

JOURNAL

Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral suisse

CLAUDE ROUILLER, *juge fédéral*

I - LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

1 / *Son origine*

Le Tribunal fédéral suisse, création de l'Etat fédératif moderne, a été institué par la Constitution du 12 septembre 1848. Ses onze membres, que le Parlement élisait pour une durée de trois ans, siégeaient selon les besoins, au lieu qu'ils choisissaient. Cette cour exerçait notamment la juridiction civile dans des différends entre collectivités publiques ou dans des litiges de haute importance que des particuliers s'accordaient à porter devant elle. Sa juridiction constitutionnelle était embryonnaire ; elle se limitait à la connaissance des plaintes pour violation des droits individuels dont le Parlement se dessaisissait en sa faveur.

La Constitution du 29 mai 1874 (Cst.) a érigé le Tribunal fédéral en cour suprême permanente et indépendante des autres pouvoirs. Ses compétences n'ont cessé de s'accroître au fil des ans. Le Tribunal fédéral est aujourd'hui la juridiction supérieure de la Confédération en matière civile, pénale et administrative. Il veille, en cette qualité, à l'application uniforme du droit privé et du droit pénal par les tribunaux cantonaux ; il est l'interprète du droit administratif fédéral lorsqu'il est appelé¹ à se prononcer sur la conformité à celui-ci des décisions administratives rendues en dernière instance, selon les domaines soit par les autorités supérieures de la Confédération, soit par celles des cantons.

La juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral est définie à l'art. 113 Cst. Ce texte lui donne la compétence de connaître des « récla-

1. Par la voie du recours de droit administratif institué aux articles 97 s. de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (OJ).

mations pour violation de droits constitutionnels des citoyens », par quoi il faut entendre les garanties individuelles contenues dans la Constitution fédérale, dans les constitutions des cantons, et, aujourd'hui, dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette compétence a été élargie, sur la base de l'art. 114 Cst., à la protection juridictionnelle des droits politiques que les citoyens exercent en matière d'élections et de votations populaires.

2 / Son organisation²

Le Tribunal fédéral se compose de trente juges³ élus pour une période de six ans par le Conseil national et le Conseil des Etats, réunis pour la circonstance en Assemblée fédérale. Est éligible tout citoyen laïc ayant le droit de voter, mais les juges sont en fait des juristes venant des tribunaux supérieurs des cantons, du barreau, de l'enseignement universitaire ou, plus rarement, de la haute administration. L'Assemblée fédérale veille à une représentation équilibrée des cantons, des langues nationales et des tendances politiques. Si les candidatures émanent des partis gouvernementaux⁴, l'indépendance des juges à l'égard de ceux-ci n'en est pas moins absolue. Elle est renforcée par le fait que le législateur a fixé le siège du tribunal à Lausanne⁵ et non dans la capitale fédérale, qu'il a limité le contrôle parlementaire à la haute surveillance de sa gestion, qu'il a étendu la période de fonction des juges au-delà de la législature et qu'il a institué *de facto* leur inamovibilité.

Le Tribunal fédéral exerce ses fonctions juridictionnelles par l'organe de cinq cours composées de cinq à sept membres chacune, soit deux cours de droit public, deux cours civiles et une cour de cassation pénale. Ces cours sont constituées par le Tribunal pour une période de deux ans, mais les juges changent rarement d'affectation. Elles siègent d'ordinaire dans la composition de cinq juges. Les deux cours de droit public siègent cependant dans la composition de trois juges lorsqu'elles statuent sur des contestations qui ne posent pas des questions de principe ; elles siègent dans la composition de sept juges lorsqu'elles statuent sur les recours

2. Elle est réglée dans les grandes lignes par l'OJ et le Règlement du Tribunal fédéral, du 14 décembre 1978 (RTF).

3. Lorsque cela s'avère nécessaire, le Tribunal fédéral peut faire appel à des juges suppléants non permanents. Au nombre de quinze, ceux-ci sont élus de la même façon que les juges ordinaires.

4. Ce sont, depuis plus de trente ans, les Partis radical, démocrate-chrétien, socialiste et démocrate du centre qui réunissent de manière constante environ 75 % des suffrages exprimés lors des élections fédérales. Les candidatures sont présentées aux groupes parlementaires de ces partis, qui les soumettent à une commission interne de juristes ; les groupes font à l'Assemblée fédérale une proposition commune qui est rarement combattue.

5. C'est à Lucerne que siège le Tribunal fédéral des assurances, composé de neuf juges, dont le statut est identique à celui des juges fédéraux. Ce Tribunal, entièrement distinct, constitue la cour des assurances sociales de la Confédération.

formés contre des actes législatifs cantonaux et contre la décision de consulter les électeurs d'un canton ou le refus de leur soumettre une affaire. En matière de droit constitutionnel et de droit administratif, les causes dont la solution est manifeste sont toutefois — quelle que soit la cour qui s'en occupe — tranchées par trois juges, en procédure sommaire et par *voie de circulation*⁶. Chaque cour est présidée par l'un de ses membres les plus anciens, désigné par le Tribunal pour une période renouvelable de deux ans. L'ensemble du Tribunal fédéral est présidé par l'un des présidents de cour que l'Assemblée fédérale élit à cette charge pour une période non renouvelable de deux ans. Ce magistrat dirige une commission administrative investie des tâches ordinaires de gestion ; pour le surplus, c'est un *primus inter pares*, dont le rôle est avant tout représentatif.

Le traitement des affaires est confié à un juge délégué qui présente une proposition de jugement, après avoir, le cas échéant, complété l'instruction. Hormis les cas où l'affaire est liquidée par *voie de circulation*, les cours de droit public et les cours civiles discutent cette proposition et se prononcent sur elle dans une *séance publique* au cours de laquelle chaque juge s'exprime dans sa langue nationale. Il n'en va différemment que dans les causes disciplinaires et dans celles où le huis clos a été ordonné. Dans les contestations fiscales, seuls les parties et leurs représentants peuvent assister à la délibération et au vote de la cour. La rédaction définitive des arrêts est confiée à des greffiers ou à des secrétaires-juristes qui assistent à la délibération avec voix consultative. Les juges disposent en outre de collaborateurs personnels.

Les arrêts les plus importants du Tribunal fédéral sont publiés dans un recueil officiel ; ils constituent annuellement, aujourd'hui, un volume divisé en six tomes⁷. L'information du grand public sur l'évolution de la jurisprudence est assurée par des journalistes accrédités.

II – LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

1 / Généralités

Les réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens au sens de l'art. 113 Cst. sont portées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit public institué aux art. 84 s. OJ. C'est là un moyen de

6. La cour statue sans se réunir ; la proposition du juge rapporteur et le dossier de la cause passent d'un juge à l'autre, chacun émettant son opinion par écrit.

7. Le recueil officiel s'abrège : ATF (Arrêts du Tribunal fédéral suisse). Les matières traitées sont ainsi réparties entre les tomes : Ia, droit constitutionnel ; Ib, droit administratif ; II, droit civil ; III, poursuite pour dettes et faillite ; IV, droit pénal ; V, assurances sociales. Les arrêts sont cités selon le volume, la partie et la page. Exemple : ATF 115 Ia 127. Certains arrêts qui ne sont pas publiés au recueil officiel le sont dans des revues juridiques cantonales étrangères (cf. n. 27 et 28 ci-dessous).

droit extraordinaire à la disposition de tout particulier ou de toute collectivité privée⁸ qui a un intérêt juridique et personnel à l'annulation de l'acte attaqué. Ce recours ne peut être dirigé que contre un acte législatif cantonal ou contre une décision cantonale prise, sous réserve de quelques exceptions, en dernière instance. En vertu des art. 113 al. 3 Cst. et 84 OJ, il n'est pas recevable contre les actes des autorités fédérales.

Ainsi conçue, la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral n'est pas confiée à l'une de ses cours en particulier. Chacune d'elle est appelée, dans le cadre de ses attributions, à statuer sur des griefs tirés de la violation des droits constitutionnels des citoyens. Celui qui attaque un jugement civil cantonal par la voie d'un recours en réforme⁹, ou celui qui attaque un jugement pénal cantonal par celle d'un pourvoi en nullité¹⁰, peut former en effet, parallèlement à ces moyens ordinaires, un recours de droit public dans lequel il s'en prend soit à l'appréciation des preuves, soit à des irrégularités de procédure. Les cours civiles et la cour de cassation pénale du Tribunal fédéral s'érigent alors en cours constitutionnelles, statuant le plus souvent sur des violations du principe d'égalité (art. 4 Cst.) qui interdit entre autres l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et le déni de justice formel, ou sur des critiques qui touchent à la composition régulière des tribunaux (art. 58 et 59 Cst., voire 6 CEDH). La juridiction constitutionnelle est cependant exercée principalement par les deux cours de droit public. La première, composée de sept juges, connaît notamment des recours pour violation des droits politiques, de la garantie de la propriété, de celle du juge naturel, de l'autonomie communale, de la liberté personnelle et des libertés de presse, d'opinion, de réunion et d'association. La deuxième, composée de six juges, connaît notamment des violations de la liberté du commerce et de l'industrie, et des libertés d'établissement, de conscience, de croyance, ainsi que du libre exercice des cultes. La première cour de droit public connaît en outre, à titre subsidiaire, de toutes les violations du principe d'égalité, consacré à l'art. 4 Cst., lorsqu'elles n'entrent pas expressément dans les attributions d'une autre cour.

2 / *L'absence de tout contrôle de la constitutionnalité des actes normatifs de l'Assemblée fédérale*

La juridiction constitutionnelle en Suisse se distingue de celle d'autres Etats comparables par le fait que la législation fédérale échappe à tout contrôle judiciaire de sa conformité à la Constitution. Cette règle, nous l'avons déjà dit¹¹, est déduite de l'art. 113 al. 3 Cst. qui oblige le Tribunal fédéral à appliquer sans réserve les lois et les arrêtés de portée générale

8. Et des collectivités publiques décentralisées, § II/3.

9. Art. 43 s. OJ.

10. Art. 272 s. de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.

11. § II/1.

votés par l'Assemblée fédérale et à se conformer aux traités internationaux ratifiés par celle-ci. Cette curieuse réserve — qui s'impose également à toutes les autorités, fédérales et cantonales, exécutives et judiciaires — s'explique par l'histoire : limiter le contrôle de la constitutionnalité aux seules lois cantonales était un moyen d'empêcher les cantons conservateurs, vaincus par les armes en 1847 puis par la majorité électorale de 1874, d'entraver le processus de centralisation mis en œuvre par leurs adversaires radicaux. Si la règle a survécu à l'apaisement des esprits et des choses, c'est pour un motif juridique tiré de la souveraineté populaire s'exprimant dans les institutions de la démocratie directe. Les lois et les arrêtés de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale sont en effet soumis au vote du peuple à la demande d'une fraction du corps électoral. Chacun de ces actes est ainsi édicté avec le concours direct des citoyens ou grâce à leur adhésion tacite et il n'appartiendrait pas à un collègue de magistrats élus au second degré de défaire ce que le peuple a voulu de la sorte. Cette justification est discutable. Le référendum législatif fédéral n'est que facultatif et les lois soumises au vote du peuple sont peu nombreuses. Lorsque le droit de référendum n'est pas exercé, l'adhésion tacite du peuple est une pure fiction. En cas d'exercice du droit de référendum, le vote favorable du peuple n'est que l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire celle de la majorité relativisée par la faiblesse des participations à la plupart de ces scrutins¹². Dans tous les cas, l'acceptation populaire de la loi ne laisse pas présumer qu'elle soit en harmonie avec la constitution, car le débat référendaire ne porte pas sur cette question mais sur la seule opportunité politique du texte discuté. Or la juridiction constitutionnelle a pour tâche la défense des droits individuels qui, pour certains d'entre eux — il suffit de penser au droit de s'exprimer dans sa langue et à la liberté religieuse —, coïncide avec la défense des droits de la minorité. Les institutions de la démocratie directe ne suppléent donc pas à une véritable juridiction constitutionnelle chargée de vérifier si le législateur respecte les droits fondamentaux. La structure même de la juridiction constitutionnelle suisse confirme l'inanité de l'argument démocratique invoqué pour exclure le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales : le recours de droit public est ouvert contre les actes législatifs cantonaux, bien qu'ils soient eux aussi soumis à la sanction du corps électoral par la voie du référendum¹³, ou au vote direct du peuple assemblé (*Landsgemeinde*)¹⁴.

L'immunité dont bénéficie la législation fédérale sur la base de l'art. 113 al. 3 Cst. s'étend aux dispositions du droit cantonal qui ne font qu'exé-

12. 47,7 % des électeurs ont participé à la votation populaire du 6 décembre 1987 (rejet de la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et acceptation d'un arrêté relatif au développement des transports ferroviaires) ; c'était une participation élevée !

13. Obligatoire dans quatorze cantons et facultatif dans les douze autres.

14. Dans les cantons de Nidwald, Obwald, Glaris, Appenzell, Rhodes-extérieures et Rhodes-intérieures.

cuter le droit fédéral¹⁵. Cela va de soi. Les constitutions cantonales échappent elles aussi au contrôle juridictionnel du Tribunal fédéral. C'est une création contestable de la jurisprudence qui s'est fondée sur l'art. 6 al. 1 Cst. aux termes duquel les cantons sont tenus de demander à la Confédération la garantie de leurs chartes fondamentales¹⁶. Certes, l'Assemblée fédérale n'accorde sa garantie que si l'acte constitutionnel qui lui est soumis ne renferme rien de contraire au droit fédéral. Ce contrôle, qui n'est naturellement pas exempt de toutes préoccupations politiques, n'équivaut cependant pas à celui qu'exerce le juge saisi d'un recours individuel pour violation des droits constitutionnels des citoyens. Après avoir hésité¹⁷, le Tribunal fédéral a consenti une exception à cette règle, sans toutefois sortir du système de l'art. 6 al. 1 Cst. : il examine désormais, à titre préjudiciel, la conformité d'une disposition constitutionnelle cantonale avec les droits individuels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et avec d'autres normes du droit fédéral, « si le droit de rang supérieur n'était pas encore entré en vigueur au moment où l'Assemblée fédérale a accordé sa garantie à la disposition litigieuse et n'avait donc pas à être pris en considération »¹⁸.

3 / *Le contrôle de la constitutionnalité des actes cantonaux*

La juridiction constitutionnelle de la Confédération, exercée par le Tribunal fédéral, se réduit ainsi au contrôle des actes de souveraineté des cantons. Elle n'est de surcroît engagée que par un recours de droit public, le droit constitutionnel suisse ignorant tant l'action populaire que la saisine par les autorités étatiques. Cette voie de droit est accessible, on l'a vu¹⁹, aux individus et aux collectivités privées qui ont un intérêt personnel, juridiquement protégé, à l'annulation de l'acte attaqué ; elle est exceptionnellement ouverte aux collectivités publiques décentralisées, agissant en tant que détentrices de la puissance publique, pour la seule défense de leur existence ou de leur autonomie²⁰. Le recours de droit public a pour objet un acte législatif ou une décision particulière. Il suffit, dans le premier cas, que le requérant soit touché dans un intérêt *virtuel*, la norme critiquée

15. ATF 112 Ib 244 (loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983).

16. ATF 83 I 173 (une disposition de la Constitution vaudoise était interprétée dans le sens d'exclure les femmes du droit de vote, à une époque antérieure à 1971, date de l'introduction du suffrage féminin sur le plan fédéral).

17. ATF 104 Ia 221.

18. ATF 111 Ia 240 s. (non-conformité à l'art. 6 § 1 CEDH de l'exclusion, sans motifs importants, de la publicité des débats pénaux) ; ATF 112 Ia 218 consid. 3a.

19. § II/1.

20. Par exemple : ATF 101 Ia 392 (une commune ne peut se prévaloir de son autonomie pour édicter un règlement n'admettant que les croix comme monuments funéraires dans les cimetières municipaux, car cette règle viole la liberté religieuse).

étant susceptible de lui être appliquée un jour. Dans le second cas, il doit par contre, en principe, se prévaloir de la lésion *actuelle* de ses intérêts tels qu'ils sont protégés par le droit constitutionnel²¹.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois cantonales est abstrait ou concret.

Le contrôle *abstrait* est celui qui vise immédiatement une norme. Appelé aussi direct ou principal, il est centralisé entre les mains du Tribunal fédéral, tout au moins lorsque les cantons — c'est le cas de la plupart d'entre eux — n'ont pas institué leur propre cour constitutionnelle qui doit être saisie au préalable. Il est de type répressif et non préventif : le Tribunal fédéral ne vérifie immédiatement la constitutionnalité d'une loi cantonale que si celle-ci est attaquée dans les trente jours qui suivent son adoption. Le contrôle *concret* vise indirectement la loi critiquée par le biais d'un acte d'application (décision concrète) que son destinataire attaque dans les trente jours de sa notification. Appelé aussi incident ou préjudiciel, ce contrôle est décentralisé : toutes les juridictions des cantons, de même que leurs autorités administratives supérieures, doivent s'assurer d'une part que le droit cantonal appliqué est conforme au droit fédéral et d'autre part qu'il respecte les droits constitutionnels des citoyens. Sous réserve d'exceptions justifiées par des raisons d'économie de procédure, le dépôt d'un recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens est d'ailleurs subordonné à l'épuisement préalable des instances cantonales.

Le Tribunal fédéral n'annule que les normes qui sont attaquées directement devant lui au moment de leur adoption. Il n'annule pas celles qui le sont plus tard par le biais d'un acte d'application ; il se borne à en constater l'inconstitutionnalité. Enervée, selon le mot de Tocqueville, la loi ainsi censurée n'est pas détruite²². Dans le système suisse, elle n'en a pas moins perdu toute la force morale qui en autoriserait encore l'application.

Le rejet d'un grief d'inconstitutionnalité invoqué dans le cadre du contrôle abstrait d'une norme n'empêche pas le requérant de le soulever à nouveau contre la même disposition, lors de son application à un cas d'espèce (contrôle concret). L'arrêt rendu au terme de la procédure de contrôle abstrait n'a ainsi, en quelque sorte et dans cette mesure, qu'une autorité relative de la chose jugée. C'est pourquoi le Tribunal fédéral

21. Pour l'exigence d'un intérêt virtuel, cf. ATF 112 Ia 32 (tous les membres de la profession, de même qu'une association, peuvent recourir contre une loi cantonale réglementant l'exercice de la profession d'architecte). Pour l'exigence d'un intérêt actuel, cf. 110 Ia 141 (celui dont la détention préventive a pris fin pendant la procédure du recours de droit public n'a plus un intérêt actuel et pratique au recours).

22. *De la Démocratie en Amérique*, MDCCCXXXV, vol. I, p. 146 et 228. Sur les notions de contrôle abstrait et de contrôle concret en droit suisse, nous renvoyons à l'ouvrage de Robert Zimmermann, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, Genève, 1987.

fait preuve d'une retenue particulière lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public dirigé immédiatement contre un texte légal au moment de son adoption (contrôle abstrait). Il ne l'annule que si ce texte ne se prête à aucune interprétation conforme à la constitution, mais non s'il est possible d'envisager raisonnablement qu'il soit interprété conformément à celle-ci. Il est en effet rarement possible de prévoir d'emblée tous les effets de l'application d'une loi, même si sa teneur ne paraît guère offrir de marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'appliquer. Il se peut qu'un texte semble compatible avec la constitution au regard des circonstances ordinaires de la vie, sans que cela exclût absolument l'éventualité qu'il y soit contraire dans certains cas particuliers : le juge constitutionnel l'annule seulement s'il est manifeste que la perspective d'un contrôle concret ultérieur ne constitue pas une protection suffisante de ses destinataires²³. La nature et la portée des droits individuels en jeu et la gravité de l'atteinte dont ils sont menacés sont, de ce point de vue, décisifs. Ainsi, quand la norme critiquée est susceptible de porter une atteinte particulièrement grave²⁴ aux droits fondamentaux invoqués, le Tribunal fédéral exige de cette norme qu'elle soit une base légale claire et nette.

4 / L'importance pratique de ce contrôle constitutionnel

En dépit des limites que l'art. 113 al. 3 Cst. assigne à sa compétence, le Tribunal fédéral joue pleinement son rôle de cour constitutionnelle. Il définit souverainement le contenu des droits fondamentaux garantis tant sur le plan fédéral que sur le plan cantonal et fixe les règles de base applicables à l'exercice des droits populaires à tous les niveaux. Il ne s'est d'ailleurs pas arrêté au catalogue sommaire dressé il y a plus d'un siècle par le constituant historique, mais a reconnu peu à peu l'existence de nombreux droits individuels non écrits²⁵, telles la garantie de la propriété inscrite plus tard dans le texte constitutionnel, la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté de réunion ou la liberté de la langue²⁶. Du droit à l'égalité énoncé succinctement à l'art. 4 Cst., il a dégagé une foule de règles qui se sont imposées dans tous les domaines du droit de procédure fédéral et cantonal ou qui sont devenues des normes de comportement élémentaires pour tout détenteur de la puissance publique. On mentionnera simplement à ce titre la prohibition du déni de justice formel, le principe de la proportionnalité des interventions de l'Etat, la sou-

23. ATF 114 Ia 354-355 (loi cantonale exigeant l'accord du représentant légal d'un patient appelé à subir une intervention médicale).

24. C'est le cas de l'incarcération ou du maintien d'un individu en détention préventive, ATF 114 Ia 283.

25. Voir Michel Rossinelli, *Les libertés non écrites*, Genève, 1987 ; André Grisel, *Les droits constitutionnels non écrits, Mélanges Häfelin*, Zurich, 1989, p. 53 s.

26. Sur la nature particulière de ce droit constitutionnel, Charles-Albert Morand, *La liberté de la langue, Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, 1983, p. 161 s.

mission des organes de celui-ci à la règle de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire dont la théorie a influencé la conception des libertés dans d'autres Etats européens²⁷.

III - APPRÉCIATION DU SYSTÈME

L'immunité dont bénéficie le droit fédéral est tempérée par l'obligation qu'a le Tribunal fédéral, lorsqu'il statue en qualité de juge ordinaire de dernière instance, d'interpréter les lois fédérales ou d'en combler les lacunes conformément à la Constitution, c'est-à-dire conformément aux droits constitutionnels dont il a lui-même défini le contenu. L'effet pratique de cette latitude de jugement est particulièrement sensible quand, saisi d'un recours de droit administratif²⁸, il est appelé à examiner en toute liberté si la législation fédérale a été appliquée correctement. Il en va de même lorsque, saisi d'un recours contre un acte d'application d'une ordonnance fédérale d'exécution — englobée dans l'immunité de l'art. 113 al. 3 Cst.²⁹ — il examine si le gouvernement ou l'administration ne sont pas allés au-delà du mandat législatif sur lequel ils prétendent s'être fondés. C'est ainsi que la cour de cassation pénale a admis un pourvoi en nullité dirigé contre le port obligatoire de la ceinture de sécurité, cette restriction controversée de la liberté personnelle n'ayant pas à l'époque pour base une délégation législative assez claire et précise³⁰.

Indépendamment de ce qui précède, le rôle du Tribunal fédéral dans le développement des droits individuels et des droits des minorités n'est guère affecté par l'immunité dont bénéficient les lois fédérales.

Cela est dû pour une large part à la conception du recours de droit public qui, rappelons-le³¹, permet à toute personne lésée juridiquement par un acte quelconque d'une autorité étatique cantonale de l'entreprendre sous les aspects constitutionnels les plus divers devant la Cour suprême de la Confédération³². Or, selon la règle fédéraliste de l'art. 3 Cst., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale. Ils légifèrent dans des matières qui peuvent être régies ultérieurement par le droit fédéral, après une révision constitutionnelle. Légiférant dans un domaine nouvellement dévolu à la Confédération, le Parlement central se doit de mettre en œuvre les principes fondamentaux que le Tribunal fédéral a posés en examinant le droit cantonal antérieur. La jurisprudence récente en matière de procréation médica-

27. Claude Rouiller, La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, *Revue de Droit suisse*, 1987, II, p. 225 s., 397 s.

28. Cf. numéro 1 *supra*.

29. ATF 114 V 303.

30. ATF 103 IV 192.

31. § II/1.

32. Le Tribunal fédéral tranche bon an mal an près de 2 000 recours de droit public.

lement assistée³³ influencera par exemple à coup sûr les choix que le législateur fédéral fera en ce domaine. Dans le même sens, l'existence de règles fédérales parallèles n'empêche pas le Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité de normes cantonales analogues. Il a ainsi jugé contraire à l'égalité des sexes, garantie à l'art. 4 al. 2 Cst., une loi cantonale permettant aux femmes employées dans la fonction publique de prendre leur retraite à soixante-deux ans alors que les hommes ne pouvaient la prendre qu'à l'âge de soixante-cinq ans³⁴ ; ce faisant, il s'est prononcé — indirectement et de manière implicite certes — sur la constitutionnalité d'une règle identique contenue dans le droit fédéral³⁵. Il est vrai que l'immunité de la législation fédérale conduit parfois le juge constitutionnel à plus de prudence. Il lui arrive de renoncer à condamner des lois cantonales à la constitutionnalité douteuse, parce que le législateur fédéral a opté pour une solution semblable : il a jugé compatible avec la liberté personnelle une disposition cantonale — aujourd'hui abrogée — qui soumettait à la décision d'un employé médecin la sortie définitive d'une personne entrée volontairement dans un hôpital psychiatrique ; il s'est référé pour cela au rôle que les règles récentes du code civil sur le placement à des fins d'assistance confient au médecin d'établissement³⁶.

Rendue à propos d'actes cantonaux, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'en jouit pas moins d'un consensus traditionnel auprès des deux autres pouvoirs de l'Etat central. Son influence sur l'évolution du droit constitutionnel est par conséquent essentielle. Sans doute l'Assemblée fédérale pourrait-elle dans une large mesure légiférer impunément au mépris des droits fondamentaux ou en donnant à ceux-ci une acception différente de celle que leur donne le Tribunal fédéral. Cela ne se passe toutefois pas ainsi. Le Conseil fédéral a l'obligation légale d'examiner la constitutionnalité des projets de lois qu'il présente au Parlement³⁷ et il le fait toujours en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'Assemblée fédérale est elle-même soucieuse de ne pas s'en écarter. Pour des raisons évoquées plus haut dans un autre contexte³⁸, ces scrupules du législateur ne sont évidemment pas suffisants pour garantir concrètement les droits constitutionnels des individus et des minorités. Aussi la commission d'experts chargée de préparer un avant-projet de révision totale de la Constitution avait-elle retenu l'idée de soumettre les lois fédérales à un contrôle préjudiciel de leur constitutionnalité³⁹.

33. Arrêt du 15 mars 1989, destiné à la publication, également publié dans *Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ)*, 1989, p. 370 s.

34. Arrêt du 8 novembre 1985, publié dans *Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)*, 1986, p. 482 s.

35. Art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946, toujours en vigueur.

36. Arrêt non publié du 28 janvier 1981, en la cause H. et consorts.

37. Art. 43 al. 2 de la loi fédérale sur les rapports entre les conseils du 23 mars 1962.

38. § II/2.

39. Art. 109 de l'avant-projet.

IV – PERSPECTIVES

L'absence d'un véritable contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fédérales n'est aujourd'hui plus soutenable. Les grands problèmes sociaux contemporains accélèrent la centralisation législative, et les compétences de la Confédération s'accroissent incessamment au détriment de celles des cantons. Aujourd'hui, c'est l'activité du législateur fédéral, et non plus celle du législateur cantonal, qui constitue la menace potentielle la plus grave pour les droits constitutionnels des citoyens. De ce point de vue, la situation s'est inversée par rapport à ce qu'elle était en 1874.

L'immunité juridictionnelle de la législation fédérale est donc surannée. En ratifiant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le 28 novembre 1974, la Suisse a accepté la juridiction de la Commission et de la Cour de Strasbourg. Le juge européen contrôle désormais la conformité des lois fédérales aux droits individuels garantis par la Convention lorsqu'il est saisi d'un tel grief par le biais d'un acte d'application. Il devient dès lors difficile de comprendre que le Tribunal fédéral ne puisse en règle générale vérifier lui-même, à titre préjudiciel, la conformité de ces lois à la Convention avant que le juge européen ne soit appelé à le faire. Cette compétence ne devrait-elle pas découler indirectement de l'art. 13 CEDH qui consacre le droit à une instance nationale pour toute violation de la Convention ? Cette étape franchie, la logique ne voudrait-elle pas qu'il en aille de même du contrôle préjudiciel de la conformité des lois fédérales aux garanties constitutionnelles offertes par le droit suisse autonome⁴⁰ ? N'y aurait-il pas sans cela, dans l'optique du législateur fédéral, deux sortes de droits individuels : ceux qu'il pourrait violer impunément en invoquant l'immunité de l'art. 113 al. 3 Cst. et ceux qu'il ne pourrait violer sous peine d'être sanctionné par le juge constitutionnel et, le cas échéant, par le juge européen ? Pour le Tribunal fédéral, les droits consacrés dans la Convention sont en effet de même nature et de même rang que ceux consacrés dans la Constitution⁴¹. Tel est le cas du plus essentiel d'entre eux, la liberté personnelle, qui est autant un droit conventionnel qu'un droit constitutionnel non écrit.

Généraliser la juridiction constitutionnelle en Suisse impliquerait une refonte complète de l'organisation du Tribunal fédéral vieille de cent vingt ans ; ce serait l'occasion de repenser à la base pour la première fois, une institution dont les structures sont aujourd'hui d'une lourdeur qui

40. Sur ce sujet : Giorgio Malinverni, l'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de la conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Kaufmann*, Berne, 1989, p. 381 s.

41. ATF 101 Ia 69 consid. 2c, 102 Ia 381 consid. 2. Ainsi, la garantie du juge naturel, et en particulier d'un juge impartial et indépendant, est offerte aussi bien par l'art. 58 Cst. que par l'art. 6 par. 1 CEDH, ATF 114 Ia 53 consid. 3a.

n'est guère propice à l'efficacité. Cela nécessiterait en effet la création d'une cour constitutionnelle parfaitement séparée du tribunal actuel. A celui-ci serait réservée la juridiction *ordinaire* supérieure de la Confédération. Ses arrêts pourraient être déférés, sous l'angle de la constitutionnalité — éventuellement après une procédure de sélection rigoureuse — à la nouvelle cour constitutionnelle selon des modalités s'inspirant de solutions éprouvées à l'étranger. Les obstacles psychologiques à une telle réforme ne sont pas négligeables car les Suisses aiment à se singulariser et se méfient autant des idées nouvelles que de celles qu'ils n'ont pas été les premiers à concevoir.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE EN LANGUE FRANÇAISE

- Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, 1967, Supplément 1982.
- Aubert Jean-François, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Berne, 1974.
- Auer Andreas, « ... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale » : réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst., *Revue de Droit suisse*, 89/1980, I, p. 107 s.
- Auer Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1983.
- Cavin Pierre, Le Tribunal fédéral suisse, *Revue internationale de Droit comparé*, 30/1978, p. 345 s.
- Cohen-Jonathan Gérard, Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue générale de Droit international public*, 1989, p. 273 s.
- Grisel André, Le Tribunal fédéral suisse, *Revue de Droit suisse*, 90/1971, p. 385 s.
- Grisel André, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1983.
- Grisel André, Les droits constitutionnels non écrits, *Mélanges Häfelin*, Zurich, 1989, p. 53 s.
- Hottelier Michel, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, Genève, 1985.
- Knapp Blaise, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., 1988, Bâle/Francfort-sur-le-Main.
- Malinverni Giorgio, Wildhaber Luzius, La pratique suisse relative à la Convention européenne des droits de l'homme, *Annuaire suisse de droit international*, 1988, p. 261 s.
- Malinverni Giorgio, L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de la conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Kaufmann*, Berne, 1989, p. 381 s.
- Morand Charles-Albert, La liberté de la langue, *Mélanges Grisel*, Neuchâtel, 1983, p. 161 s.
- Mueller Jörg Paul, *Eléments d'une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, 1983.
- Rappard William E., *La Constitution fédérale de la Suisse (1848-1948)*, Neuchâtel, 1948.
- Rossinelli Michel, *Les libertés non écrites*, Genève, 1987.
- Rouiller Claude, La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, *Revue de Droit suisse*, 106/1987, II, p. 225 s.
- Zimmermann Robert, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, Genève, 1987.