



Rapport national / National report / Landesbericht / национальный доклад

**CONFÉDÉRATION SUISSE / SWISS CONFEDERATION / SCHWEIZERISCHE
EIDGENOSSENSCHAFT / ШВЕЙЦАРСКАЯ КОНФЕДЕРАЦИЯ**

**Tribunal fédéral suisse / The Swiss Federal Supreme Court / Schweizerisches
Bundesgericht / Tribunale federale svizzero**

Français / French / Französisch / французский

XVIIe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes à Batumi, Géorgie

28 au 30 juin 2017

Rapport du Tribunal fédéral suisse

Questionnaire/Suisse:

Rôle des cours constitutionnelles dans le maintien et l'application des principes constitutionnels

B u n d e s g e r i c h t

T r i b u n a l f é d é r a l

T r i b u n a l e f e d e r a l e

T r i b u n a l f e d e r a l

CH - 1000 Lausanne 14

Dossier no 14.04.09

Remarques liminaires

Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération. Il assume un double rôle. En tant qu'autorité supérieure de dernière instance, il lui incombe de faire respecter la législation fédérale dans tous les domaines juridiques. En tant que juridiction constitutionnelle, il garantit la protection des droits constitutionnels et des droits fondamentaux des citoyens.

La Confédération est un État fédéral formé de 26 entités (appelées cantons). Tant la Confédération que chaque canton ont des tâches spécifiques, notamment celle de légiférer; selon l'article 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) 1, 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.

Contrairement à ce qui prévaut dans la plupart des autres États, les dispositions législatives fédérales ne peuvent en principe pas être contrôlées par la juridiction constitutionnelle suisse. Cette limitation résulte de l'article 190 Cst., aux termes duquel "le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international". Concernant le contrôle abstrait, le Tribunal fédéral ne peut ainsi pas contrôler la compatibilité des lois fédérales avec la Constitution. Cependant, il peut procéder à un tel contrôle concernant les normes cantonales², dont font partie les actes normatifs communaux, directement après leur adoption³; cas échéant, le Tribunal fédéral annule la norme ou constate son inconstitutionnalité mais il ne peut pas modifier la disposition inconstitutionnelle⁴.

Dans le cadre d'un contrôle concret, l'article 190 Cst. n'interdit toutefois pas à notre Haute cour d'examiner la constitutionnalité d'une loi fédérale même si elle est tenue de l'appliquer⁵. En effet, la rigueur de la règle posée par cet article peut être tempérée par le principe de l'interprétation conforme à la Constitution, d'après lequel le juge doit conférer à une disposition légale l'interprétation qui est en harmonie avec la Constitution lorsque les méthodes ordinaires d'interprétation laissent subsister un doute sur son sens⁶. Le Tribunal fédéral peut constater qu'une loi fédérale viole la Constitution mais il ne peut pas l'annuler⁷.

1 RS 101; l'ensemble de la législation suisse peut être consulté à l'adresse <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html>

2 Art. 82 let. b (recours en matière de droit public) de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110

3 Les constitutions cantonales ne peuvent faire l'objet d'un tel contrôle car elles ont obtenu la garantie fédérale

4 Selon la jurisprudence, le Tribunal fédéral n'annule la norme que si elle ne se prête à aucune

interprétation conforme à la Constitution ou si, en raison des circonstances, sa teneur fait craindre avec

une certaine vraisemblance qu'elle soit interprétée de façon inconstitutionnelle (ATF 135 I 233 du 26

mai 2009, consid. 3.2)

5 On parle alors d'"Anwendungsgebot" et non de "Prüfungsverbot" (ATF 139 I 180 du 18 juillet 2013,

consid. 2.2)

6 ATF 133 II 305 du 4 septembre 2007, consid. 5.2

7 Il peut en revanche inviter le législateur fédéral à modifier la norme renfermant la violation à la

Constitution dans les considérants d'un arrêt ou dans la rubrique "indications à l'intention du

législateur" figurant dans son rapport de gestion annuel

Page 2

La plupart du temps toutefois, c'est lors d'un cas concret d'application d'une norme cantonale que le Tribunal fédéral exerce le contrôle de la constitutionnalité. En cas d'inconstitutionnalité, il n'annule pas la disposition mais il ne l'applique pas. Dans le dispositif de son arrêt, la Cour ne se prononce que sur la décision attaquée en l'espèce.

I. Rôle de la Cour constitutionnelle dans la définition et l'application des principes constitutionnels explicites/implicites.

Préambule

Comme préambule à cette question, il sied de définir ce que le système suisse entend par *principes constitutionnels*. Énumérés aux articles 5 et 5a Cst., il s'agit de la légalité⁸, de l'intérêt public⁹, de la proportionnalité¹⁰, de la bonne foi¹¹, du respect du droit international et de la subsidiarité¹². De façon générale, ces principes n'ont pas de portée propre et leur violation ne peut être invoquée en tant que telle dans le cadre d'un recours, mais uniquement en relation avec une violation du principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou d'une liberté spécifique¹³. Outre le fait qu'ils ne sont pas des droits constitutionnels, les principes constitutionnels ne peuvent en principe pas être invoqués dans un recours devant le Tribunal fédéral parce qu'ils ne confèrent pas d'intérêt juridique à celui qui voudrait s'en prévaloir¹⁴. Ils se distinguent ainsi des droits fondamentaux dont la violation peut faire l'objet d'un tel recours devant notre Haute cour. Les droits fondamentaux sont énumérés au Titre 2 de la Constitution (art. 7 à 36 Cst.). On en trouve aussi dans la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte ONU II et les droits garantis par les constitutions cantonales¹⁵. Il s'agit notamment de la dignité humaine (art. 7 Cst.), de l'égalité de traitement (i.e de la non-discrimination, art. 8 Cst.), de la non-rétroactivité (art. 8 et 9 Cst.), de la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) et du droit d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst.) etc. Au catalogue, tel qu'énuméré dans le titre 2 de la constitution, il faut y ajouter le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.) et celui de la séparation des pouvoirs (art. 144 Cst.). Ces normes

confèrent des droits subjectifs aux particuliers dont elles protègent les intérêts. Le principe de l'État de droit évoqué dans le questionnaire est une notion qui se définit quant à elle tant par les principes constitutionnels de l'art. 5 Cst. que par la garantie des droits fondamentaux. Il faut préciser encore que les principes de la légalité, de l'intérêt

8 ATF 134 I 322 du 5 septembre 2008, consid. 2.1 = Bull. Comm. Venise 2008 571; en matières pénale et

fiscale, il est un droit constitutionnel

9 Blaise Knapp, Les principes constitutionnels et leurs relations, in Festschrift zum 70. Geburtstag Hans

Nef, 1981, p. 171

10 2C_1013/2015 du 28 avril 2016 consid. 4

11 2C_18/2015 du 23 juillet 2015 consid. 3.2

12 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, note 2202

13 A titre d'exemple, on dira que la garantie de la propriété est violée parce que la mesure prise est

dépourvue de base légale

14 Exceptionnellement, ils peuvent être invoqués séparément, cf. infra question 5.4

15 Bernard Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2e éd., 2014, notes 3 ss ad art. 116 LTF Page 3

public et de la proportionnalité constituent des conditions de restriction aux droits fondamentaux (art. 36 Cst.).

Il ressort de ce préambule que les principes constitutionnels et droits fondamentaux sont des notions aux contours différenciés selon les systèmes juridiques nationaux en présence. Par conséquent, les principes constitutionnels dont il est question dans cette contribution sont à entendre dans le sens de la définition susmentionnée, soit au sens des articles 5 et 5a Cst.

1. Quelle est l'utilisation de ces principes constitutionnels par le Tribunal fédéral lors de son contrôle constitutionnel?

D'une manière générale, chaque fois que le Tribunal fédéral doit se prononcer sur des cas de restriction à un droit fondamental (dans la loi ou à l'occasion d'une décision concrète), il a recours aux principes constitutionnels puisqu'il examine si le droit en question a fait l'objet d'une restriction fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), si celle-ci est justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.) et si elle respecte le principe de la proportionnalité en procédant à une appréciation en fonction de la règle d'aptitude, de la nécessité et de la pesée des intérêts (art. 36 al. 3 Cst.). Lorsque la restriction aux droits fondamentaux est grave, il vérifie si celle-ci figure dans une loi au sens formel. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés (art. 36 al. 1 Cst.).

Concernant le principe de la *légalité* en particulier, il ressort de la jurisprudence fédérale que sa violation ne peut être portée devant le juge constitutionnel qu'en liaison avec une violation du principe de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire ou d'une liberté spécifique¹⁶. Quant à l'exigence de l'*intérêt public*, sa violation peut être soulevée surtout en rapport avec une liberté. Concernant le principe de la *proportionnalité*, le Tribunal fédéral a très fréquemment recours à son utilisation puisque le recourant dénonce très souvent le caractère disproportionné de la restriction (cf. infra question I.6).

A titre d'exemple, concernant le *principe d'intérêt public*:

Le Tribunal fédéral a estimé que, même si l'on retient l'existence d'un intérêt public à organiser des examens de fin d'études supérieures le samedi, en mettant à profit une possibilité prévue par la loi cantonale sur l'école, le refus d'accorder une dérogation aux

élèves appartenant à une communauté religieuse observant le repos sabbatique est disproportionné et viole la liberté de conscience et de croyance¹⁷.

16 ATF 136 I 241 du 2 juin 2010, consid. 2.5

17 ATF 134 I 114 du 1er avril 2008 consid. 5

Page 4

Concernant le *principe de la légalité*:

Notre Haute cour a dû se pencher sur le problème posé par un détenu se livrant à une grève de la faim prolongée. Elle a fait notamment application du principe de la légalité et de l'exception à celui-ci, en considérant qu'une alimentation forcée, en tant que constitutive d'une limitation aux libertés personnelle et d'expression, pouvait être ordonnée même en l'absence de base légale au vu des circonstances du cas d'espèce¹⁸.

Concernant le *principe de proportionnalité*:

Enfin, le Tribunal fédéral a annulé les articles de la loi sur la police du canton de Genève qui prévoyaient des recherches préventives secrètes et l'enquête sous couverture car celles-ci constituaient des atteintes à la protection de la sphère privée non conformes au principe de la proportionnalité¹⁹.

2. Définition des principes constitutionnels organiques; application de ces principes par la Cour.

Par opposition à la France, la Suisse ne connaît pas le concept de bloc de constitutionnalité²⁰. Sous l'ère de notre ancienne Constitution de 1874, nous connaissions des règles de niveau constitutionnel dans des lois fédérales de même que des droits non écrits développés par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. infra question I.3).

Comme dit précédemment, notre système connaît à la fois les principes constitutionnels et les droits fondamentaux; la jurisprudence de notre Haute cour se réfère très fréquemment à tous deux.

Concernant en particulier le préambule de notre Constitution, il est généralement admis que ce texte n'a pas de valeur normative. On ne peut donc pas en déduire des droits ou devoirs juridiques.

18 ATF 136 IV 97 du 26 août 2010, consid. 6 = Bull. Comm. Venise 2011 209

19 ATF 140 I 381 du 1 octobre 2014, consid. 4.5 = Bull. Comm. Venise 2014 740

20 Définit comme l'ensemble des principes et dispositions (i.e. préambule et articles de la Constitution de

1958 mais aussi la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la

Constitution de 1946, Charte de l'environnement, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la

République; les principes et objectifs de valeur constitutionnelle) appliqués par le Conseil constitutionnel dans son contrôle des lois

Page 5

3. Principes implicites (non écrits): formation et intégration à la Constitution.

Lors de la révision totale de la Constitution fédérale en 1874, le principe de la subsidiarité de la garantie fédérale des droits fondamentaux par rapport aux garanties cantonales a été implicitement reconduit. C'est ainsi que s'explique le caractère lacunaire de celle-ci. Aucun chapitre de cette Constitution n'était consacré aux droits fondamentaux ni aux principes constitutionnels²¹. Tant le Parlement que notre Haute cour ont alors contribué à développer le droit constitutionnel en marge du texte de la Charte fondamentale. Encouragés par la doctrine, les juges fédéraux ont en effet

construit une jurisprudence novatrice abondante en élargissant des principes constitutionnels déjà bien établis.

Par exemple, concernant le principe de la bonne foi (à l'époque non présent expressément dans la Constitution, mais implicitement garanti sous l'angle de l'égalité de traitement contenue à l'article 4), notre Haute cour a considéré que le principe de la bonne foi devait être étendu à l'ensemble des domaines du droit et non uniquement réservé au droit civil²². Ce principe vaut désormais pour l'ensemble de l'activité étatique²³. Les juges fédéraux en ont fait de même en reconnaissant de nouveaux droits fondamentaux: la garantie de la propriété, la liberté d'expression, la liberté personnelle, la liberté de la langue, la liberté de réunion, le droit à des conditions minimales d'existence. Le Tribunal fédéral a ainsi pu rester fidèle à la volonté du constituant tout en garantissant son ajustement à l'époque contemporaine. En ce qui concerne le législateur, il a notamment établi des principes et posé des règles de niveau constitutionnel dans des lois fédérales (p. ex. dans la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques²⁴).

La Constitution fédérale actuelle, acceptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, a eu pour objectif de mettre à jour ce droit constitutionnel, écrit et non écrit²⁵. La dernière version de notre Charte suprême est donc censée avoir codifié tous les droits fondamentaux qui n'avaient été précédemment mentionnés que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et dans la doctrine.

Influence du droit international : lors de l'élaboration du nouveau texte constitutionnel, il a été tenu compte pour chaque droit fondamental des dispositions de droit international contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I) et le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)²⁶. Suite à sa ratification par la Suisse en 1974, la CEDH a été

21 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3e éd., 2013, notes 71 ss

22 ATF 94 I 513 du 18 décembre 1968, consid. 4

23 ATF 129 II 361 du 21 mai 2003, consid. 7

24 LDP, RS 161.1

25 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 9,

26, 42 et 117

26 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I

144, 148, 156 et

157

Page 6

rapidement intégrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral et a ainsi été répandue et reconnue dans toute la Suisse. A tel point que la nouvelle Constitution fédérale de 1999 a transposé les droits fondamentaux de la CEDH, notamment l'interdiction de la discrimination (art. 8 Cst.) et le respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst.).

Développement futur des principes constitutionnels : si la Constitution fédérale en vigueur sert de texte de référence pour le juge chargé de manier les droits fondamentaux, cette dernière n'a toutefois pas la prétention d'être exhaustive²⁷. Elle se limitera donc à rendre reconnaissables en tant que tels les problèmes constitutionnels non résolus ou controversés. La jurisprudence du Tribunal fédéral reste toutefois une source décisive. Il n'est ainsi pas exclu que le Tribunal fédéral reconnaisse à l'avenir de nouveaux droits non écrits.

4. Rôle du Tribunal Fédéral dans l'interprétation des principes constitutionnels.

Dans la question précédente, des informations ont déjà été données sur le rôle de notre Haute cour dans le processus d'identification des principes constitutionnels.

Afin de ne pas figer la jurisprudence, dans le cadre des restrictions dont peuvent faire l'objet les droits fondamentaux, le constituant de 1999 a renoncé à définir ce qu'il faut entendre par l'essence d'un droit fondamental²⁸. Le noyau dur de chaque droit fondamental doit ainsi être défini sur la base par exemple des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption du texte constitutionnel et qui constituent une source importante pour l'interprétation de ces droits²⁹, mais aussi sur la base de l'étude comparative des constitutions cantonales ou après consultation de la doctrine. Cette tâche incombe principalement au Tribunal fédéral lors du contrôle des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux. Celui-ci a ainsi eu l'occasion d'affirmer que le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.) constitue déjà un minimum absolu qui ne saurait faire l'objet de restrictions supplémentaires³⁰.

Le préambule de la Constitution actuelle contient une invocation divine ("au nom de Dieu Tout-Puissant"), la désignation de ses auteurs ("le peuple et les cantons suisses") ainsi que l'exposé des motifs qui sont à la base de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale. Ce texte a un caractère cérémonieux qui a pour objectif de traduire l'esprit de la Constitution. Ce préambule mentionne par ailleurs le fait que le peuple et les cantons suisses ont adopté ledit texte "dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde, déterminés à vivre ensemble leurs diversités, dans le respect de l'autre et l'équité".

Renforcé par l'article 2 al. 2 Cst. qui définit également la cohésion interne et la diversité culturelle du pays comme un des buts de la Confédération, cet esprit sera ainsi présent

27 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 44

28 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 198

29 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3e éd. 2013, note 78

30 ATF 131 I 166 du 18 mars 2005, consid. 4.5 = Bull. Comm. Venise 2005 308

Page 7

en filigrane dans la mission du juge constitutionnel dans le cadre notamment de la consolidation de l'État de droit par la mise en oeuvre effective des droits fondamentaux.

5.1 à 5.3 Caractère légal et générateur des principes constitutionnels, importance accordée par la Cour à ceux-ci.

Les principes constitutionnels sont tous des dispositions constitutionnelles de même rang hiérarchique (cf. infra II 1.1)³¹. Les principes mentionnés à l'article 5 Cst. sont des *maximes juridiques fondamentales* destinées à limiter le pouvoir étatique³².

Le principe constitutionnel de la légalité (en tant que composante de l'État de droit, art. 5 al. 1 Cst.) est considéré comme un principe structurel auquel on reconnaît une fonction normative. En ce sens, au sein du cadre constitutionnel suisse, il sert de valeur de référence et trouve une concrétisation dans d'autres dispositions.

Concernant l'importance accordée par le Tribunal fédéral à ces principes dans le cadre du droit constitutionnel, il sied de répéter ici ce qui a été dit dans le préambule à cette partie I, soit qu'il considère ceux-ci comme des principes constitutionnels et non comme des droits fondamentaux.

5.4 Interprétation des principes constitutionnels.

Les principes constitutionnels sont généralement des règles dites ouvertes qui doivent être concrétisées bien plus qu'interprétées puisqu'elles sont moins déterminées que les lois, ne prennent de sens qu'à travers ces dernières ainsi que les décisions qui les mettent en oeuvre. L'ouverture des dispositions constitutionnelles se manifeste

principalement dans la garantie des droits fondamentaux qui font partie des normes les plus ouvertes. En effet, si la Constitution fédérale dit qu'une liberté est garantie, elle pose une limite générale à l'activité de l'État mais son sens ne se dégage que dans le processus de mise en oeuvre de cette liberté, supposant l'action conjuguée du législateur, de l'administration et du juge³³. C'est le rôle qui incombe à notre Haute cour dans le cadre de l'analyse des restrictions des droits fondamentaux (art. 36 Cst.) lorsqu'elle interprète, par la pluralité des méthodes ordinaires, les principes constitutionnels en connexion avec le droit fondamental du cas d'espèce. En cas de collision, les normes constitutionnelles doivent également être harmonisées autant que possible afin de tendre vers une concordance pratique. Cela peut certes conduire à ce que le principe de proportionnalité par exemple s'impose contre une autre norme constitutionnelle mais ce sera toujours le résultat d'une interprétation critique liée à un cas unique, ce qui survient souvent lors d'atteintes aux droits fondamentaux³⁴. On peut

31 Astrid Epiney, Zur Rolle des Bger bei der Verfassungsauslegung, in Jusletter du 6 octobre 2014, p. 4

32 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 133

33 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, notes 1480 à 1483

34 Müller Markus, Proportionnalité, 2016, p. 69

Page 8

citer notamment le cas où le Tribunal fédéral a dû se pencher sur la légalité d'une loi cantonale sur la police permettant à cette dernière de faire usage d'armes à feu dans certaines circonstances. Pour ce faire, il a interprété cette disposition sous l'angle de la garantie constitutionnelle du droit à la vie (art. 10 Cst.) et de la proportionnalité³⁵. Dans les cas exceptionnels où les principes constitutionnels peuvent être invoqués de manière indépendante de toute atteinte à un droit fondamental (par ex: proportionnalité³⁶), le Tribunal fédéral procède alors librement à l'examen de leur respect lorsqu'il s'agit de vérifier l'application du droit administratif fédéral³⁷. Son pouvoir est par contre limité à l'arbitraire, lorsqu'il examine le droit cantonal uniquement³⁸.

6. Quel principe constitutionnel est le plus souvent appliqué par votre Cour? Lequel a le plus été développé par votre jurisprudence?

Les principes constitutionnels des articles 5 et 5a Cst. sont tous largement utilisés par notre Haute cour puisqu'ils constituent les conditions de toute restriction à un droit fondamental (art. 36 Cst.). Cependant, dans les causes soumises au Tribunal fédéral, c'est surtout la question de la proportionnalité à propos de laquelle l'appréciation du juge constitutionnel est déterminante. Comme illustration récente, on peut citer le cas de l'interdiction du port du foulard islamique à l'école imposée à une jeune fille musulmane jugée disproportionnée par notre Haute cour³⁹.

Au fil des années, le principe de proportionnalité s'est ainsi transformé en règle d'or de l'État de droit⁴⁰. Son champ d'application n'a cessé de s'étendre, valant maintenant pour toute action de l'État. S'il visait à l'origine à protéger les particuliers des interventions excessives de l'État, l'État peut maintenant également l'invoquer au nom du bien commun. Ce principe engage donc aussi les particuliers. Le Tribunal fédéral l'utilise beaucoup en matière de liberté personnelle⁴¹, d'égalité de traitement ou de la garantie de la propriété.

35 ATF 136 I 87 du 30 septembre 2009, consid. 5

36 Concernant le cas de la subsidiarité, le Tribunal fédéral est entré en matière sur ce grief dans l'affaire

2C_887/2010 du 28 avril 2011, consid. 3

37 ATF 140 I 257 du 26 juillet 2014, consid. 6.3; art. 95 let. a LTF (recours en matière de droit public)

38 ATF 141 I 1 du 4 février 2015, consid. 4; art. 95 let. a LTF (recours en matière de droit public)

39 2C_121/2015 du 11 décembre 2015, destiné à la publication, consid. 9-10

40 Müller Markus, Proportionnalité, 2016, pp. 43 et 59

41 ATF 134 I 140 du 31 janvier 2008, consid. 6

Page 9

II. Principes constitutionnels en tant que normes supérieures? Est-il possible d'instaurer une hiérarchie dans la Constitution? Les dispositions immuables (éternelles) des Constitutions et le contrôle judiciaire des amendements constitutionnels.

1.1 Les principes constitutionnels disposent-ils d'un certain degré de supériorité vis-à-vis d'autres dispositions de la Constitution fédérale?

La Constitution fédérale n'établit pas de hiérarchie entre les différentes dispositions qu'elle renferme. Toutes les normes constitutionnelles ont en principe une portée juridique identique, la même valeur, qu'elles soient récentes ou anciennes, importantes ou secondaires. Les principes constitutionnels ont la même valeur que les droits fondamentaux⁴². Cette équivalence de valeur n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence de proposer des classifications des normes constitutionnelles en fonction de différents critères et notamment en fonction de leur prétendue importance. Ainsi, on distingue traditionnellement les droits constitutionnels dont on peut se prévaloir isolément devant le Tribunal fédéral et les principes constitutionnels dont la violation ne peut en principe être invoquée séparément, mais uniquement en relation avec un droit constitutionnel spécifique (cf. supra questions I.5.1 à I.5.4).

1.2 Y a-t-il une hiérarchie des normes entre la Constitution fédérale et le droit international et/ou le droit de l'Union européenne?

Nous abordons cette question sous l'angle des normes constitutionnelles et de leur rapport avec le droit international et/ou le droit de l'Union européenne et non sous l'angle limité aux seuls principes constitutionnels.

L'article 5 al. 4 Cst. est ainsi libellé: "**La Confédération et les cantons respectent le droit international**".

Selon une conception largement admise en Suisse, on reconnaît en principe au droit international une primauté sur le droit interne. Notre Constitution admet la supériorité du droit international sur le droit interne, mais ne mentionne pas de règles de conflit: elle ne dit pas qui, du droit international ou du droit interne, l'emporte dans l'hypothèse d'un conflit⁴³. La formulation de la Constitution permet, tout en admettant le principe de la primauté du droit international en général, de maintenir néanmoins la possibilité d'exceptions ou d'entorses à ce principe dans certaines hypothèses.

Lorsque le juge doit choisir parmi diverses interprétations, il retiendra en principe l'interprétation qui évite un conflit avec une norme supérieure. La Constitution sera donc

42 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, pp. 504 et 747

43 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 136

Page 10

interprétée de manière à être en harmonie avec le droit international, selon le principe de l'interprétation conforme. Ce principe d'interprétation tempère considérablement la

rigueur de la règle selon laquelle le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et le droit international⁴⁴.

Lorsqu'une contradiction insurmontable entre les deux ordres juridiques est constatée, le Tribunal fédéral s'en tient à sa jurisprudence, selon laquelle le droit international public l'emporte en principe sur le droit interne, spécialement lorsque la norme internationale a pour objet la protection des droits de l'homme, mais parfois également en dehors de toute question de protection des droits de l'homme, de sorte qu'une disposition légale de droit interne contraire ne peut trouver application⁴⁵.

1.3 Existe-t-il des normes de droit international ou du droit de l'Union européenne considérées comme supérieures à la Constitution (supraconstitutionnalité)?

La question des rapports entre les traités internationaux et la Constitution est complexe. Lorsque le traité international remis en cause par une révision constitutionnelle n'est pas très important, la pratique a parfois refusé d'admettre qu'il puisse constituer une limite à la révisibilité de la Constitution, mais dans ce cas la responsabilité internationale de la Suisse se trouve engagée⁴⁶. Lorsqu'en revanche le traité international remis en cause par une révision constitutionnelle contient des règles contraignantes faisant partie du jus cogens, la révision ne peut être soumise au peuple, car la révision de la Constitution doit respecter les règles impératives du droit international⁴⁷.

Entre ces deux types de traités se situent les traités, et ils sont nombreux, qui règlent des questions importantes: ceux-ci ne semblent pas l'emporter sur les dispositions de la Constitution fédérale qui leur sont contraires. En revanche, des traités aussi importants que la CEDH ou les Pactes ONU l'emportent, en principe, sur les dispositions de la Constitution fédérale⁴⁸.

L'article 190 Cst. dispose que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cette disposition indique que les traités sont considérés comme une source directe de droit interne. Les traités internationaux valablement conclus et entrés en vigueur font partie intégrante de l'ordre juridique suisse. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas de conflit, le droit international prime, en principe, sur le droit national, en particulier quand la règle internationale tend à la protection des droits de l'homme, et permet de faire échec à l'application d'une norme de droit fédéral qui lui est contraire.

44 Art. 190 Cst.

45 ATF 139 I 16 du 12 octobre 2012, consid. 5 = Bull. Comm. Venise 2013 180

46 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, p. 458

47 Art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. et art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

48 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, p. 459; ATF 139 I 16 du 12

octobre 2012, consid. 5 = Bull. Comm. Venise 2013 180

Page 11

La jurisprudence du Tribunal fédéral est riche en exemples qui témoignent de l'influence de la CEDH et des organes de Strasbourg sur la jurisprudence constitutionnelle nationale⁴⁹, ainsi que des efforts d'harmonisation du Tribunal fédéral avec le système européen des droits de l'homme.

2. Y a-t-il une hiérarchie entre les différents principes constitutionnels?

Non, il n'y a pas de hiérarchie entre les différents principes constitutionnels. L'article 5 Cst. énumère les principes constitutionnels les plus importants, au début de la Constitution, au titre premier, parmi les dispositions qui posent les bases structurelles

de la Confédération⁵⁰. Comme nous l'avons exposé à la question I.5, ils sont en principe équivalents conformément à l'adage "un seul et même droit constitutionnel" ⁵¹ et doivent, dans toute la mesure du possible, être respectés simultanément, car ils se complètent ⁵². Dans le cadre de l'application de l'article 36 Cst., la triade de la base légale, du motif légitime et de la proportionnalité se cumulent et se complètent. Lorsque l'un des éléments n'est pas rempli, on se trouve en présence d'une violation du droit fondamental.

3.1 Quelle procédure d'amendement constitutionnel est prévue par la loi fondamentale?

La procédure de révision de la constitution est explicitement prévue par la Constitution fédérale.

La Constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement ⁵³.

La révision totale de la Constitution peut être proposée par le peuple lui-même ou par l'une des deux Chambres du Parlement, ou décrétée par le Parlement, chambres réunies. Si l'initiative émane du peuple ou en cas de désaccord entre les deux conseils, le peuple décide si la révision totale doit être entreprise. Si le peuple accepte le principe d'une révision totale, les deux conseils sont renouvelés. Les règles impératives du droit international ne doivent pas être violées⁵⁴.

49 Notamment ATF 140 I 125 du 26 février 2014, consid. 3 = Bull. Comm. Venise 2014 200; ATF 139 I 16

du 12 octobre 2012, consid. 2 et 3 = Bull. Comm. Venise 2013 180

50 Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril

1999, 2003, p. 41

51 Markus Müller, Proportionnalité, 2016, p. 69

52 Blaise Knapp, Les principes constitutionnels et leurs relations, in Festschrift zum 70. Geburtstag von

Hans Nef, 1981, p. 187

53 Art. 192 al. 1 Cst.

54 Art. 193 Cst.

Page 12

La Constitution fédérale de 1848 a fait l'objet de deux révisions totales, l'une en 1874 et l'autre en 1999.

Une révision partielle de la Constitution peut être demandée par le peuple ou décrétée par l'Assemblée fédérale (notre parlement)⁵⁵. Toute révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière. Ce principe est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport intrinsèque entre les différentes parties de l'initiative. La révision partielle ne doit en outre pas violer les règles impératives du droit international. Elle doit enfin respecter le principe de l'unité de la forme, c'est-à-dire qu'elle doit revêtir soit la forme d'une proposition conçue en termes généraux soit celle d'un projet rédigé de toutes pièces.

En Suisse, les citoyens peuvent demander une modification de la Constitution en déposant une initiative populaire. Tous les Suisses ayant le droit de vote peuvent signer une initiative ou en lancer une eux-mêmes à condition de regrouper au moins sept personnes au sein d'un comité d'initiative. Afin que l'initiative aboutisse, elle doit recueillir 100 000 signatures valables, qui doivent être récoltées dans un délai de 18 mois⁵⁶. Notre gouvernement (le Conseil fédéral) et le Parlement recommandent ensuite l'acceptation ou le rejet de l'initiative. La double majorité du peuple et des cantons est nécessaire pour que l'initiative soit acceptée. En cas d'acceptation, l'initiative est mise en oeuvre; en cas de rejet, l'ancien droit est maintenu. Ce droit d'initiative existe depuis

1891 au niveau fédéral. 200 initiatives populaires ont été soumises à votation depuis lors, dont 22 ont été acceptées⁵⁷.

La Constitution révisée totalement ou partiellement entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée⁵⁸. Toutefois, le législateur doit concrétiser l'amendement constitutionnel accepté par le peuple dans une loi, ce qui ne va pas sans poser de problèmes d'application. Il arrive en effet que les mesures exigées par l'initiative entrent en conflit avec les droits fondamentaux ou avec le droit international. Parfois, le texte de l'initiative manque de précision et sa mise en oeuvre est sujette à de multiples interprétations.

3.2 Comment a été établie initialement la Constitution?

La Diète fédérale (qui était l'assemblée des députés des cantons suisses) a élaboré une Constitution fédérale moderne qui est entrée en vigueur en septembre 1848, après avoir été soumise au vote dans chaque canton. Cette première Constitution fédérale prévoyait, dans ses dispositions transitoires, la manière dont la Constitution serait adoptée et entrerait en vigueur. Elle prévoyait également déjà des règles concernant sa révision.

55 Art. 194 Cst.

56 Art. 138 et 139 Cst.

57 Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 20 août 2015 "Conditions

de validité des initiatives populaires", p. 4

58 Art. 195 Cst.

Page 13

3.3 La Constitution prévoit-elle l'existence explicite de dispositions immuables?

Le texte de notre Constitution n'est pas immuable. En effet, à la lecture de la Constitution, on constate qu'il n'y est pas fait mention de règles internes intangibles. La position de la doctrine sur cette question a évolué au fil des ans. La plupart des auteurs a tout d'abord admis l'existence d'un ordre normatif supraconstitutionnel, puis a rejeté cette idée. Il n'y aurait donc pas de règles nationales immuables qui s'imposeraient au constituant et feraient obstacle à la révision de la Constitution. Le peuple et les cantons seraient donc libres de renoncer à certains principes supérieurs auxquels la Suisse est profondément attachée. Dans la mesure où toutes les institutions caractéristiques du droit suisse n'ont d'autre source que la volonté du constituant, celui-ci serait en mesure de défaire ce qu'il a fait⁵⁹.

Les seules limites posées par la Constitution à l'exercice du pouvoir de révision sont les normes impératives du droit international (cf. réponse II.3.1 ci-dessus). Les dispositions que l'on qualifie d'impératives sont des normes dont l'importance fondamentale pour l'ordre juridique international est reconnue par la communauté internationale et qui sont contraignantes pour tout État de droit, indépendamment de la ratification ou de la dénonciation du traité dans lequel elles sont inscrites. Toute disposition de droit national – même celle de niveau constitutionnel – qui violerait une telle norme est nulle. Parmi les normes de jus cogens incontestées, on peut citer notamment l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavagisme ainsi que les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation⁶⁰.

3.4 Y a-t-il une différence entre le mode d'adoption initial de la Constitution et la procédure existante des amendements à la loi fondamentale?

Comme exposé à la question II.3.2 ci-dessus, la Constitution de 1848 a été soumise aux cantons et non au corps électoral fédéral⁶¹. Les révisions de la Constitution, en

revanche, sont soumises à la double majorité du peuple et des cantons⁶².

59 Notamment Jean-François Aubert, La hiérarchie des règles, RDS 108/1974, p. 207, et Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, p. 494

60 Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 454

61 Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd., 2013, p. 262

62 Art. 140 al.1 let. a Cst.

Page 14

3.5 Est-ce que les principes constitutionnels ont subi des changements?

Comme nous l'avons décrit à la question I.3, certains principes constitutionnels contenus dans la Constitution de 1999 ont à l'origine été des principes constitutionnels non écrits développés par le Tribunal fédéral.

Pour rappel, le principe de la bonne foi, par exemple, ne figurait pas dans la Constitution de 1874. Le Tribunal fédéral a néanmoins dit que le principe de la bonne foi, énoncé à l'article 2 al. 1 du Code civil suisse⁶³, valait aussi en droit public et s'appliquait à l'ensemble de l'activité de l'État et protégeait le citoyen dans la confiance qu'il vouait à une assurance que lui avait donné l'autorité⁶⁴. Notre Haute cour a estimé que ce principe découlait directement de l'article 4 de la Constitution qui protégeait l'égalité de traitement.

4. Est-ce que la procédure de révision de la constitution doit être sujette à l'étude minutieuse de la cour ou doit-elle rester une prérogative exclusive des acteurs politiques?

Conformément à la Constitution⁶⁵, le contrôle de la validité des initiatives populaire est exercé par l'Assemblée fédérale (notre Parlement) et non par le Tribunal fédéral.

L'Assemblée fédérale fonde sa décision sur le rapport (message) et les propositions du Conseil fédéral (notre gouvernement) concernant la validité et l'opportunité de l'initiative⁶⁶. Ce rapport guide le Parlement mais ne le lie pas⁶⁷. Il est juridiquement seul compétent pour procéder à l'analyse du respect de la validité des initiatives populaires. L'Assemblée fédérale ne prononce la nullité totale ou partielle d'une initiative que lorsque cette dernière ne respecte pas le principe de l'unité de la matière, l'unité de la forme ou les règles impératives du droit international (jus cogens).

Seules quatre initiatives ont été déclarées totalement nulles par le Parlement ⁶⁸. On peut citer l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable". Cette initiative, déposée en 1991, demandait notamment que les requérants d'asile entrés illégalement en Suisse et ceux dont la demande avait été rejetée de manière définitive soient renvoyés immédiatement, sans pouvoir faire recours⁶⁹, ce qui contrevient directement au principe coutumier de non-refoulement qui fait partie du jus cogens⁷⁰.

63 CC, RS 210

64 ATF 94 I 513 du 18 décembre 1968, consid. 4

65 Articles 139 al. 3 et 173 al. 1 let. f Cst., voir également l'article 75 LDP et l'article 98 de la loi sur

l'Assemblée fédérale (LParl, RS 171.10)

66 Art. 97 LParl

67 Julien Marquis, La validité matérielle des initiatives populaires en droit fédéral, in Jusletter du 19 juillet

2010, note 87, p. 17

68 https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_6.html

69 Initiative populaire fédérale "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1991 I 102

70 Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1996 I 305

Page 15

L'Assemblée fédérale déclare en revanche plus fréquemment la nullité partielle d'une initiative. La dernière en date est l'initiative populaire fédérale "pour le renvoi effectif des étrangers criminels". L'Assemblée fédérale, suivant la proposition du Conseil fédéral, a déclaré cette initiative partiellement nulle car elle définissait de manière restrictive les règles impératives du droit international.

Le Conseil fédéral a en outre proposé le rejet de la partie valable de l'initiative car elle demandait l'expulsion de tout étranger frappé d'une condamnation entrée en force pour un certain nombre d'infractions, indépendamment de la peine prononcée dans le cas concret. L'initiative prévoyait en outre la primauté de l'expulsion et de ses modalités d'exécution sur le droit international non impératif. L'automatisme de l'expulsion proposé par l'initiative ne laissait aucune place à un examen au cas par cas, conforme au principe de la proportionnalité et au droit international non impératif. Il ne tenait donc pas compte des droits de l'homme garantis par le droit international notamment du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH ou art. 17 Pacte ONU II) et des droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant, ni des exigences posées par l'Accord sur la libre circulation conclu avec l'UE71. Cette initiative a été rejetée en votation populaire le 28 février 2016.

5. Est-ce que la Constitution de votre pays prévoit la possibilité du contrôle constitutionnel de l'amendement constitutionnel?

Notre Constitution fédérale ne prévoit pas ce type de contrôle.

6. Est-ce que la Cour constitutionnelle est autorisée à vérifier la constitutionnalité de l'amendement de la loi fondamentale au niveau de sa substance ou son contrôle est-il limité au niveau procédural?

Le Tribunal fédéral ne peut contrôler la constitutionnalité de l'amendement constitutionnel ni au niveau de sa substance ni au niveau de la procédure. Mais lors d'un cas d'application, le Tribunal fédéral garde la possibilité d'interpréter l'amendement de manière à ce que le nouveau texte soit conforme à la Constitution. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt du Tribunal fédéral⁷² dans lequel il a dû interpréter la notion de délinquant "non amendable", notion introduite dans le droit suisse par l'initiative populaire fédérale "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables"⁷³. Cette initiative a été acceptée en votation populaire le 71 Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire "Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)" du 20 mars 2015, FF 2015 2487 et Message concernant l'initiative populaire "Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)" du 20 novembre 2013, FF 2013

8493

⁷² ATF 140 IV 1 du 22 novembre 2013, consid. 1 à 4

⁷³ FF 2000 3124; Message concernant l'initiative populaire "Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables" FF 2001 3265

Page 16

8 février 2004 et a conduit à l'adoption de l'article 123a Cst. Cette disposition constitutionnelle a ensuite été concrétisée aux articles 64 al. 1bis et 64c du Code pénal suisse⁷⁴.

7. Voit-on, dans votre juridiction, une tendance au renforcement de l'autorité constitutionnelle? Est-ce que la doctrine et les groupes sociétaux soutiennent une telle approche?

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la juridiction constitutionnelle n'existe que sous une forme imparfaite en Suisse; raison pour laquelle des voix se sont élevées pour demander la suppression de l'article 190 Cst. et lever ainsi l'immunité des lois fédérales. L'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n'a pas seulement fait couler beaucoup d'encre en doctrine. Elle a également donné lieu à plusieurs interventions parlementaires visant l'extension de la juridiction constitutionnelle. Les dernières en date remontent à 2005 et 2007⁷⁵. Celles-ci ont donné lieu à des débats nourris au Parlement qui ont finalement conduit à leur rejet en vote final en décembre 2012.

Le Tribunal fédéral a pris position sur ces deux initiatives parlementaires relatives à la juridiction constitutionnelle. Il a d'abord constaté que l'extension de l'actuelle juridiction constitutionnelle constitue une question de politique juridique. Le Tribunal fédéral a indiqué qu'il s'abstenait de prendre position sur la question de savoir si la juridiction constitutionnelle devait être élargie au niveau fédéral en raison de la séparation des pouvoirs. Il a néanmoins signalé que si la juridiction constitutionnelle venait à être introduite au niveau fédéral, il serait souhaitable que le contrôle de constitutionnalité soit limité aux actes d'application concrets. Aux yeux du Tribunal fédéral, un contrôle éventuel des lois fédérales dans un cas d'application concret apparaissait suffisant pour assurer la protection constitutionnelle des citoyens.

Jusqu'ici toutes les tentatives d'introduction d'un contrôle effectif de constitutionnalité des lois fédérales ont échoué. Il n'est toutefois pas exclu que la question refasse surface dans les années à venir.

En outre, au niveau législatif, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à la révision partielle de la loi sur le Tribunal fédéral en novembre 2015. Cette révision doit consolider le Tribunal fédéral dans sa fonction constitutionnelle d'autorité judiciaire suprême de la Confédération. Elle a pour but de garantir l'accès au Tribunal fédéral dans toutes les causes où se posent des questions juridiques de principe ou qui sont pour d'autres motifs particulièrement importantes. Cela vaut notamment pour les causes qui figurent actuellement sur la liste des exceptions de l'article 83 LTF, ainsi 74 CP, RS 311.0

75 Initiative 05.445 intitulée "Juridiction constitutionnelle" (Heiner Studer) et initiative 07.476 intitulée "Faire

en sorte que la Constitution soit applicable pour les autorités chargées de mettre en oeuvre le droit"

(Müller-Hemmi)

Page 17

qu'en matière de décisions incidentes, de déroulement de la procédure ou portant sur des mesures provisionnelles. En contrepartie, le Tribunal fédéral serait déchargé des affaires de moindre importance ou répétitives qui ne posent pas de questions juridiques de principe ou ne sont pas, pour un autre motif, particulièrement importantes. La procédure de consultation s'est terminée le 29 février 2016. L'avant-projet sera éventuellement modifié pour tenir compte des remarques produites à l'issue de la consultation, puis il sera présenté sous forme de projet au Parlement .

Enfin, signalons que la Cour plénière du Tribunal fédéral n'a jamais déposé de demande tendant à obtenir le pouvoir de contrôler une initiative populaire avant qu'elle ne soit soumise au peuple et aux cantons. Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur de telles

questions de politique juridique.

17.06.2016/SDoc

Page 18