

Contrôle par le juge constitutionnel des lois votées par le peuple

Lorenz Meyer

Président du Tribunal fédéral suisse

1. Préambule

a. L'organisation judiciaire suisse

La Confédération suisse est un État fédéral dont les principales institutions ont été mises en place à la fin du XIX^e siècle. Le fédéralisme marque l'organisation judiciaire de la Suisse. L'administration de la justice est, traditionnellement, avant tout l'affaire des cantons (même si les procédures civile et pénale ont été unifiées récemment au niveau fédéral). La Confédération compte vingt-six cantons et quelque 2 500 communes. Ces trois niveaux étatiques sont compétents pour légiférer, exécuter et juger.

Les 26 cantons bénéficient de par la Constitution d'une autonomie importante; ils exercent tous les droits et compétences qui ne sont pas attribués à la Confédération. Chaque canton dispose de sa propre Constitution et de sa propre organisation judiciaire. Les cantons édictent des lois et ordonnances. Leur compétence exécutive et judiciaire ne se limite pas au droit cantonal, mais porte aussi sur le droit fédéral. Les cantons exécutent le droit fédéral aux côtés des autorités fédérales. Les tribunaux cantonaux statuent dans les domaines juridiques fédéraux. Ils connaissent des affaires de droit civil, de droit pénal et de droit public fédéral. Ils contrôlent également la constitutionnalité des lois et normes inférieures dans le cadre de leur compétence générale. La juridiction constitutionnelle suisse connaît en effet le système diffus du contrôle de la constitutionnalité selon lequel toute autorité ou tribunal chargé de l'application du droit doit examiner si celui-ci est conforme au droit constitutionnel et, lorsque tel n'est pas le cas, refuser de le mettre en œuvre.

b. Le Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral a été créé en 1848 sous la forme d'une juridiction non permanente. Il devient une autorité permanente en 1874. Comme notre centre politique se situe à Berne, en Suisse alémanique, le siège de notre haute cour a été fixé à Lausanne, en Suisse romande, pour des raisons d'équilibres linguistique et culturel. La tâche première de la Cour suprême est d'assurer une certaine cohérence dans l'application des différentes normes cantonales, le respect des droits fondamentaux et le développement de garanties de procédure sur l'ensemble du territoire national. Tel a été d'emblée, et tel est toujours le rôle du Tribunal fédéral. Ses attributions ont augmenté au fur et à mesure des évolutions politiques, sociales et juridiques et elles couvrent maintenant la plupart des domaines du droit. La législation fédérale devient en effet de plus en plus importante, au détriment des lois cantonales.

La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (ci-après Cst.) définit le Tribunal fédéral comme «l'autorité judiciaire suprême de la Confédération». La Cour suprême est, en Suisse, une Cour constitutionnelle qui a pour fonction de veiller au respect de la Constitution fédérale et des Constitutions des cantons, notamment de protéger les droits constitutionnels ou les droits fondamentaux des particuliers. Elle est également l'autorité de recours ou de cassation de dernière instance qui fait respecter la législation fédérale et veille à son application uniforme par les autorités inférieures.

2. La juridiction constitutionnelle en Suisse

a. La situation actuelle

Contrairement à ce qui prévaut dans la plupart des autres États, les dispositions législatives fédérales ne peuvent pas être contrôlées par la juridiction constitutionnelle suisse. Cette limitation résulte de l'art. 190 Cst., aux termes duquel «le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international», même lorsque par hypothèse une loi est inconstitutionnelle.

L'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales est l'une des principales caractéristiques du système constitutionnel suisse. Cette absence de contrôle s'explique par le fait qu'un référendum peut être lancé contre toutes les lois, ce qui signifie que les électeurs peuvent se prononcer sur les lois, que ce soit expressément, en acceptant ou rejetant une loi par référendum ou implicitement, en renonçant au référendum. Le peuple est considéré comme le véritable gardien de la Constitution. Selon cette conception, aucun juge ne peut outrepasser la volonté populaire, même lorsque cette volonté est contraire à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel français, qui vérifie la constitutionnalité des lois, a d'ailleurs partagé ce point de vue. Dans une décision du 6 novembre 1962, il est arrivé à la conclusion que l'art. 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires, mais qu'il ne précise pas si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement aux lois votées par le Parlement. Il résulte de l'esprit de la Constitution (qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics) que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non pas celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

Le Conseil constitutionnel relève par ailleurs que cette interprétation résulte également notamment de l'article 60 de la Constitution qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière de référendum et de l'article 11 qui ne prévoit aucune formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation par le Président de la République.

Le Conseil en a par conséquent déduit qu'il n'avait pas la compétence pour se prononcer sur la demande du président du Sénat visant à apprécier la conformité du texte voté par le peuple.

Le Conseil constitutionnel n'a à ce jour pas renversé cette jurisprudence.

On peut ajouter en ce qui concerne la Suisse que l'on craint qu'une extension de la juridiction constitutionnelle entraîne une politisation de la justice et un trop grand renforcement du pouvoir judiciaire. Raison pour laquelle notre absence de contrôle constitutionnel n'a, jusqu'à une époque récente, guère été remise en cause.

b. Les diverses interventions en faveur de l'extension de la juridiction constitutionnelle

Les différents travaux préparatoires de la révision totale de la Constitution fédérale ont régulièrement proposé l'introduction d'un système de contrôle concret de la constitutionnalité des lois fédérales.

Dans son message du 20 novembre 1996 sur la réforme de la Constitution, le Conseil fédéral (notre gouvernement) a rappelé les raisons qui justifiaient selon lui une extension de la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral, à savoir le renforcement de l'État de droit, l'importance grandissante de la législation fédérale, la primauté du droit international et le contrôle des lois fédérales opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. Sur cette base, le Conseil fédéral proposait de permettre au Tribunal fédéral de procéder à

un contrôle concret des lois fédérales pour violation des droits constitutionnels et du droit international.

Lors des délibérations parlementaires, les Chambres, pressentant que le caractère controversé de cette innovation risquait de menacer l'ensemble du projet de réforme de la justice, ont fini par y renoncer purement et simplement en octobre 1999. L'arrêt sur la réforme de la justice a donc repris la formule de 1874.

Deux initiatives parlementaires tendant à l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral ont été déposées en 2005 et 2007. Les Commissions des affaires juridiques des deux Chambres ont décidé de donner suite à ces deux initiatives. En décembre 2011, le Conseil national (une des deux chambres du parlement fédéral) a approuvé l'abrogation de l'art. 190 Cst. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États (l'autre chambre) en a fait de même en avril 2012. Le Conseil fédéral s'est également déclaré en faveur de l'abrogation de l'art. 190 Cst.

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

- Renforcer l'État de droit, le fédéralisme et la protection des droits fondamentaux. À la fin du XIX^e siècle, les restrictions des libertés des citoyens se trouvaient principalement dans les **lois cantonales**, qui pouvaient éventuellement être contraires à la Constitution. Depuis lors, il y a eu un transfert massif des contenus législatifs vers le **droit fédéral**. Si, autrefois, l'immunité des lois fédérales face à la juridiction constitutionnelle ne limitait guère la protection juridique des citoyens, tel n'est plus le cas aujourd'hui.
- Assurer le **respect de la hiérarchie des normes** qui est une des tâches les plus importantes de la justice. De ce point de vue, il est contraire au système que la norme inférieure, à savoir la loi, l'emporte sur la norme supérieure, c'est-à-dire la Constitution. Des dispositions de lois fédérales peuvent s'avérer contraires à la Constitution dans un cas concret très particulier ou le devenir parce que le contexte a changé. L'Assemblée fédérale n'est pas en mesure de prévoir tous les cas de figure possibles.
- Du point de vue du droit constitutionnel, les **droits populaires** ne s'opposent pas à une extension de la juridiction constitutionnelle. Au contraire, le fait que le peuple au niveau communal doive se soumettre au peuple au niveau cantonal (le droit cantonal prime le droit communal), que le peuple au niveau cantonal doive se soumettre au peuple au niveau fédéral (le droit fédéral prime le droit cantonal) et que le peuple qui a adopté une loi fédérale doive se soumettre au peuple et aux cantons qui ont adopté la Constitution est conforme à la hiérarchie des normes.

- **L'expérience de l'examen des lois cantonales par le Tribunal fédéral** montre que celui-ci fait preuve de retenue, sans s'arroger le pouvoir de prendre des décisions politiques. Mieux encore, par sa juridiction constitutionnelle à l'égard des cantons, il a contribué à des évolutions généralement jugées positives aujourd'hui, par exemple dans les domaines de la liberté de croyance et de conscience, de la liberté d'expression et du droit à l'information ou de la liberté économique.
- Alors que l'action du **législateur** peut être déterminée par l'actualité politique, le **juge constitutionnel** prend en compte les valeurs fondamentales et durables de la Constitution, qui s'expriment au travers des droits fondamentaux. Il contribue à ce que le droit évolue dans le sens de ces droits fondamentaux. Le modèle de deux pouvoirs qui se complètent et se limitent mutuellement correspond davantage à la réalité constitutionnelle suisse que l'idée d'une séparation strictement logique entre un législateur qui crée le droit et des tribunaux qui ne font qu'exécuter sa volonté.
- Le fait que le Tribunal fédéral **contrôle de facto la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)** des lois fédérales dévalorise la Constitution, qui devrait être le critère premier pour les autorités qui légifèrent et qui appliquent le droit en Suisse.

Le 5 juin dernier, le Conseil des États a toutefois voté contre l'abrogation de l'art. 190 Cst. par 27 voix contre 17. Cet objet sera donc renvoyé au Conseil national dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences. Vu ce vote très net, l'abrogation de l'art. 190 Cst. a désormais peu de chance de devenir réalité.

Il semble donc qu'après de longues et intensives discussions, nous allons continuer en Suisse à vivre avec la règle selon laquelle le Tribunal fédéral est lié aux lois. La rigueur de la règle posée par l'art. 190 Cst. est toutefois tempérée par trois principes :

- Tout d'abord, le principe de l'interprétation conforme à la Constitution, d'après lequel le juge doit conférer à une disposition légale se prêtant à plusieurs interprétations celle qui est en harmonie avec la Constitution.
- Ensuite, l'art. 190 Cst. n'interdit pas au Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité d'une loi fédérale. Il est habilité à constater qu'une loi fédérale viole la Constitution. Il ne peut en revanche pas sanctionner cette constatation par une annulation ou par un refus d'application de la loi en question.
- Enfin, les droits fondamentaux de la CEDH et du Pacte ONU II priment sur les lois fédérales en cas de conflit, selon la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral. La volonté populaire exprimée dans une loi doit ainsi céder le pas aux droits fondamentaux en Suisse également.