

La justice constitutionnelle en Suisse

Michel Hottelier

Michel Hottelier : Professeur, la Faculté de droit de l'Université de Genève Michel.Hottelier@unige.ch

DOI: [10.25518/1374-3864.1718](https://doi.org/10.25518/1374-3864.1718)

Résumé :

La justice constitutionnelle telle qu'elle a cours en Suisse présente un visage contrasté en fonction de la nature des actes soumis au juge. Particulièrement développée à l'égard des actes étatiques cantonaux, elle permet d'entreprendre devant le Tribunal fédéral, Cour suprême du pays, aussi bien les lois cantonales (contrôle abstrait) que leurs décisions d'application (contrôle concret). Le contrôle est en revanche beaucoup plus réduit à l'égard des actes de rang fédéral. Non seulement le contrôle juridictionnel abstrait des actes normatifs fédéraux est exclu, mais de surcroît, leur contrôle concret est sévèrement limité par une clause de la Constitution fédérale (art. 190), qui fait en tout état obligation aux juges d'appliquer les lois votées par le Parlement fédéral. A l'intérieur de ce contexte institutionnel, le respect de la structure fédérale alimente une part substantielle de la juridiction constitutionnelle, en contribuant à préciser le mode de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

Mots-clés : Droits constitutionnels - fédéralisme - Tribunal fédéral - compétences - recours - action

Abstract :

Constitutional law as exercised in Switzerland plays an uneven part, following the nature of submitted acts. Specially developed regarding acts issued by the cantons, it allows the federal Court (the country's supreme Court) to operate both an abstract review on cantonal law and a concrete review on their application decisions. On the other hand, said control is much weaker in respect with federal acts (as abstract review is impossible and concrete review is severely limited by the Constitution in its article 190, indicating that judges are compelled to apply laws voted by the federal parliament). Within this institutional context, the respect of the federal structure largely fuels the constitutional Court - therefore contributing to precise the competences' repartition between the Confederation and its Cantons.

1. Le système fédéral suisse

1.1. Généralités

La structure fédérale représente l'un des piliers du système constitutionnel helvétique. Sa mise en place remonte à 1848, année de la création de la Suisse moderne sur la base d'une constitution, après que les cantons jusque là souverains eurent réglé leurs rapports sur la base d'un pacte confédéral¹.

Le fédéralisme n'a jamais été fondamentalement remis en cause depuis son implantation en Suisse,

sur la base des expériences déjà connues aux Etats-Unis durant la première moitié du 19^e siècle. 26 collectivités fédérées, appelées cantons, composent le pays, pour une population de l'ordre de 8 millions d'habitants. La Constitution fédérale actuellement en vigueur a été adoptée le 18 avril 1992. À la suite de la mention des trois cantons directeurs de l'ancienne Confédération, elle nomme en son article premier chaque canton en suivant l'ordre historique de leur entrée dans l'Etat fédéral³. Si le terme Confédération est encore utilisé en droit constitutionnel suisse, il faut y voir l'attachement au souvenir de la création de la Suisse moderne. La Suisse contemporaine se présente en effet comme un Etat fédéral et non plus comme une Confédération d'Etats souverains, unis autour d'un traité international.

Les principes qui sous-tendent le fédéralisme suisse reprennent les règles classiques qui voient à l'intérieur d'un même espace territorial coexister un ordre juridique fédéral, un système institutionnel cantonal et aussi communal. En vertu du principe de l'autonomie, chaque canton dispose de son propre régime constitutionnel. Au nom de la règle de participation, les cantons prennent, selon des mécanismes et des procédures variées, une part active à la formation de la volonté nationale. L'exigence de superposition les contraint à respecter l'ensemble des règles qui découlent de l'ordre juridique fédéral⁴.

Chaque canton dispose d'une constitution qui lui est propre et qui lui permet d'organiser très librement son système institutionnel, juridique et politique, sans oublier son régime financier. Il existe ainsi vingt-sept constitutions en Suisse: une de rang fédéral et vingt-six cantonales⁵. La Constitution fédérale fait obligation aux cantons d'adopter une constitution démocratique, laquelle doit en outre respecter l'ensemble du droit de la Confédération. L'Assemblée fédérale s'assure du respect de ces principes à la faveur de chaque révision, partielle ou totale, des constitutions cantonales. Ce contrôle, qui est gracieux et non contentieux, a lieu d'office et débouche sur l'octroi de la garantie de l'Assemblée fédérale en faveur des normes constitutionnelles ainsi adoptées ou révisées⁶.

1.2. La répartition des compétences

Les compétences partagées entre le niveau central et le niveau cantonal sont réparties sur la base de l'article 3 Cst. A teneur de cette disposition, dont le texte est demeuré inchangé depuis 1848, «les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération». L'article 42 Cst. ajoute que «la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution». Les cantons suisses ne sont certes plus souverains de nos jours. Seul l'Etat fédéral revêt juridiquement cette qualité, qui lui confère l'immédiateté propre aux sujets du droit international. Le maintien des termes «souveraineté» et «souverains» s'explique par référence à l'histoire, rappelant le fait que la création de l'Etat fédéral résulte de l'accord passé entre les cantons⁷.

Pour saisir la clause de l'article 3 Cst. au sens du droit constitutionnel contemporain, il convient de remplacer les termes «souveraineté» et «souverain» par «compétence» et «compétents». On comprend alors que la Confédération ne dispose que des pouvoirs que lui attribue la Constitution fédérale, les cantons conservant tous les autres⁸. On se doute que la juridiction constitutionnelle est indispensable pour permettre à ce système bien huilé de fonctionner et, en particulier, de résoudre les inévitables conflits de compétence susceptibles d'opposer l'Etat fédéral aux cantons.

1.3. La primauté du droit fédéral

S'agissant du respect de la structure fédérale par les cantons, la Constitution de 1848, puis celle de 1874 ne contenaient pas de clause spécifique sur le sujet. C'est le Tribunal fédéral qui, à la faveur d'une jurisprudence créatrice, a déduit le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal de l'article 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale (art. 2 DT) de 1874. Alors que la disposition avait vocation à régler les conflits intertemporels liés à l'entrée en vigueur de la loi fondamentale, les juges fédéraux lui ont intégré une importante dimension géographique, en posant le principe selon lequel le droit fédéral brise le droit cantonal qui lui est contraire (« Bundesrecht bricht kantonales Recht »).

Il en est issu un droit individuel de nature constitutionnelle, que le justiciable avait vocation à invoquer devant le Tribunal fédéral. Ce principe a été codifié à l'article 49 alinéa 1 Cst. La règle, qui sanctionne le partage des compétences entre la Confédération et les cantons, joue un rôle déterminant, en tant qu'il incombe au Tribunal fédéral de l'interpréter et de lui donner concrètement effet. La disposition est traditionnellement interprétée comme exprimant non seulement un principe objectif, pilier de l'ordre fédéral helvétique, mais aussi comme intégrant un droit subjectif à part entière, un droit de nature constitutionnelle dont les particuliers sont légitimés à revendiquer le respect jusque, le cas échéant, devant le Tribunal fédéral⁹.

1.4. Les liens entre le fédéralisme et la justice constitutionnelle

La juridiction constitutionnelle en Suisse fait appel à une grande diversité d'acteurs étatiques, sur le plan aussi bien fédéral que cantonal. Ce type de contrôle n'est donc pas concentré entre les mains d'un organe unique, qui détiendrait une forme de monopole. La Suisse connaît ainsi un système de juridiction constitutionnelle diffus.

Sur le plan judiciaire, la juridiction constitutionnelle s'exerce en principe d'abord au niveau des instances des cantons. Le droit fédéral oblige ces derniers, lorsque le justiciable le demande, à pratiquer le contrôle de la constitutionnalité de leur droit à l'occasion de tout cas d'application. Outre le contrôle concret, les cantons disposent de la faculté d'instaurer le contrôle abstrait de leur législation au regard de sa conformité à la constitution locale comme au regard de la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral intervient, en pareille hypothèse, en qualité d'instance de dernier recours.

Entre 1848, date de l'adoption de la première Constitution fédérale, et 1874, date de sa révision totale et l'adoption d'une nouvelle loi fondamentale, le Tribunal fédéral ne fonctionnait pas à la manière d'un organe permanent. Ses attributions consistaient surtout à trancher des contestations de droit civil entre cantons, entre un canton et la Confédération ou entre particuliers et la Confédération. Les litiges ressortissant au droit public relevaient en revanche de la compétence des autorités politiques fédérales, soit le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale¹⁰. Le respect de la structure fédérale ne relevait pas, à proprement parler, de la compétence du Tribunal fédéral. Celui-ci ne pouvait être saisi que des affaires, au reste fort peu nombreuses, que lui transmettait l'Assemblée fédérale. L'idée à l'origine de ce système résidait dans la volonté de faire trancher les litiges par le parlement, issu d'une élection démocratique plutôt que par des juges.

Ce n'est qu'après 1874 que l'approche judiciaire du fédéralisme a véritablement fait son apparition. Progressivement, le développement de la jurisprudence, lui-même lié à l'extension progressive des

compétences fédérales, a occasionné une jurisprudence particulièrement riche et originale.

En droit positif, le détail du fonctionnement du Tribunal fédéral et, en particulier, son mode de saisine sont réglés par une loi du 17 juin 2005¹¹. L'article 189 alinéa 2 Cst. range, au nombre des pouvoirs impartis au Tribunal fédéral, la compétence de connaître «des différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons». L'arbitrage des litiges nés de la structure fédérale représente, au vu de cette disposition, une facette centrale de la juridiction constitutionnelle. Les liens entre le fédéralisme et la justice constitutionnelle sont naturels et évidents. Prévues et consacrées par la Constitution, la structure fédérale ne saurait en effet s'épuiser dans le langage propre à la loi fondamentale.

D'une part, les termes qu'utilise la Constitution pour instituer et aménager la structure fédérale ne sont pas toujours exempts d'ambiguïté. Nombre d'entre eux appellent des précisions et des éclaircissements relatifs à leur champ opératoire, des éclaircissements que le juge constitutionnel est, par définition, naturellement à même d'apporter au cours du processus de mise en oeuvre des lois. D'autre part, la répartition des compétences entre le niveau fédéral et celui propre aux collectivités fédérées n'est pas toujours claire. L'exercice de ces compétences génère inévitablement des frictions et des conflits, que la justice constitutionnelle a précisément vocation à arbitrer.

Il existe donc un suivi, une sorte de «service après vente», si l'on peut dire, du fédéralisme, soit un processus qui, pour intervenir en aval des règles constitutionnelles, suppose un arbitrage officiel qui s'avère déterminant pour connaître la signification exacte, au concret, de la structure fédérale. La juridiction constitutionnelle a vocation à résoudre les conflits de règles ou de compétence qui sont inhérents à la structure et au fonctionnement du fédéralisme.

2. L'organisation de la juridiction constitutionnelle fédérale

2.1. Composition de la juridiction constitutionnelle fédérale

Le nombre des juges qui composent le Tribunal fédéral est de trente-huit titulaires et de dix-neuf juges suppléants. Alors que les juges titulaires siègent à plein temps, les juges suppléants n'exercent leur fonction qu'à titre accessoire. Il est fait appel à leurs services pour remplacer un magistrat qui se récuse, qui se trouve indisponible ou encore en cas de surcharge de la juridiction.

En Suisse, le système qui prévaut généralement pour la désignation des juges au niveau tant fédéral que cantonal est l'élection par le parlement pour un mandat temporellement limité, avec possibilité de réélection. Les juges fédéraux sont ainsi élus par l'Assemblée fédérale pour des mandats reconductibles d'une durée de six ans. Tout citoyen suisse titulaire des droits politiques âgé de dix-huit ans peut se présenter à l'élection. La limite supérieure d'âge est fixée à soixante-huit ans.

La possession de compétences spécifiques liées à un titre universitaire ou à un brevet d'avocat n'est nullement requise. En pratique, l'Assemblée fédérale choisit les juges fédéraux de telle manière que les langues officielles de la Confédération, à savoir l'allemand, le français et l'italien au sens de l'article 70 alinéa 1 Cst. soient représentées. Les cantons ne disposent pas pour autant d'une garantie d'être effectivement représentés au sein du Tribunal fédéral. Lors de l'élection des juges au Tribunal fédéral, l'Assemblée fédérale accorde par ailleurs une représentation équitable aux deux confessions chrétiennes, de même qu'aux principaux partis politiques représentés à l'échelon

national¹².

Les magistrats qui composent le Tribunal fédéral sont répartis en sept cours distinctes, dont les compétences respectives sont énoncées dans un règlement adopté par la juridiction¹³. Il y a ainsi deux cours de droit public, deux cours civiles, une cour de droit pénal et deux cours de droit social. La juridiction constitutionnelle se pratique à l'intérieur de chacune de ces sections, à travers l'exercice des compétences qui leur reviennent¹⁴.

2.2. Le financement de la juridiction constitutionnelle fédérale

La Constitution fédérale énumère, en son article 189, les chefs de compétence qui incombent au Tribunal fédéral. Au nombre de ceux-ci compte le respect du droit fédéral – dont la Constitution fait naturellement partie – et les différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons eux-mêmes, comme indiqué précédemment.

Ces fonctions relèvent de la juridiction propre à la Cour suprême. Leur exercice s'intègre par conséquent dans l'enveloppe budgétaire allouée, chaque année, par l'Assemblée fédérale au Tribunal fédéral. Le financement de la juridiction constitutionnelle fédérale émerge au budget général qui est attribué au Tribunal fédéral. Il n'existe pas, à cet égard, de budget spécifiquement alloué à cette fonction juridictionnelle.

Le budget fédéral est principalement alimenté par les impôts, les taxes et les émoluments que perçoit la Confédération¹⁵. A l'intérieur de ce cadre, les cantons ne sont pas appelés à financer de manière spécifique le financement de la juridiction constitutionnelle.

3. Les compétences de la juridiction constitutionnelle fédérale

3.1. Les compétences matérielles

3.1.1. Généralités

Le Tribunal fédéral exerce un double rôle au sein du système judiciaire helvétique¹⁶. En sa qualité d'autorité judiciaire de dernière instance au sens de l'article 188 alinéa 1 Cst., il lui appartient de faire respecter la législation fédérale et, en particulier, d'en assurer une interprétation uniforme. En sa fonction de juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral assume la mission d'assurer le respect des droits fondamentaux, ainsi que le respect des droits de l'homme qui sont contenus dans les instruments internationaux contenant des dispositions directement applicables auxquels la Suisse est partie.

Les compétences qui incombent au Tribunal dans l'exercice de la juridiction constitutionnelle sont plurielles: en font partie le contrôle du respect des droits fondamentaux, le contentieux des droits politiques, le principe de la séparation des pouvoirs et, bien entendu, le respect de la structure fédérale. L'article 189 alinéa 1 lettre d Cst. habilite aussi le Tribunal fédéral à statuer sur les litiges qui concernent les droits constitutionnels cantonaux. Conformément à la définition qu'en a donnée la jurisprudence, les droits constitutionnels cantonaux recouvrent les dispositions des constitutions cantonales qui garantissent des droits individuels aux justiciables et qui, à ce titre, présentent des contours suffisamment précis pour pouvoir être invoquées devant le juge, sans législation complémentaire d'exécution. Toute disposition constitutionnelle cantonale directement applicable

peut par conséquent être invoquée devant le Tribunal fédéral¹⁷.

La juridiction constitutionnelle qu'exerce le Tribunal fédéral sur les droits fondamentaux remonte à la création de l'Etat suisse moderne, en 1848. Dotée à l'origine de compétences très limitées dans ce domaine, la Haute Cour a été stabilisée en tant qu'instance judiciaire suprême permanente en 1874, à l'occasion de la révision totale de la Constitution. Progressivement, le domaine des droits fondamentaux s'est inscrit comme la fonction la plus courante et la plus importante qu'elle exerce en matière de juridiction constitutionnelle. Celle-ci comprend le contrôle du respect aussi bien des droits fondamentaux de rang fédéral que de ceux prévus par les constitutions cantonales. Depuis 1974, année de la ratification par la Suisse de la Convention européenne des droits de l'homme, le contrôle de la correcte application des droits de la personne humaine issus du droit international est venu compléter l'éventail des droits sanctionnés par le Tribunal fédéral. Au contrôle traditionnel de la constitutionnalité fédérale et cantonale est ainsi venu s'ajouter le contrôle de la conventionnalité¹⁸.

3.1.2 Le contrôle des normes cantonales

Les normes dont le Tribunal fédéral contrôle la constitutionnalité peuvent être de rang cantonal ou fédéral. Le contrôle est extrêmement poussé à l'égard des normes cantonales. À l'exception des constitutions des cantons, dont l'examen de la conformité au droit fédéral est assuré d'office par l'Assemblée fédérale à la suite de leur adoption, toutes les normes intercantionales, cantonales et communales peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral¹⁹.

Un premier examen, sous forme de contrôle abstrait de constitutionnalité, peut être déclenché dans un délai de trente jours suivant leur adoption. Un arrêt de principe prononcé par le Tribunal fédéral le 14 octobre 2003 fournit un bon exemple de ce mécanisme sous l'angle du fédéralisme²⁰. La réglementation de l'interruption volontaire de grossesse ressortit en Suisse au code pénal fédéral. Les cantons ne disposent pas de la compétence de poser des règles complémentaires en ce domaine. C'est du moins ce que le Tribunal fédéral a jugé à propos de directives du canton de Zurich, qui instituaient l'obligation pour la femme enceinte de recueillir un second avis médical en cas d'avortement, alors que le droit fédéral n'en impose qu'un seul. Le Tribunal fédéral a en l'espèce admis le recours dirigé contre la directive cantonale et annulé cette dernière au motif qu'elle contrevient au droit fédéral.

Le contrôle concret de constitutionnalité est également possible à l'occasion de chaque cas d'application des normes cantonales. Ce contrôle découle du principe de la primauté du droit fédéral au sens de l'article 49 alinéa 1 Cst. C'est pourquoi il présente un caractère obligatoire pour les cantons, ainsi que le Tribunal fédéral le rappelle de cas en cas²¹.

Un arrêt prononcé le 12 mars 1982 par le Tribunal fédéral permet d'illustrer l'utilité du contrôle concret²². Etait en cause l'interdiction, prononcée par les autorités du canton de Genève, d'organiser une procession un dimanche matin durant une dizaine de minutes sur une portion de la voie publique d'un quartier résidentiel, à l'occasion de la fête des Rameaux. L'interdiction reposait sur une loi cantonale qui datait de 1875. Saisi d'un recours exercé contre la mesure d'interdiction, le Tribunal fédéral a constaté une violation de la liberté des cultes protégée par la Constitution fédérale. Si la loi incriminée pouvait, en 1875, justifier son existence sur la base d'un climat de luttes violentes et d'un anticléricalisme marqué régnant alors à Genève, la situation sociale avait profondément évolué depuis. L'interdiction d'organiser une manifestation culturelle sur le domaine

public ne pouvait plus, en fin de 20^e siècle, reposer sur un motif pertinent. La décision d'interdiction a été annulée et la loi cantonale déclarée contraire à la Constitution fédérale.

Le caractère étendu de la juridiction constitutionnelle qu'exerce le Tribunal fédéral à l'égard des normes des cantons permet de révéler une particularité du système fédéral suisse: celle d'un mécanisme de contrôle et de surveillance de la Confédération sur la manière dont les collectivités conçoivent, façonnent et appliquent leur législation. Le système est en revanche très différent s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des normes fédérales.

3.1.3 Le contrôle des normes fédérales

Le contrôle abstrait de constitutionnalité n'existe pas à l'égard de la législation qu'adoptent les autorités fédérales. Pour des raisons liées au principe de la séparation des pouvoirs, l'article 189 alinéa 4 Cst. ne permet pas de porter directement devant le Tribunal fédéral les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral. Seul le contrôle concret, survenant à la faveur d'un cas d'application de ces actes, est envisageable.

L'article 190 Cst. fait par ailleurs obligation au Tribunal fédéral et aux autres autorités d'appliquer les lois fédérales. Depuis son introduction dans la Constitution fédérale, en 1874, la règle contraint la Haute Cour à suivre, sans pouvoir les remettre en cause, les dispositions qui figurent dans les lois votées par l'Assemblée fédérale. Compris dans sa dimension négative, l'article 190 Cst. est traditionnellement interprété comme faisant interdiction au Tribunal fédéral de refuser d'appliquer une loi fédérale au motif que celle-ci contrevient à la Constitution. La clause traduit la prééminence qui revient institutionnellement au Parlement fédéral, dont les deux chambres adoptent démocratiquement les lois, lesquelles sont ensuite passibles du référendum populaire à la demande de 50'000 citoyens ou de huit cantons (art. 141 Cst.). Le contrôle démocratique et populaire poussé auquel sont soumises les lois fédérales fait ainsi traditionnellement obstacle à leur éventuelle remise en cause sur le terrain judiciaire. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, la primauté de validité de la Constitution fédérale sur les lois fédérales ne peut pas être concrétisée par les tribunaux. C'est en ce sens que la loi fédérale est «immunisée»: elle ne saurait être soumise au contrôle constitutionnel²³.

La portée de la clause d'immunisation des lois fédérales est large, puisqu'elle étend son empire aux actes de rang infra-législatif qui dépendent directement de ces dernières. Les ordonnances du Conseil fédéral qui reprennent des règles dont le fondement se trouve dans une loi votée par l'Assemblée fédérale sont par conséquent elles-mêmes soustraites au contrôle de la constitutionnalité²⁴.

Le sens de la règle d'immunisation qu'énonce l'article 190 Cst. a certes subi une évolution significative au cours des âges. Cette évolution permet de nos jours au Tribunal fédéral de se livrer, en cas de doute sur le sens qu'il convient de conférer à une disposition contenue dans une loi fédérale, à une interprétation de cette dernière qui s'avère conforme à la Constitution. En outre, depuis le début des années 1990, la règle n'interdit pas aux juges fédéraux de se livrer au contrôle concret de la constitutionnalité des lois fédérales. Le Tribunal fédéral peut par conséquent identifier, pointer et signaler à l'adresse du législateur fédéral d'éventuelles violations de la Constitution, étant toutefois précisé qu'il doit quand même appliquer les lois qui les contiennent²⁵. La clause d'immunisation vaut donc encore, fût-ce d'une manière réduite. Enfin, le développement du droit international, tout particulièrement dans le domaine des droits de l'homme, a progressivement conduit à l'instauration du contrôle de la conventionnalité des lois fédérales²⁶.

De fait, en cas de conflit par hypothèse irréductible entre une loi fédérale et un traité international auquel la Suisse est partie, là où l'interprétation conforme atteint ses limites, c'est en principe ce dernier qui prime²⁷. Ce qui est manière de souligner que, pour certes faire obligation au Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales, l'article 190 Cst. oblige, de même, la Haute Cour à appliquer le droit international.

3.1.4. Le respect de la structure fédérale face à l'article 190 Cst.

Une conséquence, curieuse mais juridiquement logique, s'attache à la mise en œuvre de la clause d'immunisation des lois fédérales qu'énonce l'article 190 Cst. dans le cas des litiges issus du fédéralisme. Alors même que le Tribunal fédéral est constitutionnellement habilité à annuler les actes cantonaux contraires au droit fédéral par voie de contrôle abstrait ou concret de la constitutionnalité, par exemple en cas d'usurpation d'une compétence fédérale, l'inverse n'est pas vrai.

La loi fédérale par hypothèse contraire à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons ne saurait en effet être sanctionnée par la Cour suprême, dès lors qu'elle se trouve précisément immunisée par l'article 190 Cst. L'éventuelle primauté du droit cantonal face à une législation fédérale contraire à la répartition des compétences qu'opère la Constitution n'est, du coup, pas pleinement assurée²⁸.

Le rôle d'autorité de surveillance des cantons qui revient au Tribunal fédéral apparaît ici de manière particulièrement nette, tout en révélant le caractère incomplet de la juridiction constitutionnelle à l'égard de la législation fédérale²⁹.

En matière de juridiction constitutionnelle, la Suisse contemporaine présente ainsi un visage insolite: alors qu'un contrôle de la constitutionnalité n'est pas ouvert à l'égard des lois fédérales, le contrôle est, en sens inverse, largement possible à l'égard des lois qu'adoptent les cantons.

3.2. Les modes de saisine

3.2.1 Généralités

Le Tribunal fédéral ne statue jamais d'office, ni par voie d'avis consultatif. Comme l'indique l'article 189 alinéa 1 Cst., la Haute Cour intervient toujours pour statuer sur des contestations, lesquelles doivent être portées à sa connaissance. Il en va de même pour ce qui concerne les autorités judiciaires cantonales, dont l'article 191b alinéa 1 Cst. réserve l'intervention dans le cas de contentieux en matière de droit public, de droit civil et de droit pénal.

Pour l'essentiel, il existe deux modes de saisine qui permettent de déclencher la juridiction constitutionnelle qu'exerce le Tribunal fédéral: à la demande d'une autorité – c'est la voie de l'action au sens de l'article 120 LTF – ou à la demande d'un particulier – en cas de recours au sens des articles 72 (droit pénal), 78 (droit civil) et 82 (droit public) LTF.

3.2.2. L'action

Le principe de la saisine du Tribunal fédéral par voie d'action, soit à la demande d'une autorité, est prévu par l'article 189 alinéa 2 Cst. La disposition indique que le Tribunal fédéral connaît des

différents entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons, comme indiqué précédemment. La voie de l'action est détaillée à l'article 120 LTF, qui dispose que la Haute Cour connaît des conflits de compétence entre autorités fédérales et autorités cantonales et des contestations de droit civil ou de droit public entre Confédération et cantons ou entre cantons³⁰.

Dans tous ces cas, le Tribunal fédéral n'intervient pas comme instance de recours, mais en qualité de juge unique. Le but poursuivi par cette procédure originale réside dans la sauvegarde de l'intérêt public, principalement dans la délimitation des compétences. Il s'agit d'un mécanisme entièrement voué au service du respect de la structure fédéraliste³¹.

Seuls la Confédération et les cantons sont fondés à faire usage de la voie de l'action au sens de l'article 120 LTF, à l'exclusion des particuliers ou d'institutions publiques comme les communes ou les établissements publics, que ceux-ci soient fédéraux ou cantonaux.

Les conflits de compétence entre la Confédération et les cantons peuvent être de nature très différente. Ils sont susceptibles de concerner aussi bien la législation que l'application du droit. Ces conflits sont qualifiés de positifs lorsque chacun des deux niveaux, fédéral et cantonal, revendique l'exercice d'une compétence. Ils sont, en sens inverse, négatifs lorsqu'aucun niveau de réglementation ne s'estime légitimé à agir.

Les contestations de droit public entre cantons portent généralement sur la délimitation de leurs compétences respectives. Tel peut aussi être le cas à propos de la délimitation des frontières cantonales³². Les conflits peuvent aussi porter sur des questions plus ponctuelles, mais néanmoins importantes comme l'exercice de compétences fiscales ou l'accomplissement d'une tâche étatique spécifique.

Une affaire jugée le 27 octobre 1999 permet de présenter ce mécanisme original d'arbitrage³³. A la fin de l'année 1998, le département genevois des finances projeta de soumettre à la perception de l'impôt cantonal le revenu réalisé par plusieurs centaines de salariés qui, pour certes travailler à Genève, étaient domiciliés dans le canton de Vaud. Selon les règles traditionnelles d'assujettissement des travailleurs à ce type d'impôt, le revenu est en principe taxé au lieu du domicile, et non à celui d'exercice de l'activité professionnelle. La Constitution fédérale proscriit par ailleurs formellement la double imposition intercantonale (art. 127 al. 3). Saisi d'une action formée par le canton de Vaud, le Tribunal fédéral désavoua les autorités genevoises. La Haute Cour confirma, en l'occurrence, le principe selon lequel l'imposition du revenu d'une personne exerçant un emploi salarié s'effectue normalement dans le canton où cette personne a son domicile civil, sous peine de violer le principe constitutionnel de l'interdiction de la double imposition intercantonale et la souveraineté fiscale des cantons.

3.2.3. Les recours

La structure fédérale intéresse aussi les particuliers, personnes physiques ou morales. Le respect du droit fédéral peut alors être demandé à l'occasion des recours ordinaires qui conduisent à la saisine du Tribunal fédéral, une fois que l'ensemble des instances judiciaires cantonales compétentes ont statué. Les voies de droit qui permettant la saisine de la Cour suprême sont organisées en fonction de la nature juridique propre au litige. La loi institue ainsi un recours en matière civile, un recours en matière pénale et un recours en matière de droit public, comme indiqué précédemment.

Chacune de ces voies de droit permet au juge d'exercer un triple contrôle: le contrôle de la légalité,

c'est-à-dire le respect de la législation fédérale ordinaire; le contrôle de la constitutionnalité et le contrôle de la conventionnalité. Un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF) est aussi prévu lorsque, par hypothèse, la recevabilité d'un recours en matière civile ou en matière de droit public est objectivement exclue à l'encontre d'une décision émanant d'une autorité cantonale.

La nature du contrôle opéré par le Tribunal fédéral saisi d'un recours est un contrôle dit préjudiciel ou concret. Le recours doit en conséquence toujours mettre en cause une décision à l'occasion d'un litige de nature civile, pénale ou administrative. La décision représente, à cet égard, l'élément déterminant permettant de fonder la compétence du Tribunal fédéral.

La notion de décision se comprend, en droit public suisse, dans un sens à la fois positif et négatif. Décrite positivement, elle se définit comme l'acte étatique individuel et concret, soit l'acte qui s'adresse à une personne ou à un nombre déterminé de personnes dans une situation ou un nombre défini de situations, dans le but de produire un certain effet juridique. Considérée d'un point de vue négatif, la notion de décision s'oppose à celle d'acte normatif. Ce dernier type d'acte se caractérise par son envergure générale et abstraite, destiné à produire des effets à l'avenir. Selon les jalons posés par la jurisprudence, un acte présente un caractère général lorsqu'il s'applique à un nombre indéterminé de personnes. Il est abstrait quand il se rapporte à un nombre indéterminé de situations, soit lorsque le nombre de ses cas potentiels d'application est susceptible de varier au cours de sa période de validité³⁴.

Le recours en matière de droit public permet l'exercice d'un contrôle abstrait sur l'ensemble de la législation intercantonale, cantonale et communale, dans un délai de trente jours à compter de la publication de l'acte en cause. Le contrôle présente en pareille hypothèse un caractère abstrait, en ce qu'il porte sur un acte normatif directement soumis à la censure du Tribunal fédéral. Si elle admet le recours, la Haute Cour prononce l'annulation de l'acte attaqué, comme indiqué précédemment.

Il n'est pas rare de voir le Tribunal fédéral être saisi de recours en matière de droit public dirigés contre des actes normatifs de rang cantonal au motif que ceux-ci contreviennent à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Le grief invoqué en pareille hypothèse est le principe de la primauté ou de la force dérogatoire du droit fédéral au sens de l'article 49 alinéa 1 Cst. Bien souvent, la technique de l'interprétation conforme permet de réconcilier l'acte normatif cantonal avec le sens attribué à la Constitution fédérale. Lorsque tel ne peut être le cas, l'acte est annulé³⁵.

Un arrêt prononcé le 25 juin 2013 permet de situer les enjeux et l'importance de l'interprétation conforme. Depuis le 1^{er} janvier 2011, le Code de procédure civile fédérale régleme de manière exhaustive les règles de procédures applicables au contentieux civil. Le Grand Conseil du canton de Genève adopta néanmoins une loi destinée à organiser de manière différente la procédure de conciliation en matière de litiges ressortissant au domaine des baux et loyers. La loi cantonale fut validée à une forte majorité lors d'un référendum organisé le 25 novembre 2012. Saisi d'un recours formé directement contre la loi cantonale par une association de défense des propriétaires et par un particulier, le Tribunal fédéral a pourtant annulé la nouvelle loi, dans son ensemble³⁶. A l'issue d'un raisonnement approfondi portant sur l'étendue de la compétence dont bénéficie la Confédération en matière de procédure civile, la Haute Cour a constaté que la norme cantonale entrainait ouvertement en conflit avec la législation fédérale applicable à la comparution des parties au cours de la procédure en matière de baux et loyers. Une interprétation conforme du droit cantonal

avec le Code de procédure civile fédéral s'avérant impossible, le droit fédéral a en l'occurrence primé, conformément à l'article 49 alinéa 1 Cst.

4. Les effets des décisions de la juridiction constitutionnelle fédérale

4.1. Généralités

L'article 106 alinéa 1 LTF dispose que le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Conformément à l'article 106 alinéa 2 LTF, la Haute Cour n'examine en revanche la violation des droits fondamentaux que si le grief a été dûment invoqué et motivé par le recourant. L'examen d'office du droit est dicté par la nécessité imposée aux juges fédéraux de vérifier que la législation fédérale reçoit une interprétation et une application uniformes, valables sur l'ensemble du territoire. Le contrôle de la constitutionnalité obéit à une logique autre: celle de la préservation des droits individuels du justiciable. L'intérêt privé prévalant ici, le législateur fait obligation à l'auteur du recours de soumettre ses griefs à des exigences accrues de motivation, sous peine d'irrecevabilité. La règle est appliquée d'une manière stricte³⁷.

4.2. La cassation

Le Tribunal fédéral détermine librement les conséquences juridiques attachées aux recours qu'il examine. Le pouvoir contentieux qu'il exerce est seulement limité par les conclusions qui lui sont soumises, conclusions au-delà desquelles l'article 107 alinéa 1 LTF lui fait interdiction d'aller. Selon l'article 107 alinéa 2 LTF, si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente afin que celle-ci prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance.

La juridiction constitutionnelle est traditionnellement réputée aller de pair avec l'exercice d'un pouvoir cassatoire de la part du Tribunal fédéral. Ce pouvoir implique qu'en cas d'admission du recours, le Tribunal fédéral prononce l'annulation de l'acte, soit une décision en cas de contrôle concret ou un acte normatif cantonal en cas de contrôle abstrait. Le respect des droits de nature constitutionnelle soumis à la Haute Cour s'épuise alors dans ce constat d'annulation, à charge pour l'autorité intimée d'adopter les mesures adéquates pour rétablir une situation conforme au droit.

Tel est le cas lorsque le grief allégué qui conduit à l'admission du recours est celui de la primauté du droit fédéral au sens de l'article 49 alinéa 1 Cst. Statuant sur contrôle abstrait des normes cantonales, la Haute Cour annule en pareille hypothèse l'acte attaqué. Elle ne dispose pas du pouvoir de le modifier elle-même, de le réécrire ou de le remplacer. Pour d'évidentes raisons fédéralistes, le dossier est ainsi retourné aux autorités cantonales, lesquelles peuvent alors adopter un nouvel acte, dans le respect du droit constitutionnel tel qu'interprété par le Tribunal fédéral. Il en va en principe de même dans le cadre du contrôle concret. En cas d'admission du recours, l'acte décisionnel est formellement invalidé, à charge pour l'autorité d'en adopter un nouveau conforme au droit, après avoir le cas échéant modifié l'acte normatif qui sert de support à la décision.

La casuistique présente toutefois des contours variés. Témoins de l'extrême diversité des cas déférés à la Cour suprême, la jurisprudence est riche de situations dans lesquelles, en cas d'admission d'un recours, le contentieux ne s'épuise pas nécessairement dans une décision d'annulation de l'acte attaqué. L'interprétation conforme, la constatation et l'injonction rentrent dans cette catégorie.

4.3. L'interprétation conforme

Le procédé de l'interprétation conforme des lois à la Constitution représente un cas de figure original, fréquent dans la pratique du contrôle abstrait de constitutionnalité de la législation cantonale. Ce cas de figure permet au Tribunal fédéral d'imposer une forme de lecture qui permet de sauver l'acte normatif cantonal, tout en cadrant le sens et la portée de celui-ci dans certaines limites. Ainsi, confronté à diverses formes de compréhension de la loi, la Haute Cour peut en retenir une, au motif que celle-ci correspond au mieux aux canons du droit constitutionnel, tout en écartant les autres. En pareille hypothèse, si le recours est certes rejeté, une lecture déterminée de la loi est imposée.

4.4. La constatation

En cas de constatation, le Tribunal fédéral se limite à un constat d'observation ou de description. La Haute Cour constate l'existence, le contenu ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation. Tel peut être le cas lorsque l'arrêt détermine si une autorité est compétente pour prononcer une décision.

Par un intéressant arrêt du 16 juin 2010, le Tribunal fédéral a par exemple constaté qu'un accord passé entre le Ministère public d'un canton et d'une organisation privée d'assistance au suicide était nul de plein droit, en raison en particulier du caractère exhaustif que présente la législation pénale fédérale sur le sujet, qui rend inadmissible toute espèce d'accord cantonal en la matière³⁸.

4.5. L'injonction

Le cas de l'injonction, également appelé décision incitative («*Appellentscheid*»), est un peu particulier. Ici, le Tribunal fédéral, pour certes admettre le recours, constate que la Constitution a fait l'objet d'une violation. Dans la perspective de protéger l'autorité intimée contre des conséquences par hypothèse trop sévères liées à ce constat, les juges fédéraux s'autorisent à enjoindre cette dernière à adopter les mesures nécessaires au rétablissement d'une situation conforme au droit, sans toutefois annuler formellement l'acte attaqué dans l'intervalle. Le dispositif de l'arrêt est limité en conséquence à une injonction à l'adresse de l'autorité. L'acte vicié peut en pareille hypothèse subsister et continuer à déployer ses effets juridiques durant le temps nécessaire à son adaptation ou sa modification.

Le Tribunal fédéral a eu recours ces dernières années au procédé de la décision incitative à propos de litiges au cours desquels il a constaté que le système électoral de type proportionnel pratiqué dans certains cantons contrevenait à la Constitution. Les élections s'étant déroulées dans l'intervalle, la Haute Cour s'est limitée à relever les manquements au droit constitutionnel, sans invalider formellement la désignation des élus, tout en invitant les autorités locales à adapter leur système électoral³⁹.

5. Les rapports entre la juridiction constitutionnelle fédérale et les juridictions constitutionnelles des entités fédérées

L'existence de la juridiction constitutionnelle fédérale ne fait pas obstacle à la présence d'organes pratiquant la juridiction constitutionnelle au niveau des cantons. La structure fédérale que connaît la Suisse ménage en effet une large autonomie constitutionnelle en faveur des cantons⁴⁰. Cette autonomie permet en particulier à ces derniers de mettre en place leur propre système judiciaire.

Le domaine de la juridiction constitutionnelle leur appartient en propre. Trois précisions doivent être formulées à ce sujet.

La première concerne l'exercice de la juridiction constitutionnelle. Conformément à une jurisprudence solidement établie du Tribunal fédéral, les autorités judiciaires cantonales ont l'obligation, lorsqu'elles sont saisies de ce genre d'argument, d'examiner à titre préjudiciel la question de la conformité du droit cantonal au droit fédéral. Il leur appartient par conséquent de vérifier concrètement, à l'occasion de chaque cas d'application, si la législation cantonale telle que mise en œuvre respecte le droit supérieur⁴¹.

Ce contrôle préjudiciel n'obéit toutefois pas à un régime organique spécifique. C'est dire qu'il est exercé par les instances judiciaires qui sont traditionnellement compétentes, au sens de l'article 191b Cst., pour statuer sur les litiges de nature civile, administrative ou pénale.

La deuxième précision concerne la nature des normes constitutionnelles qui sont prises en considération lors du contrôle préjudiciel que pratiquent les juridictions cantonales. L'obligation de procéder au contrôle préjudiciel qu'impose la jurisprudence du Tribunal fédéral ne porte que sur le respect des normes constitutionnelles de rang fédéral. Celles qui ressortissent au droit constitutionnel cantonal n'en font pas partie. Elles n'en sont pas exclues pour autant. Les droits constitutionnels cantonaux peuvent dès lors être invoqués devant les instances judiciaires cantonales comme devant le Tribunal fédéral lui-même.

La troisième précision concerne la nature du contrôle de la constitutionnalité. Pour faire obligation aux instances judiciaires des cantons de pratiquer le contrôle préjudiciel, la jurisprudence du Tribunal fédéral se borne à imposer le seul contrôle concret. La pratique du contrôle abstrait de constitutionnalité n'est pas exclue pour autant. Il s'agit d'une extension que les cantons peuvent, là aussi dans l'exercice de leur souveraineté, librement instituer.

Certains cantons ont, de fait, choisi de mettre en place une forme de contrôle de la constitutionnalité abstrait de leur législation en créant, pour ce faire, une cour constitutionnelle⁴². Ce contrôle ne fait pas obstacle au contrôle subséquent du Tribunal fédéral, mais il le complète ou plutôt, il le précède. Lorsque le contrôle abstrait de la constitutionnalité existe au niveau d'un canton, cette voie de droit doit impérativement être suivie avant la saisine éventuelle du Tribunal fédéral, laquelle n'intervient alors qu'en dernière instance comme le prévoit l'article 87 LTF⁴³.

Notes

¹ KÖLZ (A.), Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, Berne, Stämpfli, 2006, p. 635 ss.

² Ci-après: Cst.; recueil systématique du droit fédéral (ci-après: RS) 101. Le RS peut être consulté en ligne sur le site www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html.

³ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution, du 20 novembre 1996, Feuille fédérale de la Confédération suisse 1997 I, p. 127. La Feuille fédérale (ci-après: FF) peut être consultée en ligne sur le site www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/feuille-federale.html.

⁴ MAHON (P.), Droit constitutionnel, vol. I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure,

Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2014, 3^e éd., p. 25.

5 Le texte des constitutions des cantons suisses peut être consulté en ligne sur le site www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/13.html#131.

6 AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, Berne, Stämpfli, 2013, 3^e édition, p. 581.

7 Ibid., p. 339.

8 AUBERT (J.-F.), Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1967, vol. I, p. 223.

9 Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (ci-après: ATF) 138 I 356, 361 X.; 137 I 31, 41 Zopfi und Mitb.; 134 I 125, 128 Thommen und Verein Referendum BWIS. Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne sur le site www.bger.ch.

10 Jusqu'en 1874, l'essentiel de la juridiction constitutionnelle était ainsi concentré entre les mains des autorités politiques fédérales. Le Conseil fédéral a rendu un corps substantiel de décisions sur la constitutionnalité d'actes cantonaux. Le centre de gravité de la juridiction constitutionnelle s'est progressivement déplacé du pouvoir exécutif fédéral vers le TF à partir de la fin du 19^e siècle, par une suite de révisions législatives. La juridiction constitutionnelle s'est principalement articulée autour de la notion de «droits constitutionnels du citoyen», que le TF a progressivement interprétée et développée.

11 Loi sur le Tribunal fédéral, ci-après: LTF; RS 173.110.

12 AUBERT (J.-F.) et MAHON (P.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Schulthess, 2003, p. 1437. Le recrutement des juges fédéraux s'opère généralement dans la haute magistrature cantonale, au sein du barreau, dans le milieu académique ou l'administration. Pour plus de détails sur le processus de sélection et d'élection des juges fédéraux, voir Annuaire International de Justice Constitutionnelle XXVII-2011, p. 417.

13 Règlement du Tribunal fédéral, du 20 novembre 2006, RS 173.110.131.

14 Le site www.bger.ch/FR/index.htm présente d'intéressantes informations relatives à l'historique, à l'organisation et au fonctionnement du Tribunal fédéral.

15 AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *op.cit.*(note 6), p. 402.

16 MAHON (P.), *op.cit.* (note 4), p. 259.

17 ATF 136 I 241, 248 Association *Oxyromandie*, Diethelm et Starobinski; 131 I 366, 368 Schweizerische Volkspartei des Kantons Solothurn.

18 HERTIG RANDALL (M.), «L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives», Revue de droit suisse 2010 II, p. 242 et les références citées.

19 MAHON (P.), *op.cit.* (note 4), p. 331 ss.

20 ATF 129 I 402 Schweizerische Vereinigung für Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs



und Mitb.

21 Voir par exemple ATF 127 I 185, 187 R.; 117 Ia 262, 265 Y.; 112 Ia 311, 313 X.; 106 Ia 383, 385 Gemeinde Zuoz.

22 ATF 108 Ia 41 Rivara.

23 FF 2017, p. 5060.

24 MAHON (P.), *op.cit.* (note 4), p. 341.

25 ATF 141 II 280, 295 Commission de la concurrence Comco et X.; 140 I 353, 359 A.; 139 I 180, 185 X.

26 Sur l'ensemble, voir AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 6), p. 654 ss.

27 ATF 142 II 35, 39 A.A. und B.A.; 139 I 16, 28 X.; 138 II 524, 532 Eidgenössische Zollverwaltung, Oberzolldirektion; 125 II 417, 425 A.

28 AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *op.cit.*(note 6), pp. 372 et s.

29 MAHON (P.), *op.cit.* (note 4), p. 142.

30 La voie de l'action devant le Tribunal fédéral remonte à 1874. Intitulée à l'époque «réclamation de droit public» par le législateur appelé à concrétiser les compétences du Tribunal fédéral devenu organe permanent, cette voie de droit originale vise à purger les litiges opposant une autorité à une autre. Il s'agit donc d'une voie fort ancienne et éprouvée, visant à arbitrer les conflits de compétences opposant un canton à la Confédération ou des cantons entre eux.

31 AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *op.cit.*(note 6), p. 778.

32 Voir par exemple ATF 120 Ib 512 Canton du Valais, au sujet de la délimitation territoriale passant par un glacier entre les cantons de Berne et du Valais.

33 ATF 125 I 458 Canton de Vaud.

34 ATF 135 II 328, 331 Association suisse pour la protection des oiseaux; 135 II 38, 44 Carbura.

35 Voir par exemple ATF 143 I 137, 139 A. und Mieterinnen- und Mieterverband Baselland und Dorneck-Thierstein.

36 Arrêt du Tribunal fédéral 4C_1/2013 Chambre genevoise immobilière et X. c. Grand Conseil de la République et canton de Genève, commenté in *Pratique juridique actuelle*, vol. 3/2014, p. 404.

37 AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *op.cit.*(note 6), p. 762.

38 ATF 136 II 415 A. und Mitb.

39 ATF 143 I 92 Walter Infanger und Mitb.; 140 I 107 Addor und Mitb.

40 MARTENET (V.), *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

41 AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *op.cit.*(note 6), p. 786.

42 BOLKENSTEYN (A.), Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales, Berne, Stämpfli, 2014.

43 ATF 143 I 1, 4 A. e consorti; 138 I 435, 440 A. et consorts.

PDF généré automatiquement le 2020-06-24 15:26:05

Url de l'article : <https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1718>