



Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève relative à l'avant-projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur la modification de la Constitution fédérale concernant l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales du 17 février 2011

(en exécution des initiatives parlementaires 05.445 et 07.476)

A. Appréciation générale

La Faculté de droit de l'Université de Genève soutient l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales, essentiellement pour les motifs indiqués dans le rapport de la Commission du 17 février 2011. Elle estime que l'introduction de la juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales renforcera d'une part la protection des droits fondamentaux des particuliers et d'autre part le fédéralisme suisse. La protection des droits constitutionnels des citoyens et le contrôle du respect des règles du partage des compétences entre Confédération et cantons sont deux fonctions classiques de la juridiction constitutionnelle suisse que le Tribunal fédéral assume depuis le 19^{ème} siècle par l'examen des lois cantonales. L'extension du contrôle aux lois fédérales permettrait de combler une lacune dans le système de la juridiction constitutionnelle suisse. Elle répondrait de plus à un souci de cohérence et revaloriserait la Constitution fédérale en garantissant aux droits fondamentaux ancrés dans la Constitution la même protection qu'à ceux garantis dans les traités internationaux relatifs aux droits humains (en particulier la Convention européenne des droits de l'homme).

La Faculté de droit de l'Université de Genève est favorable tant au principe de l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales qu'aux modalités de ce contrôle, qui feront l'objet d'observations spécifiques.

B. Observations spécifiques

Les modalités du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, telles qu'elles résultent de la suppression pure et simple de l'article 190 Cst., se caractérisent par trois traits principaux : 1) le choix en faveur d'un système de contrôle diffus de normes ; 2) la renonciation à un contrôle abstrait des lois fédérales, et 3) le contrôle de celles-ci par rapport à toutes les dispositions de la Constitution fédérale, étant précisé qu'une minorité de la Commission préfère limiter la mesure du contrôle aux droits fondamentaux.

1) Le contrôle diffus

La suppression de l'article 190 Cst. aura pour conséquence d'étendre le contrôle concret tel qu'il existe pour les actes normatifs cantonaux ainsi que pour les ordonnances fédérales aux lois fédérales : toute autorité d'application du droit pourrait décider de ne pas appliquer une loi fédérale pour le motif qu'elle est contraire à la Constitution. Ce système de contrôle diffus (ou dispersé), typique de la juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis, est peu fréquent en Europe. Les constitutions de la majorité des Etats européens confient le contrôle de constitutionnalité des lois à une autorité unique, une Cour constitutionnelle spécialisée, qui statue sur renvoi d'une juridiction inférieure.

Bien que peu fréquent en Europe, le système diffus a, à notre sens, été retenu à juste titre dans l'avant-projet. Le système concentré a en effet plus de poids dans les Etats qui ont introduit la juridiction constitutionnelle à l'issue d'une période totalitaire, comme c'était le cas en Allemagne et en Italie après la deuxième guerre mondiale, en Espagne et au Portugal dans les années septante, ainsi qu'en Europe centrale et orientale après la chute du mur de Berlin. Dans un contexte, où le sens des dispositions constitutionnelles reste à concrétiser, le contrôle concentré, confié à une Cour constitutionnelle spécialisée se situant en dehors de la procédure ordinaire, s'impose plus que dans un pays qui, à l'instar de la Suisse, a une longue tradition de jurisprudence constitutionnelle. Les autorités d'application du droit helvétiques peuvent en effet se baser sur un corpus riche de jurisprudence du Tribunal fédéral.

On relèvera par ailleurs que le contrôle diffus des lois fédérales n'est actuellement pas inconnu en Suisse. En vertu de la jurisprudence dite PKK du Tribunal fédéral¹, les autorités d'application du droit peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale contraire aux conventions protectrices des droits humains². Etant donné que le contenu des droits humains garantis au niveau international se recoupe en partie avec celui des droits fondamentaux protégés dans la Constitution fédérale, l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales permettrait aux autorités d'application du droit d'examiner la conformité par rapport à des nouvelles dispositions constitutionnelles. L'on peut s'attendre que l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) ainsi que la liberté économique (art. 27 Cst.) seraient relativement souvent invoquées. L'expérience du contrôle diffus des ordonnances du Conseil fédéral et des lois cantonales ne laisse cependant aucunement présager un excès de zèle de la part des tribunaux inférieurs dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle face au législateur fédéral. L'extension de la qualité pour recourir des autorités fédérales envisagée dans le projet permettrait par ailleurs d'atténuer le risque d'un éclatement de la jurisprudence. Des affaires délicates (à l'instar des arrêts concernant l'égalité de traitement dans le domaine fiscal ou dans le domaine des assurances sociales) seraient portées devant le Tribunal fédéral. D'autres cautèles ne paraissent pas nécessaires. L'on pourrait certes envisager une solution semblable à celle retenue par le législateur britannique consistant à limiter le pouvoir de contrôle aux autorités supérieures (par exemple aux tribunaux cantonaux et fédéraux). Cette solution est cependant peu satisfaisante pour les juridictions inférieures, qui devraient se résigner à appliquer des dispositions légales inconstitutionnelles.

¹ ATF 125 I 417.

² Pour un exemple d'un contrôle diffus de conventionnalité, voir p.ex. l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève ATA/368/2002 du 25 juin 2002 (inapplication d'une disposition du Code civil sur l'adoption pour le motif qu'elle est contraire à l'article 8 CEDH) ; statuant sur recours, le Tribunal fédéral a statué dans le sens contraire (ATF 129 III 656). La Cour européenne des droits de l'homme, par contre, a conclu à une violation de la Convention, à l'instar des juges genevois (ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, no. 39051703, 13 décembre 2007).

Qui plus est, les inconvénients ou risques éventuels liés au contrôle diffus pèsent à notre sens moins lourds que les désavantages du contrôle concentré. Celui-ci s'exerce en général sur renvoi d'une juridiction inférieure, laquelle doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'un jugement sur la constitutionnalité de la loi soit prononcé par la Cour suprême. Ce mécanisme est complexe et rallonge sensiblement la durée de la procédure ; ce qui peut poser problème à la lumière de la garantie célérité découlant de l'article 6 para. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le particulier, de plus, ne peut pas directement accéder la Cour constitutionnelle et dépend d'une décision de renvoi d'une autre juridiction. A cela s'ajoute un autre argument qui a beaucoup de poids: le contrôle diffus s'inscrit mieux dans la tradition de la juridiction constitutionnelle suisse que le contrôle concentré. La dispersion du pouvoir entre différentes autorités judiciaires est une caractéristique de l'organisation judiciaire de notre pays et reflète la structure fédéraliste suisse. Le système diffus, qui permet à toutes les instances de se prononcer sur la constitutionnalité des lois fédérales, a de plus le mérite que le Tribunal fédéral peut statuer en connaissance d'un large éventail d'arguments. Etant donné que la qualité du raisonnement et de la motivation est un facteur important de la légitimité du pouvoir judiciaire, cet avantage du contrôle diffus est de taille.

2) La renonciation au contrôle abstrait

L'avant-projet prévoit uniquement l'introduction d'un contrôle concret des lois fédérales, à l'exclusion d'un contrôle abstrait, qui existe pour les actes normatifs cantonaux. Bien que le contrôle abstrait présente également des avantages, en particulier celui d'une plus grande sécurité juridique, il nous semble judicieux de limiter le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales au contrôle concret.

Comme le contrôle concret intervient à l'occasion d'un cas d'application, l'écoulement du temps depuis l'adoption de la loi permet au juge de prendre du recul et augmente les chances qu'il se prononce à un moment où les controverses les plus virulentes se seront atténuées et où le contexte politique aura évolué. Par ailleurs, les critiques consistant à qualifier l'examen d'une loi fédérale de simple prolongement du processus politique s'estompent en cas de contrôle concret.

Dans un système étranger au contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, cet avantage a suffisamment d'importance pour justifier l'exclusion d'un contrôle abstrait même si celui-ci est plus conforme à la subsidiarité de la protection internationale des droits de l'homme. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme n'est en principe pas habilitée pour effectuer un contrôle abstrait des actes normatifs nationaux, il existe cependant des constellations dans lesquelles les juges européens se sont déclarés compétents pour statuer sur une violation de la Convention en dehors d'un cas d'application. Dans ces hypothèses, la Cour européenne se prononcerait sur la conformité d'une loi fédérale à la Convention alors qu'aucune instance helvétique n'aurait pu statuer auparavant. Ces cas sont toutefois peu fréquents de sorte que l'introduction d'un contrôle abstrait ne s'impose pas pour ce motif là.

Le contrôle concret, par contre, permet au juge national de suivre l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'une façon plus générale, il permet, contrairement au contrôle abstrait, de tenir compte de l'évolution de la société et de la jurisprudence. Le contrôle concret prend également en considération le fait que les défauts éventuels d'une règle ne se révèlent souvent que plus tard, dans un cas d'espèce.

3) Le contrôle par rapport à toutes les dispositions de la Constitution fédérale

Concernant la mesure du contrôle des lois fédérales, la majorité de la Commission a opté pour un examen par rapport à toutes les dispositions de la Constitution fédérale. Une proposition minoritaire privilégie toutefois une solution plus restrictive qui limiterait le contrôle des lois fédérales au respect des droits fondamentaux protégés dans la Constitution et dans les traités internationaux. Cette dernière ne devrait à notre sens pas être retenue.

Il est certes vrai que la protection des droits individuels est une mission centrale de la juridiction constitutionnelle, devenue d'autant plus importante que les droits humains se sont densifiés au niveau international. La protection des droits fondamentaux est indéniablement une finalité essentielle de la juridiction constitutionnelle, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif. Elle n'a cependant jamais été la seule fonction classique exercée par la juridiction constitutionnelle suisse. Celle-ci remplit depuis plus de cent ans également une fonction fédéraliste, consistant à veiller au respect des règles sur le partage des compétences entre Confédération et cantons. Pour qu'elles puissent intégralement remplir cette mission, les autorités d'application du droit devraient également être en mesure de sanctionner l'usurpation des compétences cantonales par le législateur fédéral. Une telle solution nécessite cependant l'extension de la mesure du contrôle au moins aux droits constitutionnels, qui comprennent, en plus des droits fondamentaux, aussi le principe de la primauté du droit fédéral.

La conviction que la juridiction constitutionnelle a pour mission générale de veiller au respect de la Constitution dans son intégralité s'est imposée en Suisse il y a peu de temps. C'est à l'occasion de la réforme de la justice que le constituant et le législateur ont élargi la mesure du contrôle juridictionnel à toute la Constitution, sans distinguer entre les dispositions qui accordent des droits et les autres. La solution retenue dans l'avant-projet consisterait à soumettre les lois fédérales au même régime que les lois cantonales et les actes infralégislatifs. Elle a le mérite de reconnaître que la Constitution fédérale forme un tout. En tant que norme supérieure aux lois ordinaires, son respect s'impose au législateur dans son intégralité.

L'expérience faite depuis la réforme de la justice ne corrobore pas les craintes selon lesquels l'extension de la mesure du contrôle à toutes les dispositions de la Constitution conduirait à une politisation excessive de la justice. Une première limitation du pouvoir judiciaire découle du fait que des purement programmatiques, comme celles fixant les objectifs généraux de la Confédération, ne seraient très probablement pas considérées comme justiciables. Une deuxième cautèle découle du pouvoir de cognition des juges, qui peut être plus ou moins étendu en fonction de la matière et de la disposition invoquée. Pour ces motifs, il ne nous paraît ni nécessaire, ni indiqué de restreindre la mesure du contrôle à une partie des dispositions constitutionnelles.

Maya Hertig
Directrice adjointe du
Département de droit public