundes handle. In Anbetracht der heutigen Rechtswirklichkeit steht indessen der Bezeichnung des Bundesgerichts als "oberste rechtsprechende Behörde des Bundes" (Art. 1 E-BGG) auch im Falle einer Beibehaltung des Artikels 106 BV nichts entgegen.

7.3. Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen

Der Entwurf der Expertenkommission sieht an mehreren Stellen eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an das Bundesgericht vor (vgl. Art. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 13, Art. 22, Art. 65 Abs. 2 E-BGG). Das Bundesgericht besitzt nebst seiner Stammfunktion, der Rechtsprechung, seit jeher auch gewisse Rechtssetzungsbefugnisse. Der Entwurf sieht eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen für Fragen der inneren Organisation und Verwaltung des Gerichts (vgl. insb. Art. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 13 E-BGG), für die Geschäftsverteilung (Art. 22) und für die anzuwendenden Tarife (Gerichtsgebühren im Rahmen des Art. 64 E-BGG, Parteientschädigungen gemäss Art. 65 Abs. 2 E-BGG) vor. Der Entwurf bewegt sich im Rahmen dessen, was bereits im geltenden Recht vorgesehen ist und nach allgemein geteilter Auffassung als zulässig gilt. Die vorgeschlagenen Delegationsnormen werfen deshalb keine besonderen verfassungsrechtlichen Fragen auf.

8. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen mit dem europäischen Recht

Die Bundesrechtspflege entspricht, was die Gerichtsorganisation und die Verfahren betrifft, schon heute weitgehend den Anforderungen des internationalen und europäischen Rechts und insbesondere der EMRK. Zu diesem Ergebnis gelangten mit Bezug auf das europäische Recht die Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (BBl 1992 IV 433 ff.) und die Botschaft II vom 15. Juni 1992

über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (BBl 1992 V 725 ff.). Angesichts des Vorrangs und der direkten Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts hätten damals nur vereinzelte landesrechtliche Bestimmungen angepasst werden müssen. Mit Blick auf die EMRK sollten vor allem einige Bestimmungen geändert werden, die für Fälle, in denen nach Artikel 6 EMRK ein Anspruch auf Zugang zu einem Gericht besteht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausschliessen, ohne den Beschwerdeweg an eine andere richterliche Instanz zu öffnen. Ferner hat sich gezeigt, dass das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde für sich allein die Garantien von Artikel 6 EMRK wegen der beschränkten Kognition manchmal nicht abdeckt.

Nach dem EU-Recht bleiben die Mitgliedstaaten in der Regelung der Gerichtsorganisation und der Verfahren grundsätzlich autonom. Eine Totalrevision des OG kann deshalb an sich unabhängig vom Gemeinschaftsrecht vorgenommen werden. Immerhin hat ein Staat, der dem Sinn und Zweck des europäischen Rechts gerecht werden will, einige Verfahrensgrundsätze zu beachten, die durch die EMRK und die Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften umschrieben werden.

Die Expertenkommission hat dem internationalen Recht, dessen Umsetzung immer mehr zu den Aufgaben des schweizerischen Richters gehört, seit Beginn ihrer Arbeiten Rechnung getragen. Die in diesem Bericht vorgeschlagenen Massnahmen sind daher ausnahmslos mit den Anforderungen des europäischen Rechts vereinbar.

Sie bewirken ganz allgemein eine *Klärung des Verhältnisses zwischen dem internationalen und dem innerstaatlichen Recht*. Dazu trägt insbesondere die Einführung einer vorfrageweisen Überprüfung von Bundesgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Rechten und dem internationalen Recht bei (Ziff. 5.4.). Nach dem europäischen Recht darf eine ihm widersprechende nationale Norm nicht angewendet werden. Diese Regel hat zu den bekannten Schwierigkeiten geführt: Die Tatsache, dass das Bundesgericht die Übereinstimmung der Bundesgesetze mit der EMRK prüfen muss (BGE 118 Ia 353 E. 5, 117 Ib 373 E. f), während es die Verfassungsmässigkeit der gleichen Gesetze nicht prüfen darf, wirkt mehr und mehr stossend. Die Bundesverfassung wird dadurch entwertet, da nicht mehr sie, sondern das internationale Recht als Massstab dient.

Zur erwähnten Klärung trägt auch die Einführung der *Einheitsbeschwerden* (Ziff. 5.2.) bei, insofern als es künftig stets möglich sein wird, die Verletzung internationalen Rechts mit dem ordentlichen Rechtsmittel zu rügen. Im heutigen System wird dem Rechtssuchenden die Berufung auf internationales Recht durch eine zu grosse Zahl von Rechtsmitteln und unterschiedlichen Vorschriften erschwert. Die neuen Einheitsbeschwerden werden die Transparenz des Verfahrensrechts merklich verbessern und damit eine Forderung des europäischen Rechts erfüllen.

Der *Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen* auf eidgenössischer und kantonaler Ebene (Ziff. 5.1.) und die weitgehende Abschaffung der Rechtsprechungskompetenzen des Bundesrates (Ziff. 5.7.3.) haben zur Folge, dass das in Artikel 6 EMRK umschriebene Recht, ein unabhängiges Gericht anzurufen, besser gewährleistet sein wird. Eine umfassende gerichtliche

Prüfung wird auch in den Fällen sichergestellt sein, in denen sich heute die staatsrechtliche Beschwerde als ungenügend erweist (BGE 120 Ia 30; vgl. auch BBl 1992 IV 436 f.).

Dieser Ausbau der Vorinstanzen, der sowohl im Bund wie in den Kantonen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz garantieren wird, vermag die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht bei weitem auszugleichen. Auch in dieser Hinsicht ist der vorliegende Gesetzesentwurf daher mit dem europäischen Recht vereinbar.

9. Erläuterungen zum Gesetzesentwurf

Erstes Kapitel: Gerichtsverfassung

1. Abschnitt: Stellung des Bundesgerichts

Artikel 1 Oberste rechtsprechende Behörde

Das Bundesgericht wird in *Absatz 1* als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes bezeichnet. Damit ist ein Vierfaches gesagt:

- Es ist das Bundesgericht und nicht etwa der Bundesrat oder die Bundesversammlung, welches auf höchster Ebene Recht spricht.
- Es gibt kein dem Bundesgericht übergeordnetes Verfassungsgericht.
- Es gibt nur *ein* oberstes Gericht des Bundes, das Bundesgericht. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wird nicht wie heute bloss formell, sondern auch faktisch und vollständig ins Bundesgericht integriert.
- Die übrigen Gerichte des Bundes sind dem Bundesgericht im Instanzenzug untergeordnet (von den Militärgerichten abgesehen).

Absatz 2 legt den Rahmen für die Zahl der ordentlichen Richter fest. Anders als heute (vgl. Art. 1 Abs. 1 OG) wird der Bestand der Bundesrichter nicht auf einer bestimmten Zahl fixiert. Der Rahmen vermittelt der Bundesversammlung die wünschbare Flexibilität, um diejenige Anzahl Bundesrichter zu wählen, die aufgrund der Geschäftslast erforderlich ist.

Mit 30 - 39 Richtern weist das Bundesgericht eine organisierbare Grösse auf, bei der insbesondere die Einheit der Rechtsprechung gewährleistet bleibt. Die obere Grenze des Rahmens (39) entspricht dem heutigen Bestand (Bundesgericht plus Eidgenössisches Versicherungsgericht). Die Öffnung nach unten signalisiert, dass infolge der mit dieser Gesetzesvorlage eingeführten Entlastungsmassnahmen eine Reduktion der heutigen Richterzahl in Betracht kommt. Die Entlastung soll indessen auch bewirken, dass die amtierenden Richter nicht mehr - wie heute - in unzumutbarer Weise belastet bleiben, sondern wieder Zeit für die notwendige Reflexion gewinnen. Auch muss sichergestellt sein, dass genügend Richter vorhanden sind, um die nach Artikel 16 E-BGG vorgesehenen Abteilungen zu bilden. Das Gesetz schreibt daher mit 30 ordentlichen Richtern eine Mindestausstattung des Bundesgerichts vor.

Absatz 3 hält am Institut der Ersatzrichter fest. Die Expertenkommission hat diskutiert, ob sich ein partielles Milizsystem für das oberste Gericht weiterhin rechtfertigen lässt, zumal die Schweiz damit im Rechtsvergleich alleine steht. Sie hat sich für Festhalten entschieden, weil sich das System in der Vergangenheit bewährt hat und die Möglichkeit eröffnet, potentielle Kandidaten für ein ordentliches Richteramt kennenzulernen.

Der Wechsel in der Terminologie von "nebenamtliche Richter" (vgl. Art. 1 OG) zu "Ersatzrichter" ist einerseits Angleichung an die französische Fassung "suppléants". Andererseits wird dadurch eine Trendwende angekündigt. Die Funktion der "Milizrichter" soll wieder diejenige eigentlicher Ersatzmitglieder annehmen. D. h., sie vertreten ausgefallene ordentliche Richter und werden zur Bewältigung spezieller Belastungen eingesetzt. Sie sollen nicht - wie dies aus Überlastungsgründen heute auf die nebenamtlichen Richter zutrifft - regelmässig praktisch ein Teilzeitpensum erfüllen und damit eine gewisse Anzahl ordentlicher Richter ersetzen.

Die Zahl der Ersatzrichter darf diejenige der ordentlichen Richter nicht übersteigen. Heute fungieren aufgrund des Bundesbeschlusses vom 23. März 1984 über die Erhöhung der Zahl der nebenamtlichen Richter des Bundesgerichts (SR 173.110.1) am Bundesgericht deren 30 und am Eidgenössischen Versicherungsgericht deren 9, insgesamt also 39. In dieser Zahl nicht inbegriffen sind die zusätzlichen nebenamtlichen Richter, die gestützt auf Artikel 1 Absatz 3 und 123 Abs. 2 OG gewählt worden sind. Letztere Möglichkeit soll künftig wegfallen.

Artikel 2 Unabhängigkeit

Die Vorschrift deckt sich inhaltlich mit Artikel 21 Absatz 3 des geltenden OG. Absatz 1, der den wichtigen Grundsatz der Unabhängigkeit des Bundesgerichts herausstreicht, übernimmt die Formulierung von Artikel 180 VE 96 Justizreform.

Artikel 3 Gerichtsverwaltung

Mit *Absatz 1* wird dem in Artikel 176 Absatz 3 VE 96 Justizreform statuierten Grundsatz der Selbstverwaltung des Bundesgerichts nachgelebt. Das Bundesgericht besorgt seine Administration selber; es ist nicht in die Bundesverwaltung eingebunden, hat aber selbstverständlich einschlägige gesetzliche Bestimmungen zu beachten. Es bestellt die zur Ausübung der Justizverwaltung erforderlichen Verwaltungsorgane und regelt das Nötige in einem Reglement.

Ein wichtiges Element der Selbstverwaltung ist die Finanzautonomie des Bundesgerichts. Es kann über die ihm vom Parlament bewilligten Mittel innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen selbständig verfügen. Gemäss *Absatz 2* führt das Bundesgericht seine eigene Rechnung. Diese bildet zwar in Nachachtung des Grundsatzes der Einheit der Staatsrechnung formell Teil der Staatsrechnung, wird aber materiell vom Bundesgericht direkt zuhanden der Bundesversammlung erstellt (vgl. auch Art. 4 Abs. 2 E-BGG).

Artikel 4 Oberaufsicht der Bundesversammlung

Absatz 1 entspricht Artikel 21 Absatz 1 des geltenden OG. Schon heute ist klar, dass es sich bei der parlamentarischen Beaufsichtigung der Justiz nicht etwa um eine Dienstaufsicht, sondern um eine Oberaufsicht handelt, welche ihre Grenzen an der richterlichen Unabhängigkeit findet.

Gemäss *Absatz 2* hat das Bundesgericht der Bundesversammlung jährlich Bericht über seine Geschäftsführung zu erstatten. Neu im Gesetz angesprochen werden die Finanzvorlagen, für die das Bundesgericht ebenfalls direkt der Bundesversammlung verantwortlich ist. Der Bundesrat hat in bezug auf die Budgeteingaben und Nachtragskreditbegehren des Bundesgerichts kein Korrekturrecht.

Artikel 5 Sitz

Der Sitz des Bundesgerichts bleibt in Lausanne. Als Folge der Totalintegration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht (vgl. Ziff. 5.6.2.) befindet sich neu auch die sozialversicherungsrechtliche Abteilung in Lausanne. Der bisher separate Sitz in Luzern entfällt.

2. Abschnitt: Richter

Artikel 6 Wahl

Wahlbehörde für die Bundesrichter bleibt die Bundesversammlung (*Absatz 1*). Die Expertenkommission hat sich überlegt, ob die Bundesversammlung bei Ersatz- und Ergänzungswahlen neu verpflichtet werden soll, das Bundesgericht anzuhören. Damit würden aber faktisch Elemente einer Kooptation eingeführt. Die Expertenkommission hat daher auf eine solche Konsultationspflicht verzichtet.

Einziges Wählbarkeitsvoraussetzung bildet nach *Absatz 2* - wie heute - das Stimm- und Wahlrecht in eidgenössischen Angelegenheiten. Letzteres steht nur Schweizer Bürgern zu. Das Erfordernis des "weltlichen Standes" (vgl. Art. 108 Abs. 1 BV, Art. 2 Abs. 1 OG i.V.m. Art. 75 BV und Art. 133 VE 96) wird gemäss herrschender Lehre und Praxis seit jeher als Unvereinbarkeitsregel aufgefasst und erscheint demzufolge in Artikel 7 Absatz 2 E-BGG als Verbot der Ausübung eines geistlichen Amtes.

Artikel 7 Unvereinbarkeit

Absatz 1 sichert das personelle Gewaltentrennungsprinzip. Er entspricht dem geltenden Recht (Art. 108 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 OG).

Absatz 2 gilt wie Absatz 1 sowohl für die ordentlichen Richter wie für die Ersatzrichter. Das Verbot, eine Tätigkeit auszuüben, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigt, aktualisiert sich freilich vor allem für die Ersatzrichter. Ihnen kann, da sie nur sporadisch zum Einsatz gelangen, die Ausübung eines Hauptberufs und sonstiger Nebenerwerbstätigkeiten nicht verwehrt sein. Dabei haben sie die hier festgelegten Kriterien zu beachten. Die Ausübung eines

geistlichen Amtes verletzt an sich die genannten Kriterien nicht, bleibt den Bundesrichtern aber aus Traditionsgründen schon von Verfassungs wegen weiterhin verboten (vgl. Art. 133 VE 96 und die Erläuterung zu Art. 6 Abs. 2 E-BGG).

Absatz 3 statuiert für die ordentlichen Bundesrichter weitere Unvereinbarkeiten, wie sie schon im geltenden Recht bestehen (Art. 108 Abs. 3 BV, Art. 3 OG).

Artikel 8 Nebenbeschäftigung

Die Vorschrift entspricht Artikel 3a des geltenden OG.

Artikel 9 Verwandtschaft

Diese Vorschrift legt fest, inwieweit Personen, die miteinander in bestimmter Weise verbunden sind, von der gleichzeitigen Innehabung von gewissen Ämtern ausgeschlossen sind. Sie gilt sowohl für die ordentlichen Bundesrichter als auch für die Ersatzrichter; der im Gesetz verwendete Begriff "Richter" bezieht sich auf beide Kategorien.

Absatz 1 regelt den Verwandtenausschluss innerhalb des Bundesgerichts. Die Regelung übernimmt das geltende Recht (vgl. Art. 4 Abs. 1 OG). In einem Punkt wird eine Verschärfung vorgeschlagen, indem neu nicht nur Ehegatten, sondern auch in dauerhafter Gemeinschaft lebende Partner ausgeschlossen sein sollen. Gedacht ist an das qualifizierte Konkubinat, wie es das Bundesgericht in Zusammenhang mit Artikel 153 Absatz 1 ZGB (Wegfall der Rente bei Wiederverheiratung) definiert hat (BGE 118 II 237 m.H.). Eine solche Gemeinschaft weist eine mit der Ehe vergleichbare Intensität auf und gefährdet damit das Prinzip der Kollegialität nicht minder.

Absatz 2 erstreckt den Verwandtenausschluss auf weitere Behörden, beschränkt ihn aber - was diese weiteren Behörden angeht - in der Seitenlinie auf Geschwister. Wo es um den gleichzeitigen Einsitz in verschiedene Behörden geht, darf der Kreis der inkompatiblen Verwandtschaftsverhältnisse nicht zu weit gezogen werden, will man die Möglichkeit zur Ausübung von Ämtern nicht unverhältnismässig beschränken. Erfasst sind zum einen - wie heute - die eidgenössischen Untersuchungsrichter und die Vertreter der Bundesanwaltschaft (vgl. Art. 4 Abs. 1 OG). Explizit angeführt werden neu die anderen richterlichen Behörden des Bundes. Die Unabhängigkeit im Instanzenzug ist gefährdet, wenn zum Beispiel zwei Geschwister am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht amten. Eine wichtige Neuerung bringt diese Vorschrift im weiteren insofern, als der Verwandtenausschluss auf die beiden anderen Gewalten ausgedehnt wird. Diese Neuerung erheischen Gründe der personellen Gewaltentrennung. Letztere wird in Frage gestellt, wenn zum Beispiel ein Ehegatte Bundesrichter, der andere Bundesrat ist. In bezug auf die Bundesversammlung kommt als weitere Rechtfertigung die unbefangene Ausübung des parlamentarischen Wahl- und Obergerichtsrechts gegenüber dem Bundesgericht hinzu.

Artikel 10 Amtsdauer

Die Bestimmung entspricht Artikel 5 des geltenden OG. Die sechsjährige Amtsdauer wird im übrigen neu schon in der Verfassung festgelegt (vgl. Art. 135 Satz 2 VE 96).

Artikel 11 Amtseid

Heute werden die Bundesrichter in der Regel durch das Bundesgericht vereidigt (Art. 9 Abs. 2 OG). Neu leisten die Bundesrichter den Eid oder das Gelübde immer vor der Bundesversammlung. Dadurch wird die Feierlichkeit dieses Aktes erhöht und Gleichstellung mit dem Bundesrat erreicht, der ebenfalls durch die Bundesversammlung vereidigt wird.

Artikel 12 Wohnort

Die Vorschrift entspricht Artikel 19 Absatz 2 OG.

3. Abschnitt: Organisation

Artikel 13 Grundsatz

Das Gesetz regelt die wichtigsten Punkte der Organisation. Innerhalb dieses Rahmens obliegt die interne Gerichtsorganisation dem Bundesgericht. Als Ausfluss der Selbstverwaltungskompetenz bestellt es selber die notwendigen Dienste und wählt sein Personal.

Artikel 14 Präsidium

Die Bestimmung entspricht Artikel 6 des geltenden OG, ergänzt durch den Zusatz, dass der Bundesgerichtspräsident den Vorsitz im Gesamtgericht führt (Absatz 2 Satz 2). Letzteres ist aufgrund des Reglements schon heute der Fall (vgl. Art. 22 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1).

Artikel 15 Gesamtgericht

Absatz 1 definiert zunächst das Gesamtgericht als die Gesamtheit der ordentlichen Richter, dies in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (vgl. Art. 19 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1). Seine Befugnisse umfassen alle wichtigen Geschäfte der Justizverwaltung, einschliesslich Wahlen. Sodann fällt der Erlass von Reglementen in die Zuständigkeit des Gesamtgerichts.

Absatz 2 räumt neu im Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit ein, dass das Gesamtgericht auf dem Zirkulationsweg beschliesst. Im geltenden Recht ist diese Möglichkeit erst im Reglement enthalten (Art. 20 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1).

Artikel 16 Abteilungen

Nach *Absatz 1* zerfällt das Bundesgericht in Abteilungen: mehrere öffentlichrechtliche, zwei oder mehrere Zivilabteilungen und eine Abteilung in Strafsachen. Damit präsentiert sich die Gliederung des Bundesgerichts im neuen Recht wesentlich einfacher als nach geltender Ordnung (vgl. Art. 12 und 122 OG). Insbesondere entfallen mit der geplanten Bildung des Bundesstrafergerichts die Strafgerichtsbehörden nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben d, e und f sowie Absatz 2 des geltenden OG. Auch gibt es keine besondere Sozialversicherungsabteilung mehr. Die Rechtsprechung in Sozialversicherungssachen wird von den öffentlichrechtlichen Abteilungen wahrgenommen. Im einzelnen wird der Zuständigkeitsbereich der Abteilungen durch Reglement festgelegt. Dies hat den Vorteil, dass die Aufteilung der Geschäfte ohne Gesetzesänderung modifiziert werden kann.

Die Bildung der Abteilungen obliegt wie nach geltendem Recht dem Bundesgericht. Nach *Absatz 2* hat es dabei die fachlichen Kenntnisse der Richter angemessen zu berücksichtigen. Die Bestimmung ist neu; sie löst das heute beachtete Anciennitätsprinzip ab. Es erscheint kaum effizient, wenn ein in einem Fachbereich bestens ausgewiesener Richter in einem anderen Bereich eingesetzt wird. Die Bestimmung will dies verhindern.

Absatz 3 entspricht Artikel 12 Absatz 3 des geltenden OG. Er ermöglicht einen Ausgleich unterschiedlicher Arbeitsbelastung.

Artikel 17 Abteilungsvorsitz

Die Bestimmung entspricht Artikel 13 Absatz 1 und 2 des geltenden OG.

Artikel 18 Besetzung

Die Bestimmung über die Besetzung der Spruchkörper knüpft an das geltende Recht an (vgl. Art. 15 OG).

Nach *Absatz 1* gilt in der Regel die Dreierbesetzung. Der Passus "in der Regel" berücksichtigt die Ausnahmen gemäss den Absätzen 2 und 3 sowie Artikel 19 E-BGG. Ausserhalb der dort erwähnten Fälle darf von der Dreierbesetzung nicht abgewichen werden.

Die Fünferbesetzung kommt zur Anwendung für die Entscheidung über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Anordnung des Abteilungspräsidenten (*Absatz 2*). Im Interesse der gebotenen Raschheit des Verfahrens gilt diese Vorschrift nicht für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Über sie ist stets in Dreierbesetzung zu befinden. Die Fünferbesetzung dürfte künftig prozentual häufiger zum Zuge kommen, da aufgrund der neuen Zugangsregelung zum Bundesgericht (Art. 94 ff. E-BGG) die Zahl der zu beurteilenden Fälle, in denen sich keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, deutlich abnehmen wird.

Absatz 3 enumeriert in Übereinstimmung mit Artikel 15 Absatz 3 des geltenden OG diejenigen Fälle, in denen die Abteilungen in Siebnerbesetzung urteilen. Es sind dies zum einen Beschwerden, in denen es um die Gültigkeit

referendumpflichtiger kantonalen Erlasse geht. Keinen Unterschied macht, ob - mangels kantonsinterner Rechtsmittelmöglichkeit - direkt der Erlass angefochten wird oder ob sich die Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid über Beschwerden gegen solche Erlasse richtet. Weiterhin mit sieben Richtern entscheiden die Abteilungen sodann über Beschwerden gegen kantonale Entscheide über die Zulässigkeit einer Initiative oder das Erfordernis eines Referendums.

Artikel 19 Überprüfung von Bundesgesetzen

Die Bestimmung sieht für die mit Artikel 178 VE 96 Justizreform und Artikel 89 E-BGG neu eingeführte konkrete Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen eine besondere Zuständigkeits- und Verfahrensordnung vor. Sie bewirkt faktisch einen gewissen Schutz von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen, indem diese Akte nur in einem erschwerten Verfahren für verfassungs- oder völkerrechtswidrig und deshalb im Einzelfall für nicht anwendbar erklärt werden können. Die besondere Ordnung kommt nur zum Zuge, wenn die für den betreffenden Streitfall zuständige Abteilung *begründete Zweifel* hat, ob eine anwendbare Bestimmung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses mit den verfassungsmässigen Rechten, dem Völkerrecht oder den verfassungsmässig gewährleisteten Zuständigkeiten der Kantone vereinbar ist. Hegt sie diesbezüglich keine solchen Zweifel, greift Artikel 19 E-BGG nicht; es bleibt bei der ordentlichen Besetzung nach Artikel 18 E-BGG. *Absatz 1* bringt dies in der Einleitung zum Ausdruck.

Die besondere Ordnung umfasst folgende Elemente:

- Die für den betreffenden Streitfall zuständige Abteilung vereinigt sich mit einer öffentlichrechtlichen Abteilung (*Absatz 1*). Es muss nicht stets die gleiche öffentlichrechtliche Abteilung sein; alle kommen in Frage.
- Der Spruchkörper umfasst elf Richter, fünf aus der für den Streitfall zuständigen Abteilung und fünf aus der beigezogenen öffentlichrechtlichen Abteilung. Hinzu kommt der Bundesgerichtspräsident, der den Vorsitz führt (*Absatz 2*). Der grosse Spruchkörper schafft ein gewisses Gegengewicht zum Gesetzgeber.
- Es gibt zwei Referenten, wobei der zweite vom Bundesgerichtspräsidenten aus der beigezogenen öffentlichrechtlichen Abteilung bestimmt wird (*Absatz 3*).
- Der erweiterte Spruchkörper entscheidet nicht nur über die Frage der Verfassungs- bzw. Völkerrechtswidrigkeit der fraglichen Bestimmung, er befindet über den ganzen Streitfall (*Absatz 1 in fine*). Die beiden Dinge lassen sich nicht immer strikte trennen, zumal das Bundesgericht gemäss Artikel 178 Absatz 3 VE 96 Justizreform ein breites Entscheidungsspektrum hat und sich insbesondere darauf beschränken kann, in Abweisung der Beschwerde die Verfassungs- bzw. Völkerrechtswidrigkeit bloss festzustellen.

Artikel 20 Abstimmung

Die Bestimmung entspricht Artikel 10 OG.

Artikel 21 Einzelrichter

Diese Bestimmung nimmt die geltende Praxis ins Gesetz auf. Über Verfahren, die gegenstandslos geworden sind, gleich aus welchen Gründen, entscheidet der Instruktionsrichter als Einzelrichter. Erfasst ist auch die Abschreibung zufolge Rückzugs der Beschwerde oder Vergleichs. Abgesehen von den Kostenfolgen verbleibt in solchen Fällen kaum Entscheidungsspielraum, so dass sich die Erledigung durch den Einzelrichter rechtfertigen lässt und aus Gründen der Speditivität aufdrängt. Wer als Instruktionsrichter gilt, wird in Artikel 30 Absatz 1 E-BGG definiert.

Artikel 22 Geschäftsverteilung

Geschäftsverteilungsfragen stellen sich beim Bundesgericht in mehrerer Hinsicht: Zunächst sind die eingehenden Fälle den verschiedenen Abteilungen zuzuweisen. Sodann sind innerhalb der zuständigen Abteilung die Richter zu bestimmen, die an der Entscheidung des Falles mitwirken (Bildung des Spruchkörpers). Unter ihnen ist der Instruktionsrichter, der eine gewichtige Funktion wahrnimmt, zu bezeichnen. Allenfalls sind Ersatzrichter beizuziehen. Die Geschäftsverteilung kann wegen der Gefahr von Manipulationen nicht ins freie Ermessen einzelner Amtsträger gestellt werden. Soweit möglich, ist sie im Reglement, also durch generell-abstrakte Vorschriften, festzusetzen bzw. es sind die Kriterien festzulegen, nach denen sie vorzunehmen ist. Artikel 22 E-BGG macht - anders als Artikel 14 des geltenden OG - deutlich, dass sich das Reglement namentlich auch zur Bildung der Spruchkörper und zum Einsatz der Ersatzrichter zu äussern hat.

Artikel 23 Änderung der Rechtsprechung

Absatz 1 deckt sich inhaltlich mit Artikel 16 Absatz 1 des geltenden OG.

Absatz 2 führt neu ausdrücklich die Möglichkeit ein, Zirkulationsbeschlüsse zu fällen. Die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg wird heute teilweise bereits praktiziert. Sie vereinfacht das Verfahren und entspricht einem praktischen Bedürfnis vor allem in Fällen, in denen Einigkeit herrscht.

Artikel 24 Gerichtsschreiber und persönliche Mitarbeiter

Nach *Absatz 1* wählt das Bundesgericht - wie heute - die Gerichtsschreiber und die persönlichen Mitarbeiter der Richter selber. Das Verwaltungspersonal einschliesslich wissenschaftliche Mitarbeiter (z.B. Dokumentationsdienst) wird hier nicht erwähnt; seine Wahl fällt nach Artikel 3 Absatz 1 E-BGG in die Kompetenz des Bundesgerichts. Als Ausfluss der Selbstverwaltungskompetenz (Art. 3 Abs. 1 E-BGG) bestimmt das Bundesgericht künftig die Zahl seiner Gerichtsschreiber, persönlichen Mitarbeiter der Richter und der übrigen wissenschaftlichen Mitarbeiter selber. Die Vorschrift von Artikel 7 Absatz 1 OG,

wonach die Bundesversammlung mit dem Voranschlag die Zahl der Gerichtsschreiber, der Sekretäre und der übrigen wissenschaftlichen Mitarbeiter, einschliesslich der persönlichen Mitarbeiter der Richter, bestimmt, wird nicht beibehalten. Das Bundesgericht kann selbst am besten abschätzen, wie gross sein Personalbedarf ist und wieviel es von den ihm bewilligten finanziellen Mitteln dafür einsetzen will. Die Budgethoheit verbleibt bei der Bundesversammlung.

Die Vorschrift enthält eine weitere Neuerung: Das geltende Recht unterscheidet Gerichtsschreiber und Sekretäre (vgl. etwa Art. 7 OG). Da ein Unterschied in der Funktion nicht besteht, wird im E-BGG auf die Kategorie der Sekretäre verzichtet. Es ist durchwegs nur noch von Gerichtsschreibern die Rede. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass diese Kategorie Juristen verschiedener Besoldungsklassen umfasst.

Absatz 2 hält an der sechsjährigen Amtsdauer für die Gerichtsschreiber (im hier verwendeten Sinne, also einschliesslich der Sekretäre) fest (vgl. Art. 7 Abs. 2 OG).

Artikel 25 Generalsekretär

Die Leitung der Gerichtsverwaltung liegt in der Hand des Generalsekretärs. Er hat auch die Funktion eines Personalchefs wahrzunehmen. Ferner gewährleistet er das Sekretariat des Gesamtgerichts und der Verwaltungsorgane. Mit Blick auf diese wichtigen Funktionen rechtfertigt es sich, diesen Posten im Gesetz zu verankern und auch für den Generalsekretär die sechsjährige Amtsdauer vorzusehen. Heute findet sich die Rechtsgrundlage erst auf Reglementsstufe (Art. 29 Reglement des Bundesgerichts, SR 173.111.1; Art. 11a Reglement für das Eidgenössische Versicherungsgericht, SR 173.111.2).

Artikel 26 Information

Absatz 1 verpflichtet das Bundesgericht, die Öffentlichkeit über seine Rechtsprechung zu informieren. Dieser Pflicht kommt mit Blick auf die Präjudizwirkung höchstrichterlicher Urteile grosse Bedeutung zu. Sie wird daher im Gesetz statuiert. Heute ist die Information der Öffentlichkeit für das Bundesgericht bloss auf Reglementsstufe vorgesehen (Art. 18 Reglement des Bundesgerichts, SR 173.111.1), für das Eidgenössische Versicherungsgericht besteht eine Gesetzesvorschrift (Art. 127 Abs. 5 OG; vgl. auch Art. 22 Reglement für das Eidgenössische Versicherungsgericht, SR 173.111.2). Publikationsorgan muss nicht zwingend die amtliche Sammlung bleiben. Neu ist die Rede von "amtlich veröffentlichen", um den Weg für moderne Publikationsmöglichkeiten offen zu halten. Jede Abteilung bestimmt, welche ihrer Entscheidungen veröffentlicht werden.

Absatz 2 vermittelt dem Bundesgericht die gesetzliche Grundlage, um für die Gerichtsberichterstattung eine Akkreditierung vorzuschreiben. Die Voraussetzungen für eine Akkreditierung und das Verfahren kann das Reglement bestimmen.

Zweites Kapitel: Allgemeine Verfahrensbestimmungen

1. Abschnitt: Zuständigkeit

Artikel 27 Prüfung

Dass ein angerufenes Gericht seine sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen hat (*Abs. 1*), entspricht einem allgemeinen Grundsatz. Nach der Zuständigkeitsordnung bestimmt sich zudem der verfassungsmässige Richter (Art. 58 BV; Art. 26 VE 96).

Bei Zweifeln über die Zuständigkeit führt das Bundesgericht nach *Absatz 2* einen Meinungsaustausch mit der Behörde durch, deren Zuständigkeit in Frage kommt. Eine ähnliche Vorschrift gilt heute für die Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 96 Abs. 2 und Art. 113 OG). Neu kann ein Meinungsaustausch auch mit kantonalen Behörden durchgeführt werden (z.B. wenn unklar ist, ob der kantonale Instanzenzug erschöpft ist).

Artikel 28 Unzuständigkeit

Nach *Absatz 1* trifft das Bundesgericht einen Nichteintretensentscheid, wenn es sich für unzuständig hält. Dies gilt auch dann, wenn eine andere Behörde zuständig erscheint oder sich im Meinungsaustausch zur Beurteilung der Sache bereit erklärt hat. Vorbehalten bleibt allerdings Art. 85 Ziff. 13 BV (Art. 161 Abs. 1 Bst. h VE 96).

Absatz 2 sieht vor, dass die durch Nichteintreten erledigte Sache gegebenenfalls der zuständigen Behörde überwiesen wird (vgl. Art. 32 Abs. 5 und Art. 96 Abs. 1 OG).

Artikel 29 Vorfragen

Die Bestimmung entspricht Artikel 96 Absatz 3 OG.

2. Abschnitt: Prozessleitung

Artikel 30 Instruktionsrichter

Die Verfahrensleitung obliegt dem Instruktionsrichter. Als solcher gilt der Abteilungspräsident oder ein von ihm bezeichneter Richter. Über vorsorgliche Massnahmen entscheidet neu ebenfalls der Instruktionsrichter (Art. 98 Abs. 3 und Art. 99 E-BGG) und nicht mehr in jedem Fall der Abteilungspräsident (Art. 14 Abs. 2, 70 Abs. 2, 94, 111 Abs. 2, 142 OG; Art. 272 Abs. 7 BStP).

Artikel 31 Disziplin

Die Bestimmung entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden Recht (Art. 31 und Art. 13 Abs. 5 OG). Die Bussenmaxima werden heutigen Massstäben

angepasst. Was die Mittel der Sitzungspolizei in *Absatz 3* angeht, wird die kaum je praktizierte Inhaftnahme des Störers fallengelassen.

3. Abschnitt: Ausstand von Gerichtspersonen

Artikel 32 Ausstandsgründe

Die vom geltenden Recht getroffene Unterscheidung zwischen zwingenden Ausschluss- und disponiblen Ablehnungsgründen wird aufgegeben. Die Ausstandsgründe werden in *Absatz 1* ähnlich wie im VwVG aufgezählt und durch eine Generalklausel (*Bst. d*) ergänzt. Sie sind von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Artikel 33 Mitteilungspflicht

Die Bestimmung sieht wie das geltende Recht (Art. 24 OG) eine Mitteilungspflicht für Gerichtspersonen vor, die von den Ausstandsvorschriften betroffen sind.

Artikel 34 Ausstandsbegehren

Die *Absätze 1* und *2* übernehmen weitgehend das geltende Recht (Art. 25 Abs. 1 und 2 OG). Wird das Ausstandsbegehren zu spät gestellt, so kann dies nach *Absatz 3* ein Nichteintreten zur Folge haben statt wie bisher nur eine Verurteilung zu Kosten (Art. 25 Abs. 3 OG).

Artikel 35 Entscheid

Wird der nach den Artikeln 33 oder 34 geltend gemachte Ausstandsgrund von einer Partei oder von einem Richter bestritten, so hat die Abteilung über den Ausstand zu entscheiden. Die betroffene Gerichtsperson wirkt bei dieser Entscheid nicht mit und ist durch eine andere zu ersetzen. Diese Regelung deckt sich mit dem geltenden Recht (Art. 26 Abs. 1 OG).

Artikel 36 Verletzung der Ausstandsvorschriften

Gemäss *Absatz 1* muss die Aufhebung von Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, sofort nach Kenntnis des Ausstandsgrundes verlangt werden. Das bisherige Recht sieht dafür eine dreissigtägige Frist vor (Art. 28 Abs. 1 OG).

Falls eine Beweismassnahme nicht wiederholt werden kann, beispielsweise weil der angehörte Zeuge verstorben ist, darf sie nach *Absatz 2* vom urteilenden Gericht trotz der seinerzeitigen Verletzung der Ausstandsvorschriften berücksichtigt werden.

Der Vorbehalt der Revision in *Absatz 3* entspricht dem bisherigen Recht.

4. Abschnitt: Parteien, Parteivertreter, Rechtsschriften

Artikel 37 Zustellungsdomizil

Die Regelung für das Zustellungsdomizil wird aus dem geltenden Recht übernommen (Art. 29 Abs. 4 OG) und lediglich redaktionell leicht angepasst.

Artikel 38 Parteivertreter

Es entspricht in der Schweiz einer festen Tradition, dass eine Partei ihren Prozess bis zum Bundesgericht auch selbst führen kann. Will sie sich aber vertreten lassen, so muss sie in Zivil- und Strafsachen die Vertretung einem patentierten Anwalt oder allenfalls einem Universitätsprofessor übertragen. Die Belastung der Gerichte durch unzulässige Beschwerden ist nicht zu unterschätzen und kann mit der Einführung eines Anwaltszwangs oder durch eine Ausdehnung des Vertretungsmonopols der Anwälte auf alle Rechtsbereiche reduziert werden. Schon die Expertenkommission Dubs hat sich deshalb intensiv mit den Vor- und Nachteilen dieser beiden Massnahmen befasst. Den Anwaltszwang lehnte sie als mit der schweizerischen Rechtstradition nicht vereinbar ab. Sie befürwortete hingegen die Ausdehnung des Anwaltsmonopols auf sämtliche Rechtsvorkehren vor Bundesgericht und erhoffte sich davon insbesondere eine gewisse "Siebwirkung" (Schlussbericht vom Januar 1982; Ziff. 232). Gestützt auf das negative Ergebnis der Vernehmlassung liess der Bundesrat das Anwaltsmonopol als mögliche Entlastungsmassnahme fallen (BBl 1985 II 800 ff., 1991 II 477). Die Kommission hat die beiden Massnahmen noch einmal eingehend geprüft und ist - entgegen der im Zwischenbericht geäusserten Meinung - zur Auffassung gelangt, es sei richtig, das Anwaltsmonopol auszudehnen (*Abs. 1*). Sachlich ist diesbezüglich eine Differenzierung nach Rechtsgebieten nicht gerechtfertigt und gerade das vorgeschlagene Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) verlangt von einem Parteivertreter, dass er sich in verfahrensrechtlichen Belangen auskennt.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Anwälte mit ausländischem Patent zuzulassen sind (*Abs. 2*), ist nicht im E-BGG, sondern im Rahmen meist bilateraler Abkommen (etwa mit der EU) zu regeln. Bis solche Abkommen vorliegen, kann die recht offene Ausnahmeklausel des geltenden Rechts (Art. 29 Abs. 3 OG) beibehalten werden. Allerdings ist der Gegenrechtsvorbehalt zu streichen, da dessen GATS-Konformität zweifelhaft ist.

Kein Änderungsbedarf besteht bei den Vorschriften der *Absätze 3 und 4* über das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht für jede Parteivertretung (vgl. Art. 29 Abs. 1 OG) und über den Entscheid des Gerichts bei streitigen Anwaltshonoraren (vgl. Art. 161 OG).

Artikel 39 Fehlen der Postulationsfähigkeit

Die Bestimmung über den Vertretungszwang im Falle, dass jemand offensichtlich nicht imstande ist, seine Sache selber zu führen, wird unverändert aus dem geltenden Recht übernommen (Art. 29 Abs. 5 OG).

Artikel 40 Rechtsschriften

Die Vorschriften über die Anforderungen an die Rechtsschriften und die Verbesserung mangelhafter Eingaben lehnen sich an die Artikel 30 und 108 des geltenden OG an.

Die in *Absatz 1* verankerte *Begründungspflicht* ist an sich nicht neu. Rechtsschriften sollen sich mit den prozessualen Formanforderungen und den geltend gemachten Rechtsverletzungen auseinandersetzen. Was speziell die *Beschwerden* angeht, erhält die Begründungspflicht im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Entwurfs eine besondere Bedeutung: In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt eine Rechtsnorm nach Artikel 88 E-BGG verletzt oder auf einer Sachverhaltsfeststellung beruht, welche nach Artikel 90 E-BGG beanstandet werden kann. Das Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde nur soweit ein, als sie einen zulässigen Beschwerdegrund enthält. Falls es sich nicht von selbst versteht, hat der Beschwerdeführer ausserdem aufzuzeigen, dass die gerügte Rechtsverletzung einen Einfluss auf den Endentscheid hat (Art. 95 Abs. 1 Bst. d E-BGG). Rügen, die nicht ausdrücklich vorgebracht worden sind, braucht das Bundesgericht nicht zu prüfen (Art. 101 Abs. 2 E-BGG); und solche, die zwar erhoben, aber nicht hinreichend begründet worden sind, kann es für unzulässig erklären (Art. 95 Abs. 1 Bst. c E-BGG). Da das Bundesgericht Beschwerden auch für unzulässig erklären kann, wenn sie weder Grundsatzfragen noch einen Streit mit schwerwiegenden Folgen betreffen (Art. 95 Abs. 2 E-BGG), muss sich der Beschwerdeführer zu diesen Punkten ebenfalls äussern.

Wird eine Rechtsschrift, die einen verbesserungsfähigen Mangel aufweist (*Abs. 4 und 5*) nicht innert der angesetzten Frist geändert, so tritt das Bundesgericht auf die Eingabe nicht ein oder weist sie aus den Akten, je nachdem ob es sich um ein Rechtsmittel oder um eine Vernehmlassung handelt.

5. Abschnitt: Fristen (Art. 41 - 47)

Der Abschnitt über die Fristen wird beinahe unverändert vom geltenden Recht übernommen. Die Neuerungen beschränken sich auf Redaktionelles und Systematisches, von den folgenden Ausnahmen abgesehen.

Bei der Berechnung der Frist wird präzisiert, dass die Frage, ob ein kantonaler Feiertag vorliegt, nach dem Recht jenes Kantons zu beurteilen ist, in dem der angefochtene Entscheid gefällt worden ist (*Art. 41 Abs. 3*).

Gesetzlich nach Tagen bestimmte Fristen sollen neu einen Tag länger, nämlich nicht bloss bis und mit dem 1., sondern dem 2. Januar still stehen (*Art. 42 Abs. 1 Bst. c*). Der Wortlaut von *Artikel 44* schliesst die Möglichkeit, Rechtsschriften per Fax oder Internet zu übermitteln, nicht aus. Auf eine ausdrückliche Regelung dieser Frage im Gesetz wird verzichtet, damit sich die Praxis des Bundesgerichts laufend der technischen Entwicklung anpassen kann. Die Frist für die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs wird von 10 auf 30 Tage nach Wegfall des unverschuldeten Hindernisses verlängert (*Art. 46 Abs. 1*), nicht zuletzt, weil innert gleicher Frist auch die versäumte Rechtshandlung nachgeholt werden muss.

Soweit in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Aufsichtsbehörden entscheiden (Art. 17 ff. SchKG), kommt den Fristenregelungen des SchKG Vorrang zu (Art. 47).

6. Abschnitt: Streitwert (Art. 48 - 50)

Wie bisher spielen Fragen im Zusammenhang mit der Bestimmung des (Geld-)Wertes des Streitgegenstands vorab im Zivilprozess eine Rolle. Im vorgeschlagenen Vorprüfungsverfahren darf eine Beschwerde in Zivilsachen dann nicht als unzulässig erklärt werden, wenn der Streitwert 100'000 Franken erreicht (Art. 95 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 E-BGG). Die Vorschriften des geltenden Rechts über die Berechnung des Streitwerts können annähernd unverändert übernommen werden. Die Anpassungen sind redaktioneller Natur.

Präzisierend wird allerdings festgehalten, dass der durch das Rechtsbegehren des Klägers bei der Vorinstanz bestimmte Streitwert auch für das Beschwerdeverfahren massgebend ist (Art. 48 Abs. 1).

7. Abschnitt: Verfahrenssprache (Art. 51)

Den Vorschriften über die Verfahrenssprache wird neu eine eigene Bestimmung gewidmet. Zwar erwähnte das geltende Recht bloss die Sprache der Rechtsschriften (Art. 30 Abs. 1 OG) und diejenige des Urteils (Art. 37 Abs. 3 OG). Das Recht einer Partei, sich einer der Amtssprachen zu bedienen, galt aber schon von Verfassungs wegen für das ganze Verfahren.

Änderungen ergeben sich aber aus dem neuen Sprachenartikel der Bundesverfassung, der unter gewissen Voraussetzungen auch das Rätoromanische als Amtssprache anerkennt (Art. 116 Abs. 4 BV). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest in einem Beschwerdeverfahren einer romanischen Gemeinde oder Person gegen den Entscheid einer Instanz des Kantons Graubünden (BGE 122 I 95 E. 1). Gestützt auf Artikel 14 Absatz 3 des Publikationsgesetzes und Artikel 11 der dazugehörigen Verordnung hat sich das Bundesgericht im erwähnten Entscheid des Rumantsch Grischun bedient, dann aber eine Übersetzung ins Deutsche gleich mitpubliziert.

Wie schon im geltenden Recht bestimmt der angefochtene Entscheid die Sprache des Beschwerdeverfahrens, ausser die Parteien sprechen eine andere Amtssprache (Abs. 1). Im Klageverfahren soll die (Amts-)Sprache der Parteien berücksichtigt werden (Abs. 2). Ist eine Partei der Verhandlungssprache nicht mächtig, so ordnet das Gericht eine Übersetzung aller Schriftstücke und mündlichen Äusserungen an, auf deren Verständnis sie angewiesen ist (vgl. dazu BGE 118 Ia 462 ff.). Diese in Absatz 3 enthaltene Vorschrift entspricht der Regel von Artikel 4 Absatz 2 BZP.

8. Abschnitt: Beweisverfahren

Artikel 52 Grundsatz

Eigenständige Vorschriften über das Beweisverfahren sind nicht notwendig. Es kann auf die Bestimmungen im siebenten Titel des Bundeszivilprozesses verwiesen werden (*Abs. 1*).

Absatz 2 übernimmt inhaltlich Artikel 95 Absatz 1 OG (vgl. auch Art. 113 und 143 Abs. 4 OG).

Absatz 3 wiederholt der Vollständigkeit und besseren Übersichtlichkeit halber Artikel 5 Absatz 3 BZP.

Artikel 53 Anwesenheit der Parteien und Urkundeneinsicht

Die *Absätze 1* und *2* decken sich weitgehend mit dem - nicht in den Verweis von Artikel 52 E-BGG eingeschlossenen - Artikel 38 BZP. Zusätzlich erwähnt werden die öffentlichen Interessen, welche ebenso wie die privaten Interessen (insb. Geschäftsgeheimnisse) den Ausschluss einer Partei von der Beweiserhebung oder Urkundeneinsicht rechtfertigen können.

Absatz 3 statuiert in Anlehnung an Artikel 28 VwVG, wie zu verfahren ist, wenn zum Nachteil der ausgeschlossenen Partei auf das entsprechende Beweismittel abgestellt werden soll.

9. Abschnitt: Urteilsverfahren

Artikel 54 Parteiverhandlung

Eine allfällige Parteiverhandlung ist vom Abteilungspräsidenten anzuordnen (vgl. Art. 62 Abs. 1, 112, 143 Abs. 3 OG; Art. 276 Abs. 2 BStP). Wie bisher wird die Durchführung einer Parteiverhandlung die Ausnahme bilden, um so mehr als das Bundesgericht grundsätzlich keine Sachverhaltskontrolle mehr ausüben wird (Art. 100 E-BGG).

Artikel 55 Mündliche Beratung

Obwohl die Systematik des geltenden OG den Eindruck erweckt, die mündliche Beratung bilde den hauptsächlichen Weg der Entscheidungsfindung, trifft das Bundesgericht heute den weit überwiegenden Teil seiner Entscheide in einem Zirkulationsverfahren (Art. 36a und 36b OG). Ohne massive Zugangsbeschränkungen wäre es angesichts der aktuellen Geschäftszahlen völlig unrealistisch, das Schwergewicht wieder auf die mündliche Beratung zurück verlagern zu wollen. *Absatz 1* erklärt deshalb den Entscheid auf dem Zirkulationsweg zur Regel. Einstimmigkeit ist - anders als im geltenden Recht - nicht erforderlich. Damit entfallen die nicht unproblematischen Bemühungen, in möglichst vielen Fällen Einstimmigkeit herbeizuführen.

Wie bisher kann jeder Richter eine mündliche Beratung verlangen (*Abs. 2*). Der Abteilungspräsident trägt eine besondere Verantwortung dafür, dass zumindest Grundsatzentscheide mündlich beraten werden. Er wird daher in dieser Vorschrift ausdrücklich erwähnt.

Artikel 56 Öffentlichkeit

Für den Fall, dass die Abteilungen nicht auf dem Zirkulationsweg entscheiden, schreibt *Absatz 1* die Öffentlichkeit der Beratungen, Abstimmungen und - soweit solche angeordnet werden - der Parteiverhandlungen vor. Diese Regel entspricht dem geltenden Recht (Art. 17 Abs. 1 OG); ihre Tragweite ist aber insofern stark eingeschränkt, als die Entscheide normalerweise auf dem Zirkulationsweg getroffen werden (Art. 55 E-BGG).

Dass die Beratungen und Abstimmungen des Bundesgerichts öffentlich sind, beruht auf einer langen Tradition. Das Publikum und namentlich die Medien können auf diese Weise eine gewisse Kontrolle ausüben und dadurch allfälligem Misstrauen gegenüber einer zu grossen Machtfülle der höchsten Richter im demokratischen Staat vorbeugen. Umgekehrt wird das Verantwortungsbewusstsein des einzelnen Richters gestärkt, wenn er sich direkt der Öffentlichkeit stellen muss. In der öffentlichen Beratung besteht ferner Gelegenheit, eine Minderheitsmeinung publik zu machen, was im schriftlichen Entscheid nicht oder höchstens sehr beschränkt möglich ist. Für die Parteien kann es vertrauensfördernd wirken, wenn sie mitverfolgen können, wie das Gericht über ihre Argumente debattiert.

Absatz 2 übernimmt inhaltlich Artikel 17 Absatz 3 OG. Diese Vorschrift eröffnet zusammen mit Artikel 55 E-BGG genügend Spielraum, um das Urteilsverfahren unter Ausschluss der Parteien oder der breiteren Öffentlichkeit durchzuführen, wenn dies angezeigt ist. Die Ausnahmen, die heute in Artikel 17 Absätze 1 und 2 OG vorgesehen sind, brauchen deshalb nicht mehr ausdrücklich erwähnt zu werden.

Im Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) würden öffentliche Beratungen der gebotenen Beschleunigung zuwider laufen. *Absatz 3* sieht deshalb eine entsprechende Ausnahme vor.

Artikel 57 Eröffnung des Entscheids

Absatz 1 übernimmt inhaltlich Artikel 37 Absatz 2 OG.

Im Falle einer mündlichen (öffentlichen) Urteilsberatung ist den Parteien sofort das Dispositiv mitzuteilen (*Abs. 2*). Der Entscheid steht in diesem Zeitpunkt fest; bis die definitive schriftliche Begründung vorliegt, kann es aber noch eine gewisse Zeit dauern.

Artikel 58 Rechtskraft

Die Bestimmung entspricht Artikel 38 OG.

10. Abschnitt: Kosten (Art. 59 - 65)

Die Vorschriften über Gerichtskosten und Parteientschädigungen können materiell weitgehend unverändert übernommen werden. Redaktionelle Anpassungen stehen im Vordergrund.

Leistet eine Partei, die das Gericht angerufen hat, der Aufforderung des Instruktionsrichters, einen Kostenvorschuss zu bezahlen oder eine Parteientschädigung sicherzustellen, nicht fristgerecht Folge, so wird nach *Artikel 59 Absatz 3* auf ihre Rechtsvorkehr nicht eingetreten, ohne dass noch eine Nachfrist anzusetzen wäre (vgl. auch Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden nicht geändert (*Art. 61*), der Entscheid darüber aber ausdrücklich in die Kompetenz des Instruktionsrichters gestellt.

Auch die Grundsätze der Kostentragungspflicht vor Bundesgericht (*Art. 62*) und vor der Vorinstanz (*Art. 63*) werden vom geltenden Recht übernommen. Kostenpflichtig ist grundsätzlich die unterliegende (*Art. 62 Abs. 1*) oder die unnötige Kosten verursachende (*Art. 62 Abs. 3*) Partei, ausser es handle der Bund, ein Kanton, eine Gemeinde oder neu auch eine mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Organisation im amtlichen Wirkungskreis und ohne eigentliches Vermögensinteresse (*Art. 62 Abs. 4*).

Bei der Frage der Bemessung der Gerichtskosten (*Art. 64*) wird der Kostenrahmen vereinfacht und die Höchstgrenze für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse auf 100'000 Franken heraufgesetzt.

11. Abschnitt: Vollstreckung (Art. 66 - 68)

Der Entwurf enthält neu explizit eine Artikel 40 VwVG und Artikel 75 BZP analoge Bestimmung, wonach Entscheide, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gehen, nach den Regeln des SchKG zu vollstrecken sind (*Art. 66*).

Für andere Entscheide werden die Vorschriften des geltenden Rechts übernommen, mit der bekannten Verpflichtung der Kantone, Entscheide des Bundesgerichts wie eigene zu vollstrecken (*Art. 67 Abs. 1*). Geht die erstinstanzliche Verfügung von einer Bundesverwaltungsbehörde aus, so richtet sich die Vollstreckung nach den Artikeln 41 - 43 VwVG (*Art. 67 Abs. 2*) und bei einem Entscheid des Bundesgerichts auf Klage nach den Artikeln 74 - 78 BZP (*Art. 67 Abs. 3*).

Immer bleibt wie bis anhin die Beschwerde an den Bundesrat wegen mangelhafter Vollstreckung eines Bundesgerichtsurteils vorbehalten (*Art. 68*).

12. Abschnitt: Ergänzendes Recht (Art. 69)

Der Entwurf verweist in verschiedenen Artikeln direkt auf einzelne Bestimmungen des Bundeszivilprozesses (vgl. Art. 52 Abs. 1, Art. 67 Abs. 3, Art. 106 Abs. 2 E-BGG). Als ergänzendes Recht können wie heute (Art. 40 OG) auch andere Bestimmungen des BZP herangezogen werden. Das Wort "sinngemäss" macht deutlich, dass jeweils sorgfältig geprüft werden muss, ob und wie eine Vorschrift des BZP angewendet werden kann, ohne dass ein Widerspruch zur ratio legis des Bundesgerichtsgesetzes entsteht.

Drittes Kapitel: Das Bundesgericht als

Beschwerdeinstanz

1. Abschnitt: Beschwerde in Zivilsachen

Artikel 70 Grundsatz

Die Beschwerde in Zivilsachen hat ein sehr weites Arbeitsfeld. Es unterliegen ihr nicht nur die eigentlichen Zivilsachen, sondern auch gewisse öffentlichrechtliche Angelegenheiten, die einen unmittelbaren Bezug zum Zivilrecht aufweisen (vgl. Abs. 2), sowie - als weiteres Sammelbecken - die sog. Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Dieses Konglomerat mag rechtsdogmatisch erstaunen, es ist aber keineswegs zufällig, sondern beruht auf pragmatisch-praktischen Überlegungen.

Im Vordergrund stehen jedoch die *Zivilsachen*; dieser Begriff ist gleich zu verstehen wie im geltenden Recht. Somit fallen darunter die Zivilrechtsstreitigkeiten (vermögens- und nichtvermögensrechtliche), aber auch die nichtstreitigen Zivilsachen (Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie z.B. die Kraftloserklärung eines Wertpapiers). *Absatz 1* weist der Beschwerde also zunächst die Sachgebiete der heutigen Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde zu. In der Bundesrechtspflege wird dadurch die nicht immer leicht zu treffende Unterscheidung von streitigen und nichtstreitigen Zivilsachen künftig entbehrlich.

Im gleichen Zug nennt Absatz 1 auch die *Schuldbetreibungs- und Konkursachen*. Das will nicht heissen, dass diese Vollstreckungssachen neuerdings als zivilrechtlich zu qualifizieren wären, sondern nur, dass sie der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen. Als Schuldbetreibungs- und Konkursachen gelten zunächst die *betreibungsrechtlichen* Streitigkeiten, die vor *Gericht* ausgetragen werden: also einmal die *rein betreibungsrechtlichen* (d.h. die gerichtlichen Summarsachen nach Art. 25 Ziff. 2 SchKG wie Rechtsöffnung, Konkursöffnung, Arrestbewilligung, Nachlassverfahren, aber auch die Klage des beschleunigten Prozesses auf Feststellung des neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG), sodann die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit sog. *Reflexwirkung* auf das materielle Recht (z.B. die gerichtlichen Widerspruchs-, Aussonderungs- und Kollokationsstreitigkeiten). Auf der andern Seite stehen die *Beschwerdesachen*, die von den Aufsichtsbehörden entschieden werden (Art. 17 ff. SchKG).

Keine solchen Betreibungssachen sind demgegenüber die *materiellrechtlichen* Streitigkeiten, die durch eine Betreibung hervorgerufen werden können (z.B. An- oder Aberkennungsklage): Betrifft der Streit eine privatrechtliche Forderung, liegt eine echte Zivilsache vor; geht es um Feststellung einer öffentlichrechtlichen Forderung (z.B. einer Steuerforderung im Anerkennungsverfahren nach Art. 79 Abs. 2 SchKG), handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Angelegenheit, so dass die öffentlichrechtliche Beschwerde (Art. 76 ff. E-BGG) zur Anwendung kommt.

Sämtliche "SchKG-Sachen" - Gerichtssachen und Beschwerdesachen - sind zwar an sich öffentlichrechtlicher Natur. Dennoch werden sie allesamt der "zivilrechtlichen Beschwerde" zugeschlagen, weil das Zivilrecht praktisch immer *vorfrageweise* angewendet werden muss: Vollstreckt wird stets ins Privatvermögen des Schuldners, in seine absoluten und relativen privaten

Vermögensrechte; Durchführung der Zwangsvollstreckung ist ohne Anwendung des Privatrechts undenkbar (dieses spielt z.B. bei der Feststellung des Vollstreckungssubstrates, bei der Rangordnung von beschränkten dinglichen Rechten im Rahmen einer Lastenbereinigung usw.). Die Zuordnung der Schuldbetreibungs- und Konkursachen zur öffentlichrechtlichen Beschwerde wäre somit - obwohl dogmatisch an sich richtig - ein rechtstheoretisches Konstrukt geblieben. Ihr Unterbringen unter das einheitliche Dach der zivilrechtlichen Beschwerde bewirkt demgegenüber eine grosse Vereinfachung des Rechtsmittelsystems.

Die zivilrechtliche Beschwerde übernimmt nach dem Gesagten somit insbesondere auch die Aufgabe der heutigen *Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde ans Bundesgericht* (Art. 19 SchKG, 76 ff. OG). Dies hätte im Vergleich zum heutigen Rechtszustand einen markanten Abbau an Rechtsschutz und Rechtssicherheit zur Folge, sofern auch die betreffenden *SchKG-Aufsichtssachen* dem vorgeschlagenen *Vorprüfungsverfahren* uneingeschränkt unterliegen würden (Art. 94 ff. E-BGG). Gerade im Bereiche der Zwangsvollstreckung aber hat das Bundesgericht als oberste Beschwerdeinstanz und *Oberaufsichtsbehörde* (Art. 15 Abs. 1 SchKG) zur einheitlichen Rechtsanwendung, zur Rechtsfortbildung und zur raschen Rechtsdurchsetzung in höchstem Masse beigetragen - ein Beitrag, auf den unsere Volkswirtschaft auch in Zukunft nicht verzichten kann. Die Expertenkommission gelangte daher zur Überzeugung, dass im sachlich klar beschränkten Bereich der heutigen *SchKG-Beschwerdesachen* (Art. 17 ff. SchKG, 76 ff. OG) die bundesgerichtliche Oberaufsicht und Rechtspflege im bisherigen Umfang zu erhalten ist.

Ausser Frage stand eine "Retrozession" dieser Oberaufsicht an den Bundesrat oder an eine andere (noch zu findende) Bundesbehörde, denn in der Praxis hat sich das geltende System sehr gut bewährt. Dem fortbestehenden Bedürfnis danach wird in der Weise Rechnung getragen, dass Entscheide der oberen kantonalen Aufsichtsbehörden *nur einer beschränkten höchstrichterlichen Vorprüfung* unterliegen (nämlich nur jener nach Art. 95 Abs. 1 E-BGG, nicht aber nach Abs. 2 dieser Bestimmung). Doch sei wiederholt: Diese sachlich enge Ausnahme gilt nicht für alle Schuldbetreibungs- und Konkursachen, sondern nur für die *Aufsichtssachen*, die heute der Beschwerde nach Artikel 76 ff. OG unterliegen, *nicht* also für die Streitigkeiten, die vor Gericht auszutragen sind; für diese gilt die integrale Vorprüfung. Die Ausnahme vom Vorprüfungsverfahren erlaubt es, für die Belange der SchKG-Aufsicht auf eine eigene Beschwerde zu verzichten; sodann erübrigt sich die Konstituierung einer neuen SchKG-Oberaufsichtsbehörde an Stelle des Bundesgerichts.

Für das *Kostenrecht* hingegen gelten auch in den Belangen der SchKG-Aufsicht die Artikel 59 ff. E-BGG; von der heutigen allgemeinen Kostenlosigkeit ist daher Abschied zu nehmen - aus naheliegenden Gründen auch auf der Ebene des kantonalen Beschwerdeverfahrens (vgl. Art. 20a Abs. 1 SchKG, der insoweit aufzuheben ist).

Die *Verordnungskompetenz* in SchKG-Sachen gibt das Bundesgericht freilich auf, wie in den Grundsätzen der Justizreform festgehalten (Botschaft BV-Revision, BBl 1997 I 489). Für *Kreisschreiben* bleibt es - als oberstes

Aufsichtsorgan - hingegen zuständig (Art. 15 Abs. 3 SchKG; Abs. 2 dieser Bestimmung ist aufzuheben).

Nach *Absatz 2* unterliegen sodann noch weitere öffentlichrechtliche Sachen der zivilrechtlichen Beschwerde. Sie alle haben das gemeinsame Merkmal, mit dem Zivilrecht in engem Konnex zu stehen. Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend; das Gesetz exemplifiziert den erforderlichen engen Konnex zum materiellen Recht: Es geht um seine Vollstreckung (Bst. a), um die Rechtsfürsorge im Sinne der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Registersachen nach Bst. b, Namensänderung nach Bst. c), um Aufsicht über Stiftungen und privatrechtliche Vertreter (Bst. d und e), um vormundschaftsrechtliche Massnahmen und um den familienrechtlichen Kindesschutz (Bst. f und g). Wie bei den meisten SchKG-Sachen wäre dogmatisch an sich die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zutreffend, doch sprechen auch hier Gründe der sachlichen Konnexität und Praktikabilität für die zivile Rechtspflege. Bei der Aufsicht über die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge hingegen kommt die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zum Zuge (s. den Vorbehalt in Bst. d).

Artikel 71 Vorinstanzen

Statuiert wird der Grundsatz der "double instance". Die Beschwerde ans Bundesgericht ist - dies der Hauptfall - erst gegen letztinstanzliche *kantonale Entscheide* gegeben (*Abs. 1*); dem Beschwerdeführer darf somit kein kantonales Rechtsmittel mehr offenstehen, mit dem dieselben Rügen wie vor Bundesgericht erhoben werden könnten (Art. 88 ff. E-BGG). Vorinstanz kann in der Zivilrechtspflege aber auch das *Bundesverwaltungsgericht* sein, nämlich bei gewissen Registersachen (so bei Verfügungen des Institutes für Geistiges Eigentum und Verfügungen des Eidgenössischen Handelsregisteramtes).

Absatz 2 führt den genannten Grundsatz näher aus: Die letzte kantonale Instanz muss ein *oberes Gericht* sein, welches *als Rechtsmittelinstanz* entscheidet. Das bedeutet vor allem den Abschied von unteren Zweitinstanzen (s. noch Art. 48 Abs. 2 Bst. a OG), aber auch Abschaffung einziger kantonaler Instanzen, soweit sie einzig auf *kantonalem* Prozessrecht beruhen (z.B. erstinstanzliche Zuständigkeit eines kantonalen Obergerichts ab gewissem Streitwert). Ferner sind davon auch einziginstanzliche Fachgerichte betroffen (etwa ein Handelsgericht), soweit seine erst- und einziginstanzliche Zuständigkeit nicht unmittelbar auf Bundesrecht gründet (wie z.B. im Immaterialgüterrecht). Von solchen bundesrechtlichen Ausnahmen abgesehen haben die Kantone - anders als nach geltendem OG - in Zukunft also für eine zweistufige Zivilgerichtsbarkeit besorgt zu sein. Doch sind die Kantone nicht etwa gehalten, immer ordentliche und vollkommene Rechtsmittel vorzusehen; bundesrechtlich verlangt wird lediglich ein Instanzenzug mindestens im Rahmen der möglichen Rügen vor Bundesgericht (insb. volle Rechtskontrolle in Bezug auf Verletzungen von Bundesrecht und Völkerrecht; Art. 88 i.V.m. 104 Abs. 2 E-BGG).

Auch im Bereiche der *Schuldbetreibungs- und Konkurssachen* wird eine "double instance" verwirklicht. Das gilt ohne weiteres für die Gerichtssachen; bei den Aufsichtssachen (Beschwerdefälle nach Art. 17 ff. SchKG) bedarf es hingegen auch künftig keiner zweistufigen Aufsicht im Sinne oberer und unterer

Aufsichtsbehörden im Kanton: Das Vollstreckungsorgan - so das Betreibungs- oder Konkursamt, aber auch atypische Organe wie eine ausseramtliche Konkursverwaltung, ein Sachwalter oder ein Liquidator -, dessen Anordnung angefochten wird (z.B. eine Pfändung oder ein Verwertungsakt), gilt als *verfügende Behörde*, mithin bereits als erste Instanz. Doch haben die Kantone dafür zu sorgen, dass die Funktionen einer oberen oder einzigen Aufsichtsbehörde (Beschwerdeinstanz) von einem *Gericht* wahrgenommen wird - ein Postulat, das bereits heute von praktisch allen Kantonen realisiert ist.

Schiedsgerichte gelten wie bisher nicht als Vorinstanzen, jedenfalls soweit ein Fall schweizerischer Binnenschiedsgerichtsbarkeit vorliegt. Als Vorinstanz fällt hier aber die richterliche Behörde nach Artikel 3 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (SR 279) in Betracht.

Beim *internationalen* Streit, der von einem schweizerischen Schiedsgericht beurteilt wird, gilt Artikel 191 IPRG, auf den *Absatz 3* Bezug nimmt. Die genannte Bestimmung sieht gegen den Schiedsentscheid eine direkte *Beschwerde* ans Bundesgericht vor, mit eigenen beschränkten Rügen (Art. 190 IPRG). Diese Beschwerdemöglichkeit bleibt unverändert bestehen, doch ist Artikel 191 IPRG insoweit zu modifizieren, als er auf das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde verweist.

Artikel 72 Beschwerderecht

Die Rechtsmittel der geltenden Zivilrechtspflege - Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde - definieren die Legitimation zum Verfahren, das Beschwerderecht, grundsätzlich nicht. Sie halten lediglich fest, dass auch allfällige Nebenparteien legitimiert seien, soweit sie nach kantonalem Prozessrecht Parteirechte ausüben können (Art. 53 und 74 OG). Die neue Beschwerde in Zivilsachen bedarf hingegen einer Definition des Beschwerderechts, denn dieser Beschwerde unterliegen ja nicht nur die echten Zivilsachen, sondern auch namhafte konnexe öffentlichrechtliche Angelegenheiten (s. die Ausführungen zu Art. 70 E-BGG).

Absatz 1 regelt den Grundsatz. Die Beschwerdebefugnis setzt vorgängige (ganz oder teilweise erfolglose) *Teilnahme* am Verfahren bei der Vorinstanz voraus (*Bst. a*). Befugt ist jedoch auch, wem die Möglichkeit zur Teilnahme verwehrt blieb, also Personen, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht als Partei oder Nebenpartei anerkannt oder gar formlos übergangen hat. Diese sog. formelle Beschwerde allein genügt aber nicht. Materiell ist das *rechtlich geschützte Interesse* des Beschwerdeführers: Er muss durch den angefochtenen Entscheid in eigenen Rechtspositionen betroffen sein (*Bst. b*).

Nach der Formel des Entwurfs sind somit insbesondere legitimiert: die Haupt- und Nebenparteien eines streitigen Verfahrens, die Gesuchsteller in Verfahren auf einseitigen Antrag (freiwillige Gerichtsbarkeit), Behörden oder Dritte, denen das materielle Recht trotz fehlender Sachlegitimation Parteirechte einräumt (z.B. Verbände, der "Jedermann" oder ein Prozessstandschafter, welchen das Zivilrecht Klagebefugnisse verleiht, vgl. etwa Art. 78, 89, 108, 121, 260a, 482 ZGB, Art. 7 GIG, 56 MSchG, 10 UWG).

Dieselbe Legitimationsformel spielt auch in Schuldbetreibungs- und Konkursachen: ohne weiteres gilt sie für die Streitigkeiten, die vor Gericht

ausgetragen werden (s. dazu den Kommentar zu Art. 70 E-BGG). Zur Anwendung kommt sie künftig aber auch bei den bisherigen Rekursachen, was indessen zu keiner nennenswerten Schmälerung des heutigen Beschwerderechts führt.

Nach *Absatz 2* steht das Beschwerderecht auch gewissen Bundesbehörden zu, soweit öffentlichrechtliche Angelegenheiten nach Artikel 70 Absatz 2 E-BGG in Frage stehen und die Bundesbehörde in ihrem spezifischen Aufgabenbereich berührt ist (so z.B. bei registerrechtlichen Fragen).

2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

Als Rechtsmittel in Strafsachen tritt diese Beschwerde einerseits an die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts (Art. 268 ff. BStP), wobei ihr Anwendungsgebiet erweitert wird (Art. 73 Abs. 2 E-BGG). Sodann übernimmt sie - als Einheitsbeschwerde - fortan auch die Aufgaben der staatsrechtlichen Beschwerde, die heute in jenen Strafsachen zulässig ist, die nicht der Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen.

Die neue Beschwerde in Strafsachen bringt somit eine wichtige formale Neuerung: Sie verwirklicht das zentrale Revisionspostulat, wonach sämtliche Rechtsmittel, die ans Bundesgericht führen, in ein und demselben Gesetz zu regeln sind. Entsprechend sind die Artikel 268 ff. BStP aufzuheben.

Artikel 73 Grundsatz

In erster Linie hat die Beschwerde in Strafsachen im wesentlichen dasselbe Anfechtungsobjekt wie die heutige Nichtigkeitsbeschwerde, also letztinstanzliche Entscheide über Strafen und Massnahmen. Der Beschwerde unterliegen somit insbesondere letztinstanzliche kantonale Einstellungsbeschlüsse und Urteile - unabhängig von ihrer konkreten Bezeichnung (wie Strafbescheid, Strafverfügung, Entscheidung) -, sofern sie von einer zutreffenden Vorinstanz stammen (Art. 74 E-BGG). Der angefochtene Entscheid kann eine materiellrechtliche (z.B. Verurteilung, Freispruch, Widerruf des bedingten Strafvollzuges, zivilrechtliche Folgen) oder eine verfahrensrechtliche Frage zum Gegenstand haben. Er kann auch Massnahmen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 42 ff., 91 StGB) betreffen, wenn es sich dabei um richterliche Entscheide handelt.

Künftig können aber sogar *Administrativentscheide* über den Vollzug von Strafen und Massnahmen Gegenstand der Beschwerde in Strafsachen sein, Entscheide also, die heute der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen (vgl. BGE 100 Ib 324; Art. 73 Abs. 2 Bst. c). Dasselbe gilt auch für die Entscheide bzgl. Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 73 Abs. 2 Bst. a), gegen die heute die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist, sofern der Entscheid von einer erstinstanzlichen Bundesbehörde (Bundesamt für Polizeiwesen, Bundesanwaltschaft) oder einer letztinstanzlichen kantonalen Behörde stammt (Art. 25 Abs. 1 IRSG). Der Entwurf weist hier der Strafrechtspflege zwei an sich öffentlichrechtliche Rechtsgebiete zu, die indessen in einem sehr engen Bezug zum Strafrecht stehen.

Gegen einen Entscheid über Zivilansprüche ist die Nichtigkeitsbeschwerde heute nur gegeben, wenn sich der Entscheid auch über die strafrechtlichen Folgen ausspricht (Art. 271 Abs. 1 BStP; BGE 118 II 410). Nach Artikel 73 Absatz 2 *Buchstabe b* ist dies nicht mehr entscheidend. Der Entwurf verallgemeinert vielmehr das System von Artikel 8 und 9 des Opferhilfegesetzes (SR 312.15), so wie es vom Bundesgericht verstanden wird: Der Rechtsunterworfenen hat Anspruch darauf, dass ein Gericht rasch über seine Zivilansprüche entscheidet, und zwar schon im Rahmen des Strafprozesses, sofern dies möglich und gerechtfertigt ist (BGE 122 IV 37, 121 IV 207, 120 IV 44). Das Bundesgericht wird somit die Bestimmung von Buchstabe b anwenden, wenn immer es der Auffassung ist, dass die Zivilansprüche gleichzeitig mit dem Strafpunkt zu beurteilen sind, unabhängig davon, ob der angefochtene Entscheid tatsächlich beides behandelt. Die Beschwerde in Strafsachen ist hingegen nicht zulässig, wenn nur der Zivilpunkt in Frage steht.

Wegen der engen Umschreibung der Nichtigkeitsbeschwerde und der beschränkten Rügen vor Bundesgericht steht heute in Strafsachen vielfach nur gerade die staatsrechtliche Beschwerde offen (Art. 269 BStP). Das ist insbesondere der Fall, wenn kantonales Strafrecht - materielles oder formelles - , ausländisches Recht, die Beweiswürdigung oder eine direkte Verletzung der EMRK in Frage steht (BGE 112 IV 138; eine indirekte Verletzung ist demgegenüber im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen, BGE 114 Ia 377), ferner wenn die letzte kantonale Instanz nur mit beschränkter Kognition die Anwendung von Bundesrecht überprüft hat (BGE 114 IV 73). Wenn also nach geltendem Recht sowohl eine Verletzung von Strafrecht des Bundes als auch eine Verletzung der Bundesverfassung geltend gemacht wird, dann hat der Beschwerdeführer eine Nichtigkeitsbeschwerde und eine staatsrechtliche Beschwerde zu formulieren, wenn es ihm nicht gelingt, beide Rügen in der nämlichen Rechtsschrift - gehörig separiert - zu präsentieren (BGE 113 IV 45); ohne solch getrennte Präsentation drohte Nichteintreten auf die Beschwerden (BGE 118 IV 293). Die vorgeschlagene Einheitsbeschwerde vereinigt nun diese Rechtsmittel, wodurch das Bundesgericht so gut wie die Rechtsunterworfenen von heiklen Abgrenzungsfragen entlastet werden.

Artikel 74 Vorinstanzen

Nach Auffassung der Expertenkommission soll sich das Bundesgericht grundsätzlich auf die Rechtskontrolle bezüglich letztinstanzlicher kantonaler Gerichtsentscheide beschränken. Wie schon für die Zivilrechtspflege (Art. 71) und für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 78) werden auch für den Bereich des Strafrechts die Vorinstanzen entsprechend diesem Grundsatz definiert.

Absatz 1 schreibt zunächst die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges vor. Die Beschwerde in Strafsachen kann jedoch auch gegen Entscheide des künftigen Bundesstrafgerichts, dem insbesondere die Befugnisse der Bundesassisen, des heutigen Bundesstrafgerichts und der Anklagekammer zu übertragen sind, erhoben werden. Falls hingegen das neue Bundesstrafgericht erst später eingeführt werden könnte, würde der geltende Rechtszustand Übergangsrechtlich aufrechterhalten (vgl. oben Ziff. 5.1.4.).

Absatz 2 enthält eine doppelte Verpflichtung für die Kantone: Als letzte Instanzen sind obere Gerichte einzusetzen, die zudem als Rechtsmittelinstanzen entscheiden. Die Beschwerde in Strafsachen ist also weder zulässig gegen Entscheide unterer Gerichte noch gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen somit einen Instanzenzug vor, was nicht nur aus Gründen der Entlastung des Bundesgerichts, sondern auch im Lichte von Artikel 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) gerechtfertigt ist. Die neue Bestimmung erlaubt es im übrigen der Schweiz, auf den Vorbehalt zu Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, AS 1993 747) zu verzichten.

Artikel 75 Beschwerderecht

Das geltende Recht bezeichnet die einzelnen beschwerdeberechtigten Personen, ohne eine allgemeine Definition des Beschwerderechts zu geben (Art. 270 BStP). Das neue Recht holt dies nach, weil sich eine Definition nicht zuletzt wegen der Ausdehnung des Arbeitsfeldes der Beschwerde auf konnexe Rechtsgebiete aufdrängt (Art. 73 Abs. 2 E-BGG). Substantiell entfernt sich die Definition indessen nicht vom geltenden Rechtszustand.

Formelles Kriterium ist die Teilnahme am Verfahren bei der Vorinstanz (*Abs. 1 Bst. a*), *materiell* ist zudem ein rechtlich geschütztes Interesse an der Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheids gefordert, was dem geltenden Recht entspricht (*Bst. b*). In den nachfolgenden *Ziffern 1 - 5* zählt das Gesetz die Personen beispielartig auf, bei denen dieses Interesse grundsätzlich anzunehmen ist; die gesetzlichen Beispiele entsprechen im wesentlichen dem Artikel 270 BStP. Das neue Recht gibt dem Richter einen gewissen - im Hinblick auf die Einheitsbeschwerde notwendigen - Ermessensspielraum und bringt auch eine gewisse Erweiterung des Beschwerderechts: so insbesondere für den Privatkläger, der künftig auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen kann, was nach geltendem Recht dem Opfer vorbehalten war. Trotzdem ist deswegen keine Mehrbelastung für das Bundesgericht zu befürchten - dank des Vorprüfungsverfahrens, in dem Fälle ohne gewisse Bedeutung rasch und einfach erledigt werden können. Aber auch der öffentliche Ankläger des Kantons und der Bundesanwalt werden die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen können, wodurch eine Unbilligkeit des geltenden Rechts behoben und die einheitliche Anwendung des Bundesrechts verstärkt wird.

Absatz 2 Buchstabe a übernimmt die geltende Regel von Artikel 270 Absatz 6 BStP; sodann wird bestimmten Bundesbehörden das Beschwerderecht zuerkannt (*Bst. b*; z.B. Rechtshilfe in Strafsachen).

3. Abschnitt: Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten

Die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten löst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) und weitestgehend auch die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 ff. OG) ab. Zulässig ist sie gegen Akte, die

in Art. 76 E-BGG definiert sind, vorausgesetzt, sie betreffen erstens kein ausgeschlossenes Rechtsgebiet (Art. 77 E-BGG), stammen zweitens von einer Vorinstanz gemäss Artikel 78 - 80 E-BGG und der Beschwerdeführer sei drittens legitimiert (Art. 81 f. E-BGG). Vorbehalten ist ferner das Vorprüfungsverfahren nach Artikel 94 ff. E-BGG.

Artikel 76 Grundsatz

Das Anfechtungsobjekt kann in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten in drei Kategorien unterteilt werden: Entscheide, Erlasse und schliesslich Akte, welche die politischen Rechte betreffen.

a) Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts

Da die vorgeschlagene öffentlichrechtliche Beschwerde als Einheitsbeschwerde die Funktion sowohl der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als auch der staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt, spielt es für die Zulässigkeit keine Rolle mehr, ob der angefochtene Entscheid auf öffentlichem Recht des Bundes oder eines Kantons beruht. In beiden Fällen steht nur *eine* Beschwerde offen, nämlich die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Der Begriff Entscheid (Bst. a) ist ein autonomer Begriff des Bundesgerichtsgesetzes. Er umfasst einerseits die Verfügung gemäss Artikel 5 VwVG, andererseits aber auch das entsprechende Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde, wie es von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung definiert worden ist. Er hindert jedoch keineswegs den Weiterzug auch von Angelegenheiten, bei denen es um Akte geht, die - wie etwa Informationen - keine Entscheidqualität aufweisen. Soweit sich das Bundesgericht nach Artikel 78 grundsätzlich nur über letztinstanzliche gerichtliche Entscheide ausspricht, hängt die Anfechtbarkeit solcher Realakte davon ab, wie das Anfechtungsobjekt auf Stufe der Vorinstanzen definiert ist. Wenn dort die Anfechtbarkeit ebenfalls nur Entscheiden vorbehalten ist, kann die betroffene Person von der Verwaltungsbehörde eine Feststellungsverfügung verlangen, die alsdann als Entscheid anfechtbar ist.

Nur Entscheide in *öffentlichrechtlichen* Angelegenheiten sind mit dieser Beschwerde anfechtbar. Die Unterscheidung öffentliches Recht einerseits und Privatrecht bzw. Strafrecht andererseits beruht in der Schweiz auf langer Tradition. Lehre und Rechtsprechung haben mehrere Abgrenzungskriterien entwickelt, doch bietet die Zuordnung einer Norm zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht in aller Regel keine Probleme. Hinzuweisen ist diesbezüglich auch auf Artikel 70 E-BGG, der möglichen Konflikten vorbeugt, indem öffentlichrechtliche Angelegenheiten ausdrücklich der Beschwerde in Zivilsachen zugewiesen werden, sofern sie zu diesen einen engen Konnex aufweisen. Der entscheidende Zuordnungsfaktor ist im übrigen die Natur des Rechtes, das den Streitfall in der Sache regelt. So macht ein rein prozessrechtlicher Entscheid die Angelegenheit noch nicht zur öffentlichrechtlichen: Eine Verhaftung im Rahmen eines Strafverfahrens z.B. wäre mit der Beschwerde in Strafsachen anzufechten. Wenn sich die Vorinstanzen über das in der Sache anwendbare Recht ausgesprochen haben,

namentlich unter Anwendung des kantonalen öffentlichen Rechts, so ergibt sich aus der Entscheidung zugleich das zutreffende Rechtsmittel an das Bundesgericht. Dies gilt sogar dann, wenn der Beschwerdeführer die Anwendbarkeit des betreffenden Rechts bestreitet.

b) kantonale Erlasse

Buchstabe b gibt eine Beschwerdemöglichkeit unmittelbar gegen kantonale Erlasse, dies entsprechend einer Rechtsprechung, die seit 1876 etabliert ist (BGE II 484) und vom Gesetzgeber übernommen wurde. Kantonale Erlasse sind alle kantonalen Gesetze und Verordnungen, unabhängig davon, ob sie von kantonalen oder kommunalen Organen stammen, eingeschlossen gewisse Verwaltungsverordnungen, die Aussenwirkung entfalten (vgl. BGE 122 I 44). Ausgeschlossen sind demgegenüber die kantonalen Verfassungen, denn diese werden bereits im Gewährleistungsverfahren nach Artikel 6 und 85 Ziffer 7 BV von der Bundesversammlung abstrakt überprüft.

Buchstabe b gilt nicht nur im Falle, dass ein kantonaler Erlass binnen 30 Tagen seit Veröffentlichung ans Bundesgericht weitergezogen wird (Art. 79 Abs. 1 und 93 E-BGG), sondern auch dann, wenn er zuvor Anfechtungsobjekt eines kantonalen Rechtsmittels war (Art. 79 Abs. 2 E-BGG). Die abstrakte Normenkontrolle bezüglich kantonalen Erlasse ist demnach der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten vorbehalten, sogar wenn der angefochtene Erlass zivil- oder strafrechtlicher Natur ist. Daneben bleibt selbstverständlich möglich, die Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der Anfechtung eines Anwendungsaktes vorzubringen.

Dagegen ist die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheit unzulässig unmittelbar gegen Erlasse des Bundes (s. auch Artikel 178 VE 96 Justizreform, BBl. 1997 I 505 ff., 532 ff.). Nur bei Anfechtung eines konkreten Anwendungsaktes ist das Bundesgericht befugt, ein Bundesgesetz, einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss oder eine Verordnung des Bundes auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen (Art. 89 E-BGG).

c) Beschwerde betreffend politische Rechte

Buchstabe c übernimmt die Regel des geltenden Artikels 85 Bst. a OG und unterstellt daher sämtliche Akte, welche die politische Stimmberechtigung der Bürger sowie Volkswahlen und -abstimmungen betreffen, der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Anfechtungsobjekte sind hier naturgemäss nicht nur Entscheide, sondern insbesondere auch Realakte des Parlamentes oder der Regierung des Kantons (vgl. Art. 80 E-BGG).

Artikel 77 Ausnahmen

Das geltende Recht kennt viele Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sei es nach dem Gegenstand der Verfügung oder nach Sachgebieten (vgl. Art. 99, 100 und 129 OG). Demgegenüber finden sich bei der staatsrechtlichen Beschwerde keine solchen Beschränkungen. Zur

Entlastung des Bundesgericht hat nun die Expertenkommission einen Ausnahmekatalog entwickelt, der sowohl im öffentlichen Recht des Bundes wie auch des Kantons Anwendung finden soll. Es erscheint geboten, das oberste Gericht einerseits von Angelegenheiten zu entlasten, bei denen Fragen der Opportunität im Vordergrund stehen, sowie von solchen, bei denen eine einmalige Rekursmöglichkeit ausreicht.

Der Ausnahmekatalog besteht im wesentlichen aus Teil-Generalklauseln, welche die Beschwerde in ganzen Sachgebieten ausschliessen - unter ausdrücklichem Vorbehalt punktueller Gegenausnahmen. Trotzdem bestehen auch in den ausgeschlossenen Gebieten Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesgerichts. *Absatz 2* gibt einmal eine Beschwerdemöglichkeit wegen Verletzung des Anspruchs auf Zugang zu einer richterlichen Behörde (vgl. auch Art. 25a VE 96 Justizreform). Darüberhinaus ist eine endgültig entscheidende Vorinstanz verpflichtet, dem Bundesgericht gewisse Fragen im Rahmen des neuen Vorlageverfahrens zu unterbreiten (Art. 107 ff. E-BGG).

Der Entwurf hat nicht alle Ausnahmen des geltenden OG (Art. 99, 100 und 129) übernommen. Zum einen sind gewisse Akte, die Artikel 99 OG nennt, gar keine Entscheide (Verfügungen) i.S. von Artikel 5 VwVG, weshalb insofern keine echten Ausnahmen vorliegen. Sodann erübrigen sich nach Auffassung der Expertenkommission etliche der geltenden Ausnahmen wegen des neuen Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 - 96 E-BGG): Das Bundesgericht braucht Streitigkeiten, die weder Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung aufwerfen noch schwerwiegende Folgen haben, nicht zu beurteilen. Die Vorprüfung ist ein feinerer Filter als eine blosser Ausnahme von der Zulässigkeit der Beschwerde.

Angelegenheiten, welche die Bundesgesetzgebung noch dem Bundesrat zum letztinstanzlichen Entscheid zuweisen wird (vgl. oben Ziff. 5.7.3.), sind von der Beschwerde ans Bundesgericht von vornherein ausgenommen (Art. 78 E-BGG). Artikel 77 E-BGG sollte der späteren Rechtsetzung jeweils angepasst werden, damit der Ausnahmekatalog weiterhin als abschliessend verstanden werden kann.

Artikel 78 Vorinstanzen im allgemeinen

Eine der wichtigsten Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichts besteht im Ausbau der Kontrolle durch richterliche Vorinstanzen in allen Streitigkeiten, die nach Lausanne weitergezogen werden könnten. Dies wird die Anzahl Beschwerden ans Bundesgericht reduzieren, weil richterliche Unabhängigkeit den Rechtsschutz verbessert. Sodann kann das Bundesgericht auch von der vollen Überprüfung des Sachverhaltes entlastet werden (vgl. Art. 100 E-BGG). Schliesslich wird dadurch, dass als Vorinstanz bereits eine richterliche Behörde das Recht von Amtes wegen angewendet hat, auch die Rechtskontrolle erleichtert.

In bezug auf Akte von Bundesbehörden überprüft das Bundesgericht künftig grundsätzlich nur Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben Ziff. 5.7.). Es wird daher keine direkte Beschwerdemöglichkeit gegen Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden mehr geben, mit Ausnahme der Entscheide der Bundeskanzlei betreffend die politischen Rechte (Art. 80 E-BGG). Das

Bundesverwaltungsgericht wird daher der erste Garant für eine korrekte und einheitliche Rechtsanwendung durch die Bundesbehörden sein.

Immerhin bleibt das Bundesgericht für Beschwerden gegen Entscheide der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen zuständig (*Abs. 1 Bst. b*). Eine vorgängige Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist hier ausgeschlossen.

Auch auf kantonaler Ebene sind die Parteien gemäss *Absatz 1* zur vorgängigen Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs verpflichtet (vgl. Art. 86 und 98 Bst. g OG). *Absatz 2* hält diesbezüglich die Kantone an, in allen Angelegenheiten, die nach Artikel 76 f. E-BGG der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen, als letzte Instanz ein Gericht vorzusehen. Somit wird die Regel, die jetzt im Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt (Art. 98a Absatz 1 OG), auch auf jene Fälle ausgedehnt, in denen bisher nur die staatsrechtliche Beschwerde gegeben ist. Das entspricht der Überzeugung der Expertenkommission, wonach künftig jeder Kanton eine Verwaltungsgerichtsbarkeit haben muss, ausgestattet mit einer Generalkompetenz und voller Kognition (vgl. Art. 103 - 105 E-BGG; oben Ziff. 5.1.; s. auch Art. 179a VE 96 Justizreform). *Absatz 2 Satz 2* lässt es den Kantonen immerhin unbenommen, für Angelegenheiten mit vorwiegend politischem Charakter auf eine gerichtliche Vorinstanz zu verzichten (z.B. betr. Richtpläne oder der Erteilung des Bürgerrechts).

Artikel 79 Vorinstanzen bei Beschwerden gegen Erlasse

Gegen kantonale Erlasse ist die Beschwerde unmittelbar zulässig (vgl. auch Art. 93 E-BGG). Die Kantone sind daher nicht verpflichtet, selber eine gerichtliche Instanz für die abstrakte Normenkontrolle vorzusehen. Sofern aber eine solche Instanz besteht, ist die direkte Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen.

Artikel 80 Vorinstanzen in Stimmrechtssachen

Absatz 1 entspricht Artikel 86 OG und verpflichtet die Bürger, auch in politischen Angelegenheiten vor Anrufung des Bundesgerichts zunächst die Rechtsmittel auszuschöpfen.

In *kantonalen Angelegenheiten* sind die Kantone künftig durch *Absatz 2* gehalten, gegen behördliche Akte, welche die politischen Rechte verletzen können, eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen. So muss z.B. die Intervention einer Gemeindebehörde bei einer Abstimmungskampagne (etwa die finanzielle Unterstützung eines Komitees) einem Rechtsmittel an eine kantonale Behörde unterliegen, bevor der Weiterzug ans Bundesgericht in Frage kommt. Ob diese kantonale Beschwerdeinstanz ein Gericht sein soll, wird durch *Absatz 2* nicht festgesetzt, sondern der zukünftigen Interpretation der Rechtsweggarantie überlassen (Art. 25a VE 96 Justizreform).

Heute schliessen die meisten Kantone auf dem Gebiet der politischen Rechte eine (kantonale) Beschwerde gegen Akte der Regierung oder des Kantonsparlamentes aus. Nach Meinung der Expertenkommission besteht hier kein Grund, die Kantone zu einer Änderung dieses Systems zu veranlassen.

Nach Artikel 80 können diese Akte somit weiterhin direkt beim Bundesgericht angefochten werden.

Bei den *eidgenössischen Angelegenheiten* statuiert *Absatz 1 Buchstabe b* die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Überprüfung aller Entscheide der Kantonsregierungen und der Bundeskanzlei. Die Beschwerde an den Bundesrat bzw. an den Nationalrat geht daher in der neuen Beschwerde ans Bundesgericht auf (vgl. Art. 81 f. des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, SR 161.1). Eine vorgängige Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts ist ausgeschlossen. Andererseits enthält der Entwurf keine Bestimmung über die Zuständigkeit zur Prüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen, denn diese Frage soll zunächst auf verfassungsrechtlicher Ebene entschieden werden (vgl. Art. 177a VE 96 Reform der Volksrechte).

Artikel 81 Allgemeines Beschwerderecht

Die Umschreibung des Beschwerderechts ist ein zentraler Punkt eines jeden Verfahrensrechts, denn von ihr hängt ab, wer einen Akt anfechten darf, wem mithin letztlich Zugang zur Justiz zu gewähren ist. Es bestehen in der Schweiz im öffentlichen Recht dafür zwei verschiedene Grunddefinitionen: Nach der einen ist ein rechtlich geschütztes Interesse, nach der andern ein lediglich schutzwürdiges Interesse gefragt.

Bei der staatsrechtlichen Beschwerde hat der Beschwerdeführer darzutun, dass der angefochtene Akt seine rechtlich geschützten Interessen verletzt (Art. 88 OG). Mit andern Worten ist geltend zu machen, dass der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen, und die ihm derweise ein subjektives Recht einräumt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde verlangt demgegenüber nur ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des Aktes (Art. 103 Bst. a OG). Dieses kann in einem rechtlichen oder bloss faktischen Interesse bestehen; der Beschwerdeführer braucht also nicht ausgerechnet in jenen Interessen betroffen zu sein, welche die angeblich verletzte Rechtsnorm schützt. Ebensowenig ist erforderlich, dass die Rechtsordnung die verletzten Interessen des Beschwerdeführers wenigstens implizite anerkennt.

Trotz ihrer Verschiedenheit führen die beiden Definitionen in der Praxis weitgehend zu ähnlichen Ergebnissen, denn grundsätzlich hat der Entscheidadressat sowohl ein rechtlich geschütztes als auch ein bloss schutzwürdiges Interesse. Tatsächlich spielt das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses nur in zwei Fällen eine selbständige Rolle: Einmal gegenüber der Rüge der Willkür und der ungleichen Rechtsanwendung (Art. 4 BV), sodann bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Entscheidadressat ist. In beiden Fällen hängt das Beschwerderecht vom im Einzelfall anwendbaren materiellen (Nicht-Verfassungs-)Recht ab: Dieses muss dem Beschwerdeführer ein subjektives Recht einräumen.

Das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses mag gewiss ein Mittel sein, den Zugang zum Bundesgericht zu beschränken, jedoch nur um einen nach Ansicht der Expertenkommission zu hohen Preis und ohne erheblichen Entlastungseffekt: Der Nachweis dieses Interesses ist oft heikel und das Bundesgericht wird zu vertiefter Analyse der materiellen Normen gezwungen,

bevor es Nichteintreten auf die Beschwerde beschliessen kann. Sodann bleiben gewisse Bereiche der gerichtlichen Kontrolle gänzlich entzogen, selbst im Falle von Willkür (z.B. Entscheide, die einen Vorteil oder einen Anspruch gewähren; Akte, die angeblich eine Norm verletzen, welche nur dem Schutze des Allgemeininteresses dient).

Absatz 1 Buchstabe c übernimmt die Regel, die heute für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt, und dehnt sie auf die gesamte Rechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten aus. Zur Beschwerdeführung bedarf es somit eines *schutzwürdigen Interesses*: Der verlangte Entscheid muss geeignet sein, eine rechtmässige Situation herzustellen und erlittene Nachteile zu beheben. Mit andern Worten ist darzutun, dass der angefochtene Akt einerseits fehlerhaft ist und andererseits dem Beschwerdeführer Nachteile verursacht oder ihn eines Vorteils beraubt.

Nach Auffassung der Expertenkommission läuft dieser Vorschlag dem allgemeinen Anliegen einer Entlastung des Bundesgerichts keineswegs zuwider. Dessen Aufgabe wird durch die Trennung der prozessualen und materiellen Fragen vielmehr erleichtert. Das Bundesgericht braucht sich nicht mehr über den Sinn und Zweck einer Norm zu äussern, nur um über die Zulässigkeit einer Beschwerde schlüssig zu werden. Sodann wird die Erweiterung des Beschwerderechts durch das neue Vorprüfungsverfahren bei weitem kompensiert (Art. 94 ff. E-BGG).

Nach Ansicht der Expertenkommission hat die Praxis indessen das Beschwerderecht Dritter oft zu grosszügig interpretiert, weswegen der Entwurf eine weitere Voraussetzung, nämlich jene des persönlichen Betroffenseins, verschärft: Nach *Absatz 1 Buchstabe b* muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Akt *besonders* berührt sein. Er muss sich also über ein persönliches Interesse ausweisen, das sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger klar abhebt. Wenn es sich beim angefochtenen Akt um einen kantonalen Erlass handelt, braucht dieses persönliche Interesse wie bisher nur virtuell zu sein: Eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer vom fraglichen Erlass einmal betroffen sein könnte, reicht dafür aus (BGE 122 I 90, 92). In den übrigen Fällen muss es sich um ein aktuelles Interesse handeln, denn es geht im Beschwerdeverfahren letztlich darum, erlittene Nachteile zu beseitigen.

Absatz 1 Buchstabe a nennt ausdrücklich ein weiteres Kriterium des Beschwerderechts, das die Praxis aus jenem des schutzwürdigen Interesses abgeleitet hat: Der Beschwerdeführer muss am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen haben bzw. es muss ihm die Teilnahme verweigert worden sein (BGE 121 II 224, 227; vgl. auch Art. 104 E-BGG). Selbstverständlich kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen, wenn ein kantonaler Erlass unmittelbar angefochten wird (vgl. Art. 79 Abs. 1 E-BGG).

Absatz 2 übernimmt die heutige Praxis bei der Stimmrechtsbeschwerde: Jedem Stimmberechtigten der betreffenden Körperschaft kommt das Beschwerderecht zu (vgl. z.B. BGE 121 I 252, 255).

Artikel 82 Besondere Beschwerderechte

Diese Bestimmung regelt die besonderen Beschwerderechte von Behörden oder Körperschaften, welche öffentliche Interessen verfolgen.

Buchstabe a will die einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicherstellen, indem den Departementen der Bundesverwaltung ein Beschwerderecht zuerkannt wird. Übernommen wird die Regelung von Artikel 103 Buchstabe b OG; sie wird jedoch zugleich ausgedehnt auf die Bundeskanzlei, die damit ebenfalls in die Lage versetzt wird, in Personalangelegenheiten Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts anzufechten. Die Bundesverwaltung geniesst dieses Beschwerderecht jedoch wie bisher nur in Fällen, die ihren spezifischen Aufgabenbereich berühren - die neue Beschwerde erweitert es nicht. Neu besteht für die Bundesverwaltung einzig die Möglichkeit, auch einen kantonalen Erlass anzufechten.

Buchstabe b räumt den Gemeinden und andern öffentlichrechtlichen Körperschaften ein Beschwerderecht ein zur Anfechtung von Akten, welche Garantien verletzen, die ihnen eine Kantonsverfassung gewährt (z.B. Verletzung der Autonomie, des Gebietes, der Existenz schlechthin). Die Bestimmung übernimmt die diesbezügliche Rechtsprechung bei der staatsrechtlichen Beschwerde (BGE 119 Ia 214, 216). Sie schliesst nicht aus, dass andere Bundesgesetze den Gemeinden ein weitergehendes Beschwerderecht zur Verteidigung der öffentlichen Interessen anbieten (z.B. Art. 34 Abs. 2 RPG; SR 700); ebensowenig ist ausgeschlossen, dass sich die Gemeinden in bestimmten Fällen auf das allgemeine Beschwerderecht nach Artikel 81 Absatz 1 berufen dürfen.

Seit jeher hat die Rechtsprechung demgegenüber den Kantonsregierungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde das Beschwerderecht abgesprochen. Dieser Praxis liegt die Überlegung zu Grunde, dass die öffentlichrechtlichen Körperschaften keine Träger von verfassungsmässigen Rechten sind (BGE 120 Ia 95, 96 f.). Diese Rechtslage ist unbefriedigend, denn so haben die Kantone keine Möglichkeit, den Entscheid einer kantonalen Justizbehörde anzufechten, welcher einen kantonalen Erlass entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als bundesrechtswidrig erklärt. Deswegen schlägt die Expertenkommission in *Buchstabe c Ziffer 2* ein besonderes Beschwerderecht für die Kantonsregierung vor, wenn die Kompatibilität eines kantonalen Erlasses mit dem Bundesrecht oder mit internationalem Recht in Frage steht.

In Ausführung des Verfassungsentwurfes 1996 (Art. 178 Abs. 2 Justizreform) gewährt *Buchstabe c Ziffer 1* den Kantonsregierungen sodann ein Beschwerderecht, um im Falle der Anwendung eines Bundesgesetzes eine Verletzung der verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone zu rügen. Dieses Beschwerderecht hat indessen nur eine beschränkte Tragweite: Es greift erst, wenn der Fall - aus anderen Gründen - vor eine Vorinstanz im Sinne von Artikel 78 E-BGG getragen worden ist, weil die Rüge der Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes ausschliesslich beim Bundesgerichts erhoben werden darf (Art. 178 Abs. 4 VE 96 Justizreform).

Buchstabe d übernimmt die Regel von Artikel 103 Buchstabe c OG und verschärft sie insofern, als es ausdrücklich dem Bundesgesetzgeber vorbehalten ist, andern Personen, Organisationen oder Behörden ein Beschwerderecht einzuräumen. Die Bestimmung gilt nicht für eine

Organisation, welche die Interessen ihrer Mitglieder verteidigt: Deren Beschwerderecht ist aufgrund von Artikel 81 E-BGG zu bestimmen.

Viertes Kapitel: Beschwerdeverfahren

1. Abschnitt: Anfechtbare Entscheide

Artikel 83 Endentscheide

Festgelegt wird der Grundsatz, dass nur gegen Endentscheide Beschwerde geführt werden kann; das Bundesgericht soll sich nur einmal mit einer Sache befassen müssen. Teilentscheide sowie blosse Vor- und Zwischenentscheide unterliegen daher nur ganz ausnahmsweise der Anfechtung (Art. 84 - 86 E-BGG).

Im Unterschied zum geltenden Recht wird der *Begriff* des Endentscheids neu ausdrücklich und für alle Beschwerden einheitlich definiert, was zu einer allgemeinen begrifflichen Vereinfachung führt. Es handelt sich um Entscheide, die das Verfahren vor der betreffenden Vorinstanz abschliessen.

Diese Definition entspricht der heutigen Umschreibung einer Endverfügung in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege; für die Zivilrechtspflege hingegen bedeutet sie Neues: Anders als nach dem geltenden Artikel 48 OG braucht es sich nicht mehr um einen Entscheid zu handeln, welcher die streitige Rechtsfrage materiell einer endgültigen Regelung zuführt; vielmehr genügt künftig auch hier der Abschluss des Verfahrens bei der Vorinstanz (rein verfahrensrechtlicher Aspekt). Die damit verbundene teilweise Erweiterung des Anfechtungsobjekts wird mit dem Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) jedoch aufgefangen.

Beispiele: Letztinstanzliche Anordnungen in Eheschutzsachen (Art. 172 ff. ZGB), ja sogar die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839, 961 ZGB) sind künftig als Endentscheide aufzufassen. Gleiches wird auch gelten für Entscheide des vorsorglichen Rechtsschutzes, sofern sie *ausserhalb* eines Hauptverfahrens ergehen (z.B. eine einstweilige Verfügung zum Besitzerschutz oder der Arrest nach SchKG). Für die Anfechtbarkeit vorsorglicher Massnahmen hingegen, die mit Anhebung oder gar bei Rechtshängigkeit eines Hauptverfahrens getroffen werden, gelten zusätzlich zu den Vorprüfungskriterien die engen Schranken von Artikel 86 E-BGG.

Artikel 84 Teilentscheide

In gewissem Sinne eine Spielart des Endentscheids ist nach der Systematik des Entwurfs der Teilentscheid. Er schliesst bei der Vorinstanz nicht das ganze Verfahren ab, sondern erledigt nur eines oder einige mehrerer hängiger Rechtsbegehren. Die Anfechtbarkeit solcher Teilentscheide ist bloss unter engen Voraussetzungen gegeben; diese gelten *zusätzlich* zu den Bedingungen des Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 ff. E-BGG) und folgen dem Gebot der Prozessökonomie:

Anfechtbar sind sie zunächst einmal im Falle der *objektiven Klagenhäufung* (z.B. Klage erstens auf Beseitigung und Verbot einer Störung, zweitens auf

Schadenersatz und Genugtuung). Kumulierte Begehren braucht das Gericht nämlich nicht alle gleichzeitig im selben Entscheid zu beantworten; vielmehr kann es das eine Begehren vorweg entscheiden und so das Verfahren aufteilen (z.B. vorgängiger Entscheid über Beseitigung und Verbot der Störung, später Beurteilung der Frage des Schadenersatzes). Wenn nun das mit Teilurteil erledigte Begehren auch Gegenstand eines selbständigen Verfahrens hätte sein können, liegt ein anfechtbarer Teilentscheid im Sinne des Entwurfs vor (*Bst. a*). Das wäre beim genannten Beispiel der Fall.

Aber auch bei *subjektiver Klagenhäufung* (Streitgenossenschaft) kann es zu einem anfechtbaren Teilentscheid kommen, nämlich dann, wenn sich der Entscheid nicht für alle Streitgenossen ausspricht, sondern das Verfahren nur für den einen oder anderen abschliesst (*Bst. b*). Werden z.B. drei angebliche Solidarschuldner A, B, und C eingeklagt, so kann sich das Gericht vorderhand darauf beschränken, nur die Ersatzpflicht von C zu prüfen, weil das beweismässig vielleicht einfacher ist.

Von diesen Teilentscheiden sind nach dem System des Entwurfs die blossen *Vor- oder Zwischenentscheide* zu unterscheiden: Sie erledigen ein Rechtsbegehren nicht vollständig, sondern geben Antwort auf einen formellen oder materiellen *Teilaspekt* desselben (z.B. Frage der örtlichen Zuständigkeit, Bejahen von Verschulden oder Verneinung der Verjährung im Haftpflichtprozess, Frage der UVP-Pflicht). Solche Entscheide sind nicht etwa als Teilentscheide anfechtbar, sondern - wiederum unter eigenen Voraussetzungen - allenfalls als (selbständige) Vor- und Zwischenentscheide (Art. 85 und 86 E-BGG).

Ebenfalls kein Teilentscheid - sondern Endentscheid - wäre der Entscheid auf eine sog. *Teilklage* (eingeklagt ist nur eine Teilsumme des Forderungstotalis).

Artikel 85 und 86

Im geltenden Recht ist die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden nicht für alle Rechtsmittel des OG gleich geordnet. Der Entwurf bringt die fällige Rechtseinheit. Dabei gilt es in Bezug auf die *Zugangsbeschränkungen* zu beachten: Soweit die nachfolgenden Bestimmungen besondere Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nennen, gelten diese *zusätzlich* zu den allgemeinen Kriterien des Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 ff. E-BGG). Insofern kann also - wie schon oben bei den Teilentscheiden - von "doppelter Beschränkung" gesprochen werden.

Diese gewisse Strenge ist durchaus gerechtfertigt, denn die grundsätzliche Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden und vorsorglicher Massnahmen, wie sie die staatsrechtliche Beschwerde kennt (mit Ausnahme der Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV, s. Art. 87 OG), brächte eine zu grosse Belastung des Bundesgerichts mit sich.

Vor- und Zwischenentscheide

Zu unterscheiden sind nach der Terminologie des Entwurfs zwei Arten von Vor- und Zwischenentscheiden, nämlich erstens solche betreffend die *Zuständigkeit* der urteilenden Instanz (Art. 85), zweitens "*andere*" (Art. 86). Wie diese letzten

behandelt der Entwurf dann auch Entscheide über *vorsorgliche Massnahmen*, die im Rahmen eines Hauptverfahrens ergehen.

Neben den allgemeinen Vorprüfungskriterien (Art. 94 ff. E-BGG) hat die Anfechtbarkeit zunächst zur gemeinsamen Voraussetzung, dass der betreffende Vor- oder Zwischenentscheid als *selbständiger* hat getroffen werden müssen. Die Vorinstanz kann also z.B. die Zuständigkeit nicht nur stillschweigend bejahen, sondern hat zu dieser Vorfrage einen förmlichen Entscheid zu treffen und zu eröffnen.

Die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen richten sich nach dem *Inhalt* des (selbständigen) Vor- und Zwischenentscheids:

Betrifft er die *Zuständigkeit*, ist er - im Rahmen der allgemeinen Vorprüfungskriterien von Artikel 94 ff. E-BGG - ohne weiteres anfechtbar (*Art. 85 Abs. 1*). Für die Anfechtung gilt die allgemeine Beschwerdefrist (*Art. 92 E-BGG*); wird sie verpasst, kann die Zuständigkeit bei der Anfechtung des Endentscheids nicht mehr bestritten werden (*Art. 85 Abs. 2*). Das entspricht im wesentlichen der heutigen Regel bei der Berufung (*Art. 49 OG*).

Betrifft der (selbständige) Vor- oder Zwischenentscheid hingegen eine *andere Vor- oder Zwischenfrage* - diese kann materieller oder formeller Natur sein (z.B. die Frage der Parteifähigkeit, des Ausstandes, der unentgeltlichen Rechtspflege, der Verjährung) -, so gelten neben den Vorprüfungskriterien zusätzliche Voraussetzungen (*Art. 86 Abs. 1*): Der Entscheid muss entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken (*Bst. a*; das entspricht der heutigen Regel des Verwaltungsverfahren, vgl. *Art. 45 VwVG*); oder dann muss die Gutheissung der Beschwerde sogleich einen Endentscheid herbeiführen (*Bst. b*). Wird z.B. im Haftpflichtprozess durch Zwischenentscheid die Kausalität bejaht und dagegen Beschwerde geführt, so hiesse deren Gutheissung die Verneinung der Kausalität, so dass die Klage auf Schadenersatz abzuweisen wäre (Endentscheid). Diese letztere Anfechtungsmöglichkeit geht zurück auf die Regel von Artikel 50 Absatz 1 OG.

Werden diese selbständigen "anderen Vor- und Zwischenentscheide" nicht separat angefochten, so hat dies - im Unterschied zu den Vorentscheiden über die Zuständigkeit - keine Präklusionswirkung: sie können dann immer noch mit der Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden (*Art. 86 Abs. 2*; s. demgegenüber *Art. 85 Abs. 2*).

Vorsorgliche Massnahmen

Artikel 86 E-BGG nennt schliesslich auch die Entscheide über *vorsorgliche Massnahmen*. Diese sind daher - wie "andere Vor- und Zwischenentscheide" - nur unter folgenden Voraussetzungen anfechtbar: Erstens muss sich - nach den allgemeinen Vorprüfungskriterien - eine Rechtsfrage von *grundlegender Bedeutung* stellen oder der angefochtene Entscheid für den Betroffenen *schwerwiegende Folgen* haben (*Art. 95 Abs. 2*), zweitens muss der Entscheid zusätzlich einen *nicht wieder gutzumachenden Nachteil* bewirken (*Art. 86 Abs. 1 Bst. a*). Die Expertenkommission hatte in bezug auf die vorsorglichen Massnahmen sogar ein eigenes Vorprüfungsverfahren erwogen, doch konnte sie schliesslich davon absehen, denn die umschriebenen Zugangskriterien - die genannte "doppelte Beschränkung" - versprechen genügend Entlastung.

Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Ehescheidungsprozesses (Art. 145 ZGB) beispielsweise werden daher, soweit lediglich die Höhe von Unterhaltsleistungen während des Prozesses betreffend, kaum je selbständig vom Bundesgericht zu überprüfen sein. Eine vorsorgliche Kinderzuteilung für die Prozessdauer hingegen wäre anfechtbar, denn das Provisorium schafft meist ein faktisches Präjudiz - ist also irreparabel - und betrifft die Elternrechte erheblich. Dasselbe gilt auch für andere präjudizierende und insoweit eigentlich "unechte" vorsorgliche Verfügungen; zu denken ist insbesondere an Massnahmen des Persönlichkeitsschutzes nach Artikel 28c ZGB.

Zu beachten ist, dass die zusätzliche Schranke des irreparablen Nachteils nur für solche vorsorglichen Massnahmen gelten, die bei angehobenem oder bereits rechtshängigem Hauptprozess getroffen werden (eben z.B. Unterhaltsregelungen für die Dauer des Scheidungsprozesses, Art. 145 ZGB); letztinstanzliche Entscheide über den vorsorglichen Rechtsschutz, die losgelöst von einem Hauptverfahren ergehen, sind dagegen Endentscheide und unterliegen somit "nur" der allgemeinen Vorprüfung (s. den Kommentar zu Art. 83).

Artikel 87 Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung

Bei formaler Betrachtung fehlt es hier am Anfechtungsobjekt, denn gemeint ist schlichtes Untätigsein einer Behörde (Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung i.e.S.): Sie lehnt es ausdrücklich oder stillschweigend ab, innert angemessener Frist eine Verfügung zu treffen. Geschieht dies allerdings in einem förmlichen Entscheid, so liegt keine Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung im Sinne dieser Bestimmung vor, sondern ein anfechtbarer Entscheid nach den Artikeln 83 ff. E-BGG. Die Frage ist bedeutsam für die Beachtung der Beschwerdefrist (s. Art. 92 E-BGG).

2. Abschnitt Beschwerdegründe

Artikel 88 Im allgemeinen

Im Konzept der Einheitsbeschwerde hat die Rechtsnatur des Rügegrundes keinen Einfluss mehr auf das zu ergreifende Rechtsmittel. Mit andern Worten können künftig mit jeder der drei neuen Beschwerden Rügen erhoben werden, die im heutigen System jeweils besonderen Rechtsbehelfen vorbehalten sind. Insbesondere wird die Rüge einer Verfassungsverletzung nicht nur mit Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten, sondern auch im Rahmen der zivil- oder strafrechtlichen Beschwerde zu prüfen sein.

Die Verletzung von Bundesrecht nach *Buchstabe a* umfasst auch die Verletzung der Bundesverfassung, wobei die Unterscheidung zwischen verfassungsmässigen Rechten und übrigem Verfassungsrecht grundsätzlich keine Rolle spielt. Bei der konkreten Überprüfung von Bundeserlassen hingegen dürften die Verfassungsbestimmungen über die Zuständigkeit des Bundes nur von beschwerdeführenden Kantonen angerufen werden (vgl. Art. 89 E-BGG).

Buchstabe b erwähnt eigens das Völkerrecht, denn dieses stellt eine selbständige Rechtsquelle dar. Entsprechend der heutigen Praxis kann der

Beschwerdeführer nur direkt anwendbares Völkerrecht anrufen (vgl. BGE 119 V 174 ff.).

Artikel 88 hält am Grundsatz fest, wonach das Bundesgericht angesichts der Autonomie der Kantone nicht dazu berufen ist, die Anwendung des kantonalen Rechts zu überprüfen. Allerdings kennt dieser Grundsatz bereits heute vier Ausnahmen, welche der Entwurf übernimmt.

Erstens ist die Beschwerde ans Bundesgericht nach *Buchstabe c* bei Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten gegeben (vgl. Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG). Dazu gehören auch die Garantien, welche eine Kantonsverfassung den Gemeinden und andern Körperschaften gewährleistet (vgl. Art. 82 Bst. b E-BGG).

Wenn sodann zweitens ein kantonaler Akt betreffend die politischen Rechte angefochten wird (Art. 76 Bst. c E-BGG), so kann nach *Buchstabe d* die Verletzung jeder kantonalen Bestimmung angerufen werden, die in enger Beziehung zum Wahlrecht oder zur Ausübung der politischen Rechte steht: nach der Rechtsprechung kann es sich um Bestimmungen sowohl der Kantonsverfassung als auch eines Gesetzes oder einer Verordnung handeln.

Drittens öffnet *Buchstabe e* den Beschwerdeweg ans Bundesgericht für die Rüge der Verletzung interkantonalen Rechts (vgl. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, Art. 84 Abs. 1 Bst. b OG). Diese Bestimmung meint nicht nur die Konkordate i.e.S., sondern jede interkantonale Vereinbarung, unabhängig ihrer Form.

Viertens schliesslich kann die Verletzung kantonalen Bestimmungen für eine Bundesrechtsverletzung im Sinne von Buchstabe a (z.B. eines Grundrechts) oder für eine Verletzung von Völkerrecht nach Buchstabe b (z.B. der EMRK) konstitutiv sein.

Die Aufzählung von Artikel 88 E-BGG ist abschliessend; das Bundesgericht kann somit - im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. Art. 104 Bst. c und Art. 132 Bst. a OG) - die *Angemessenheit* einer Verwaltungsverfügung nicht mehr überprüfen. Tatsächlich gehört die Angemessenheitsprüfung kaum zu den Aufgaben eines höchsten Gerichts. Die Rüge rechtsfehlerhafter Ermessensbetätigung in der Anwendung von Bundesrecht hingegen wird das Bundesgericht weiterhin hören, denn in solchen Fällen liegt eine Rechtsverletzung nach Buchstabe a vor.

Ebenfalls nicht mehr überprüfen wird das Bundesgericht - im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. Art. 43a Abs. 2 OG, der 1989 mit dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht eingeführt wurde) - die Anwendung ausländischen Rechts, denn auch diese Aufgabe gehört nach Meinung der Expertenkommission kaum in die Hände des höchsten Gerichts. Damit ist jedoch nicht jegliche Kontrolle ausgeschlossen, denn es liegt eine Verletzung von Bundesrecht i.S. von Buchstabe a vor, wenn das ausländische Recht offensichtlich unrichtig angewendet wurde bzw. wenn seine Regeln, auf welche unser Kollisionsrecht verweist, nicht angewendet wurden. Der Entwurf kehrt mit diesem Vorschlag zu einem System zurück, das sich an das französische und deutsche Modell anlehnt.

Artikel 89 Überprüfung von Bundesgesetzen

Diese Bestimmung entspricht Artikel 178 des Verfassungsentwurfs 1996 (BBl. 1997 I 505 ff., 532 ff.). Hervorzuheben ist, dass diese Prüfung in einem besonderen Entscheidverfahren erfolgt (vgl. Art. 19 E-BGG).

Artikel 90 Unrichtige Feststellung des Sachverhaltes

Dem Bundesgericht kommt nach Meinung der Expertenkommission die Aufgabe der Rechtskontrolle zu. Die Feststellung des Sachverhaltes obliegt grundsätzlich den Vorinstanzen, weshalb die Rüge unrichtiger Feststellung nicht vors Bundesgericht getragen werden kann. Was die kantonalen Instanzen in tatsächlicher Hinsicht feststellen, ist für das Bundesgericht vielmehr verbindlich (vgl. auch Art. 100 E-BGG).

Dieser Grundsatz kennt indessen Ausnahmen: Vor Bundesgericht kann zunächst vorgebracht werden, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden, womit die Vorinstanz willkürlich gehandelt habe. Sodann kann gerügt werden, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Verletzung einer Rechtsregel nach Artikel 88 festgestellt. Dabei kann es sich um die Verletzung einer einschlägigen Verfahrensbestimmung handeln (z.B. einer Garantie, welche aus Artikel 4 BV abgeleitet wird, wie des rechtlichen Gehörs). Eine Rechtsverletzung kann auch aus einer unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes erfolgen, denn die Vorinstanz verletzt materielles Recht, wenn sie nicht alle rechtswesentlichen Tatsachen für dessen Anwendung etabliert.

Ein Rechtsfehler bei der Sachverhaltsfeststellung genügt für den Weiterzug an das Bundesgericht aber nicht; vielmehr muss dieser Fehler geeignet gewesen sein, den Ausgang des Verfahrens entscheidend zu beeinflussen. Der Beschwerdeführer hat glaubhaft zu machen, dass der angefochtene Entscheid bei rechtskonformer Tatsachenfeststellung anders ausgefallen wäre. Dieses zusätzliche Erfordernis wird unnütze Verfahrensverzögerungen vermeiden, obwohl es durchaus seine Grenzen hat: Wenn sich der angefochtene Entscheid materiell auf kantonales Recht stützt, kann das Bundesgericht die Anwendung dieses Rechts nicht frei überprüfen, es sei denn, die Verletzung komme einer Rechtsverletzung nach Artikel 88 E-BGG gleich; sodann ist die erforderliche Eignung bereits gegeben, wenn bei rechtskonformer Sachverhaltsfeststellung ein anderweitiger Entscheid der Vorinstanz nicht ausgeschlossen erscheint, wenn es m.a.W. nicht geradezu willkürlich wäre, diesfalls anders zu entscheiden. Bei Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheids schliesslich könnte diese Voraussetzung nicht ohne gleichzeitige Analyse der Hauptsache geprüft werden; deshalb muss sich das Bundesgericht hier mit der Einschätzung begnügen, ob die vorgebrachte Rechtsverletzung irgendwelchen Einfluss auf den möglichen Ausgang der Hauptsache haben könnte.

Der Grundsatz, wonach das Bundesgericht nur Rechtskontrolle ausübt, soll nach Auffassung der Expertenkommission selbst dann gelten, wenn die Vorinstanz als einzige Instanz und sogar als eine nicht-richterliche Behörde entschieden hat (vgl. Art. 78 Abs. 2 Satz 2 und Art. 80 E-BGG). Nur bei der Überprüfung eines erstinstanzlichen Entscheids des Bundesstrafgerichts erfolgt nach Absatz 2 eine freie Überprüfung des Sachverhalts, damit auch für die

Delikte, die der Gerichtsbarkeit des Bundes unterstehen, das Prinzip der doppelten Instanz voll zum Tragen kommt.

3. Abschnitt Neue Vorbringen (Art. 91)

Soweit dem Bundesgericht nur die Rechtskontrolle obliegt, soweit es also die Feststellung des Sachverhaltes nicht überprüfen kann (Art. 90 und 100 E-BGG), sind die Parteien gehalten, alle rechtswesentlichen Tatsachen und tauglichen Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen zu nennen. *Absatz 1* verbietet den Parteien, Tatsachen und Beweismittel erst vor Bundesgericht vorzubringen, wenn dazu im vorgängigen Verfahren Gelegenheit bestand. Dieses Novenverbot ist aber nicht absolut, sondern kennt gewisse Ausnahmen.

Zunächst sind solche neuen Tatsachen zulässig, die allein durch den Entscheid der Vorinstanz rechtswesentlich werden. So kann die Rüge der Verletzung von Verfahrensrecht durch die Vorinstanz selber (z.B. Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beweisverfahren) mit Tatsachen untermauert werden, die bei dieser Instanz nicht vorgebracht wurden. Gleiches gilt, falls der Entscheid der Vorinstanz auf einem neuen rechtlichen Argument beruht, zu dem die Parteien nicht haben Stellung nehmen können: Diesfalls können die Parteien unter den Voraussetzungen von Artikel 90 E-BGG neue Tatsachen vorbringen um zu zeigen, dass die betreffende rechtliche Erwägung unrichtig ist.

Neue Tatsachen sind natürlich auch zulässig, sofern sie Rechtsfragen betreffen, welche die Vorinstanz gar nicht hat prüfen können. So gilt das Novenverbot nicht bezüglich Tatsachen, von denen die Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht abhängt (z.B. das Datum der Eröffnung des angefochtenen Entscheids). Es gilt ferner nicht für Tatsachen, die sich auf die Verfassungsmässigkeit eines Bundeserlasses beziehen, denn die betreffende Rüge kann überhaupt erst vor Bundesgericht vorgebracht werden (vgl. Art. 178 Abs. 4 VE 96). Es gilt auch nicht, wenn kantonale Erlasse (Art. 79 Abs. 1 E-BGG) oder Akte kantonalen Parlamente bzw. Regierungen, welche politische Rechte betreffen (Art. 80 Abs. 2 a.E. E-BGG), direkt angefochten werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass nur Tatsachen, die anlässlich des vorinstanzlichen Entscheids bereits bestanden, ans Bundesgericht getragen werden können. Nachher eingetretene Tatsachen könnten nur Gegenstand eines Revisionsverfahrens bilden (Art. 116 E-BGG).

Wegen der Subsidiarität der Beschwerde ans Bundesgericht zu andern Rechtsmittel des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts wird der Streitgegenstand naturgemäss immer im Verfahren bei den Vorinstanzen definiert. Deshalb bestimmt *Absatz 2*, dass vor Bundesgericht keine neuen Rechtsbegehren zulässig sind. Ein Rechtsbegehren ist in diesem Sinne neu, wenn es der Vorinstanz nicht vorgelegen hatte *und* wenn es zu einer Erweiterung des Streitgegenstandes führen würde. Demgegenüber ist es den Parteien unbenommen, ihre Rechtsbegehren vor Bundesgericht zu reduzieren (z.B. Reduktion der eingeklagten Summe in einem Haftpflichtprozess). Es kann in der Sache auch ein anderes Rechtsbegehren als bei der Vorinstanz gestellt werden, sofern der Streitgegenstand unverändert bleibt. So kann etwa die Aufhebung des angefochtenen Aktes und Rückweisung an die Vorinstanz statt eine Abänderung verlangt werden.

Artikel 91 E-BGG äussert sich demgegenüber nicht ausdrücklich über die Zulässigkeit neuer *Einreden*. Einreden sind Rechtsbehelfe, welche nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden, sondern vielmehr allein in der Disposition der Parteien stehen (z.B. die Verjährung oder die Verrechnung; vgl. Art. 55 Abs. 1 Bst. c. OG und 273 BStP). Bereits der Vertrauensgrundsatz verbietet es, mit der Erhebung solcher Einreden bis vor Bundesgericht zuzuwarten, denn keine Partei darf einen Entscheid nur wegen eines Fehlers in Frage stellen, für den sie selber verantwortlich ist. Zudem ist der Begriff der Einrede - ausserhalb der Zivilrechtspflege ohnehin unüblich - heikel, denn nicht selten wird er in der Rechtssprache in einem weiteren Sinne verwendet: Er umfasst dann auch prozessuale und materielle Einwendungen, die das Gericht von Amtes wegen berücksichtigen müsste. Diese Einreden i.w.S. sind vor Bundesgericht aber grundsätzlich zulässig.

4. Abschnitt: Beschwerdefrist (Art. 92, 93)

Eine Beschwerde ans Bundesgericht ist bei diesem einzureichen (*iudex ad quem*); Einreichung bei einer falschen Behörde schadet aber nicht, sofern eine falsche Bundesbehörde oder eine obere kantonale Behörde angegangen wurde (Art. 44 E-BGG). Die Frist dazu beträgt grundsätzlich 30 Tage (Art. 92 Abs. 1, Art. 93 E-BGG). Davon gibt es jedoch Ausnahmen: so die unbefristete Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und -verzögerung (Art. 92 Abs. 3 E-BGG), ferner - in Schuldbetreibungs- und Konkursachen - die bloss 20-, 10- oder gar nur 5-tägige Frist in den Aufsichts- bzw. in gewissen Bankennachlassachen (vgl. Art. 20 SchKG und Art. 19 der Verordnung des Bundesgerichts über das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen; diese Bestimmungen bleiben in Art. 92 Abs. 4 E-BGG vorbehalten).

Die Beschwerdefrist beginnt wie nach bisherigem Recht zu laufen nach Eröffnung des angefochtenen Entscheids bzw. - bei Beschwerden gegen Erlasse - nach Veröffentlichung desselben (Art. 92 Abs. 1 und 2 und Art. 93 E-BGG; s. auch Art. 89 Abs. 3 OG); die Art der Publikation bestimmt das kantonale Recht. Im Falle einer nachgereichten Begründung beginnt die Frist erst mit der Zustellung der Motive zu laufen (Art. 105 Abs. 2 E-BGG).

5. Abschnitt: Vorprüfung

Dieser Abschnitt führt die wichtige Neuerung des Vorprüfungsverfahrens ein (vgl. auch Ziff. 5.3.3.1. des Berichts). Der Zugang zum Bundesgericht wird damit über ein Instrument geregelt, das dem Bundesgericht erlaubt, anhand gesetzlicher Kriterien die zulässigen von den unzulässigen Beschwerden zu scheiden und letztere in einem raschen Verfahren zu erledigen. Die gesetzliche Regelung stützt sich auf Artikel 178a Absatz 1 VE 96 Justizreform und berücksichtigt insbesondere die in Absatz 2 des genannten Artikels dem Gesetzgeber aufgetragene Zugangsgarantie.

Artikel 94 Geltungsbereich

Dem Vorprüfungsverfahren unterliegen sämtliche Beschwerden (*Absatz 1*), richten sie sich gegen End-, Teil- oder Zwischenentscheide. Der

Geltungsbereich des Vorprüfungsverfahrens erstreckt sich sodann auf sämtliche Beschwerdearten, somit auf Beschwerden in Zivilsachen, in Strafsachen und in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Ausgenommen sind Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (*Absatz 2*). Diese Ausnahme ist in Nachachtung von Artikel 13 EMRK erforderlich. Die genannte Bestimmung verlangt, dass Konventionsverletzungen innerstaatlich mit einer wirksamen Beschwerde geltend gemacht werden können. Eine weitere Ausnahme von der Vorprüfung ist für die erstinstanzlichen Entscheide des künftigen Bundesstrafgerichts vorzusehen, da Artikel 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) in Strafsachen eine zweistufige Gerichtsbarkeit verlangt.

Artikel 95 Unzulässigkeit der Beschwerde

In dieser Bestimmung werden die Unzulässigkeitsgründe aufgeführt. Es handelt sich um eine abschliessende Aufzählung, die sowohl formelle wie materielle Gründe umfasst:

Die in *Absatz 1* aufgelisteten Gründe sind alternativ zu verstehen; für eine Unzulässigkeitserklärung genügt es, dass *einer* dieser Gründe erfüllt ist. Die Tatbestände nach den Buchstaben a und b finden sich im geltenden OG in ähnlicher Form als Gründe für die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Artikel 36a OG.

Absatz 1 Buchstabe a nennt zunächst den Fall, dass auf eine Beschwerde offensichtlich nicht eingetreten werden kann. Es ist also schon *prima vista* ersichtlich, dass eine der Sachurteilsvoraussetzungen nicht erfüllt ist, beispielsweise die Frist eindeutig verpasst, die Beschwerdelegitimation klarerweise nicht gegeben oder der angefochtene Akt nicht beschwerdefähig ist.

Absatz 1 Buchstabe b sanktioniert die querulatorische oder missbräuchliche Prozessführung mit der Unzulässigkeit. Beschwerden, die bloss aus Streitsucht oder gar aus obstruktiver Motivation heraus ergriffen werden, soll das Bundesgericht nicht behandeln müssen. Heute kann es solche Beschwerden gestützt auf Artikel 36a Absatz 2 OG im vereinfachten Verfahren erledigen.

Absatz 1 Buchstabe c verlangt vom Beschwerdeführer, dass er die vorgebrachten Rügen hinreichend begründet, ansonsten seine Beschwerde ganz - oder teilweise - unzulässig ist. Damit ist eine Art Rügeprinzip eingeführt. Wann eine Rüge hinreichend begründet ist, lässt das Gesetz offen. Es wird Sache des Bundesgerichts sein, die Substantiierungsvoraussetzungen zu präzisieren, wobei unterschiedlich strenge Kriterien für die einzelnen Rügen denkbar sind.

Nach *Absatz 1 Buchstabe d* braucht das Bundesgericht gerügte Rechtsverletzungen, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein können, nicht zu prüfen. Damit ist namentlich die sogenannte formelle Natur des Verbots der formellen Rechtsweigerung relativiert.

Absatz 2 reiht zu den vier Unzulässigkeitsgründen nach Absatz 1 einen fünften, welcher zwei Aspekte aufweist (Buchstaben a und b). Beide müssen für eine Unzulässigkeitserklärung kumulativ gegeben sein. Der Text übernimmt in

negativer Formulierung Artikel 178a Absatz 2 VE 96 Justizreform. Wenn sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt *und* überdies der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat, kann eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden. Ist aber das eine oder andere oder beides der Fall, muss das Bundesgericht die Beschwerde behandeln. Damit ist auf Gesetzesstufe der verfassungsrechtlichen Vorgabe nachgelebt, wonach der Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten ist, wenn es um eine grundlegende Rechtsfrage geht oder der Ausgang des Verfahrens für eine Partei schwerwiegende Folgen hat. Die genannten Kriterien werden im Gesetz beispielhaft konkretisiert:

Der Tatbestand der fehlenden Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung nach *Buchstabe a* ist insbesondere erfüllt, wenn der angefochtene Entscheid mit der amtlich veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichts übereinstimmt und kein Anlass besteht, diese zu überprüfen. Damit ist das Hauptbeispiel, in dem dieser Buchstabe gegeben ist, genannt; die gesetzliche Konkretisierung des Kriteriums ist jedoch nicht abschliessend, wie das Wort "insbesondere" zum Ausdruck bringt.

Der Tatbestand der fehlenden schwerwiegenden Folgen nach *Buchstabe b* ist im objektiven Sinne zu verstehen. Das subjektive Empfinden einer Partei spielt keine Rolle. Dies zeigen die Beispiele, welche das Gesetz für die Annahme schwerwiegender Folgen gibt:

- *Ziffer 1* nennt die Tatsache, dass ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat zu beurteilen ist. Ist diese Limite überschritten, darf das Bundesgericht die Beschwerde nicht für unzulässig erklären, es sei denn, es liege ein Unzulässigkeitsgrund nach Absatz 1 vor. Es kann sich um einen strafrechtlichen, fürsorgerischen oder administrativen Freiheitsentzug handeln. Keinen Unterschied macht ferner, ob es um die unbedingte oder bedingte Anordnung geht. Schwerwiegende Folgen sind auch im letzteren Fall anzunehmen, weil die Gewährung des bedingten Vollzugs widerrufen werden kann, wobei dannzumal nur noch die Voraussetzungen für den Widerruf, nicht aber die Strafe selbst, überprüft werden.
- Von schwerwiegenden Folgen und damit von der Zulässigkeit der Beschwerde ist ferner nach *Ziffer 2* stets dann auszugehen, wenn in Zivilsachen der Streitwert 100'000 Franken erreicht. Damit ist umgekehrt *nicht* gesagt, dass Streitigkeiten mit einem Streitwert unter 100'000 Franken regelmässig ausserhalb der bundesgerichtlichen Beurteilung bleiben. Sofern sich eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt, einer Partei ein schwerer Eingriff in ihre Grundrechte droht oder sonstwie schwerwiegende Folgen anzunehmen sind, hat das Bundesgericht solche Streitigkeiten an die Hand zu nehmen, selbst wenn sie einen sehr tiefen Streitwert aufweisen; vorbehalten bleiben selbstverständlich auch hier die Unzulässigkeitsgründe nach Absatz 1.
- *Ziffer 3* bringt für das Gebiet der Sozialversicherung eine spezielle Konkretisierung der schwerwiegenden Folgen. Solche sind insbesondere - das heisst jedenfalls dann, aber nicht ausschliesslich dann - anzunehmen, wenn der Ausgang des Streits für eine Partei von existentieller Bedeutung ist.

- *Ziffer 4* nennt schliesslich den Umstand, dass einer Partei ein schwerer Eingriff in ihre Grundrechte droht. Der Begriff des schweren Grundrechtseingriffs ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung herausgebildet worden (vgl. etwa BGE 109 Ia 190 und die Kasuistik bei Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 180 f.) und wird hier ins Gesetz aufgenommen.

Ist einer der in den Absätzen 1 und 2 genannten Gründe erfüllt, kann das Bundesgericht die Beschwerde ganz oder teilweise für unzulässig erklären. Die Bestimmung ist als "Kann-Vorschrift" gefasst. Die Unzulässigkeitserklärung ist somit ins Ermessen des Bundesgerichts gestellt. Das heisst, das Bundesgericht kann, muss aber nicht, die Beschwerde für unzulässig erklären. Es kann die Beschwerde statt dessen auch im ordentlichen Verfahren behandeln und - je nach gegebener Rechtslage - durch einen Nichteintretens- bzw. einen Abweisungsentscheid erledigen. Hervorzuheben ist die Möglichkeit, eine Beschwerde nur zum Teil für unzulässig zu erklären, etwa wenn bloss einzelne Rügen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe c nicht hinreichend begründet sind, andere aber schon.

Eine Einschränkung besteht nach *Absatz 3* für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Auf sie ist der Unzulässigkeitsgrund nach Absatz 2 nicht anwendbar. Er ist nicht zugeschnitten auf die angesprochenen, rein betreibungsrechtlichen Angelegenheiten (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 70 E-BGG).

Artikel 96 Verfahren

Diese Bestimmung normiert die wichtigsten Verfahrenselemente.

Nach *Absatz 1* gilt im Vorprüfungsverfahren durchwegs Dreierbesetzung. Die drei Richter entscheiden über die Unzulässigkeit in der Regel im Zirkulationsverfahren (Art. 55 Abs. 1 E-BGG). Sofern ausnahmsweise eine mündliche Beratung stattfindet, ist diese nicht öffentlich, auch nicht parteiöffentlich (Art. 56 Abs. 3 E-BGG).

Unter Entlastungsgesichtspunkten von wesentlicher Bedeutung ist *Absatz 2*. Der Entscheid über die Unzulässigkeit muss weder ausführlich noch summarisch begründet werden; das Bundesgericht kann sich darauf beschränken, in der Begründung den zutreffenden Unzulässigkeitsgrund anzugeben. Wo angezeigt, kann es darüber hinausgehen. Damit ist dem Anspruch auf Begründung Genüge getan. Der Betroffene erhält in jedem Fall eine erschöpfende, wenn auch allenfalls eine knappe Antwort auf die Frage, weshalb das Bundesgericht seine Beschwerde für unzulässig erklärt hat.

6. Abschnitt: Weiteres Verfahren

Artikel 97 Schriftenwechsel, Anschlussbeschwerde

Abgesehen vom Hinweis auf das Vorprüfungsverfahren lehnt sich die Bestimmung an die geltenden Artikel 59 (Berufung), 81 (Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen), 93 (staatsrechtliche Beschwerde) sowie 110 OG (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) an, doch wird - im

Unterschied zur geltenden Verwaltungsrechtspflege - allgemein die Möglichkeit der *Anschlussbeschwerde* eingeführt (Abs. 3). Dies bewirkt keine Komplikation, denn Anschlussbeschwerde kann nur erheben, wer selber auch zu einer eigenen Beschwerde legitimiert wäre. Ein Anschlussrechtsmittel wird sogar nicht selten zur Entlastung des Bundesgerichts führen, denn oft wird die Hauptbeschwerde zurückgezogen, sobald der Gegner Anschlussbeschwerde erhebt (und damit den Weg zu einer *reformatio in peius* freigibt), so dass das Verfahren in der Folge ohne weiteres abgeschrieben werden kann. Absatz 5 hält die Abhängigkeit des Anschlussrechtsmittels von der Hauptbeschwerde ausdrücklich fest.

Das Gesetz sieht weder für die Vernehmlassung zur Hauptbeschwerde (Abs. 1) noch für die Einsendung der Vorakten durch die Vorinstanz (Abs. 2) noch für eine Anschlussbeschwerde (Abs. 3) noch für die Stellungnahme zu derselben (Abs. 4) eine feste *Frist* vor. Der Instruktionsrichter lässt diesbezüglich Ermessen walten, doch ist ihm die Frist zur Hauptbeschwerde (30 Tage) Richtschnur.

Das Verfahren vor Bundesgericht ist im wesentlichen - vorbehaltlich eines möglichen Beweisverfahrens (Art. 52 f. E-BGG), allfälliger mündlicher Parteiverhandlungen (Art. 54) und mündlicher Urteilsberatungen (Art. 55 E-BGG) - *schriftlich*. Dabei soll in aller Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfinden (Art. 97 Abs. 4 Satz 2 E-BGG). Repliken und Dupliken, aber auch mündliche Parteiverhandlungen haben im Interesse der Verfahrensökonomie die Ausnahme zu bleiben.

Artikel 98 Aufschiebende Wirkung

Dem Bundesgericht kommen als Hauptaufgaben die Sorge für die einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung und die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung zu. Es ist somit keine letzte Appellationsinstanz für die Parteien, anzurufen durch ein vollkommenes Rechtsmittel. Die Rechtspflege des Einzelfalles soll substantiell vielmehr bei den Vorinstanzen stattfinden. Davon ausgehend sind die Rechtsmittelwirkungen der Beschwerde ans Bundesgericht, insbesondere auch ihr *Suspensiveffekt*, zu definieren.

Im Interesse der Transparenz und Handlichkeit des Verfahrens bringt der Entwurf auch diesbezüglich eine einheitliche Regelung für sämtliche Beschwerden (s. demgegenüber den geltenden Rechtszustand nach Art. 54, 70, 80, 94, 111 OG, 36 SchKG sowie 272 BStP): Die Beschwerde hat nur unter besonderen Voraussetzungen aufschiebende Wirkung (Abs. 1 und 3); *grundsätzlich* besteht somit *kein* Suspensiveffekt, was auch einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels wehrt (Abs. 2). Damit beschreitet der Entwurf in der Zivilrechtspflege, aber auch im heutigen Arbeitsgebiet der Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise Neuland.

Nach *Absatz 1* wirkt die Beschwerde nur dann von Gesetzes wegen suspensiv, wenn bei einer *Zivilsache* ein *Gestaltungsurteil* angefochten wird (*Bst. a*; z.B. ein Vaterschafts- oder ein Scheidungsurteil, die Auflösung einer juristischen Person). Für den Suspensiveffekt sprechen in diesen Fällen naheliegende Gründe der Praktikabilität. Zudem ist auch in *Strafsachen* von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung gegeben, wenn eine unbedingte *Freiheitsstrafe* oder

eine *freiheitsentziehende Massnahme* in Frage steht (*Bst. b*); für einen adhäsionsweise erhobenen Zivilanspruch gelten dann allerdings wieder die Schranken von Buchstabe a.

Der *Instruktionsrichter* kann von dieser gesetzlichen Regel abweichen: Er kann in den Fällen von Absatz 1 die aufschiebende Wirkung entziehen bzw. sie in den übrigen Fällen auf Antrag einer Partei oder sogar von Amtes wegen verfügen (*Abs. 3*). Das erlaubt massgeschneiderte Reaktion auf die Bedürfnisse des Einzelfalles. Wo aufschiebende Wirkung besteht - sei es von Gesetzes wegen oder auf Verfügung des Instruktionsrichters - hat dieser gegebenenfalls vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Art. 99 E-BGG).

Artikel 99 Andere vorsorgliche Massnahmen

Der Instruktionsrichter ist befugt, von Amtes wegen oder auf Parteienantrag vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Eine solche kann zunächst im Entzug oder in der Erteilung der aufschiebenden Wirkung bestehen (Art. 98 Abs. 3 E-BGG) oder dieselbe im Sinne einer sichernden oder regelnden Anordnung begleiten (z.B. die Auferlegung eines Veräusserungsverbots, Fortführung eines Gewerbes nur unter Auflagen).

Anders als nach geltendem Recht ist für derlei Provisorien künftig immer das Bundesgericht (Instruktionsrichter) zuständig, nicht mehr die Vorinstanz wie heute in der Zivilrechtspflege (vgl. Art. 58 OG). Der *Devolutiveffekt* der Beschwerde wird insoweit verstärkt.

Artikel 100 Massgebender Sachverhalt

Nach Meinung der Expertenkommission kommt dem Bundesgericht die Aufgabe der Rechtskontrolle zu (vgl. auch Art. 90 E-BGG); die Feststellung des Sachverhaltes und deren Überprüfung obliegt demgegenüber den Vorinstanzen (vgl. auch Art. 103 E-BGG). Entsprechend bestimmt *Absatz 1*, dass das Bundesgericht seinem Entscheid grundsätzlich jenen Sachverhalt zu Grunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat. Das Bundesgericht ist an diese Tatsachen gebunden, und zwar neu auch in den Belangen des Sozialversicherungsrechts (vgl. demgegenüber Art. 132 Bst. b OG). Gleiches gilt künftig für den Patentprozess (Art. 67 OG), denn dieser erfordert diesbezüglich keine besondere Behandlung.

Doch besteht dann keine Bindung des Bundesgerichts an den festgestellten Sachverhalt, wenn die Tatsachen offensichtlich unrichtig oder in Verletzung einer Rechtsnorm nach Artikel 88 E-BGG erstellt worden sind: wenn die Vorinstanz bei der Sachverhaltsermittlung also willkürlich gehandelt oder gegen eine Verfahrensvorschrift (wie z.B. das rechtliche Gehör) verstossen hat oder wenn schliesslich wegen unvollständiger Feststellung des Sachverhaltes gar eine Verletzung des materiellen Rechts vorliegt (vgl. den Kommentar zu Art. 90 E-BGG).

Für gewöhnlich führt eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (vgl. Art. 102 E-BGG), doch ermächtigt *Absatz 2* das Bundesgericht, den Sachverhalt von Amtes wegen oder auf entsprechendes Begehren zu ergänzen oder zu berichtigen (vgl. Art.

90 E-BGG). Das Bundesgericht kann den Sachverhalt dabei nicht nur aufgrund des Dossiers der Vorinstanz korrigieren, sondern auch gestützt auf die Beweismittel der Parteien, welche im Rahmen des Schriftenwechsels angeboten oder vom Bundesgericht im Beweisverfahren selber angeordnet wurden. Das Bundesgericht ist zur Abnahme solcher neuer Beweismittel freilich nicht verpflichtet; vielmehr wird es von dieser Befugnis nur zurückhaltend Gebrauch machen. Diese flexible Lösung geht auf die geltende Bundesrechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zurück (Art. 93, 95, 108 und 113 OG). Sie unterscheidet sich also vom diesbezüglich sehr restriktiven Modell der geltenden Zivilrechts- und Strafrechtspflege (Art. 64 Abs. 2 OG und 277^{bis} Abs. 1 Satz 3 BStP), was aber gerechtfertigt ist: denn systematische Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auch in Fällen, in denen die Korrektur des Sachverhaltes einfach ist, wäre unverhältnismässig. Das Interesse der Parteien an rascher und endgültiger Erledigung der Streitsache geht hier der Souveränität der Vorinstanz bezüglich des Sachverhaltes vor.

Absatz 3 statuiert eine besondere Regel bei Beschwerden gegen erstinstanzliche Urteile des Bundesstrafgerichts: Hier ist die freie Sachverhaltsüberprüfung durch das Bundesgericht geboten, damit das Prinzip der doppelten Instanz auch bei den Delikten, die der Gerichtsbarkeit des Bundes unterstehen, voll zum Tragen kommt.

Artikel 101 Rechtsanwendung

Diese Norm umschreibt die rechtliche Kognition des Bundesgerichts. *Absatz 1* bestimmt als allgemeine Regel den Grundsatz *iura novit curia*, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet und dabei an die Begründung der Parteien nicht gebunden ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 114 Abs. 1 OG, 277^{bis} Abs. 2 BStP). Das Bundesgericht würde seine Aufgabe als oberstes Gericht verfehlen, wenn es wissentlich einen Fehlentscheid träfe, nur weil der Beschwerdeführer nicht die einschlägige Rechtsnorm angerufen hat. Und dennoch kennt dieser Grundsatz drei Ausnahmen.

Zunächst wird er durch *Absatz 2* insofern abgeschwächt, als das Bundesgericht sich auf die Prüfung der vorgebrachten Rügen beschränken *kann*. Diese Lösung - sie geht auf die Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde zurück (Art. 90 Abs. 1 Bst. b OG) - rechtfertigt sich deshalb, weil die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Einheitsbeschwerden aufgeht. Angesichts der ausserordentlichen Vielfalt der verfassungsmässigen Garantien und völkerrechtlichen Normen, die durch einen anfechtbaren Entscheid betroffen sein können, darf das Bundesgericht nicht in allen Fällen zu allumfassender Prüfung gezwungen sein. Es kommt in erster Linie dem Beschwerdeführer zu, die Mängel des angefochtenen Entscheids zu nennen. Wenn z.B. willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts gerügt wird, ist es nicht Sache des Bundesgericht, Nachforschungen darüber anzustellen, welche kantonale Vorschrift betroffen sein könnte.

Das Bundesgericht wird sodann keine Rechtsnorm von Amtes wegen anwenden, deren Verletzung die Parteien nach Artikel 88 und 89 E-BGG gar nicht rügen dürfen. So kann die Einhaltung der Kompetenzverteilung zwischen

Bund und Kantone vom Bundesgericht nicht überprüft werden, wenn nicht die betroffene Kantonsregierung selber Beschwerde führt (Art. 89 Abs. 2 E-BGG).

Schliesslich verbietet der Vertrauensgrundsatz den Parteien, den Vorinstanzen ein einschlägiges Argument vorzuenthalten, nur um die Wirkung der Beschwerde ans Bundesgericht gleichsam mit einem Trumpf zu verstärken (vgl. z.B. BGE 120 Ia 24 ff.). Daraus folgt, dass das Bundesgericht keine Norm von Amtes wegen anwenden kann, deren Anrufung im Einzelfall gegen den Vertrauensgrundsatz verstossen hätte.

Artikel 102 Entscheid

Die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts ist durch die Rechtsbegehren der Parteien begrenzt. *Absatz 1* nimmt ausdrücklich Bezug auf den Grundsatz *ne eat iudex ultra petita partium* (Dispositionsmaxime; vgl. zum geltenden Recht Art. 63 Abs. 1, 90 Abs. 1 Bst. a und 114 Abs. 1 OG, 277^{bis} BStP). Die Tragweite dieses Grundsatzes kann je nach angebehrtem Entscheid verschieden sein (vgl. BGE 116 Ia 60, 64 f.). Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 114 OG) kennt der Entwurf keine Ausnahme mehr, wonach eine *reformatio in peius* möglich wäre. Eine solche Regel ist heute nicht mehr zeitgemäss, denn der Beschwerdeführer hat das Recht, sein Rechtsmittel sofort zurückzuziehen, wenn eine Verschlechterung angekündigt wird. Immerhin können besondere Bundesrechtssätze den Richter und damit auch das Bundesgericht zu freier Entscheid ermächtigen - unabhängig von den Parteibegehren (vgl. z.B. Art. 156 ZGB).

Nach *Absatz 2* kann das Bundesgericht, nachdem es die Beschwerde zugelassen hat, in der Sache selbst entscheiden oder die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen; diese Regel wird wörtlich von Artikel 114 Absatz 2 OG übernommen. Die Einheitsbeschwerden sind demnach nicht ausschliesslich kassatorische Behelfe, die in allen Fällen einfach nur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen. Die Art und Weise, wie das Bundesgericht entscheiden wird - ob kassatorisch oder reformatorisch -, hängt vielmehr von verschiedenen Faktoren ab. So bleibt einzig die Kassation, wenn die Parteien selber nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangen oder wenn die Reformation des Entscheids wegen unvollständiger Feststellung des Sachverhaltes unmöglich ist (vgl. Art. 100 E-BGG). Gleiches gilt, wenn die verletzte Norm den richtigen substantiellen Entscheid, den die Vorinstanz hätte treffen müssen, nicht eindeutig und abschliessend vorgibt; so wird eine begründete Beschwerde wegen Verletzung eines Freiheitsrechts regelmässig zur Kassation des angefochtenen Aktes führen. Keineswegs sodann erweitert Absatz 2 die Entscheidkompetenz des Bundesgerichts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse: Soweit das Bundesgericht dem kantonalen Gesetzgeber einen verfassungsmässig garantierten Gestaltungsspielraum zuzubilligen hat, darf es sein eigenes Ermessen nicht darüber stellen und dem Kanton eine neue Regelung diktieren, sonst würde das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt (vgl. BGE 118 Ia 64, 69). Bei der Strafrechtspflege hingegen könnte Absatz 2 eine Neuerung gegenüber der heutigen Praxis bringen, denn nach geltendem Recht führt eine gutgeheissene Nichtigkeitsbeschwerde immer zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zu Rückweisung an die Vorinstanz (Art. 277^{ter}

BStP). Nach dem Vorschlag des Entwurfs wird das Bundesgericht bei Spruchreife künftig selber einen reformatorischen Entscheid treffen und die Angelegenheit derweise zum endgültigen Abschluss bringen.

Absatz 2 beschränkt die möglichen Typen von Entscheiden nicht. Das Bundesgericht kann also nicht nur einen reformatorischen oder kassatorischen Entscheid treffen, sondern sein Dispositiv auch mit gewissen Anweisungen oder Feststellungen versehen: so z.B. mit der Anweisung, dem Beschwerdeführer vor den kantonalen Instanzen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (BGE 115 Ia 103), oder mit der Feststellung, ein bestimmtes kantonales Gericht sei zuständig (vgl. Art. 73 Abs. 2 OG). Es obliegt dem Bundesgericht, im Rahmen der Rechtsbegehren jenen Entscheidtyp zu wählen, welcher der verletzten Rechtsnorm am besten zum Durchbruch verhilft. Dies gilt ganz besonders im Verfahren der Normenkontrolle, wenn das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass die Behebung der Verfassungswidrigkeit einzig dem Gesetzgeber obliege.

Obwohl der Entwurf die Regeln von Artikel 66 OG und 277^{ter} Absatz 2 BStP nicht ausdrücklich übernimmt, steht fest, dass die Vorinstanz bei ihrem neuen Entscheid an die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, die der Zurückweisung zugrunde liegt, gebunden ist.

Artikel 102 enthält keine besondere Bestimmung über die Entscheidungsmöglichkeiten des Bundesgerichts im Falle der Überprüfung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses (vgl. Art. 89 E-BGG und Art. 178 VE 96 Justizreform). Die Verfassungsmässigkeit eines solchen Erlasses des Bundes kann nur vorfrageweise im Rahmen des Anwendungsaktes, der Gegenstand der Beschwerde bildet, überprüft werden (konkrete Normenkontrolle). Im Unterschied zu ausländischen Verfassungsgerichten darf das Bundesgericht aber über die Gültigkeit und die Anwendbarkeit eines Bundesgesetzes ausserhalb des streitigen Rechtsverhältnisses nicht entscheiden. Die Begründetheit der Rüge, ein Bundeserlass sei verfassungswidrig, verschafft daher keine besonderen Entscheidungsbefugnisse; die allgemeinen Regeln von Artikel 102 Absatz 2 E-BGG sind vielmehr auch hier ohne weiteres anwendbar. Demnach ist die Situation dieselbe wie in den Fällen, in denen das Bundesgericht im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die Gesetzeswidrigkeit einer Bundesverordnung oder die Verfassungswidrigkeit eines kantonalen Gesetzes feststellt.

7. Abschnitt: Kantonales Verfahren

Artikel 103 *Beurteilung durch richterliche Behörde*

Ein streitiger Anspruch muss im kantonalen Verfahren zumindest *einmal* von einem unabhängigen Gericht sowohl in faktischer wie auch in rechtlicher Hinsicht umfassend und frei geprüft werden können. Diese Bestimmung unterstreicht erneut, dass die Rechtspflege substantiell in den kantonalen Verfahren stattfinden soll. Das Bundesgericht kümmert sich grundsätzlich nicht mehr um den Sachverhalt (Art. 90, 100 E-BGG); und die Rechtskontrolle (Art. 88 E-BGG) steht unter der Bedingung der Vorprüfung (Art. 94 ff. E-BGG).

Es spielt keine Rolle, ob der Streitgegenstand formal dem öffentlichen oder dem Zivilrecht angehört, nur in Bezug auf Entscheide mit vorwiegend

politischem Charakter und in Stimmrechtssachen gelten Ausnahmen vom Gebot der richterlichen Behörde (s. den Kommentar zu Art. 78 E-BGG). Das hat etwa Konsequenzen für die Aufsicht in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, soweit die Aufgaben einer oberen oder einzigen kantonalen Aufsichtsbehörde noch nicht in den Händen eines Gerichts liegen, ferner auch für einzelne Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. die betreffenden Fälle unter Art. 70 Abs. 2 E-BGG).

Das kantonale Gericht - sei es ein erstinstanzliches oder in appellatorio die Vorinstanz des Bundesgerichts - wendet das *Recht von Amtes wegen* an. Das ist ein anerkannter Grundsatz des Prozessrechts, der indessen die Parteien nicht etwa von einer gehörigen Begründung ihrer Begehren entbindet. Sodann ist zu beachten, dass "freie Prüfung des Sachverhaltes" nicht etwa allgemein mit dem Untersuchungsgrundsatz gleichzusetzen ist. Frei meint nur, dass der rechtswesentliche Sachverhalt im kantonalen Verfahren zumindest einmal ohne Beschränkung zusammengetragen werden kann.

Artikel 104 Einheit des Verfahrens

Verallgemeinert und zugleich präzisiert wird die Bestimmung von Artikel 98a Absatz 3 des geltenden OG: Es geht somit um möglichst reibungslosen Anschluss der Bundesrechtspflege an das kantonale Verfahren.

- Die Legitimation zum Verfahren darf im kantonalen Verfahren vor allen Instanzen nicht enger gefasst sein als vor Bundesgericht (*Abs. 1*);
- die unmittelbare Vorinstanz muss mindestens dieselbe Kognition haben wie das Bundesgericht (*Abs. 2*). Wäre sie ausnahmsweise die erste (und einzige kantonale) Instanz, käme dagegen hinsichtlich Kognition Artikel 103 E-BGG zum Zuge: umfassende faktische und rechtliche Prüfung des Streites.

Artikel 105 Eröffnung der Entscheide

Absatz 1 lehnt sich an Artikel 51 f. OG, 20a SchKG sowie Artikel 1 Absatz 3 VwVG an. Im Ergebnis geht es wiederum um die Einheit des Verfahrens (Gewährleistung des Anschlusses an die Bundesrechtspflege).

Zu beachten ist, dass das Bundesrecht den Kantonen die schriftliche Begründung der Entscheide nicht durchwegs zur Pflicht macht; bei fehlender Begründung ist es Sache der Parteien, innert 30 Tagen eine solche zu verlangen (*Abs. 2*); die Beschwerdefrist läuft dann erst ab Zustellung der Motive (Art. 92 Abs. 1 E-BGG). Entscheide, die den Qualitätserfordernissen nicht entsprechen, kann das Bundesgericht aufheben oder zur Verbesserung zurückweisen (*Abs. 3*).

Fünftes Kapitel: Klage (Art. 106)

Diese Bestimmung beschränkt den Gegenstand des sogenannten Direktprozesses strikte auf Fälle, für deren Beurteilung sachgerechterweise allein das Bundesgericht in Frage kommt - wegen ihrer Rechtsnatur und

Bedeutung. Das gilt zunächst für die Kompetenzkonflikte zwischen dem Bund und den Kantonen (*Bst. a*), sodann aber auch für alle andern (zivil- oder öffentlichrechtlichen) Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder Kantonen unter sich (*Bst. b*; vgl. Art. 113 Abs. 1 und 2 BV, Art. 83 *Bst. a* und *b* OG). Solche Streitigkeiten haben in einem Bundesstaat allergrösste Bedeutung, was nach der Zuständigkeit des höchsten Gericht dieses Staates - des Bundesgerichts - ruft. Diesbezüglich bleibt der Entwurf somit bei der Regelung des geltenden Rechts.

Die Fälle der verwaltungsrechtlichen Klage wurden bereits bei der letzten Revision des OG im Jahre 1991 auf das absolute Minimum reduziert. Sie umfassen heute die Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie die Verantwortlichkeitsansprüche aus Handlungen von Magistratspersonen des Bundes (vgl. Art. 116 und 130 OG). Auch diese Fälle sind in der direkten Zuständigkeit des Bundesgericht zu belassen (*Bst. b und c*).

Artikel 106 zählt die Klagefälle abschliessend auf und stellt für sie einen einzigen Rechtsweg zur Verfügung ("Einheitsklage"); für das Verfahren gilt der Bundeszivilprozess.

Sechstes Kapitel: Vorlage (Art. 107 - 113)

Das Vorlageverfahren ermöglicht es einer unteren Instanz, eine bestimmte Rechtsfrage, die sich in einem laufenden Verfahren stellt, der obersten Instanz zum Entscheid zu unterbreiten. Bekannte Beispiele solcher Verfahren sind das sog. Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EG-Vertrag) und das Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht nach Artikel 100 des Grundgesetzes.

Das Vorlageverfahren setzt an sich nicht zwingend voraus, dass das vorlegende Gericht am Ende des Instanzenzugs steht, sein Urteil also keinem (innerstaatlichen) Rechtsmittel mehr unterliegt. In der Bundesrechtspflege besteht jedoch kein Bedürfnis nach einem Vorlageverfahren, solange die entsprechende Rechtsfrage mit einem Rechtsmittel aufgeworfen werden kann. Hingegen kann das Vorlageverfahren eine Ausgleichsfunktion übernehmen in Bereichen, in denen das Gesetz die Beschwerde ans Bundesgericht vollständig ausschliesst (siehe den Katalog von Art. 77 E-BGG). Es eignet sich somit für Rechtsgebiete, in denen die Funktion des Bundesgerichts wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden (z.B. Asylwesen) oder der meist geringfügigen Bedeutung der Streitsachen auf die Wahrung überindividueller Interessen beschränkt werden muss.

Nach *Artikel 107* müssen demnach letzte richterliche Instanzen der Kantone und das Bundesverwaltungsgericht, soweit sie eine endgültige Entscheidung zu treffen haben, den Entscheid des Bundesgerichts einholen, falls sie der Auffassung sind, eine auf den konkreten Fall anwendbare Bestimmung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses verletze verfassungsmässige Rechte der Bürger oder Völkerrecht (Abs. 1). Das Verfahren wird bis zum Entscheid des Bundesgerichts sistiert. Lediglich fakultativ ist die Vorlage in Fällen, in denen die genannten Instanzen ernsthafte Zweifel über die Auslegung von Bundesrecht oder Völkerrecht haben (Abs. 2).

Das Vorlageverfahren - verankert in Artikel 178a Absatz 3 VE 96 Justizreform - ist neu für unser Rechtssystem. Es bezweckt in erster Linie (*Art. 107 Abs. 1*), dass die Normenkontrolle bezüglich Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (*Art. 178 VE 96 Justizreform*) auch in Fällen zum Tragen kommen kann, in denen die Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen ist; insofern dient die Vorlage als Korrektiv. Das Vorlageverfahren ist hier eigentlich eine zwingende Folge des konzentrierten Systems, das die Überprüfung gewisser Normen dem Bundesgericht vorbehält. Eine Pflicht zur Vorlage besteht erst, wenn die mit der Sache befasste Instanz zur Auffassung gelangt, die Verfassungsmässigkeit oder Völkerrechtskonformität eines Bundesgesetzes sei nicht gegeben. Blosser Zweifel lösen keine Vorlagepflicht aus; andernfalls würden die betreffenden Instanzen zu rasch von ihrer Verantwortung entbunden, und das Bundesgericht hätte laufend über solche Vorlagen zu entscheiden. Bei ernsthaften Zweifeln über die Auslegung von Bundesrecht oder Völkerrecht ist eine Vorlage möglich, aber nicht obligatorisch (*Art. 107 Abs. 2*). In diesen Fällen dient das Vorlageverfahren nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern der einheitlichen Anwendung des Rechts.

Wie das Bundesgericht bereits wiederholt und zu Recht betont hat, ist das Verfassen von Rechtsgutachten nicht seine Aufgabe; das Vorlageverfahren hat denn auch gar nicht diesen Zweck. Es kommt vielmehr nur in konkreten laufenden Verfahren zum Tragen, in denen eine spezifische Rechtsfrage, die für den Ausgang dieses Verfahrens wesentlich ist, zu entscheiden ansteht (*Art. 108 Abs. 2*). Funktionsgemäss ist das Vorlageverfahren sodann ausschliesslich ein Verfahren zwischen gerichtlichen Behörden - die Parteien können es nicht einleiten (*Art. 108 Abs. 1*). Hat das betreffende Gericht hingegen die Verfahrenseinleitung beschlossen, so können die Parteien, die Vorinstanz und allfällige weitere Beteiligte dazu Stellung nehmen; diese Stellungnahmen werden dann zusammen mit dem Vorlagegesuch dem Bundesgericht übermittelt (*Art. 109*). Das Bundesgericht kann seinerseits noch weitere Stellungnahmen einholen, soweit dies zur Beantwortung der vorgelegten Frage notwendig ist (*Art. 110*).

In bezug auf den Entscheid des Bundesgerichts betont *Artikel 111* den dargelegten Grundsatz, wonach kein Rechtsgutachten zu verfassen, sondern einzig die vorgelegte Rechtsfrage des Einzelfalles zu entscheiden ist. In seinen rechtlichen Erwägungen ist das Bundesgericht an die Begründung des Vorlagegesuchs selbstverständlich nicht gebunden.

Nach *Artikel 112 E-BGG* wird der (verbindliche) Entscheid des Bundesgerichts einzig dem vorlegenden Gericht eröffnet, denn das Vorlageverfahren ist wie gesagt ein Verfahren zwischen Behörden. Kosten werden keine gesprochen (*Art. 113*). Der Vorlageentscheid kann amtlich publiziert werden (*Art. 26 E-BGG*).

Siebentes Kapitel: Revision, Erläuterung und Berichtigung

1. Abschnitt: Revision (Art. 114 - 121)

Im wesentlichen werden die bewährten Regeln des geltenden Rechts (Art. 136 ff. OG) ohne grosse Änderungen übernommen. Abgesehen von Artikel 115 handelt es sich dabei vorab um redaktionelle und systematische Modifikationen.

Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das zur Aufhebung eines rechtskräftigen Entscheids des Bundesgerichts und zur nochmaligen Beurteilung der Angelegenheit führt. Die klassischen Revisionsgründe werden in Artikel 114 und 116 umschrieben: Es handelt sich einerseits um Verfahrensfehler, andererseits um bestimmte Tatsachen, die nachträglich entdeckt wurden. Der Entwurf vermeidet den Begriff "neue Tatsachen" bewusst, denn es handelt sich nicht um nachträglich eingetretene, sondern lediglich um nachträglich entdeckte Tatsachen.

Diesen klassischen Revisionsgründen hat der Gesetzgeber im Jahre 1991 noch den besonderen nach Artikel 139a OG hinzugefügt, wonach die Revision zulässig ist, wenn eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der EMRK von den Strassburger Organen gutgeheissen worden ist. *Artikel 115* übernimmt diese Regel, modifiziert sie aber in zweierlei Hinsicht:

Zunächst wird den Zuständigkeiten besser Rechnung getragen. Wenn den Strassburger Organen ein Bundesgerichtsentscheid vorgelegen hat, ist für die anschliessende Revision immer das Bundesgericht zuständig, auch wenn die Angelegenheit schliesslich an eine Vorinstanz zurückgewiesen werden müsste. Wenn hingegen kein Entscheid des Bundesgerichts ergangen ist (weil die Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen war), ist für die Revision die entsprechende andere letzte Instanz zuständig. Der Entwurf zum BGG hat sich nur mit der Revision von Entscheiden des Bundesgerichts zu befassen.

Sodann wird auf die Subsidiarität der Revision, wie sie der geltende Artikel 139a OG formuliert, verzichtet: Sie erscheint kaum sinnvoll, zumal schon Artikel 50 EMRK die Entschädigung nur subsidiär gewährt. Diese gegenseitigen Subsidiaritäten haben sich in der Praxis nicht selten als problematisch erwiesen. *Artikel 121 Absatz 3* erlaubt dem Bundesgericht, einer allfälligen Entschädigung Rechnung zu tragen.

Die übrigen Bestimmungen bedürfen keines besonderen Kommentars, denn die geltenden Regeln werden nur verdeutlicht und vereinfacht.

2. Abschnitt: Erläuterung und Berichtigung (Art. 122)

Die einzige Änderung gegenüber dem geltenden Recht besteht darin, dass das Bundesgericht neu nicht mehr nur auf Begehren einer Partei, sondern auch von Amtes wegen erläutern und berichtigen darf.

Commission d'experts pour la
révision totale de
l'organisation judiciaire fédérale

Rapport final

au

Département fédéral de justice et police

Juin 1997

Edité par l'Office fédéral de la justice

Diffusion: Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne
Art. n^o: 407.381 f

Table des matières

Table des abréviations	6
1. Mandat, composition et mode de travail de la commission d'experts	8
2. Points faibles de l'organisation judiciaire fédérale actuelle	9
2.1. Les tâches actuelles du Tribunal fédéral	9
2.1.1. Application uniforme du droit civil et pénal fédéral	9
2.1.2. Juridiction administrative et disciplinaire fédérale	10
2.1.3. Protection des droits constitutionnels des citoyens vis-à-vis des cantons	10
2.1.4. Jugement de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales comme juridiction unique	10
2.1.5. Tâches de surveillance et de législation	11
2.2. La surcharge du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances	11
2.2.1. Etendue et effets de la surcharge	11
2.2.2. Causes de la surcharge	13
2.2.2.1. Causes de l'augmentation du nombre des recours et actions	13
2.2.2.2. Large accès au Tribunal fédéral	13
2.2.2.3. Le Tribunal fédéral comme juridiction unique	14
2.3. Complexité du système des voies de droit	15
2.4. Caractère obsolète des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale	15
2.5. Lacunes dans le contrôle des normes	17
3. Buts de la réforme	17
3.1. Assurer la protection juridique et l'application uniforme du droit fédéral et international	17
3.2. Consolider l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de Cour suprême	18

4. Rapport avec le message relatif à une nouvelle constitution fédérale	19
4.1. La juridiction de la Confédération, objet de la réforme de la constitution	19
4.2. Les propositions faites dans le cadre de la réforme de la justice, base de travail pour le projet de la commission d'experts	20
5. Les principales réformes	21
5.1. Développement des autorités judiciaires inférieures	21
5.1.1. Juridiction administrative fédérale	21
5.1.2. Juridiction pénale fédérale	21
5.1.3. Tribunaux cantonaux	22
5.1.4. Limitation des procès directs	23
5.2. Le recours unifié	23
5.2.1. Généralités	24
5.2.2. Les grandes lignes du recours unifié	25
5.3. Limitation de l'accès au Tribunal fédéral	28
5.3.1. Nécessité	28
5.3.2. Restrictions d'accès	29
5.3.2.1. Exclusion du recours combinée à une procédure d'avis préjudiciel	29
5.3.2.2. Procédure d'examen préalable	30
5.3.2.3. Procédure d'admission ou d'autorisation	30
5.3.2.4. Valeurs litigieuses	30
5.3.3. Proposition de la commission d'experts	32
5.3.3.1. Procédure générale d'examen préalable	32
5.3.3.2. Variante écartée: procédure générale d'admission	33
5.3.3.3. Liste d'exceptions pour les recours en matière de droit public, combinée avec une procédure d'avis préjudiciel	34
5.3.3.4. Abandon de la valeur litigieuse	35
5.4. Développement de la juridiction constitutionnelle	36
5.4.1. Le système du contrôle des normes dans le droit en vigueur	36
5.4.2. Institution du contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale	37

5.4.3.	Motifs en faveur d'une extension du contrôle des normes	37
5.4.4.	Organisation du futur contrôle des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale: système concentré	39
5.4.5.	Pas d'autres innovations dans le domaine du contrôle des normes	40
5.5.	Protection juridique en matière d'élections, votations et initiatives populaires fédérales	41
5.6.	Intégration du Tribunal fédéral des assurances dans le Tribunal fédéral	41
5.6.1.	Statut du Tribunal fédéral des assurances selon le droit en vigueur	41
5.6.2.	Proposition de la commission d'experts	42
5.7.	Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale	44
5.7.1.	Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale précédant le Tribunal fédéral	44
5.7.2.	Modèle pour les voies de recours	47
5.7.2.1.	Décisions d'autorités fédérales	47
5.7.2.2.	Décisions de dernière instance cantonale	49
5.7.3.	Abandon, dans une large mesure, du recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale	49
5.8.	Réforme de la juridiction pénale fédérale	50
5.8.1.	Attributions du Tribunal pénal fédéral	50
5.8.2.	Organisation du Tribunal pénal fédéral	55
6.	Mesures rejetées	56
6.1.	Représentation obligatoire, avocats accrédités	56
6.2.	Avocats généraux	58
7.	Bases constitutionnelles	59
7.1.	Les propositions du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice comme base pour la révision de l'organisation judiciaire	59
7.2.	Marge de manoeuvre réduite en cas de non-réalisation (partielle) de la réforme de la justice	60

7.3.	Délégation de compétences législatives	63
8.	Compatibilité des mesures proposées avec le droit européen	63
9.	Commentaire du projet de loi	65
	Chapitre premier: Organisation du Tribunal fédéral	65
Section 1:	Statut	65
Section 2:	Juges	67
Section 3:	Organisation	69
Chapitre deuxième:	Dispositions générales de procédure	74
Section 1:	Compétence	74
Section 2:	Conduite du procès	74
Section 3:	Récusation	75
Section 4:	Parties, mandataires, mémoires	76
Section 5:	Délais (art. 41 à 47)	77
Section 6:	Valeur litigieuse (art. 48 à 50)	78
Section 7:	Langue du procès (art. 51)	78
Section 8:	Procédure probatoire	79
Section 9:	Procédure de jugement	79
Section 10:	Frais (art. 59 à 65)	80
Section 11:	Exécution (art. 66 à 68)	81
Section 12:	Dispositions supplétives (art. 69)	81
Chapitre troisième:	Le Tribunal fédéral juridiction de recours	82
Section 1:	Recours en matière civile	82
Section 2:	Recours en matière pénale	86
Section 3:	Recours en matière de droit public	89
Chapitre quatrième:	Procédure de recours	96
Section 1:	Décisions attaquables	96
Section 2:	Motifs de recours	99
Section 3:	Moyens nouveaux (art. 91)	102
Section 4:	Délai de recours (art. 92, 93)	103
Section 5:	Examen préalable	104
Section 6:	Procédure subséquente	107
Section 7:	Procédure cantonale	111
Chapitre cinquième:	Action (art. 106)	112
Chapitre sixième: Avis préjudiciel (art. 107 à 113)		113
Chapitre septième:	Révision, interprétation et rectification	115

Section 1:	Révision (art. 114 à 121)	115
Section 2:	Interprétation et rectification (art. 122)	116

Table des abréviations

ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RS 101)
DFEP	Département fédéral de l'économie publique
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (RS 700)
LAVI	Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LCD	Loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151)
LEx	Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LRTV	Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (RS 784.40)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)

PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
P-LTF	Projet du 18 juin 1997 pour une loi fédérale sur le Tribunal fédéral
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale (RS 312.0)
projet 96	Projet de Constitution 1996 (FF 1997 I 597 ss)
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances

1. Mandat, composition et mode de travail de la commission d'experts

Par décision du 7 juin 1993, le Département fédéral de justice et police a institué une commission d'experts, chargée de préparer une révision totale de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ). La commission reçut pour mandat d'examiner, sans se limiter au cadre constitutionnel existant, toutes réformes de l'organisation judiciaire propres à assurer durablement une protection juridique qui soit aussi simple, rapide et effective que possible et qui réponde aux exigences du droit international.

La commission était invitée à examiner notamment les questions suivantes:

- mesures propres à éviter une surcharge des cours suprêmes;
- unification des voies de droit;
- création d'une juridiction administrative fédérale avec deux instances;
- réglementation dans l'OJ (et non plus dans la loi fédérale sur la procédure pénale) des voies de droit de la procédure pénale fédérale;
- extension de la juridiction constitutionnelle (modification de l'art. 113, 3^e al., cst.);
- introduction de restrictions d'accès, en relation notamment avec une juridiction constitutionnelle plus étendue;
- création de cours spécialisées, voire d'un tribunal constitutionnel.

Dans sa composition initiale, la commission était formée des membres suivants:

Heinrich Koller, professeur, directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne (président);
Walter Kälin, professeur, Berne (vice-président);
Ulrich Cavelti, président du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall;
Rolando Forni, juge fédéral, Lausanne (jusqu'au mois de mars 1994);
Alfred Kölz, professeur, Zurich (jusqu'au mois de mars 1995);
Rolf Lüthi, secrétaire général suppléant du Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, Berne;
Pierre Moor, professeur, Lausanne;
Peter Alexander Müller, juge fédéral, Lausanne (jusqu'au mois de décembre 1996);
Niklaus Oberholzer, avocat, Saint-Gall (jusqu'au mois de mars 1995);
Jean-François Poudret, professeur, Lausanne;
Thomas Probst, avocat, Bâle;
Rudolf Rüedi, juge fédéral, Lucerne;
Katharina Sameli, avocate, Zurich.

Pour compléter la commission, le DFJP a, le 23 décembre 1994, désigné quatre nouveaux membres, qui ont commencé leur travail sitôt après l'adoption du rapport intermédiaire de mars 1995:

- Heinz Hausheer, professeur, Berne;
- Fabienne Hohl, juge au Tribunal cantonal du canton de Fribourg;
- Niccolò Raselli, juge fédéral, Lausanne;
- Danielle Yersin, juge fédéral, Lausanne.

L'Office fédéral de la justice a assuré le secrétariat de la commission.

Celle-ci a tenu 31 séances plénières et quelques séances en sous-commissions. A sa demande, l'Institut suisse de droit comparé a établi des rapports sur l'organisation judiciaire dans les pays suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Etats-Unis, France, Italie et Suède. En outre, la commission a confié des mandats d'étude à trois experts:

- Paul Richli, professeur à Bâle: "Rechtsschutz im Bereich des verfügungsfreien Staatshandelns";
- Pierre-Robert Gilliéron, a. professeur à Lausanne: "Administration de la justice en matière de poursuite pour dettes, de faillite et de concordat";
- Rainer J. Schweizer, professeur à Saint-Gall: "Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen - aktuelle Situation und Reformbedürfnisse".

Lors de sa séance du 20 juin 1996, la commission a encore entendu M. Mark E. Villiger, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, au sujet de la procédure de déclaration d'irrecevabilité des requêtes devant ladite Commission.

Enfin, la commission a entendu, le 2 mai 1995, le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances, puis, le 13 juin 1995, des membres de la Fédération suisse des avocats et de l'Association suisse des juges, ce qui lui a permis de recueillir de précieux avis sur les principaux aspects du projet présenté dans son rapport intermédiaire.

2. Points faibles de l'organisation judiciaire fédérale actuelle

2.1. Les tâches actuelles du Tribunal fédéral

Avant d'évoquer les points faibles de l'organisation judiciaire fédérale, il convient de donner un aperçu, sommaire et non exhaustif, des différentes tâches qui incombent au Tribunal fédéral selon le droit en vigueur.

2.1.1. Application uniforme du droit civil et pénal fédéral

Aux termes de l'article 114 cst., il appartient à la législation fédérale de "donner à ce tribunal [au Tribunal fédéral] des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'article 64". Malgré le renvoi au seul article 64 et non à l'article 64^{bis} cst., introduit ultérieurement, cette disposition vaut également pour le domaine du droit pénal.

Sur la base de l'article 114 cst., le législateur a créé quatre principales voies de droit, dont la fonction est d'assurer l'application uniforme du droit fédéral dans les domaines du droit civil, pénal et de la poursuite pour dettes et faillite: le recours en réforme (art. 43 ss OJ), le recours en nullité civil (art. 68 ss OJ), le recours devant la Chambre des poursuites et des faillites (recours LP; art. 78 ss OJ) et le pourvoi en nullité à la Cour de cassation (art. 268 ss PPF). Ces voies

de recours sont toutes ouvertes contre des décisions d'autorités cantonales. Parmi les 5571 affaires traitées par le Tribunal fédéral en 1996, on dénombre 759 recours en réforme, 870 pourvois en nullité, 301 recours LP et, seulement, 8 recours en nullité civils.

2.1.2. Juridiction administrative et disciplinaire fédérale

Le législateur a placé la juridiction administrative et disciplinaire fédérale prévue par l'article 114^{bis} cst. dans la compétence du Tribunal fédéral. Selon les articles 97 ss OJ, le Tribunal fédéral connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions fondées sur le droit public (administratif) fédéral. Quant aux recours de droit administratif en matière d'assurances sociales, ils sont dans la compétence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), lequel est constitué en une cour autonome du Tribunal fédéral (art. 122 et 128 OJ). Peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif non seulement les décisions d'autorités fédérales mais aussi les décisions prises par des autorités cantonales en application du droit administratif fédéral. En 1996, 1218 recours de droit administratif ont été jugés par le Tribunal fédéral et 1632 par le TFA.

2.1.3. Protection des droits constitutionnels des citoyens vis-à-vis des cantons

Aux termes de l'article 113, 1^{er} alinéa, chiffre 3 cst., le Tribunal fédéral connaît "des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités". Il y a un rapport étroit entre cette disposition et celle de l'article 5 cst., qui prévoit que la Confédération garantit aux cantons notamment leurs constitutions, la liberté et les droits du peuple et les droits constitutionnels des citoyens.

Pour assurer la protection juridictionnelle des droits constitutionnels des citoyens, le législateur a institué le recours de droit public (art. 84 ss OJ). Ce recours peut être formé uniquement contre des actes de souveraineté cantonaux (décisions ou arrêtés). C'est la plus utilisée des voies de droit au Tribunal fédéral: les statistiques dénombrent 2192 recours de droit public examinés en 1996, soit près du 40 pour cent de l'ensemble des causes jugées.

2.1.4. Jugement de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales comme juridiction unique

Le Tribunal fédéral connaît en première et unique instance d'une série de différends de droit civil ou public et d'affaires pénales (cf. ch. 2.2.2.3., let. e à h). En 1996, il a statué sur 28 actions directes et sur une affaire pénale.

2.1.5. Tâches de surveillance et de législation

A côté de sa mission première, qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral doit encore assumer des tâches de surveillance et de législation dans certains domaines. Il en est ainsi notamment dans les domaines de l'organisation interne du tribunal et des tarifs pour les émoluments et les dépens, du droit de l'expropriation (art. 63 LEx) et de la poursuite pour dettes et la faillite (art. 15 LP).

2.2. La surcharge du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances

2.2.1. Etendue et effets de la surcharge

En 1996, le nombre des affaires entrées s'est élevé à 5615 pour le Tribunal fédéral et à 1866 pour le Tribunal fédéral des assurances. Au cours des dix dernières années, leur nombre a augmenté de près de 30 pour cent pour le Tribunal fédéral. Le volume de travail du TFA s'est avéré plus étroitement dépendant de la situation économique. Le nombre des affaires entrées y était déjà aussi élevé en 1981 qu'en 1994 (1588). Après une période de baisse continue jusqu'à 1139 affaires en 1990, la récession a provoqué à nouveau une forte augmentation ces deux dernières années.

Le nombre des juges fédéraux est demeuré le même depuis 1984. Le Tribunal fédéral se compose aujourd'hui de 30 membres et d'autant de juges suppléants, le TFA de 9 juges et de 9 suppléants.

Grâce à des mesures d'organisation et de procédure ainsi qu'à une augmentation de l'effectif des collaborateurs (greffiers et secrétaires-rédacteurs, collaborateurs personnels des juges, personnel de chancellerie), l'un et l'autre tribunaux fédéraux ont été en mesure d'accroître leur "capacité de liquidation" à tel point qu'en 1994, le nombre des affaires traitées a excédé de quelque 5 pour cent celui des affaires entrées. Toutefois, la statistique pour 1996 révèle que le nombre des affaires introduites (5615 au TF et 1866 au TFA) a derechef excédé celui des affaires liquidées (5571 au TF et 1632 au TFA). De toute évidence, la forte pression de travail à laquelle les juges sont soumis ne leur laisse plus assez de temps pour examiner chaque cas avec le soin requis, tout en assumant pleinement la mission impartie au Tribunal fédéral de veiller à l'application uniforme du droit et au développement de la jurisprudence. Les collaborateurs juridiques peuvent certes décharger les juges de certains travaux de préparation et de rédaction, mais en aucun cas de la responsabilité des jugements. Au Tribunal fédéral, chaque juge élabore en moyenne près de 80 rapports par an ainsi qu'un certain nombre de co-rapports. A cela s'ajoute le temps, difficilement quantifiable, qu'il consacre à l'instruction des recours. En outre, la masse actuelle des affaires le contraint à participer, en l'espace d'une année (soit en 230 jours de travail environ), au jugement de quelque 500 cas en moyenne, la règle étant au surplus qu'un juge examine chaque affaire de manière approfondie à deux reprises au moins: au moment de l'arrêt et à celui de sa motivation. De telles circonstances ne peuvent, à l'évidence, que mettre en péril la qualité (ou la rapidité) des jugements et, par

là, la réputation même du tribunal. Depuis quelques temps, des voix se font entendre dans la doctrine et dans la presse qui font état d'incongruités dans certains arrêts, ce qui ne peut s'expliquer que par le manque de temps dont dispose le Tribunal fédéral. La contrainte dans laquelle celui-ci se trouve de mettre prioritairement l'accent sur la liquidation quantitative des affaires se manifeste par un autre indice qui ne trompe pas: de toutes les affaires qui n'ont pas été liquidées par le président de Cour et ses collaborateurs, une proportion considérable est traitée selon la procédure simplifiée (art. 36a OJ) ou par voie de circulation (art. 36b OJ). Cette proportion fut, en 1996, d'un bon 97 pour cent au Tribunal fédéral et de plus de 99 pour cent au TFA. Or, il est clair que les juges de la section ne parviennent pas si souvent d'emblée à l'unanimité que la loi prescrit pour ces procédures. Il n'est pourtant conforme ni au sens de la loi ni à la mission du Tribunal fédéral que l'unanimité soit le fruit de discussions de couloir plutôt que des délibérations publiques prévues par l'article 17 OJ. Au surplus, la pression du temps risque de conférer un poids excessif au juge rapporteur, en le mettant pratiquement dans la position d'un juge unique.

La commission d'experts ne peut que partager fondamentalement l'analyse que le Tribunal fédéral a faite de la situation dans sa prise de position adressée le 27 janvier 1995 à la commission de gestion du Conseil national. Fondée sur une consultation de l'ensemble des juges, cette prise de position faisait valoir que le nombre actuel des affaires est excessif pour le tribunal suprême du pays, dont la mission constitutionnelle ne se limite pas au jugement de cas particuliers, mais s'étend aussi à l'application uniforme et au développement du droit. Elle soulignait que la charge du Tribunal fédéral ne saurait se mesurer uniquement à l'aune du report annuel des affaires, mais bien plutôt à celle de la pression de travail que reflète la statistique annuelle des affaires liquidées. Dans ses rapports sur sa gestion de ces dernières années, le Tribunal fédéral n'a pas manqué de rappeler cette situation problématique et la pressante nécessité d'une réforme de la justice.

Il est vrai que la révision partielle de l'OJ de 1991 a permis d'apporter certaines mesures de décharge, telles que le développement des autorités judiciaires inférieures, la généralisation de la composition à trois juges ou l'extension de la procédure par voie de circulation. Les effets de cette révision ne peuvent pas encore être évalués dans toute leur ampleur, car les nouvelles dispositions ne sont entièrement entrées en vigueur qu'au début de 1994 et les cantons avaient un délai au 15 février 1997 pour instituer des autorités judiciaires cantonales compétentes en matière de droit administratif fédéral. Toutefois, on ne peut guère espérer plus de ces mesures qu'un bref répit, lequel ne permet pas de faire l'économie d'une réforme plus fondamentale. A la suite du verdict négatif de la votation référendaire du 1er avril 1990, la révision de 1991 a dû être circonscrite à la reprise des propositions non contestées du projet du Conseil fédéral de 1985. Mais il ne faisait alors aucun doute, pour le Conseil fédéral comme pour le Parlement, qu'une révision plus vaste devrait être entreprise dans une seconde étape (cf. FF 1991 II 468 s.).

La surcharge du Tribunal fédéral et du TFA est devenue chronique depuis les années huitante au moins. Aujourd'hui, elle nuit tant à la protection juridique des particuliers (retard, risque d'un examen trop superficiel des recours) qu'à la mission spécifique de la juridiction suprême, qui est de garantir l'application

uniforme du droit et son développement. Seules de profondes réformes d'ordre structurel de l'organisation judiciaire fédérale peuvent permettre de remédier durablement à cette surcharge et à ses effets pernicioeux.

2.2.2. Causes de la surcharge

2.2.2.1. Causes de l'augmentation du nombre des recours et actions

Le nombre des contestations portées devant le Tribunal fédéral (et le TFA) a connu une augmentation pratiquement constante au cours des trente dernières années. Il y a plusieurs raisons à cela. D'un côté, l'emprise, la technicité et la complexité des lois et ordonnances ont augmenté, en même temps que de nouveaux aspects de la vie et de l'économie étaient réglementés ou que des réglementations existantes étaient adaptées à l'évolution des techniques. L'accroissement de la législation fédérale étend du même coup le contrôle incombant au Tribunal fédéral, chaque loi nouvelle étant une occasion supplémentaire de recours. D'un autre côté, le citoyen est moins disposé aujourd'hui qu'hier à accepter sans autre les décisions des autorités. S'ajoute à cela la situation conjoncturelle, qui provoque une augmentation sensible du nombre des recours, en particulier au TFA, en matière d'assurance-invalidité et d'assurance-chômage. Contribuent enfin à l'augmentation du volume de travail des tribunaux l'imprégnation accrue des rapports juridiques par le droit international ainsi que l'extension considérable des assurances de protection juridique.

2.2.2.2. Large accès au Tribunal fédéral

Il existe déjà une limitation de l'accès au Tribunal fédéral pour les contestations civiles portant sur des droits de nature pécuniaire. Celles de ces contestations qui n'atteignent pas la valeur litigieuse - inchangée depuis 1960 - de 8000 francs ne peuvent en principe être portées devant le Tribunal fédéral ni par la voie de l'action (art. 41, let. b, et 42 OJ), ni par celle du recours en réforme (art. 46 OJ). Toutefois, suivant le motif invoqué, le recours en nullité (art. 68 OJ) ou celui de droit public (art. 84 OJ) peut être ouvert pour de telles contestations.

Pour ce qui est du droit administratif fédéral, l'accès au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif est partiellement restreint par les catalogues d'exceptions des articles 99 à 102 et 129 OJ.

Lorsqu'aucune de ces restrictions n'entre en ligne de compte, la recevabilité d'un moyen de droit adressé au Tribunal fédéral est déterminée uniquement par les conditions légales ordinaires (en particulier: épuisement des instances, qualité pour agir, délai, règles de forme). Ne joue aucun rôle à cet égard le fait qu'une contestation revête une importance de principe (par ex. parce que le jugement déploierait indirectement des effets à l'égard d'un grand nombre de justiciables) ou qu'il s'agisse au contraire d'un cas de pure routine.

Quand bien même le recours de droit public ne permet en principe d'invoquer que la violation de droits constitutionnels, et non pas n'importe quel grief, il en est fait aujourd'hui un usage très fréquent également dans les domaines du droit matériel civil et pénal ainsi que du droit de procédure correspondant.

Nombreuses sont les tentatives de déférer en tout état de cause un litige au Tribunal fédéral en faisant valoir une appréciation arbitraire des preuves ou une violation du droit d'être entendu (art. 4 cst.). Preuve en est le fait que le nombre des recours de droit public traités par les deux cours civiles du Tribunal fédéral excède chaque année largement celui des recours en réforme. Au demeurant, le Tribunal fédéral a lui-même contribué, par sa jurisprudence, à l'augmentation des recours de droit public en élargissant la qualité pour agir par cette voie.

L'accès au TFA est encore facilité par deux dispositions spéciales: par l'art 132 OJ, qui confère au TFA un plein pouvoir d'examen pour les recours portant sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurances (examen d'office de toutes les questions de fait, de droit et d'opportunité); et par l'article 134 OJ, selon lequel l'exonération des frais de procédure est de règle pour ces mêmes recours. Les trois quarts environ de tous les recours adressés au TFA bénéficient de ces deux dispositions.

2.2.2.3. Le Tribunal fédéral comme juridiction unique

Même après la révision de l'OJ de 1991, le Tribunal fédéral statue encore dans de nombreux cas en tant que première instance *judiciaire*. De telles procédures lui occasionnent un travail plus important que celles où son rôle se limite au contrôle de la légalité d'un jugement. En tant que première instance judiciaire, le Tribunal fédéral connaît:

- a. des recours de droit public dans la mesure où le droit cantonal ne prévoit aucun recours à un tribunal (ce qui est encore très souvent le cas en matière de droit public et administratif cantonal);
- b. des recours de droit administratif contre des décisions d'autorités *administratives* de la Confédération (seule la moitié environ des décisions d'autorités fédérales susceptibles de recours au TF sont rendues par des commissions fédérales de recours);
- c. de recours en réforme et de recours en nullité civils et pénaux contre des décisions d'autorités administratives cantonales (une autorité judiciaire inférieure n'est pas exigée par les art. 48, 1^{er} al., et 68 OJ; pour le droit pénal, cf. art. 268, ch. 3, PPF, art. 345, ch. 1, CP);
- d. des recours à la Chambre des poursuites et des faillites (art. 78 ss OJ), en tant que les cantons n'ont pas désigné une autorité judiciaire comme autorité de surveillance;
- e. des procès directs des articles 41 et 42 OJ;
- f. des réclamations de droit public (art. 83 OJ) et des actions de droit administratif (art. 116 et 130 OJ);
- g. des différends administratifs en matière cantonale dont la connaissance lui a été attribuée en vertu de l'article 114^{bis}, 4^e alinéa, cst (art. 121 OJ);
- h. des affaires pénales qui relèvent de la juridiction fédérale (art. 340 et 341 CP) et qui n'ont pas fait l'objet d'une délégation de juridiction (art. 18 PPF), ainsi que des cas de droit pénal administratif prévus par l'article 21, 3^e alinéa, DPA;

- i. des recours à la Chambre d'accusation contre des actes administratifs relevant de l'instruction préparatoire et des mesures de contrainte prises ou confirmées par le procureur général, le juge d'instruction ou une autorité administrative de la Confédération (art. 102^{ter}, 105^{bis}, 2^e al., et 214 ss PPF, art. 26 et 27 DPA), ainsi que contre des décisions de suspension des recherches selon l'article 106, alinéa 1^{bis}, PPF;
- k. d'autres cas qui relèvent de la compétence de la Chambre d'accusation (par ex.: art. 51, 2^e al., 66 ss, 72, 110, 252, 3^e al., 264 PPF, art. 357 CP, art. 48 EIMP).

2.3. Complexité du système des voies de droit

L'organisation judiciaire fédérale (PPF, DPA et PA y compris) se caractérise par une multiplicité de moyens de droit, qu'il est parfois difficile de délimiter entre eux. Qui plus est, il arrive ici ou là que des régimes distincts coexistent dans le cadre d'une seule et même voie de droit, s'agissant notamment du pouvoir d'examen ou de l'épuisement des instances préalables. Il s'ensuit que tant le Tribunal fédéral que les parties à la procédure sont contraints de consacrer un temps excessif au traitement de questions formelles. La proportion des recours déclarés irrecevables par le Tribunal fédéral est d'ailleurs considérable: 25,4 pour cent en 1996 (soit 1424 cas); pour le recours de droit public, cette proportion est même de près du tiers. En revanche, le TFA - qui ne peut être saisi pratiquement que de recours de droit administratif - n'a prononcé cette même année que 13,5 pour cent de décisions d'irrecevabilité.

Le système actuel des voies de droit étant ce qu'il est, le justiciable doit souvent former, selon le grief invoqué, tel ou tel recours contre une même décision, voire en former deux. Il peut même advenir qu'un avocat consciencieux soit conduit à faire valoir deux fois pratiquement le même grief par deux moyens de droit distincts, et cela quand bien même seul l'un des deux peut être recevable. La conséquence en est que le recourant supportera nécessairement les frais de l'une des procédures, même s'il obtient gain de cause sur le fond.

Les principaux problèmes qui se posent sont les suivants:

délimitation entre le recours en réforme ou le pourvoi en nullité de l'article 268 PPF, d'un côté, et le recours de droit public, de l'autre;

délimitation entre le recours de droit public et celui de droit administratif (ce que l'interpénétration croissante du droit fédéral et cantonal ne facilite pas) et distinction d'avec le recours au Conseil fédéral.

2.4. Caractère obsolète des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral dispose de compétences résiduelles non négligeables en matière de juridiction administrative (art. 72 ss PA) et de quelques rares compétences en matière de juridiction de droit public (art. 73,

1^{er} al., let. a et b, PA, art. 81 LDP). Les décisions du Conseil fédéral sur des contestations de droit public au sens de l'article 73, 1^{er} alinéa, lettres a et b, PA peuvent être déférées à l'Assemblée fédérale (art. 79 PA). Plusieurs raisons font aujourd'hui apparaître les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral comme problématiques:

Elles compliquent le système de la juridiction de droit public de la Confédération. En effet, les domaines de compétences du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral sont séparés, en sorte que la voie de droit aboutit soit au Tribunal fédéral (ou à une instance inférieure dont la décision est définitive), soit au Conseil fédéral (ou à l'Assemblée fédérale). Or, la délimitation entre les domaines de compétences du Tribunal fédéral et du Conseil fédéral est réglée de façon pour le moins opaque (avec des exceptions et des exceptions aux exceptions). On chercherait en vain un concept cohérent qui serait à la base de la délimitation des attributions respectives de ces deux autorités, étant rappelé que celles du Conseil fédéral se déduisent du catalogue des exceptions au recours de droit administratif (art. 99 à 101 OJ), conformément au principe de la subsidiarité du recours au Conseil fédéral. Il n'est pas rare que ces problèmes de compétences doivent se régler par un échange de vues. Il advient aussi parfois que, pour un même litige (en particulier dans le cas de contestations de droit public relatives à la violation de droits constitutionnels), certains griefs soient de la compétence du Tribunal fédéral et d'autres du Conseil fédéral, ce problème ayant dû être réglé jusqu'ici par le biais de l'attraction de compétences. Par ailleurs, lorsque la réalisation d'un projet implique l'application de différentes normes du droit matériel, la scission des voies de droit peut faire obstacle au principe de la coordination formelle et matérielle dans l'application du droit (cf., par ex., ATF 118 Ib 399 s.).

Le Conseil fédéral est ainsi chargé de tâches non gouvernementales et perd de ce fait du temps et de l'énergie pour assumer ses propres fonctions. Or, la charge occasionnée par ses tâches juridictionnelles n'est pas négligeable: le Conseil fédéral doit statuer en moyenne sur 75 recours par année environ.

En sa qualité d'autorité politique, le Conseil fédéral peut avoir tendance à donner un plus grand poids à des considérations politiques qu'à des arguments juridiques dans le jugement d'un recours.

Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg relative aux "droits civils" au sens de l'article 6, par. 1, CEDH, cette disposition a une portée toujours plus grande dans le domaine de la juridiction administrative, et les garanties qui en découlent, notamment le droit à un tribunal, doivent être assurées. Or, le Conseil fédéral ne satisfait pas aux exigences de la CEDH pour ce qui est de la garantie d'un tribunal indépendant.

La plupart des compétences actuelles du Conseil fédéral en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont dépourvues de justification propre et ne peuvent s'expliquer aujourd'hui que par des raisons historiques. Il faut réserver les contestations qui soulèvent de pures questions politiques et qui ne se prêtent pas à un contrôle juridique (ainsi par ex. dans le domaine des affaires étrangères). Dans les autres domaines, en revanche, une appréciation juridique par un tribunal est parfaitement concevable. Dans les cas où le droit matériel confère une marge d'appréciation à

l'administration, le respect des limites posées par la loi à l'exercice du pouvoir d'appréciation peut et doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire. A l'intérieur de ces limites, le Tribunal fédéral ne censure pas l'appréciation de l'administration (art. 104 OJ).

2.5. Lacunes dans le contrôle des normes

L'article 113, 3^e alinéa, cst. limite le contrôle des normes en posant la règle que le Tribunal fédéral est lié par les lois et les arrêtés de portée générale votés par l'Assemblée fédérale ainsi que par les traités qu'elle a ratifiés.

L'Assemblée fédérale, en tant qu'organe institué par la constitution, est tenue de respecter celle-ci dans l'ensemble de son activité. S'avère-t-il toutefois, à l'occasion d'un cas d'application concret, qu'une loi votée par le Parlement n'est pas ou n'est plus conforme à la constitution, le Tribunal fédéral est alors impuissant à faire prévaloir la primauté du droit constitutionnel. Il en va de même en cas de ratification d'un traité qui contredit la constitution. En revanche, les lois cantonales ne bénéficient pas d'une telle impunité. Ces lacunes dans le contrôle des normes du droit fédéral affaiblissent l'autorité de la constitution. Pour faire valoir qu'une loi fédérale viole un droit fondamental, on ne peut invoquer aujourd'hui que la CEDH. Alors même que l'article 113, 3^e alinéa, cst. n'indique pas la marche à suivre lorsqu'une loi fédérale ou un arrêté de portée générale est contraire à un traité, la primauté est reconnue à la CEDH en vertu du droit international (ATF 117 Ib 370 ss).

3. Buts de la réforme

3.1. Assurer la protection juridique et l'application uniforme du droit fédéral et international

L'organisation judiciaire fédérale dans son ensemble et les systèmes judiciaires des cantons doivent conjointement offrir la garantie d'une protection juridique effective dans tous les domaines du droit. Les jugements pénaux ainsi que les décisions qui ne sont pas rendues par une autorité judiciaire doivent en principe pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal impartial et indépendant. Le système des recours doit être aussi simple et clair que possible et les procédures doivent pouvoir être achevées dans un délai raisonnable.

Les organes de la juridiction fédérale assument la protection juridique là où des actes législatifs sont appliqués par des autorités fédérales. Il leur incombe au surplus - et tout particulièrement au Tribunal fédéral - d'assurer l'application uniforme du droit fédéral et international par les autorités fédérales et cantonales.

3.2. Consolider l'aptitude du Tribunal fédéral à assumer son rôle de Cour suprême

En tant que juridiction suprême, le Tribunal fédéral est chargé de quelques tâches spécifiques qui n'incombent pas, ou seulement dans une moindre mesure, aux autres tribunaux. Ainsi en est-il de l'application uniforme du droit, du développement de la jurisprudence et de la garantie des droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'est pas en mesure d'assumer convenablement ces tâches si, comme aujourd'hui, il est surchargé (cf. ch. 2.2.1.).

Pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer son rôle de tribunal suprême, il convient de le décharger. Une cour suprême ne doit pas non plus être trop nombreuse: il en va de l'unité de sa jurisprudence. C'est pourquoi la commission d'experts rejette, à une majorité évidente, la solution d'une augmentation pour le long terme du nombre actuel des juges fédéraux, et se prononce pour des mesures propres à réduire le volume de travail du Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral doit être déchargé des contestations de particuliers qui sont sans rapport avec les tâches d'une juridiction suprême. Une autorité judiciaire inférieure est tout aussi apte à statuer sur de tels litiges. L'accès au Tribunal fédéral doit toutefois rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit. Un justiciable sera moins tenté de recourir contre un jugement d'un tribunal inférieur rendu en sa défaveur si ce jugement lui apparaît conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral; il n'en ira en revanche pas de même de celui qui croit déceler une contradiction avec la jurisprudence ou une lacune dans celle-ci.

C'est en étant à même de consacrer suffisamment de temps au développement et à la mise en oeuvre d'une pratique cohérente en matière d'application du droit fédéral et international que le Tribunal fédéral peut contribuer le mieux au renforcement tout à la fois de la sécurité du droit et de la protection juridique, ce qui profite finalement à l'ensemble des justiciables. La qualité de la protection juridique ne saurait de toute façon se mesurer au seul nombre des instances de recours. Une trop longue succession d'instances nuit au contraire à la protection juridique, du fait de la durée de la procédure et des frais élevés qui en découlent.

S'agissant de déterminer de quelle manière et dans quelle mesure un certain nombre de contestations pourraient être soustraites au contrôle du Tribunal fédéral, la majorité de la commission a retenu, après mûre réflexion, une solution de compromis: la procédure d'examen préalable (voir chiffre 5.3.3.).

4. Rapport avec le message relatif à une nouvelle constitution fédérale

4.1. La juridiction de la Confédération, objet de la réforme de la constitution

Le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, adopté par le Conseil fédéral le 20 novembre 1996 (FF 1997 I 1 ss), comprend trois volets, à savoir

le projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la constitution fédérale (projet A),

le projet d'arrêté fédéral relatif à la réforme des droits populaires (projet B) et

le projet d'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice (projet C).

Les commissions spéciales du Conseil national et du Conseil des Etats chargées de l'examen préalable ont commencé leurs travaux sur la réforme de la constitution à la fin janvier 1997. Elles devraient parvenir au terme de leurs délibérations cette année encore. Il est prévu que les conseils traiteront cet objet et en décideront en 1998. Puis le peuple et les cantons pourront se prononcer (référendum obligatoire).

Les projets relatifs à la réforme de la constitution abordent tous les trois la question de la *juridiction de la Confédération*. Alors que le projet A (art. 176 ss P-cst. 96) se limite à la mise à jour des normes actuellement en vigueur, c'est-à-dire des articles 106 à 114^{bis} cst, le projet B prévoit une extension ponctuelle de la juridiction constitutionnelle dans le domaine de l'initiative populaire (compétence du Tribunal fédéral de déclarer non valides des initiatives populaires fédérales, art. 177 a P-cst. 96). Enfin, au cœur de la question de la réforme de la juridiction de la Confédération, le projet C comprend les propositions du Conseil fédéral pour une nouvelle réglementation constitutionnelle de la justice.

La réforme de la justice selon le projet C se fonde sur les travaux préparatoires d'une commission instituée par le Département fédéral de justice et police et présidée par le professeur Walter Kälin, qui était composée principalement de membres de la commission d'experts pour la révision totale de l'organisation judiciaire (FF 1997 I 496). Comme cela ressort des explications données par le Conseil fédéral dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 502 ss), la réforme de la justice prévue par le projet C poursuit des buts qui sont tous en harmonie avec ceux de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (cf. ch. 3). La réforme de la justice a pour objectif essentiel de permettre au Tribunal fédéral d'assumer de nouveau d'une façon optimale ses tâches spécifiques en tant que Cour suprême. En outre, la protection juridique doit être garantie dans tous les domaines.

En conséquence, voici quels sont les points fondamentaux de la réforme de la justice:

renforcement du rôle du Tribunal fédéral en tant que cour suprême;

développement des autorités judiciaires inférieures: par la création d'un Tribunal pénal fédéral autonome de première instance, par l'institution

d'autres autorités judiciaires fédérales ainsi que par l'obligation générale faite aux cantons d'instituer des autorités judiciaires chargées de juger des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales;

création d'une base constitutionnelle pour restreindre l'accès au Tribunal fédéral (sans préjuger en détail des modalités) et, en compensation, inscription dans la constitution d'une garantie de l'accès au juge, laquelle ne doit cependant pas avoir une valeur absolue;

introduction de la juridiction constitutionnelle pour ce qui concerne les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale (sous la forme d'un contrôle concret des normes, de la compétence exclusive du Tribunal fédéral);

extension de la protection juridictionnelle dans le domaine des droits politiques de la Confédération;

mention explicite du principe de l'indépendance du juge et du principe de l'autonomie administrative;

unification des procédures civile et pénale.

Dans le cadre de la réforme de la justice, il est prévu de *biffer purement et simplement* les dispositions suivantes de la constitution en vigueur:

articles 106, 2e alinéa, et 112 cst (suppression des Assises fédérales);

articles 110, 1er alinéa, chiffres 2 et 4, ainsi que 111 cst (suppression de certains procès directs au Tribunal fédéral en matière civile);

article 114^{bis}, 4e alinéa, cst (suppression des procès directs au Tribunal fédéral relatifs à des différends découlant du droit administratif cantonal).

4.2. Les propositions faites dans le cadre de la réforme de la justice, base de travail pour le projet de la commission d'experts

Le projet de la commission d'experts est conforme aux propositions faites par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la constitution. Il existe entre ces deux projets de réforme un rapport de *complémentarité*: La nouvelle réglementation constitutionnelle de la justice doit être concrétisée au niveau de la loi; Telle est la fonction du présent projet de la commission d'experts. La révision de l'organisation judiciaire fédérale qu'il propose nécessite de nouvelles bases constitutionnelles; celles-ci sont mises à disposition par la réforme de la justice prévue dans le cadre de la réforme de la constitution.

Avec son projet, la commission d'experts part de l'idée que le projet d'arrêté C entrera en vigueur. En d'autres termes, son projet exploite certaines possibilités que le droit constitutionnel en vigueur ne connaît pas. Tel est le cas notamment de *l'extension de la juridiction constitutionnelle* (contrôle des normes édictées par le législateur fédéral, art. 89 P-LTF) et de *la limitation de l'accès au Tribunal fédéral* (art. 77 et art. 94 ss P-LTF), mais aussi, par exemple, de la suppression de certains procès civils directs prévus par les articles 110 et 111 cst. ou de l'abandon des Assises fédérales (art. 112 cst.). Si les nouvelles bases

constitutionnelles proposées dans le projet C ne devaient être acceptées ni dans le cadre de la réforme constitutionnelle en cours, ni sous la forme d'une révision partielle de la constitution en vigueur, le projet de loi proposé ici devrait être radicalement modifié (cf. ch. 7.2.).

5. Les principales réformes

5.1. Développement des autorités judiciaires inférieures

Le principe est que le Tribunal fédéral ne doit plus statuer en tant que première instance *judiciaire*, car l'établissement et même le contrôle complet de l'état de fait n'est pas son travail. Les exceptions doivent être circonscrites à quelques rares cas particuliers. Cette option suppose que l'on développe les autorités judiciaires inférieures existantes ou que l'on en crée de nouvelles.

5.1.1. Juridiction administrative fédérale

Le développement des autorités judiciaires précédentes doit valoir en premier lieu pour la juridiction administrative fédérale.

Actuellement, les départements, établissements autonomes et commissions non judiciaires de la Confédération rendent chaque année quelque 3000 décisions qui ne sont pas susceptibles de recours devant une commission fédérale de recours. Entre autres domaines importants où il n'existe pas de commission de recours, on trouve la police des étrangers, la circulation routière, les approbations de plans pour des projets d'infrastructure et une grande partie des subventions fédérales. Lorsqu'elles ne relèvent pas de l'une des exceptions des articles 99 à 102 ou 129 OJ, ces décisions sont attaquables directement devant le Tribunal fédéral (art. 98, let. a à d, f et h, OJ).

Pour l'avenir, il faut exclure que des décisions d'autorités administratives puissent être déferées au Tribunal fédéral sans passer préalablement devant une autorité judiciaire. Cela ne devrait toutefois pas conduire à un développement des quelque 27 commissions de recours instituées par la législation fédérale actuelle. Il convient en effet d'assurer une meilleure coordination de la jurisprudence administrative rendue par les autorités fédérales qui statuent avant le Tribunal fédéral. C'est pourquoi la commission d'experts propose l'institution d'un seul et unique Tribunal administratif fédéral (chiffre 5.7).

5.1.2. Juridiction pénale fédérale

L'un des principes fondamentaux de la révision totale de l'organisation judiciaire est que, en matière pénale également, la compétence de notre Cour suprême doit être circonscrite au contrôle de la légalité des jugements de tribunaux inférieurs et que le Tribunal fédéral doit donc être déchargé de toutes les

attributions qu'il exerce en tant que juridiction unique. Aujourd'hui, il n'existe pas d'autorité judiciaire fédérale précédant le Tribunal fédéral dans l'ordre des instances, de sorte que la juridiction pénale fédérale de première instance est exercée par le Tribunal fédéral lui-même.

Il est vrai que le nombre des affaires pénales dont s'occupe le Tribunal fédéral en tant qu'autorité de première instance est en soi très faible. Les Assises fédérales n'ont plus siégé depuis 1933 et la Cour pénale fédérale n'a jugé que six cas pendant ces douze dernières années. Cela s'explique notamment par la pratique très large de la délégation aux cantons d'affaires originaires de la compétence de la Cour pénale fédérale (art. 18 PPF). Cependant, les quelques affaires soumises à la Cour pénale fédérale lui occasionnent un travail disproportionné, car, d'une part, les juges fédéraux ne sont plus accoutumés par une pratique quotidienne à diriger des débats régis par le principe d'immédiateté et, d'autre part, ces procès focalisent souvent l'intérêt du public. Par ailleurs, le domaine de la juridiction pénale fédérale va vraisemblablement être étendu, notamment en matière de crime organisé et de criminalité économique.

Selon le projet 96 Réforme de la justice, les Assises fédérales doivent être supprimées. Il reste donc à décharger le Tribunal fédéral des attributions exercées par sa Cour pénale et à confier ces dernières, en même temps que celles qui relèvent des Assises, à un nouveau tribunal pénal autonome à créer. Comme le prévoit l'article 179, 1^{er} alinéa, 2^e phrase, du projet 96 Réforme de la justice, le Tribunal pénal fédéral pourra, à côté de ses attributions de première instance, assumer d'autres fonctions juridictionnelles, telles celles qu'exerce, en première instance ou sur recours, l'actuelle Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (chiffre 5.8.).

5.1.3. Tribunaux cantonaux

Si l'on entend consacrer de façon cohérente le principe qu'il appartient en premier lieu aux autorités judiciaires inférieures d'assurer la protection juridique du citoyen (cf. ch. 3.2. ci-dessus), il faut aménager partout l'accès à une telle autorité, y compris dans les cas qui relèvent de la compétence des cantons.

Pour ce qui est de la juridiction administrative liée à l'application du droit fédéral, un pas important dans ce sens a déjà été franchi avec l'introduction, en 1991, de l'article 98a OJ. En vertu de cette disposition, les cantons ont été tenus d'instituer, avant le 15 février 1997, une autorité de recours indépendante pour tous les cas pouvant être directement déférés au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Cette extension laisse toutefois subsister de trop grandes lacunes, où le Tribunal fédéral est encore appelé à statuer en première et unique instance judiciaire (cf. ch. 2.2.2.3).

Tel est le cas tout d'abord, et surtout, de tout le champ du droit public cantonal. L'afflux des recours de droit public — qui sont la cause principale de la surcharge du Tribunal fédéral — est dû en grande partie aux lacunes des juridictions cantonales en matière constitutionnelle et administrative. Il faut donc tendre à ce que chaque canton confie à une autorité judiciaire au moins le contrôle de l'application du droit administratif cantonal. Il n'est désormais plus possible de se borner à en appeler à la bonne volonté des cantons, comme

dans les messages de 1985 (FF 1985 II 820) et de 1991 (FF 1991 II 478). La commission d'experts est d'avis qu'il faut maintenant parvenir à ce que tous les cantons soient dotés d'une juridiction administrative disposant d'une compétence générale et d'un plein pouvoir d'examen (art. 78 ss, 103 et 104 P-LTF; voir aussi le projet 96 Réforme de la justice, art. 25a, 178a, 1^{er} al., et 179a). A titre exceptionnel, le législateur cantonal conservera la faculté de soustraire au contrôle juridictionnel cantonal certains actes à caractère politique prépondérant (par exemple: octroi de la grâce) ainsi que les affaires en matière de droits politiques (par exemple: déclaration d'invalidité d'une initiative populaire, refus de soumettre une dépense au référendum financier).

La situation actuelle est beaucoup plus satisfaisante en matière de droit civil et de droit pénal, car il n'y a guère de cas qui échappent à la compétence des juridictions cantonales. On en dénombre toutefois quelques-uns, pour lesquels il n'y a pas de raison non plus de laisser ouvert un accès immédiat au Tribunal fédéral. Il existe en effet plus d'un exemple de décisions qui sont prises par une autorité administrative cantonale, sans autre voie de droit que celles des recours en réforme ou en nullité (art. 48, 1^{er} al., et 68 OJ), du pourvoi en nullité (art. 268, ch. 3, PPF), ou du recours de droit public. En outre, même si l'autorité cantonale inférieure est judiciaire, il est souhaitable qu'une voie de recours existe devant un tribunal cantonal. Cela vaut notamment pour les mesures provisoires prises par le juge du divorce sur la base de l'article 145 CC. C'est pourquoi la commission d'experts a prévu le principe de la double instance judiciaire tant en matière civile que pénale (art. 71 et 74 P-LTF).

5.1.4. Limitation des procès directs

La constitution actuelle prévoit un certain nombre de cas de procès directs devant le Tribunal fédéral en matière civile (art. 110 et 111), pénale (art. 112) et de droit public (art. 113, 1^{er} al., ch. 1 et 2, et art. 114^{bis}, 4e al.). La commission d'experts entend limiter les procès directs pour l'essentiel aux différends entre la Confédération et les cantons ou entre cantons, qu'il s'agisse de conflits de compétence ou de contestations de droit civil ou de droit public (cf. art. 41, 1^{er} al., lit. a, art. 83 lit. a et b, art. 116 lit. a et b et art. 130 OJ). Vu les parties en cause ainsi que l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. La commission maintient en outre la voie de l'action pour les prétentions à des dommages-intérêts du chef de la responsabilité de magistrats (art. 116 lit. c OJ). Elle supprime en revanche tous les autres cas d'actions de droit civil (art. 41, 1^{er} al., lit. b et c; art. 42 OJ), de réclamations de droit public (art. 83 lit. c à e) et de différends administratifs en matière cantonale (art. 121 OJ) (voir aussi ch. 7.).

5.2. Le recours unifié

L'une des principales innovations du projet de la commission est le remplacement des multiples voies de recours actuelles par un recours unifié dans chaque domaine juridique: un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public.

5.2.1. Généralités

Le système actuel des voies de recours devant le Tribunal fédéral a été mis en place progressivement au fil des décennies, chaque moyen de droit s'ajoutant aux précédents. Cela a conduit à un système organisé non pas de manière uniforme mais selon une pluralité de facteurs. Un premier facteur est le domaine juridique touché: contestation civile (recours en réforme et recours en nullité, art. 43 ss et 68 ss OJ), jugement pénal (poursuite en nullité, art. 268 PPF). Un autre facteur est le droit appliqué dans l'acte attaqué: décision fondée sur le droit public fédéral (recours de droit administratif, art. 97 OJ), décisions en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 75 ss OJ). Un troisième facteur est l'autorité qui a rendu l'acte attaqué: autorité cantonale (recours de droit public, art. 84 ss OJ), autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 75 ss OJ). Une quatrième clef de répartition est le motif de recours: violation de droits constitutionnels (recours de droit public, art. 84 ss OJ), motifs légaux de nullité (recours en nullité, art. 68 ss OJ), violation du droit fédéral à l'exception des droits constitutionnels (recours en réforme, art. 43 ss OJ, poursuite en nullité, art. 268 ss PPF), violation du droit fédéral y compris les droits constitutionnels (recours de droit administratif, art. 97 ss OJ).

A la multiplicité des recours s'ajoute encore le fait que chaque voie de recours est soumise à des conditions de recevabilité propres. C'est ainsi que le caractère attaquant des décisions incidentes varie considérablement. Celles-ci sont en principe exclues du recours en nullité (art. 268 PPF) alors qu'elles sont attaquant sans réserve dans le recours de droit public pour autant que le grief invoqué ne soit pas fondé sur l'article 4 cst. (art. 87 OJ).

Un tel système de recours est trop complexe. D'abord, il est extrêmement difficile à maîtriser pour toute personne (avocat ou laïc) qui n'a pas l'occasion de rédiger fréquemment des recours au Tribunal fédéral. Ensuite, il oblige souvent à attaquer un même acte au travers de deux recours différents, soit parce que certains motifs de recours peuvent être invoqués seulement dans une voie de recours spécifique, soit parce que la voie de droit ouverte n'est pas évidente. Ce système alourdit aussi de manière considérable la tâche du Tribunal fédéral. Celui-ci doit tantôt traiter une même affaire au travers de deux recours, tantôt consacrer beaucoup de temps à déterminer la voie de recours ouverte. C'est ainsi que la ligne de partage entre le recours de droit administratif et le recours de droit public atteint des sommets de complexité sans que la justice en retire un gain quelconque.

La commission d'experts est d'avis que l'objectif de décharger le Tribunal fédéral implique une simplification importante des voies de recours. Il est inutile d'essayer de limiter le nombre d'affaires à trancher par les juges fédéraux si ceux-ci doivent se pencher au travers de plusieurs recours sur la même affaire ou consacrer beaucoup de temps pour déterminer la voie de recours dans laquelle les griefs seront examinés. C'est pourquoi le projet de la commission substitue à la pléiade actuelle de voies de recours un recours unifié dans chacun des trois grands domaines juridiques, à savoir le droit civil, le droit pénal et le droit public. Cette simplification des voies de recours contribue par

ailleurs à une protection efficace des justiciables, car elle réduit considérablement les risques d'irrecevabilité des actes de recours.

5.2.2. Les grandes lignes du recours unifié

Selon le concept du recours unifié, il ne doit exister qu'une seule voie de droit devant le Tribunal fédéral pour attaquer un acte d'une autorité inférieure, quels que soient les motifs de recours ou la nature de l'autorité. Ce concept a un double avantage. D'abord il facilite la tâche des recourants en leur permettant de soulever toutes leurs critiques dans un seul recours, réduisant ainsi les risques d'irrecevabilité et les frais superflus dus à la rédaction de plusieurs actes de recours par un avocat. Ce concept décharge aussi le Tribunal fédéral en lui épargnant la tâche peu fructueuse de délimiter les voies de droit lors de chaque recours.

Idéalement le concept du recours unifié devrait impliquer l'existence d'un recours unique et global valant pour tous les domaines juridiques. Une telle solution est toutefois apparue inopportune. Si bon nombre de règles de procédure peuvent valoir pour tous les recours, certaines sont néanmoins spécifiques à des domaines juridiques particuliers. Il en va ainsi notamment des règles sur la qualité pour recourir et des dispositions sur les instances précédentes. Plutôt que de créer une voie de recours unique assortie de nombreuses règles spéciales, la commission d'experts a prévu trois recours unifiés en fonction du domaine juridique de l'acte attaqué: un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public.

La réglementation des recours unifiés comporte deux types de règles. Il y a d'abord les règles spécifiques à chacun des recours unifiés. Il s'agit des dispositions relatives à l'objet du recours, au domaine juridique couvert, aux instances précédentes et à la qualité pour recourir. A ces règles spécifiques s'ajoute un tronc commun de règles de procédure qui valent pour les trois recours unifiés. L'objectif poursuivi par la commission d'experts a été de réduire autant que possible les divergences entre les trois recours unifiés. Cela a parfois obligé à affiner les règles prévalant actuellement dans certains recours afin de tenir compte des impératifs d'autres domaines juridiques. D'un autre côté, le souci d'atteindre ce tronc commun a incité à adopter sur certains points des solutions assez souples qui laissent suffisamment de marge de manoeuvre au Tribunal fédéral pour prendre en considération les spécificités des différents domaines juridiques. L'existence de conditions communes de recevabilité requerra sans doute une bonne coordination interne au Tribunal fédéral afin que les mêmes notions ne soient pas interprétées de manière contradictoire dans les trois recours. Elle permettra cependant de bénéficier globalement des développements jurisprudentiels et doctrinaux réalisés dans chacun des domaines couverts par les recours unifiés.

La ligne de démarcation entre les trois recours unifiés est en principe fonction du domaine juridique de l'acte attaqué, indépendamment de l'origine fédérale ou cantonale des normes appliquées ainsi que de leur rang constitutionnel ou législatif. Selon que la décision attaquée a été rendue en matière de droit civil, de droit pénal ou de droit public, elle fera l'objet du recours unifié y relatif. Afin

de réduire les conflits de délimitation, le projet rattache certaines décisions spécifiques fondées sur le droit public aux recours en matière civile ou pénale, car il s'agit de domaines très proches du droit civil (par ex. les conflits en changement de nom) ou du droit pénal (par ex. l'entraide judiciaire pénale). De même, les décisions qui reposent sur la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite sont attaquables au travers du recours en matière civile, car elles impliquent presque toujours des questions préalables relevant du droit civil. La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral dépend du droit régissant le fond de l'affaire; c'est ainsi que les griefs relatifs à la mise en oeuvre du droit de procédure (par exemple le grief de l'application arbitraire d'une règle de la procédure civile cantonale dans une affaire de bail à loyer) devront être soulevés au travers du recours ouvert contre la décision sur le fond (dans notre exemple le recours en matière civile).

Les recours dirigés directement contre des actes normatifs cantonaux ont été attribués au recours en matière de droit public, indépendamment du domaine juridique concerné par ces normes. Si la commission d'experts a songé à supprimer ce contrôle abstrait du droit cantonal, elle y a renoncé. Cette faculté, qui repose sur une fort longue tradition (inaugurée par l'arrêt *Gex* de 1876, ATF II p. 484), est une institution importante du fédéralisme suisse qui permet de sanctionner rapidement certaines violations claires du droit fédéral par les autorités législatives cantonales. Il faut d'ailleurs relever que la suppression du contrôle abstrait des actes normatifs cantonaux ne contribuerait guère à décharger le Tribunal fédéral.

Quelques domaines du droit public ont été soustraits au recours devant le Tribunal fédéral, à l'instar de ce qui existe actuellement pour le recours de droit administratif (cf. art. 99 ss OJ). En raison même du concept de recours unifié, ces cas d'exclusions concernent aussi bien le droit public fédéral que le droit public cantonal – ce qui est une innovation (art. 77 P-LTF). La réduction du champ du recours par rapport au recours de droit public actuel est néanmoins compensée par l'instrument de l'avis préjudiciel (cf. art. 107 s. P-LTF).

Toutes les voies de droit prévues par le droit fédéral ou cantonal doivent être épuisées avant de déposer un recours devant le Tribunal fédéral. Cette condition de subsidiarité ne connaît plus d'exception. Elle est encore renforcée par le fait que le projet fixe des exigences assez élevées aux instances précédentes, notamment cantonales (cf. ch. 5.1.). La subsidiarité du recours unifié implique par ailleurs que l'objet du litige (le "Streitgegenstand") est toujours circonscrit par la procédure devant les instances précédentes. C'est pourquoi les conclusions qui n'ont pas déjà été soumises à l'instance précédente et qui tendent à élargir l'objet du litige sont inadmissibles devant le Tribunal fédéral (art. 91 P-LTF).

La qualité pour recourir n'est pas la même dans les différents recours unifiés. Alors que les recours en matière civile et pénale se fondent sur l'exigence d'un intérêt juridiquement protégé (art. 72 et 75 P-LTF), le recours en matière de droit public reprend pour l'essentiel la réglementation du recours de droit administratif (art. 103 OJ). La qualité pour recourir y appartient à toute personne qui a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, sans qu'importe la nature juridique ou factuelle de cet intérêt (art. 81 ss P-LTF).

Dans la définition des décisions attaquables, la commission d'experts s'est efforcée d'aboutir à une systématique uniforme et cohérente pour tous les domaines juridiques. Le principe de base est que le Tribunal fédéral doit être appelé à statuer dans une même affaire une seule fois et à la fin de la procédure. L'objet ordinaire du recours est donc la décision finale, dont la spécificité est de mettre fin à l'instance devant l'autorité qui statue (art. 83 P-LTF). En ce qui concerne les décisions préjudicielles et incidentes qui ne portent pas sur une question de compétence, le projet de la commission ne permet un recours séparé que dans des cas limités (art. 85 et 86 P-LTF).

La caractéristique principale des voies de droit unifiées est l'identité des motifs de recours. Que les recourants invoquent la violation de droits constitutionnels, de la législation fédérale, de traités internationaux ou de concordats, cela n'a aucune influence sur la voie de recours ouverte (art. 88 P-LTF). Il sera ainsi possible pour le Tribunal fédéral de statuer sur tous les griefs des recourants en un seul jugement. Cela ne conduit pas en soi à un élargissement des possibilités de recours, car les différents motifs de recours prévus par le projet sont répartis aujourd'hui entre différentes voies de droit que l'on peut engager simultanément. A l'inverse, la constatation inexacte des faits par les instances précédentes ne constituera plus un motif de recours à moins que ce vice n'équivaille à une violation du droit (art. 90 et 100 P-LTF). La commission d'experts conçoit en effet le rôle du Tribunal fédéral comme une pure instance de révision du droit et non pas comme un juge du fait, contrairement à ce que prévoit actuellement la loi fédérale sur l'organisation judiciaire dans certains cas (cf. art. 67, 105, 1^{er} al., et 132 lit. b OJ). La seule extension des motifs de recours est liée au projet de réforme de la justice au niveau constitutionnel (cf. FF 1997 I 495 ss). Les particuliers pourront en effet se plaindre à l'occasion d'un recours contre une décision que la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale appliqué en l'espèce est contraire aux droits garantis par la constitution fédérale ou au droit international. De leur côté, les gouvernements cantonaux pourront faire valoir dans la même situation que les dispositions de la loi fédérale ou de l'arrêté fédéral de portée générale viole les compétences que la constitution fédérale réserve aux cantons (art. 88 P-LTF).

En principe, le Tribunal fédéral continuera à appliquer d'office le droit, sans être lié par les griefs soulevés par les recourants. La situation demeurera ainsi semblable à celle des voies de recours actuelles, à l'exception du recours de droit public qui est régi par le principe d'allégation. Néanmoins, à cause notamment de la multiplicité des dispositions du droit international qui peuvent être touchées par une décision, le projet habilite le Tribunal fédéral à limiter son examen aux griefs invoqués par les parties (art. 101 P-LTF).

Les recours unifiés ne sont pas de nature cassatoire. Le Tribunal fédéral n'est pas tenu de se borner à annuler la décision attaquée et, éventuellement, à renvoyer l'affaire à l'instance précédente. Il peut, dans une certaine mesure, statuer au fond lorsqu'il dispose de tous les éléments pertinents pour rendre une décision définitive (art. 102 P-LTF).

Comme il ressort de ce qui précède, l'intégration du recours de droit public dans les recours unifiés ne conduit pas à un élargissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'égard des décisions fondées sur le droit cantonal. Les motifs de recours demeurent en substance les mêmes (cf. art. 88

ss P-LTF). Le champ du recours unifié sera même en fait plus étroit, car certains domaines, aujourd'hui ouverts au recours de droit public, seront dorénavant exclus du recours en matière de droit public (cf. art. 77 P-LTF). Seule la qualité pour recourir sera quelque peu élargie dans le recours en matière de droit public, puisque l'exigence d'un intérêt juridique – qui constitue aujourd'hui l'une des caractéristiques du recours de droit public – sera abandonnée au profit de l'exigence d'un simple intérêt de fait (cf. art. 81 P-LTF). Quant au pouvoir de décision du Tribunal fédéral, il restera en fin de compte similaire à celui dont il dispose actuellement dans le recours de droit public (cf. commentaire relatif à l'art. 102 P-LTF).

L'institution du recours unifié ne suffira pas à décharger le Tribunal fédéral, ce qui est pourtant un objectif important de la révision. Elle risque même d'accroître les possibilités de recours dans certains domaines particuliers. C'est pourquoi la commission d'experts a établi une procédure d'examen préalable qui permet au Tribunal fédéral, dans quelque cas, de déclarer inadmissible un recours sans devoir fournir une motivation détaillée (chiffre 5.3.).

5.3. Limitation de l'accès au Tribunal fédéral

5.3.1. Nécessité

Le développement des autorités judiciaires inférieures et la simplification du système des voies de droit, ne peuvent suffire à la fois à atteindre les objectifs de la réforme mentionnés plus haut (ch. 3) et à contenir dans des limites raisonnables le volume des affaires du Tribunal fédéral. En plus des mesures indiquées, il convient donc d'introduire de nouvelles restrictions d'accès au Tribunal fédéral.

Ce n'est pas la première fois que l'on évoque l'éventualité des restrictions d'accès au Tribunal fédéral. Toutes les commissions chargées de préparer des révisions de l'organisation judiciaire et le Parlement lui-même lors de l'examen du projet de 1985 ont examiné la question, mais sans trouver de remède véritable. Il en est résulté la certitude que seule une réglementation judiciaire de l'accès serait à même de décharger de façon durable le Tribunal fédéral et d'assurer le maintien de sa capacité de fonctionnement. Aujourd'hui, la recherche d'une solution appropriée est facilitée par le fait que le projet 96 de révision de la constitution, Réforme de la justice, fournit une nouvelle base constitutionnelle pour des restrictions d'accès (art. 178a). On dispose donc d'une plus grande marge de manoeuvre que lors des projets de révision précédents fondés sur la constitution fédérale en vigueur.

Ce n'est pas parce que le peuple a rejeté en 1990 un projet de loi qui voulait introduire une limitation de l'accès au Tribunal fédéral (une augmentation notable des valeurs litigieuses en droit civil et une combinaison de procédure d'examen préalable et de procédure d'admission pour les recours de droit public, cf. art. 42 et 92 OJ, dans la version soumise au référendum le 23.6.1989, FF 1989 II 802) qu'il faut penser que des restrictions d'accès n'ont aucune chance d'être acceptées. Dans le projet de 1989, c'est principalement la façon de restreindre l'accès qui s'est heurtée à la critique. Le point le plus contesté était l'augmentation notable des valeurs litigieuses en droit civil,

laquelle aurait pratiquement exclu de la juridiction du Tribunal fédéral les contestations en matière de droit de bail ou de droit du travail. Des domaines juridiques qui revêtent une grande importance pour la plupart des citoyens auraient ainsi été écartés. Il est donc renoncé ici à une proposition allant dans ce sens. Il faut partir de l'idée que le citoyen ne s'opposera pas par principe à toute forme de restriction d'accès; cela d'autant moins qu'il n'aurait guère intérêt à pouvoir porter jusque devant le Tribunal fédéral des contestations de la plus minime importance, alors que la conséquence en serait que, pour des raisons de surcharge, il devrait attendre bien trop longtemps une décision ou n'aurait aucune garantie de voir son recours examiné avec tout le soin voulu. Mais, surtout, les conditions pour introduire des restrictions d'accès ne sont pas les mêmes dès lors que l'on comble les lacunes dans le système des autorités judiciaires précédentes (cf. ch. 5.1) et que l'on assure, avec la garantie de l'accès au juge (art. 25a, P-cst. 96 Réforme de la justice), l'accès à un tribunal indépendant dans tous les cas. Cela constitue, pour le justiciable, une compensation suffisante aux restrictions d'accès à l'autorité judiciaire suprême.

5.3.2. Restrictions d'accès

Aux yeux de la commission d'experts, quatre méthodes sont en principe concevables pour limiter l'accès au Tribunal fédéral:

5.3.2.1. Exclusion du recours combinée à une procédure d'avis préjudiciel

La méthode la plus radicale est l'exclusion totale du recours dans des matières spécifiques. L'accès au tribunal n'est pas simplement restreint, il est totalement exclu. Cela revient à réduire la compétence matérielle du tribunal.

Le droit en vigueur utilise cette méthode pour le recours de droit administratif (art. 99 à 101 et 129 OJ).

Dans l'optique d'une décharge du tribunal, cette méthode est sans aucun doute très efficace. Mais sous d'autres aspects, notamment celui de l'application uniforme du droit, elle va trop loin. Il convient donc de la compléter par une procédure d'avis préjudiciel.

La *procédure d'avis préjudiciel* permet à des instances judiciaires précédentes de faire trancher par la Cour suprême des questions de droit particulières qui se posent dans une cause pendante. La procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes (art. 177 Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle selon l'article 100 de la Loi fondamentale allemande en sont des exemples connus.

La procédure d'avis préjudiciel ne constitue pas en elle-même une restriction d'accès. Elle ne limite pas l'accès, mais l'ouvre bien plutôt pour certaines questions. Elle remplit en ce sens une fonction compensatoire dans les domaines où la loi exclut totalement le recours au tribunal.

5.3.2.2. Procédure d'examen préalable

Par "procédure d'examen préalable", la commission d'experts entend une procédure qui permet d'éliminer et de rayer directement du rôle les recours qui, pour des raisons déterminées, s'avèrent inadmissibles dans le cadre d'un examen préalable. Un exemple de telle procédure est donné par les articles 28 et 35, paragraphe 3, CEDH, dans la version du Protocole No 11 (FF 1995 I 1020).

Ce système laisse ouvert, dans un premier temps, l'accès au tribunal, mais les moyens de droit doivent passer l'obstacle de l'examen préalable. Le tribunal dispose ainsi d'un instrument lui permettant de „séparer le bon grain de l'ivraie“. Les recours inadmissibles peuvent être liquidés rapidement et sans grand travail. L'effet de décharge dépend de la définition des motifs d'inadmissibilité et de leur application dans la pratique.

5.3.2.3. Procédure d'admission ou d'autorisation

Lorsque l'accès à la juridiction suprême est réglé par une *procédure d'admission*, le tribunal n'examine que les causes qu'il considère comme importantes, selon sa libre appréciation ou selon des critères fixés par la loi.

On parle d'une *procédure d'autorisation* lorsque ce sont les instances inférieures qui se prononcent sur l'importance du cas et, partant, décident de l'ouverture du recours auprès de l'instance suprême.

Une comparaison des deux systèmes plaide en faveur de la procédure d'admission. La procédure d'autorisation offre certes l'avantage que la décision d'autorisation ne demande que très peu de travail dès lors que l'autorité compétente connaît déjà le dossier. Mais son inconvénient est que l'instance suprême est liée par l'autorisation donnée par l'autorité inférieure, même si elle juge l'affaire sans importance. Il est en outre discutable que l'instance qui a tranché se prononce également sur l'ouverture du recours. On pourrait certes corriger ce défaut en introduisant un recours contre la décision relative à l'autorisation, mais ce serait ajouter un moyen de droit supplémentaire.

Une comparaison internationale montre que les procédures d'admission et d'autorisation sont, sous diverses formes, assez répandues (par ex. en Allemagne, en Autriche, en Suède, aux Etats-Unis, au Canada).

La procédure d'admission mise à part, il n'existe guère d'autres instruments qui soient susceptibles de contenir efficacement l'afflux des recours à un tribunal suprême. Cela est surtout vrai si le système est conçu dans sa „forme pure“ et que la décision d'admission est laissée à la libre appréciation du tribunal. Pour la Suisse, l'introduction d'une telle procédure constituerait un véritable changement de système, tant il est vrai que, selon le droit en vigueur, notre tribunal suprême fonctionne dans une large mesure comme une juridiction de recours dans la succession ordinaire des instances.

5.3.2.4. Valeurs litigieuses

L'exigence d'une valeur litigieuse minimale est l'une des mesures procédurales classiques qui permet de restreindre l'accès à une instance suprême et d'éviter

à celle-ci d'être submergée d'affaires de minime importance. Elle offre l'avantage de fixer une limite claire, simple et objective pour les litiges dont l'objet est un droit de nature pécuniaire.

Le système de la valeur litigieuse vaut pour les contestations *civiles* portant sur un droit de nature pécuniaire. Le droit en vigueur prévoit une valeur litigieuse minimum pour le recours en réforme (8000 francs, art. 46 OJ) et pour certains procès directs de droit civil (8000 ou 20'000 francs, art. 41 et 42 OJ).

En matière de droit *public* (fédéral), la limite de la valeur litigieuse est inconnue. La commission d'experts a examiné de façon approfondie si elle pourrait y être introduite. A première vue, cette solution peut paraître séduisante pour les recours contre les décisions portant sur une prestation en argent, notamment en matière d'impôts, de subventions, de responsabilité de l'Etat, de droit des fonctionnaires, d'assurances sociales ou d'expropriation. Un examen concret a toutefois fait ressortir que l'introduction d'une valeur litigieuse se heurte à des problèmes délicats, même si elle est limitée à ce type de contestations. Il est en tout cas exclu de fixer un seuil uniforme, comme le montre l'exemple des litiges en matière d'assurances sociales ou d'expropriation: les premiers exigent une limite de valeur litigieuse beaucoup plus basse que les seconds. Il n'est même pas possible de fixer une limite uniforme pour un domaine entier, comme le droit fiscal. Il serait en outre souvent difficile de fixer une valeur limite dans un cas d'espèce. Lorsque la contestation porte par exemple sur la suppression d'une déduction fiscale, la valeur litigieuse correspond-elle seulement à la différence entre le montant imposé et la somme déclarée ou bien faut-il tenir compte du fait que la déduction a un effet préjudiciel pour les années suivantes? En réalité, toutes ces objections d'ordre pratique découlent de raisons plus fondamentales, inhérentes à la nature propre des rapports de droit public. En droit public, il ne s'agit pas seulement de faire valoir des droits subjectifs, mais aussi de défendre l'intérêt public à une juste application du droit objectif, pour assurer le principe de la légalité. Les intérêts en présence de l'Etat d'une part et du citoyen d'autre part étant de nature essentiellement différente, l'argent, exprimé en termes de valeur litigieuse, ne peut servir de commune mesure entre eux. D'ailleurs l'Etat, détenteur de la puissance publique, n'est pas non plus perçu comme une partie quelconque par le particulier. Ce dernier attachera souvent à la défense de ses droits une importance sans proportion avec les intérêts patrimoniaux en cause.

Quant au *droit pénal*, il se prête encore plus mal à la détermination de valeurs litigieuses. Les intérêts en cause ne peuvent en général pas s'exprimer en argent. Dans le cas de l'Etat qui veut défendre son droit de sanctionner, on ne peut prétendre qu'il mène la procédure pour des raisons financières. Même pour l'accusé, ce n'est pas, dans la plupart des cas, la valeur pécuniaire d'une amende qui est l'aspect le plus important, mais la question de la culpabilité.

Comme moyen de restreindre l'accès au tribunal, la limite de la valeur litigieuse n'est donc appropriée que pour les contestations civiles pécuniaires et, éventuellement, pour certains domaines du droit public proches du droit civil. L'efficacité du système dépend du seuil fixé pour la valeur litigieuse.

5.3.3. Proposition de la commission d'experts

5.3.3.1. Procédure générale d'examen préalable

Après de longues discussions et un examen approfondi de toutes les solutions possibles, la majorité de la commission d'experts s'est prononcée pour un système de procédure d'examen préalable.

La procédure d'examen préalable doit par principe s'appliquer à tous les recours (*champ d'application général*). En sont exceptés les recours contre des décisions rendues en première instance par le Tribunal administratif fédéral ou le futur Tribunal pénal fédéral.

La commission d'experts propose que la procédure d'examen préalable soit *organisée* de la manière suivante: trois juges de la cour compétente déterminent, pour chaque recours introduit, s'il ne doit pas être déclaré inadmissible pour l'un des motifs énumérés de façon exhaustive dans la loi. Si l'un de ces motifs est réalisé, le recours peut être déclaré inadmissible. La décision est prise à la majorité des voix, l'unanimité n'étant pas requise. Le recours peut être déclaré inadmissible en tout ou en partie. La déclaration d'inadmissibilité indique simplement qu'il existe un motif d'inadmissibilité, sans que cela permette de conclure que le Tribunal fédéral considère la décision attaquée comme correcte. S'il n'existe pas de motif d'inadmissibilité, le recours est traité selon la procédure ordinaire et par la cour dans sa composition normale.

L'expression „*motifs d'inadmissibilité*“ est un terme générique couvrant aussi bien la forme que le fond. Selon la proposition de la commission d'experts, un recours peut être déclaré inadmissible dans les cas suivants:

- lorsque les conditions de recevabilité ne sont manifestement pas remplies;
- lorsque le recours est introduit de manière procédurière ou abusive;
- lorsque les griefs invoqués ne sont pas suffisamment motivés;
- lorsque la violation du droit invoquée est sans pertinence quant au sort de la cause;
- lorsque le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves.

(Pour plus de détails concernant les motifs d'inadmissibilité, voir le commentaire de l'art. 95 P-LTF)

Une restriction s'applique aux recours contre des décisions des autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite. Ces recours sont également soumis à la procédure d'examen préalable, mais les motifs d'inadmissibilité ne s'appliquent *pas tous* en l'occurrence. Ne constitue pas un cas d'inadmissibilité le motif que le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves. Ce critère ne convient pas dans un domaine où c'est la fonction de surveillance qui est primordiale. Dans ces causes qui relèvent uniquement du droit des poursuites (soit dans les cas de recours selon les art. 78 ss. OJ), la procédure de recours sert en premier lieu au bon fonctionnement de la procédure d'exécution et moins à la protection juridique de l'individu.

L'autorité d'exécution doit être rapidement informée par le Tribunal fédéral de la façon correcte d'agir dans l'étape de procédure où la cause se trouve. Le „système de rescription“ actuellement en vigueur a donné satisfaction et il n'y a pas lieu d'y renoncer sans raison impérative, d'autant que le nombre de recours dans ce domaine n'est pas très important (en 1996: 306; en 1995: 282).

Avec la procédure d'examen préalable, le Tribunal fédéral dispose d'un instrument qui lui permet de liquider, *rapidement* et sans autre mesure d'instruction ni échange d'écritures, les recours inadmissibles. En règle générale, les trois juges décident de l'inadmissibilité par voie de circulation; une éventuelle audience en délibération n'est pas publique. Il n'y a pas de débats. Le filtre de l'examen préalable peut donc agir rapidement et efficacement. Et il en résulte un gain de temps pour le Tribunal fédéral pour le traitement des recours admissibles. La liquidation rapide des recours inadmissibles dissuadera également de former des recours purement dilatoires, lesquels sont assez nombreux notamment en droit des constructions.

Il se peut que la déclaration d'inadmissibilité n'intervienne pas lors de la procédure d'examen préalable, mais seulement à un stade *ultérieur*, notamment après l'échange d'écritures, parce qu'il apparaît alors seulement qu'il existe un motif d'inadmissibilité. Cela donne une certaine souplesse au système.

En fait, la procédure d'examen préalable est en quelque sorte un développement de la procédure simplifiée de l'article 36a de l'OJ en vigueur, mais avec des différences notables:

Les arrêts sur recours rendus en procédure simplifiée exigent au moins une motivation sommaire (art. 36a, 3e al., OJ), ce qui demande quand même un certain temps - ainsi qu'on le voit dans la pratique. Dans la procédure d'examen préalable en revanche, la motivation de la décision d'inadmissibilité peut se limiter à l'indication du motif d'inadmissibilité. Il s'agit là d'une importante simplification.

La liste des motifs d'inadmissibilité est plus large que celle des critères de l'article 36a OJ. On ne trouve pas dans cet article l'équivalent de la possibilité de déclarer un recours inadmissible parce qu'il invoque une violation du droit qui est sans pertinence quant au sort de la cause ou parce que le recours ne soulève aucune question juridique de principe et que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves. Ces deux motifs offrent précisément un potentiel important de décharge pour le tribunal. Avec ce catalogue de motifs d'inadmissibilité, on peut donc escompter un *effet de filtrage considérable*, car il permettra de liquider définitivement, en procédure d'examen préalable, une partie non négligeable des recours.

5.3.3.2. Variante écartée: procédure générale d'admission

Un effet de décharge comparable à celui produit par la procédure d'examen préalable pourrait être obtenu avec une procédure d'admission pour laquelle les motifs d'admission *correspondraient* aux motifs d'inadmissibilité de la procédure d'examen préalable, mais seraient énoncés, en quelque sorte de façon inversée, dans la forme affirmative.

C'est dans l'optique que réside la différence fondamentale entre une telle procédure d'admission et celle d'examen préalable proposée: dans la procédure d'admission, le Tribunal fédéral déclare quels cas il entend traiter, alors que dans la procédure d'examen préalable, il indique ceux qu'il ne veut *pas* examiner. Selon le premier système, le principe est qu'il n'y a pas accès au tribunal sauf si celui-ci accepte le recours; selon le second système, l'accès est en principe ouvert, sauf si le Tribunal fédéral déclare le recours inadmissible. La responsabilité de spécifier les causes est répartie différemment: Dans la procédure d'admission, il incombe au *justiciable* de démontrer que sa cause est suffisamment importante pour être traitée par le Tribunal fédéral, qu'il existe donc un motif d'admission. S'il n'y parvient pas, le Tribunal fédéral n'examine pas sa cause. A l'inverse, dans la procédure d'examen préalable, c'est en premier lieu au *Tribunal fédéral* qu'il incombe d'établir que tel ou tel motif d'inadmissibilité est réalisé. C'est précisément cet aspect qui a incité une majorité de la commission d'experts à donner la préférence au système de l'examen préalable.

Il ne fait pas de doute que, pour décharger le tribunal, l'instrument le plus efficace serait une procédure d'admission qui laisserait la décision d'admission à la *libre appréciation* du Tribunal fédéral ou, du moins, qui prévoirait des motifs d'admission très *restrictifs*. Un système de ce type est appliqué dans plusieurs pays; ainsi notamment par la Cour suprême américaine. La commission d'experts a renoncé à émettre une proposition allant dans ce sens, parce qu'une telle procédure d'admission ne serait pas couverte par la base constitutionnelle proposée dans le projet de réforme de la justice, à savoir les restrictions d'accès prévues à l'article 178a.

5.3.3.3. Liste d'exceptions pour les recours en matière de droit public, combinée avec une procédure d'avis préjudiciel

La proposition de la Commission d'experts comprend en outre un catalogue de contestations pour lesquelles le recours au Tribunal fédéral est exclu *a priori*, qui ne sont donc même pas soumises à la procédure de l'examen préalable. Ce catalogue d'exceptions n'existe que pour le recours en matière de droit public. Il concerne d'une part de domaines qui, en raison de leur caractère politique prépondérant, relèvent de la compétence du Conseil fédéral, et d'autre part de domaines qui - en raison du nombre extrêmement élevé de recours, de la technicité de la matière ou de la prépondérance des questions d'appréciation - doivent être tranchés définitivement par le Tribunal administratif fédéral ou par la dernière instance cantonale (cf. pour plus de détail le commentaire de l'art. 77 P-LTF).

L'accès au Tribunal fédéral n'est en réalité pas totalement fermé. Pour garantir le contrôle des normes de lois fédérales et d'arrêts fédéraux de portée générale, ainsi que pour garantir l'application uniforme du droit fédéral et du droit international, une *procédure d'avis préjudiciel* est prévue. Une telle procédure est expressément réservée dans le projet de constitution 96 Réforme de la justice pour les domaines pour lesquels la loi exclut l'accès au Tribunal fédéral (art. 178a, 3e al.).

Selon la proposition de la commission d'experts (art. 107 ss P-LTF), les instances judiciaires qui tranchent définitivement (à savoir le Tribunal

administratif fédéral et les tribunaux administratifs cantonaux, mais pas les tribunaux militaires) doivent suspendre la procédure et demander l'avis du Tribunal fédéral lorsqu'elles estiment qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale dont la validité est contestée dans le cas d'espèce viole des droits garantis par la constitution fédérale ou le droit international.

Dans ces cas, l'avis préjudiciel doit *obligatoirement* être demandé. Si tel n'était pas le cas, le contrôle des normes sur les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale ne pourrait s'effectuer dans les domaines où le recours au Tribunal fédéral est exclu, puisque ce pouvoir de contrôler les normes est concentré dans les mains du Tribunal fédéral (cf. art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Le Tribunal administratif fédéral et les instances cantonales supérieures doivent simplement être *autorisés* à demander un avis préjudiciel dans les causes qu'ils ont à trancher définitivement lorsqu'ils ont un doute sérieux quant à l'interprétation du droit fédéral ou du droit international. En leur donnant une simple autorisation, on veut que seules les questions d'interprétation fondamentales soient soumises au Tribunal fédéral. Une disposition plus souple en la matière pourrait entraîner une trop lourde charge pour le Tribunal fédéral et reviendrait à „mettre sous tutelle“ les instances inférieures. Lorsque le Tribunal administratif fédéral tranche définitivement, l'application uniforme du droit est de toute façon garantie.

En tant que telle, la procédure d'avis préjudiciel ne suppose pas nécessairement que le tribunal qui demande l'avis se situe au terme de la succession des instances et que son jugement ne soit donc susceptible d'aucun recours (devant un juge national). Néanmoins, il n'y a, dans la juridiction fédérale, aucune nécessité d'une procédure d'avis préjudiciel aussi longtemps que les questions de droit qui se posent peuvent être soulevées dans le cadre d'une procédure de recours. Dans l'esprit de la commission d'experts, la procédure d'avis préjudiciel constitue donc uniquement un correctif à l'exclusion totale du recours.

5.3.3.4. Abandon de la valeur litigieuse

La commission d'experts a soumis cet instrument de sélection à un nouvel examen afin de déterminer si et selon quelles modalités il pouvait être intégré de façon cohérente dans l'ensemble du projet. Ce réexamen s'impose dès lors que, d'une part, une procédure d'examen préalable est introduite pour tous les domaines du droit et que, d'autre part, on réorganise les voies de droit en introduisant le recours unifié. Ces deux nouveautés exigent des réglementations aussi harmonisées que possible pour les différentes voies de droit, du moins pour leurs éléments comparables. Il ne faut en outre pas perdre de vue qu'avec le recours unifié, la limite de la valeur litigieuse restreint du même coup l'accès pour les griefs de violation de droits constitutionnels. Si l'on ne veut pas limiter dans une mesure inacceptable l'accès au juge constitutionnel, seule une valeur litigieuse relativement basse peut être envisagée. Mais alors cette limite complique la réglementation de la procédure plus qu'elle ne décharge le Tribunal fédéral, d'autant qu'elle ne peut être introduite pour toutes les contestations et pas de manière uniforme.

C'est pourquoi la commission d'experts est parvenue à la conclusion que la limite de la valeur litigieuse *ne convient plus* comme restriction d'accès dans le système proposé d'une procédure générale d'examen préalable, qu'en fait elle est *superflue*. En revanche, elle joue un certain rôle comme critère légal servant à concrétiser la notion de graves conséquences pour une partie; mais elle revêt alors une toute autre fonction que celle dévolue à une restriction d'accès (cf. à cet égard le commentaire de l'art. 95, 2e al., let. b, ch. 2 P-LTF).

En renonçant à une valeur litigieuse minimale, on élimine du même coup l'inconvénient qui veut que certaines contestations qui atteignent rarement, voire jamais, la valeur litigieuse requise soient exclues de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de sorte que ni l'unité ni le développement du droit ne peut être garantis dans les domaines en question (par ex. droit de bail et droit du travail).

5.4. Développement de la juridiction constitutionnelle

Le développement de la juridiction constitutionnelle dans le domaine du contrôle des normes constitue l'une des principales innovations de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale. Il s'agit d'habiliter le Tribunal fédéral à contrôler, sous certaines conditions, les *lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale* sous l'angle de leur conformité avec le droit de rang supérieur et, le cas échéant, à en *interdire l'application*.

5.4.1. Le système du contrôle des normes dans le droit en vigueur

Par *contrôle des normes*, on entend l'examen des normes sous l'angle de leur compatibilité avec le droit de rang supérieur. Lorsque la constitution constitue l'aune du contrôle et que celui-ci est effectué par un tribunal, le contrôle des normes représente l'une des formes de la juridiction constitutionnelle. Les normes peuvent être contrôlées d'une manière *abstraite* ou *concrète*. En cas de contrôle abstrait des normes, c'est la norme elle-même qui constitue l'objet du recours et qui est examinée, indépendamment d'un cas d'application, quant à sa conformité au droit de rang supérieur. En cas de contrôle concret des normes, l'objet du recours est un acte d'application (décision, décision sur recours) et la conformité au droit de rang supérieur de la norme sur laquelle se fonde l'acte d'application est examinée à titre préjudiciel.

Pour ce qui est des *actes normatifs cantonaux*, il existe dans le droit actuel un système bien établi de contrôle des normes: il incombe en principe à *toutes* les autorités qui appliquent le droit dans un cas d'espèce d'examiner leur conformité au droit de rang supérieur (ce qu'on appelle le système diffus). Au surplus, tout acte normatif cantonal peut faire directement l'objet d'un recours de droit public. Dans ce cas, le Tribunal fédéral peut effectuer également un contrôle abstrait portant sur le respect des droits constitutionnels comme sur la conformité aux concordats et aux traités internationaux. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il existe cependant certaines restrictions lorsqu'il s'agit d'une constitution cantonale (cf. en dernier lieu ATF 121 I 146 s.).

Selon le droit actuel, même les *actes normatifs fédéraux* sont en principe soumis au contrôle des normes. Cependant, la juridiction constitutionnelle connaît ici une double limitation:

Les actes normatifs fédéraux ne peuvent être soumis qu'à un contrôle *concret*. Leur contrôle abstrait n'est pas admis.

L'article 113, 3e alinéa, ainsi que l'article 114^{bis}, 3e alinéa, cst, font obligation au Tribunal fédéral (et, au-delà du libellé de ces dispositions, également à toute autre autorité chargée d'appliquer le droit) d'appliquer *les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et les traités internationaux*, lui interdisant ainsi d'en refuser l'application au nom de la constitution fédérale.

5.4.2. Institution du contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale

En conformité avec la réforme de la justice proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision totale de la constitution, le projet de la commission d'experts prévoit de conférer au Tribunal fédéral la compétence de contrôler, sous certaines conditions, la conformité de lois fédérales et d'arrêtés fédéraux de portée générale au le droit de rang supérieur (art. 89 P-LTF).

Selon le projet (et en application de l'art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice), ce contrôle des normes est limité à plusieurs égards:

La norme ne peut être examinée que dans un *cas d'application* (limitation au contrôle concret des normes). L'effet d'un jugement qui conclut à l'inconstitutionnalité d'une disposition légale est que, dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral n'applique pas la loi ou l'article en question (cf. art. 178, 3e al., P-cst. 96, Réforme de la justice). Formellement, la disposition critiquée reste cependant en vigueur.

Les *droits constitutionnels* des citoyens ou le *droit international public* ainsi que - sur la base d'un tel grief articulé par un canton - la *répartition constitutionnelle des compétences* sont les seuls *critères d'examen*. Un contrôle ne peut pas être demandé pour d'autres motifs.

Seul le *Tribunal fédéral* est compétent pour le contrôle des normes (système concentré).

5.4.3. Motifs en faveur d'une extension du contrôle des normes

Les *motifs* plaidant en faveur de l'extension proposée de la juridiction constitutionnelle sont exposés en détail dans le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 513 ss, 540 ss). Il s'agit pour l'essentiel des aspects suivants (cf. également le rapport intermédiaire de la commission d'experts de mars 1995, ch. 4.7.):

La juridiction constitutionnelle est l'un des principes incontournables d'un Etat de droit démocratique et s'est aujourd'hui pleinement imposée dans la plupart des Etats régis par la constitution.

L'introduction de la juridiction constitutionnelle au niveau fédéral se justifie par *l'importance de la législation fédérale*, laquelle s'est fortement accrue depuis 1874, en sorte qu'elle est aujourd'hui susceptible de toucher la plupart des domaines de liberté.

Aujourd'hui, il n'y a pas lieu de craindre, de nos jours, que le Tribunal fédéral s'arroge un rôle qui ne lui appartient pas. Au contraire, les expériences faites avec le contrôle des lois cantonales par le Tribunal fédéral, tel qu'il existe depuis toujours dans le cadre du recours de droit public, démontrent que la juridiction constitutionnelle peut apporter une contribution essentielle au développement des libertés individuelles, sans que la démocratie soit menacée par des juges trop puissants.

La jurisprudence du Tribunal fédéral présente *aujourd'hui déjà* certains *éléments* de juridiction constitutionnelle à l'égard du législateur fédéral. Le Tribunal fédéral considère que les articles 113, 3^e alinéa, et 114^{bis}, 3^e alinéa, cst. ne comportent qu'une obligation d'appliquer les lois, mais pas une interdiction de les contrôler (cf. ATF 117 Ib 373; 118 Ia 353). Le principe de l'article 113, 3^e alinéa, cst. est en outre relativisé par l'interprétation conforme à la constitution, par la reconnaissance de lacunes dans les lois ou par le contrôle d'actes législatifs cantonaux qui contiennent des normes analogues à celles d'une loi fédérale.

L'absence d'un contrôle *national* de la constitutionnalité des lois fédérales est devenue problématique depuis *l'entrée en vigueur de la CEDH*. S'agissant des droits fondamentaux, la CEDH concorde dans une large mesure avec la constitution fédérale. Les instances de Strasbourg ne sont pas liées par l'obligation d'appliquer les lois fédérales. Elles peuvent examiner la conformité de celles-ci avec la CEDH. Peut dès lors survenir la situation paradoxale où les instances de Strasbourg disposent d'un plus large pouvoir que le Tribunal fédéral. Afin de remédier à cette situation juridique insatisfaisante, le Tribunal fédéral a abandonné la réserve qu'il observait précédemment et il est en principe disposé, maintenant, à examiner les lois fédérales sous l'angle de leur conformité avec la CEDH et par là, indirectement, avec la constitution (ainsi pour la première fois dans ATF 117 Ib 371 ss.; dans ATF 122 III 416, la question de la primauté de la CEDH par rapport à une disposition du CC édictée en 1988 a été laissée ouverte).

Enfin, le développement de la juridiction constitutionnelle s'impose aussi pour des raisons touchant au *fédéralisme*. L'obligation d'appliquer les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale fait que la Confédération et les cantons ne disposent pas des mêmes armes. Alors que la Confédération peut sanctionner les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral, les cantons ne peuvent par contre pas se plaindre auprès du Tribunal fédéral d'une inobservation par le législateur fédéral de la répartition constitutionnelle des compétences.

5.4.4. Organisation du futur contrôle des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale: système concentré

Selon le système prévu dans la réforme de la justice et qui a été repris, au niveau de la loi, dans le projet de la commission d'experts, le *Tribunal fédéral est seul habilité* à contrôler les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale (art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice; art. 89 P-LTF). Les raisons d'opter pour un système *concentré* sont exposées dans le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 520 s.).

La commission d'experts a examiné la possibilité de confier cette nouvelle tâche à une nouvelle cour constitutionnelle placée au-dessus du Tribunal fédéral et séparée de lui, mais elle a rejeté cette idée (cf. Rapport intermédiaire, ch. 4.7.6.); le Conseil fédéral en a fait de même dans le cadre de la réforme de la constitution (cf. FF 1997 I 520). Un tel modèle rendrait les procédures plus compliquées et plus longues et entraînerait une certaine "dépréciation" du Tribunal fédéral. L'article 19 P-LTF tient compte de l'importance et de la portée particulières d'un contrôle judiciaire des actes normatifs arrêtés par le législateur fédéral, en ce qu'il prévoit que le Tribunal fédéral siège dans la composition de *onze membres* sous la présidence du président du Tribunal fédéral (cour élargie, issue de la réunion de deux sections).

Dans le cadre de la réforme de la justice, on a volontairement renoncé à proposer l'introduction du contrôle abstrait des normes à l'égard des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale. Est seul admis le *contrôle concret des normes* dans un cas d'application. Dans une démocratie référendaire, cette forme de juridiction constitutionnelle est plus compatible avec les droits populaires que l'examen abstrait d'une norme, indépendamment de l'application de la loi dans un cas d'espèce. Dans le projet de la commission d'experts, cette limitation découle tant de l'article 76 que de l'article 89 P-LTF. Elle s'applique également (comme cela est déjà prévu à l'art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice) à l'examen, demandé par un canton, de la compatibilité d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale avec la répartition constitutionnelle des compétences (art. 89, 2^e al., P-LTF).

Avec le système concentré de contrôle des normes, l'une des fonctions essentielles de la procédure d'avis préjudiciel des articles 107 ss P-LTF ressort clairement. Cette procédure doit permettre de procéder à un *contrôle des normes* - qui est de la compétence exclusive du Tribunal fédéral pour ce qui concerne les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale - également dans les domaines qui, en vertu de la loi, sont du ressort exclusif d'autres tribunaux statuant en dernière instance (cf. art. 178a, 3^e al., P-cst. 96, Réforme de la justice). En l'absence d'une procédure d'avis préjudiciel, la conformité à la constitution ou au droit international public des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale relatifs à ces domaines du droit ne pourrait jamais être examinée.

5.4.5. Pas d'autres innovations dans le domaine du contrôle des normes

Pour le reste, le système actuel de contrôle des normes a donné satisfaction; c'est pourquoi il est prévu - en accord avec les propositions du Conseil fédéral pour le niveau de la constitution (cf. FF 1997 I 519 ss) - de le conserver à l'avenir également. Il est proposé de maintenir:

la possibilité d'un *contrôle abstrait* de tous les *arrêtés cantonaux* et des *concordats* par le Tribunal fédéral (cf. ch. 5.2.2.). Les cantons continuent à être libres de prévoir de leur côté des procédures de contrôle abstrait de leurs propres actes normatifs. Comme jusqu'ici, il appartient à l'Assemblée fédérale de procéder au contrôle abstrait des constitutions cantonales (procédure de garantie de la constitution selon l'art. 6 et l'art. 85, ch. 7, cst.).

la possibilité d'un *contrôle préjudiciel* de tous les *actes normatifs cantonaux* ainsi que des *concordats*. La commission d'experts est d'avis que le Tribunal fédéral a aujourd'hui la compétence générale - en faisant abstraction des limitations qu'il s'impose aujourd'hui (cf. ATF 121 I 146 s.) - de soumettre les dispositions du *droit constitutionnel cantonal* à un contrôle *concret* des normes. La mise en oeuvre d'un tel contrôle ne nécessite pas une modification législative; il suffit d'une modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. Rapport intermédiaire, ch. 4.7.2.).

la possibilité de procéder à un *contrôle préjudiciel* des *ordonnances de la Confédération*, en principe par toutes les autorités chargées d'appliquer le droit, avec les réserves qui s'imposent pour les organes administratifs inférieurs.

le refus d'un contrôle abstrait des normes pour ce qui concerne les *ordonnances fédérales*, la séparation des pouvoirs étant suffisamment garantie par un contrôle concret.

le *système diffus* de contrôle des normes, à l'exception du contrôle des lois fédérales et des arrêtés fédéraux; en principe, toutes les autorités chargées d'appliquer le droit doivent, comme jusqu'ici, procéder à un contrôle préjudiciel des normes quant à leur compatibilité avec le droit de rang supérieur.

l'obligation d'appliquer les *traités internationaux*, même s'ils ne sont pas conformes à la constitution (cf. art. 113, 3^e al. cst.; art. 178, 4^e al., P-cst. 96, Réforme de la justice; FF 1997 I 543; en outre, Rapport intermédiaire, ch. 4.7.5.). Une autre question est de savoir dans quelle mesure les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale l'emportent sur le droit international public avec lequel ils sont en conflit. Le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la primauté de principe du droit international public sur le droit interne (ATF 122 II 239; JAAC 1989 n° 54. *Exceptionnellement* cependant, le Tribunal fédéral renonce à s'opposer à l'application de la loi fédérale contraire au droit international (cf. ATF 99 Ib 39 ss, *Schubert*). Dans le cadre de la réforme de la justice également, il est prévu que le Tribunal fédéral a la possibilité de renoncer, dans des cas exceptionnels (rares), à appliquer le principe de la primauté du droit international public (cf. art. 178, 3^e al., P-cst. 96, Réforme de la justice).

5.5. Protection juridique en matière d'élections, votations et initiatives populaires fédérales

Selon le droit actuel, le Tribunal fédéral examine si les droits politiques des citoyens ont été respectés lors d'élections ou de votations *cantoniales* dans le cadre du *recours pour violation des droits politiques* de l'article 85, lettre a, OJ. Les élections et les votations dans les communes sont également considérées comme cantonales (ATF 119 Ia 169, consid. 1a). En revanche, le recours de l'article 85, lettre a, OJ n'est pas ouvert pour ce qui est des droits politiques au niveau fédéral; pour les votations et élections *fédérales*, seules entrent en ligne de compte les voies de recours spéciales des articles 77 ss LDP. Le Tribunal fédéral ne détient ici que des compétences marginales (recours de droit administratif dans les cas de l'art. 80 LDP). Le Conseil fédéral ou le Conseil national tranchent en dernière instance les recours contre les décisions des gouvernements cantonaux à raison d'irrégularités dans la préparation et l'exécution des votations fédérales ou des élections au Conseil national (art. 81 et 82 LDP). Aucun recours n'existe contre la décision de l'Assemblée fédérale d'invalider une initiative populaire.

De l'avis de la commission d'experts, il se justifie d'accorder aux droits politiques autant que possible la même *protection judiciaire* en matière fédérale qu'en matière cantonale. Pour cela, il faut introduire le recours pour violation des droits politiques *également au niveau fédéral*. Le Conseil fédéral et le Conseil national doivent être déchargés de leurs tâches juridictionnelles en matière de votations et d'élections. Les décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux en matière de droits politiques fédéraux pourront donc être déférées au Tribunal fédéral (art. 80, 1^{er} al., lit. b P-LTF).

La commission a examiné en outre la possibilité de prévoir un recours au Tribunal fédéral contre la déclaration de nullité d'une initiative populaire prononcée par l'Assemblée fédérale (à l'instar du recours pour violation du droit de vote ouvert contre la déclaration de nullité d'une initiative cantonale par un parlement cantonal). Les objectifs assignés à la révision totale de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire n'impliquent toutefois pas nécessairement une telle extension de la protection juridique. C'est avant tout dans le cadre de la réforme des droits populaires au niveau de la Constitution fédérale que cette question devra être examinée (cf. art. 177a projet 96 Réforme des droits populaires, FF 1997 I 490 ss).

5.6. Intégration du Tribunal fédéral des assurances dans le Tribunal fédéral

5.6.1. Statut du Tribunal fédéral des assurances selon le droit en vigueur

De lege lata, le Tribunal fédéral des assurances constitue la *cour des assurances sociales du Tribunal fédéral, organisée de manière autonome* (art.

122 OJ). Il a son siège à Lucerne (art. 124 OJ). Selon l'article 125 OJ, il s'organise en appliquant par analogie les dispositions de l'OJ qui valent pour le Tribunal fédéral. En exécution de cette prescription, le TFA a édicté son propre règlement (RS 173.111.2). Il est placé sous la haute surveillance de l'Assemblée fédérale, à laquelle il remet chaque année un rapport sur sa gestion.

L'élection des membres et du président du TFA est régie par les mêmes dispositions que celles valant pour le Tribunal fédéral (art. 123, 2^e al., OJ). L'élection des juges a lieu séparément pour les deux tribunaux; pour passer de la section des assurances sociales à une autre section du Tribunal fédéral, une nouvelle élection est nécessaire.

La réglementation arrêtée lors de la révision de l'OJ de 1968 repose sur un compromis. Elle tient compte d'une part de considérations relatives à l'organisation et à la procédure, qui incitaient à réunir le TFA et le Tribunal fédéral, et d'autre part de considérations d'ordre politique, touchant notamment au fédéralisme, qui plaidaient en faveur du maintien du siège à Lucerne (cf. BO N 1967 p. 272 ss). L'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral a, dans une large mesure, un caractère formel. En réalité, nous avons avec le TFA et le Tribunal fédéral deux tribunaux autonomes de même rang, pour lesquels cependant les mêmes règles de procédure sont en principe applicables et dont les activités sont dans une certaine mesure coordonnées.

5.6.2. Proposition de la commission d'experts

La commission d'experts a soumis le statut du TFA à un nouvel examen et propose sur ce point d'innover en *intégrant complètement* le TFA dans le Tribunal fédéral à Lausanne.

Pour discuter de ce point, la commission d'experts avait notamment à sa disposition un rapport du TFA du 4 mars 1997, lequel procède à une étude très fouillée du contexte historique, du statut actuel du TFA ainsi que des avantages et inconvénients de nouvelles solutions.

Dans ce rapport, le TFA se prononce à l'unanimité *contre* le maintien du *statu quo*. A son avis, les défauts qui découlent de l'actuelle réglementation de compromis doivent être éliminés lors de la révision de l'OJ. Cela concerne notamment l'absence de "libre passage" des membres et des collaborateurs de la cour des assurances sociales. La commission d'experts partage cet avis. Le système en vigueur demande beaucoup de temps pour la coordination. Le fait que le TFA a un siège propre rend plus difficiles les contacts avec les cours de droit public du Tribunal fédéral; cela met en péril l'unité de la jurisprudence administrative de dernière instance. En outre, un TFA avec un siège propre entraînerait à l'avenir de grosses difficultés en relation avec le contrôle des normes de droit fédéral, pour lequel est prévue une composition spéciale de la cour, à savoir la réunion de la section saisie de la cause (qui peut donc aussi être la section des assurances sociales) avec une section de droit public, le président du Tribunal fédéral assumant la présidence (cf. art. 19 P-LTF). D'ailleurs, le fait qu'il existe en réalité *deux* tribunaux suprêmes ne correspond guère à la conception du projet de constitution, qui désigne le Tribunal fédéral comme l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 176, 1^{er} al., P-cst.

96 et projet 96, Réforme de la justice). C'est pourquoi il convient d'abandonner le système actuel.

En principe, deux solutions peuvent être envisagées pour une réforme.

Intégration totale: Le TFA est totalement intégré dans le Tribunal fédéral. Le siège de Lucerne est supprimé. La juridiction suprême en matière d'assurances sociales est assumée par les cours de droit public du Tribunal fédéral, dont le nombre doit être augmenté en conséquence.

Intégration partielle: Le TFA continue d'exister en tant que section des assurances sociales du Tribunal fédéral et garde son siège à Lucerne, mais n'a plus sa propre structure de direction ni son propre budget. Il n'y a plus que la présidence du Tribunal fédéral. Les membres de la section des assurances sociales peuvent passer dans d'autres sections et vice-versa sans nouvelle élection.

La commission d'experts est *opposée à l'intégration partielle*. Celle-ci perpétue les difficultés exposées ci-dessus, dues à l'existence de deux sièges différents. En outre, elle crée de nouveaux problèmes. Le TFA perdant son autonomie organisationnelle, il faut s'attendre d'une façon générale à ce que les juges doivent voyager fréquemment pour participer aux séances plénières, à la Conférence des présidents de section, aux séances de la Commission administrative, etc.. Diriger la section des assurances sociales depuis Lausanne ne serait sans doute pas une chose aisée. Inversement, des difficultés particulières apparaîtraient si la présidence du Tribunal fédéral revenait à un membre de la section des assurances sociales à Lucerne. Le transfert d'un juge dans une autre section pourrait certes se faire sans nouvelle élection, mais cela entraînerait des difficultés non négligeables (changement de domicile).

Par contre, *l'intégration totale* présenterait des avantages prépondérants. En premier lieu, elle tient compte du fait que le droit des assurances sociales n'est pas une branche séparée du reste du droit, mais qu'il fait partie intégrante de l'ordre juridique; il occupe une place importante dans le droit administratif. Les principes généraux du droit administratif s'appliquent également aux assurances sociales. C'est pourquoi l'unité de la jurisprudence dans les questions communes et un développement prétorien concerté du droit administratif sont importants; en cas d'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral, ces objectifs pourront être nettement mieux atteints. Il existe également des rapports étroits avec le droit privé, notamment avec le droit des personnes, de la famille, du travail et des sociétés. Il arrive assez souvent que le TFA doive se prononcer à titre préjudiciel sur des questions de droit privé. L'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral peut faciliter l'examen de telles questions.

Du point de vue du droit procédural également, la réunion des deux tribunaux apparaît comme la meilleure solution. En ce qui concerne la juridiction administrative, ce sont aujourd'hui déjà, dans une large mesure, les mêmes règles de procédure qui sont valables pour le TFA et pour les cours de droit public. Les réglementations spéciales - peu nombreuses - concernant par exemple le pouvoir d'appréciation et les frais (art. 132 et 134 OJ), sont supprimées par la révision prévue de l'OJ. Pour ce qui est de la procédure, le droit des assurances sociales et le reste du droit administratif sont unifiés.

En outre, il n'y a plus de problèmes de délimitation des compétences entre le Tribunal fédéral et le TFA, ce qui contribue à accélérer la procédure. Un autre avantage de la solution de l'intégration réside dans le fait que les membres de la section des assurances sociales peuvent aussi changer de section sans nouvelle élection.

La réunion des deux tribunaux devrait entraîner une économie de coûts, d'infrastructures notamment (réunion des bibliothèques et des services de documentation, concentration du TED à un seul endroit, intégration de la chancellerie). On peut admettre que, globalement, il y aura besoin de moins de personnel auxiliaire; grâce à un champ d'activité plus vaste, le personnel actuel pourra être employé d'une manière plus efficace. En outre, il en résultera un gain de temps pour les juges. En renonçant à une organisation autonome, on décharge les membres de la section des assurances sociales d'une partie de leurs tâches administratives, ce qui est tout bénéfique pour la jurisprudence. Et surtout, l'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral donnera à celui-ci davantage de poids et de prestige, en tant que tribunal suprême unique, compétent pour l'ensemble des domaines du droit.

L'inconvénient de l'intégration totale proposée, c'est le fait que Lucerne perd le TFA. En outre, le transfert du siège entraîne des frais, qui devraient cependant être plus que compensés par les effets de synergie qui peuvent être réalisés. Pour Lucerne, on pourrait compenser cette perte en y installant le Tribunal administratif fédéral (cf. ch. 5.7.1. in fine).

5.7. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale

Trois innovations principales sont apportées à la juridiction administrative fédérale. Premièrement, la juridiction administrative fédérale inférieure est développée et réorganisée (cf. ch. 5.7.1.). Cela conduit à une restructuration des voies de recours (cf. ch. 5.7.2.). Troisièmement, les attributions exercées par les autorités politiques comme dernière instance de recours sont transférées encore plus systématiquement au Tribunal fédéral; les recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale sont supprimés dans une large mesure (cf. ch. 5.7.3.).

5.7.1. Nouvelle organisation de la juridiction administrative fédérale précédant le Tribunal fédéral

Comme exposé au chiffre 5.1.1., il faut combler les lacunes existant dans la juridiction administrative fédérale inférieure. L'importance et l'étendue de ce domaine de la justice continue à s'accroître, ce qui légitime la question d'une réorganisation. La commission d'experts a demandé au professeur Rainer J. Schweizer, de Saint-Gall, un avis de droit sur cette question.

Aujourd'hui, la juridiction administrative fédérale inférieure au Tribunal fédéral est exercée par plus de 27 commissions de recours et d'arbitrage (sans compter les 26 commissions de recours régionales pour le contingentement

laitier et les commissions d'estimation) qui, en tant que juridictions administratives spécialisées, sont compétentes dans des domaines d'importance variable. Certaines d'entre elles, comme la commission de recours en matière d'asile et la commission de recours du DFEP, sont composées de juges professionnels (et de membres à temps partiel), alors que la plupart comprennent uniquement des membres à temps partiel.

De cette structure très éclatée résultent un manque de clarté et une insécurité du droit importants quant aux compétences. Parfois, les règles de procédure applicables diffèrent, ce qui accroît encore l'insécurité. D'autres inconvénients viennent s'ajouter à cela: plus le domaine d'attributions d'une commission de recours est spécial, plus les fluctuations de la charge de travail peut entraîner des problèmes d'organisation. En outre, les plus petites des commissions en tout cas sont confrontées à des difficultés pratiques. Elles manquent de routine et parfois de professionnalisme pour bien maîtriser le processus de décision et la liquidation des affaires. Elles ne sont souvent pas en mesure de mettre en place et de maintenir l'organisation nécessaire à une administration optimale de la justice, tant sur le plan du personnel que sur le plan professionnel et technique. Enfin, ce système fortement décentralisé met en péril la cohérence de la justice administrative fédérale. En raison de ces inconvénients, la commission d'experts est *opposée* au maintien de la structure existante. A l'avenir, les inconvénients de celle-ci augmenteraient encore si, pour maîtriser les nouvelles tâches à venir, de nouvelles commissions de recours devaient être instituées.

Pour une *nouvelle organisation*, la commission d'experts a envisagé deux variantes:

création d'un *Tribunal administratif fédéral centralisé* (en maintenant, le cas échéant, certaines commissions de recours)

création d'un *petit nombre de tribunaux administratifs fédéraux autonomes* ayant une compétence matérielle limitée et différents sièges régionaux (par ex. Tribunal administratif fédéral pour le droit d'asile et les droit des étrangers, Tribunal administratif fédéral pour le droit économique, Tribunal administratif fédéral pour le droit des redevances, Tribunal administratif fédéral pour les assurances sociales et Tribunal administratif fédéral pour les domaines restants).

Le système *centralisé* présente essentiellement des *avantages*. La coordination de la jurisprudence peut être mieux assurée. Il n'y a plus de problèmes de délimitation des compétences. En outre, la charge de travail peut être mieux répartie et, partant, la capacité de travail des juges et du personnel peut être utilisée d'une façon optimale (obligation d'aider temporairement d'autres sections). Il est possible de mettre en place une organisation plus professionnelle, qui facilite le travail des juges et donne à ce tribunal une autorité accrue. Des effets de synergie résulteront de la fusion des commissions de recours existantes. En outre, il devrait y avoir moins de problèmes de recrutement, parce qu'avec un Tribunal administratif fédéral centralisé, les juges peuvent changer de section et ne doivent donc plus se limiter à un domaine spécial restreint.

Une partie au moins de ces avantages *tomberaient* s'il y avait un *petit nombre de tribunaux décentralisés*. L'unité de la jurisprudence dans des questions

communes aux différents domaines du droit administratif fédéral ne serait pas assurée. Il faudrait s'attendre à ce que ces tribunaux aient un volume de travail très inégal, qu'il ne sera pas possible de mieux répartir. Un autre inconvénient important dans le cas d'un système décentralisé, c'est avant tout le problème de la délimitation des compétences. Une rotation des juges n'est pas possible. Les économies qui pourraient être réalisées grâce à une organisation centralisée commune tombent. Le seul avantage de la solution décentralisée serait que l'on pourrait prendre en compte plusieurs régions; il ne suffit cependant pas à compenser les inconvénients.

C'est pourquoi la commission d'experts propose - en conformité avec l'avis de droit donné en octobre 1996 par le professeur Rainer J. Schweizer - d'instituer un *Tribunal administratif fédéral centralisé*, à compétence en principe générale. Il est notamment prévu que même la commission de recours en matière d'asile soit intégrée au Tribunal administratif fédéral. Cela a pour avantage de permettre aux juges en matière d'asile de passer dans d'autres sections, ce qui facilitera l'engagement de personnalités qualifiées. Outre le Tribunal administratif fédéral centralisé, seule sera maintenue l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, parce que devant cette autorité des règles de procédure spéciales sont applicables et continueront de l'être. La procédure devant cette autorité n'a pas seulement pour but de protéger les droits des particuliers, mais représente aussi un instrument de surveillance de l'Etat. Il s'agit d'une véritable surveillance des programmes. En conséquence, le droit de plainte est conçu d'une manière large (action populaire; cf. art. 63 loi fédérale du 21. 6. 1991 sur la radio et la télévision, LRTV, RS 784.40). L'examen porte sur le respect des dispositions relatives aux programmes; la procédure est en principe gratuite (art. 62, 2^e al., 65, 1^{er} al., et 66 LRTV).

Selon la conception de la commission d'experts, le Tribunal administratif fédéral se subdivise en plusieurs *sections* comptant chacune sept juges. Pour des raisons de souplesse, le domaine de compétence des sections n'est pas fixé dans la loi, mais dans le règlement. Sur la base de la statistique des affaires liquidées par les commissions de recours (1996: 8'528 cas liquidés) et des services de recours des départements (1996: 2'892 cas liquidés), il faut prévoir onze sections.

Sur la base de onze sections à sept juges, les *besoins en personnel* du Tribunal administratif fédéral s'élèvent à 77 juges à plein temps. Ce nombre paraît tout à fait raisonnable, surtout si l'on considère que la commission de recours en matière d'asile - qui, aujourd'hui déjà, compte à elle seule 27 membres à plein temps - sera elle aussi absorbée par le Tribunal administratif fédéral. Aujourd'hui, il y a au total 44 juges à plein temps et 301 juges à temps partiel ainsi que 25 membres suppléants qui travaillent dans les commissions de recours et d'arbitrage. Il faut en outre tenir compte de plus de 30 postes de juriste que comptent les services des recours des départements. Sur la base de l'expérience acquise dans d'autres tribunaux, il faut compter deux collaborateurs juridiques et ½ employé administratif par juge; il faut donc ajouter quelque 190 auxiliaires (154 juristes et 36 employés de chancellerie). Ces chiffres sont basés notamment sur des enquêtes du professeur J. Schweizer, présentées dans l'additif de février 1997 à son avis de droit d'octobre 1996.

Il est proposé d'instituer des *juges à plein temps* et d'abandonner le système des juges à temps partiel. Les juges professionnels garantissent la qualité, la constance et la routine dans la liquidation des affaires. En raison de leur expérience de tous les jours, ils maîtrisent aisément le déroulement de la procédure. En revanche, pour des raisons professionnelles ou par manque de temps, les juges qui ne travaillent pas à plein temps ne sont souvent pas assez disponibles, ce qui nuit à un traitement expéditif des affaires. En outre, des problèmes peuvent surgir en rapport avec une répartition la plus "abstraite" possible des affaires (qui décide, et selon quels critères, quel juge à temps partiel fonctionne pour quel cas?). Dans la mesure où, dans un cas d'espèce, il faut avoir des connaissances spéciales que les juges professionnels n'ont pas, on peut faire appel à des experts.

La commission d'experts est d'avis que *l'élection* des juges doit relever de la compétence de l'Assemblée fédérale. De même, celle-ci doit exercer la *haute surveillance* sur le Tribunal administratif fédéral. Ce sont avant tout des raisons touchant à l'indépendance des juges qui plaident en faveur de cette solution; on évite ainsi toute apparence d'un Tribunal administratif fédéral qui serait en réalité une branche détachée de l'administration fédérale, contrôlée par le Conseil fédéral. L'élection par l'Assemblée fédérale rend les postes de juge attrayants pour des personnalités compétentes et confère au Tribunal administratif fédéral un haut degré de légitimité. Il est très important que le Tribunal administratif fédéral jouisse d'une grande considération, faute de quoi il n'allégera guère la tâche du Tribunal fédéral. C'est à la seule condition que le justiciable fasse confiance au Tribunal administratif fédéral qu'il respectera les jugements de celui-ci et qu'il ne recourra pas systématiquement au Tribunal fédéral.

La commission d'experts propose de choisir Lucerne comme *siège* du Tribunal administratif fédéral. D'une part, on offre ainsi à cette région une compensation appréciable pour la perte du Tribunal fédéral des assurances. D'autre part, Lucerne apparaît comme un lieu approprié en raison de sa situation centrale. Par ailleurs, la distance qui sépare cette ville de Berne marque bien l'indépendance du tribunal par rapport à l'administration fédérale.

Le 18 avril 1997, les présidents à plein temps des commissions fédérales de recours et d'arbitrage ont été informés par le président de la commission d'experts de la proposition d'instituer un Tribunal administratif fédéral centralisé; ils ont été invités à prendre position. Il est apparu à cette occasion que les motifs incitant à créer un Tribunal administratif fédéral étaient convaincants.

5.7.2. Modèle pour les voies de recours

5.7.2.1. Décisions d'autorités fédérales

La généralisation du contrôle des décisions d'autorités fédérales par une unique autorité judiciaire précédant le Tribunal fédéral soulève la question de l'organisation future des voies de droit dans ce domaine.

Pour les décisions d'autorités administratives de la Confédération, le système *actuel* prévoit comme règle une double instance de recours. Pendant

longtemps, on a appliqué le principe selon lequel un recours devait tout d'abord être examiné par l'administration elle-même et qu'ensuite un contrôle judiciaire par le Tribunal fédéral ou un recours au Conseil fédéral étaient possibles. Les organes de recours internes à l'administration jouissent d'un libre pouvoir d'examen s'étendant au contrôle de l'opportunité, tandis que le contrôle du Tribunal fédéral se limite à l'état de fait et au droit. Avec le développement des commissions fédérales de recours lors de la révision de l'OJ de 1991, on a renoncé dans une large mesure à la succession de contrôles par l'administration puis par le juge au profit d'une double instance *judiciaire*. Les services de recours des départements ont été remplacés par les commissions de recours, dotées d'un pouvoir de contrôle comparable. C'est à juste titre que l'on a vu là une amélioration de la protection juridique (cf. FF 1991 II 476).

De l'avis de la commission d'experts, il faut poursuivre de manière conséquente dans cette voie. Cela veut dire que le Tribunal administratif fédéral *remplace* les organes de recours de l'administration et ne vient pas simplement s'y ajouter en tant qu'instance de recours supplémentaire. Prendre une autre décision reviendrait à allonger inutilement la succession des instances. Les services de recours des départements devraient être maintenus, avec les conséquences financières que cela implique, ce qui n'est pas souhaitable. Les départements devraient pouvoir accepter l'abandon du recours interne à l'administration, puisqu'ils peuvent tout aussi bien influencer sur le pouvoir discrétionnaire des offices en tant qu'autorités de surveillance habilitées à donner des instructions. Une enquête auprès des services de recours des départements a d'ailleurs montré que la majorité d'entre eux sont favorables à l'abandon du recours interne à l'administration.

Le *modèle* suivant est dès lors proposé *pour les voies de recours*: les décisions des autorités administratives fédérales peuvent *directement* faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral. La voie du recours devant l'administration est supprimée. Lorsqu'une loi fédérale prévoit qu'une décision peut faire l'objet d'une opposition, le recours au Tribunal administratif fédéral n'est cependant recevable que contre la décision sur opposition. Les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent en principe faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, si elles ne sont pas visées par le catalogue des exceptions (cf. art. 77 P-LTF). Si tel est le cas, le Tribunal administratif fédéral tranche en dernière instance.

Quelles conséquences faut-il tirer de la suppression du recours auprès de l'administration en ce qui concerne *l'étendue du pouvoir de contrôle du Tribunal administratif fédéral* ? La majorité de la commission d'experts est favorable à ce que le Tribunal administratif fédéral jouisse d'un plein pouvoir de contrôle, s'étendant donc notamment *aussi à l'opportunité*. L'opportunité d'une décision doit pouvoir être contrôlée au moins une fois, faute de quoi la protection juridique serait amoindrie. Cette conception prime les considérations dogmatiques selon lesquelles les tribunaux devraient, de par leur rôle, se borner à contrôler les limites légales de l'exercice du pouvoir d'appréciation (excès, usage insuffisant ou abus du pouvoir d'appréciation). Si le grief d'inopportunité devait être exclu, le risque serait grand d'une interprétation trop extensive de la notion d'arbitraire, en vue de parvenir tout de même, par ce biais, à un contrôle de l'opportunité.

5.7.2.2. Décisions de dernière instance cantonale

La commission d'experts s'est demandée si - dans certains cas tout au moins - les décisions de dernière instance cantonale ne devraient pas pouvoir être déférées au Tribunal administratif fédéral. A cette question, elle a répondu par la *négative*, ceci pour les raisons suivantes: le contrôle en dernière instance des décisions judiciaires cantonales et, notamment, la garantie d'une application uniforme du droit fédéral par les cantons doivent demeurer dans la compétence du *Tribunal fédéral*. En tant que juridiction fédérale suprême, c'est lui qui apparaît comme étant le mieux à même de le faire. C'est pourquoi il n'est pas question que le Tribunal administratif fédéral connaisse définitivement des décisions cantonales de dernière instance. Reste la possibilité de placer le Tribunal administratif fédéral comme instance précédant le Tribunal fédéral. Cependant, non seulement le recours préalable au Tribunal administratif fédéral allongerait inopportunément la succession des instances, mais encore il ne contribuerait guère, dans ce domaine, à la décharge du Tribunal fédéral. En effet, les cantons doivent - à quelques rares exceptions près - instituer partout des autorités judiciaires en dernière instance. On satisfait ainsi au principe de l'instance judiciaire précédente; l'effet de filtrage peut jouer.

Il est vrai qu'avec cette solution il faut accepter que, dans tous les cas où le recours au Tribunal fédéral est exclu, les cantons statuent à titre définitif, même lorsqu'ils appliquent du droit fédéral. Selon le catalogue d'exceptions proposé, cette situation ne se produit toutefois que dans un petit nombre de cas (cf. art. 77 P-LTF).

5.7.3. Abandon, dans une large mesure, du recours au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale

Les attributions du Conseil fédéral (et de l'Assemblée fédérale) en matière de juridiction de droit public et de droit administratif sont, à plusieurs égards (cf. ch. 2.4.), problématiques et doivent donc être supprimées dans une large mesure. La voie du recours au Conseil fédéral ne saurait toutefois être abolie sans autres mesures. Les attributions que le Conseil fédéral exerce aujourd'hui en tant qu'autorité de recours doivent être transférées aux organes qui assument ordinairement la juridiction fédérale de droit public et de droit administratif, c'est-à-dire en premier lieu au Tribunal fédéral et, dans les cas relevant du catalogue d'exceptions, au Tribunal administratif fédéral.

Doivent *demeurer* dans la compétence du Conseil fédéral les recours contre des décisions en matière de sécurité intérieure et extérieure de la Suisse, de neutralité, de protection diplomatique et d'autres affaires étrangères. S'agissant de cas où l'aspect politique est prépondérant, c'est le Conseil fédéral qui est le mieux à même de se prononcer sur ces questions. La compétence du Tribunal fédéral doit cependant être réservée, dans la mesure où le droit international public, notamment l'article 6, paragraphe 1, CEDH, assure la garantie de l'accès à un juge. En outre, le traitement des recours à l'autorité de surveillance et des recours pour exécution défectueuse des arrêts du Tribunal fédéral doivent également demeurer dans la compétence du Conseil fédéral.

appartient de définir les compétences du nouveau tribunal, notamment en délimitant le champ de la juridiction de la Confédération.

Le modèle conçu par la commission d'experts définit un champ de compétences qui va du minimum nécessaire, soit les attributions actuelles de la Cour pénale fédérale, des Assises fédérales et de la Chambre d'accusation, à d'autres attributions dont le législateur pourra décider: extension des cas soumis à la juridiction fédérale (art. 340 CP), élargissement des compétences de la Chambre d'accusation lié à des compétences fédérales supplémentaires en matière d'enquête et d'instruction, recours contre les décisions d'autorités fédérales et cantonales en matière d'entraide pénale internationale, transfert des trois tribunaux militaires d'appel au Tribunal pénal fédéral de la connaissance des appels interjetés contre les jugements des tribunaux de division. Parmi ces diverses attributions, les premières peuvent être définies dès maintenant avec une certaine précision; les autres, en revanche, dépendront de décisions ultérieures à prendre par le législateur sur la base de projets qui ne ressortissent pas au mandat de la commission d'experts (extension de la juridiction pénale fédérale, unification du droit de procédure pénale), ou encore d'études plus approfondies qui restent à achever (suppression des instances de recours cantonales en matière d'entraide judiciaire, juridiction pénale militaire).

Comme exposé ci-après, les compétences qui pourraient en principe être attribuées sans attendre au nouveau tribunal ne suffiraient pas, telles qu'elles sont définies par le droit en vigueur, à occuper un corps de juges à plein temps. C'est pourquoi la commission d'experts ne peut en l'état présenter qu'un modèle théorique. L'établissement du Tribunal pénal fédéral, la réglementation de son organisation et de la procédure devront faire l'objet d'un projet de loi distinct, dont on souhaite qu'il puisse entrer en vigueur en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral. C'est d'ailleurs cet objectif qui explique que le projet de loi proposé ci-après mentionne déjà le Tribunal pénal fédéral à divers articles (art. 90, 2^e al., 94, 2^e al., 100, 3^e al., P-LTF).

- L'attribution au Tribunal pénal fédéral de la *juridiction pénale fédérale de première instance* consiste tout d'abord à lui transférer les infractions que l'article 341 CP met dans la compétence des Assises fédérales. Ces cas sont si rares que cette juridiction n'a siégé que deux fois depuis le début du siècle. Ce n'est toutefois pas une raison pour renoncer à un tel transfert, dont le principe se justifie pleinement, ne serait-ce que parce qu'il ouvre une possibilité de recours en seconde instance au Tribunal fédéral.

Ensuite et surtout, cette attribution revient à incorporer au nouveau tribunal l'actuelle Cour pénale fédérale du Tribunal fédéral. Selon le droit en vigueur, que le présent projet ne modifie pas, la Cour pénale fédérale connaît des infractions que l'article 340 CP soumet à la juridiction fédérale, ainsi que des affaires de droit pénal administratif qui lui sont déférées en application de l'article 21, 3^e alinéa, DPA. Il est vrai que le nombre très restreint des causes introduites devant la Cour pénale fédérale (cf. ch. 5.1.2) ne saurait justifier à lui seul la création d'une nouvelle juridiction de première instance. Cependant, ce domaine de compétences sera étendu, ou sera susceptible de l'être, de deux manières.

Pour ce qui est des compétences juridictionnelles de *l'Assemblée fédérale*, la suppression de la compétence que le Conseil fédéral tient de l'article 73, 1^{er} alinéa, lettres a et b PA entraîne logiquement celle de la possibilité de recourir à l'Assemblée fédérale (art. 79 PA). Là où des lois spéciales prévoient un recours à l'Assemblée fédérale, il faudra examiner la justification de celui-ci de cas en cas. Cette justification existe en tout cas pour le recours ouvert par l'article 5 de la loi sur les garanties (RS 170.21) contre le refus par le Conseil fédéral ou le Tribunal fédéral d'autoriser la poursuite pénale.

Il y a aussi de bons motifs à ce que la constitution habilite l'Assemblée fédérale à statuer sur les conflits de compétence entre les autorités supérieures de la Confédération (art. 85, ch. 13, cst.). En tant que représentante du peuple, elle est l'organe suprême de la Confédération et exerce la haute surveillance sur l'administration et la justice. Cela lui confère la légitimité nécessaire pour statuer sur les conflits de compétence entre les autorités fédérales suprêmes. Il faut donc lui conserver cette compétence, laquelle ne revêt d'ailleurs pas une grande importance dans la pratique.

Quant à la proposition de réduire les compétences juridictionnelles du Conseil fédéral et du Conseil national dans le domaine des droits politiques, elle est examinée sous chiffre 5.5. ci-dessus.

5.8. Réforme de la juridiction pénale fédérale

Comme exposé sous chiffre 5.1.2., la création d'un Tribunal pénal fédéral comblera une lacune de l'organisation judiciaire actuelle en établissant une juridiction pénale fédérale de première instance. Cela aura le double avantage de décharger le Tribunal fédéral de ses fonctions de juge de première instance, responsable également de l'état de fait, et de mettre fin à une situation insatisfaisante du point de vue du droit public. En effet, l'actuel pourvoi en nullité à la Cour de cassation extraordinaire est limité à des vices de procédure, qui plus est à la condition qu'ils aient déjà été relevés au cours des débats (art. 220 PPF). Le projet prévoit d'ouvrir un recours pleinement dévolutif au Tribunal fédéral - recours non soumis à l'examen préalable - contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral (art. 73, 1^{er} al., art. 90, 2^e al., art. 94, 2^e al., P-LTF; cf. aussi art. 2 du Protocole n° 7 à la CEDH, RS 0.101.07), ce qui rendra caduque la réserve faite à l'article 14, 5^e alinéa, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, RO 1993 747).

Par ailleurs, d'autres réformes, imminentes ou à l'étude, dans le domaine de la juridiction pénale fédérale viendront consolider le rôle du Tribunal pénal fédéral.

5.8.1. Attributions du Tribunal pénal fédéral

L'institution du Tribunal pénal fédéral ne modifie pas la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, l'organisation judiciaire et l'administration de la justice pénale restant du ressort de ces derniers. Selon l'article 179, 1^{er} alinéa, projet 96 Réforme de la justice, c'est au législateur qu'il

- Il le sera tout d'abord par l'attribution à la juridiction fédérale de compétences nouvelles. C'est ce que prévoit le projet de message concernant des mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale (ci-après: projet efficacité). Ce projet reprend, avec quelques ajustements, ce qui était prévu dans le message, retiré, du 18 août 1993 concernant la modification de la procédure pénale fédérale (dissociation des fonctions du procureur de la Confédération), lequel évoquait déjà la création d'une "Cour pénale fédérale de première instance", indépendante du Tribunal fédéral (FF 1993 III 634). Le projet "efficacité" propose notamment un nouvel article 340^{bis} CP attribuant des compétences complémentaires à la Confédération en matière de criminalité économique et de crime organisé. En cas d'adoption de ce projet, le domaine de la juridiction fédérale serait notablement étendu et, avec lui, la compétence du Tribunal pénal fédéral. Selon les estimations faites, le nombre et, surtout, la complexité de ces affaires seraient tels qu'elles occuperaient largement un Tribunal pénal fédéral composé non seulement de juges à plein temps, mais encore vraisemblablement de juges suppléants. Ce projet de message est bien avancé, puisqu'il est prévu que le Conseil fédéral l'adopte au mois d'août 1997. C'est ce qui permet à la commission d'experts d'escompter que, comme indiqué plus haut, le projet de loi distinct instituant le Tribunal pénal fédéral - projet qui intégrerait les nouvelles compétences prévues par le projet efficacité - pourrait entrer en vigueur en même temps que la loi sur le Tribunal fédéral.
- Les compétences du Tribunal pénal fédéral sont en outre susceptibles d'être étendues par un infléchissement de la pratique de la délégation de juridiction aux autorités cantonales, en application de l'article 18 PPF. Cette pratique est aujourd'hui très large (cf. ch. 5.1.2.). Selon les statistiques du Ministère public fédéral, il en a été fait usage dans 398 cas en 1996 (454 en 1995). La plus grande partie d'entre eux concernent toutefois des infractions mineures (falsifications de titres de transports ou des PTT, petites infractions à la loi sur les explosifs ou sur le matériel de guerre, fausse monnaie, etc.). Pour ces nombreux cas de minime importance, qui sont attribués aux cantons sans enquête préliminaire de la police judiciaire, il ne conviendra sans doute pas de renoncer à la délégation de juridiction aux cantons, car cela reviendrait à faire du Tribunal pénal fédéral une sorte de tribunal de police, ce qui ne saurait être son rôle. Selon les mêmes statistiques, on dénombre en revanche 20 à 30 affaires en moyenne annuelle dont l'importance ou la complexité est plus grande et qui ne sont déléguées qu'après l'enquête (grosses affaires de fausse monnaie ou de matériel de guerre, délits de fonctionnaires, etc.). Avec l'existence d'un Tribunal pénal fédéral (et d'organes d'enquête et d'instruction réorganisés), il se justifiera sans doute de renoncer à la délégation de juridiction aux autorités cantonales dans ces cas, ou du moins dans la plupart d'entre eux. Il n'appartient cependant pas à la commission d'experts de trancher ces questions, qui devront être examinées dans le cadre des projets de modification de la procédure pénale.
- Cette extension de la juridiction pénale fédérale, par l'attribution de compétences nouvelles et par une pratique plus restrictive de la délégation aux cantons, influera directement sur le volume du travail accompli aujourd'hui par la *Chambre d'accusation du Tribunal fédéral*, au point

probablement d'occuper à plein temps une cour de trois juges, étant entendu que cette augmentation viendrait s'ajouter aux compétences actuelles dont on prévoit de décharger le Tribunal fédéral. Mais, là aussi, la commission d'experts ne peut se livrer qu'à des supputations, dès lors que cela dépend d'autres projets dont elle n'a pas la maîtrise.

En revanche, il est possible de mieux évaluer les effets d'un transfert des tâches actuelles de la Chambre d'accusation. Formée de trois juges qui n'appartiennent pas à la Cour pénale fédérale, cette chambre a pour mission de garantir, à la fois comme autorité de surveillance et de recours, que l'instruction pénale se déroule conformément au droit. Elle connaît principalement des recours contre les actes de la police judiciaire relevant de l'instruction préparatoire et des mesures de contrainte prises ou confirmées par le procureur général, le juge d'instruction ou une autorité administrative de la Confédération (art. 102^{ter}, 105^{bis}, 2^e al., et 214 ss PPF, art. 26 et 27 DPA), ainsi que des recours contre des décisions de suspension des recherches selon l'article 106 alinéa 1^{bis} PPF, ou de l'instruction selon l'article 120, 2^e alinéa, PPF. Elle statue en outre sur les différends en matière de for intercantonal (art. 351 CP et 264 PPF) et en matière d'entraide (art. 357 CP et 252, 3^e al., PPF). Elle intervient enfin dans le cadre de différentes opérations de l'instruction, dont notamment le maintien de la détention préventive (art. 51, 2^e al., PPF), le séquestre, la perquisition et la confiscation (art. 66 ss PPF), la surveillance de la correspondance et des écoutes téléphoniques (art. 72 PPF), l'admissibilité d'une instruction préparatoire (art. 110 PPF).

Entre 1984 et 1993, la Chambre d'accusation a été saisie en moyenne de 63 affaires par année. Sa charge a été ensuite sensiblement augmentée (particulièrement en tant qu'autorité de recours contre les actes de la police judiciaire décidés ou confirmés par le procureur général), par les deux modifications de la PPF entrées en vigueur respectivement le 1er janvier et le 1er juillet 1993 (RO 1992 2471, 1993 1993). A la suite de ces modifications, le volume des affaires entrées a pratiquement doublé dès 1994 pour atteindre les nombres de 125 en 1994 et de 112 en 1996. On relève d'ailleurs que, dans le même temps, la durée moyenne des procédures s'est aussi sensiblement allongée, passant d'une moyenne de 30 à 35 jours au total en 1994 et 1995 à 55 jours en 1996. Les données existantes ne permettent pas de déterminer avec précision la charge de travail que représente le traitement des affaires de la Chambre d'accusation. Les statistiques ne sont pas suffisamment détaillées et, de plus, les juges de la Chambre assument cette tâche à côté de celles qu'ils exercent au sein de leur propre cour. Il est toutefois possible d'estimer que cette charge correspond globalement à l'occupation d'un juge et d'un greffier à plein temps en moyenne annuelle. Le transfert des fonctions de la Chambre d'accusation à une juridiction fédérale de première instance permettra donc une décharge non négligeable du Tribunal fédéral, même s'il faudra, peut-être, réserver les contestations entre autorités de différents cantons concernant l'attribution de la compétence et l'entraide judiciaire (art. 264 PPF, art. 357 CP).

En tant que juridiction pénale fédérale de première ou de deuxième instance, le Tribunal pénal fédéral pourrait en outre se voir confier des compétences supplémentaires dans deux autres domaines encore: *l'entraide pénale*

internationale, d'une part, et la *juridiction pénale militaire*, d'autre part. Compte tenu toutefois de l'état d'avancement des études, ces cas ne sont mentionnés ici que pour mémoire, étant entendu qu'ils feront, le cas échéant, l'objet de projets distincts, proposés dans une étape ultérieure.

- S'agissant de l'entraide pénale internationale, on rappelle que le Conseil fédéral est saisi, depuis le mois de septembre 1996, d'un postulat du Conseil national (P 96.3377), lequel reprenait la proposition formulée dans une motion du Conseil des Etats (M 96.3009). Ce postulat demande que soit étudiée l'opportunité de supprimer, dans ce domaine, les instances de recours cantonales et de prévoir une instance de recours fédérale qui déciderait directement sur les recours effectués contre les décisions de première instance des autorités fédérales et cantonales. La commission d'experts partage l'avis exprimé devant les Chambres par le Conseil fédéral. Comme lui, elle estime que ce transfert de compétence serait de nature à raccourcir utilement la durée, aujourd'hui excessive, des procédures, mais qu'il ne pourra être opéré qu'à la condition que la procédure pénale soit unifiée, de façon à ce que d'éventuels vices de procédure puissent aussi être invoqués, et cela dans un seul et même recours.
- La justice pénale militaire a également fait l'objet d'interventions parlementaires, proposant sa suppression totale ou partielle. Par ailleurs, dans son rapport "Réforme de l'armée" déposé en 1990, le groupe de travail Schoch adressait au Conseil fédéral la proposition (n° 101) de "remplacer les tribunaux militaires par des tribunaux cantonaux". Chargé d'examiner ces propositions, un groupe de travail présidé par le professeur F. Riklin a déposé son rapport en juin 1993. Pour l'essentiel, il y conclut que le maintien des tribunaux militaires en tant que tribunaux spécialisés se justifie en raison du caractère spécifiquement militaire du 96 % des infractions jugées. Il relève que la justice militaire a pour elle les avantages de sa connaissance des questions militaires, d'une bonne protection juridique de l'accusé, d'une procédure rapide, peu onéreuse et qui se déroule dans la langue de l'accusé.

L'étude de cette question ne ressortissait pas au mandat de la commission d'experts, qui n'a donc pas inclus ce chapitre dans son projet. Il lui apparaît toutefois possible de concevoir un transfert au Tribunal pénal fédéral de l'activité des actuels tribunaux militaires d'appel. Ne subsisteraient ainsi comme tribunaux spéciaux dans le domaine de la juridiction militaire que les tribunaux de division. Le recours au Tribunal pénal fédéral et le recours en matière pénale au Tribunal fédéral remplaceraient l'appel et le pourvoi en cassation de l'actuelle procédure pénale militaire. Sans se prononcer sur la pertinence des arguments du rapport Riklin, on peut toutefois considérer que les avantages inhérents à une juridiction spécialisée valent surtout pour la première instance. Les mêmes arguments expliquent d'ailleurs aussi l'institution d'autres tribunaux spécialisés de première instance, notamment dans les domaines du droit du travail ou du contrat de bail. Or, il est à relever que, dans ces cas, la procédure réintègre la juridiction ordinaire au niveau des instances de recours. Les statistiques indiquent que les tribunaux militaires d'appel ont liquidés par jugement 30 recours en appel et 49 recours disciplinaires en 1996 (respectivement 59 et 44 en 1995), en y consacrant 21 (29) jours de séance. Quant au tribunal militaire de cassation, il a siégé 5

jours en 1996 (4 en 1995) pour liquider par jugement 16 (20) affaires. Ces dernières n'alourdiraient sans doute guère la charge du Tribunal fédéral, ce d'autant moins que ces recours en matière pénale seraient soumis à l'examen préalable, puisque dirigés contre des décisions rendues en deuxième instance par le Tribunal pénal fédéral (art. 94, 2^e al., P-LTF).

- La commission d'experts a enfin examiné la possibilité d'attribuer au Tribunal pénal fédéral, sur le modèle allemand, la compétence de connaître en dernière instance, en lieu et place du Tribunal fédéral, des actuels pourvois en nullité pourtant sur des affaires de moindre importance. Elle y a toutefois renoncé, jugeant pour l'instant préférable de circonscrire la compétence du Tribunal pénal fédéral au jugement des affaires qui relèvent de la juridiction pénale fédérale. Au demeurant, il ne serait guère aisé de définir, en matière pénale, des critères permettant de tracer la limite entre les affaires de moindre importance et les autres. Néanmoins, il ne faut pas exclure d'emblée la possibilité de réexaminer ultérieurement cette question, au vu notamment des développements que connaîtra l'unification de la procédure pénale.

5.8.2. Organisation du Tribunal pénal fédéral

La commission donne sa préférence à un tribunal autonome, unique et centralisé, qui assume à la fois les fonctions de juge de première instance et, si possible, celles de l'actuelle Chambre d'accusation du Tribunal fédéral.

Cependant, différents modèles sont concevables en fonction de l'étendue et de la nature des compétences qui seront attribuées au Tribunal pénal fédéral. Comme on l'a vu, celles-ci suffiront largement à occuper un tribunal autonome composé de juges à plein temps en cas d'extension de la juridiction fédérale en matière de criminalité économique et de crime organisé. Ce sera d'autant plus le cas si d'autres attributions lui sont encore reconnues, notamment par une limitation des délégations de juridiction aux autorités cantonales ou dans les domaines de l'entraide pénale internationale ou de la justice pénale militaire. En revanche, le seul transfert des compétences actuelles des Assises fédérales et de la Cour pénale fédérale ne sauraient justifier la création d'un tel tribunal.

Les mêmes considérations valent pour ce qui est des compétences de la Chambre d'accusation, dont l'étendue sera fonction des compétences attribuées à la juridiction pénale fédérale. Selon les hypothèses, une Chambre d'accusation formée de trois juges à plein temps pourra ou non être constituée au sein du Tribunal pénal fédéral. Ce qui est sûr, c'est qu'elle ne pourra en tout cas pas l'être dans le cas d'une reprise des seules compétences actuelles de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, puisque, comme on l'a vu, celles-ci n'occupent pas plus d'un juge et d'un greffier à plein temps.

Il ne faut en outre pas perdre de vue que les fonctions de juge s'occupant de l'instruction et celles de juge du fond doivent être séparées, un même juge ne pouvant pas les exercer successivement dans une même affaire (cf., parmi d'autres, ATF 112 Ia 290, 114 Ia 57, 140, 148). Etant admis que chacune de ces deux fonctions doit être exercée par un corps d'au minimum trois juges, cela signifie concrètement que la charge de travail confiée au nouveau tribunal

devra être suffisante pour justifier la création de deux sections distinctes, comprenant chacune trois juges au moins.

Force est dès lors de constater qu'il existe encore une grande marge d'incertitude, et cela en ce qui concerne aussi bien l'étendue des compétences du tribunal que le moment où elles pourront devenir effectives. La commission d'experts n'est pas en mesure de lever elle-même ces incertitudes dès lors que l'évolution future dépend d'autres projet législatifs en cours, dont elle n'a pas la maîtrise. Cela étant, il serait évidemment prématuré de prétendre régler dès maintenant l'organisation du Tribunal pénal fédéral et la procédure de recours devant lui. Comme exposé plus haut, il est plus raisonnable, et d'ailleurs non préjudiciable, de prévoir d'ancrer cette réglementation dans un projet de loi distinct instituant le Tribunal pénal fédéral, lequel prendra en compte les nouvelles compétences proposées dans le projet "efficacité".

Si ce dernier ne devait pas aboutir, la création du Tribunal pénal fédéral devrait être reportée à plus tard. Une autre solution serait toutefois aussi envisageable, qui serait d'intégrer au Tribunal administratif fédéral une cour spéciale chargée de la juridiction pénale de première instance. La même solution pourrait d'ailleurs être retenue pour ce qui concerne le transfert des tâches de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral, une telle chambre pouvant être constitué sans difficulté au sein du Tribunal administratif fédéral.

6. Mesures rejetées

6.1. Représentation obligatoire, avocats accrédités

Parmi les moyens envisageables en vue de décharger le Tribunal fédéral, la commission d'experts a examiné et rejeté celui de la représentation obligatoire par un avocat breveté, voire par un avocat accrédité spécialement.

C'est un principe bien ancré dans la tradition juridique helvétique que toute partie peut choisir de procéder elle-même, y compris devant les tribunaux fédéraux. Le droit de procédure suisse ignore le système de la représentation obligatoire, qui consiste à n'accepter que les écrits présentés par un avocat ou, plus restrictivement encore, par un avocat accrédité auprès de la Cour suprême.

La représentation obligatoire aurait l'avantage de fermer l'accès du Tribunal fédéral à tous les recours émanant de laïcs. Or il n'est pas douteux que ces recours, relativement nombreux (plus de la moitié au Tribunal fédéral des assurances), accroissent la charge du Tribunal fédéral, et cela sans profit pour personne lorsqu'ils sont interjetés à tort ou mal formés. Mais il faut par ailleurs bien admettre comme un fait d'expérience que les laïcs n'ont pas l'exclusivité de semblables écrits. D'où l'idée, généralement partagée au sein de la commission d'experts, que l'obligation de se faire représenter n'aurait de véritable utilité qu'assortie d'une limitation du droit de représentation à un cercle limité d'avocats, particulièrement au fait des procédures devant le Tribunal fédéral et officiellement reconnus comme tels. Un nombre excessif de recours mal

formés, émanant d'avocats trop peu expérimentés, n'est d'ailleurs dans l'intérêt ni des justiciables, ni de la réputation de la justice en général et de la profession des avocats en particulier. Cette mesure aurait sans doute un effet de décharge non négligeable, l'afflux croissant de recours au Tribunal fédéral étant aussi dû, entre autres causes, à l'augmentation sensible du nombre des avocats pratiquant le barreau et au succès grandissant des assurances de protection juridique.

Cependant, les inconvénients d'un tel système pèsent trop lourd pour qu'il soit retenu.

Tout d'abord, le fait qu'il soit étranger à la tradition juridique suisse, s'il n'est pas décisif en soi, ne saurait être négligé. Il n'est en effet pas douteux qu'une telle innovation se heurterait à de sérieuses réticences, d'ordre psychologique et politique. On ne manquerait pas, notamment, de lui adresser le reproche de contraindre le justiciable à choisir un nouveau mandataire dans le cas où son avocat devant les instances précédentes ne serait pas accrédité. Le coût de la procédure s'en trouverait augmenté. Qui plus est, ce changement obligé serait souvent mal ressenti, en raison de la relation de confiance qui s'établit généralement avec un avocat. Pour ce motif et parce que l'avocat qui a suivi les premiers développements d'une procédure en a une connaissance approfondie, le justiciable sera souvent incité à maintenir parallèlement son mandat, ce qui augmentera considérablement ses frais. D'un autre côté, la position de l'avocat accrédité peut s'avérer délicate. Il peut en effet se trouver confronté à un conflit de loyauté entre le respect des exigences liées à son accréditation et de celles de l'éthique professionnelle, qui lui ordonnent de placer au premier rang les intérêts de son client.

Enfin, la commission d'experts a vainement cherché à imaginer un mode de sélection des avocats intéressés qui soit satisfaisant et praticable. On se heurte d'emblée à la difficulté de définir des critères idoines pour établir les exigences et le seuil de qualification requis. La durée de l'expérience professionnelle ne garantit pas à elle seule que l'avocat maîtrise les procédures devant le Tribunal fédéral pour les avoir maintes fois pratiquées; quant à une formation supplémentaire, ses modalités seraient difficiles à définir. Au demeurant, les justiciables de chaque canton devraient avoir le choix entre un nombre suffisant d'avocats accrédités ayant une bonne connaissance du droit de procédure cantonal. Se poserait au surplus la question de l'organe habilité à contrôler l'existence des capacités exigées, à délivrer l'accréditation et, le cas échéant, à fonctionner par la suite comme autorité de surveillance. Si ces tâches devaient être confiées au Tribunal fédéral, il en résulterait pour lui une charge supplémentaire, potentiellement importante, et au surplus étrangère à sa mission première.

A ces raisons, s'ajoutent celles liées aux réformes proposées aujourd'hui, qui tendent à redéfinir de façon plus générale et fondamentale les conditions d'accès à la juridiction suprême. En effet, un régime de représentation obligatoire perd une grande partie de son utilité et de sa justification en tant qu'instrument de décharge dans la mesure où existe une procédure d'examen préalable. En outre, il y aurait quelque chose de paradoxal à supprimer la faculté pour les laïcs de procéder eux-mêmes et à limiter le cercle des avocats agréés dans le même temps que l'on simplifie et harmonise les voies de droit, notamment par l'institution de recours unifiés. En effet, le grand nombre de

recours irrecevables ou mal formés est sans doute dû bien plus à l'extrême complexité des procédures qu'à la seule incompétence des auteurs de recours, laïcs ou non.

6.2. Avocats généraux

La commission d'experts s'est encore intéressée à deux institutions, connues toutes deux sous la même appellation d'avocat général, bien que tout à fait distinctes. L'une et l'autre sont étrangères au droit suisse.

Dans certains pays, tels que l'Allemagne, cette institution existe sous la forme d'un organe habilité à intervenir comme partie dans une procédure de droit administratif en tant qu'avocat de l'administration, à l'instar du Ministère public dans le procès pénal. Cet avocat général aurait pour fonction et utilité premières de faire prévaloir l'intérêt public à une application correcte du droit fédéral, indépendamment des intérêts défendus par les personnes concernées. Cela permettrait indéniablement de corriger les insuffisances de notre droit actuel à cet égard. Cette question est donc étroitement liée à la problématique de la qualité pour agir et du cercle des parties. Sans que l'on puisse lui adresser une quelconque objection de principe, il n'y a toutefois pas lieu de retenir une telle solution, non seulement parce qu'elle est inconnue du droit suisse, mais surtout parce qu'un effet analogue peut aussi être obtenu par l'extension envisagée du droit de recours des collectivités publiques.

Dans une acception différente, l'avocat général est une institution du droit communautaire, qui en a fait un auxiliaire - important - de la Cour de justice des Communautés européennes, en s'inspirant du modèle des commissaires du gouvernement près le Conseil d'Etat français. Aux termes de l'article 166 du Traité CE, l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission. Il n'est donc pas partie au procès et n'a nullement pour mission de défendre les intérêts de l'administration ou d'un gouvernement. Son rôle s'apparente plutôt à celui d'un juge rapporteur, à cette différence importante près qu'il ne participe pas au délibéré de la Cour. La lecture des conclusions de l'avocat général marque la fin de la procédure orale. Longuement et soigneusement motivées, les conclusions sont publiées à la suite de chaque arrêt. Il arrive que celui-ci renvoie purement et simplement aux motifs indiqués dans ces conclusions.

Les commentateurs s'accordent à reconnaître l'originalité et l'importance de l'institution de l'avocat général. Il est admis que son apport facilite et accélère le travail de la Cour, qu'il contribue à améliorer la qualité et la cohérence de la jurisprudence et qu'il permet à la Cour de rendre des arrêts plus brefs et synthétiques. En revanche, son intervention occasionne un certain allongement de la procédure. Aux yeux de la commission d'experts, l'avocat général est, sous cette forme, une institution intellectuellement séduisante. Insérée dans notre organisation judiciaire, elle offrirait avant tout de bonnes garanties pour l'unité de la jurisprudence et l'application correcte du droit. Elle constituerait en outre une aide efficace au travail des juges. On peut en revanche se demander si l'avocat général ne risquerait pas de devenir en pratique une sorte de juge

unique, qui amoindrirait le rôle des juges, surtout dans le cas où il lui appartiendrait de diriger l'instruction. On peut aussi critiquer le fait que celui qui connaît le mieux tous les aspects du dossier ne prenne pas part à la délibération. Mais, plus encore que ces objections, ce qui retient surtout de proposer une telle innovation, c'est l'important bouleversement qu'elle apporterait à notre organisation actuelle, à laquelle elle est étrangère. Elle conduirait en effet à remettre fondamentalement en question la fonction de juge suppléant et à redéfinir le rôle des greffiers, voire celui des juges ordinaires pour ce qui a trait tout au moins à l'instruction des recours. C'est pourquoi, malgré tout l'intérêt de cette institution, la commission d'experts estime préférable d'y renoncer.

7. Bases constitutionnelles

7.1. Les propositions du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice comme base pour la révision de l'organisation judiciaire

Les propositions de réformes de la commission d'experts ne peuvent être intégralement réalisés qu'à la condition que le droit constitutionnel en vigueur dans le domaine de l'organisation de la justice (art. 106 ss cst.) soit modifié, que ce soit par la création de bases constitutionnelles qui n'existaient pas jusqu'ici ou par la suppression de bases constitutionnelles en vigueur. Cela s'applique notamment aux propositions de réformes suivantes:

- extension du contrôle des normes aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale

- introduction de restrictions d'accès au Tribunal fédéral

- obligation faite aux cantons d'instituer des autorités judiciaires précédant le Tribunal fédéral, notamment dans le domaine du droit public cantonal

- suppression des procès directs

- suppression des Assises fédérales.

Dans la présente version de son projet, la commission d'experts part de l'idée que la partie de la constitution relative à la justice sera remplacée par la réforme de la justice proposée par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la constitution. Concrètement, le projet postule les principales innovations constitutionnelles suivantes:

- Mention expresse du principe de l'autonomie du Tribunal fédéral (art. 176 P-cst. 96, Réforme de la justice).

- Extension du contrôle concret des normes par le Tribunal fédéral aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale (art. 178 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Base constitutionnelle pour une restriction de l'accès au Tribunal fédéral, l'accès étant cependant garanti lorsqu'il s'agit de questions juridiques de principe ou qu'un préjudice grave est encouru par une partie. (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Possibilité d'exclure totalement l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés, une procédure d'avis préjudiciel pour élucider certains points de droit étant réservée (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Base constitutionnelle pour l'institution d'un Tribunal pénal fédéral de première instance, autonome sur le plan de l'organisation (art. 179, 1er al., P-cst. 96, Réforme de la justice); institution d'autres autorités judiciaires fédérales, notamment pour connaître des recours de droit public contre des décisions de l'administration fédérale (art. 179, 2e al., P-cst. 96, Réforme de la justice).

Obligation pour les cantons d'instituer des *autorités judiciaires* pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales (art. 179a P-cst. 96, Réforme de la justice), renforcée par une garantie générale de l'accès à un juge (art. 25a P-cst. 96, Réforme de la justice).

Inscription dans la constitution du principe de l'indépendance du juge (art. 180 P-cst. 96, Réforme de la justice).

Suppression des procès directs de droit civil au Tribunal fédéral (art. 110, 1er al., ch. 2 et 4, et art. 111 cst.).

Suppression des Assises fédérales (art. 106, 2e al., et 112 cst.).

Suppression des procès directs au Tribunal fédéral pour les différends administratifs en matière cantonale (art. 114^{bis}, 4e al. cst.).

7.2. Marge de manoeuvre réduite en cas de non-réalisation (partielle) de la réforme de la justice

Si la réforme de la justice ne devait pas pouvoir être réalisée dans son intégralité, ou alors pas dans le délai voulu, une réforme de l'organisation judiciaire ne serait pas impossible pour autant. Il serait quand même possible de réaliser - au niveau de la loi, c'est-à-dire sans révision préalable de la constitution - certains objectifs de la réforme définis par la commission d'experts - comme la simplification des voies de droit (recours unifié), une nouvelle organisation de la juridiction administrative au niveau de la Confédération, l'intégration du TFA dans le Tribunal fédéral et l'introduction du recours pour violation du droit de vote sur le plan fédéral (élections et votations fédérales). Selon le degré de réalisation de la réforme de la justice, le projet de la commission d'experts, tel qu'il se présente aujourd'hui, devrait toutefois subir des amputations plus ou moins importantes. Les conséquences seraient pour l'essentiel les suivantes:

Contrôle des normes

En maintenant l'obligation d'appliquer les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale, telle qu'elle est actuellement prévue aux articles 113, 3e alinéa, et 114^{bis}, 3e alinéa, cst., on ne disposerait pas de la base constitutionnelle nécessaire pour l'article 89 P-LTF ainsi que pour les dispositions qui sont en rapport avec celui-ci (par ex. art. 19 P-LTF).

Restrictions d'accès

Si la base constitutionnelle permettant de limiter l'accès au Tribunal fédéral - telle que proposée dans le cadre de la réforme de la justice (art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice) - n'était pas créée, la marge de manoeuvre du législateur serait restreinte comme il suit:

Sur la base du droit constitutionnel en vigueur, il ne serait pas possible d'introduire une véritable procédure d'admission, telle qu'elle a été examinée par la commission d'experts mais rejetée par la majorité de celle-ci (cf. ch. 5.3.3.2.). En effet, selon la doctrine aujourd'hui dominante, l'article 113, 1er alinéa, chiffre 3, cst. établit (sous réserve de l'art. 113, 2^e al., cst.) une véritable garantie d'accès au juge pour les droits constitutionnels (cf. par ex. Walter Haller dans: commentaire cst, art. 113, n° 87 et les réf. en note 90; cf. en outre les explications, partiellement divergentes, du Conseil fédéral dans son message du 29.5.1985 concernant l'OJ; FF 1985 II 781 ss).

Par contre, une *procédure d'examen préalable* pourrait en principe être introduite même sur la base du droit constitutionnel en vigueur (cf. la révision partielle de l'OJ du 23.6.1989 - qui n'a pas abouti - laquelle devait introduire une procédure particulière d'examen préalable: art. 92 en liaison avec l'art. 36a, FF 1989 II 809, ainsi que BO E 1988, 243, N 1989, 121). La possibilité, prévue dans le projet, de déclarer un recours inadmissible parce qu'il ne soulève aucune question juridique de principe ou que le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves (art. 95, 2^e al., P-LTF), présuppose cependant (vu la garantie de l'accès au juge qui existe dans le domaine des droits constitutionnels) une révision préalable de la constitution.

L'exclusion totale du recours au Tribunal fédéral, tel que prévue à l'article 77 P-LTF pour certains domaines, ne pourrait pas être réalisée sans une révision des bases constitutionnelles actuelles (art. 113 cst.), à tout le moins lorsque les exceptions proposées ont pour conséquence qu'une instance *cantonale* statue définitivement.

Une *procédure d'avis préjudiciel*, devant permettre l'élucidation par le Tribunal fédéral de certaines questions juridiques, pourrait en principe être instituée même sur la base du droit constitutionnel en vigueur. Selon le projet, la procédure d'avis préjudiciel prévue aux articles 107 ss P-LTF est cependant conçue comme un *correctif* à l'exclusion générale de certains domaines de la compétence du Tribunal fédéral (cf. art. 178a P-cst. 96, Réforme de la justice). Si l'on renonçait à cette innovation, la procédure de l'avis préjudiciel - que le système judiciaire suisse ne connaissait pas jusqu'ici - perdrait sa fonction première et donc son utilité.

Autorités judiciaires précédentes dans les cantons

L'obligation, que le projet met à la charge des cantons, d'instituer des *autorités judiciaires* en tant qu'instances précédentes dans le domaine de la juridiction de droit public *en général* (art. 78, 2^e al., P-LTF; cf. aussi art. 103 P-LTF), c'est-à-dire non plus seulement dans les affaires relevant du droit administratif fédéral (cf. art. 98a OJ), mais aussi dans le domaine du droit public *cantonal*, représente une atteinte sérieuse à l'autonomie des cantons en matière d'organisation et présuppose une révision des dispositions constitutionnelles relatives à la justice. Pour des considérations du même ordre, une révision préalable de la constitution pourrait éventuellement aussi être nécessaire pour imposer aux cantons l'obligation générale d'instituer des instances précédentes dans *tout* le domaine du droit pénal et du droit civil (y compris en matière de poursuite pour dettes et de faillite), comme le prévoient les articles 71, 2^e alinéa, et 74, 2^e alinéa, P-LTF (cf. aussi Rapport intermédiaire, ch. 6.2., let. b).

Suppression des procès directs

Le projet de la commission d'experts prévoit qu'à l'avenir, le Tribunal fédéral ne devra en principe plus statuer que comme instance de recours en matière civile et pénale (art. 70 ss P-LTF; cf. toutefois la possibilité d'une action directe selon l'art. 106, let. b, P-LTF en cas de contestation de droit civil entre la Confédération et des cantons ou entre des cantons). La suppression, dans une large mesure, des procès civils directs devant le Tribunal fédéral présuppose la suppression de plusieurs dispositions constitutionnelles (art. 110, 1^{er} al., ch. 2 et 4, et art. 111 cst.). Il en va de même pour la suppression des Assises fédérales (art. 106, 2^e al., et 112 cst.). La commission d'experts propose que les procès directs concernant des différends administratifs en matière cantonale ne soient également plus possibles. Cela nécessite la suppression de l'article 114^{bis}, 4^e alinéa, cst., telle que proposée dans le cadre de la réforme de la constitution.

Autonomie administrative

En cas d'abandon de l'article 176, 3^e alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice, qui fixe le principe de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral, il faudrait examiner de plus près dans quelle mesure les différents aspects de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral que le projet concrétise pourraient tout de même être réalisés (cf. en particulier art. 3 P-LTF concernant le budget).

N'auraient en revanche aucune conséquence directe sur le présent projet:

l'abandon de la mention expresse du principe de l'indépendance du juge (art. 180 P-cst. 96). Les garanties d'indépendance énoncées dans le projet (notamment art. 2 P-LTF; cf. aussi art. 7 ss et art. 32 ss P-LTF) ont déjà un fondement juridique dans le droit constitutionnel écrit et non écrit de la Confédération ainsi que dans les garanties du droit international;

l'abandon de la mention expresse de la compétence d'instituer des autorités judiciaires fédérales pour connaître des recours contre des actes de

l'administration fédérale (art. 179, 2e al., P-96 Réforme de la justice). Un développement des instances précédentes de la juridiction administrative de la Confédération (commissions de recours), ou leur regroupement en un Tribunal administratif fédéral est en principe déjà possible sur la base du droit constitutionnel en vigueur (Walter Haller dans: commentaire cst., art. 106, n° 8 et art. 114^{bis}, n° 20; avis de droit de l'Office fédéral de la justice, dans: JAAC 49 no 36, p. 253 s.; cf. aussi art. 114^{bis}, 5e al., cst; FF 1991 II 478 s.). Il paraît toutefois souhaitable de créer, pour une juridiction administrative fédérale à deux degrés, une base constitutionnelle claire, comme cela est prévu dans le cadre de la réforme de la justice (art. 179 P-cst. 96, Réforme de la justice).

A la différence de l'article 176 P-cst. 96 (projets d'arrêtés A et C), le texte de l'article 106 cst. part encore de l'idée que le Tribunal fédéral est le seul tribunal de la Confédération. Compte tenu de la réalité juridique actuelle, rien ne s'oppose à ce que l'on désigne le Tribunal fédéral comme "l'autorité judiciaire suprême de la Confédération" (art. 1 P-LTF) même en cas de maintien de l'article 106 cst.

7.3. Délégation de compétences législatives

Le projet de la commission d'experts prévoit à plusieurs endroits une délégation de compétences législatives au Tribunal fédéral (cf. art. 3, art. 8, 2e al., art. 13, art. 22 et art. 65, 2e al., P-LTF). Outre sa fonction première qui est de dire le droit, le Tribunal fédéral a, depuis toujours, certaines compétences législatives. Le projet prévoit une délégation des compétences législatives pour les questions d'organisation interne et d'administration du tribunal (cf. notamment art. 3, art. 8, 2e al. et art. 13 P-LTF), pour la répartition des affaires (art. 22) et pour la fixation des tarifs applicables (émoluments judiciaires dans le cadre de l'art. 64 P-LTF, dépens selon l'art. 65, 2e al., P-LTF). Le projet se situe dans le cadre de ce qui est déjà prévu par le droit en vigueur et de ce qui est, de l'avis général, considéré comme admissible. C'est pourquoi les normes de délégation de compétences proposées ne soulèvent pas de problème particulier sur le plan constitutionnel.

8. Compatibilité des mesures proposées avec le droit européen

L'organisation judiciaire et la procédure fédérales actuelles sont déjà largement compatibles avec le droit international, par quoi l'on entend ici plus spécialement le droit européen et, notamment, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le constat de cette compatibilité a été fait, à propos du droit EEE, dans le cadre du message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen (FF 1992 IV/A 1, 425 ss) et du message II du 15 juin 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (FF 1992 V 506, 704 ss). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir ici dans le détail, si ce

n'est pour rappeler que, compte tenu des principes de la primauté du droit communautaire et de son effet direct, un petit nombre seulement de dispositions de notre droit interne nécessitent une adaptation. Sous l'angle de la CEDH, il s'agit surtout de quelques règles qui ne garantissent qu'imparfaitement un contrôle judiciaire, soit qu'elles ouvrent uniquement la voie du recours au Conseil fédéral, soit qu'elles ferment la voie du recours de droit administratif à des causes pour lesquelles l'article 6 CEDH exige l'accès au juge. Il s'agit aussi du caractère parfois trop limité du contrôle exercé dans le cadre du recours de droit public.

Selon le droit communautaire, les Etats membres demeurent autonomes en matière d'organisation judiciaire et de procédure. Une révision totale de l'OJ est donc en principe neutre au regard du droit communautaire. Toutefois, la volonté d'un Etat d'assurer l'effet utile du droit européen implique le respect des quelques principes procéduraux essentiels, définis par la CEDH et par la Cour de justice des Communautés européennes.

La dimension du droit international a été prise en compte dès le début des travaux de la commission d'experts, dans le souci de faciliter la pénétration du droit international, dont le juge suisse est de plus en plus le dépositaire. Les réformes proposées dans le cadre du projet de loi sont toutes compatibles avec les exigences du droit européen.

D'une manière générale, elles tendent à *clarifier et à préciser les rapports entre le droit international et le droit interne*. Y contribuera particulièrement l'introduction d'un contrôle concret de la constitutionnalité des lois fédérales et de leur conformité au droit international (chiffre 5.4.). Sans imposer un tel contrôle, le droit européen exige du juge national qu'il n'applique pas une norme interne qui lui est contraire. On connaît les difficultés qu'entraîne aujourd'hui cette exigence et la jurisprudence peu satisfaisante qui en résulte. Le fait que le Tribunal fédéral puisse contrôler la conformité de lois fédérales à la CEDH (cf. ATF 118 la 353 consid. 5, 117 Ib 373 consid. f), mais non pas leur constitutionnalité, crée une distorsion de plus en plus problématique. La constitution fédérale s'en trouve dépréciée d'autant, puisque ce n'est plus elle, mais le droit international, qui sert de référence.

Contribuera aussi à cette clarification *la création des recours unifiés* (chiffre 5.2.), en ce que la violation du droit international pourra désormais être invoquée à l'appui de tout recours. S'agissant en effet de l'invocation des règles de droit international, le système actuel est opaque et confus: trop de voies de recours et de régimes différents font obstacle à l'exercice normal des droits de recours, au détriment de la protection du justiciable. Ces nouveaux recours uniques amélioreront notablement la *transparence du droit procédural*, répondant ainsi à l'une des exigences du droit européen.

La *généralisation des juridictions inférieures* (chiffre 5.1.), aux niveaux fédéral et cantonal, assortie de la quasi suppression des compétences juridictionnelles du Conseil fédéral (chiffre 5.7.3.), assurera plus efficacement qu'aujourd'hui la *garantie de l'accès à un juge* offerte par l'article 6 CEDH. Elle ouvrira la voie à un recours de pleine juridiction, notamment dans tous les cas où le recours de droit public s'avère aujourd'hui insuffisant (ATF 120 la 30; voir aussi FF 1992 IV 428 s.).

Cette extension du contrôle juridictionnel, qui garantira un contrôle judiciaire effectif aux niveaux tant cantonal que fédéral, permet de compenser dans une large mesure les limitations apportées à l'accès au Tribunal fédéral. A cet égard également, le projet de loi est donc compatible avec le droit européen.

9. Commentaire du projet de loi

Chapitre premier: Organisation du Tribunal fédéral

Section 1: Statut

Article premier Autorité judiciaire suprême

Au *1er alinéa*, le Tribunal fédéral est désigné comme étant l'autorité judiciaire suprême, ce qui implique quatre choses:

C'est le Tribunal fédéral et non pas le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale qui rend la justice au plus haut niveau.

Il n'existe pas de tribunal constitutionnel placé au dessus du Tribunal fédéral.

Il n'existe qu'*une seule* juridiction suprême de la Confédération, le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral des assurances n'est plus intégré au Tribunal fédéral sur le plan formel uniquement, mais il l'est entièrement.

Les autres tribunaux de la Confédération sont subordonnés au Tribunal fédéral dans l'ordre des instances (à l'exception des tribunaux militaires).

Le *2e alinéa* fixe une fourchette pour le nombre de juges ordinaires. Contrairement à la réglementation actuellement en vigueur (cf. art. 1, 1er al., OJ), la nouvelle disposition n'arrête pas un chiffre précis pour l'effectif des juges fédéraux. La fourchette prévue permet à l'Assemblée fédérale d'être suffisamment flexible pour élire le nombre de juges fédéraux en fonction de la charge de travail.

Si le Tribunal fédéral compte 30 à 39 juges, il reste gérable, et surtout l'unité de la jurisprudence reste garantie. La limite supérieure (39) correspond à l'effectif actuel (Tribunal fédéral plus Tribunal fédéral des assurances). Cette ouverture vers le bas indique que, grâce aux mesures de décharge prévues dans le projet de loi, on peut envisager une réduction du nombre de juges fédéraux. Ces mesures doivent en outre avoir pour effet de décharger les juges ordinaires (dont la charge de travail est actuellement inacceptable) afin qu'ils aient à nouveau du temps pour l'indispensable travail de réflexion. En outre, il faut s'assurer que le nombre de juges est suffisant pour constituer les sections prévues à l'article 16 P-LTF. C'est pourquoi la loi prévoit 30 juges ordinaires comme effectif minimum du Tribunal fédéral.

Le *3e alinéa* maintient l'institution des juges suppléants. La commission d'experts s'est demandé s'il était encore justifiable pour la juridiction suprême de fonctionner avec un système partiellement de milice, d'autant plus que la Suisse constitue une exception en la matière. Elle a néanmoins décidé de

garder cette formule, qui a fait ses preuves et qui offre la possibilité de connaître les candidats potentiels à une charge de juge ordinaire.

Le changement de terminologie en allemand, à savoir "Ersatzrichter" au lieu de "nebenamtliche Richter" (cf. art. 1 OJ), a été opéré d'une part pour se rapprocher du terme français "suppléants". Par ailleurs, il signale une nouvelle orientation. En effet, la fonction de "juge de milice" doit redevenir celle de véritables membres suppléants, qui remplacent des juges ordinaires indisponibles et sont appelés en renfort en cas de surcharge de travail. Mais il faut éviter qu'ils ne doivent travailler à temps partiel régulièrement - comme c'est le cas aujourd'hui en raison de la surcharge chronique du Tribunal fédéral - et remplacer ainsi un certain nombre de juges ordinaires.

Le nombre de juges suppléants ne doit pas dépasser celui des juges ordinaires. Aujourd'hui, en vertu de l'arrêté fédéral du 23 mars 1984 concernant l'augmentation du nombre des juges suppléants du Tribunal fédéral (RS 173.110.1), ils sont au nombre de 30 auprès du Tribunal fédéral et de 9 au Tribunal fédéral des assurances, soit 39 au total. Ce chiffre ne comprend pas les juges suppléants supplémentaires élus conformément à l'article 1, 3e alinéa, et 123, 2e alinéa, OJ. Cette dernière possibilité sera supprimée.

Article 2 Indépendance

La teneur de cette disposition correspond à celle de l'article 21, 3e alinéa, de l'OJ actuellement en vigueur. La teneur du 1er alinéa, qui souligne le principe essentiel de l'indépendance du Tribunal fédéral, est identique à celle de l'article 180 P-cst. 96 Réforme de la justice.

Article 3 Administration du tribunal

Le *1er alinéa* concrétise le principe, énoncé à l'article 176, 3e alinéa, P-cst. 96 Réforme de la justice, de l'autonomie administrative du Tribunal fédéral. Ce dernier assure lui-même son administration; il n'est pas intégré dans l'administration fédérale, mais doit naturellement respecter les dispositions légales pertinentes. Il constitue les organes administratifs nécessaires à l'administration de la justice et règle les détails dans un règlement.

L'un des éléments primordiaux de l'autonomie administrative réside dans l'autonomie financière. Le Tribunal fédéral peut ainsi disposer librement, dans le cadre défini par la loi, des moyens qui lui sont attribués par le Parlement. Conformément au *2e alinéa*, le Tribunal fédéral tient sa propre comptabilité. Si formellement cette dernière constitue une partie du budget de l'Etat, en vertu du principe de l'unité de celui-ci, elle est concrètement établie directement par le Tribunal fédéral, à l'intention de l'Assemblée fédérale (cf. aussi art. 4, 2e al., P-LTF).

Article 4 Haute surveillance de l'Assemblée fédérale

Le *1er alinéa* correspond à l'article 21, 1er alinéa, de l'OJ en vigueur. Il ressort déjà clairement des dispositions actuelles que la surveillance de la justice par le

législatif n'est pas hiérarchique, mais qu'il s'agit uniquement d'une haute surveillance, dont les limites sont données par l'indépendance des juges.

En vertu du *2e alinéa*, le Tribunal fédéral doit présenter chaque année à l'Assemblée fédérale un rapport sur sa gestion. Le projet de loi mentionne nouvellement le budget, duquel la juridiction suprême répond dorénavant aussi directement devant le Parlement. Le Conseil fédéral n'a pas le droit d'apporter des corrections au projet de budget ni aux demandes de crédits supplémentaires du Tribunal fédéral.

Article 5 *Siège*

Le siège du Tribunal fédéral demeure Lausanne. Etant donné que le Tribunal fédéral des assurances est désormais entièrement intégré au Tribunal fédéral (cf. ch. 5.6.2.) , la Cour des assurances sociales se trouve également à Lausanne. Le siège séparé de Lucerne est supprimé.

Section 2: Juges

Article 6 *Election*

L'autorité qui nomme les juges fédéraux reste l'Assemblée fédérale (*1er alinéa*). La commission d'experts s'est demandé s'il était opportun d'obliger le Parlement à entendre le Tribunal fédéral lors d'élections partielles ou complémentaires. Dans les faits, une telle réglementation aurait toutefois introduit des éléments de cooptation, raison pour laquelle la commission d'experts a renoncé à cette consultation obligatoire.

Conformément au *2e alinéa*, le droit de vote et d'éligibilité en matière fédérale constitue - comme aujourd'hui - la seule condition fixée pour l'éligibilité au Tribunal fédéral. Ce droit est réservé aux citoyens suisses. Quant à l'exigence de la "laïcité" (cf. art. 108, 1er al., cst., art. 2, 1er al., OJ en relation avec art. 75 cst. et art. 133 P-cst. 96), il ressort de la doctrine et de la pratique qu'elle a de tout temps été considérée comme une règle d'incompatibilité, d'où son inscription à l'article 7, 2e alinéa, P-LTF en tant qu'interdiction de revêtir une fonction ecclésiastique.

Article 7 *Incompatibilités*

Le *1er alinéa* consacre le principe de la séparation personnelle des pouvoirs. Il correspond au droit en vigueur (art. 108, 2e al., cst., art. 2, 2e al., OJ).

Le *2e alinéa* tout comme le 1er alinéa s'applique aussi bien aux juges suppléants qu'aux juges ordinaires. L'interdiction qui leur est faite d'avoir une activité qui puisse nuire à l'exercice de leur fonction, à l'indépendance ou à la réputation du tribunal revêt de l'importance surtout pour les suppléants. En effet, on ne peut pas leur interdire d'exercer une profession principale et d'autres activités accessoires, vu qu'on ne fait appel à leurs services que sporadiquement. Cependant, ils doivent s'en tenir aux critères fixés dans cet article. La fonction ecclésiastique n'est en soi pas incompatible avec les critères énoncés, mais elle reste interdite aux juges fédéraux par tradition, ne serait-ce

qu'en raison des dispositions constitutionnelles (cf. art. 133 P-cst. 96 et le commentaire de l'art. 6, 2e al., P-LTF).

Le *3e alinéa* dresse une liste d'incompatibilités pour les juges fédéraux ordinaires, qui existent déjà dans le droit actuellement en vigueur (art. 108, 3e al., cst., art. 3 OJ).

Article 8 Activité accessoire

Cette disposition correspond à l'article 3a de l'OJ en vigueur.

Article 9 Parenté

Cette disposition arrête dans quelle mesure les liens de parenté entre personnes leur interdisent d'exercer simultanément certaines fonctions. Cette règle s'applique aux juges aussi bien ordinaires que suppléants; le terme de "juge" utilisé dans le projet de loi se rapporte donc aux deux catégories.

Le *1er alinéa* régit les liens de parenté non admis au sein du Tribunal fédéral. Cette disposition reprend la teneur du droit en vigueur (cf. art. 4, 1er al., OJ). Le projet propose un renforcement de l'interdiction, à savoir qu'à l'avenir celle-ci ne frappera pas uniquement les conjoints, mais également les personnes qui font durablement ménage commun. Est ainsi visé le concubinage qualifié, tel que l'a défini le Tribunal fédéral en rapport avec l'article 153, 1er alinéa, CC (suppression de la rente en cas de remariage) (ATF 118 II 237 avec les réf.). En effet, une vie commune de ce type est comparable au mariage et constitue par conséquent la même menace pour le principe de la collégialité.

Le *2e alinéa* étend cette interdiction des liens de parenté à d'autres autorités, mais, en ligne collatérale, celle-ci s'arrête aux frères et sœurs. S'agissant de la participation simultanée à différentes autorités, on ne peut définir un cercle trop large de liens de parenté incompatibles, car on risquerait autrement de limiter par trop les possibilités d'exercer certaines fonctions. Ces dernières englobent - comme aujourd'hui - les juges d'instruction fédéraux et les représentants du Ministère public de la Confédération (cf. art. 4, 1er al., OJ). Sont explicitement cités dans la nouvelle disposition les autres autorités judiciaires de la Confédération. L'indépendance entre les instances successives est menacée si, par exemple, des frères et sœurs siègent au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral. Cette disposition introduit au surplus une innovation importante en ce qu'elle étend l'exclusion des liens de parenté aux deux autres pouvoirs. Cette modification se justifie au regard de la séparation des pouvoirs au niveau des personnes, tant il est vrai que ce principe peut être compromis si, par exemple, un conjoint est juge fédéral et que l'autre est conseiller fédéral. Par rapport à l'Assemblée fédérale, un autre motif encore réside dans l'exercice impartial des compétences parlementaires d'élire les juges et d'exercer la haute surveillance sur le Tribunal fédéral.

Article 10 Durée des fonctions

Cette disposition correspond à l'article 5 de l'OJ actuellement en vigueur. La durée des fonctions de six ans est par ailleurs nouvellement arrêtée dans la constitution (cf. art. 135, 2e phrase, P-cst. 96).

Article 11 Serment

Aujourd'hui, les juges fédéraux sont assermentés en règle générale par le Tribunal fédéral (art. 9, 2e al., OJ). Dorénavant, ils prêteront serment ou feront leur promesse solennelle dans tous les cas devant l'Assemblée fédérale. La solennité de cet engagement s'en trouvera renforcée et l'égalité avec le Conseil fédéral sera ainsi réalisée, celui-ci prêtant également serment devant les deux Chambres réunies.

Article 12 Obligation de résidence

Cette disposition correspond à l'article 19, 2e alinéa, OJ.

Section 3: Organisation

Article 13 Principe

La loi arrête les principaux points de l'organisation. Dans les limites ainsi définies, le Tribunal fédéral règle librement son organisation interne. En vertu de son autonomie administrative, il peut lui-même créer les services nécessaires et nommer son personnel.

Article 14 Présidence

Cette disposition correspond à l'article 6 de l'OJ en vigueur, complété par une adjonction stipulant que le président du Tribunal fédéral préside la cour plénière (2e alinéa, 2e phrase), ce qui est déjà le cas actuellement en vertu du règlement (cf. art. 22, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1).

Article 15 Cour plénière

Le *1er alinéa* commence par définir la cour plénière comme étant l'ensemble des juges ordinaires, en conformité avec le droit en vigueur (cf. art. 19, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1). Ses attributions englobent tous les éléments importants de l'administration de la justice, y compris les élections. L'adoption de règlements relève donc de la compétence de la cour plénière.

Le *2e alinéa* stipule nouvellement dans la loi que les décisions par voie de circulation sont autorisées. Dans le droit en vigueur, cette possibilité n'est prévue qu'au niveau du règlement (art. 20, 1er al., Règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1).

Article 16 Sections

En vertu du *1er alinéa*, le Tribunal fédéral est subdivisé en plusieurs sections: plusieurs cours de droit public, deux ou plusieurs cours civiles et une cour pénale. La structure du Tribunal fédéral s'en trouve considérablement simplifiée par rapport à la configuration actuelle (cf. art. 12 et 122 OJ). La création prévue d'un Tribunal pénal fédéral rend en particulier superflues les autorités judiciaires pénales selon l'article 12, 1er alinéa, lettres d, e et f, ainsi que 2e alinéa de l'OJ en vigueur. Il n'existe plus non plus de cour spéciale pour les assurances sociales. La justice dans cette dernière matière sera rendue par les cours de droit public. L'attribution détaillée des domaines aux différentes cours sera arrêtée dans un règlement. Cette solution présente l'avantage que la répartition des compétences peut être modifiée sans amendement de la loi.

La constitution de sections appartient au Tribunal fédéral, comme c'est le cas en vertu des dispositions actuellement en vigueur. Selon le *2e alinéa*, il doit tenir compte ce faisant des connaissances particulières des juges. Cette disposition est nouvelle; elle remplace le principe de l'ancienneté appliqué jusqu'ici. Il n'apparaît pas judicieux de nommer un juge expérimenté dans un domaine à une fonction dans un tout autre domaine. C'est ce que la nouvelle réglementation veut éviter.

Le *3e alinéa* correspond à l'article 12, 3e alinéa, de l'OJ en vigueur. Il permet de rééquilibrer la charge de travail.

Article 17 Présidence des sections

Cette disposition correspond à l'article 13, alinéas 1 et 2, de l'OJ actuellement en vigueur.

Article 18 Composition

Les dispositions relatives à la composition des sections sont semblables au droit actuel (cf. art. 15 OJ).

Le *1er alinéa* stipule qu'en règle générale les juges siègent au nombre de trois. La précision "en règle générale" tient compte des exceptions selon les alinéas 2 et 3 et l'article 19 P-LTF. Hormis les cas expressément cités dans ces dispositions, il est interdit de s'écarter de la composition de trois juges.

La composition de cinq juges est prévue lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions juridiques de principe ou lorsque le président de la section l'ordonne (*2e alinéa*). Par souci de rapidité de la procédure, cette disposition ne vaut pas pour les recours contre des décisions des autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite; dans ces cas, les juges siègent toujours au nombre de trois. La proportion des affaires examinées dans une composition de cinq juges devrait augmenter, étant donné qu'en vertu de la nouvelle réglementation de l'accès au Tribunal fédéral (art. 94 ss. P-LTF), le nombre de cas dans lesquels ne se pose aucune question juridique de principe devrait considérablement diminuer.

Le *3e alinéa* énumère, à l'instar de l'actuel article 15, 3e alinéa, OJ, les cas dans lesquels les sections siègent dans la composition de sept juges. Il s'agit

d'une part des recours portant sur la validité d'actes normatifs cantonaux soumis au référendum; peu importe que cet acte soit attaqué directement (en raison d'une absence de voies de droit internes dans le canton concerné) ou qu'un recours soit interjeté contre une décision cantonale sur un recours contre un tel acte. D'autre part, la composition de sept juges est prévue pour statuer sur les recours contre des décisions cantonales sur la recevabilité d'une initiative ou sur l'exigence d'un référendum.

Article 19 Contrôle des lois fédérales

Cette disposition prévoit - en rapport avec l'article 178 P-cst. 96 Réforme de la justice et l'article 89 P-LTF, introduisant nouvellement le contrôle concret des normes contenues dans les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale - une réglementation spéciale des compétences et de la procédure. Elle représente de fait une certaine protection pour les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale en ce qu'elle prévoit une procédure plus lourde pour déclarer ces actes incompatibles avec des droits constitutionnels ou le droit international et, partant, inapplicables dans le cas d'espèce. En effet, cette procédure spéciale n'est mise en oeuvre que si la section compétente éprouve des *doutes sérieux* quant à la compatibilité d'une disposition applicable d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral de portée générale avec des droits constitutionnels, le droit international ou des compétences cantonales garanties par la constitution. En l'absence de tels doutes, l'article 19 P-LTF n'est pas applicable; la cour siège alors dans sa composition ordinaire selon l'article 18 P-LTF. Telle est la condition posée au début du *1er alinéa*.

Cette réglementation spéciale comprend les éléments suivants:

La section compétente pour statuer sur la cause se réunit avec une section de droit public (*1er alinéa*). Il ne doit pas toujours s'agir de la même section de droit public; elles entrent toutes en ligne de compte.

L'instance qui examine la cause comprend onze juges: cinq appartiennent à la section compétente pour statuer sur la cause et cinq à la section de droit public adjointe, auxquels s'ajoute le président du Tribunal fédéral, qui assume la présidence (*2e alinéa*). La taille de cette juridiction accroît dans une certaine mesure sa légitimité vis-à-vis du législateur.

Il y a deux juges rapporteurs, le second étant désigné par le président du Tribunal fédéral dans les rangs de la section de droit public adjointe (*3e alinéa*).

Cette juridiction élargie ne statue pas uniquement sur la question de l'incompatibilité de la disposition contestée avec la constitution ou le droit international, mais sur l'ensemble de la cause (*1er alinéa in fine*). Il n'est pas toujours possible de faire une distinction stricte entre ces deux éléments, ce d'autant moins que le Tribunal fédéral est investi, en vertu de l'article 178, 3e alinéa, P-cst. 96 Réforme de la justice, d'un large pouvoir de décision, qui lui permet notamment de se limiter à constater une incompatibilité avec la constitution ou le droit international tout en rejetant le recours.

Article 20 Vote

Cette disposition correspond à l'article 10 OJ.

Article 21 Juge unique

Cette disposition reprend dans la loi la pratique en vigueur. Lorsqu'il s'agit d'une cause devenue sans objet, peu importe pour quels motifs, c'est le juge chargé de l'instruction qui statue comme juge unique. Cette règle s'applique aussi à la radiation en cas de retrait du recours ou de transaction. Abstraction faite des suites de frais, il ne reste guère matière à décider dans de tels cas; le traitement par un juge unique se justifie donc parfaitement; il s'impose même si l'on veut un traitement diligent des affaires. L'article 30, 1er alinéa, P-LTF définit quel est le juge chargé de l'instruction.

Article 22 Répartition des affaires

Les questions de répartition des affaires se posent à divers égards au Tribunal fédéral. Il convient d'abord d'attribuer les cas déposés aux différentes sections. Au sein de ces dernières, il faut ensuite désigner les juges appelés à statuer sur le cas (composition de la cour). Parmi eux, il faut nommer le juge chargé de l'instruction, auquel revient un rôle important. Au besoin, on fera en outre appel à des juges suppléants. La répartition des affaires ne peut être laissée au libre arbitre de quelques uns, en raison du risque de manipulation. Autant que possible, il faut en conséquence l'arrêter dans le règlement par des prescriptions générales et abstraites, définissant à tout le moins les critères selon lesquels elle devra se faire. L'article 22 P-LTF énonce clairement - contrairement à l'article 14 de l'OJ en vigueur - que le règlement doit aussi contenir des dispositions sur la composition des sections appelées à juger et la désignation de juges suppléants.

Article 23 Changement de jurisprudence

Le *1er alinéa* reprend la teneur de l'article 16, 1er alinéa, de l'OJ en vigueur.

Le *2e alinéa* introduit expressément la possibilité de prendre des décisions par voie de circulation. Ce mode de décision est déjà pratiqué en partie aujourd'hui. Il simplifie la procédure et correspond à un besoin d'ordre pratique, surtout dans des cas qui font l'unanimité.

Article 24 Greffiers et collaborateurs personnels

Selon le *1er alinéa*, c'est le Tribunal fédéral qui, comme aujourd'hui, nomme les greffiers et les collaborateurs personnels des juges. Il n'est rien dit sur le personnel administratif, y compris les collaborateurs scientifiques (par ex. service de documentation); la compétence de les nommer appartient déjà au Tribunal fédéral en vertu de l'article 3, 1er alinéa, P-LTF. En vertu de son autonomie administrative (art. 3, 1er al., P-LTF), la Cour suprême décidera dorénavant elle-même du nombre de ses greffiers, des collaborateurs personnels des juges et des autres collaborateurs scientifiques. La nouvelle loi

ne reprend pas la disposition de l'article 7, 1er alinéa, OJ, selon laquelle c'est l'Assemblée fédérale qui fixe, parallèlement au budget, le nombre de greffiers, de secrétaires et d'autres collaborateurs scientifiques, y compris les collaborateurs personnels des juges. Le Tribunal fédéral est le mieux à même d'estimer ses besoins en personnel et de décider quelle part de ses moyens financiers il veut y consacrer. La compétence d'adopter le budget reste entre les mains de l'Assemblée fédérale.

Cette disposition apporte une autre innovation: le droit en vigueur fait une distinction entre greffiers et secrétaires (cf. par ex. à l'art. 7 OJ). Cependant, étant donné qu'il n'y a pas de différence entre ces deux fonctions, le P-LTF renonce à la catégorie des secrétaires. L'ensemble du texte ne fait plus mention que des greffiers. Cette simplification n'exclut pas pour autant que la catégorie unique puisse comprendre des juristes appartenant à différentes classes de traitement.

Le *2e alinéa* maintient la durée des fonctions à six ans pour les greffiers (vu l'utilisation faite de ce terme, cela englobe les secrétaires) (cf. art. 7, 2e al., OJ).

Article 25 Secrétaire général

La direction de l'administration du tribunal incombe au secrétaire général. Il doit en particulier assumer la fonction de chef du personnel. En outre, il assure le secrétariat de la cour plénière et des organes administratifs. Vu l'importance de ces fonctions, il apparaît justifié d'arrêter ce poste dans la loi et de prévoir une durée des fonctions de six ans également pour le secrétaire général. Actuellement, la base juridique ne se trouve qu'au niveau réglementaire (art. 29 du règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1; art. 11a du règlement du Tribunal fédéral des assurances, RS 173.111.2).

Article 26 Information

Le *1er alinéa* oblige le Tribunal fédéral à informer le public sur sa jurisprudence. Cette obligation revêt une grande importance eu égard à la force de précédent des arrêts rendus par les juges suprêmes. C'est pourquoi la loi la cite expressément. Aujourd'hui, l'information du public par le Tribunal fédéral n'est prévue qu'au niveau du règlement (art. 18 du règlement du Tribunal fédéral, RS 173.111.1), alors qu'il existe une disposition légale pour le Tribunal fédéral des assurances (art. 127, 5e al., OJ; voir aussi art. 22 du règlement du Tribunal fédéral des assurances, RS 173.111.2). L'organe de publication ne doit pas forcément rester le Recueil officiel. La nouvelle disposition dit "publiés officiellement" afin de laisser la voie ouverte à tous les modes de publication modernes. Chaque section décide lesquels de ses arrêts elle publiera.

Le *2e alinéa* offre au Tribunal fédéral la base légale pour prescrire l'accréditation pour la chronique de l'activité judiciaire. Les conditions d'octroi de l'accréditation ainsi que la procédure pourront être fixées dans le règlement.

Chapitre deuxième: Dispositions générales de procédure

Section 1: Compétence

Article 27 Examen

C'est un principe général qu'un tribunal saisi vérifie d'office sa compétence à raison de la matière, du lieu et de la fonction (*1er al.*). La réglementation sur l'attribution des compétences détermine en outre le juge naturel (art. 58 cst.; art. 26 P-cst. 96).

En cas de doute sur la compétence, le Tribunal fédéral procède, selon le 2^e *alinéa*, à un échange de vues avec l'autorité dont la compétence lui paraît entrer en ligne de compte. Une disposition analogue vaut actuellement pour la procédure du recours de droit public et celle du recours de droit administratif (art. 96, 2^e al., et art. 113 OJ). Dorénavant, il sera également possible de mener un tel échange de vues avec des autorités cantonales (par ex. si l'épuisement des instances cantonales n'est pas clairement établi).

Article 28 Incompétence

Selon le 1^{er} *alinéa*, le Tribunal fédéral prend une décision d'irrecevabilité s'il estime qu'il n'est pas compétent pour juger une affaire. C'est également le cas si une autre autorité lui paraît être compétente ou s'est déclarée disposée, lors d'un échange de vues, à connaître de l'affaire. Restent toutefois réservés les cas prévus à l'article 85, ch. 13, cst. (art. 161, 1^{er} al., let. h, P-cst. 96).

Le 2^e *alinéa* prévoit que l'affaire qui a fait l'objet d'une telle décision d'irrecevabilité sera, le cas échéant, transmise à l'autorité compétente (cf. art. 32, 5^e al., et art. 96, 1^{er} al., OJ).

Article 29 Questions préjudicielles

Cette disposition correspond à l'article 96, 3^e *alinéa*, OJ.

Section 2: Conduite du procès

Article 30 Juge chargé de l'instruction

La conduite du procès incombe au juge chargé de l'instruction, lequel est soit le président de la section soit le juge désigné par lui. Dorénavant, c'est également le juge chargé de l'instruction qui décide des mesures provisionnelles (art. 98, 3^e al., et art. 99 P-LTF) et non plus systématiquement le président de la section (art. 14, 2^e al., 70, 2^e al., 94, 111, 2^e al., 142 OJ; art. 272, 7^e al., PPF).

Article 31 Discipline

Cette disposition correspond dans une large mesure au droit en vigueur (art. 31 et art. 13, 5^e al., OJ). Le montant maximal de l'amende est adapté à la réalité actuelle. En ce qui concerne les moyens d'assurer la police de l'audience, au

3^e *alinéa*, la détention du perturbateur a été supprimée, car elle n'a pour ainsi dire jamais été utilisée.

Section 3: Récusation

Article 32 Motifs de récusation

La distinction faite dans le droit actuellement en vigueur entre récusation obligatoire et récusation facultative est abandonnée. Les motifs de récusation sont énumérés au 1^{er} *alinéa*, de façon analogue à la liste dressée dans la PA, et complétés par une clause générale (*let. d*). Ils doivent être pris en compte d'office.

Article 33 Obligation d'annoncer

Cette disposition prévoit, comme le droit en vigueur (art. 24 OJ), une obligation pour les magistrats et les fonctionnaires judiciaires d'annoncer qu'ils sont concernés par les prescriptions sur la récusation.

Article 34 Demande de récusation

Les *alinéas* 1 et 2 reprennent pour l'essentiel les dispositions en vigueur (art. 25, 1^{er} et 2^e al. OJ). Si la demande de récusation est déposée trop tard, le 3^e *alinéa* prévoit la possibilité de l'irrecevabilité et non plus uniquement la condamnation au paiement des frais occasionnés (art. 25, 3^e al., OJ).

Article 35 Décision

Si le motif de récusation selon l'article 33 ou 34 est contesté par une partie ou un juge, la section doit se prononcer sur la récusation. Le magistrat ou le fonctionnaire judiciaire visé ne participe pas à cette prise de décision et doit donc être remplacé. Cette réglementation correspond à celle qui est en vigueur actuellement (art. 26, 1^{er} al., OJ).

Article 36 Violation des prescriptions sur la récusation

Le 1^{er} *alinéa* stipule que l'annulation des opérations auxquelles a participé une personne récusable doit être demandée aussitôt que l'on a connaissance des motifs de récusation. Le droit en vigueur octroie un délai de trente jours pour ce faire (art. 28, 1^{er} al., OJ).

Si des mesures probatoires ne peuvent pas être renouvelées, par exemple parce que le témoin entendu est décédé, le 2^e *alinéa* prévoit qu'elles peuvent néanmoins être prises en considération par le tribunal jugeant le cas, même si, à l'époque des faits, les prescriptions sur la récusation ont été violées.

La réserve de la révision prévue au 3^e *alinéa* correspond au droit en vigueur.

Section 4: Parties, mandataires, mémoires

Article 37 Domicile

La réglementation relative au domicile où les notifications peuvent être adressées est reprise du droit en vigueur (art. 29, 4e al., OJ); elle n'a subi qu'une adaptation d'ordre rédactionnel.

Article 38 Mandataires

Il appartient à une tradition bien établie en Suisse qu'une partie puisse conduire seule un procès jusqu'au Tribunal fédéral. Si elle souhaite toutefois se faire représenter, elle doit, pour les affaires civiles ou pénales, mandater un avocat titulaire d'une patente suisse ou éventuellement un professeur de droit d'une université suisse. Il ne faut pas sous-estimer la surcharge des tribunaux due aux recours irrecevables; l'introduction d'une obligation de faire appel à un avocat ou l'extension du monopole de représentation des avocats à tous les domaines du droit permet de limiter le nombre de tels recours. La commission d'experts Dubs s'était d'ailleurs déjà penchée longuement sur les avantages et inconvénients de ces deux mesures. Elle avait écarté la représentation obligatoire, au motif qu'elle était incompatible avec la tradition juridique suisse. En revanche, elle s'était prononcée pour l'extension du monopole des avocats à toutes les procédures devant le Tribunal fédéral; elle en attendait un certain effet de "crible" (Rapport final de janvier 1982; ch. 232). Au vu des réactions négatives lors de la consultation, le Conseil fédéral avait renoncé à introduire le monopole des avocats en tant que possible mesure de décharge (FF 1985 II 806 ss, 1991 II 472). La commission a réexaminé en détail ces deux mesures et a conclu - en opposition avec l'avis exprimé dans le rapport intermédiaire - qu'il était judicieux d'étendre le monopole des avocats (*1er al.*). La différenciation selon les domaines du droit ne lui a pas semblé justifiée; en outre, la procédure d'examen préalable proposée (art. 94 ss P-LTF) exige du représentant d'une partie qu'il soit versé dans les questions de procédure.

Quant à l'admission d'avocats titulaires de brevets étrangers (*2e al.*), elle doit être réglée non pas dans le P-LTF, mais dans le cadre d'accords, le plus souvent bilatéraux (avec l'UE par exemple). En attendant que de tels accords soient conclus, on peut maintenir la clause d'exception, assez large, prévue dans le droit en vigueur (art. 29, 3e al., OJ). La clause de réciprocité doit toutefois être abrogée, car sa conformité avec le GATS est douteuse.

Il n'apparaît pas nécessaire de modifier les dispositions des *alinéas 3 et 4* relatives à l'obligation des mandataires de justifier de leurs pouvoirs par une procuration écrite (cf. art. 29, 1er al., OJ) et à la décision du tribunal en cas de contestation des honoraires (cf. art. 161 OJ).

Article 39 Incapacité de procéder

La disposition concernant la représentation obligatoire lorsqu'une partie n'est ostensiblement pas en mesure de procéder elle-même est reprise telle quelle du droit en vigueur (art. 29, 5e al., OJ).

Article 40 Mémoires

Les dispositions arrêtant les exigences posées aux mémoires et concernant la réparation des vices qui les affectent s'appuient sur les articles 30 et 108 de l'OJ en vigueur.

L'*obligation de motiver* prescrite au *1er alinéa* n'est pas nouvelle en soi. Les mémoires doivent être présentés conformément aux formes procédurales prescrites et aux violations du droit invoquées. Pour ce qui concerne plus spécialement les *recours*, l'obligation de motiver revêt une importance toute particulière en rapport avec d'autres dispositions du projet: le mémoire de recours doit établir dans quelle mesure l'acte attaqué viole une norme juridique selon l'article 88 P-LTF ou repose sur une constatation inexacte des faits pouvant être critiquée en vertu de l'article 90 P-LTF. Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur un recours que dans la mesure où il contient un motif de recours recevable. Au besoin, le recourant doit en outre démontrer que la violation du droit invoquée a une influence sur la décision. (art. 95, 1er al., let. d, P-LTF). Le Tribunal fédéral n'est pas tenu d'examiner des griefs qui ne sont pas expressément invoqués (art. 101, 2e al., P-LTF), tout comme il peut déclarer irrecevables des griefs certes invoqués, mais insuffisamment motivés (art. 95, 1er al., let. c, P-LTF). Etant donné que le Tribunal fédéral peut également déclarer un recours inadmissible lorsqu'il ne soulève aucune question juridique de principe et ne concerne pas un différend pouvant entraîner des conséquences graves (art. 95, 2e al., P-LTF), le recourant doit également s'exprimer sur ces points.

Si un mémoire présentant un vice réparable (*4^e et 5^e*) n'est pas corrigé dans le délai imparti, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur l'écriture ou l'écarte du dossier, selon qu'il s'agit d'un recours ou d'une détermination.

Section 5: Délais (art. 41 à 47)

La section consacrée aux délais est reprise presque telle quelle du droit en vigueur. Les modifications sont uniquement d'ordre rédactionnel ou systématique, à l'exception des points ci-dessous.

Pour le calcul du délai, il est précisé que la question de l'existence d'un jour férié cantonal doit être jugée d'après le droit du canton dans lequel a été rendue la décision attaquée (*art. 41, 3e al.*).

Les délais fixés en jours par la loi seront désormais prolongés d'un jour, plus précisément ils ne courront plus jusqu'au 1er janvier uniquement, mais jusqu'au 2 janvier inclusivement (*art. 42, 1er al., let. c*). Le libellé de l'article 44 n'exclut pas la possibilité de transmettre des mémoires par télécopieur ou par Internet. Le législateur a renoncé à réglementer ce point de manière détaillée afin que la pratique du Tribunal fédéral puisse être adaptée au fur et à mesure aux développements de la technique. Le délai pour la présentation d'une demande de restitution passe de 10 à 30 jours à compter de celui où l'empêchement a cessé (*art. 46, 1er al.*), ne serait-ce que parce que l'acte omis doit être exécuté dans le même délai.

Si, dans des affaires de poursuite pour dettes et de faillite, ce sont les autorités de surveillance qui décident (art. 17 ss LP), c'est la réglementation des délais de la LP qui s'applique (*art. 47*).

Section 6: Valeur litigieuse (art. 48 à 50)

Comme c'était le cas jusqu'à présent, c'est avant tout dans les procès civils que les questions relatives à la détermination de la valeur (en argent) de l'objet litigieux jouent un rôle. Dans la procédure d'examen préalable proposée, un recours en matière civile ne peut pas être déclaré inadmissible lorsque la valeur litigieuse atteint 100 000 francs (art. 95, 2e al., let. b ch. 2, P-LTF). Les prescriptions du droit en vigueur sur le calcul de la valeur litigieuse peuvent être reprises pratiquement sans modification. Les adaptations sont uniquement d'ordre rédactionnel.

Il est toutefois précisé que la valeur litigieuse déterminée selon les conclusions de la demande devant la juridiction précédente vaut aussi pour la procédure de recours (*art. 48, 1er al.*).

Section 7: Langue du procès (art. 51)

Les dispositions sur la langue du procès font désormais l'objet d'un article spécifique. Le droit en vigueur se contentait de mentionner la langue dans laquelle devaient être rédigés les mémoires (art. 30, 1er al., OJ) et les arrêts (art. 37, 3e al., OJ). Le droit des parties de choisir l'une des langues officielles était cependant déjà applicable à l'ensemble du procès de par la constitution.

Le nouvel article constitutionnel sur les langues entraîne toutefois certaines modifications, puisque sous certaines conditions le romanche est également admis comme langue officielle (art. 116, 4e al., cst.). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette réglementation vaut tout au moins lorsqu'une commune ou une personne romanche interjette un recours contre la décision d'une instance du canton des Grisons (ATF 122 I 95 consid..1.). Conformément à l'article 14, 3e alinéa, de la loi sur les publications officielles et à l'article 11 de l'ordonnance qui en découle, le Tribunal fédéral a rédigé l'arrêt susmentionné en rumantsch grischun, mais a publié simultanément sa traduction en langue allemande.

Comme c'est déjà le cas dans le droit en vigueur, c'est la langue de la décision attaquée qui détermine celle de la procédure de recours, à moins que les parties ne parlent une autre langue officielle (*1er al.*). Dans une procédure par voie d'action, la langue (officielle) des parties doit être prise en compte (*2e al.*). Si l'une des parties ne maîtrise pas la langue officielle, le tribunal ordonne la traduction de toutes les pièces écrites et des déclarations orales qu'elle doit comprendre pour le déroulement du procès (cf. à ce propos ATF 118 Ia 462 ss). Cette prescription faisant l'objet du *3e alinéa* correspond à celle de l'article 4, 2e alinéa, PCF.

Section 8: Procédure probatoire

Article 52 Principe

Il n'est pas nécessaire de prévoir de prescriptions spécifiques sur la procédure probatoire. En effet, il suffit de renvoyer aux dispositions du titre septième de la loi de procédure civile fédérale (*1er al.*).

Le *2e alinéa* reprend le contenu de l'article 95, 1er alinéa, OJ (cf. aussi art. 113 et 143, 4e al., OJ).

Par souci de clarté et de complétude, le *3e alinéa* répète la disposition de l'article 5, 3e alinéa, PCF.

Article 53 Présence des parties et consultation des pièces

Les *alinéas 1* et *2* se recoupent en large partie avec l'article 38 PCF, qui n'est pas compris dans le renvoi de l'article 52 P-LTF. La disposition mentionne en outre les intérêts publics qui, au même titre que les intérêts privés (en particulier les secrets d'affaires), peuvent justifier l'exclusion d'une partie de l'administration d'une preuve ou de la consultation d'une pièce.

Le *3e alinéa* arrête, en s'appuyant sur l'article 28 PA, comment il convient de procéder si le moyen de preuve en question doit être utilisé au désavantage de la partie exclue.

Section 9: Procédure de jugement

Article 54 Débats

Les éventuels débats doivent être ordonnés par le président de la section (cf. art. 62, 1er al., 112, 143, 3e al., OJ; art. 276, 2e al., PPF). Comme c'était le cas jusqu'ici, les débats resteront l'exception, d'autant plus que le Tribunal fédéral ne procédera plus, par principe, au contrôle des faits (art. 100 P-LTF).

Article 55 Délibération

Bien que la systématique de l'OJ en vigueur donne l'impression que la délibération en audience constitue le principal moyen pour parvenir à la décision, le Tribunal fédéral statue par voie de circulation dans la majorité des cas (art. 36a et 36b OJ). Il serait totalement irréaliste de vouloir remettre l'accent sur la délibération publique sans limitation drastique de l'accès à la juridiction suprême. C'est pourquoi le *1er alinéa* érige en règle générale la procédure par voie de circulation. Contrairement au droit actuel, la nouvelle loi n'exige plus l'unanimité. Cette modification rend superflus les efforts, parfois quelque peu problématiques, pour parvenir à l'unanimité dans un nombre maximum de cas.

Comme c'était le cas jusqu'à présent, un juge peut demander la délibération en audience (*2e al.*). Incombe au président de la section la responsabilité particulière de faire en sorte que tout au moins les décisions de principe soient

délibérées en audience, raison pour laquelle il est expressément mentionné dans cette disposition.

Article 56 Publicité

Dans les cas où il n'est pas statué par voie de circulation, le *1er alinéa* dicte la publicité des délibérations et des votes ainsi que des débats qui auraient été ordonnés. Cette règle correspond au droit en vigueur (art. 17, 1er al., OJ); sa portée est toutefois considérablement limitée, vu que le Tribunal fédéral statue ordinairement par voie de circulation (art. 55 P-LTF).

La publicité des délibérations et des votes du Tribunal fédéral découle d'une longue tradition. Le public et notamment les médias peuvent ainsi exercer un certain contrôle et prévenir de cette manière une possible méfiance quant à un pouvoir excessif des juges suprêmes dans un Etat démocratique. En outre, étant donné que les juges répondent chacun de leurs actes directement devant l'opinion publique, ils ont davantage conscience de leur responsabilité. Par ailleurs, une délibération en audience permet d'exprimer publiquement un avis minoritaire, ce qui n'est guère possible dans une décision écrite, ou alors seulement de manière très limitée. Enfin, pouvoir suivre la manière dont le tribunal débat leurs arguments peut donner confiance aux parties.

Le *2e alinéa* reprend le contenu de l'article 17, 3e alinéa, OJ. Cette disposition offre, en relation avec l'article 55 P-LTF, une marge de manoeuvre suffisante pour exclure les parties ou un public plus large de la procédure de jugement. Les exceptions prévues à l'article 17, alinéas 1 et 2, OJ ne doivent dès lors plus être mentionnées expressément.

Dans le cadre de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF), les délibérations publiques iraient à l'encontre de la règle de diligence. D'où l'exception prévue au *3e alinéa*.

Article 57 Communication de la décision

Le *1er alinéa* reprend la teneur de l'article 37, 2e alinéa, OJ.

Dans le cas d'une décision rendue en audience de délibération (publique), le dispositif sera communiqué aux parties sans délai (*2e al.*). Si la décision est arrêtée à ce moment-là, il peut en revanche s'écouler un certain temps jusqu'à ce que les motifs soient rédigés dans leur forme définitive.

Article 58 Force de chose jugée

Cette disposition correspond à l'article 38 OJ.

Section 10: Frais (art. 59 à 65)

Quant au fond, les dispositions relatives aux frais judiciaires et aux dépens peuvent pour l'essentiel être reprises telles quelles. Les adaptations sont surtout d'ordre rédactionnel.

Si une partie qui a saisi le tribunal ne donne pas suite à l'ordre du juge chargé de l'instruction de fournir une avance de frais ou des sûretés en garantie des dépens, l'*article 59, 3e alinéa*, stipule que l'acte de recours sera irrecevable, sans qu'un délai supplémentaire ne doive être fixé (cf. aussi art. 63, 4e al., PA).

Les conditions pour l'octroi de l'assistance judiciaire restent inchangées (*art. 61*), mais la compétence pour prendre cette décision est expressément attribuée au juge chargé de l'instruction.

Les principes régissant l'imputation des frais du Tribunal fédéral (*art. 62*) et de la procédure antérieure (*art. 63*) sont repris du droit en vigueur. Les frais judiciaires sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (*art. 62, 1er al.*) ou qui les a causés inutilement (*art. 62, 3e al.*), à moins qu'il ne s'agisse de la Confédération, d'un canton ou d'une commune, ou nouvellement aussi d'un organisme chargé de tâches de droit public, pour autant toutefois qu'ils agissent en vertu de leurs attributions officielles et que leurs intérêts pécuniaires ne soient pas en cause (*art. 62, 4e al.*).

La réglementation du calcul des frais judiciaires (*art. 64*) est simplifiée; le montant maximum exigible dans les contestations pécuniaires est porté à 100 000 francs.

Section 11: Exécution (art. 66 à 68)

Le projet contient désormais expressément une disposition analogue aux articles 40 PA et 75 PCF, en vertu de laquelle les décisions qui imposent le paiement d'une somme d'argent ou la fourniture d'une sûreté pécuniaire sont exécutées conformément à la LP (*art. 66*).

Pour les autres décisions, les dispositions du droit en vigueur ont été reprises, dont l'obligation faite aux cantons d'exécuter les arrêts du Tribunal fédéral comme ceux de leurs propres tribunaux (*art. 67, 1er al.*). Si la décision de première instance émane d'une autorité administrative fédérale, l'exécution obéit aux articles 41 à 43 PA (*art. 67, 2e al.*), alors qu'on appliquera les articles 74 à 78 PCF si le Tribunal fédéral a rendu son arrêt à la suite d'une action (*art. 67, 3e al.*).

Le recours au Conseil fédéral reste réservé comme par le passé si l'exécution d'un arrêt du Tribunal fédéral est défectueuse (*art. 68*).

Section 12: Dispositions supplétives (art. 69)

Plusieurs articles du projet renvoient directement à diverses dispositions de la loi de procédure civile fédérale (cf. art. 52, 1er al., art. 67, 3e al., art. 106, 2e al., P-LTF). A titre de droit supplétif, on peut, comme aujourd'hui, s'appuyer sur d'autres dispositions de la PCF. Le terme "par analogie" souligne la nécessité de vérifier soigneusement si et comment une disposition de la PCF peut être appliquée, sans que cela crée une contradiction avec la ratio legis de la loi sur le Tribunal fédéral.

Chapitre troisième: Le Tribunal fédéral juridiction de recours

Section 1: Recours en matière civile

Article 70 Principe

Le recours en matière civile couvre un champ très vaste. Il ne comprend pas uniquement les affaires civiles au sens strict, mais également certaines affaires de droit public qui ont un rapport étroit avec le droit civil (cf. 2e al.), ainsi que les affaires dites de poursuite pour dettes et de faillite, qui représentent elles aussi un domaine très étendu. Si cet assemblage peut surprendre d'un point de vue doctrinal, elle n'est absolument pas due au hasard, mais découle de réflexions pragmatiques et pratiques.

Les *affaires civiles* sont toutefois placées au premier plan; ce terme doit être compris dans le même sens que dans le droit en vigueur, c'est-à-dire qu'il comprend les contestations de droit civil (pécuniaires ou non), tout comme les affaires civiles non contentieuses (les actes de juridiction gracieuse, tels que l'invalidation d'un titre). Le *1er alinéa* attribue ainsi au recours tout d'abord les domaines des actuels recours en réforme et en nullité. Dans l'organisation judiciaire fédérale, il ne sera donc plus nécessaire de faire la distinction, pas toujours facile à établir, entre les contestations de droit civil et les simples affaires civiles.

Dans la même phrase, le 1er alinéa mentionne aussi les *affaires de poursuite pour dettes et de faillite*. Cela ne signifie pas que les mesures de poursuite devront désormais être considérées comme relevant du droit civil, mais simplement qu'elles sont soumises au recours en matière civile. Sont en premier lieu des affaires de poursuite les contestations *relevant du droit de poursuite*, qui sont jugées par un *tribunal*: à commencer par les affaires relevant *purement du droit de poursuite* (à savoir les affaires relevant de la procédure sommaire au sens de l'art. 25, ch. 2, LP, telles que mainlevée, ouverture de la faillite, autorisation de séquestre, procédure de concordat, mais aussi action en constatation du retour à meilleure fortune par la voie de la procédure accélérée selon l'art. 265a, 4e al., LP); viennent ensuite les contestations relevant du droit de poursuite ayant des *répercussions* sur le droit matériel (par ex. les différends judiciaires sur la revendication, la disjonction et la collocation). De l'autre côté, on trouve les *recours* sur lesquels statue par l'*autorité de surveillance* (art. 17 ss LP).

Ne sont par contre pas des affaires de poursuite les contestations de *droit matériel*, qui sont provoquées par une poursuite (par ex. action en reconnaissance ou en contestation de dette): si le différend concerne une créance de droit privé, on est en présence d'une affaire civile proprement dite; s'il s'agit de constater une créance de droit public (par ex. une créance fiscale dans le cadre de la procédure de l'art. 79, 2e al., LP), on est en présence d'une affaire de droit public et c'est alors le recours en matière de droit public (art. 76 ss P-LTF) qui entre en ligne de compte.

Il est vrai que la totalité des affaires LP - affaires judiciaires et recours - sont en soi de droit public. Elles sont néanmoins toutes attribuées au recours en matière civile, parce que le droit civil doit pratiquement toujours être appliqué *préjudiciellement*: l'exécution se fait toujours dans le patrimoine privé du

débiteur, dans ses droits patrimoniaux absolus et relatifs; l'exécution forcée ne se conçoit donc pas sans application du droit privé (par ex. lors de la constatation de la masse active, du rang des droits réels limités lors de l'établissement des charges, etc.). Bien que théoriquement correcte en soi, la soumission des affaires de poursuites pour dettes et de faillite au recours en matière de droit public serait restée une construction dogmatique. Attribuer ces affaires au tronc commun du recours en matière civile permet en revanche de simplifier considérablement le système des voies de droit.

En d'autres termes, le recours en matière civile assumera dorénavant aussi la fonction de l'actuel *recours au Tribunal fédéral en matière de poursuite pour dettes et de faillite* (art. 19 LP, 76 ss OJ). Par rapport au droit aujourd'hui en vigueur, cette réglementation aurait pour conséquence un net affaiblissement de la protection juridique et de la sécurité du droit, si la *procédure d'examen préalable* proposée (art. 94 ss P-LTF) devait s'appliquer aussi sans restriction aux *affaires de surveillance LP* concernées. Or, précisément dans le domaine de l'exécution forcée, le Tribunal fédéral a contribué grandement, en sa qualité d'instance suprême de recours et d'*autorité de haute surveillance* (art. 15, 1er al., LP), à l'application uniforme du droit, au développement de la jurisprudence et à l'exécution diligente du droit. Notre économie ne saurait renoncer à cette contribution à l'avenir. C'est pourquoi la commission d'experts est parvenue à la conclusion qu'il convenait, dans le domaine clairement délimité de l'actuel *recours LP* (art. 17 ss LP, 76 ss OJ), de maintenir la haute surveillance et la juridiction du Tribunal fédéral comme par le passé.

La "rétrocession" de cette haute surveillance au Conseil fédéral ou à une autre autorité fédérale (qu'il aurait encore fallu désigner) n'entrerait pas en ligne de compte, car le système en vigueur a fait ses preuves dans la pratique. Le projet prend en considération ce besoin inchangé en ne soumettant les décisions des autorités cantonales supérieures de surveillance qu'à un *examen préalable du Tribunal fédéral limité* (à savoir qui porte uniquement sur les motifs prévus à l'al. 1 de l'art. 95 P-LTF, à l'exclusion de ceux prévus à l'al. 2). Toutefois, il convient de répéter que cette exception ne s'applique qu'à un domaine étroitement circonscrit et non pas à toutes les affaires de poursuite pour dettes et de faillite; elle ne concerne que les *affaires de surveillance*, soit celles qui sont aujourd'hui soumises au recours selon les articles 76 ss OJ; elle ne vaut donc *pas* pour les contestations qui doivent être déférées à un tribunal; à ces dernières, l'examen préalable s'applique intégralement. Grâce à cette exception apportée à la procédure d'examen préalable, on peut se passer d'un recours spécifique pour les seules affaires de surveillance LP; en outre, il n'y a pas lieu d'instituer une nouvelle autorité de haute surveillance en lieu et place du Tribunal fédéral.

Pour ce qui est des *frais*, en revanche, les articles 59 ss P-LTF s'appliquent aussi dans les affaires de surveillance LP; il faut donc renoncer à l'actuelle gratuité générale, y compris, pour des raisons analogues, au niveau de la procédure cantonale de recours (cf. art. 20a, 1er al., LP, qui doit être abrogé dans cette mesure).

Conformément aux principes sur lesquels se fonde la Réforme de la justice (message relatif à une nouvelle cst., FF 1997 I 497), le Tribunal fédéral perd sa *compétence réglementaire* pour les affaires LP. Pour les *circulaires* en

revanche, il reste compétent en sa qualité d'organe de haute surveillance (art. 15, 3e al., LP; le 2e al. de cette disposition doit être abrogé).

Selon le 2e *alinéa*, d'autres affaires de droit public sont également soumises au recours en matière civile. Elles ont toutes pour point commun leur étroite connexité au droit civil. L'énumération de la loi n'est pas exhaustive; la loi donne des exemples pour illustrer l'affinité étroite qui doit exister avec le droit matériel: il s'agit de son exécution (let. a), de son administration au titre de la juridiction gracieuse (tenue des registres selon let. b, changement de nom selon let. c), de la surveillance des fondations et des cas de représentation du droit privé (let. d et e), de mesures relevant du droit de tutelle et de la protection de l'enfant du droit de la famille (let. f et g). Comme pour les affaires LP, il se justifierait en bonne doctrine de soumettre ces causes au recours en matière de droit public; mais, là encore, des motifs de connexité matérielle et de simplification plaident en faveur du recours en matière civile. Pour la surveillance des institutions de la prévoyance professionnelle en revanche, c'est le recours en matière de droit public qui est ouvert (cf. let. d).

Article 71 Autorités précédentes

Cet article consacre le principe de la double instance. Situation la plus fréquente: le recours au Tribunal fédéral n'est ouvert que contre les *décisions cantonales* de dernière instance (1er alinéa); le recourant doit donc avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales pour les griefs qu'il entend invoquer devant le Tribunal fédéral (art. 88 ss P-LTF). En matière civile toutefois, l'autorité précédente peut aussi être le *Tribunal administratif fédéral*, dans certaines affaires de registre notamment (par ex. des décisions de l'Institut de la propriété intellectuelle ou de l'Office fédéral du registre du commerce).

Le 2e *alinéa* explicite le principe énoncé ci-dessus: la dernière instance cantonale doit être un *tribunal supérieur*, qui statue en tant qu'*instance de recours*. Cela implique avant tout la suppression des deuxièmes instances inférieures (cf. art. 48, 2e al., let. a OJ), mais aussi celle des instances cantonales uniques, lorsqu'elles reposent uniquement sur le droit de procédure *cantonal* (par ex. compétence en première instance d'un tribunal cantonal supérieur à partir d'une certaine valeur litigieuse). Sont également concernés les tribunaux spécialisés statuant en unique instance (par ex. un tribunal de commerce), lorsque leur compétence en tant que première et unique instance ne résulte pas directement du droit fédéral (comme par ex. en matière de propriété intellectuelle). A l'exception de tels cas relevant du droit fédéral, les cantons seront donc tenus d'organiser désormais leur juridiction civile avec une double instance (ce que n'impose pas l'OJ en vigueur). Cependant, les cantons n'ont pas l'obligation de prévoir des voies de droit ordinaires et complètes pour tous les cas; le droit fédéral exige uniquement une instance de recours à tout le moins pour connaître des griefs qui peuvent être invoqués devant le Tribunal fédéral (en particulier, contrôle complet du droit s'agissant de violations du droit fédéral et du droit international; art. 88 en relation avec art. 104, 2e al., P-LTF).

Une double instance est également prévue en matière de *poursuite pour dettes et de faillite*. Cette règle vaut en tout cas pour les affaires judiciaires; pour les affaires de surveillance (recours selon l'art. 17 ss LP), il n'est en revanche pas nécessaire, à l'avenir non plus, de prévoir une double instance cantonale, à

savoir des autorités de surveillance supérieure et inférieure: l'organe d'exécution - tel l'office de poursuites ou de faillites, mais aussi des organes spéciaux tels qu'une administration spéciale de la faillite, un commissaire ou un liquidateur - dont la décision est contestée (par ex. saisie ou réalisation d'un gage), constitue l'*autorité de décision*, et par conséquent de première instance. Les cantons doivent toutefois veiller à ce que les fonctions de l'autorité de surveillance supérieure ou unique (instance de recours) soient assumées par un *tribunal*, exigence à laquelle satisfont déjà la presque totalité des cantons.

Les *tribunaux arbitraux* ne sont toujours pas considérés comme autorités précédentes, du moins pas lorsqu'on est en présence d'un cas de juridiction arbitrale interne à la Suisse. En revanche, l'autorité judiciaire selon l'article 3 du concordat sur l'arbitrage (RS 279) constitue une instance précédente.

Dans le cas d'un litige *international* jugé par un tribunal arbitral suisse, est applicable l'article 191 LDIP, auquel se réfère le *3e alinéa*. La disposition citée prévoit un *recours* direct au Tribunal fédéral contre la sentence arbitrale, recours qui ne peut être formé que pour des moyens spécifiques et limités (190 LDIP). Cette voie de droit demeure inchangée, mais il faut modifier l'article 191 LDIP en tant qu'il renvoie à la procédure du recours de droit public.

Article 72 Qualité pour recourir

Les voies de droit de la juridiction civile actuelle - recours en réforme et en nullité - ne définissent en principe pas la qualité pour agir. Elles prévoient uniquement que d'éventuels tiers (garants et intervenants) ont également qualité pour agir, pour autant que le droit cantonal leur confère les mêmes droits qu'aux parties (art. 53 et 74 OJ). Le nouveau recours en matière civile requiert par contre une définition du droit de recourir, car ce recours ne concerne pas uniquement les affaires civiles proprement dites, mais encore bon nombre d'affaires de droit public connexes (cf. le commentaire de l'art. 70 P-LTF).

Le *1er alinéa* arrête le principe. Le droit de former recours suppose la *participation* préalable (en tout ou partie sans succès) à la procédure devant la juridiction précédente (*let. a*). Est cependant aussi habilité à recourir quiconque a été privé de la possibilité de prendre part à cette procédure, parce que l'autorité précédente ne l'a, à tort, pas reconnu comme partie ou comme garant ou intervenant, voire qu'elle l'a simplement ignoré. Mais une telle atteinte, dite formelle, ne suffit pas à elle seule. S'y ajoute la condition matérielle de l'*intérêt juridiquement protégé* du recourant: la décision attaquée doit le toucher dans ses propres droits (*let. b*).

Selon le système retenu dans le projet, ont ainsi qualité pour recourir notamment: les parties principales et les tiers garants et intervenants dans un procès, les requérants dans une procédure unilatérale (juridiction gracieuse), des autorités ou des tiers auxquels le droit matériel reconnaît des droits de partie en dépit d'une absence de légitimation quant au fond (par ex. les associations, "tout intéressé" ou une personne faisant valoir en justice les droits d'un tiers et à laquelle le droit civil confère des droits d'agir en justice; cf. par ex. art. 78, 89, 108, 121, 260a, 482 CC, art. 7 LEg, 56 LPM, 10 LCD).

Cette même définition de la qualité pour recourir s'applique également en matière de poursuite pour dettes et de faillite: elle vaut sans autre pour les contestations portées devant les tribunaux (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 70 P-LTF). Mais elle vaudra désormais également pour les affaires de surveillance jusqu'ici susceptibles de recours, ce qui n'entraînera néanmoins pas une limitation notable de l'actuel droit de recours.

Selon le 2^e *alinéa*, la qualité pour recourir appartient aussi à certaines autorités fédérales, pour autant que soit en cause une affaire de droit public au sens de l'article 70, 2^e *alinéa*, P-LTF et que l'autorité en question soit concernée dans son propre domaine de compétence (relevant par ex. du droit des registres).

Section 2: Recours en matière pénale

Voie de droit ordinaire en matière pénale, ce recours succède à l'actuel pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral des articles 268 ss PPF, tout en étendant son objet à d'autres cas (art. 73, 2^e al.). Voie de recours unifiée, il reprend en outre les fonctions qu'assume aujourd'hui le recours de droit public dans les cas où le pourvoi en nullité n'est pas ouvert.

La réglementation du recours en matière pénale dans la présente loi constitue aussi une innovation formelle d'importance. Elle concrétise l'un des principes cardinaux du projet, qui veut que toutes les voies de droit au Tribunal fédéral soient réglées dans une seule et même loi. Elle remplace donc les articles 268 ss PPF, qui devront être abrogés.

Article 73 Principe

En premier lieu, le recours en matière pénale a pour l'essentiel le même objet que celui du pourvoi en nullité auquel il succède, soit les décisions répressives rendues en dernière instance. S'agissant des ordonnances de non-lieu, le recours est ouvert, conformément à la règle de l'article 74, uniquement contre les décisions rendues en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur. S'agissant des jugements, le recours est ouvert contre tout prononcé judiciaire, quel que soit son intitulé (jugement, arrêt, ordonnance, décision). Le prononcé peut concerner le fond (condamnation, libération, révocation du sursis, conclusions civiles) ou la procédure, et trancher tout ou partie des questions juridiques de l'espèce. Il peut aussi porter sur des mesures (art. 42 à 45, art. 91 CP) et sur l'exécution des peines ou mesures, lorsque ces décisions sont de la compétence du juge.

Désormais, cependant, toutes les décisions sur l'exécution des peines ou mesures peuvent faire l'objet d'un recours en matière pénale, y compris les décisions administratives, lesquelles sont aujourd'hui susceptibles d'un recours de droit administratif (cf. ATF 100 Ib 324). Cela résulte de l'article 73, 2^e *alinéa*, *lettre c* P-LTF. En vertu de la *lettre a* de cette même disposition, tel est aussi le cas des décisions en matière d'entraide pénale, alors que c'est aujourd'hui le recours de droit administratif qui est ouvert contre les décisions des autorités fédérales de première instance (Office fédéral de la police, Ministère public fédéral) ou des autorités cantonales de dernière instance (art. 25, 1^{er} al., EIMP). Le projet de loi tranche ainsi un problème de délimitation, en rattachant

au recours en matière pénale ces deux catégories de décisions, qui sont fondées sur le droit public mais sont très proches du droit pénal.

Le pourvoi en nullité contre un prononcé civil est aujourd'hui ouvert si le jugement attaqué statue en même temps sur les conclusions civiles et pénales (art. 271, 1^{er} al., PPF; ATF 118 II 410). Il ne l'est pas si le jugement ne porte que sur les conclusions civiles. Selon l'article 73, 2^e alinéa, lettre b, le critère ne réside plus dans le seul jugement attaqué. Ce qui importe, c'est de savoir s'il se justifie que le Tribunal fédéral juge simultanément les prétentions civiles et les questions pénales, que le jugement en cause l'ait fait ou non. Ce système est celui des articles 8 et 9 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5), tels qu'explicités par la jurisprudence du Tribunal fédéral: le justiciable a un droit à ce que le juge statue rapidement sur ses prétentions civiles et donc, lorsque cela est possible et justifié, dans le cadre de la procédure pénale (ATF 122 IV 37, 121 IV 207, 120 IV 44). Ainsi donc, le Tribunal fédéral fera application de l'alinéa 2 lettre b s'il estime que les prétentions civiles doivent être jugées en même temps, y compris dans les cas où l'autorité précédente ne l'aurait pas fait. A l'inverse, le recours en matière pénale ne sera pas ouvert lorsque les conclusions civiles sont seules en cause.

Du fait de la définition limitative du pourvoi en nullité et de la cognition de la Cour de cassation pénale, nombreux sont aujourd'hui les cas où seule la voie, subsidiaire, du recours de droit public est ouverte (art. 269, 2^e al., PPF). Il en est ainsi lorsque la contestation porte sur l'application du droit pénal cantonal, matériel ou de procédure, et du droit étranger, sur l'appréciation des preuves, ou en cas de grief d'arbitraire ou de violation - directe (ATF 112 IV 138) - de la CEDH (une violation indirecte de la CEDH doit être invoquée dans le cadre d'un pourvoi en nullité: ATF 114 Ia 377). Il en est ainsi également lorsque la juridiction cantonale de dernière instance a statué avec une cognition restreinte sur l'application du droit fédéral (ATF 114 IV 73). Le recourant qui veut invoquer la violation tant du droit pénal fédéral que de ses droits constitutionnels doit former conjointement un pourvoi en nullité et un recours de droit public, à moins qu'il parvienne à articuler l'ensemble de ses moyens dans le même acte de façon clairement distincte (ATF 113 IV 45). Une présentation indistincte des deux types de griefs, fût-ce dans des mémoires séparés, peut entraîner l'irrecevabilité de l'un et l'autre recours (ATF 118 IV 293). L'unification de ces deux voies de droit permet d'invoquer l'ensemble de ces griefs dans un seul et même acte de recours. Grâce à quoi le nouveau recours en matière pénale soulagera le Tribunal fédéral - et les justiciables - de divers problèmes de délimitation qui s'avèrent souvent fort délicats.

Article 74 Autorités précédentes

Le principe général retenu par la commission d'experts est, on le rappelle, que la compétence du Tribunal fédéral doit être circonscrite au contrôle de la légalité des jugements d'autorités judiciaires statuant en dernière instance. De la même façon que les articles 71, pour le recours en matière civile, et 78, pour le recours en matière de droit public, l'article 74 concrétise ce principe pour le recours en matière pénale. Il énonce tout d'abord, à son alinéa premier, la règle de l'épuisement des instances cantonales. Mais le recours pourra aussi être formé contre les décisions du Tribunal pénal fédéral, auquel seront notamment

transférées les attributions actuelles des Assises fédérales, de la Cour pénale fédérale et de la Chambre d'accusation. Dans le cas où l'institution de ce tribunal devrait être remise à plus tard, une disposition transitoire sera ajoutée à la présente loi pour maintenir le régime actuel en vigueur (cf. chiffre 5.1.4. ci-dessus).

Le second alinéa impose aux cantons une double obligation: leur autorité de dernière instance doit être un tribunal supérieur, et ce tribunal doit statuer sur recours. Le recours en matière pénale n'est donc plus ouvert contre les jugements de tribunaux inférieurs, ni contre les prononcés pénaux d'autorités administratives. Et surtout, l'obligation de prévoir une double instance est imposée sans exception en matière pénale. Outre dans la nécessaire décharge du Tribunal fédéral, elle trouve sa justification dans l'article 2 du Protocole n° 7 à la CEDH (RS 0.101.07). Elle permettra en outre de renoncer à la réserve faite par la Suisse à l'article 14, 5^e alinéa, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, RO 1993 747).

Article 75 Qualité pour recourir

Le droit actuel désigne les personnes et autorités habilitées à se pourvoir en nullité (art. 270 PPF), sans donner une définition générale de la qualité pour recourir. Avec le recours unifié, une telle définition s'impose, pour marquer la distinction avec les autres voies de droit et parce que l'objet du recours est étendu à des matières connexes (art. 73, 2^e al.). Au demeurant, la définition retenue ne s'écarte pas substantiellement du régime aujourd'hui en vigueur.

La condition formelle est la participation à la procédure devant la juridiction précédente (al. 1 let. a). C'est le corollaire du principe posé par l'article 74. La condition matérielle est l'existence d'un intérêt juridiquement protégé, ce qui correspond à la réalité du droit actuel. La liste des chiffres 1 à 5 énumère les cas où cette seconde condition est en principe réalisée. Elle correspond d'assez près au cercle des personnes désignées par l'article 270 PPF. Elle n'est toutefois qu'exemplaire, car les cas particuliers qui pourront se présenter dans le cadre d'un recours désormais unifié imposent de laisser une certaine marge d'appréciation au juge. Ainsi, notamment, ce recours entraîne une extension de la qualité pour agir de certaines catégories de recourants, tel le plaignant, en ce qu'il leur permet d'invoquer également la violation de leurs droits constitutionnels, faculté qui n'appartient aujourd'hui qu'à la victime. Il n'y a toutefois pas lieu de craindre une surcharge du Tribunal fédéral, dès lors que la procédure d'examen préalable lui permet de ne retenir que les recours qui méritent d'être examinés. La même remarque vaut pour l'accusateur public du canton et le Ministère public de la confédération, à quoi il faut ajouter que leur droit d'invoquer la violation de droits constitutionnels mettra fin à une distorsion aujourd'hui gênante et ira dans le sens d'un renforcement de l'application uniforme du droit fédéral.

L'alinéa 2 reprend, à sa lettre a, la règle de l'article 270, 6^e alinéa, PPF, et reconnaît, à sa lettre b, le droit de recourir à certaines autorités fédérales en tant qu'elles agissent dans le cadre de leurs attributions légales (ainsi, par exemple, en matière d'entraide pénale).

Section 3: Recours en matière de droit public

Le recours en matière de droit public succède au recours de droit administratif (art. 97 ss OJ) et, dans une large mesure, au recours de droit public (art. 84 ss OJ). Il est recevable contre les actes définis à l'article 76 P-LTF, à condition qu'ils ne concernent pas des domaines exclus par l'article 77, qu'ils aient été rendus par une instance conforme aux articles 78 à 80, et que le recourant ait la qualité pour recourir en vertu des articles 81 ou 82. La procédure d'examen préalable au sens des articles 94 à 96 demeure réservée.

Article 76 Principe

L'objet du recours en matière de droit public est triple: il porte sur des décisions, sur des actes normatifs et sur des actes touchant aux droits politiques.

a) les décisions en matière de droit public

Dans la mesure où le recours en matière de droit public est une voie de droit unifiée qui prend la succession à la fois du recours de droit administratif et du recours de droit public, il n'y a plus lieu de distinguer selon que la décision attaquée repose sur le droit public fédéral ou cantonal. Dans les deux cas, la décision peut faire l'objet d'un seul recours devant le Tribunal fédéral, à savoir le recours en matière de droit public.

La décision au sens de la lettre a est une notion autonome qui est propre à la loi sur l'organisation judiciaire. Elle correspond à la notion fixée à l'article 5 PA ainsi qu'à celle définie jusqu'à présent par la jurisprudence fédérale dans le cadre du recours de droit public. Elle ne s'oppose toutefois pas à ce que soient déferées au Tribunal fédéral des affaires dans lesquelles sont en cause des actes qui, à l'instar de simples informations, ne constituent pas une décision. Dans la mesure où, en vertu de l'article 78 P-LTF, le Tribunal fédéral ne se prononce ordinairement que sur des jugements rendus en dernière instance par des organes judiciaires, la possibilité d'attaquer des actes de nature non décisionnelle dépend de la manière dont l'objet du recours est réglé au niveau des instances précédentes. Si cet objet est aussi limité aux décisions, la personne touchée devra demander à l'administration une décision constatatoire susceptible d'être attaquée.

Seules les décisions rendues en matière de droit public peuvent faire l'objet d'un recours sur la base de l'article 76 P-LTF. La distinction entre le droit public d'une part et le droit privé ainsi que le droit pénal d'autre part repose sur une longue tradition en Suisse. La doctrine et la jurisprudence ont à cet égard développé plusieurs critères de distinction. Dans la plupart des cas, le rattachement d'une norme au droit public ou au droit privé ne pose guère de problèmes. L'article 70, 2^e alinéa, tranche aussi quelques conflits potentiels en attribuant au recours en matière civile toutes les décisions qui sont en rapport direct avec le droit civil bien qu'elles aient été rendues sur la base du droit public. D'ailleurs, le facteur déterminant est exclusivement le droit qui régit le fond de l'affaire. Il ne suffit en effet pas qu'une décision soit rendue sur la base du droit procédural pour qu'elle soit rattachée au droit public: à titre d'exemple,

une mise en détention pendant une instruction pénale relèvera du recours en matière pénale. Si les instances précédentes se sont prononcées sur le droit qui régit le fond de l'affaire, notamment en appliquant du droit public cantonal, leur décision prédétermine la voie de recours ouverte devant le Tribunal fédéral, et cela même si l'applicabilité de ce droit est contestée par le recourant.

b) les actes normatifs cantonaux

La lettre b ouvre le recours en matière de droit public directement contre les actes normatifs cantonaux, conformément à une jurisprudence établie depuis 1876 (ATF II 484) et sanctionnée depuis par le législateur. La notion d'acte normatif cantonal équivaut à celle d'arrêté cantonal au sens de l'article 84, 1^{er} alinéa, OJ. Elle vise ainsi toutes les lois et ordonnances édictées par les autorités cantonales ou communales, y compris dans une certaine mesure les ordonnances administratives qui ont des effets externes (cf. ATF 122 I 44). Elle exclut en revanche les constitutions cantonales, car celles-ci font déjà l'objet d'un contrôle abstrait par l'Assemblée fédérale dans le cadre de la procédure de garantie (art. 6 et 85 ch. 7 cst.).

La lettre b s'applique non seulement lorsque l'acte normatif cantonal est déféré au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa promulgation (art. 79, 1^{er} al., et 93 P-LTF), mais aussi lorsque l'acte normatif cantonal a fait l'objet d'un recours devant une instance cantonale (art. 79, 2^e al.). Le contrôle abstrait des arrêtés cantonaux est donc réservé au recours en matière de droit public, même si ces arrêtés ont trait au droit pénal ou au droit civil. Il est bien sûr toujours possible de faire valoir l'inconstitutionnalité ou l'illégalité d'un acte normatif cantonal lors d'un recours contre une décision qui applique cet acte.

Le recours en matière de droit public n'est pas ouvert directement à l'encontre d'actes normatifs fédéraux (voir aussi à ce sujet l'article 178 du projet 96 de réforme de la justice, FF 1997 I 513 ss, 540 ss). Ce n'est qu'à l'occasion d'un recours contre une décision d'application que le Tribunal fédéral pourra contrôler une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou une ordonnance fédérale quant à leur conformité au droit supérieur (art. 89 P-LTF).

c) les actes relatifs aux droits politiques

La lettre c reprend la règle de l'article 85 lit. a OJ et ouvre le recours en matière de droit public contre tous les actes qui concernent le droit de vote des citoyens ou qui ont trait aux élections et votations. L'objet de ce recours n'est pas limité aux seules décisions, mais il s'étend aussi aux actes matériels émanant du parlement ou du gouvernement cantonal (cf. art. 80 P-LTF).

Article 77 Exceptions

Actuellement, les articles 99, 100 et 129 OJ énoncent de multiples exceptions à la recevabilité du recours de droit administratif en fonction de l'objet de la décision ou du domaine concerné. A l'inverse, le recours de droit public ne connaît aucune exception de ce genre. Afin de contribuer à décharger le Tribunal fédéral, la commission d'experts a élaboré un catalogue d'exceptions

qui vaut aussi bien en matière de droit public fédéral que de droit public cantonal. Il convient en effet de soustraire d'office à la compétence de la cour suprême d'une part les affaires qu'elle n'est pas à même de bien juger en raison de la prédominance des facteurs d'opportunité, d'autre part les affaires où une instance unique de recours suffit.

Le catalogue d'exceptions a été conçu pour l'essentiel sous la forme de clauses générales partielles qui, sous certaines réserves expresses, excluent le recours dans des domaines complets. Une intervention du Tribunal fédéral reste toutefois possible dans ces domaines. Le deuxième alinéa réserve en effet la possibilité de recourir pour violation de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge (art. 25a projet 96 Réforme de la justice). De plus, la dernière instance est obligée de soumettre certaines questions à la décision du Tribunal fédéral au travers de la procédure de l'avis préjudiciel (art. 107 s. P-LTF).

Tous les objets ou domaines visés aux articles 99, 100 et 129 OJ n'ont pas été repris à l'article 77 P-LTF. Certains des actes visés à l'article 99 OJ ne sont pas des décisions au sens de l'article 5 PA et ne constituent donc pas de vraies exceptions. La commission d'experts a par ailleurs estimé que bon nombre des causes actuelles d'irrecevabilité étaient inutiles en raison de la procédure d'examen préalable prévue aux articles 94 à 96 P-LTF. Cette procédure permet au Tribunal fédéral de s'abstenir de rendre un jugement dans toutes les affaires qui ne soulèvent aucune question juridique fondamentale et n'entraînent aucune conséquence grave pour le recourant. Elle constitue ainsi un filtre plus fin qu'une clause d'irrecevabilité.

S'agissant des affaires que la législation fédérale attribuera en dernière instance encore au Conseil fédéral (cf. supra ch. 5.7.3), elles seront exclues d'office du recours en vertu de l'article 78 P-LTF. Le cas échéant, il conviendrait de compléter l'article 77 P-LTF afin que tous les domaines où le recours au Tribunal fédéral est irrecevable continuent à être exhaustivement mentionnés.

Article 78 Instances précédentes en général

L'un des principaux moyens pour décharger le Tribunal fédéral est d'améliorer le contrôle judiciaire préalable dans toutes les affaires susceptibles de lui être déférées. Cela permet d'abord de réduire le nombre de recours, car l'indépendance du juge assure déjà une bonne protection judiciaire. Cela autorise aussi à libérer le Tribunal fédéral d'un plein contrôle des faits (cf. art. 100 P-LTF). Cela facilite enfin l'analyse des questions juridiques, car le droit applicable au cas d'espèce a déjà été examiné par un organe judiciaire.

S'agissant des actes d'autorités fédérales, le Tribunal fédéral ne statuera en principe que sur les jugements rendus par le *Tribunal administratif fédéral* (cf. supra ch. 5.7). Il n'y aura plus de recours direct au Tribunal fédéral à l'encontre de décisions d'autorités administratives, sous réserve des décisions de la Chancellerie fédérale en matière de droits politiques (art. 80 P-LTF). Le Tribunal administratif fédéral sera dès lors le premier garant de l'unité de l'application du droit au niveau fédéral.

Le Tribunal fédéral continuera cependant à statuer sur les recours contre les décisions de l'*autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de*

radio-télévision (al. 1 lit. b). Un passage préalable devant le Tribunal administratif fédéral est exclu en la matière.

Si le premier alinéa impose aux recourants d'épuiser au préalable les *instances cantonales* (cf. art. 86 et 98 lit. g OJ), le second alinéa oblige les cantons à instituer un tribunal comme dernière instance cantonale dans toutes les affaires susceptibles du recours en matière de droit public en vertu des articles 76 lit. a et 77. Il reprend donc la règle prévue actuellement à l'article 98a, 1^{er} alinéa, OJ pour les domaines où le recours de droit administratif est ouvert. Il l'étend néanmoins aussi aux affaires qui ne peuvent actuellement faire l'objet que d'un recours de droit public. La commission d'experts est d'avis que tous les cantons doivent être dorénavant dotés d'une juridiction administrative disposant d'une compétence générale et d'un plein pouvoir d'examen (cf. art. 103 à 105 P-LTF; supra ch. 5.1; voir aussi art. 179a projet 96 Réforme de la justice, FF 1997 I 548 s.). La seconde phrase du deuxième alinéa réserve toutefois aux cantons la possibilité de désigner une autorité non judiciaire comme dernière instance dans les affaires à caractère politique prépondérant, telles que l'adoption d'un plan directeur ou l'octroi de la citoyenneté cantonale à un confédéré.

Article 79 Autorités précédentes en cas de recours contre un acte normatif

Le recours est ouvert directement contre les actes normatifs cantonaux (cf. aussi art. 93 P-LTF). Les cantons n'ont donc aucune obligation d'attribuer à une instance judiciaire la compétence de contrôler abstraitement les actes normatifs cantonaux. Si toutefois une telle voie de droit existe au niveau cantonal, les particuliers restent tenus de recourir d'abord devant cette instance judiciaire avant de déférer l'affaire au Tribunal fédéral.

Article 80 Autorités précédentes en matière de droits politiques

Le premier alinéa reprend la règle de l'article 86 OJ et enjoint aux citoyens d'épuiser les instances de recours avant de recourir au Tribunal fédéral pour violation des droits politiques.

En matière de *droits politiques cantonaux*, les cantons sont dorénavant tenus par le deuxième alinéa d'établir une instance de recours contre tout acte d'autorité qui est susceptible de violer les droits politiques des citoyens. C'est ainsi que l'intervention d'une autorité communale dans une campagne référendaire (par ex. par le versement d'une subvention à un comité) doit pouvoir être déférée devant une instance cantonale avant d'être soumise au Tribunal fédéral. Le deuxième alinéa ne prescrit en revanche pas que la compétence juridictionnelle soit attribuée à un tribunal cantonal, laissant cette question à l'interprétation future de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge (art. 25a projet 96 Réforme de la justice).

Actuellement, la plupart des cantons excluent tout recours au niveau cantonal contre les actes du parlement ou du gouvernement en matière de droits politiques. La commission d'experts est d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'obliger les cantons à changer sur ce point leur système juridictionnel. C'est pourquoi l'article 80 P-LTF permet d'attaquer devant le Tribunal fédéral

directement les actes du parlement ou du gouvernement qui ne sont pas susceptibles d'un recours cantonal.

S'agissant des *droits politiques fédéraux*, la lettre b du premier alinéa étend la juridiction du Tribunal fédéral à toutes les décisions des gouvernements cantonaux et de la Chancellerie fédérale. Les recours au Conseil fédéral et au Conseil national (cf. art. 81 et 82 Loi fédérale sur les droits politiques, RS 161.1) seront donc remplacés par le recours au Tribunal fédéral. Un recours préalable au Tribunal administratif fédéral est exclu. Le projet ne règle en revanche pas la question de la compétence pour statuer sur la validité d'initiatives populaires. Cette question doit être réglée prioritairement au niveau constitutionnel (cf. art. 177a projet 96 Réforme des droits populaires, FF 1997 I 451, 490 ss).

Article 81 Qualité pour recourir: en général

La définition de la qualité pour recourir est un point central de tout système juridictionnel. C'est elle qui fixe le cercle des personnes à qui est reconnue la faculté de contester un acte. C'est d'elle que dépend le droit d'accès à la justice. En Suisse, le contentieux de droit public connaît deux conceptions de la qualité pour recourir. L'une exige un intérêt juridiquement protégé, l'autre requiert un intérêt digne de protection.

Dans le recours de droit public, le recourant doit invoquer que l'acte attaqué porte atteinte à ses intérêts juridiquement protégés (art. 88 OJ). Autrement dit, il doit prétendre que l'acte attaqué viole une norme dont le but est de protéger ses intérêts et qui, par conséquent, lui accorde un droit subjectif. Dans le recours de droit administratif, au contraire, le recourant doit simplement avoir un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé ou modifié (art. 103 lit. a OJ). Il peut s'agir aussi bien d'un intérêt juridiquement protégé que d'un intérêt de fait. Pour que le recourant puisse agir, il n'est donc pas nécessaire qu'il soit affecté dans des intérêts que la norme prétendument violée a pour but de protéger; point n'est même besoin que l'ordre juridique reconnaisse implicitement l'existence des intérêts lésés.

En dépit des apparences, la mise en oeuvre de ces deux conceptions aboutit dans une large mesure à un résultat similaire. Le destinataire de la décision attaquée possède en principe à la fois un intérêt juridiquement protégé et un intérêt digne de protection. En définitive, l'exigence d'un intérêt juridique ne joue un rôle important que dans deux hypothèses. La première est celle où le destinataire de l'acte contesté fait valoir exclusivement que ce dernier est arbitraire ou entraîne une inégalité de traitement (art. 4, 1^{er} al., cst.). La seconde hypothèse est celle où le recourant est un tiers qui s'en prend à une décision dont il n'est pas le destinataire. Dans ces deux cas, la qualité pour recourir dépend du droit matériel infra-constitutionnel qui régit l'affaire: la disposition légale appliquée par l'autorité doit accorder un droit subjectif au recourant.

L'exigence d'un intérêt juridiquement protégé est certes un moyen pour restreindre l'accès à la justice. Il a néanmoins, de l'avis de la commission d'experts, un coût trop élevé. L'établissement des intérêts protégés par le droit matériel prétendument violé est souvent fort délicat. Il ne décharge guère le

Tribunal fédéral, car celui-ci est tenu de procéder à une analyse détaillée du sens de dispositions légales avant de pouvoir déclarer irrecevable le recours. Il exclut enfin globalement certains domaines du contrôle judiciaire (par exemple: les actes octroyant un privilège, un droit ou un avantage; les actes dont il est prétendu qu'ils violent une norme qui a pour seul but de défendre l'intérêt général), empêchant l'effet préventif que constitue le risque d'une sanction en cas d'arbitraire ou d'inégalité de traitement.

La lettre c du premier alinéa reprend la règle prévue actuellement pour le recours de droit administratif et l'étend à l'ensemble de la juridiction fédérale en matière de droit public. Pour que le recourant ait la qualité pour agir, il lui faut un *intérêt digne de protection*: le jugement réclamé doit avoir pour conséquence à la fois de rétablir une situation conforme au droit et de supprimer le dommage subi. En d'autres termes, le recourant doit d'une part prétendre que cet acte est irrégulier et d'autre part établir que l'acte contesté lui fait supporter un préjudice ou le prive d'un avantage dans sa situation propre.

De l'avis de la commission d'experts, cette solution ne va pas à l'encontre de l'objectif général du projet, à savoir décharger le Tribunal fédéral. D'abord, elle allège notablement la tâche de ce dernier, car, en dissociant la question de procédure et celle de fond, elle lui épargne l'obligation de se prononcer sur le sens du droit matériel en même temps que sur la recevabilité. Ensuite, l'extension du cercle des recourants potentiels est compensée — et bien au-delà — par la procédure d'examen préalable prévue aux articles 94 à 96 P-LTF.

La commission d'experts estime cependant que la pratique a parfois été trop généreuse dans la reconnaissance de la qualité pour agir à des tiers. C'est pourquoi elle a rendu plus stricte une autre condition, à savoir celle de l'intérêt personnel. Selon la *lettre b* du premier alinéa, le recourant doit être *spécialement touché* par l'acte attaqué. Il doit donc avoir un intérêt personnel qui se distingue nettement de l'intérêt général des autres membres de la collectivité dont l'organe a statué. Toutefois, lorsque l'acte attaqué est un acte normatif cantonal, l'intérêt personnel peut être simplement virtuel: celui-ci est donné s'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 122 I 90, 92). Dans les autres cas, l'intérêt personnel doit en principe être encore actuel, car le jugement demandé doit être apte à éliminer le dommage causé par l'acte attaqué.

La lettre a du premier alinéa énonce expressément une autre condition que la pratique a jusqu'à présent déduite de l'exigence d'un intérêt digne de protection. Il faut en effet que le recourant ait été *partie devant l'instance de recours précédente* ou que ses droits de partie lui aient été refusés (ATF 121 II 224, 227; voir aussi l'art. 104 P-LTF). Cette condition ne s'applique bien entendu pas lorsqu'un acte normatif est déféré directement au Tribunal fédéral (cf. art. 79, 1^{er} al., P-LTF).

Le *deuxième alinéa* transcrit la pratique actuelle dans le recours pour violation des droits politiques: tout électeur de la collectivité concernée a la qualité pour recourir contre un acte susceptible de porter atteinte à ses droits politiques (par ex. ATF 121 I 252, 255).

Article 82 *Qualité pour recourir: cas particuliers*

Cet article énonce un certain nombre de cas dans lesquels des autorités ou des collectivités sont habilitées à recourir pour défendre l'intérêt public.

La *lettre a* vise à assurer une application uniforme du droit fédéral. Elle reprend la règle de l'article 103 lettre b OJ en accordant aux départements fédéraux un droit de recours. Elle étend cette règle à la Chancellerie fédérale afin que celle-ci soit aussi habilitée à recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de personnel. L'administration fédérale ne bénéficie cependant de la qualité pour recourir que dans les affaires qui touchent à ses tâches. L'unification du recours de droit administratif et du recours de droit public n'aboutit donc pas à un élargissement de la qualité pour agir de l'administration fédérale, si ce n'est que le recours pourra porter dorénavant aussi sur un acte normatif cantonal.

La *lettre b* attribue aux communes et aux autres collectivités publiques le droit de recourir contre les actes cantonaux qui portent atteinte à des garanties que la constitution cantonale leur reconnaît. Il peut s'agir d'atteintes à leur autonomie, à leur existence ou à leur territoire. Cette disposition transcrit la jurisprudence rendue dans le cadre du recours de droit public (ATF 119 la 214, 216). Elle n'empêche pas que d'autres lois fédérales accordent aux communes un droit de recours plus large pour la défense d'intérêts publics (par ex. art. 34, 2^e al., LAT, RS 700). Elle n'exclut pas non plus que la jurisprudence leur reconnaisse la qualité pour recourir dans d'autres situations sur la base de l'article 81, 1^{er} alinéa, P-LTF.

Depuis le début du siècle, la jurisprudence dénie strictement aux gouvernements cantonaux la qualité pour agir dans le recours de droit public contre des décisions prétendument inconstitutionnelles d'instances cantonales. Cette pratique est motivée par le fait que les collectivités publiques ne sont pas titulaires des droits constitutionnels (ATF 120 la 95, 96 s.). Cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, car les cantons n'ont aucun moyen de se défendre contre les jugements d'une autorité judiciaire cantonale qui déclarerait un acte normatif cantonal contraire au droit fédéral sur la base d'une interprétation de ce dernier non conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral. C'est pourquoi la commission d'experts a introduit à la *lettre c, chiffre 2*, un droit de recours spécial pour les gouvernements cantonaux lorsque est en jeu la compatibilité d'une loi cantonale avec le droit fédéral ou le droit international.

En conséquence du projet de réforme de la Constitution fédérale en matière de justice (art. 178, 2^e al., projet 96; FF 1997 I 540 ss), la *lettre c, chiffre 1* accorde aux gouvernements cantonaux le droit de recourir contre un acte d'application d'une loi fédérale en invoquant la violation des compétences cantonales. Ce droit de recours spécial a toutefois une portée limitée, car il ne peut être exercé qu'à l'encontre de décisions rendues en dernière instance (art. 78, 1^{er} al., P-LTF) alors même que le grief d'inconstitutionnalité de la loi fédérale ne peut pas être soulevé devant les instances qui précèdent le Tribunal fédéral (projet 96 Réforme de la justice, art. 178, 4^e al., FF 1997 I 540).

La *lettre d* reprend la règle de l'article 103 lettre c OJ. Elle pose néanmoins une condition de forme plus stricte dans la mesure où elle réserve au législateur fédéral la compétence d'accorder la qualité pour recourir à d'autres personnes,

organisations ou autorités. Cette règle ne s'applique pas à une association qui défend les intérêts de ses membres; la qualité pour recourir de celle-ci doit être analysée sur la base de l'article 81 P-LTF.

Chapitre quatrième: Procédure de recours

Section 1: Décisions attaquables

Article 83 Décisions finales

Cet article énonce le principe selon lequel seules les décisions finales peuvent faire l'objet d'un recours; le Tribunal fédéral ne doit avoir à s'occuper qu'une seule fois d'une affaire. Le recours contre des décisions partielles ainsi que des décisions préjudicielles et incidentes n'est ouvert que dans des cas tout à fait exceptionnels (art. 84 à 86 P-LTF).

A la différence du droit en vigueur, le projet définit désormais expressément et de façon uniforme pour tous les recours la *notion* de décision finale, ce qui constitue une simplification générale. Il s'agit des décisions qui mettent fin à l'instance.

Cette définition correspond à la notion usuelle de décision finale dans la juridiction de droit public et de droit administratif; pour la juridiction civile en revanche, cela constitue une nouveauté: à la différence de ce que prévoit l'actuel article 48 OJ, il ne doit plus nécessairement s'agir d'une décision qui règle définitivement la question juridique litigieuse quant au fond; il suffira bien plutôt à l'avenir qu'elle mette fin à la procédure devant l'instance inférieure (aspect purement procédural). L'extension partielle de l'objet du recours liée à cette notion est cependant compensée par la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF).

Exemples: les décisions de dernière instance en matière de protection de l'union conjugale (art. 172 ss CC), voire l'inscription provisoire de l'hypothèque des artisans et entrepreneurs (art. 839, 961 CC), sont désormais considérées comme des décisions finales. Il en va de même pour les décisions portant sur des mesures protectrices dans la mesure où elles sont prises *indépendamment* d'une procédure principale (par ex. une décision provisoire de protection de la possession ou le séquestre selon la LP). En revanche, pour les recours contre des mesures provisionnelles qui sont arrêtées à l'ouverture d'une procédure principale, voire au cours de cette procédure, ce sont les étroites limites de l'article 86 P-LTF qui s'appliquent en plus des critères de l'examen préalable.

Article 84 Décisions partielles

Selon la systématique du projet, la décision partielle est en quelque sorte une variante de la décision finale. Cette décision ne met pas totalement fin à la procédure devant l'instance inférieure, mais statue uniquement sur une ou plusieurs des conclusions en cause. De telles décisions partielles ne sont attaquables qu'à certaines conditions strictes qui doivent être remplies *en plus* des conditions de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF) et doivent répondre à l'exigence de l'économie de la procédure:

Ces décisions sont attaquables en premier lieu en cas de *cumul objectif d'actions* (par ex. action premièrement en vue de la cessation et de l'interdiction d'un trouble et deuxièmement en vue de l'obtention de dommages-intérêts et de réparation du tort moral). En effet, le tribunal ne doit pas statuer dans la même décision sur toutes les conclusions cumulées; au contraire, il peut statuer d'abord sur une conclusion et scinder ainsi la procédure (par ex. décision préalable sur la cessation et l'interdiction de trouble puis, plus tard, examen de la question des dommages-intérêts). Lorsque la conclusion liquidée par une décision partielle aurait aussi pu faire l'objet d'une procédure distincte, on est en présence d'une décision partielle susceptible de recours au sens du projet (*let. a*). Ce serait le cas dans l'exemple mentionné.

Mais une décision partielle attaquable est possible également en cas de *cumul subjectif d'actions* (consortité); ainsi, notamment, lorsque la décision ne concerne pas tous les consorts, mais qu'elle met fin à la procédure à l'égard d'un seul ou de plusieurs d'entre eux (*let. b*). Par exemple lorsque trois codébiteurs solidaires A, B et C sont actionnés, le tribunal peut se limiter à examiner d'abord l'obligation de réparer de C, notamment parce que l'administration des preuves est plus simple.

Selon la systématique du projet, les *décisions préjudicielles ou incidentes* sont à distinguer de ces décisions partielles: les premières ne liquident pas entièrement une conclusion, mais fournissent seulement une réponse à *un aspect* formel ou matériel (par ex. la question de la compétence à raison du lieu, la constatation de la faute ou la constatation qu'il n'y a pas prescription dans une procès en responsabilité civile, la question de l'obligation d'une EIE). De telles décisions ne sont pas attaquables en tant que décisions partielles, mais - là aussi à certaines conditions qui leur sont propres - le cas échéant comme décisions préjudicielles ou incidentes (art. 85 et 86 P-LTF).

N'est pas non plus considérée comme décision partielle - mais comme décision finale - la décision portant sur ce que l'on nomme une *action partielle* (action portant seulement sur une partie d'une créance totale).

Articles 85 et 86

Dans le droit en vigueur, la possibilité d'attaquer des décisions préjudicielles ou incidentes n'est pas réglée de la même façon pour tous les recours régis par l'OJ. Le projet offre l'occasion attendue d'uniformiser le droit. S'agissant des *restrictions d'accès*, il ne faut pas perdre de vue que, dans la mesure où les dispositions commentées ci-après assortissent la possibilité de former recours à des conditions particulières, celles-ci *s'ajoutent* aux critères généraux de la procédure d'examen préalable (art. 94 ss P-LTF). Comme indiqué ci-dessus pour les décisions partielles, on peut donc parler dans ce sens de „double restriction“.

Une telle rigueur est tout à fait justifiée, car admettre que les décisions préjudicielles et incidentes ainsi que les décisions sur mesures provisionnelles sont en principe attaquables comme elles le sont dans le cadre de l'actuel recours de droit public (à l'exception du recours pour violation de l'art. 4 cst, cf. art. 87 OJ), engendrerait une trop grande charge du Tribunal fédéral.

Décisions préjudicielles et incidentes

Selon la terminologie du projet, il faut distinguer deux sortes de décisions préjudicielles et incidentes, à savoir, d'une part, celles qui concernent la *compétence* de l'autorité de jugement (art. 85) et, d'autre part, les „autres“ (art. 86). Le projet assimile en outre à ces dernières les décisions sur *mesures provisionnelles* qui sont prises dans le cadre d'une procédure principale.

En plus des critères généraux de l'examen préalable (art. 94 ss P-LTF), la recevabilité du recours est subordonnée d'abord à la condition commune que la décision préjudicielle ou incidente ait été prise *séparément*. Ainsi donc, il ne suffit pas, par exemple, que l'instance précédente ait admis tacitement sa compétence, mais il faut encore qu'elle ait rendu et notifié une décision formelle sur cette question préjudicielle.

Les autres conditions de recevabilité se rapportent au *contenu* de la décision préjudicielle ou incidente (prise séparément).

Si la décision attaquée concerne la *compétence*, elle est en sans autre attaquable (*art 85, 1er al.*), aux conditions générales de l'examen préalable des articles 94 ss P-LTF, et dans le délai ordinaire de l'article 92 P-LTF. Si ce dernier n'a pas été utilisé, la compétence ne peut plus être contestée dans le cadre d'un recours contre la décision finale (*art. 85, 2e al.*). Cela correspond en substance à la règle actuelle pour le recours en réforme (art. 49 OJ).

En revanche, si la décision préjudicielle ou incidente (prise séparément) concerne *une autre question préjudicielle ou incidente* - laquelle peut être de nature matérielle ou formelle (par ex. la question de la qualité pour agir, de la récusation, de l'assistance judiciaire gratuite, de la prescription) - , des conditions supplémentaires s'appliquent en plus des critères de l'examen préalable (*art. 86, 1er al.*): soit la décision doit cause un préjudice irréparable (*let. a*; cela correspond à la règle actuelle de la procédure administrative, cf. art. 45 PA), soit le recours doit pouvoir, s'il est admis, conduire immédiatement à une décision finale (*let. b*). Si par exemple, dans un procès portant sur la responsabilité civile, la causalité est admise par une décision incidente et que celle-ci fait l'objet d'un recours, l'admission du recours signifierait la négation de la causalité et l'action en réparation du dommage causé devrait être rejetée (décision finale). L'ouverture de ce recours s'inspire de la règle de l'article 50, 1er alinéa, OJ.

Si ces „autres décisions préjudicielles et incidentes“ prises séparément ne sont pas attaquées séparément, cela n'entraîne pas la forclusion: à la différence des décisions préjudicielles sur la compétence, elles peuvent encore être attaquées dans le cadre d'un recours contre la décision finale (*art. 86, 2e al.*; cf. en revanche art. 85, 2e al.).

Mesures provisionnelles

L'article 86 P-LTF s'applique enfin également aux décisions sur *mesures provisionnelles*. Comme les „autres décisions préjudicielles et incidentes“, celles-ci ne sont attaquables qu'aux conditions suivantes: premièrement - selon les critères généraux de l'examen préalable - il faut que se pose une *question juridique de principe* et que la décision attaquée soit susceptible d'entraîner des

conséquences graves (art. 95, 2e al.); deuxièmement, il faut en plus que la décision cause un *préjudice irréparable* (art. 86, 1er al., let. a). La commission d'experts avait même envisagé une procédure d'examen préalable particulière pour les décisions sur mesures provisionnelles; mais elle a finalement pu y renoncer, car les critères d'accès décrits - ce que l'on peut appeler la double restriction - permettent déjà de décharger suffisamment le tribunal.

Les mesures provisoires prises dans le cadre d'une procédure de divorce (art. 145 CC), par exemple, ne pourront guère faire l'objet d'un examen séparé du Tribunal fédéral si elles ne concernent que le montant des prestations d'entretien en cours de procès. En revanche, la question de la garde provisoire des enfants durant le procès pourrait être attaquée, car ici le provisoire crée souvent un préjudice de fait - irréparable - et atteint gravement les droits des parents. Il en va de même d'autres décisions sur mesures „quasi“ provisoires qui seraient susceptibles de créer un préjudice; on pense notamment aux mesures de protection de la personnalité au sens de l'article 28c CC.

Il faut souligner que la restriction supplémentaire du préjudice irréparable ne s'applique qu'aux décisions sur mesures provisionnelles prises à l'ouverture ou au cours d'une procédure principale (par ex. le règlement de l'entretien pendant la durée du procès en divorce, art. 145 CC); les décisions de dernière instance sur des mesures provisionnelles qui sont prises indépendamment d'une procédure principale sont en revanche des décisions finales et sont donc soumises "uniquement" à l'examen préalable (cf. commentaire de l'art. 83).

Article 87 Déni de justice et retard injustifié

D'un point de vue formel, il n'est pas fait mention ici de l'objet du recours, la passivité pure et simple d'une autorité étant seule visée (refus de statuer ou retard au sens strict): l'autorité refuse expressément ou tacitement de rendre une décision dans un délai convenable. Toutefois, si cela résulte d'une décision formelle, il n'y a pas déni de justice ou retard injustifié au sens de la présente disposition, mais une décision attaquable selon les articles 83 ss P-LTF. La distinction est d'importance pour le respect du délai de recours (cf. art. 92 P-LTF).

Section 2: Motifs de recours

Article 88 En général

La mise en place de recours unifiés implique que la nature des griefs invoqués n'a aucune influence sur la voie de droit ouverte. En d'autres termes, les recourants peuvent soulever, dans n'importe lequel des trois recours unifiés, des griefs qui sont, actuellement, réservés à des voies de droit spécifiques. C'est ainsi que la violation de dispositions constitutionnelles fédérales pourra être contrôlée aussi bien dans le recours en matière de droit public que dans ceux en matières civile et pénale.

La violation du droit fédéral, au sens de la *lettre a*, inclut aussi la violation de la Constitution fédérale. La distinction entre les droits constitutionnels et les autres dispositions constitutionnelles ne joue en principe plus de rôle. Lors du

contrôle concret de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux de portée générale, néanmoins, les règles constitutionnelles sur la compétence de la Confédération ne peuvent pas être invoquées par les particuliers (cf. art. 89 P-LTF).

La *lettre b* mentionne séparément le droit international, car celui-ci représente une source autonome du droit. Conformément à la pratique actuelle, les particuliers ne peuvent invoquer une disposition du droit international que si celle-ci est directement applicable (cf. ATF 119 V 174 ss).

Afin de préserver l'autonomie cantonale, l'article 88 maintient le principe selon lequel il n'appartient pas au Tribunal fédéral de contrôler l'interprétation ou l'application du droit cantonal. Il conserve cependant les quatre exceptions en vigueur aujourd'hui.

Premièrement, le recours est, selon la *lettre c*, ouvert pour violation des droits constitutionnels cantonaux (cf. art. 84 lit. a OJ). Cette notion inclut aussi les garanties que les constitutions cantonales accordent aux communes ou à d'autres corporations de droit public (cf. art. 82 lit. b P-LTF).

Deuxièmement, lorsqu'est attaqué un acte cantonal en matière de droits politiques (art. 76 lit. c P-LTF), la *lettre d* permet de faire valoir la violation de n'importe quelle règle cantonale qui est en rapport étroit avec la capacité électorale ou avec l'exercice des droits politiques. Conformément à la jurisprudence, il peut s'agir aussi bien de normes constitutionnelles que de dispositions législatives.

Troisièmement, la *lettre e* ouvre le recours au Tribunal fédéral pour violation du droit intercantonal (cf. art. 113, 1^{er} al., ch. 3 cst, art. 84, 1^{er} al., lit. b OJ). Cette dernière notion vise non seulement les concordats, mais l'ensemble des accords intercantonaux, quelle que soit leur forme.

Quatrièmement et dernièrement, la violation de dispositions légales cantonales peut être constitutive d'une violation du droit fédéral au sens de la lettre a (par exemple d'un droit fondamental garanti par la Constitution) ou du droit international au sens de la lettre b (par exemple de la Convention européenne des droits de l'homme).

La liste exhaustive de l'article 88 a pour conséquence que le Tribunal fédéral ne pourra plus contrôler l'opportunité de décisions administratives, contrairement à ce que les articles 104 lit. c et 132 lit. a OJ prévoient actuellement. Il n'appartient en effet pas à une juridiction suprême de se prononcer sur l'opportunité d'actes administratifs. La violation des limites juridiques à l'exercice du pouvoir d'appréciation lors de l'application de la législation fédérale représente toutefois une violation du droit fédéral qui peut être soumise à l'examen du Tribunal fédéral en vertu de la lettre a.

L'article 88 ne reprend pas non plus le grief d'une application incorrecte du droit étranger, à la différence de l'article 43a, 2^e alinéa, OJ qui a été introduit en 1989 par la loi fédérale sur le droit international privé. La commission d'experts est d'avis qu'il n'est pas du ressort d'une cour suprême de veiller à la bonne application du droit étranger. Tout contrôle n'est cependant pas entièrement exclu. Le droit fédéral au sens de la lettre a est en effet violé si le droit étranger a été interprété de manière manifestement erronée ou si le droit étranger auquel renvoie la règle suisse de conflit n'a pas été appliqué. Le présent projet

revient ainsi à un système proche de celui que connaissent la France et l'Allemagne.

Article 89 Contrôle des lois fédérales

Cette disposition correspond à l'article 178 du projet 96 de réforme de la justice présenté dans le cadre de la révision totale de la Constitution fédérale (FF 1997 I 413 ss, 540 ss). Il faut relever que le contrôle des lois fédérales fait l'objet d'un processus de décision particulier (art. 19 P-LTF).

Article 90 Constatation inexacte des faits

La commission d'experts conçoit le rôle du Tribunal fédéral comme celui d'une instance de révision du droit. La constatation des faits et leur contrôle sont du ressort des instances précédentes. C'est pourquoi l'article 90 pose comme principe que le recours ne peut pas critiquer les constatations de fait. L'état de fait établi par l'instance précédente lie le Tribunal fédéral (cf. aussi art. 100 P-LTF).

L'interdiction de critiquer la manière dont l'instance précédente a établi les faits n'est toutefois pas absolue. Le recourant peut d'abord invoquer que les faits constatés sont manifestement inexacts, donc que l'instance précédente a commis un arbitraire. Il peut aussi faire valoir que, lors de la constatation des faits, l'instance précédente a violé une disposition visée par l'article 88. Il peut s'agir de la violation d'une règle de procédure relative à l'établissement des faits, notamment la violation d'une garantie rattachée à l'article 4 cst. telle que le droit d'être entendu. La violation peut néanmoins aussi consister en un état de fait incomplet, car l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci.

L'existence d'une violation du droit lors de la constatation des faits n'est pas une condition suffisante pour déclarer bien fondé un recours contre une décision. Il faut encore que cette violation du droit soit susceptible d'avoir une influence déterminante sur l'issue de la procédure. Le recourant doit donc rendre vraisemblable que la décision finale aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit. Cette exigence a l'avantage d'éviter une prolongation inutile de la procédure. Elle comporte néanmoins deux limites implicites. S'agissant d'abord des décisions fondées sur le droit matériel cantonal, le Tribunal fédéral n'est pas habilité à interpréter librement le droit cantonal à moins que la violation de celui-ci ne constitue un motif de recours au sens de l'article 88 P-LTF; l'exigence d'une influence sur la décision finale doit être considérée comme remplie si une décision différente n'est pas manifestement exclue, c'est-à-dire si l'interdiction de l'arbitraire n'empêche pas l'autorité précédente de prendre dans le cas d'espèce une autre décision que celle attaquée. Par ailleurs, au cas où l'objet du recours est une décision incidente ou provisoire, le Tribunal fédéral ne peut pas statuer sur le caractère déterminant des faits contestés sans préjuger du fond de l'affaire; il doit se contenter d'estimer si ces faits pourront jouer un rôle quelconque lors de la décision finale.

Pour la commission d'experts, le rôle du Tribunal fédéral comme instance de révision du droit doit valoir aussi dans les cas où l'autorité précédente a statué comme instance unique, et cela même s'il ne s'agit pas d'une autorité judiciaire (cf. art. 78, 2^e al., *in fine* et art. 80 P-LTF). Le deuxième alinéa prévoit cependant une exception pour les recours contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral: vu la nature des délits soumis à la juridiction pénale fédérale, un libre contrôle des faits par le Tribunal fédéral s'impose afin de respecter pleinement le principe de la double instance.

Section 3: Moyens nouveaux (art. 91)

Dans la mesure où le Tribunal fédéral est conçu comme une instance de révision du droit à laquelle il n'appartient en principe pas d'établir les faits (cf. art. 90 et 100 P-LTF), les parties sont tenues de présenter devant les instances précédentes tous les faits qui leur paraissent pertinents et d'offrir à ces instances tous les moyens de preuve adéquats. En vertu du premier alinéa, il est donc interdit aux parties de présenter pour la première fois lors du recours au Tribunal fédéral des *faits* ou des *preuves* qu'elles auraient déjà dû avancer dans la procédure devant les instances précédentes. L'interdiction des *nova* n'est pourtant pas absolue. Elle comporte un certain nombre d'exceptions.

D'abord, les faits nouveaux sont admissibles au cas où seule la décision de l'instance précédente les a rendus pertinents. C'est ainsi que les critiques relatives à la régularité de la procédure devant l'instance précédente (par exemple une violation du droit d'être entendu lors de mesures probatoires) doivent pouvoir être soutenues par des faits qui n'ont pas été invoqués devant cette instance. De même, lorsque la décision de l'instance précédente a été fondée sur un nouvel argument juridique auquel les parties n'avaient pas été confrontées précédemment, les recourants peuvent (aux conditions prévues par l'article 90 P-LTF) avancer devant le Tribunal fédéral les faits nouveaux qui démontrent que l'argumentation de l'instance précédente est contraire au droit.

Les faits nouveaux sont aussi admissibles lorsqu'ils concernent des arguments juridiques que les recourants ne pouvaient pas faire valoir devant les instances précédentes. L'interdiction des *nova* ne s'applique en effet pas aux faits qui déterminent la recevabilité du recours devant le Tribunal fédéral (par exemple la date de notification de la décision de l'instance précédente). Elle ne vaut pas non plus pour les faits relatifs à l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale – grief que seul le Tribunal fédéral sera habilité à examiner (cf. art. 178; 4^e al., projet 96 Réforme de la justice) –, ni lors de recours déposés directement à l'encontre d'actes normatifs cantonaux (art. 79, 1^{er} al., P-LTF) ou contre des actes du parlement ou du gouvernement cantonal en matière de droits politiques (art. 80, 2^e al., *in fine* P-LTF).

Il faut relever que seuls les faits antérieurs à la décision attaquée peuvent être présentés dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral. Les faits postérieurs à celle-ci peuvent par contre éventuellement ouvrir la voie à une demande de révision (cf. art. 116 P-LTF).

Vu que le recours au Tribunal fédéral est subsidiaire aux voies de droit prévues par le droit fédéral ou cantonal, l'objet du litige (le "Streitgegenstand") est toujours circonscrit par la procédure qui s'est déroulée devant l'instance

précédente. C'est pourquoi le second alinéa précise que les *conclusions nouvelles* sont inadmissibles devant le Tribunal fédéral. Une conclusion est nouvelle dès lors qu'elle n'a pas été soumise à l'instance précédente et qu'elle tend à élargir l'objet du litige. Il est en revanche loisible au recourant de réduire ses conclusions (par exemple demander une somme moindre de dommages-intérêts). Il lui est aussi permis de présenter des conclusions différentes de celles prises devant l'instance précédente pour autant que l'objet du litige n'en ressorte pas changé; il peut donc par exemple demander l'annulation de l'acte attaqué et le renvoi de l'affaire au lieu de conclure à la modification de cet acte.

L'article 91 P-LTF ne mentionne pas explicitement l'inadmissibilité des exceptions nouvelles, à savoir des moyens de droit matériel qui sont à la disposition des seules parties et dont l'instance précédente ne pouvait pas tenir compte d'office (par exemple la prescription ou la compensation d'une prétention; cf. art. 55; 1^{er} al., lit. c OJ et art. 273 PPF). Il découle déjà du principe de la confiance que l'on ne peut pas attendre le recours au Tribunal fédéral pour faire valoir ce genre d'exceptions, car, en l'absence d'une disposition légale contraire, aucune partie ne saurait mettre en cause le bien-fondé d'un jugement à raison d'un vice dont elle est seule responsable. De plus, la notion d'exception, qui est inusitée en dehors de la procédure civile, est assez délicate; doctrine et jurisprudence l'emploient souvent dans un sens large qui inclut aussi les exceptions de procédure et les objections consistant à contester certaines conditions légales que le juge doit contrôler d'office. Or, ces exceptions de procédure et ces objections sont en principe admissibles dans le recours au Tribunal fédéral.

Section 4: Délai de recours (art. 92, 93)

Un recours adressé au Tribunal fédéral doit être déposé devant celui-ci (*judex ad quem*); le fait que le recours soit adressé à une autre autorité ne porte pas à conséquence, si le recours a été déposé en temps utile devant une autorité fédérale ou une autorité cantonale supérieure (art. 44 P-LTF). Le délai est en principe de trente jours (art. 92, 1^{er} al., art. 93 P-LTF). Il existe toutefois des exceptions: par exemple, pas d'exigence de délai pour le recours pour déni de justice ou retard injustifié (art. 92, 3^e al., P-LTF); en outre, en matière de poursuite pour dettes et de faillite, les délais de seulement 20, 10, voire 5 jours pour les affaires de surveillance ou certaines causes de concordats bancaires (cf. art. 20 LP et art. 19 de l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne; ces dispositions sont réservées à l'art.92, 4^e al. P-LTF).

Comme dans le droit en vigueur, le délai de recours court dès la communication de la décision attaquée, et, pour les recours contre un acte normatif, dès la publication de cet acte (art. 92, 1^{er} et 2^e al. et art 93 P-LTF; cf. également art. 89, 3^e al., OJ); le mode de publication est déterminé par le droit cantonal. Si les motifs sont notifiés après coup, le délai court seulement à partir de cette notification (art. 105, 2^e al., P-LTF).

Section 5: Examen préalable

Cette section introduit l'importante innovation de la procédure d'examen préalable (cf. également ch. 5.3.3.1 du rapport). L'accès au Tribunal fédéral est ainsi réglé au moyen d'un instrument qui permet au tribunal de séparer, sur la base de critères fixés dans la loi, les recours admissibles de ceux qui sont inadmissibles et de liquider ces derniers selon une procédure rapide. La réglementation légale se fonde sur l'article 178a, 1er alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice et tient compte notamment des garanties d'accès que le législateur est tenu de respecter en vertu du 2e alinéa du dit article.

Article 94 *Champ d'application*

Tous les recours sont soumis à la procédure d'examen préalable (*1er al.*), qu'ils soient formés contre une décision finale, partielle ou incidente. Le champ d'application de la procédure d'examen préalable s'étend donc à toutes les catégories de recours, soit aux recours en matière civile, pénale et de droit public.

Sont exceptés les recours formés contre des décisions rendues en première instance par le Tribunal administratif fédéral (*2e al.*). Cette exception est nécessaire pour respecter l'article 13 CEDH, disposition qui exige que toute violation de la convention puisse faire l'objet d'un recours effectif devant une instance nationale. Les décisions de première instance du futur Tribunal pénal fédéral sont également exceptées, car l'article 2 du Protocole no 7 à la CEDH (RS 0.101.07) exige une juridiction à deux niveaux pour les affaires pénales.

Article 95 *Recours inadmissibles*

Cette disposition énonce les motifs d'inadmissibilité. Il s'agit d'une énumération exhaustive mentionnant des motifs portant aussi bien sur la forme que sur le fond.

Les motifs énumérés au *1er alinéa* sont indépendants les uns des autres; pour qu'un recours soit déclaré inadmissible, il suffit qu'*un seul* de ces motifs soit réalisé. Les cas prévus aux lettres a et b se trouvent sous une forme semblable dans l'OJ en vigueur comme motifs d'application de la procédure simplifiée de l'article 36a OJ.

Le 1er alinéa, *lettre a*, mentionne en premier le cas où un recours n'est manifestement pas recevable, c'est-à-dire où il appert sur la base d'un premier examen que l'une des conditions d'entrée en matière n'est pas remplie. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque le délai est clairement échu, qu'une partie n'a pas du tout qualité pour agir ou que l'acte attaqué n'est pas susceptible de recours.

Le 1er alinéa, *lettre b*, sanctionne l'introduction procédurière ou abusive d'un recours. Le Tribunal fédéral n'a pas à examiner les recours qui sont formés par pur esprit de chicane, voire pour faire obstruction. Aujourd'hui, il peut liquider de tels recours en procédure simplifiée en vertu de l'article 36a, 2e alinéa, OJ.

Le 1er alinéa, *lettre c*, exige du recourant qu'il motive suffisamment les griefs invoqués, faute de quoi son recours sera déclaré en tout ou partie inadmissible. C'est une sorte de principe d'allégation qui est ainsi introduit. La loi ne dit pas quand un grief est suffisamment fondé. Il incombe au Tribunal fédéral de préciser les exigences de motivation, étant admis que le degré de sévérité des critères peut varier selon les griefs.

Selon le 1er alinéa, *lettre d*, le Tribunal fédéral ne doit pas examiner le grief de violation du droit, lorsque celle-ci n'est pas susceptible d'influer sur le sort de la cause. Cela relativise notamment ce que l'on appelle la nature formelle de l'interdiction du déni de justice formel.

Aux quatre motifs d'inadmissibilité du 1er alinéa, le 2e alinéa en ajoute un cinquième, lequel présente deux aspects (lettres a et b). Ces deux aspects doivent être cumulés pour que le recours soit déclaré inadmissible. Le texte reprend, dans une formulation négative, l'article 178a, 2e alinéa, P-cst. 96, Réforme de la justice. Si le recours ne soulève aucune question juridique de principe et qu'en plus le sort de la cause n'entraîne pas de conséquences graves, le recours peut être déclaré inadmissible. Mais si l'une ou l'autre condition est réalisée, ou à plus forte raison les deux, le tribunal doit entrer en matière sur le recours. On reprend ainsi au niveau de la loi le principe énoncé dans la constitution, selon lequel l'accès au Tribunal fédéral doit être garanti lorsqu'il s'agit de questions juridiques de principe ou lorsque l'issue du litige a de graves conséquences pour une partie. La loi concrétise ces deux critères par des exemples:

Le critère de l'absence de question juridique de principe selon la *lettre a* est rempli notamment lorsque la décision attaquée est conforme à la jurisprudence officiellement publiée par le Tribunal fédéral et que rien ne justifie de soumettre celle-ci à un nouvel examen. Est ainsi mentionné le principal exemple où cette disposition trouve application; toutefois, la loi ne concrétise pas ce critère de manière exhaustive, ainsi que l'indique le mot „notamment“.

La condition de l'absence de conséquences graves selon la *lettre b* doit être comprise dans un sens objectif. Le sentiment subjectif d'une partie ne joue aucun rôle. Cela ressort des exemples que la loi en donne:

Le *chiffre 1* indique comme conséquence grave une privation de liberté de plus d'un mois. Si cette limite est dépassée, le Tribunal fédéral ne peut déclarer le recours inadmissible, sauf s'il existe un motif d'inadmissibilité au sens du 1er alinéa. Il peut s'agir d'une privation de liberté pour des raisons pénales, d'assistance ou administratives. Que la peine soit prononcée avec ou sans sursis ne joue aucun rôle. Il faut admettre les conséquences graves dans le cas du sursis parce que celui-ci peut être révoqué, seules les conditions de la révocation étant alors réexaminées, mais non la peine elle-même.

Selon le *chiffre 2*, il faut aussi toujours considérer qu'il y a des conséquences graves, et donc déclarer le recours admissible, lorsque la valeur litigieuse est de 100'000 francs ou plus en matière civile. Cela ne signifie pas a contrario que les contestations portant sur une valeur litigieuse de moins de 100'000 francs sont systématiquement exclues du Tribunal fédéral. Dans la mesure où il s'agit d'une question juridique de principe, où une partie risque de subir une atteinte grave à ses droits fondamentaux ou encore où il faut retenir

toute autre conséquence grave, le Tribunal fédéral doit examiner de tels recours, même si la valeur litigieuse est très faible; sont bien entendu réservés dans ces cas également les motifs d'inadmissibilité du 1er alinéa.

Le *chiffre 3* donne, pour le domaine des assurances sociales, un exemple particulier de conséquence grave. Il faut admettre que cette condition est réalisée notamment lorsque l'issue du litige est d'une importance vitale pour une partie - donc toujours dans ce cas, mais pas uniquement dans celui-ci.

Le *chiffre 4* mentionne enfin la situation où le sort de la cause peut entraîner une atteinte grave aux droits fondamentaux d'une partie. La notion d'atteinte grave aux droits fondamentaux est reprise ici telle que développée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. notamment ATF 109 la 190 et la casuistique chez Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2e édition, Berne 1994, p. 180 s.).

Lorsque l'un des motifs prévus aux 1er et 2e alinéas est réalisé, le Tribunal fédéral peut déclarer le recours en tout ou partie inadmissible. Cette disposition est potestative. La déclaration d'inadmissibilité est ainsi laissée à l'appréciation du Tribunal fédéral. Cela signifie que le Tribunal fédéral peut, mais ne doit pas, déclarer le recours inadmissible. Il peut aussi le traiter en procédure ordinaire et, selon les cas, le liquider par une décision d'irrecevabilité ou de rejet. Il faut enfin souligner qu'il a la possibilité de déclarer le recours seulement en partie inadmissible, par exemple lorsque certains griefs ne sont pas suffisamment motivés au sens du 1er alinéa, lettre c, alors que les autres le sont.

Le *3e alinéa* limite l'étendue de l'examen préalable pour les recours contre des décisions d'une autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite. Pour ceux-ci, le motif d'inadmissibilité du 2e alinéa n'est pas applicable. Cette disposition ne peut convenir aux affaires en question, de pure droit des poursuites (cf. sur ce point le commentaire de l'art. 70 P-LTF).

Article 96 Procédure

Cette disposition règle les éléments essentiels de la procédure.

Selon le *1er alinéa*, la procédure d'examen préalable est confiée à trois juges, lesquels statuent sur l'inadmissibilité d'un recours en règle générale par voie de circulation (art. 55, 1er al., P-LTF). Lorsqu'exceptionnellement une audience en délibération a lieu, elle n'est pas publique et n'est pas non plus ouverte aux parties (art. 56, 3e al., P-LTF).

La règle du *2e alinéa* est essentielle pour la décharge du tribunal. La décision sur l'inadmissibilité ne doit pas être motivée en détail ni même sommairement; le Tribunal fédéral peut se borner à indiquer le motif d'inadmissibilité en guise de motivation. S'il le juge opportun, il peut aller plus loin. Cette réglementation tient suffisamment compte du droit à une décision motivée. La partie concernée obtient dans tous les cas une réponse complète, même si elle est succincte, à la question de savoir pourquoi le Tribunal fédéral a déclaré son recours inadmissible.

Section 6: Procédure subséquente

Article 97 *Echange d'écritures, recours joint*

La référence à la procédure d'examen préalable mise à part, cette disposition se fonde sur plusieurs articles de l'OJ actuelle: article 59 (recours en réforme), 81 (recours en matière de poursuite pour dettes et de faillite), 93 (recours de droit public) et 110 (recours de droit administratif); mais - à la différence de la procédure administrative en vigueur - elle introduit d'une façon générale la possibilité du *recours joint* (3e al.). Cela n'engendre pas de complication, car seul celui qui aurait lui-même qualité pour recourir peut former un recours joint. Le recours joint déchargera même plus d'une fois le Tribunal fédéral, car il arrive souvent que son dépôt (qui ouvre la voie à une *reformatio in pejus*) provoque le retrait du recours principal, ce qui permet de clore sans autre la procédure. Le 5e alinéa formule expressément le principe de la dépendance du recours joint au recours principal.

La loi ne prévoit pas de *délai* fixe, ni pour la détermination sur le recours principal (1er al.), ni pour la transmission du dossier de la cause par l'autorité précédente (2e al.), ni pour le dépôt d'un recours joint (3e al.), ni pour la réponse à celui-ci (4e al.). Le juge chargé de l'instruction appréciera librement, le délai pour le recours principal (30 jours) lui servant toutefois de référence.

A l'exception d'une possible procédure probatoire (art. 52 et s. P-LTF), de débats éventuels (art. 54) et de délibérations en audience (art. 55 P-LTF), la procédure devant le Tribunal fédéral est *écrite*. En règle générale, il n'y a qu'un seul échange d'écritures (art. 97, 4e al., 2e phrase, P-LTF). Les répliques et dupliques doivent, tout comme les débats, rester l'exception, dans l'intérêt de l'économie de la procédure.

Article 98 *Effet suspensif*

Le Tribunal fédéral a pour principale mission de veiller à l'application uniforme du droit, à son développement et à la préservation de l'ordre constitutionnel. Il n'est donc pas, pour les parties, une dernière instance d'appel que l'on peut saisir par un moyen de droit complet. C'est bien plutôt aux instances précédentes qu'il appartient de rendre effectivement la justice dans les cas d'espèce. Cette répartition des rôles détermine les effets procéduraux des recours au Tribunal fédéral, notamment leur *effet suspensif*.

Pour rendre la procédure plus transparente et aisée, le projet prévoit sur ce point également une réglementation commune pour tous les recours (au contraire du droit actuel: cf. les art. 54, 70, 80, 94 et 111 OJ, 36 LP ainsi que 272 PPF). Le recours n'a d'effet suspensif qu'à certaines conditions (1er et 3e al.); *en règle générale*, il n'a donc *pas* d'effet suspensif (2e al.), ce qui a aussi le mérite d'enlever un attrait pervers au choix de recourir. Dans une certaine mesure, le projet innove donc dans le domaine de la juridiction civile, mais aussi dans celui de l'actuel recours de droit administratif.

Selon le *1er alinéa, lettre a*, le recours n'a, de par la loi, effet suspensif *en matière civile* que lorsqu'il est dirigé contre un *jugement constitutif* (par ex. un jugement en paternité ou de divorce, la dissolution d'une personne morale). Dans de tels cas, des raisons évidentes d'ordre pratique plaident en faveur de

l'effet suspensif. En outre, la loi prévoit également l'effet suspensif *en matière pénale*, lorsque le recours est dirigé contre une décision qui prononce une *peine ferme* ou une *mesure privative de liberté (let. b)*; la restriction de la lettre a s'applique toutefois pour les conclusions civiles.

Le *juge chargé de l'instruction* peut statuer différemment sur l'effet suspensif: il peut le retirer dans les cas prévus au 1er alinéa ou encore, dans les autres cas, il peut l'accorder à la demande d'une partie, voire d'office (3e al.). Il lui est ainsi possible de s'adapter aux nécessités du cas d'espèce. Lorsqu'un recours a effet suspensif - que ce soit de par la loi ou sur décision du juge chargé de l'instruction - il incombe à ce dernier d'ordonner, le cas échéant, des mesures provisionnelles (art. 99 P-LTF).

Article 99 Autres mesures provisionnelles

Le juge chargé de l'instruction peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles. Une telle mesure peut consister en premier lieu dans le retrait ou l'octroi de l'effet suspensif (art. 98, 3e al., P-LTF); elle peut aussi compléter l'effet suspensif par une mesure conservatoire ou prescriptive (par ex. une interdiction de vente, la poursuite de l'exploitation d'une entreprise à certaines conditions seulement).

A la différence de ce que prévoit le droit en vigueur, c'est toujours le Tribunal fédéral (soit le juge chargé de l'instruction) qui est compétent pour ordonner de telles mesures, et non plus l'autorité précédente comme dans la procédure civile actuelle (cf. art. 58 OJ). L'*effet dévolutif* du recours s'en trouve renforcé.

Article 100 Constatations de fait

La commission d'experts conçoit le rôle du Tribunal fédéral comme celui d'une instance de révision du droit. La constatation des faits et leur contrôle sont du ressort des instances précédentes (cf. aussi art. 103 P-LTF). C'est pourquoi le *premier alinéa* pose comme principe que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés par l'instance précédente. L'état de fait établi par celle-ci liera donc le Tribunal fédéral même en matière d'assurances sociales, contrairement à la règle prévue actuellement à l'article 132 lettre b OJ. De même, l'article 100 entraîne l'abandon de la règle spéciale de l'article 67 OJ pour les procès en matière de brevets, car ce domaine ne justifie pas un traitement particulier.

L'obligation de statuer sur la base des faits constatés par l'instance précédente ne saurait en revanche valoir si ces faits sont manifestement inexacts ou qu'ils ont été établis en violation d'une disposition visée par l'article 88. Les faits établis dans la décision attaquée ne lient donc plus le Tribunal fédéral si l'autorité précédente a commis un arbitraire lors de leur constatation, si elle a dérogé à une règle de procédure telle que le droit d'être entendu ou si elle a violé le droit matériel en n'établissant pas certains faits nécessaires à l'application de ce dernier.

Ordinairement, une constatation des faits contraire au droit conduit au renvoi de l'affaire (cf. art. 102, 2^e al., P-LTF). Le deuxième alinéa habilite néanmoins le Tribunal fédéral à rectifier ou à compléter lui-même l'état de fait, de sa propre

initiative ou sur requête des recourants (cf. art. 90 P-LTF). A l'instar de ce qui prévaut actuellement dans le contentieux de droit public (art. 93, 95, 108 et 113 OJ), le Tribunal fédéral pourra corriger l'état de fait non seulement sur la base du dossier constitué par l'instance précédente, mais aussi en se fondant sur les moyens de preuve fournis par les parties dans le cadre de l'échange d'écritures ou en ordonnant les autres mesures probatoires qui s'imposeraient. Il ne s'agit là toutefois pas d'une obligation, mais d'une pure compétence dont le Tribunal fédéral aura tout intérêt à user avec modération. Cette solution souple — qui se distingue de celle très restrictive régnant actuellement dans le recours en réforme (art. 64, 2^e al., OJ) et dans le pourvoi en nullité (art. 277^{bis}, 1^{er} al., phr. 3 PPF) — se justifie afin d'éviter les conséquences disproportionnées d'un renvoi systématique de l'affaire à l'instance précédente lorsque l'état de fait peut être corrigé de manière très simple. L'intérêt des parties à une résolution rapide et définitive du litige doit pouvoir parfois l'emporter sur le principe de la souveraineté des autorités précédentes à l'égard des faits.

Le troisième alinéa prévoit une réglementation particulière pour les recours contre les jugements rendus en première instance par le Tribunal pénal fédéral: vu la nature des délits soumis à la juridiction pénale fédérale, un libre contrôle des faits par le Tribunal fédéral s'impose afin de respecter pleinement le principe de la double instance.

Article 101 Application du droit

Cette disposition circonscrit le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'égard du droit. Le *premier alinéa* pose comme règle générale le principe *iura novit curia* selon lequel le juge applique d'office le droit, quelle que soit la motivation avancée par les recourants (cf. art. 63, 1^{er} al., et 114, 1^{er} al., OJ, 277^{bis}, 2^e al., PPF). Le Tribunal fédéral faillirait à son rôle de cour suprême en rendant sciemment une décision contraire au droit fédéral lorsque le recourant a oublié d'invoquer la disposition pertinente de la législation fédérale. Le principe *iura novit curia* comporte toutefois trois limites.

D'abord, le *second alinéa* assouplit l'application d'office du droit en permettant au Tribunal fédéral de se contenter d'examiner les griefs soulevés par les recourants. Cette solution, qui est celle que connaît aujourd'hui le recours de droit public (art. 90, 1^{er} al., lit. b OJ), se justifie par l'absorption de la juridiction constitutionnelle dans les trois recours unifiés. Vu la multiplicité des garanties constitutionnelles et des normes de droit international qui sont susceptibles d'être touchées par une décision, on ne peut pas obliger le Tribunal fédéral à tout contrôler dans tous les cas. Il appartient en premier lieu aux recourants d'indiquer les vices dont souffre l'acte attaqué. De même, lorsque le grief invoqué est l'application arbitraire du droit cantonal, ce n'est pas au Tribunal fédéral de chercher quelle est la disposition législative cantonale qui a été méconnue.

Ensuite, le Tribunal fédéral ne saurait appliquer d'office une norme dont les recourants n'auraient pas pu invoquer la violation en vertu des articles 88 et 89 P-LTF. C'est ainsi que le respect de la répartition fédérale des compétences ne peut pas être vérifié par le Tribunal fédéral si ce grief n'a pas été soulevé par le gouvernement du canton concerné par l'acte attaqué (cf. art. 89, 2^e al., P-LTF).

Enfin, selon la jurisprudence, le principe de la confiance interdit aux recourants de passer un argument juridique essentiel sous silence devant les instances précédentes afin d'accroître son effet lors du recours au Tribunal fédéral (cf. par ex. ATF 120 la 24 ss). Dans la même mesure, il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'appliquer d'office une norme dont la violation n'aurait pas pu être invoquée devant lui sans heurter le principe de la confiance.

Article 102 Arrêt

Le pouvoir de décision du Tribunal fédéral est limité par les conclusions des parties. Le *premier alinéa* énonce en effet le principe *ne ultra petita* selon lequel le juge ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, ni accorder autre chose que ce que celles-ci demandent (cf. actuellement art. 63, 1^{er} al., 90, 1^{er} al., lit. a et 114, 1^{er} al., OJ, 277^{bis}, 1^{er} al., PPF). La portée exacte de ce principe peut varier en fonction du type de jugement demandé (cf. ATF 116 la 60, 64 s.). Contrairement à l'article 114 OJ, le projet ne prévoit pas d'exceptions dans lesquelles le juge serait habilité à statuer au détriment des recourants. De telles exceptions ne sont en effet plus justifiées aujourd'hui en raison du droit des recourants de retirer leur recours au cas où le tribunal envisagerait de se prononcer à leur désavantage. Certaines lois fédérales autorisent néanmoins le juge et, en conséquence, le Tribunal fédéral à statuer librement, sans être lié par les conclusions des parties (cf. par ex. art. 156 CC).

Selon le *deuxième alinéa*, le Tribunal fédéral peut, en cas d'admission du recours, statuer sur le fond de l'affaire ou renvoyer celle-ci à l'autorité inférieure. Cette disposition est reprise textuellement de l'article 114, 2^e alinéa, OJ. Elle signifie pour l'essentiel que les trois recours unifiés ne sont pas des voies de droit purement cassatoires, donc que le Tribunal fédéral n'est pas tenu de se borner dans tous les cas à annuler l'acte attaqué. L'étendue effective du pouvoir de décision lors de l'admission d'un recours dépend néanmoins d'une pluralité de facteurs. Le renvoi de l'affaire est parfois la seule solution, notamment lorsque les parties ont limité leurs conclusions à l'annulation de l'acte attaqué ou lorsqu'une décision définitive est impossible en raison d'une constatation très incomplète des faits par l'instance précédente (cf. art. 100 P-LTF). Il en va de même lorsque la norme violée par l'acte attaqué ne prédétermine pas de manière exhaustive le contenu de la décision que l'autorité inférieure aurait dû rendre; c'est ainsi que le bien-fondé d'un recours pour violation d'une liberté aboutira ordinairement à la seule annulation de la décision cantonale attaquée et non pas à la modification de celle-ci. Le deuxième alinéa n'accroît pas non plus le pouvoir de décision lors de recours contre des actes normatifs cantonaux: dans la mesure où le Tribunal fédéral est tenu de respecter la marge d'appréciation reconnue par le droit constitutionnel au législateur cantonal, il ne saurait substituer sa propre appréciation et édicter une nouvelle réglementation cantonale à la place de celui-ci sans violer le principe de la séparation des pouvoirs (cf. ATF 118 la 64, 69). S'agissant par contre du recours en matière pénale, le deuxième alinéa pourrait entraîner un certain changement par rapport à la pratique actuelle. Alors que l'admission d'un pourvoi en nullité conduit nécessairement à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure (art. 277^{ter} PPF), l'article 102 P-LTF permettra au Tribunal fédéral de liquider

lui-même l'affaire qui lui est soumise en modifiant le jugement pénal attaqué, à condition bien sûr que l'affaire s'avère prête pour un jugement définitif.

Le deuxième alinéa ne définit pas les types de jugements qui peuvent être rendus ensuite de l'admission d'un recours. Le Tribunal fédéral peut non seulement statuer au fond ou renvoyer l'affaire, mais aussi, par exemple, inscrire au dispositif une injonction prescrivant l'octroi de l'assistance judiciaire (ATF 115 Ia 103) ou une constatation déclarant la compétence d'un tribunal cantonal (cf. art. 73, 2^e al., OJ). Il appartient en définitive au Tribunal fédéral de déterminer, dans les limites des conclusions, le type de jugement qui met le mieux en oeuvre la norme dont il a constaté la violation. Cela vaut tout particulièrement pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait qu'il revient au législateur de corriger l'inconstitutionnalité constatée dans l'acte normatif attaqué.

Bien que les articles 66 OJ et 277^{ter}, 2^e alinéa, PPF n'aient pas été repris dans le projet, il est clair que l'autorité à laquelle une affaire est renvoyée doit en principe fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral.

L'article 102 ne contient pas de règle spéciale relative au pouvoir de décision du Tribunal fédéral lorsque celui-ci statue sur le grief de la violation du droit supérieur par une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale (cf. à ce sujet l'art. 89 P-LTF et l'art. 178 du projet 96 Réforme de la justice, FF 1997 I 540 ss). La constitutionnalité d'une loi fédérale ne peut en effet être contrôlée qu'à titre de question préalable et uniquement en relation avec le cas d'espèce faisant l'objet du recours. Contrairement à certaines cours constitutionnelles étrangères, le Tribunal fédéral n'est pas habilité à statuer sur la validité et l'applicabilité d'une loi fédérale indépendamment du cas d'espèce. Le bien-fondé du grief d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ne confère donc pas au Tribunal fédéral un pouvoir de décision particulier. La réglementation générale de l'article 102, 2^e alinéa, régit aussi cette situation, à l'instar du cas où le Tribunal fédéral constate l'illégalité d'une ordonnance fédérale ou l'inconstitutionnalité d'une loi cantonale appliquée dans la décision attaquée.

Section 7: Procédure cantonale

Article 103 Autorités judiciaires

Toute prétention litigieuse doit pouvoir faire l'objet au moins *une fois* en procédure cantonale d'un examen libre et complet en fait et en droit par un tribunal indépendant. Cette disposition souligne une fois de plus que la justice doit matériellement être rendue par les tribunaux cantonaux. Le Tribunal fédéral ne s'occupe en principe plus de l'état de fait (art. 90 et 100 P-LTF); et l'application du droit (art. 88 P-LTF) est soumise à la condition de l'examen préalable (art. 94 ss. P-LTF).

Peu importe que l'objet du litige relève formellement du droit public ou du droit civil; il n'y a d'exceptions au principe de l'autorité judiciaire que pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant ou qui concernent les droit politiques (cf. commentaire de l'art.78 P-LTF). Cela a des conséquences notamment pour les affaires de surveillance en matière de poursuite pour

dettes et de faillite, dans la mesure où les tâches de l'autorité cantonale de surveillance supérieure ou unique ne sont pas encore confiées à un tribunal; des conséquences aussi pour certaines affaires relevant de la juridiction gracieuse (cf. les cas mentionnés à l'art. 70, 2e al., P-LTF).

Qu'il soit de première instance ou instance d'appel précédant le Tribunal fédéral, le tribunal cantonal *applique le droit d'office*. C'est un principe bien établi du droit de procédure, qui ne dispense toutefois pas les parties de motiver de façon adéquate leurs demandes. Il faut en outre relever que le libre examen de l'état de fait ne se confond pas sans autre avec la maxime inquisitoriale. Libre examen signifie seulement que l'état de fait pertinent en droit doit pouvoir être établi au moins une fois sans limitation en procédure cantonale.

Article 104 *Unité de la procédure*

La disposition de l'article 98a, 3e alinéa, de l'OJ en vigueur est à la fois généralisée et précisée: il s'agit d'établir une liaison aussi aisée que possible entre la procédure cantonale et la juridiction fédérale.

Devant n'importe quelle instance de la procédure cantonale, la qualité pour agir ne doit pas être reconnue plus restrictivement que devant le Tribunal fédéral (*1er al.*);

l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral doit avoir au moins le même pouvoir d'examen que le Tribunal fédéral (*2e al.*). Si, par exception, elle est la première (et unique) instance, c'est alors l'article 103 P-LTF qui s'applique à cet égard: examen complet de la cause en fait et en droit.

Article 105 *Communication des décisions*

Le *1er alinéa* correspond aux articles 51 s. OJ, 20a LP ainsi que premier, 3e alinéa, PA. Il vise lui aussi à l'unification de la procédure (assurer la liaison avec la juridiction fédérale).

Il faut relever que le droit fédéral n'impose pas absolument aux cantons la motivation écrite des décisions. S'il n'y a pas de motifs écrits, il incombe aux parties de les demander dans un délai de trente jours (*2e al.*); le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la communication de l'expédition complète (art. 92, 1er al., P-LTF). Si une décision ne satisfait pas aux exigences légales, le Tribunal fédéral peut soit l'annuler, soit la renvoyer pour qu'elle soit complétée (*3e al.*).

Chapitre cinquième: Action (art. 106)

En vertu de cette disposition, l'objet de l'action est strictement limité aux différends dont le Tribunal fédéral est seul à même de connaître, compte tenu de leur importance et de leur nature.

Il en est ainsi des actuelles réclamations de droit public, qui sont là essentiellement pour résoudre les conflits de compétence entre la

Confédération et les cantons et les différends de droit public entre cantons (art. 113, 1^{er} al., ch. 1 et 2 cst.; art. 83 let. a et b OJ). Leur rôle dans un Etat fédéral est important car elles permettent de vider ces différends dans le cadre d'une procédure judiciaire réglementée. Vu l'importance et la nature de ces procès, le seul tribunal qui puisse entrer en ligne de compte est le tribunal suprême de la Confédération. Il convient dès lors de laisser ces compétences en première instance au Tribunal fédéral (let. a et b).

Le champ d'application de l'*action de droit administratif* a été réduit au strict minimum lors de la dernière révision de l'OJ de 1991. Il comprend aujourd'hui les contestations relevant des relations entre Etat fédéral et Etats fédérés et celles portant sur des prétentions en dommages-intérêts résultant de l'activité officielle de magistrats (art. 116 et 130 OJ). Ces litiges sont à juste titre dans la compétence du Tribunal fédéral et doivent le rester (let. b et c).

Avec l'article 106 P-LTF, on a ainsi désormais une seule voie de droit unifiée, qui regroupe l'ensemble des cas de procès directs, la procédure étant celle de la loi fédérale de procédure civile fédérale.

Chapitre sixième: Avis préjudiciel (art. 107 à 113)

L'institution de l'avis préjudiciel permet à une autorité judiciaire inférieure de faire trancher par le tribunal suprême une question de droit particulière qui se pose dans le cadre d'une procédure en cours. On peut citer à titre d'exemples célèbres d'une telle institution la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes (art. 177 du Traité CE) et la procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale de l'article 100 de la Loi fondamentale allemande.

En tant que telle, la procédure d'avis préjudiciel ne suppose pas nécessairement que le tribunal qui demande l'avis se situe au terme de la succession des instances et que son jugement ne soit donc susceptible d'aucun recours (devant un juge national). Néanmoins, il n'y a, dans la juridiction fédérale, aucune nécessité d'une procédure d'avis préjudiciel aussi longtemps que les questions de droit qui se posent peuvent être soulevées dans le cadre d'une procédure de recours. En revanche, la procédure d'avis préjudiciel peut faire office d'instrument compensatoire dans les domaines où la loi exclut tout recours au Tribunal fédéral (voir le catalogue de l'art. 77 P-LTF). Elle convient ainsi plus particulièrement dans les domaines du droit où le nombre des recours est extrêmement élevé (par exemple en matière d'asile), ou dans ceux où la plupart des cas sont bénins, de telle sorte que la fonction du Tribunal fédéral doit se limiter à la protection d'intérêts dépassant les simples intérêts particuliers.

Aux termes de l'article 107 P-LTF, les autorités judiciaires de dernière instance statuant à titre définitif *doivent* suspendre la procédure et demander l'avis préjudiciel du Tribunal fédéral lorsqu'elles sont d'avis qu'une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale, dont la validité doit être examinée à l'appui de leur décision, viole des droits constitutionnels ou le droit international (al. 1). Elles *peuvent*, mais ne doivent pas, le faire également lorsqu'elles éprouvent

des doutes sérieux quant à une question d'interprétation du droit fédéral ou international (al. 2).

L'obligation qui est prévue dans le premier cas, de même que l'ancrage de cet instrument, nouveau en droit suisse, à l'article 178a, 3^e alinéa, projet 96 Réforme de la justice, montrent bien que cette procédure a pour but premier d'assurer effectivement le contrôle des normes prévu par l'article 178 projet 96 Réforme de la justice y compris dans les cas où la juridiction de dernière instance est appelée à rendre une décision définitive, c'est-à-dire lorsque le recours au Tribunal fédéral est exclu. En cela, elle sert de correctif dans les cas où la limitation de l'accès au Tribunal fédéral a des effets excessifs. Cette procédure est au demeurant le corollaire nécessaire du système de contrôle des normes concentré dans les mains du seul Tribunal fédéral. La commission d'experts estime que des doutes même sérieux ne doivent pas suffire pour requérir l'avis préjudiciel, d'où les termes "sont d'avis". Il faut en effet que l'autorité de dernière instance assume pleinement sa responsabilité et ne s'en remette pas trop facilement à l'opinion du Tribunal fédéral dès qu'elle est confrontée à un problème d'interprétation de la loi au regard du droit constitutionnel ou international; il faut bien sûr aussi éviter que le Tribunal fédéral soit submergé par une avalanche de demandes d'avis préjudiciels. En revanche, il suffit de "doutes sérieux" lorsqu'il s'agit de l'interprétation du droit fédéral ou international. Dans ce cas, l'avis préjudiciel peut mais ne doit pas être requis (al. 2), la fonction de l'avis préjudiciel étant alors surtout de contribuer à l'application uniforme du droit.

Comme le Tribunal fédéral le répète lui-même souvent et à juste titre, son rôle n'est pas de donner des avis de droit. La procédure d'avis préjudiciel ne saurait non plus être utilisée à cet effet. C'est pourquoi l'article 107 prend bien soin de préciser qu'elle ne peut être mise en oeuvre qu'en relation avec une procédure en cours, pour faire trancher une question qui se pose dans le cas d'espèce et, comme l'exige l'article 108, 2^e alinéa, P-LTF, uniquement en vue de résoudre une question juridique précise, qui doit être déterminante pour le sort de la cause. Conformément à sa fonction spécifique, la procédure d'avis préjudiciel est exclusivement une procédure de juge à juge, dont le déclenchement échappe à la volonté des parties (art. 108, 1^{er} al.). Cela n'empêche pas que, une fois celle-ci décidée par la juridiction compétente, les parties, de même que l'autorité précédente et d'autres intéressés, puissent présenter des observations sur la demande, lesquelles sont alors communiquées au Tribunal fédéral en même temps que cette dernière (art. 109). De son côté, le Tribunal fédéral a toute latitude pour recueillir ailleurs d'autres observations (art. 110), car il doit pouvoir se forger une opinion en s'aidant de tous les avis compétents utiles à la résolution du problème posé.

L'article 111, 1^{er} alinéa, réaffirme au niveau de la décision à rendre par le Tribunal fédéral le principe posé aux articles 107 et 108, 2^e alinéa, selon lequel l'avis préjudiciel doit porter, uniquement, sur une question juridique précise. En revanche, il serait contraire à la fonction de cette procédure que le Tribunal fédéral soit lié par les motifs exposés dans la demande: il appliquera donc le droit d'office.

L'article 112 montre bien qu'il s'agit d'une procédure de juge à juge. La décision est notifiée uniquement à l'autorité requérante, laquelle est bien sûr tenue d'en

tenir compte pour la décision qu'elle a à rendre. Pour la même raison, l'avis préjudiciel est rendu sans frais (art. 113). Le but de cette procédure étant notamment de servir à l'avancement du droit, l'avis préjudiciel peut naturellement faire l'objet d'une publication officielle, conformément à l'article 26 P-LTF.

Chapitre septième: Révision, interprétation et rectification

Section 1: Révision (art. 114 à 121)

Pour l'essentiel, la réglementation actuelle de la révision (art. 136 ss OJ), qui a fait ses preuves, est reprise sans grands changements. Sous réserve de l'article 115, les quelques modifications proposées sont surtout d'ordre systématique et rédactionnel.

La révision est un moyen de droit extraordinaire qui permet exceptionnellement de demander l'annulation ou le réexamen d'un arrêt du Tribunal fédéral entré en force de chose jugée. Les deux catégories traditionnelles de motifs sont, d'une part, les vices de formes, l'annulation de l'arrêt étant alors demandée en raison de fautes de procédure (art. 114), et, d'autre part, la découverte subséquente d'éléments justifiant la réouverture de la procédure (art. 116). La lettre a de cette dernière disposition évite de qualifier, improprement, les faits de "nouveaux", et précise qu'il s'agit de faits pertinents découverts après coup, ceux qui sont postérieurs à l'arrêt étant bien sûr exclus.

A ces deux groupes de motifs, le législateur de 1991 a ajouté celui de l'article 139a OJ, qui permet la révision des arrêts déclarés contraires à la CEDH par les organes de Strasbourg. Ce cas est repris à l'article 115 P-LTF. La réglementation actuelle est toutefois modifiée sur deux points.

Tout d'abord, on propose de rétablir un système plus conforme à la répartition ordinaire des compétences: soit il y a un arrêt du Tribunal fédéral, et la révision est, dans tous les cas, de la compétence du Tribunal fédéral. Le cas échéant, son arrêt doit alors nécessairement être modifié, quitte à ce qu'il comporte un renvoi avec injonction à l'autorité précédente. Soit il n'y pas d'arrêt du Tribunal fédéral, parce que le recours n'était pas ouvert, et la révision est alors de la seule compétence de l'autorité précédente. Il faut donc en revenir aux règles ordinaires, en ouvrant la voie de la révision, pour ce motif comme pour les autres, contre les seuls arrêts du Tribunal fédéral, et non contre les décisions d'autorités inférieures.

Ensuite, il est proposé de renoncer à la règle de subsidiarité prévue par l'article 139a, 1^{er} alinéa, in fine, par les termes "et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision". Il est en effet paradoxal de permettre la révision uniquement comme remède subsidiaire, alors même que l'article 50 CEDH ne prévoit l'allocation d'une "satisfaction équitable" que si le droit interne ne permet pas de rétablir le justiciable dans ses droits. C'est donc bel et bien cette dernière qui doit être subsidiaire. Au demeurant, l'article 121, 3^e alinéa, permet au Tribunal fédéral d'en tenir compte dans sa décision. D'ailleurs, l'application de la règle actuelle s'avère souvent problématique et donne parfois lieu à d'étranges parties de ping-pong entre Berne et Strasbourg.

Les autres dispositions n'appellent pas de commentaires particuliers, sinon pour relever qu'elles sont ordonnées plus logiquement et autant que possible simplifiées.

Section 2: Interprétation et rectification (art. 122)

La seule modification apportée à la réglementation actuelle réside dans la précision que le Tribunal fédéral peut aussi interpréter ou rectifier un arrêt d'office, et non seulement à la demande d'une partie.