

05.445

**Initiative parlementaire. Juridiction constitutionnelle**

07.476

**Initiative parlementaire. Faire en sorte que la Constitution soit applicable pour les autorités chargées de mettre en œuvre le droit**

**Rapport et avant-projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil national**

du 17 février 2011

---

## **1 Situation initiale**

### **1.1 Initiatives parlementaires**

Le 7 octobre 2005, le conseiller national Heiner Studer a déposé une initiative parlementaire visant à modifier la Constitution afin d'étendre la juridiction constitutionnelle à l'examen des lois fédérales. Il s'inspirait d'un volet qui avait été écarté dans le cadre de la révision totale de la Constitution (cf. infra ch. 1.4). Le 12 octobre 2007, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a procédé à l'examen de l'initiative et décidé, par 9 voix contre 7 et 6 abstentions, d'y donner suite. Le 13 mai 2008, son homologue du Conseil des Etats a refusé, par 7 voix contre 5, de se rallier à cette décision. Le 17 octobre 2008, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a toutefois décidé, par 15 voix contre 8 et 1 abstention, de maintenir sa position. Le 28 avril 2009, le Conseil national a donné suite à l'initiative par 80 voix contre 67. Le 15 juin 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats s'est finalement ralliée à cette décision par 6 voix contre 5.

Le 5 octobre 2007, la conseillère nationale Vreni Müller-Hemmi a déposé une initiative parlementaire visant à relativiser l'immunité des lois fédérales face à la juridiction constitutionnelle. Le 17 octobre 2008, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé, par 14 voix contre 8 et 2 abstentions, de donner suite à l'initiative. Le 15 juin 2009, son homologue du Conseil des Etats s'est ralliée à cette décision à l'unanimité.

### **1.2 Travaux de la commission**

Le 28 janvier 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après : la commission) a chargé une sous-commission d'examiner les possibilités de mettre en œuvre les initiatives parlementaires, d'éclaircir les questions y relatives, et de lui présenter, dans un délai d'un an, un rapport à ce sujet.

Composée de Daniel Vischer (président), Viola Amherd, Kurt Fluri, Daniel Jositsch, Yves Nidegger, Barbara Schmid-Federer, Pirmin Schwander, Carlo Sommaruga et Luzi Stamm, la sous-commission a siégé quatre fois durant la période d'avril à novembre 2010.

La sous-commission a procédé à l'audition d'experts en droit et d'une délégation du Tribunal fédéral. Ceux-ci étaient invités à se prononcer notamment sur l'opportunité, du point de vue du droit public, d'étendre la juridiction constitutionnelle à l'examen des lois fédérales, à donner une appréciation générale des deux initiatives parlementaires, et, le cas échéant, de présenter d'autres solutions.

Le 10 septembre 2010, après examen de plusieurs options possibles, la sous-commission a décidé d'en soumettre deux à la commission. Elle donnait la préférence à une variante A, soit l'abrogation pure et simple de l'art. 190 Cst. Elle proposait comme option B de modifier cet article en y ajoutant un alinéa, aux termes duquel les autorités ne seraient pas tenues d'appliquer les lois fédérales qui violent les droits fondamentaux garantis par la Constitution ou les droits de l'homme garantis par le droit international.

Le 20 janvier 2011, la commission a adopté l'avant projet ci-joint, par 15 voix contre 8, avec 2 abstentions. Une minorité propose de ne pas entrer en matière sur cet avant-projet. La grande majorité de la commission (22 voix contre 2 avec 2 abstentions) s'est prononcée pour l'abrogation de l'article 190 Cst., alors qu'une minorité a soutenu la variante B qui avait été proposée par la sous-commission. La commission a adopté le présent rapport explicatif le 17 février 2011. Elle a été soutenue dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police, en application de l'art. 112, al. 1, de la loi sur le Parlement.

### **1.2.1                    Résultat des auditions de la sous-commission**

Les participants à l'audition du 28 mai 2010 se sont prononcés en faveur du principe de l'extension de la juridiction constitutionnelle, notamment parce que la Constitution se situe au-dessus des lois fédérales dans la hiérarchie des normes du droit interne. Certains ont jugé qu'il était difficilement admissible que les droits fondamentaux garantis par le droit international puissent parfois empêcher l'application de lois fédérales, alors que ce n'est pas le cas des droits fondamentaux prévus par la Constitution. Compte tenu de la multiplication des compétences législatives déléguées à la Confédération, il deviendrait pour eux toujours plus pressant de pouvoir contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. En Suisse, les droits populaires ne s'y opposent d'ailleurs pas : la légitimité démocratique de la Constitution est supérieure à celle des lois fédérales, car elle repose sur le référendum obligatoire et la majorité des cantons requise en cas de révision constitutionnelle. La plupart des personnes entendues ont défendu l'idée d'un système diffus, où le contrôle appartient à toutes les autorités d'application du droit. Un système qui verrait le Tribunal fédéral œuvrer comme seul organe de contrôle était rejeté. Il a notamment été avancé que la qualité de la jurisprudence du Tribunal fédéral exige qu'une autre instance se soit penchée au préalable sur la question litigieuse.

## **1.3                        Droit en vigueur**

### **1.3.1                    Examen de la conformité des décisions et des actes normatifs avec la Constitution et le droit international**

A tous les niveaux, les autorités fédérales et cantonales sont tenues de respecter la Constitution fédérale et le droit international lorsqu'elles légifèrent ou qu'elles appliquent le droit. Le fait que la Constitution fédérale doive être respectée découle de sa nature même de texte fondamental de l'Etat. De plus, en tant que droit fédéral, elle prime le droit cantonal (art. 49 Cst.). Quant au droit international, l'obligation pour la Confédération et les cantons de le respecter est inscrite à l'art. 5, al. 4, Cst.

Toutes les autorités d'application du droit sont en principe tenues de refuser, d'office, de mettre en œuvre les dispositions d'actes normatifs qui sont contraires au

droit supérieur<sup>1</sup>. Cette obligation est une conséquence du principe de la légalité inscrit à l'art. 5, al. 1, Cst.<sup>2</sup>

Il est possible d'invoquer une violation de la Constitution ou du droit international pour attaquer une décision au niveau fédéral ou au niveau cantonal<sup>3</sup>. Une telle violation peut découler de l'application d'un acte normatif contraire à la Constitution ou au droit international.

La légalité des actes normatifs cantonaux peut donc être examinée – à titre préjudiciel – en rapport avec un acte d'application (contrôle concret des normes). Mais il est aussi possible de recourir contre l'acte normatif cantonal lui-même devant le Tribunal fédéral, selon l'art. 82, let. b, LTF (contrôle abstrait des normes). Par contre, la législation fédérale ne prévoit pas de recours direct contre les actes normatifs de la Confédération, c'est-à-dire pas de contrôle abstrait des normes fédérales.

### 1.3.2 Restriction prévue à l'art. 190 Cst.

Le contrôle de la constitutionnalité des normes selon les principes exposés plus haut (ch. 1.3.1) est sévèrement limité par l'art. 190 Cst. : le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international, ce qui veut dire que ces derniers doivent être appliqués même s'ils sont contraires à la Constitution.

La formulation de l'art. 190 Cst., adoptée dans le cadre du projet de mise à jour de la constitution, dérive de celle de l'art. 113, al. 3, de la constitution de 1874<sup>4</sup>. Certes, l'ancienne constitution ne parlait pas de droit international mais seulement des traités ratifiés par l'Assemblée fédérale. Mais l'extension de cette réserve aux traités que le Conseil fédéral a conclus de son propre chef et aux autres sources du droit international (par ex. le droit coutumier et les règles générales du droit international) correspondait à la doctrine dominante et à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral. La mention des « autres autorités » (et non plus du seul Tribunal fédéral) comme destinataire de la norme n'excédait pas non plus le cadre de la mise à jour du droit constitutionnel.

<sup>1</sup> ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2006, n. 1895 ss; ANDRE GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 327, 1020; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 95; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, n. 2073 ss; ATF 107 Ib 243 c. 4; 108 Ib 540 c. 4c.

<sup>2</sup> PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2007, § 11 n. 36.

<sup>3</sup> Cf. notamment les art. 95, let. a et b, 110 et 111, al. 3, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110); l'art. 49, let. a, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

<sup>4</sup> Cf. message du 20 novembre 1996 sur une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 436 s.

Il est majoritairement admis qu'une nouvelle disposition constitutionnelle (c'est-à-dire adoptée après l'art. 190 Cst.) contraire à une loi fédérale antérieure prime cette dernière<sup>5</sup>.

Une modification matérielle de l'art. 190 Cst. avait été proposée dans le cadre de la réforme de la justice (voir ch. 1.4). L'Assemblée fédérale y a finalement renoncé lors de la conférence de conciliation.

### 1.3.3 L'art. 190 Cst. dans la pratique du Tribunal fédéral

L'immunité des lois fédérales et du droit international prévue à l'art. 190 Cst. signifie qu'il n'est pas possible d'invoquer la Constitution pour refuser de les mettre en œuvre. Selon une pratique aujourd'hui établie, le Tribunal fédéral ne considère pas l'art. 190 Cst. comme une interdiction d'examiner la compatibilité des lois fédérales ou du droit international avec la Constitution<sup>6</sup>. S'il constate, ce faisant, une incompatibilité, il ne peut cependant que la signaler dans les considérants de l'arrêt.

S'il met en doute la constitutionnalité ou la conformité au droit international d'une loi fédérale, le Tribunal fédéral examine d'abord s'il est possible d'interpréter cette loi de façon à éviter un conflit avec le droit supérieur. Il n'y a toutefois pas place pour une interprétation conforme à la Constitution ou au droit international lorsque les règles reconnues de l'interprétation des lois portent à conclure nettement à un autre résultat<sup>7</sup>. En ce cas, le Tribunal fédéral décide du droit prépondérant selon les critères suivants :

- Les normes du droit international qui garantissent des droits de l'homme priment les lois fédérales<sup>8</sup>. Ce sont essentiellement les droits de l'homme garantis par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)<sup>9</sup> et par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)<sup>10</sup>. Donc, les droits fondamentaux consacrés par la Constitution dont la portée n'est pas plus étendue que celle des droits de l'homme garantis par le droit international bénéficient du même privilège.

<sup>5</sup> Message (note 4), p. 429; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELLIER, op. cit. (note 1), n. 1890; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007, Art. 190 n. 14; YVO HANGARTNER, in: Bernhard Ehrenzeller / Philippe Mastronardi / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender [éd.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2008, art. 190 n. 33; PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert / Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich 2003, art. 190 n. 15; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Bâle 2009, n. 2858.

<sup>6</sup> Cf. HANGARTNER, op. cit. (note 5), art. 190 n. 8 et les références qui s'y trouvent.

<sup>7</sup> Cf. FRITZ GYGI, op. cit. (note 1), p. 144.

<sup>8</sup> ATF 125 II 417 c. 4d; 133 II 450 c. 2.2; 136 II 241 c. 16.1; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELLIER, op. cit. (note 1), n. 1882 ss; GIOVANNI BIAGGINI, op. cit. (note 5), art. 190 n. 16; ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, op. cit. (note 1), n. 1926a; YVO HANGARTNER, op. cit. (note 5), art. 190 n. 32; PASCAL MAHON, op. cit. (note 5), art. 190 n. 9; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER, op. cit. (note 5), n. 2863, 3643.

<sup>9</sup> RS 0.101.

<sup>10</sup> RS 0.103.2.

- Si le conflit de normes ne concerne pas un droit fondamental ou du moins pas un qui soit garanti par le droit international, la loi fédérale postérieure (qui ne permet pas une interprétation conforme à la Constitution) prime le droit constitutionnel antérieur. Dans la mesure où la loi a été édictée en dérogation au droit international en pleine connaissance de cause, elle prime aussi le droit international antérieur (jurisprudence Schubert)<sup>11</sup>.

Au nombre des droits fondamentaux constitutionnels qui ne sont pas – ou pas totalement – garantis par le droit international, on compte le principe général de l'égalité (art. 8, al. 1, Cst.), l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), la liberté d'établissement (art. 24 Cst.), la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.) et le droit de prendre part aux élections et votations (art. 34 Cst.).

#### **1.4 Projets de révision à l'origine de la réforme de la justice du 12 mars 2000**

Si le Conseil fédéral a présenté, dans son message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, un arrêté fédéral distinct pour la réforme de la justice, c'était notamment parce que des lacunes avaient été constatées dans le dispositif de protection juridique. Aux yeux du Conseil fédéral, l'une de ces lacunes était « due à ce qu'on appelle l'impunité des lois fédérales et des arrêtés fédéraux de portée générale » (art. 113, al. 3, et 114<sup>bis</sup>, al. 3, de la Cst. de 1874). Compte tenu du transfert de nombreuses compétences cantonales à la Confédération depuis 1874 et de l'implication de la Suisse dans le droit international (en particulier depuis l'entrée en vigueur de la CEDH), le Conseil fédéral estimait qu'il était devenu difficilement concevable que les actes normatifs les plus importants de la Confédération échappent encore à tout contrôle judiciaire<sup>12</sup>.

Ainsi le projet d'arrêté fédéral C, relatif à la réforme de la justice, comportait un art. 178, intitulé « Contrôle des normes », qui prévoyait un contrôle concret des normes et en vertu duquel la seule instance compétente était le Tribunal fédéral (système concentré). Celui-ci aurait examiné la compatibilité des lois fédérales avec les droits constitutionnels et le droit international (al. 1). A la demande d'un canton, le Tribunal fédéral aurait en outre dû examiner, dans le cadre d'un acte d'application, la compatibilité des lois fédérales avec les compétences cantonales garanties par la Constitution (al. 2). Par ailleurs, le soin était laissé au Tribunal fédéral de décider dans quelle mesure devait être appliquée une disposition d'une loi fédérale violant le droit international ou des droits constitutionnels (al. 3). Les propositions du Conseil fédéral ont été très bien accueillies lors de la consultation<sup>13</sup>.

Lors des délibérations au Parlement concernant ledit article, le 5 mars 1998, le Conseil des Etats a décidé, par 19 voix contre 14, de se rallier à l'avis de sa commission et au projet du Conseil fédéral<sup>14</sup>. Le 25 juin 1998, le Conseil national a suivi

<sup>11</sup> ATF 99 Ib 39; 136 III 168 c. 3.3.4.

<sup>12</sup> Message (note 4), p. 498, 500 s.

<sup>13</sup> Message (note 4), p. 90 ss

<sup>14</sup> BO 1998 E 258 ss

quant à lui, par 87 voix contre 39, une minorité de sa commission qui rejetait l'extension de la juridiction constitutionnelle et proposait une formulation qui est celle de l'actuel art. 190 Cst.<sup>15</sup>. Le 1<sup>er</sup> octobre 1998, le Conseil des Etats a toutefois maintenu sa décision, par 26 voix contre 11<sup>16</sup>. Le 9 juin 1999, le Conseil national a adopté, par 95 voix contre 56, un texte correspondant pour l'essentiel à la version du Conseil des Etats et du Conseil fédéral. L'al. 1 disposait que le Tribunal fédéral examinerait si une loi fédérale viole des droits fondamentaux ou le droit international directement applicable (au lieu de parler des droits constitutionnels et du droit international)<sup>17</sup>. Le 30 août 1999, le Conseil des Etats a approuvé ce texte par 23 voix contre 15<sup>18</sup>.

Dans le cadre de l'élimination des dernières divergences concernant la réforme de la justice, la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national a proposé de scinder le projet afin que le contrôle des normes en soit exclu et fasse l'objet d'un arrêté fédéral distinct. Pour sa part, la commission du Conseil des Etats a refusé l'idée d'un vote optionnel ou fragmenté, mais elle était d'accord pour créer une nouvelle divergence en renonçant au contrôle des normes applicable aux lois fédérales. Le 6 octobre 1999, le Conseil national a alors décidé, par 105 voix contre 55, de biffer l'article concerné du projet<sup>19</sup>. Le 7 octobre 1999, sur proposition de la conférence de conciliation, les deux conseils ont approuvé cette ultime version du Conseil national<sup>20</sup>. Le conseiller national Rolf Engler, rapporteur germanophone de la commission, a déclaré à ce sujet devant la Chambre basse : « La Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national regrette vivement que le Conseil des Etats n'ait pas approuvé la division du projet. La commission du Conseil des Etats a en effet estimé qu'une telle division aurait équivalu à "tuer" le contrôle des normes – ou tout au moins à délivrer le permis de le faire. Or, votre commission ne partage pas cet avis : pour elle, cette façon de procéder aurait constitué une solution satisfaisante et appropriée. Avec le choix qui a été fait, nous devons nous contenter d'un minimum, même s'il représente un premier pas vers la réforme de la justice. Il n'en demeure pas moins qu'il nous faudra franchir encore d'autres étapes tant au niveau des lois qu'à celui de la Constitution. » [trad.] En votation finale le 8 octobre 1999, le Conseil des Etats a adopté le projet à l'unanimité ; le Conseil national l'a adopté par 165 voix contre 8, avec 10 abstentions<sup>21</sup>. Le jour même, le conseiller national Otto Zwygart a déposé une initiative parlementaire<sup>22</sup> sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces, où il reprenait la disposition de l'art. 178 (« Contrôle des normes ») du projet du Conseil fédéral sur la réforme de la justice. Le 2 octobre 2000, le Conseil national a toutefois décidé, par 74 voix contre 37, de ne pas donner suite à cette initiative<sup>23</sup>.

15 BO 1998 N 1465 ss

16 BO 1998 E 1018 ss

17 BO 1999 N 1011 ss

18 BO 1999 E 606 s. ; concernant le texte adopté par les deux conseils, cf. FF 2010 2057

19 BO 1999 N 2048 s.

20 BO 1999 E 979 s. ; N 2130

21 BO 1999 E 993 ; N 2305 s.

22 Initiative parlementaire Zwygart. Contrôle de la constitutionnalité des lois (99.455)

23 BO 2000 N 1089 ss

## Arguments en faveur d'une extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales

La situation a fondamentalement changé depuis la décision du constituant de 1874 de refuser au Tribunal fédéral le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales. Il existe aujourd'hui un certain nombre d'arguments en faveur d'une extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales.

- A la fin du XIXe siècle, les restrictions des libertés des citoyens se trouvaient principalement dans les lois cantonales, qui pouvaient éventuellement être contraires à la Constitution. Depuis lors, il y a eu un transfert massif des contenus législatifs vers le droit fédéral. Si, autrefois, l'immunité des lois fédérales face à la juridiction constitutionnelle ne limitait guère la protection juridique des citoyens, tel n'est plus le cas aujourd'hui.
- Des dispositions de lois fédérales peuvent s'avérer contraires à la Constitution dans un cas concret très particulier ou le devenir parce que le contexte a changé. L'Assemblée fédérale n'est pas en mesure de prévoir tous les cas de figure possibles.
- L'expérience de l'examen des lois cantonales par le Tribunal fédéral montre que celui-ci fait preuve de retenue, sans s'arroger le pouvoir de prendre des décisions politiques. Mieux encore, par sa juridiction constitutionnelle à l'égard des cantons, il a contribué à des évolutions généralement jugées positives aujourd'hui, par exemple dans les domaines de la liberté de croyance et de conscience, de la liberté d'expression et du droit à l'information ou de la liberté économique.
- Alors que l'action du législateur peut être déterminée par l'actualité politique, le juge constitutionnel prend en compte les valeurs fondamentales et durables de la Constitution, qui s'expriment au travers des droits fondamentaux. Il contribue à ce que le droit évolue dans le sens de ces droits fondamentaux. Le modèle de deux pouvoirs qui se complètent et se limitent mutuellement correspond davantage à la réalité constitutionnelle suisse que l'idée d'une séparation strictement logique entre un législateur qui crée le droit et des tribunaux qui ne font qu'exécuter sa volonté.
- Le Tribunal fédéral exerce déjà un contrôle constitutionnel des lois fédérales, à l'aune des droits de l'homme garantis par la CEDH (cf. ch. 1.3.3). On ne saurait renoncer à cette pratique, de peur que les recours au Tribunal fédéral pour violation de ces droits par une loi fédérale ne soient qu'une étape dénuée de sens avant le recours aux instances de Strasbourg. Si la Cour européenne des droits de l'homme concluait à une violation de la CEDH, il faudrait en outre que le Tribunal fédéral révise éventuellement son arrêt en vertu de l'art. 122 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).
- Le fait que le Tribunal fédéral contrôle *de facto* la conformité à la CEDH des lois fédérales dévalorise la Constitution, qui devrait être le critère premier pour les autorités qui légifèrent et qui appliquent le droit en Suisse.

On trouvera une présentation plus détaillée de ces arguments dans le message relatif à la réforme de la justice (partie « Réforme de la justice » du message du 20 novembre 1996 sur une nouvelle constitution fédérale<sup>24</sup>), élaborée avec l'aide d'une commission d'experts<sup>25</sup>.

### **3 Nouvelle réglementation proposée**

#### **3.1 Objet de la nouvelle réglementation**

Les initiatives parlementaires Studer Heiner et Müller-Hemmi demandent que la Constitution soit modifiée de sorte que les *lois fédérales*, comme tout autre acte normatif, puissent être examinées quant à leur conformité au droit supérieur en rapport avec un acte d'application.

Aucune des deux initiatives ne met en question le rapport entre la Constitution et le droit international. La question de l'opportunité d'améliorer la protection contre les normes constitutionnelles contraires au droit international (au moins par un renforcement du contrôle préventif des normes) est l'objet de l'initiative parlementaire Vischer « Validité des initiatives populaires » (07.477)<sup>26</sup> et du rapport additionnel annoncé par le Conseil fédéral, qui viendra compléter son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne<sup>27</sup>.

Les deux initiatives parlementaires examinées ici ne postulent pas non plus de réforme fondamentale de la situation actuelle concernant le rapport entre les lois fédérales et le droit international.

Les modifications proposées par la commission se concentrent donc sur l'objet central de ces deux initiatives : l'examen de la constitutionnalité des lois fédérales en rapport avec un acte d'application. C'est de propos délibéré qu'elle renonce à coupler l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales avec la création d'une norme constitutionnelle détaillée réglant la relation entre le droit interne et le droit international. Comme le Conseil fédéral l'a exposé dans son rapport du 5 mars 2010, le principe de la primauté du droit international n'est pas appliqué automatiquement. Dans certains cas, il faut mettre en œuvre des mécanismes de pesée des intérêts, tâche que les tribunaux sont le mieux à même d'accomplir. Dans tous les Etats étudiés dans le rapport, les tribunaux disposent aussi d'une certaine marge de manœuvre dans l'application du principe de la primauté du droit international<sup>28</sup>.

#### **3.2 Système concentré et système diffus**

On parle d'un système concentré lorsque, dans un Etat donné, un seul tribunal est habilité à contrôler la constitutionnalité des normes juridiques (comme en Allema-

<sup>24</sup> Message (note 4), p. 513 ss.

<sup>25</sup> Cf. message (note 4), p. 496, note 7.

<sup>26</sup> Le Conseil national a donné suite à l'initiative parlementaire Vischer le 11 mars 2009. La Commission des institutions politiques du Conseil des Etats a suspendu son examen préalable jusqu'à la publication du rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 27).

<sup>27</sup> FF 2010 2067 ; pour le rapport additionnel, cf. p. 2143.

<sup>28</sup> FF 2010 2067, p. 2142.

gne, en France, en Italie, en Autriche, en Belgique ou au Luxembourg). Dans un système diffus, toutes les autorités d'application du droit peuvent ou doivent exercer le contrôle concret des normes (comme en Suisse pour les actes cantonaux et les ordonnances fédérales).

La commission privilégie le système diffus. Elle se distancie sur ce point de la proposition faite par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice en 1996 et de l'initiative parlementaire Studer Heiner. Le système diffus se pratique depuis longtemps en Suisse pour l'examen préjudiciel des actes normatifs cantonaux et des ordonnances fédérales et il peut être étendu sans difficulté technique au contrôle des lois fédérales. Un système concentré requerrait la création d'une procédure d'avis préjudiciel, afin que les instances inférieures – en particulier celles qui rendent des décisions définitives – puissent soumettre au Tribunal fédéral la question de la constitutionnalité d'une disposition légale. Cette procédure, relativement compliquée, ne se grefferait sur aucune tradition similaire en Suisse. Elle irait en outre au rebours des simplifications des procédures que la révision totale de l'organisation judiciaire a apportées<sup>29</sup>.

### 3.3 Propositions de la commission

La commission propose l'abrogation pure et simple de l'art. 190 Cst., par 22 voix contre 2.

Cette abrogation entraînerait la suppression de l'immunité des lois fédérales. Celles-ci, comme les ordonnances fédérales et les actes normatifs cantonaux, pourraient voir leur conformité à la Constitution et au droit international contrôlée par toutes les autorités en rapport avec un acte d'application (cf. ch. 1.3.1).

Elles seraient contrôlées en premier lieu quant à leur conformité avec l'ensemble de la Constitution. Le Tribunal fédéral, à la différence de ce qui se passe aujourd'hui, donnerait la prépondérance sur une loi fédérale aux droits fondamentaux qui ne sont pas garantis par le droit international et aux dispositions constitutionnelles sur le partage des compétences entre la Confédération et les cantons. En cas de contradiction entre une loi fédérale et le droit international, l'art. 5, al. 4, Cst. demeurerait applicable : il postule en principe la primauté du droit international mais ne contient pas de règle stricte de résolution de conflit<sup>30</sup>. Le Tribunal fédéral pourrait donc continuer de suivre la jurisprudence Schubert<sup>31</sup> dans la même mesure qu'aujourd'hui (c'est-à-dire dans la mesure où les normes internationales concernées ne garantissent pas des droits de l'homme).

Suite à l'abrogation de l'art. 190 Cst., les conséquences en droit interne de conflits de normes entre le droit international et la Constitution ne devraient plus être appréciées que selon l'art. 5, al. 4, Cst.

La majorité de la commission considère l'abrogation de l'art. 190 Cst. comme une solution logique, conforme aux objectifs des deux initiatives parlementaires et

<sup>29</sup> Cf. MAYA HERTIG RANDALL, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, in: RDS 129 [2010] II; p. 339 s.

<sup>30</sup> Message (note 4), p. 137; YVO HANGARTNER, op. cit. (note 5), Art. 5 n. 49.

<sup>31</sup> Cf. note 11.

propre à garantir dans tous les cas la primauté de la Constitution sur les lois fédérales contraires.

Une *minorité* de la commission (2 voix) veut aller moins loin et se prononce pour une modification de l'art. 190 Cst. L'al. 1 de cette proposition correspond matériellement à l'art. 190 Cst. actuel, dans une autre formulation. L'al. 2 apporte une restriction au principe selon lequel les lois fédérales – même anticonstitutionnelles – lient les autorités. Celles-ci ne seraient pas tenues d'appliquer les lois fédérales qui violent les *droits fondamentaux* garantis par la Constitution ou les droits de l'homme garantis par le droit international. Cette solution se distingue de la proposition de la majorité sur un point essentiel : l'autorité ne peut refuser d'appliquer une loi fédérale pour violation de la Constitution que si la violation porte sur un droit fondamental. Si une loi fédérale, par exemple, viole exclusivement des dispositions constitutionnelles attribuant des compétences aux cantons, il ne serait pas possible de refuser de l'appliquer – pas plus que ce n'est le cas aujourd'hui. Un conflit entre une loi fédérale et une norme de droit international qui ne garantit pas des droits de l'homme devrait explicitement être traité selon les mêmes règles qu'actuellement (art. 5, al. 4, Cst. en relation avec l'art. 190, al. 1, selon la version de la minorité). Comme avec la proposition de la majorité, le Tribunal fédéral pourrait continuer de suivre la jurisprudence Schubert<sup>32</sup>.

Pour la majorité de la commission, cette solution est insatisfaisante et peu cohérente. En accordant la préséance aux droits fondamentaux, on en vient à scinder le droit constitutionnel fédéral en deux classes de normes.

Une autre *minorité* (8 voix) est opposée à tout contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et propose donc de ne pas entrer en matière sur l'avant-projet. Elle estime que cet instrument renforce par trop le pouvoir judiciaire. Elle souligne que les lois sont soumises au référendum facultatif et sont par ce biais légitimées par le peuple souverain, que ce soit tacitement ou explicitement.

### 3.4 Compléments éventuels au niveau de la loi

Les propositions de la commission se limitent à la modification constitutionnelle nécessaire pour permettre le contrôle préjudiciel des lois fédérales en rapport avec un acte d'application par toutes les autorités. Si besoin est, le législateur pourra opérer à cette même fin certaines adaptations des lois relatives à l'organisation judiciaire ou des codes de procédure. Les modifications législatives suivantes sont envisageables, sans être forcément nécessaires :

- modification des dispositions qui excluent le recours au Tribunal fédéral dans certaines matières<sup>33</sup> de sorte que ce dernier puisse toujours juger en dernière instance de la non-application d'une loi fédérale ;
- extension du droit de recours de la Confédération, qui n'est ouvert aujourd'hui contre toutes les décisions des tribunaux et des autorités canto-

<sup>32</sup> Cf. note 11.

<sup>33</sup> Cf. notamment les art. 73, 79 et 83 LTF.

