Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 129 (2010)

Heft: 2

Artikel: L'internationalisation de la juridiction constitutionelle : défis et perspectives

Autor: Hertig Randall, Maya

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896392

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives

MAYA HERTIG RANDALL*

«The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.

(...)

Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void. (...)

It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is.»

(Marbury v. Madison)[1]

---

* MAYA HERTIG RANDALL, avocate, LL.M. (Cambridge), est professeure ordinaire de droit constitutionnel à l'Université de Genève. L'auteur remercie les collaborateurs du Département de droit constitutionnel de l'Université de Genève, en particulier Me Francesca Magistro, de leur précieuse aide dans la mise au point du présent texte.

1 «La Constitution est ou la loi suprême qui ne peut être modifiée par des moyens ordinaires, ou elle est placée sur le même plan que les lois ordinaires et peut, comme les autres lois, être amendée quand il plaira au parlement. Si la Constitution est la loi suprême, alors une loi contraire à la Constitution n'est pas une loi. Si, au contraire, loi et Constitution sont sur le même plan, alors des constitutions écrites sont de la part du peuple des tentatives absurdes de limiter un pouvoir par sa nature illimité. (...) Assurément tous ceux qui ont rédigé des constitutions écrites les tenaient pour les lois fondamentales et suprêmes de la nation. Par conséquent la doctrine de tout gouvernement régi par une constitution écrite doit être, qu'un acte du parlement contraire à la Constitution est nul. (...). Il n'est pas douteux que la province et le devoir des organes judiciaires est de déclarer ce qu'est la loi.»; *Marbury v. Madison,* 5 U.S. 137 (1803); traduction française citée selon RAPPARD (1934) p. 89a s.

Table des matières

A. Introduction 227
B. Caractéristiques et fonctions de la juridiction constitutionnelle suisse 230
I. La vision fonctionnelle de la juridiction constitutionnelle 230
II. La fonction fédérative 233
III. La fonction libérale 234
IV. La fonction démocratique 236
V. La clause d'immunité 237
1. Le contenu 237
2. Le contexte historique 238
3. Evolution et signification actuelle 240
a. Tentatives de réformes 240
b. Tendances doctrinales et jurisprudentielles 241
C. L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle 242
I. Du contrôle de constitutionnalité au contrôle de fondamentalité 242
II. Les composantes internationales du bloc de fondamentalité 245
1. La Convention européenne des droits de l'homme 246
a. La réception de la Convention dans l'ordre juridique suisse . 246
b. Le contrôle de la conventionalité des lois fédérales 248
aa. La jurisprudence PKK 248
bb. L'effet indirect de l'article 190 Cst. 251
c. Le contrôle de conventionalité des dispositions constitutionnelles 253
d. Le contrôle indirect de conventionalité du droit international 254
e. L'emprise de la Convention sur la procédure devant le juge constitutionnel national 255
aa. L'emprise directe 255
bb. L'emprise indirecte 256
f. Les effets des arrêts de la Cour 257
aa. Principes de droit conventionnel 258
bb. La procédure de révision en droit suisse 259
cc. Le renforcement de l'effectivité 260
2. Les droits et libertés fondamentaux de l'Union européenne 262
a. Pertinence pour la Suisse 262
b. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) . . . 264
3. Les conventions universelles en matière des droits de l'homme . 266
III. Défis de coordination 269
1. Coordination des différentes composantes du bloc de fondamentalité 270
2. Coordination entre le bloc de fondamentalité et d'autres normes de droit international 272
IV. Synthèse 274
D. La juridiction constitutionnelle suisse dans une perspective comparative . . . 276
I. La France 278
1. L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois . . . 278
2. Evolution 278
a. Le contrôle préventif de constitutionnalité 279
b. Le contrôle de conventionalité 280

c. Le contrôle répressif de constitutionnalité 282
d. Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires 282
II. Les Pays du Benelux 284
1. La Belgique 284
a. L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois 284
b. Evolution 285
aa. Le contrôle préventif 285
bb. Le contrôle de conventionalité 286
cc. Le contrôle répressif de constitutionnalité 286
2. Le Luxembourg 287
a. L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois 287
b. Evolution 288
aa. Le contrôle de conventionalité 288
bb. Le contrôle de constitutionnalité 288
3. Les Pays-Bas 290
a. L'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois 290
b. Evolution 290
aa. Le contrôle préventif 291
bb. Le contrôle de conventionalité 291
cc. Tentatives de réforme 292
III. Le Royaume-Uni 292
1. La doctrine traditionnelle de la souveraineté du Parlement 293
a. Le contenu 293
b. Conséquences pour le rôle du juge 294
2. Le statut du droit international en droit interne 295
3. Evolution 295
a. Doctrine et jurisprudence avant le *Human Rights Act* 295
b. Le Human Rights Act 297
aa. Le contrôle préventif 298
bb. Le contrôle répressif 299
cc. Interaction et complémentarité des différents modes de contrôle 300
c. Tendances doctrinales après le *Human Rights Act* 302
IV. Les pays nordiques 303
1. Aperçu 303
2. La tradition de la déférence judiciaire 305
3. Evolution 307
a. Changements constitutionnels et législatifs 307
b. Vers un renforcement du pouvoir de cognition du juge 308
V. Synthèse 309
E. Légitimité et opportunité de la juridiction constitutionnelle 311
I. La fonction démocratique 312
1. Les valeurs à la base de la démocratie 313
2. Le rôle de la juridiction constitutionnelle 315
a. La protection d'un processus politique ouvert et équitable . . 315
b. La protection des conditions sociales d'une société démocratique 317
c. La protection des minorités 318
d. La protection contre des intérêts particuliers 322
e. La correction d'autres déficiences de la procédure législative 322

II. La fonction fédérative 324
1. La protection de la diversité 324
2. L'intégration de la diversité 325
III. La fonction libérale 327
IV. L'aptitude institutionnelle 329
V. Autres arguments 333
1. Le gouvernement des juges 333
2. Politisation des juges 335
F. Propositions de réforme 336
I. Le contrôle des lois féderales 336
1. Contrôle abstrait et contrôle concret 337
2. Contrôle diffus ou contrôle concentré 339
3. Mesure du contrôle 341
4. Pouvoir de cognition 344
5. Pouvoir de décision 344
II. Le contrôle du droit constitutionnel 346
1. Les propositions doctrinales 347
a. Le contrôle préventif 347
aa. Les conditions matérielles de validité des initiatives populaires 347
bb. Le moment et l'autorité de contrôle 348
b. Le contrôle réactif 349
2. Discussion 352
a. Le type de contrôle 352
b. L'étendue des limites matérielles à la révision de la Constitution 354
III. Le contrôle du droit international 356
G. Conclusion finale 359
I. Propos finaux 359
II. Thèses 359

A. Introduction

Les paroles placées en exergue de John Marshall dans le célèbre arrêt *Marbury v. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis sont bien connues. Malgré leur grande force de persuasion[2], elles n'ont pas emporté la conviction des opposants au système du *«judicial review»:* le jugement fondateur du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois a donné lieu à de vives controverses depuis plus de deux siècles. La juridiction constitutionnelle est ainsi devenue un thème classique du droit public, touchant aux principes cardinaux du constitutionnalisme: hiérarchie des normes, démocratie, Etat de droit, séparation des pouvoirs, droits fondamentaux. Même aux Etats-Unis, où le contrôle de constitutionnalité des lois est fermement ancré dans la tradition, le débat reste animé, le rôle et la légitimité du pouvoir judiciaire demeurant fortement controversés[3]. De notre côté de l'Atlantique, les contributions sur ce sujet abondent également[4]. En Suisse, chaque génération de constitutionnalistes s'est penchée sur la question épineuse du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales[5], qui reste jusqu'à nos jours exclu en vertu de la fameuse clause dite d'immunité prévue à l'article 190 de la Constitution fédérale de 1999[6] (ci-après «Constitution» ou «Cst.»).

La Société suisse des juristes a débattu de la juridiction constitutionnelle à deux reprises, en 1934 et en 1950[7]. Lors de la première journée, le Professeur Fritz Fleiner proposa, entre autres, d'introduire le contrôle judiciaire de consti-

---

2 Pour une analyse approfondie de l'arrêt, voir p. ex. HENNINGER (2005).

3 Pour un exemple récent de ce débat, voir la controverse entre le constitutionnaliste Cass Sunstein et le philosophe Ronald Dworkin. Le premier plaide en faveur d'une approche dite «minimaliste» des juges, qui devraient s'incliner devant des pratiques sociales bien établies et limiter la motivation de leurs jugements aux considérants nécessaires pour trancher le cas qui leur est soumis au lieu d'établir des règles plus générales motivées par des principes philosophiques (cf. SUNSTEIN [2009]; ID. [2006–2007]; ID. [1999]). Le deuxième auteur soutient l'approche contraire, estimant que la légitimité du pouvoir judicaire repose sur la force des arguments avancés, qui doivent être ancrés dans la philosophie politique (cf. DWORKIN [2009]; DWORKIN [1996]; pour un résumé du débat, voir «A case too far», *The Economist,* 18 septembre 1999).

4 Selon AUER (1983) p. 5, note 2, en Allemagne seule, plus de 12 000 contributions furent consacrées à la légitimité du juge constitutionnel entre 1949 et 1976.

5 Voir DUBS (1878); GIACOMETTI (1933); IMBODEN (1971); AUER (1983); KÄLIN (1994); KÄLIN (1987); MÜLLER (1981).

6 Ancien article 113 al. 3 de la Constitution de 1874 (ci-après «aCst.»); sur la clause d'immunité, voir ci-dessous B.V.

7 La problématique fut également abordée en 1890, dans le rapport du Prof. GUSTAV VOGT comparant l'organisation judiciaire en Suisse et aux Etats-Unis. Au sujet de la clause d'immunité, cet auteur releva ce qui suit: «Et en plus de tout cela, il y a encore cette phrase finale de l'art. 113 de notre Constitution que la méfiance envers le protecteur de nos droits individuels et de nos libertés et envers le pouvoir judiciaire a inspirée et que je ne peux jamais lire sans ressentir un sentiment de honte: cette norme, qui interdit au Tribunal fédéral de vérifier la constitutionnalité des lois fédérales, des arrêtés fédéraux de portée générale et des traités internationaux. C'est précisément la compétence sur laquelle repose la grandeur et la tradition de la Cour suprême américaine, qui est déniée à notre Tribunal fédéral.») (VOGT [1890] p. 585) (traduit par l'auteur).

tutionnalité des lois fédérales avant l'expiration du délai référendaire[8]. Permettre aux juges d'annuler ou de refuser d'appliquer des actes explicitement ou implicitement approuvés par le peuple était à son avis incompatible avec la démocratie directe[9]. Dans une étude comparant les systèmes suisse et américain, son co-rapporteur francophone, le Professeur William Rappard, fut à titre personnel favorable au contrôle de constitutionnalité des lois fédérales[10]. Il conclut toutefois que la juridiction constitutionnelle se justifiait plus facilement aux Etats-Unis que dans la Confédération helvétique[11]. Dans notre pays, son introduction se heurterait à l'opposition de l'opinion publique. «[A]ssocié de plus près à l'exercice du pouvoir législatif, le citoyen helvétique ne paraît guère aujourd'hui plus enclin que jadis à soumettre ce pouvoir à la tutelle d'une cour suprême. C'est en lui-même et dans les députés de son choix qu'il voit et qu'il veut voir les gardiens et les interprètes de sa Constitution.»[12]

Seize ans plus tard, André Panchaud, juge fédéral à l'époque, s'exprima contre l'abolition de la clause d'immunité, relevant que «le contrôle judiciaire proprement dit paraît condamné»[13]. Alors que son co-rapporteur alémanique, le Professeur Hans Nef, plaida en faveur de l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales, y compris celles approuvées par vote populaire[14], le magistrat francophone se contenta de proposer la création d'un Collège constitutionnel à caractère purement consultatif qui serait compétent pour exprimer son avis sur la constitutionnalité des actes de l'Assemblée fédérale pendant la procédure législative[15].

Soixante ans se sont écoulés depuis la discussion des rapports d'André Panchaud et de Hans Nef. Pendant cette période, les controverses entre les défenseurs et les opposants du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales n'ont pas cessé et continuent d'animer les politiciens, les juristes et l'opinion publique. A ce stade, tous les arguments pertinents n'ont-ils pas été exposés pour être habilement réfutés ou subtilement nuancés? Les adhérents de la juridiction constitutionnelle, comme le présent auteur, ne défendent-ils pas une position qui a uniquement, par le passé, réussi à convaincre un cercle restreint de juristes et qui, dès lors, n'emportera jamais la conviction des citoyens suisses? Malgré l'actualité récurrente du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, qui est en train d'être examiné au sein de l'Assemblé fédérale[16], se justifie-t-il de poursuivre le débat au 21e siècle et de consacrer une

8 Fleiner (1934) p. 31a ss, p. 34a.
9 Fleiner (1934) p. 33a.
10 Rappard (1934) p. 141a s.
11 Rappard (1934) p. 145a.
12 Rappard (1934) p. 138a.
13 Panchaud (1950) p. 44a.
14 Nef (1950) p. 339a ss.
15 Panchaud (1950) p. 47a–53a, p. 132a.
16 Ci-dessous, B.V.3.a.

nouvelle réunion de la Société suisse des juristes à un thème discuté dans notre pays depuis plus d'un siècle?

Nous avons répondu par l'affirmative à cette interrogation. En effet, la juridiction constitutionnelle s'inscrit de nos jours dans un contexte qui a sensiblement évolué depuis les dernières décennies. Or, des débats n'ont jamais lieu dans l'abstrait mais sont marqués par les circonstances historiques, politiques et sociales de leur époque. Par rapport au 19e siècle, quand la juridiction constitutionnelle a été introduite dans l'ordre juridique helvétique sans s'étendre aux lois fédérales, le changement majeur du contexte réside dans l'emprise croissante du droit international sur le droit interne, y compris le droit constitutionnel. L'impact de la Convention européenne des droits de l'homme[17] (ci-après «CEDH» ou «la Convention») est l'exemple le plus emblématique de cette évolution. L'internationalisation du droit constitutionnel – et de la juridiction constitutionnelle – est cependant un phénomène plus général qui mérite à notre sens une analyse systématique pour mieux cerner le contexte actuel dans lequel s'inscrit la juridiction constitutionnelle, identifier les changements que cette institution a subis et les défis auxquels elle fait face. Comme nous le verrons, ceux-ci ne se limitent pas à l'introduction du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois (section C).

L'interpénétration du droit constitutionnel et du droit international n'étant pas une spécificité helvétique, notre étude adoptera une approche comparatiste. L'objectif sera de démontrer que la juridiction constitutionnelle est confrontée, dans d'autres pays, à des questions analogues à celles discutées en Suisse et que l'évolution générale tend inéluctablement vers un renforcement du rôle du juge au sein de la Confédération helvétique comme ailleurs (section D).

Ce constat risque d'alimenter les craintes d'un gouvernement des juges. Pour cette raison, notre étude ne pourra s'arrêter en si bon chemin et s'efforcera de démontrer la légitimité et l'opportunité du renforcement du pouvoir judiciaire (section E).

Il nous restera par la suite à formuler des propositions concrètes pour permettre à la juridiction constitutionnelle de faire face aux défis et problèmes identifiés lors de notre étude (section F).

Pour que les solutions proposées soient compatibles avec notre système juridique et politique, notre rapport commencera par un bref rappel des caractéristiques et fonctions de la juridiction constitutionnelle suisse. Cette analyse permettra également de tracer les grandes lignes de son évolution historique et d'exposer sommairement la situation actuelle (section B)[18].

---

17 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (STCE n° 005).

18 Pour des aperçus succincts de la juridiction constitutionnelle suisse, voir AUER (1992); JOMINI (2005); KÄLIN (2001); LOMBARDINI/CAMBI (1992); MARANTELLI (2004); HOTTELIER (2008b).

B. Caractéristiques et fonctions de la juridiction constitutionnelle suisse

I. La vision fonctionnelle de la juridiction constitutionnelle

Une première caractéristique de la juridiction constitutionnelle suisse tient à la vision même de cette institution. Contrairement à la conception dominante dans d'autres ordres juridiques[19], notamment en France, en Allemagne ou en Autriche, la juridiction constitutionnelle désigne en Suisse une fonction plutôt qu'un organe[20]. Elle peut être définie comme une procédure qui a pour objectif de contrôler la conformité d'actes étatiques par rapport à la Constitution[21]. Pour qu'on puisse parler de juridiction *(ius dicere* – dire le droit), il faut que cet examen se fonde essentiellement sur des motifs juridiques et non sur les considérations d'opportunité[22]. A la différence d'une définition institutionnelle, qui réserve la notion de juridiction constitutionnelle au contrôle exercé par le juge[23], voire même au seul tribunal spécifiquement investi de cette tâche[24], la définition fonctionnelle est plus large parce qu'elle est indépendante de l'organe de contrôle. En effet, l'examen de la compatibilité avec la Constitution peut être confié à une autorité judiciaire[25] ou à une autorité politique[26].

---

19 Pour une analyse comparée de la notion de juridiction constitutionnelle, voir RUBIO LLORENTE (1996) p. 12 ss.

20 Dans ce sens MÜLLER (1981) p. 55.

21 La notion de «Constitution» doit être comprise dans un sens large, comme comprenant également les normes internationales qui sont de nature constitutionnelle voir ci-dessous C.I.

22 Pour une définition fonctionnelle, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 641 s., nº 1818 ss; AUER (1983) p. 5 ss.

23 Voir p. ex. la définition de la juridiction constitutionnelle par HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2008) p. 283, selon laquelle la juridiction constitutionnelle est «l'examen de la conformité des activités étatiques avec la Constitution par des tribunaux indépendants.» (traduction par l'auteur); voir aussi FISCHBACHER (2006) p. 116; pour un auteur autrichien, voir ÖHLINGER (2003) p. 431, nº 984, qui définit la juridiction constitutionnelle comme «eine institutionell auf die Erhaltung und Durchsetzung der Verfassung gerichtete Zuständigkeit eines Gerichts» (cité dans THÜRER [2005a] p. 411). Par «juge» ou «tribunal», il faut entendre un organe qui satisfasse aux conditions de l'article 30 al. 1 Cst. et de l'article 6 par. 1 CEDH.

24 Cette définition de juridiction constitutionnelle prévaut en France; selon cette conception, la juridiction constitutionnelle est exercée par le seul Conseil constitutionnel alors que «l'ensemble des activités juridictionnelles faisant application de règles de droit constitutionnel» est désigné comme «justice constitutionnelle» (voir FROMONT [2007]); pour la distinction entre juridiction et justice constitutionnelle, voir aussi FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN ET AL. (2009) p. 227; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 642, nº 1820.

25 A la différence de AUER (1983) p. 5 ss et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 642, nº 1820, qui utilisent l'expression «procédure judiciaire» dans un sens fonctionnel, nous utiliserons par souci de clarté l'adjectif «judiciaire» dans cette étude toujours dans un sens institutionnel. En effet, ce mot évoque en général l'institution du juge et non la fonction de trancher un litige selon des critères juridiques (dans ce sens aussi ZIMMERMANN [1987] p. 21); des rapporteurs précédents se sont ainsi référés au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois pour désigner le contrôle par les tribunaux (voir p. ex. RAPPARD (1934) p. 105a ss); des études de droit comparé tendent également à associer l'adjectif «judiciaire» ou «juridictionnel» à l'activité d'un tribunal (voir RUBIO LLORENTE [1996] p. 12 avec d'autres références; et le rapport intitulé

En Suisse, la juridiction constitutionnelle n'a jamais été exclusivement réservée au pouvoir judiciaire[27]. A l'inverse, le Constituant de 1848 attribua cette tâche principalement aux organes politiques[28]. Des particuliers qui s'estimaient lésés dans leurs droits constitutionnels par des actes cantonaux (à l'exclusion des actes fédéraux) devaient adresser leurs recours d'abord au Conseil fédéral et, dans un second temps, à l'Assemblée fédérale[29]. La compétence du Tribunal fédéral était extrêmement limitée en la matière. Il pouvait uniquement statuer en tant que troisième instance sur des plaintes lui étant renvoyées par l'Assemblée fédérale[30], ce qui n'arriva qu'une seule fois sous le régime de la première Constitution[31]. Lors de la première révision totale de la Constitution fédérale en 1874, les pouvoirs du Tribunal fédéral furent considérablement renforcés, entre autres dans le but de remédier à la surcharge des parlementaires due aux nombres de recours à traiter[32]. Inversant le système précédent, le Constituant de 1874 attribua au Tribunal fédéral le pouvoir principal de connaître des recours pour violation des droits constitutionnels[33]. Malgré cette innovation, le transfert de compétence des autorités politiques au pouvoir judiciaire s'est fait de façon prudente et graduelle. Le législateur réserva en effet aux autorités politiques les affaires portant sur les droits fondamentaux considérés d'une importance capitale pour l'intégration politique et économique de l'Etat fédéral. Notamment la liberté d'établissement, la liberté religieuse et la liberté du commerce et de l'industrie étaient, aux yeux des parlementaires, des domaines trop sensibles pour être confiés au pouvoir judiciaire. Le Tribunal fédéral devint compétent pour connaître des violations des deux premiers droits en 1893, et de la liberté du commerce et de l'industrie en 1911, lorsque les autorités politiques considérèrent que leur jurisprudence était suffisamment consolidée pour pouvoir être appliquée par le pouvoir judiciaire[34]. D'autres domaines, qui étaient initiale-

---

«Modèles de juridiction constitutionnelle» de HELMUT STEINBERGER à la Commission européenne pour la démocratie par le droit [Commission de Venise], CDL-JU(1991)001, n°s 1 et 2); la traduction allemande du terme «judiciaire», «gerichtlich» est en général également associé à l'institution d'un tribunal.

26 La définition fonctionnelle englobe donc, selon la terminologie allemande, la «Verfassungsgerichtsbarkeit» (qui désigne le contrôle par les tribunaux) et la «Verfassungsrechtspflege» (qui se réfère au contrôle par une autorité autre qu'un juge); voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 642, n° 1820; AUER (1983) p. 6, n° 6.

27 Pour un aperçu historique de la juridiction constitutionnelle en Suisse, voir p. ex. KÖLZ (2006) p. 630 ss; HIS (1938) p. 475 ss; MÜLLER (1981) p. 58 ss; SCHERRER (2001) p. 5 ss; ZIMMERMANN (1987) p. 58 ss; KASTANAS (1993) p. 6 s., 9–13; RAPPARD (1934) p. 105a ss.

28 Voir les articles 74 al. 8 (Assemblée fédérale) et 90 ch. 2 (Conseil fédéral) de la Constitution de 1848.

29 Voir p. ex. ZIMMERMANN (1987) p. 59; pour la jurisprudence des autorités fédérales dans le domaine de la juridiction constitutionnelle, cf. DE JONCHEERE (1958).

30 Art. 105 de la Constitution de 1848.

31 Voir l'arrêt *Dupré,* publié dans RDS 1853 II, p. 41 ss.

32 DUBS (1878) p. 81 s.; MÜLLER (1981) p. 58; voir aussi SCHERRER (2001) p. 21 s.

33 Art. 113 al. ch. 3 aCst.

34 MÜLLER (1981) p. 60.

ment très controversés mais ne jouèrent par la suite dans la pratique qu'un rôle secondaire[35], ne furent soumis à la juridiction du Tribunal fédéral qu'à l'occasion de l'adoption de la nouvelle Constitution de 1999[36].

Au cours du 20e siècle, le renforcement de la juridiction constitutionnelle des juges fédéraux à l'encontre des actes cantonaux s'est déroulé parallèlement à l'extension de la juridiction administrative fédérale[37]. Ce ne fut qu'en 1968 que le contrôle des décisions fédérales par le Tribunal fédéral devint la règle et celui exercé par le Conseil fédéral l'exception.

Malgré le transfert progressif de compétences des autorités politiques au pouvoir judiciaire, la juridiction constitutionnelle n'incombe toujours pas exclusivement aux tribunaux. L'Assemblée fédérale, par exemple, continue à trancher en seule instance des conflits de compétence entre les organes étatiques[38]. Elle reste compétente pour octroyer la garantie aux constitutions cantonales suite à l'examen de leur compatibilité avec les exigences posées par la Constitution fédérale[39]. Elle statue également en seule et unique instance sur la validité des initiatives populaires fédérales[40]. Cet examen est un rare exemple de contrôle préventif (ou préalable) dans l'ordre juridique helvétique. Rattaché à la tradition du contrôle successif (ou répressif), le contrôle de constitutionnalité des normes s'exerce en Suisse, à la différence du contrôle préventif, non avant mais après leur promulgation et intervient donc à un stade ultérieur à la procédure d'adoption.

L'examen de la validité des initiatives populaires fédérales est également atypique dans la mesure où il est réservé à une autorité unique (contrôle dit concentré). A la différence des systèmes inspirés par la tradition kelsénienne, à l'instar de l'Autriche et de l'Allemagne, qui confèrent à un Tribunal constitutionnel spécial la compétence de refuser d'appliquer, voire d'annuler un acte normatif[41], la juridiction constitutionnelle suisse s'est inspirée du modèle américain de *«judicial review»,* qui se caractérise par le contrôle diffus des normes. Les tribunaux ordinaires, voire toute autorité d'application du droit, ont le pouvoir d'examiner à titre préjudiciel les actes normatifs, cantonaux ou fédéraux (exception faite des normes immunisées)[42], et de les priver d'effets s'ils s'avèrent inconstitutionnels.

---

35 Il s'agissait de la gratuité de l'équipement de soldat (Art. 18 al. 3 aCst.), de l'instruction gratuite et confessionnellement neutre dans le domaine scolaire (Art. 27 al. 2 et 3 aCst.), et du droit à des sépultures décentes (Art. 53 al. 2 aCst.); voir AUER (1983) p. 139, nº 242 ss.

36 Voir KÄLIN (2001) p. 1168, nº 2.

37 La base constitutionnelle, l'article 114bis aCst., fut créée en 1914. Pour une description sommaire de cette évolution, cf. ZIMMERMANN (1987) p. 95 ss.

38 Art. 173 al. 1 let. i Cst.

39 Voir Art. 51 Cst. Pour la garantie des constitutions cantonales, voir MARTENET (1999) p. 451 ss.

40 Art. 173 al. 1 let. f Cst. avec 189 al. 4 Cst.

41 La Cour constitutionnelle est dotée, selon la terminologie allemande, d'un *«Verwerfungsmonopol».*

42 Ci-dessous, V.

En Suisse, comme aux Etats-Unis, la juridiction constitutionnelle est exercée par une multiplicité d'acteurs et «se dissout littéralement dans les juridictions ordinaires, civiles, pénales, administratives ou autres.»[43] Tel n'est pas uniquement le cas pour les instances judiciaires inférieures mais également au niveau du Tribunal fédéral. Par l'introduction des recours unifiés, la réforme de la justice (entrée en vigueur le 1er janvier 2007 conjointement avec la LTF[44]) a accentué ce trait[45]. Le grief d'inconstitutionnalité peut être soulevé dans le cadre de la juridiction ordinaire du Tribunal fédéral, à savoir lors de recours en matière civile, pénale et de droit public, illustrant le double rôle de notre Cour suprême: celui de juridiction d'appel suprême pour assurer l'application uniforme du droit fédéral et celui de juge constitutionnel[46].

II. La fonction fédérative

La vision fonctionnelle de la juridiction constitutionnelle suisse a déjà permis d'évoquer un deuxième trait distinctif avec lequel elle est étroitement liée: les préoccupations d'ordre fédéraliste qui furent capitales aux yeux du constituant helvétique[47]. Les garanties éparses de droits fondamentaux protégés dans la Constitution de 1848/74 avaient pour but de démanteler les barrières économiques entre les cantons et d'apaiser les conflits interconfessionnels[48]. Nous l'avons vu, le défi d'intégration politique et économique du jeune Etat fédéral fut tel que le Constituant de 1848/74 préféra confier initialement la protection de ces droits aux autorités politiques et non au pouvoir judiciaire. Une fois compétent pour statuer sur la violation de ces droits par les autorités cantonales, le Tribunal fédéral a développé une riche jurisprudence destinée à concilier l'impératif de l'unité avec le respect de la diversité, la protection des droits individuels avec les intérêts publics (notamment la garantie de la paix religieuse[49] et

43 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 647, nº 1841.

44 Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110; pour la réforme de la justice et la LTF, voir p. ex. KARLEN (2006).

45 KÄLIN (2001) p. 1171, nº 10; le moyen extraordinaire du recours constitutionnel subsidiaire a en effet un champ d'application beaucoup plus restreint que l'ancien recours de droit public; pour le recours constitutionnel subsidiaire, cf. AUER (2007); HOTTELIER (2006); GERBER (2006); MOSIMANN (2007); SCHWEIZER (2006).

46 Sur ce double rôle du Tribunal fédéral, voir p. ex. AUER (1996a).

47 Voir p. ex. AUER (1983) p. 63, selon lequel les pères fondateurs de la Constitution de 1848/74 étaient avant tout fédéralistes; KÄLIN (1995a) p. 215 ss; HERTIG RANDALL (2007) p. 499 s. pour une comparaison avec l'évolution de l'Union européenne.

48 Le libellé de la liberté du commerce et de l'industrie était illustratif à cet égard. L'article 31 aCst. protégeait ce droit «dans l'ensemble de la Confédération», précision jugée superflue lors de la révision de 1999. Aux droits fondamentaux d'ordre économique et religieux, qui poursuivaient une fonction intégrative, il convient d'ajouter l'égalité de traitement et la garantie spécifique interdisant la discrimination entre les ressortissants des différents cantons (Art. 60 aCst.). Voir KÄLIN (1995a) p. 215 ss; HERTIG RANDALL (2007) p. 503 ss; pour la liberté économique, COTTIER/MERKT (1996).

49 Pour un ancien arrêt qui met en avant cet objectif, voir p. ex. ATF 35 I 337 *Richter.*

l'harmonie entre les différentes communautés linguistiques[50]). Il a également su l'adapter à l'évolution sociale[51] et faire preuve de créativité pour garantir la cohésion de l'Etat fédéral. A titre d'exemple, relevons la reconnaissance de la primauté du droit fédéral[52] comme droit constitutionnel invocable par les particuliers ce qui a permis de mettre la poursuite d'intérêts individuels au service de l'unité de la Fédération. Cette approche qui s'est avérée beaucoup plus efficace que la faculté conférée à la Confédération de contester une usurpation de ses compétences dans le cadre de l'ancienne réclamation de droit public[53]. Le Tribunal fédéral a également rangé parmi les droits constitutionnels une garantie dont le titulaire n'est pas l'individu mais la collectivité publique, celle de l'autonomie communale. Par ce biais, il a souligné l'importance des communes comme éléments de base de la Fédération, laquelle est conçue comme un Etat composé de trois échelons.

L'importance attachée aux préoccupations fédéralistes est aussi reflétée dans les modalités du contrôle de constitutionnalité des actes normatifs cantonaux. Ceux-ci ne peuvent pas seulement être examinés à l'occasion d'un litige (contrôle concret), mais également de façon abstraite, en dehors de tout cas d'application, dans un délai de 30 jours dès la promulgation de l'acte cantonal[54]. La combinaison du contrôle abstrait et concret des normes garantit une protection complète des droits individuels à l'encontre de la puissance publique cantonale. Le système de contrôle diffus des actes cantonaux poursuit le même objectif puisqu'il implique pour toutes les autorités fédérées non seulement le droit mais aussi le devoir de contrôler la constitutionnalité des actes cantonaux[55].

III. La fonction libérale

Au fur et à mesure que l'Etat fédéral s'est consolidé, la fonction fédérative des droits fondamentaux s'est effacée au profit de la fonction libérale. Cette évolution n'implique cependant pas l'exclusion de la garantie des droits individuels des préoccupations majeures des pères fondateurs de l'Etat fédéral. Les fonctions fédérative et libérale étaient, à leurs yeux, liées[56]. Selon les professeurs

---

50 Voir FLEINER (2007) p. 409, n° 13.

51 Voir le fameux ATF 108 Ia 41 *Rivara,* dans lequel le Tribunal fédéral a conclu qu'une interdiction de manifestations religieuses sur le domaine public n'était plus justifiée compte tenu de l'apaisement progressif des relations interconfessionnelles; pour la liberté de la langue, voir ATF 122 I 236 *Jorane Althaus.* Le Tribunal y applique de façon moins stricte le principe de la territorialité et soulève la question de savoir si ce principe reste la meilleure manière de garantir la coexistence entre les différentes communautés linguistiques dans le contexte contemporain.

52 La force dérogatoire du droit fédéral selon la désignation traditionnelle. Ce principe fut rattaché à l'article 2 des dispositions transitoires de la Constitution de 1848/74.

53 Nommée maintenant «action en instance unique»; art. 113 al. 1 ch. 1 aCst. = 189 al. 2 Cst.

54 Articles 82 let. b, 101 et 87 al. 1er LTF.

55 Cf. AUER (1992) p. 114.

56 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 686, note 78.

Fleiner et Giacometti, «lorsque dans l'étroitesse du contexte cantonal la passion politique est à la barre, tout citoyen sait que la voie du Tribunal fédéral lui est ouverte»[57]. L'ancien recours de droit public[58] était ainsi destiné à permettre aux particuliers de s'opposer à la puissance publique cantonale en invoquant leurs droits individuels, principalement protégés par les constitutions cantonales à l'époque[59]. Ce recours fit rapidement ses preuves comme voie de droit pour protéger les minorités, surtout religieuses[60], à l'encontre des majorités locales[61]. La garantie des droits individuels à l'encontre des cantons était d'autant plus essentielle que la Fédération ne disposait que de compétences minimes. C'était donc le niveau cantonal, et non le niveau fédéral, qui représentait la menace principale pour les libertés des citoyens.

La protection des particuliers à l'encontre de la puissance publique cantonale contribuait de surcroît à légitimer le jeune Etat fédéral[62]. Cette fonction légitimatrice jouait un rôle crucial dans la mesure où l'identité nationale suisse ne pouvait se construire sur la base d'une langue, d'une culture ou d'une religion commune et devait être ancrée dans des valeurs partagées. Statuant dans le cadre de l'ancien recours de droit public sur des violations de droits constitutionnels, le Tribunal fédéral contribua à façonner ce socle de valeurs et à harmoniser les pratiques cantonales dans des domaines où la Confédération n'avait pas la compétence de légiférer par la reconnaissance audacieuse de droits et principes fondamentaux non écrits[63]. Ce faisant, les juges fédéraux ont adopté une approche tant empirique qu'axiologique: ont été élevés au rang de garanties non écrites les droits qui étaient, d'une part, déjà protégés dans un nombre certain de cantons et étaient, d'autre part, nécessaires dans une société démocratique et un Etat de droit[64]. Coordonner les différents échelons de l'Etat fédéral et garantir les éléments essentiels de l'Etat de droit et d'un ordre démocratique constituent, en conséquence, les tâches principales de la juridiction constitutionnelle suisse[65]. Cette vision de la fonction du juge constitutionnel a permis de circonscrire son rôle traditionnel de façon négative. Contrairement à l'Alle-

---

57 FLEINER/GIACOMETTI (1978) p. 898 s., notre traduction («Wenn in der Enge kantonaler Verhältnisse politische Leidenschaft das Steuer führt, so weiss der letzte Bürger, dass ihm der Weg zum Bundesgericht offen steht»); dans ce sens aussi KÄLIN (1995b) p. 1011.

58 Pour des analyses du recours de droit public, voir p. ex. AUER (1983); KÄLIN (1994).

59 Pour l'importance des constitutions cantonales en tant que sources de droits fondamentaux, voir p. ex. AUER (1990).

60 Voir p. ex. ATF 12, 108 *Schaaff;* cf. SALADIN (1982) p. 12.

61 Cf. KÄLIN (1987) p. 26.

62 AUER (1992) p. 113; la fonction protectrice des droits individuels et la fonction fédérative de la juridiction constitutionnelle suisse sont donc étroitement liées.

63 Dans la catégorie des droits fondamentaux non écrits, il convient d'inclure les droits procéduraux et les garanties de l'Etat de droit que le Tribunal fédéral a déduit de l'article 4 aCst.; pour les droits fondamentaux non écrits, cf. ROSSINELLI (1987).

64 Voir p. ex. ATF 121 I 367, p. 370 *V.*

65 Voir MÜLLER (1981) p. 68, décrivant la fonction de la juridiction constitutionnelle comme visant la «garantie des éléments essentiels d'un ordre démocratique, fédéral et fondé sur les prin-

magne, par exemple, le Tribunal fédéral ne s'est pas considéré investi de la mission générale de garantir le respect de la Constitution[66]. A part des exceptions inspirées par des préoccupations d'ordre fédéraliste, le recours au Tribunal fédéral n'est selon la conception traditionnelle ouvert qu'aux particuliers qui font valoir la violation de leurs droits subjectifs[67].

IV. La fonction démocratique

Le rôle du juge constitutionnel suisse en tant que gardien de la démocratie mérite une mention à part. Cette fonction revêt une importance particulière[68] dans notre système politique en raison des instruments de démocratie directe très présents à tous les échelons de l'Etat fédéral. Statuant sur le grief de la violation des droits politiques, les juges fédéraux ne se sont pas contentés de protéger les votations et élections à l'encontre des irrégularités formelles. Participant à la création du droit, ils ont consacré le principe de la liberté du vote[69], qui confère à tous les citoyens «la faculté d'exiger qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas de manière fidèle et sûre la volonté librement exprimée du corps électoral»[70] et vise à garantir «un processus de formation de la volonté (...) aussi libre et complet que possible»[71]. Afin de protéger les procédures démocratiques, le Tribunal fédéral a déduit de cette formule jurisprudentielle une série de principes destinés, par exemple, à protéger la procédure démocratique contre des manipulations ou l'influence excessive des autorités ou de particuliers. D'une façon plus générale, la reconnaissance et la protection des libertés de communication[72] en tant que droits constitutionnels non écrits poursuivaient également le but de garantir le débat libre sur des questions d'intérêt général et la participation égale des citoyens au processus démo-

---

cipes de l'Etat de droit» («Sicherung der Essentialien einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung») (traduit par l'auteur).

66 Voir AUER (1992) p. 115; KÄLIN (1987) p. 40; la réforme de la justice relativise cette affirmation, étant donné que les recours unifiés sont ouverts pour toute violation de la Constitution et non seulement pour la violation de droits constitutionnels (ci-dessous F.II.3).

67 Voir l'action en instance unique, anciennement réclamation de droit public (art. 189 al. 2 Cst. et art. 120 al. 1 let. b LTF) et le recours en matière de droit public pour violation de l'autonomie communale (art. 189 al. 1 let. e Cst. et art. 89 al. 2 let. c LTF).

68 Dans cet esprit, la Constitution fédérale fait une mention à part du grief de la violation des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques (art. 189 al. 1 let. f Cst.) alors que les autres griefs liés aux droits constitutionnels sont compris dans la violation du droit fédéral ou du droit international (art. 189 al. 1 let. a et b Cst.).

69 Consacrée aujourd'hui à l'article 34 Cst.

70 Voir p. ex. ATF 130 I 290, p. 294 *Zürcher Anwaltsverband.*

71 Voir p. ex. ATF 130 I 290, p. 294 *Zürcher Anwaltsverband.*

72 Voir p. ex. ATF 127 I 145 *Wottreng* (pour la liberté d'opinion), ATF 124 I 107 *Parti socialiste jurassien* (pour la liberté d'association), ATF 96 I 219 *Nöthiger* et ATF 117 Ia 135 *T.* (pour la liberté de réunion).

cratique. Le Tribunal fédéral protégeait de surcroît le rôle législatif du peuple lorsqu'il examinait l'admissibilité de la délégation législative[73].

Développés dans le cadre du recours de droit public, les principes déduits de la liberté de vote ont conduit à une harmonisation minimale des règles cantonales, voire à l'émergence d'un «droit public cantonal»[74]. Le rôle du Tribunal fédéral en tant que gardien de la démocratie au niveau fédéral est un phénomène plus récent et a été considérablement renforcé par la réforme de la justice[75]. Néanmoins, des interventions des autorités suisses dans la campagne ou la décision de l'Assemblée fédérale sur la validité d'une initiative populaire continuent, par exemple, à échapper au contrôle du Tribunal fédéral en vertu de l'article 189 al. 4 Cst. Cette exception à la garantie générale d'accès au juge a été justifiée par la nature politique des actes du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale et par l'égalité entre les trois pouvoirs. Concernant les actes normatifs, cette disposition n'exclut que le contrôle direct et abstrait[76]. Les normes issues de la procédure législative ordinaire sont toutefois également à l'abri d'un contrôle concret en vertu de la clause dite d'immunité, qui est la caractéristique la plus connue et la plus controversée de la juridiction constitutionnelle suisse[77].

V. La clause d'immunité

1. Le contenu

Considérée comme un pilier de la juridiction constitutionnelle suisse, la fameuse clause d'immunité a fait l'objet de maintes analyses doctrinales[78]. Elle était naguère prévue à l'article 113 al. 3 aCst.[79] tandis qu'elle figure aujourd'hui, dans une teneur et une portée légèrement modifiées, à l'article 190 Cst. En ce qui concerne son contenu, cette règle est si connue qu'il est presque inutile d'en rappeler sa substance: elle impose au Tribunal fédéral, et plus généralement à toute autorité chargée de mettre en œuvre le droit, le devoir d'appliquer les lois fédérales et le droit international[80]. L'immunité des règles internationa-

---

73 Dans les limites de l'article 190 Cst.

74 Voir p. ex. TORNAY (2008) p. 360 ss.

75 Voir à ce sujet TORNAY (2008) p. 44 s.

76 MAHON, ad Art. 189, in: Aubert/Mahon (2003) p. 1448, n° 24.

77 Pour une étude récente, voir TORNAY (2008).

78 Voir p. ex. AUER (1983) p. 60 ss; HALLER (1987–1996); KÄLIN (1994) p. 8 ss; MAHON, *ad Art. 190,* in: AUBERT/MAHON (2003); SCHERRER (2001); BIAGGINI (1991) p. 426 ss; ID. (2007) p. 849 ss; HANGARTNER, *ad Art. 190,* in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER ET AL. (2008) p. 2795 ss; PFISTER (1988).

79 Et à l'article 114bis al. 3 aCst. pour la juridiction administrative fédérale.

80 A noter que l'article 113 al. 3 aCst. se référait seulement aux «traités internationaux que l'Assemblée fédérale aura ratifiés». Comme l'immunité des lois fédérales, celle des traités trouvait initialement sa raison d'être dans la suprématie du législateur. L'extension à tout le droit international est cependant motivée principalement par le but de garantir la crédibilité internationale de la Suisse (MAHON, *ad Art. 190,* in: Aubert/Mahon (2003) p. 1454, n° 4).

les n'est pas contestée dans son principe[81]. Il est notoire qu'il en va différemment du même privilège accordé aux actes normatifs adoptés par le législateur national, les lois fédérales ordinaires et urgentes[82]. Objets d'un débat nourri et incessant, le sens et la portée de la règle ont évolué au fil du temps. Ce développement est en partie dû au fait que la clause d'immunité opère aujourd'hui dans un contexte extrêmement différent de celui qui marquait son adoption en 1874.

2. *Le contexte historique*

L'ancien art. 113 al. 3 Cst. fut adopté dans l'indifférence générale, sans susciter ni controverses ni discussions, ce qui ne manque pas d'étonner les constitutionnalistes contemporains. Placée dans son contexte historique, l'acceptation de la clause d'immunité n'est cependant pas surprenante. A cet égard, il convient de relever les circonstances propres à la Suisse[83], et celles caractéristiques de la pensée politique et philosophique sur le continent européen[84].

Concernant le contexte spécifiquement helvétique d'abord, relevons que l'art. 113 al. 3 aCst. fut adopté dans le cadre de la première révision totale de la Constitution fédérale qui renforçait considérablement tant les compétences juridictionnelles[85] que le statut de notre Haute Cour. Ce fut en 1874 que le Tribunal fédéral devint une institution permanente et que des règles d'incompatibilité avec la fonction parlementaire garantirent pour la première fois formellement l'indépendance des juges fédéraux face à l'Assemblée fédérale[86]. Vu le renforcement considérable du pouvoir judiciaire au détriment de l'autorité législative, il paraît compréhensible que les parlementaires craignaient, selon l'expression célèbre de Jakob Dubs, que «le pouvoir judiciaire ne s'élèv[ât] pas au-dessus du pouvoir législatif (...)»[87] et voyaient la clause d'immunité d'un œil favorable. La constellation des forces politiques était de surcroît propice à cette attitude. Le parti radical et ses alliés, qui contrôlaient l'Assemblée fédérale, n'avaient guère intérêt à prévoir un contrepoids au pouvoir législatif[88]. A cela s'ajoutaient des considérations liées au fédéralisme: comme les compétences de la Confédération étaient fort restreintes, la préoccupation majeure n'était

---

81 Cette règle appelle cependant quelques tempéraments, cf. ci-dessous C.II.1.f.

82 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 656 s., nº 1865; concernant les lois urgentes, l'immunité porte également sur celles qui sont adoptées pour une durée inférieure à une année et ne sont donc pas assujetties au référendum (voir MAHON, *ad Art. 190,* in: Aubert/Mahon [2003] p. 1458, nº 10).

83 Voir AUER (1983) p. 60 ss.

84 Sur ce point, voir OETER (1990) p. 560.

85 Ci-dessus, B.I.

86 Voir SCHERRER (2001) p. 31; KASTANAS (1993) p. 10.

87 Cité selon AUER (1983) p. 60, nº 107; Le texte de la citation intégrale est le suivant: «C'est pour que le pouvoir judiciaire ne s'élève pas au-dessus du pouvoir législatif que je propose de décider que le juge devra se conformer aux lois votées par l'Assemblée fédérale et aux traités ratifiés par elle, ce qui du reste va de soi chez nous».

88 Cf. AUER (1983) p. 60 s., nº 108; OETER (1990) p. 555.

pas de brider le pouvoir du législateur fédéral mais, à l'inverse, de le consolider face aux cantons. La clause d'immunité servait cet objectif puisqu'elle assurait que les lois fédérales seraient appliquées non seulement par le Tribunal fédéral, mais aussi et surtout par les autorités cantonales[89].

Abstraction faite des circonstances spécifiquement suisses, l'adoption de la clause d'immunité reflétait la pensée philosophique et politique dominante sur le continent européen. Dans ce sens, elle allait de soi, non seulement «chez nous»[90], pour paraphraser les propos de son auteur Jakob Dubs, mais également ailleurs. Comme la troisième partie de cette étude consacrée à une analyse comparative le montrera[91], la Constitution suisse n'était pas la seule à consacrer la suprématie parlementaire, qui constituait la justification principale de la clause d'immunité lors de son adoption. Cette dernière ne s'est effacée qu'au cours du 20e siècle au profit d'un autre argument, pourtant connexe: celui de la démocratie directe[92].

Le corollaire de la suprématie parlementaire était une conception stricte de la séparation des pouvoirs[93], et une distinction nette entre la création et l'application du droit. Dans cet ordre d'idées, le message du Conseil fédéral sur la première révision totale de la Constitution fédérale estimait que l'on ne saurait confier au Tribunal fédéral la compétence de statuer sur «des questions sur lesquelles la législation reste encore douteuse, car il n'appartient point au juge de faire la loi: il a seulement à l'appliquer»[94]. Réduit à la «bouche qui prononce les paroles de la loi», le rôle du juge ne pouvait qu'être secondaire. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que la juridiction constitutionnelle fût une particularité américaine.

Sur le continent européen, le constituant de 1848/74 était progressiste. Il faisait œuvre de pionnier en prévoyant une voie de droit spécifique qui permettait aux particuliers de faire valoir devant le juge la violation de leurs droits constitutionnels[95]. Le fait que seuls des actes cantonaux fussent sujets à ce contrôle ne changeait rien au caractère novateur de l'ancien recours de droit public. Ce ne fut qu'au 20e siècle que la juridiction constitutionnelle conquit, en plusieurs vagues[96], le continent européen, plaçant la Suisse et d'autres Etats attachés à la primauté du parlement dans une position minoritaire[97]. La doctrine suisse n'a pas manqué de soulever ce point, de signaler l'abandon dans la méthodologie

---

89 SCHINDLER (1925) p. 25; GIACOMETTI (1933) p. 34; IMBODEN (1940) p. 68.

90 Voir note de bas de page nº 87.

91 Ci-dessous D.

92 Bien que le référendum facultatif fût introduit en 1874, donc en même temps que la clause d'immunité, le lien entre la démocratie directe et l'Art. 113 al. 3 aCst. ne fut établi qu'au 20e siècle (voir l'analyse de AUER [1983] p. 62 s.).

93 ZIMMERMANN (1987) p. 75.

94 FF 1870 II 777 s., p. 813.

95 THÜRER (2005a) p. 410.

96 Ci-dessous D.

97 Cf. MÜLLER (2002); p. 1 s.; AUER (1992) p. 124; ID. (1991) p. 218.

juridique de la stricte séparation entre la création et l'application du droit[98], et de relever les changements politiques et institutionnels intervenus au 20e siècle, en particulier le transfert de compétences du niveau cantonal au niveau fédéral[99] et l'emprise croissante du droit international[100].

3. *Evolution et signification actuelle*

Malgré ces critiques, la clause d'immunité a résisté, jusqu'à nos jours, à toute tentative politique de la remettre fondamentalement en cause (a); sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence, la règle contenue à l'art. 190 Cst. a cependant fait l'objet de quelques tempéraments (b).

a. *Tentatives de réformes*

Des tentatives infructueuses d'abolir ou de relativiser la clause d'immunité et d'introduire le contrôle judiciaire des lois fédérales, sous une forme ou sous une autre, ont jalonné tout le 20e siècle et sont encore d'actualité à l'aube du IIIe millénaire[101]. Concernant les tentatives de réforme récentes, relevons que les travaux concernant la révision totale de la Constitution fédérale adoptée en 1999 et la réforme de la justice n'ont pas permis de soumettre les lois fédérales au contrôle du juge constitutionnel[102]. Dans le contexte des travaux portant sur la péréquation financière et des tâches (RPT), la proposition du Conseil fédéral d'introduire une juridiction constitutionnelle des lois limitée aux conflits de compétence entre le droit fédéral et le droit cantonal[103] s'est également soldée par un échec. Le débat politique n'est pourtant pas clos. Le Conseil national a en effet donné suite[104] à une initiative parlementaire du député Studer du 7 octobre 2005[105], laquelle propose un contrôle concret des lois fédérales. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a décidé d'y donner suite le 15 juin 2009. Une autre initiative parlementaire portant sur le même objet, celle de la députée Müller-Hemmi du 5 octobre 2007, est pendante[106].

---

98 Voir p. ex. RHINOW (1979).
99 Voir p. ex. AUER (1996a) p. 60.
100 Ci-dessous, C.I.
101 Pour une analyse détaillée, SCHERRER (2001) p. 47 ss; voir également AUER (1983) p. 64 ss.
102 Pour un aperçu détaillé, voir SCHERRER (2001) p. 60 ss; pour des interprétations différentes des raisons de cet échec, voir AUER (2001) p. 161 ss; SCHUBARTH (2003).
103 FF 2002 2155; pour une critique, à notre sens justifiée, de cette limitation, voir MÜLLER (2002); ZIMMERLI (2002) p. 457 s.
104 Le 28 avril 2009, BO CN 691 (examen préalable).
105 05.445.
106 07.476. Les commissions des affairs juridiques du Conseil national et du Conseil des Etats ont proposé de donner suite à l'initiative le 16 octobre 2008 et le 5 juin 2009, respectivement.

b. Tendances doctrinales et jurisprudentielles

En raison des échecs des tentatives de réforme, le contenu et les contours de la clause d'immunité ont principalement évolué grâce à la jurisprudence et à la doctrine. Les différentes étapes de ce mouvement graduel sont suffisamment bien connues pour que nous puissions nous contenter d'un bref rappel[107]. Un premier tempérament jurisprudentiel à l'immunité des lois fédérales est le principe de l'interprétation conforme à la Constitution[108]. Cette stratégie d'harmonisation repose sur la présomption que le législateur «ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi»[109]. Son importance n'est pas à sous-estimer, étant donné qu'il n'existe aucune cloison étanche entre une interprétation très créative et l'inapplication d'une norme[110].

Un deuxième tempérament de la clause d'immunité peut découler de certaines garanties et principes élémentaires de l'Etat de droit (comme la protection de la bonne foi, l'égalité dans l'illégalité) qui peuvent justifier le refus d'appliquer une loi en raison des circonstances spécifiques du cas d'espèce[111].

Un troisième tempérament consiste à interpréter la clause d'immunité comme consacrant uniquement l'interdiction du refus d'appliquer une norme immunisée, et non celle d'examiner sa conformité à la Constitution *(Anwendungsgebot* au lieu d'un *Prüfungsverbot)*. Par ce biais, les juges fédéraux peuvent mettre en exergue l'inconstitutionnalité d'une loi et inviter le législateur à y remédier[112]. Sur ce point également, le Tribunal fédéral a suivi la doctrine. Il n'a cependant pas, jusqu'à présent, franchi le pas supplémentaire visant à interpréter l'art. 190 Cst. comme impliquant le devoir de contrôler la constitutionnalité d'une loi fédérale *(Prüfungsgebot)*[113]. Il ne s'est pas non plus prononcé sur d'autres propositions doctrinales visant à relativiser la clause d'immunité. Il convient de men-

---

107 Pour un exposé plus détaillé et des références jurisprudentielles, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 659 ss; AUER (2001).

108 ATF 95 I 330, p. 332 *Jeckelmann.*

109 ATF 130 II 65, p. 71 *Service des contributions du canton du Jura.*

110 Pour un exemple bien connu d'une interprétation créative d'un texte légal, voir ATF 109 II 8 *A.* concernant l'article 371 al. 1 du Code civil.

111 Voir p. ex ATF 108 Ib 377 *Posewitz;* cf. MAHON, *ad Art. 190,* in: Aubert/Mahon (2003), p. 1462, n° 15; HANGARTNER va plus loin et préconise que l'article 190 Cst. ne proscrive pas au juge de refuser d'appliquer une loi fédérale dans le but d'empêcher un résultat choquant dans des cas individuels. Dans cette constellation, l'inconstitutionnalité ne résulte en effet pas du contenu général de la loi mais plutôt des circonstances spécifiques du cas d'espèce auquel la loi n'a pas eu vocation à s'appliquer (HANGARTNER, *ad Art. 190* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. [2008] p. 2811, n° 36). D'autres auteurs estiment que d'autres garanties de l'Etat de droit, comme l'interdiction de l'arbitraire, peuvent justifier le refus d'appliquer une loi fédérale, voir KNAPP (1989) p. 204 ss; MÜLLER (2000) p. 125 ss.

112 Voir p. ex. ATF 125 III 209 *X.*; ATF 131 II 697 *Kantonales Steueramt St. Gallen;* ATF 131 II 710 *Steueramt des Kantons Aargau.*

113 En faveur d'un *Prüfungsgebot,* AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 662, n° 1880; AUER (2001) p. 166; KÄLIN (2001) p. 1179 s.; ZIMMERLI (2002) p. 447.

tionner, à cet égard, la théorie selon laquelle la clause d'immunité trouve sa limite dans le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale[114], ou au moins dans le noyau de ces droits[115]. A l'appui de la dernière position, il est invoqué que l'alinéa 4 de l'article 36 est une *lex specialis* par rapport à l'article 190 Cst.[116] Une autre approche consiste à postuler une conciliation de l'article 190 Cst. en application du principe dit de la concordance pratique[117]. Ces opinions doctrinales n'ont jusqu'à présent pas eu d'impact sur la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a néanmoins été amené à refuser d'appliquer des lois fédérales contraires aux droits fondamentaux. Comme nous le verrons dans le prochain chapitre, c'est l'impact du droit international, et en particulier celui de la CEDH, qui a relativisé la portée de la clause d'immunité jusqu'à conduire à introduire *de facto* un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales dans l'ordre juridique helvétique[118].

C. L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle

I. Du contrôle de constitutionnalité au contrôle de fondamentalité

La juridiction constitutionnelle ne peut se concevoir sans l'existence de règles qui servent de référence au contrôle et sans l'existence d'un contrôleur. Selon les ouvrages classiques, la source de ces règles est la Constitution, conçue comme la norme fondamentale de l'Etat. L'organe suprême de contrôle, l'interprète ultime de la Constitution, est instauré par la Loi fondamentale de l'Etat elle-même, qui définit et légitime sa fonction. A l'instar de la Constitution, il est indissociablement lié à l'ordre juridique national.

Pendant les dernières décennies, les deux éléments essentiels de la juridiction constitutionnelle (la notion de Constitution et l'organe de contrôle) se sont progressivement émancipés de l'Etat. La doctrine a décrit ce développement comme «l'ouverture de l'Etat constitutionnel»[119], «l'internationalisation du droit constitutionnel»[120], l'émergence d'un «droit constitutionnel supra-étatique»[121] ou de «constitutions internationales parallèles»[122] ainsi que «l'outsourcing partiel»[123]

114 Dans ce sens IMBODEN (1971) p. 264 s; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 666, n° 1886 (pour les droits fondamentaux qui sont également protégés dans une convention internationale).
115 KÄLIN (1994) p. 18 s.; ID. (2001) p. 1180, n° 30.
116 KÄLIN (2001) p. 1180, n° 30.
117 BIAGGINI (1991) p. 429, 439 ss.
118 Voir p. ex. TSCHANNEN (2007) p. 173, n° 32; HANGARTNER, *ad. Art. 190 Cst.*, in: Ehrenzeller/Schweizer/Mastronardi et al. (2008) p. 2809, n° 32; THÜRER (2007) p. 52 s., n° 51 s.
119 BIAGGINI (1998) p. 957 s.; SCHINDLER (1998) p. 1027; HOBE (1998).
120 BIAGGINI (2000) p. 452, notre traduction; COTTIER/HERTIG (2003) p. 269 s.
121 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 486.
122 TOMUSCHAT (1978) p. 9 et 50 (traduit par l'auteur).
123 BIAGGINI (2000) p. 454 (traduit par l'auteur).

des fonctions constitutionnelles. La dernière expression met en exergue que des normes et institutions issues du droit international exercent aujourd'hui également certaines fonctions qui revenaient auparavant exclusivement aux constitutions nationales et au juge constitutionnel.

L'exemple le plus emblématique de cette évolution concerne la protection des droits fondamentaux[124]. Suite aux atrocités de la Deuxième Guerre Mondiale, la conviction selon laquelle la sauvegarde des droits de l'homme ne devait plus revenir exclusivement aux autorités étatiques s'est imposée. En effet, l'Etat nation tout puissant s'était avéré une formidable menace pour les droits les plus élémentaires des individus, ainsi que pour la paix et la sécurité internationales. Il fallait donc limiter la souveraineté des Etats et garantir le respect des droits fondamentaux au niveau supra-étatique. Les conventions internationales protectrices des droits de l'homme, adoptées dans ce but à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale au niveau européen et universel, surplombent et complètent les garanties de droits fondamentaux protégés par la Constitution nationale. De par leur contenu et leurs fonctions, elles contiennent des normes de nature constitutionnelle. Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a qualifié la Convention «d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen»[125].

Cette conclusion s'impose également lorsque l'on tient compte des bénéficiaires des traités relatifs aux droits de l'homme. En conférant des droits aux particuliers, ces conventions ont en effet remis en question le postulat fondamental du droit des gens classique selon lequel seuls les Etats sont les sujets et destinataires du droit international[126]. Elles ont préparé le terrain pour la reconnaissance de l'individu comme sujet (partiel) de l'ordre juridique international[127]. Cette vision, qui conduit au rapprochement structurel entre le droit international et le droit interne, est la plus développée au niveau européen. Ainsi, le droit de requête individuel prévu par la Convention européenne des droits de l'homme permet aux particuliers de porter une affaire devant la Cour s'ils s'es-

---

124 Un autre domaine fortement concerné par l'internationalisation est le droit économique; au niveau universel, le droit de l'OMC est souvent considéré comme remplissant des fonctions constitutionnelles; voir p. ex. PETERSMANN (1991); ID. (2002a et b); COTTIER/FOLTEA (2006); la nature constitutionnelle du droit international économique est cependant plus controversée que celle des droits fondamentaux classiques; voir p. ex. le débat entre Ernst-Ulrich Petersmann et Philip Alston (ALSTON [2002]; PETERSMANN [2002a et b]).
Quant à l'internationalisation de la juridiction constitutionnelle suisse, relevons que des fonctions autres que la protection des droits fondamentaux, en particulier celle de trancher des litiges de nature fédérative, ont été moins affectées. Le phénomène de l'internationalisation reste pourtant très important, étant donné que la protection des droits fondamentaux est d'un point de vue quantitatif et qualitatif une fonction importante de la juridiction constitutionnelle.

125 ACEDH, *Loizidou c. Turquie,* v 15318/89, 23 mars 1995, série A n° 310, para. 75; le Tribunal fédéral a repris cette qualification dans l'arrêt ATF 122 II 373, p. 380 *X.*, voir MALINVERNI (1998) p. 21.

126 KÄLIN/KÜNZLI (2008) p. 17; SUDRE (2008) p. 49.

127 KÄLIN/KÜNZLI (2008) p. 17; SUDRE (2008) p. 49.

timent lésés dans un droit conventionnel. Sans entrer dans la controverse sur la question de savoir si l'instance de contrôle érigée par la Convention mérite d'être qualifiée de «Cour constitutionnelle»[128], il est difficilement contestable qu'elle exerce, en ce qui concerne la mise en œuvre des droits fondamentaux, une activité très semblable au juge constitutionnel national et a recours à des techniques d'interprétation similaires[129]. L'on peut donc conclure que l'internationalisation de la juridiction constitutionnelle concerne non seulement la norme de référence mais également l'organe de contrôle[130]. Comme le présent chapitre le montrera, la juridiction constitutionnelle est également devenue internationale quant à l'objet du contrôle. L'examen de conformité avec des normes de nature constitutionnelle ne porte plus exclusivement sur des actes étatiques mais peut également concerner, pour le moins indirectement, des actes internationaux[131].

L'internationalisation du droit constitutionnel et de la juridiction constitutionnelle pose des défis au juge constitutionnel national. Tout d'abord, celui-ci fait face à la complexité créée par la multiplication des normes de référence, provenant de sources différentes et se situant à des niveaux différents, ancrées aux échelles universelle, européenne, nationale et, dans les Etats fédéraux comme la Suisse, cantonale. L'échelonnement des normes de nature constitutionnelle (souvent décrit comme *«multilayered»* ou *«multilevel constitutionalism»*[132]) soulève des problèmes de coordination et d'harmonisation. Le juge constitutionnel national doit en effet veiller à la cohérence du système constitutionnel dans son ensemble et ne peut plus se concevoir exclusivement comme le gardien de la constitution étatique.

A cet égard, il faut rappeler que les échelons supra-étatiques ont essentiellement la mission de compléter et non de supplanter le droit constitutionnel national pour limiter les excès du pouvoir étatique. Il en va de même des mécanismes internationaux chargés de veiller à leur respect. Par conséquent, il incombe en premier lieu au juge constitutionnel national de protéger les droits et libertés garantis au niveau supranational, l'intervention des instances internationales étant subsidiaire. A l'instar de ses homologues européens, le juge constitutionnel suisse assume ainsi une fonction non seulement nationale mais également européenne et internationale[133]. Il a pour mission de contrôler la validité des actes

---

128 Voir l'Avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur la réforme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme, RUDH (1992) p. 520, nº I.5., où la Cour se compare à «une juridiction internationale responsable d'une *Constitution européenne des Droits de l'Homme»;* sceptiques: SCHUBARTH (1997) p. 390; FAVOREU (1996) p. 25; ID. (2002); AUER (1983) p. 9, nº 12; GARLICKI (2009) p. 241.

129 Cf. GARLICKI (2009) p. 244; WILDHABER (2002); THÜRER (2005b) p. 3.

130 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 642 s., nº 1823.

131 Ci-dessous C.II.1.d.

132 Voir p. ex. BAMFORTH/LEYLAND (2003); PERNICE/KANITZ (2004).

133 Nous nous sommes inspirées de JACOT-GUILLARMOD (1993) p. 155, qui relève les «fonctions européennes du juge national».

inférieurs par rapport à la Constitution nationale (contrôle de constitutionnalité au sens strict) et par rapport aux conventions internationales relatives aux droits de l'homme (contrôle de conventionalité).

En raison de l'internationalisation du droit constitutionnel, les deux types de contrôle pourraient être décrits comme faisant partie du contrôle de constitutionnalité au sens large. Néanmoins, la notion de constitution restant associée à l'Etat dans beaucoup d'esprits – le débat sur une Constitution européenne l'ayant illustré – nous préférons avoir recours à un terme nouveau, celui du contrôle de fondamentalité. Cette terminologie a le mérite de mettre en exergue le trait commun des normes de référence du contrôle, à savoir leur fonction de protéger les aspects les plus fondamentaux de l'existence et de l'autonomie humaine, et ce indépendamment de leur source nationale ou internationale et de leur rang universel, européen, national ou infranational. Dans cet ordre d'idées, nous désignerons par les termes «bloc de fondamentalité» l'ensemble de ces normes.

Sur cette toile de fond, le présent chapitre analysera plus en détail le phénomène de l'internationalisation de la juridiction constitutionnelle. L'accent sera mis sur l'interaction entre les différents échelons du bloc de fondamentalité, ainsi que sur celle de leurs gardiens, à savoir le juge constitutionnel national et les organes de contrôle internationaux. Nous procéderons en deux étapes. Dans un premier temps, nous examinerons l'emprise des principales composantes internationales du bloc de fondamentalité sur la juridiction constitutionnelle suisse (II). Sur la base de cette analyse, nous mettrons en exergue les défis de coordination auxquels le juge constitutionnel doit répondre afin de garantir la cohérence du système constitutionnel dans son ensemble (III).

II. Les composantes internationales du bloc de fondamentalité

Répertorier toutes les sources internationales du bloc de fondamentalité ne serait pas réalisable dans le cadre de cette étude[134]. Notre rapport se contentera d'examiner les effets sur la juridiction constitutionnelle suisse de droits et libertés individuels issus de trois régimes différents: la première et plus grande partie de cette section sera consacrée à la pièce maîtresse du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme (1), la deuxième aux droits et libertés individuels protégés au sein de l'Union européenne (2). La troisième analysera de façon synthétique les conventions relatives à la protection des

134 Comme pour toute hiérarchisation matérielle, le contenu exact du bloc de fondamentalité (comme celui de la constitution au sens matériel) prêtera à des controverses. Il nous paraît cependant justifié d'y inclure les droits de l'homme, tout d'abord en raison de la densification normative au niveau international, et ensuite en raison du rôle proéminent que leur accorde le constitutionnalisme. Rappelons à cet égard l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 16 août 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

droits de l'homme adoptées au niveau universel, sous l'égide des Nations Unies (3).

1. La Convention européenne des droits de l'homme

Depuis que la Suisse a ratifié la Convention en 1974, celle-ci exerce une influence profonde sur l'ordre juridique helvétique. Tous les organes de l'Etat, y compris le constituant, ont été appelés à contribuer à l'harmonisation du droit interne avec les garanties conventionnelles. A titre d'exemples, la Constitution fédérale doit en partie son premier catalogue systématique de droits fondamentaux à l'emprise de la Convention. De même, l'adoption de la garantie générale de l'accès au juge (article 29a Cst.) à l'occasion de la réforme de la justice a été largement inspirée par l'article 6 para. 1 CEDH.

Comme dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe, l'harmonisation du droit national avec la CEDH est, en Suisse, principalement l'œuvre du juge constitutionnel. Le Tribunal fédéral a ainsi été appelé à définir le statut de la CEDH dans l'ordre juridique suisse (a) et à assurer la conformité de tous les actes étatiques, y compris les lois fédérales, avec la Convention (b-d). Il doit de plus veiller à ce que l'exercice de la juridiction constitutionnelle lui-même s'accorde d'un point de vue procédural avec la CEDH (e). Finalement, il joue un rôle important dans la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (f). Ce domaine, également, est de plus en plus encadré par la jurisprudence des juges de Strasbourg, soucieux d'assurer l'effectivité du système européen de protection des droits de l'homme. Le caractère obligatoire de la juridiction de la Cour et de ses arrêts explique en partie le fort impact de la Convention sur le droit constitutionnel et la juridiction constitutionnelle suisses.

a. La réception de la Convention dans l'ordre juridique suisse

Deux traditions constitutionnelles, celle du monisme et celle du fédéralisme, ont été un terrain fertile pour la réception de la CEDH en Suisse[135]. Conjointement avec le principe de la primauté du droit international, la tradition moniste assure l'ouverture de l'ordre juridique suisse à l'égard des traités internationaux, qui n'ont besoin d'aucun acte de transformation pour déployer leurs effets en droit interne[136]. Comme l'applicabilité directe des droits protégés par la Convention n'est pas controversée, cette dernière a conféré aux particuliers, dès son entrée en vigueur, des garanties dont ils peuvent se prévaloir en justice[137].

---

135 Pour une étude de la réception de la CEDH dans l'ordre juridique suisse, voir p. ex. KELLER (2003) p. 601 ss; THURNHEER (2008).

136 Pour le rapport entre le droit international et le droit interne, voir p. ex. KELLER (2003); COTTIER/ACHERMANN/WÜGER ET AL. (2001); COTTIER/HERTIG (2000); PETERS/PAGOTTO (2004); MAHON, *ad Art. 5,* in: AUBERT/MAHON (2003); BIAGGINI (2007) p. 80 ss; HANGARTNER, *ad Art. 5,* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. (2008) p. 121 ss, n° 44 ss.

137 Pour l'applicabilité directe des traités, voir p. ex. WÜGER (2005).

D'un point de vue procédural, le Tribunal fédéral n'a eu aucune hésitation à assimiler les droits conventionnels à des droits constitutionnels dont il était tenu d'assurer le respect dans le cadre de l'ancien recours de droit public[138]. Il a justifié cette approche en relevant la nature constitutionnelle des droits conventionnels et le lien étroit qu'ils entretiennent avec les droits fondamentaux protégés au niveau national[139]. La tradition fédéraliste de la Suisse est favorable à cette manière de voir. Contrairement aux cours constitutionnelles d'Etats unitaires, notre cour suprême était déjà habituée à la coexistence de différentes sources de droits fondamentaux au sein d'un seul ordre juridique[140]. De ce point de vue, les garanties conventionnelles sont simplement venues compléter les droits garantis par les constitutions cantonales et la Constitution fédérale.

L'assimilation des droits conventionnels et des droits constitutionnels d'origine suisse a cependant posé problème sous l'angle de la clause d'immunité. En raison de la nature identique des droits fondamentaux nationaux et conventionnels, le Tribunal fédéral s'est initialement montré réticent à contrôler la compatibilité des lois fédérales avec la Convention, déclarant irrecevables des recours qui soulevaient ce problème[141]. L'approche restrictive du Tribunal fédéral n'a pas manqué de susciter une réaction de la part des instances de Strasbourg. Elle les a conduites à déclarer recevables des requêtes à l'encontre de la Suisse malgré le fait que les requérants avaient omis de saisir le Tribunal fédéral en qualité de dernière instance nationale[142]. La condition de l'épuisement des voies de recours internes[143] n'impose en effet pas aux requérants d'utiliser des voies de droit ineffectives[144]. Autrement dit, la jurisprudence fédérale ne respectait pas la nature subsidiaire de la protection internationale des droits de l'homme. Selon les termes de Jean-François Flauss, le principe de la subsidiarité implique qu'il vaut mieux «laver son linge sale en famille que sur la place européenne»[145]. La protection effective des droits conventionnels au niveau national ne s'impose cependant pas seulement pour éviter une «condamnation à

138 ATF 101 Ia 67, p. 69 *Diskont- und Handelsbank AG.* Cette approche avait l'avantage de soumettre la recevabilité du recours de droit public à l'exigence de l'épuisement des voies de recours cantonales, alors que les dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire en vigueur à l'époque ne prévoyait pas cette condition pour les traités internationaux (voir ATF 101 Ia 67, p. 70; AUER [1983] p. 233, n° 452).

139 ATF 101 Ia 67, p. 69 *Diskont- und Handelsbank AG.*

140 HOTTELIER (2004) p. 342; THÜRER (2007) p. 35.

141 TF, arrêt non publié, 11 février 1985, partiellement reproduit in: *ASDI* 1986, p. 127; TF, arrêt non publié, 18 octobre 1984, partiellement reproduit in: *ASDI* 1985, p. 250; TF, arrêt non publié, 14 juin 1983, partiellement reproduit in: *ASDI* 1984, p. 203–204. Voir MALINVERNI (1998) p. 51 s.

142 Voir KELLER (2003) p. 610; pour un arrêt recent, ACEDH *Linnekogel c. Suisse,* n° 43874/98, 1er mars 2005; sur cet arrêt, voir LANTER (2008) p. 110 ss.

143 Art. 35 para. 1 CEDH.

144 Pour la condition de l'épuisement des voies de recours internes et le droit suisse, voir la thèse de LANTER (2008).

145 FLAUSS (1996) p. 379.

Strasbourg». Une telle vision conçoit la relation entre le juge national et le juge européen de façon exclusivement hiérarchique et fait abstraction de l'interaction entre les différents systèmes de protection[146]. En effet, la compétence du juge national de statuer sur des violations des droits et libertés fondamentales lui permet d'engager un dialogue avec la Cour de Strasbourg et d'influencer l'évolution de la jurisprudence européenne[147]. Qui plus est, elle met fin à la situation paradoxale, et étrangère à l'organisation judiciaire de l'Etat fédéral suisse, selon laquelle le pouvoir d'examen d'une instance inférieure est plus restreint que celui d'une instance supérieure[148]. A la lumière de ces considérations, il n'est pas étonnant que le Tribunal fédéral ait progressivement posé les jalons du contrôle de conventionalité des lois fédérales.

b. Le contrôle de la conventionalité des lois fédérales

L'évolution jurisprudentielle tendant à l'ancrage du contrôle de conventionalité des lois a culminé dans le fameux arrêt *PKK* du 16 juillet 1999 (aa.)[149]. Néanmoins, l'idée de l'immunité des lois fédérales laisse encore des traces dans la jurisprudence fédérale (bb.).

aa. La jurisprudence PKK

A la différence des arrêts antérieurs dans lesquels le Tribunal fédéral avait laissé entendre qu'il serait prêt à sanctionner des violations d'un droit conventionnel par une loi fédérale[150], l'arrêt *PKK*[151] portait sur un conflit manifeste qui ne

---

146 Pour une critique de la vision exclusivement hiérarchique, voir THÜRER (2007) p. 56, n° 56, p. 57 s., n° 60.

147 Pour l'impact du droit comparé sur la jurisprudence de la Cour européenne, voir WILDHABER (2005); la Cour ne s'inspire pas seulement du droit constitutionnel national mais également des droits fondamentaux protégés dans l'Union européenne (voir HERTIG RANDALL [2007] p. 521).

148 Voir le message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 516; le respect du principe de subsidiarité est de plus essentiel pour éviter la surcharge de la Cour de Strasbourg. Son importance a été soulignée dans la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010 adoptée à l'issue de la conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme organisée par la Suisse dans le cadre de sa présidence du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (la déclaration est accessible sous *http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0132.File.tmp/final_fr.pdf,* état au 2 mai 2010).

149 Pour une description de cette évolution, voir p. ex. KELLER (2003) p. 602 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 663 ss; MALINVERNI (1998) p. 51 ss; SCHERRER (2001) p. 189 ss.

150 Voir surtout ATF 117 Ib 367 *Eidgenössische Steuerverwaltung.*

151 ATF 125 II 417; le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs, même après l'échec d'introduire la juridiction constitutionnelle dans le cadre de la réforme de la justice; voir ATF 131 V 67, p. 70 *M.*; TF, arrêt non publié, 2A.626/2004, 6 mai 2005, consid. 1.4.1, qui ne portaient cependant pas sur un conflit insoluble entre une loi fédérale et un droit individuel consacré par une convention internationale; un tel conflit, qui fut résolu par l'inapplication de la loi fédérale, existait cependant dans ATF 133 V 367, p. 386 ss *Segretariato di Stato dell'economia;* TF 2C_319/2009 et 2C_321/2009, *X.*, 26 janvier 2010, consid. 16.1 (pub-

pouvait pas être résolu par le biais de l'interprétation conforme au droit international[152]: alors que l'ancienne loi sur l'organisation judiciaire excluait explicitement le recours au Tribunal fédéral contre la décision du Conseil fédéral litigieuse, le respect de l'article 6 para. 1 CEDH commandait une voie de recours à un Tribunal. Les juges fédéraux ont résolu ce conflit en fondant leur compétence directement sur la disposition de la Convention. Cette issue découle d'une série d'importants principes concernant les relations entre les lois fédérales et les normes conventionnelles.

Le Tribunal fédéral s'est tout d'abord rallié aux auteurs selon lesquels l'article 190 Cst. n'apporte pas de réponse au conflit entre une loi fédérale et le droit international, qui sont tous deux au bénéfice de l'immunité[153]. Par ce raisonnement, il a rejeté l'opinion doctrinale qui conçoit l'article 190 Cst. comme une règle de conflit basée sur le principe de la séparation des pouvoirs[154].

Les juges fédéraux ont ensuite relevé que la réponse à un conflit entre une loi fédérale et une disposition de droit international devait être recherchée dans les principes découlant du droit international, lesquels s'appliquaient à toutes les autorités étatiques, non seulement au législateur. Ce raisonnement est important à deux égards. D'une part, il permet d'ancrer le principe de la primauté dans l'ordre juridique international lui-même; d'autre part, il fonde l'obligation du juge national (comme celle des autres autorités étatiques) de laisser inappliquées des lois fédérales contraires au droit international. Cette conclusion s'impose d'autant plus, relève le Tribunal fédéral, «quand la primauté est accordée à une norme de droit international public, qui tend à protéger les droits de l'homme. Il n'est pas besoin d'examiner ici si, dans d'autres cas, des solutions de conflit divergentes doivent être prises en considération»[155].

Par la mention des «solutions de conflit divergentes», le Tribunal fédéral a fait référence à sa fameuse jurisprudence *Schubert*[156], selon laquelle la loi fédérale doit prendre le pas sur un traité international lorsque, en présence d'un conflit entre ces deux sources normatives, l'Assemblée fédérale a adopté de manière consciente et volontaire une loi postérieure qui contrevient au traité. Le raisonnement des juges fédéraux dans l'arrêt *PKK* au sujet de la jurisprudence

---

lication prévue). Pour une analyse de l'arrêt *PKK,* voir p. ex. LANTER (2008) p. 103 ss; THÜRER (2007) p. 53, n° 51; MÜLLER (2000) p. 122 ss; CHIARIELLO (2009) p. 79 ss.

152 ATF 125 II 417, p. 424; dans quelques arrêts ultérieurs, le Tribunal fédéral semble pourtant indiquer qu'il a résolu le conflit de normes dans l'arrêt *PKK* sur la base de l'interprétation conforme au droit international (voir ATF 130 I 313, p. 317 *A. SA;* TF, arrêt non publié, 1A.150/2004, 27 avril 2006, consid. 6.5); le principe de l'interprétation conforme au droit international a été posé dans l'ATF 94 I 669, p. 678 *Frigerio.*

153 ATF 125 II 417, p. 424; dans ce sens aussi ATF 117 Ib 367 *Eidgenössische Steuerverwaltung;* pour la doctrine, voir p. ex. JACOT-GUILLARMOD (1993) p. 79, 108 s., 243 s., 152 et les références dans COTTIER/HERTIG (2000) p. 14 note 56.

154 Voir p. ex. CAGIANUT (1986); SEILER (1992) et les références dans COTTIER/HERTIG (2000) p. 14 note 55.

155 ATF 125 II 417, p. 425; traduction française citée selon SJ 2000 I 202, p. 205.

156 ATF 99 Ib 39 *Schubert.*

Schubert est novateur. En laissant ouverte la question de savoir si cette jurisprudence s'applique dans des domaines *autres* que celui des droits de l'homme, le Tribunal fédéral met en exergue l'importance particulière des instruments internationaux relatifs aux droits humains. De par leur contenu, les normes conventionnelles sont de nature constitutionnelle et font partie du «bloc de fondamentalité» que le juge constitutionnel est tenu de protéger. Le raisonnement novateur du Tribunal fédéral injecte une dose de verticalité dans l'ordre juridique international. Contrairement à l'ordre juridique interne, le droit international public général ne connaît en principe pas de hiérarchie formelle entre ses différentes sources. Quant à une hiérarchisation sur la base de critères matériels, elle est établie en faveur d'un cercle très restreint de normes, celles faisant partie du *ius cogens*[157].

En raison de la distinction établie par le Tribunal fédéral entre les conventions protectrices des droits humains et les autres traités, l'interprétation la plus convaincante de l'arrêt *PKK* consiste, à notre sens, à considérer que la jurisprudence *Schubert* ne s'applique pas dans le domaine des droits de l'homme[158]. L'approche *Schubert* se conçoit en effet plus facilement dans des domaines du droit international classique, caractérisés par la réciprocité entre les Etats[159]. Dans ces cas, une solution par voie de négociation avec les cocontractants est envisageable; en cas d'échec, le refus de respecter le traité signifie que l'Etat est d'accord d'engager sa responsabilité internationale et de courir le risque que ses cocontractants refusent à leur tour de s'exécuter ou fassent valoir des prétentions en dommages-intérêts. Le droit international des droits de l'homme, en revanche, «est rebelle à toute idée de contrat et ignore le principe de réciprocité»[160]. Sa finalité, qui consiste à imposer aux Etats des obligations à l'égard des individus[161], implique que les conventions des droits de l'homme déploient des effets *erga omnes partes* et ne se décomposent pas en un réseau de relations bilatérales[162]. Il s'ensuit que les autres Etats parties ne peuvent pas se départir

157 Voir BENOIT (2009) p. 456.

158 La doctrine n'est pas unanime quant à l'interprétation de l'arrêt *PKK*. Selon SCHERRER (2001) p. 200, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la jurisprudence *Schubert* s'appliquait en relation avec la CEDH; selon d'autres auteurs, *Schubert* ne trouve plus application dans le domaine des droits de l'homme (voir MICHEL [2001] p. 70, n° 32); voir toutefois TF, arrêt non publié, 5A_712/2009, 25 janvier 2010, consid. 3.3.4 (destiné à la publication), où le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de la compatibilité de la pratique *Schubert* avec la jurisprudence *PKK*.

159 Dans ce sens aussi HANGARTNER, *ad Art. 5,* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. (2008) p. 124, n° 50, qui relève que le droit international est dans une grande mesure du droit contractuel; il en découle que le non-respect est toléré dans une certaine mesure moyennant compensation.

160 SUDRE (2008) p. 61, n° 42.

161 Les instances de Strasbourg parlent de la nature objective des traités des droits de l'homme (voir les références dans SUDRE [2008] p. 58 s., n° 41).

162 Voir KÄLIN/KÜNZLI (2008) p. 208 s.; SUDRE (2008) p. 58 ss, n° 41; DCEDH, *Autriche c. Italie,* n° 788/60, 11 janvier 1961, Rec. VII.

de leurs obligations conventionnelles en invoquant l'inexécution par un autre Etat[163]. Une telle démarche serait non seulement inefficace car elle ne toucherait en rien les intérêts de l'Etat défaillant mais de plus contreproductive: elle aurait pour conséquence de pénaliser les individus de l'Etat qui met fin au traité ou suspend son application.

Reflétant leur finalité spécifique, les conventions relatives aux droits de l'homme prévoient une sauvegarde collective: par le biais des requêtes étatiques, les Etats parties peuvent sanctionner des violations des droits humains commises par leurs cocontractants. Dans cette hypothèse, ils ne font pourtant pas valoir leurs droits propres mais agissent dans l'intérêt commun[164]. En l'absence d'un intérêt propre des Etats à assurer le respect des droits de l'homme par les autres Etats, les requêtes étatiques sont cependant restées un phénomène marginal. L'effectivité des instruments internationaux relatifs aux droits humains dépend donc essentiellement de la faculté conférée aux individus de faire respecter leurs droits de façon prioritaire devant le juge national, et ensuite seulement devant les instances internationales. En raison de la vocation spécifique des conventions protectrices des droits de l'homme, l'obligation de prévenir des violations est essentielle. Lorsque les droits individuels ont néanmoins été violés, l'indemnisation de l'individu lésé est clairement subsidiaire par rapport à l'obligation des Etats d'effacer, dans la mesure du possible, les conséquences de la violation commise et d'empêcher des cas semblables de se produire. Il serait en effet choquant que l'Etat puisse «acheter» l'impunité dans le domaine des droits fondamentaux, lesquels ne sont par ailleurs conçus comme des intérêts négociables. Dans cet esprit, la Cour européenne des droits de l'homme a, comme nous le verrons, sensiblement renforcé l'effet de ses arrêts[165].

bb. L'effet indirect de l'article 190 Cst.

Peut-on conclure de la jurisprudence *PKK* que le contrôle de conventionalité des lois fédérales est aussi fermement établi en Suisse qu'il sert de substitut fonctionnel au contrôle de constitutionnalité? Une réponse résolument affirmative néglige à notre sens deux facteurs; d'une part, la pratique ultérieure du Tribunal fédéral n'est pas encore entièrement consolidée[166]; d'autre part, l'article 190 Cst. continue à déployer un effet indirect sur la jurisprudence de notre Haute Cour. Selon le Professeur Auer, l'exclusion du contrôle judiciaire des

163 Voir Art. 60 para. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111) selon lequel la violation même substantielle par un Etat contractant ne permet pas aux autres Etats de suspendre ou de mettre fin à un traité dans le domaine des droits de l'homme.

164 SUDRE (2008) p. 60, n° 41.

165 Ci-dessous C.II.1.f.

166 Pour deux exemples récents qui illustrent la réticence du Tribunal fédéral à désavouer le législateur, voir TF, arrêt non publié, 5A_712/2009, 25 janvier 2010, consid. 3.3.4 (destiné à la publication), et ATF 136 II 120 *X*.

lois «comporte un important élément psychologique qui se manifeste, à Mon-Repos, par une distance et une révérence très poussées à l'égard de toutes les décisions, mais aussi à l'égard des voix et rumeurs, qui émanent de l'univers parlementaire fédéral.»[167] L'effet psychologique ou indirect de la clause d'immunité se traduit par une retenue excessive du juge face au Parlement. L'attitude déférentielle risque d'affaiblir l'efficacité du contrôle de conventionalité car elle peut conduire le juge soit à nier l'existence d'une violation d'un droit fondamental, soit même à s'abstenir de tout examen sérieux. Deux arrêts tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui ont été désavoués à Strasbourg illustrent cette tendance[168].

Dans l'arrêt *Hertel,* par exemple, les juges fédéraux avaient nié qu'une interdiction faite au recourant de tenir certains propos en application de la loi sur la concurrence déloyale était constitutive d'une violation de la liberté d'expression[169]. Selon notre Cour suprême, le but de la liberté d'expression ne pouvait de toute façon pas être de protéger des propos interdits par la loi[170]. Ce raisonnement est critiquable parce qu'il part implicitement de la primauté de la loi au lieu de s'interroger sur la conformité de la disposition légale, ou, en l'espèce, de son application, avec la Convention.

Dans l'arrêt *Emonet,* rendu en 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a critiqué le Tribunal fédéral pour avoir procédé à «une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi»[171] sans avoir tenu compte de la réalité sociale et de la particularité du cas d'espèce. Elle a conclut que «[l]'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne»[172]. Dans l'arrêt critiqué[173], le Tribunal fédéral a consacré de longues considérations à l'interprétation des dispositions du Code civil sur l'adoption. Il a conclu que le Code civil ne prévoyait pas la possibilité d'adopter l'enfant d'un concubin (en l'espèce une fille majeure handicapée qui avait depuis longtemps bénéficié du soutien du partenaire de sa mère) sans

---

167 AUER (1992) p. 651.

168 Il est intéressant de noter que ces arrêts émanent des cours civiles, qui se sont généralement montrées plus sceptiques face au contrôle de conventionalité que la première cour de droit publique, laquelle a rendu l'arrêt *PKK.* La réticence à censurer une violation de la Convention se manifeste surtout lorsque l'atteinte émane d'une loi fédérale ancienne et vénérée comme le Code civil suisse (cf. HERTIG RANDALL [2009] p. 65 ss); à part l'affaire *Emonet* décrite ci-dessous, voir TF, arrêt non publié, 5A_712/2009, 25 janvier 2010 (destiné à la publication) et ATF 125 III 209 *X.* (dans lequel le Tribunal fédéral a laissé ouvert la question de savoir s'il serait envisageable que la Convention «corrige» le Code civil; notons que cet arrêt a été rendu antérieurement à l'arrêt *PKK).*

169 ATF 120 II 76, p. 82 *H.;* la Cour a constaté une violation de l'article 10 CEDH dans ACEDH, *Hertel c. Suisse,* n° 25181/94, 25 août 1998, Rec. 1998-VI.

170 ATF 120 II 76, p. 82 *H.*

171 ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse,* n° 39051/03, 13 décembre 2007, para. 86.

172 ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse,* n° 39051/03, 13 décembre 2007, para. 86; pour un commentaire, voir HOTTELIER (2008c).

173 ATF 129 III 656 *Office fédéral de la justice.*

qu'il en résulte la suppression du lien de filiation avec le parent biologique (en l'espèce celui avec la mère). La question de savoir si cette solution était compatible avec la garantie du respect de la vie privée et familiale prévue à l'article 8 CEDH n'a guère été examinée. A ce sujet, le Tribunal fédéral s'est essentiellement contenté de relever que la garantie de la vie privée et familiale «ne confère (...) pas le droit d'exiger une forme d'adoption non prévue par la loi (...)»[174].

c. *Le contrôle de conventionalité des dispositions constitutionnelles*

Alors que le contrôle de conventionalité des lois fédérales s'est développé dans un discours, en partie conflictuel, entre les juges suisses et européens, les deux juridictions n'ont pas encore entamé de dialogue au sujet de la conformité de la Constitution fédérale avec la Convention. Cette situation risque de changer à l'avenir. Le peuple suisse a en effet récemment approuvé des initiatives populaires dont la compatibilité avec la CEDH est très discutée[175]. Relevons à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des dispositions constitutionnelles d'autres Etats membres. Cette jurisprudence montre que le contrôle européen porte sur l'ensemble des actes étatiques, dont les normes constitutionnelles[176], même celles approuvées par voie de référendum[177].

L'internationalisation du droit constitutionnel, et de ses gardiens, remet ainsi en cause la vision classique de l'omnipotence du pouvoir constituant national. Ce paradigme est profondément ancré dans la culture constitutionnelle helvétique entre autres en raison de l'attachement à la démocratie directe. La toute-puissance du pouvoir constituant a cependant déjà subi un tempérament. Codifiant une pratique inaugurée par l'Assemblée fédérale en 1996[178], le constituant de 1999a érigé les règles impératives de droit international en limites hétéronomes à la révisibilité de la Constitution[179]. Ces règles ne couvrent, selon l'interprétation plutôt restrictive suivie par les autorités jusqu'à présent[180], qu'un

---

174 ATF 129 III 656 *Office fédéral de la justice.*

175 Initiative populaire du 3 mai 2000 «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»; initiative populaire du 8 juillet 2008 «Contre la construction de minarets». S'agissant de cette dernière initiative, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevables de nombreux recours; voir p. ex. TF, arrêt non publié, 1C_33/2010, 26 janvier 2010 ou TF, arrêt non publié, 1C_529/2009, 14 décembre 2009. Dans la mesure où le contrôle abstrait d'une disposition constitutionnelle est impossible, plusieurs requêtes concernant cette même initiative sont actuellement pendantes auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

176 ACEDH, *Open Door Well Woman c. Irlande,* n° 14234/88; 14235/88, 29 octobre 1992, série A n° 246-A; voir aussi ACEDH (GC), *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie,* n° 19392/92, 30 janvier 1998, Rec. 1998–1, para. 30.

177 Voir MALINVERNI (1998) p. 40; BURGORGUE-LARSEN (2001) p. 34 s.

178 FF 1994 III 1471, p. 1487 concernant l'initiative populaire «pour une politique d'asile raisonnable».

179 Art. 193 al. 2 et 4 Cst., Art. 139 al. 3 Cst.

180 Voir RHINOW/SCHEFER (2009) p. 722, n° 3601.

nombre très restreint de normes internationales. Sa capacité de prévenir des conflits avec le droit constitutionnel supra-étatique est donc limitée. En d'autres termes, le pouvoir constituant helvétique n'a pas encore suffisamment pris conscience de «la relativité des espaces constitutionnels nationaux»[181].

d. Le contrôle indirect de conventionalité du droit international

Les Etats contemporains sont liés par un réseau dense de traités internationaux et ont institutionnalisé leur coopération dans un nombre considérable d'organisations internationales. Alors que les décisions de ces organisations restent en général formellement dirigées contre les Etats membres, elles visent de plus en plus souvent en réalité les particuliers[182] et peuvent porter atteinte à leurs droits individuels. Comme les organisations internationales ne sont pas directement liées par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dont la Convention, la question se pose de la mesure dans laquelle les Etats Parties peuvent être tenus pour responsables des violations des droits fondamentaux résultant directement de leur coopération internationale.

La Cour européenne s'est prononcée plusieurs fois sur cette question. Elle a posé le principe selon lequel le transfert de compétences à une organisation internationale ne libère pas les Etats Parties des obligations que leur impose la Convention[183]. Les juges de Strasbourg admettent ainsi leur compétence pour examiner si le droit interne mettant en œuvre un acte d'une organisation internationale est compatible avec les droits conventionnels, cela même dans les cas où l'Etat membre ne dispose d'aucune marge d'appréciation[184]. Pour ne pas miner la coopération internationale entre les Etats, la Cour part de la présomption que l'acte national est conforme à la Convention, pourvu que le niveau de protection des droits fondamentaux au sein de l'organisation internationale à l'origine de l'ingérence soit équivalent à celui découlant de la CEDH. Lorsque cette condition est remplie (comme la Cour l'admet pour l'Union européenne), la responsabilité de l'Etat membre se limite à des violations manifestes. Sur la base de ces principes posés dans l'arrêt *Bosphorus*[185], la Cour a rejeté dans cette affaire une requête dirigée contre l'Irlande pour avoir saisi un aéronef en application d'un règlement communautaire qui mettait à son tour en œuvre le régime des sanctions prises par les Nations Unies contre la République fédérative de Yougoslavie. L'issue de cette affaire ne change cependant rien au fait que la Cour a étendu son rôle de gardienne aux actes d'autres organisations internatio-

---

181 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 488, nº 1370.

182 ULFSTEIN (2009) p. 77.

183 Voir p. ex. ACEDH, *Matthews c. Royaume-Uni,* nº 24833/94, 18 février 1999, Rec. 1999-I; ACEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne,* nº 26083/94, 18 février 1999, Rec. 1999-I.

184 ACEDH (GC), *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande,* nº 45036/98, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI.

185 ACEDH (GC), *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande,* nº 45036/98, 30 juin 2005, Rec. 2005-VI.

nales. Le contrôle de conventionalité s'exerce dans ce cas de façon indirecte, par le truchement des actes nationaux d'exécution.

La jurisprudence de la Cour au sujet de la responsabilité des Etats Parties pour des violations des droits de l'homme commises par des organisations internationales ne manquera pas de pertinence pour la Suisse. Les juges européens seront bientôt appelés à statuer sur la requête d'un ressortissant égyptien (nommé Nada) dans le cadre de la lutte anti-terroriste. M. Nada conteste les mesures que la Suisse a prises à son encontre pour mettre en œuvre les sanctions décidées par le Conseil de Sécurité visant les personnes qui figurent sur les fameuses listes noires, établies au niveau onusien sans possibilité d'un contrôle judiciaire[186].

e. L'emprise de la Convention sur la procédure devant le juge constitutionnel national

Comme les sections précédentes l'ont montré, la Convention fait partie des normes de référence par le biais desquelles le juge constitutionnel national contrôle les actes étatiques. Elle déploie cependant encore un autre effet sur la juridiction constitutionnelle, celui d'encadrer la procédure de contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité exercée par les juridictions suprêmes. L'emprise sur le «procès constitutionnel»[187] est soit directe (aa.) soit indirecte (bb.).

aa. L'emprise directe

L'emprise est directe lorsque l'application des droits conventionnels conduit à un jugement sur la compatibilité du «procès constitutionnel» en tant que tel. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi soumis la procédure devant les cours constitutionnelles nationales aux exigences d'un procès équitable découlant de l'article 6 para. 1 CEDH[188]. En Suisse, où la juridiction constitutionnelle est dans une large mesure intégrée dans la juridiction ordinaire, l'applicabilité de cette disposition conventionnelle ne paraît pas étonnante. Dans les Etats qui confient le contrôle de constitutionnalité à une cour constitutionnelle, séparée de l'appareil juridictionnel ordinaire, l'emprise de l'article 6 para. 1 CEDH sur le procès constitutionnel était novatrice et controversée[189]. Il n'empêche que les garanties d'un procès équitable jouent un rôle important non seulement pour la procédure devant les instances inférieures mais également

186 Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de M. Nada, ATF 133 II 450.

187 BURGORGUE-LARSEN (2001).

188 Voir surtout ACEDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne,* n° 12952/87, 23 juin 1993, série A n° 262; pour un arrêt plus récent, voir ACEDH, *Krcmar et al. c. République Tchèque,* n° 35376/97, 3 mars 2000.

189 Voir les arguments avancés par les gouvernements espagnol, allemand et portuguais dans l'affaire *Ruiz-Mateos* (note 188) para. 55 ss.

devant notre Cour suprême. Comme l'arrêt *PKK* l'a montré, l'article 6 para. 1 CEDH peut par exemple directement fonder la compétence du Tribunal fédéral de statuer en tant qu'instance de recours.

bb. L'emprise indirecte

L'emprise de la CEDH est indirecte lorsque le «procès constitutionnel» n'est pas lui-même contraire à une garantie conventionnelle mais conduit la Cour européenne à déclarer une requête recevable malgré le fait que le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion contraire pour le motif que le recourant n'a pas satisfait aux conditions de recevabilité prévues par le droit interne[190]. Ces constellations s'expliquent par le fait que la Cour a tendance à appliquer la condition de l'épuisement des voies de recours internes[191] avec souplesse et à considérer qu'elle est satisfaite lorsque les exigences procédurales nationales lui semblent excessivement strictes[192]. Or, comme le relève un juge fédéral, la jurisprudence de notre Haute Cour concernant le principe d'allégation et de motivation[193] est plus rigoureuse que celle de la Cour[194]. Pour respecter l'idée de subsidiarité du contrôle européen, le Tribunal fédéral se montre prêt à assouplir sa jurisprudence afin de l'aligner sur celle de Strasbourg[195].

Les modalités du contrôle de constitutionnalité des lois peuvent également conduire au problème que la Cour européenne statue sur la conventionalité d'un acte étatique avant que la juridiction nationale suprême ait eu l'occasion de se prononcer. Cette difficulté peut surgir lorsque le droit interne permet uniquement le contrôle concret de normes. Elle ne se présente cependant que rarement parce que le système de la Convention ne prévoit en principe pas un contrôle abstrait de conventionalité d'une législation nationale. Cette règle comporte cependant quelques exceptions. Tout d'abord, un examen abstrait d'un acte normatif national est toujours possible dans le cadre des affaires interétatiques[196], lesquelles sont toutefois très rares dans le contentieux européen[197]. Ensuite, dans le cadre des requêtes individuelles[198], la Cour admet exceptionnellement la qualité de victime d'un requérant qui met en cause une législation interne en dehors de tout cas d'application. Tel est par exemple le cas dans le domaine du droit pénal, lorsque l'on ne peut pas raisonnablement exiger du requérant qu'il enfreigne la loi et encoure une sanction pénale afin de pouvoir

190 Pour cette problématique, voir AEMISEGGER (2009) n° 39 ss.
191 Art. 35 para. 1 CEDH.
192 Pour une étude de l'épuisement des voies de recours internes à la lumière du droit suisse, voir LANTER (2008).
193 Art. 106 al. 2 LTF.
194 AEMISEGGER (2009) n° 42–44.
195 AEMISEGGER (2009) n° 44.
196 Art. 33 CEDH.
197 Voir ACEDH, *Irlande c. Royaume-Uni,* n° 5310/71, 18 janvier 1975, série A n° 25, para. 240; voir GARLICKI (2009) p. 241.
198 Art. 34 CEDH.

contester la conventionalité de la disposition incriminée[199]. Dans d'autres cas de figure, les juges européens estiment qu'une personne a qualité de victime parce qu'il est impossible d'établir qu'une loi lui a été appliquée en raison du caractère secret des mesures qu'elle autorisait[200] ou parce qu'ils considèrent qu'une mesure législative la touche de façon directe même en dehors d'un cas d'application. Comme le montre la jurisprudence[201], ce dernier critère n'est pas facile à saisir. Interprété de façon large, il pourrait à l'avenir relativiser la nature exceptionnelle du contrôle abstrait exercé par la Cour européenne.

f. Les effets des arrêts de la Cour

Selon certains auteurs, considérer la Cour européenne des droits de l'homme comme une «Cour constitutionnelle» fait abstraction d'une différence essentielle entre les juges européens et les juges constitutionnels nationaux[202]. Celle-ci tient au pouvoir de décision limité de l'organe de contrôle. A la différence du juge constitutionnel national, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas le pouvoir d'annuler un acte étatique[203]. Les auteurs de la Convention ont considéré une telle compétence comme une limitation excessive de la souveraineté des Etats Parties[204]. Ils se sont donc contentés de conférer aux arrêts européens un effet déclaratoire et non cassatoire. Il n'empêche que les arrêts de la Cour ont la nature d'un jugement et imposent aux Etats Parties des obligations précises[205] (aa.). Le caractère contraignant des arrêts strasbourgeois est un aspect important de l'effectivité du système européen de protection des droits de l'homme. Le législateur helvétique en a tenu compte lorsqu'il a prévu, en 1991, la possibilité

---

199 Voir p. ex. ACEDH, *Dudgeon c. Irlande,* n° 7525/76, 22 octobre 1981, série A n° 45, para. 40 s. (concernant la criminalisation des relations homosexuelles en Irlande).

200 ACEDH, *Klass et autres c. Allemagne,* n° 5029/71, 6 septembre 1978, série A n° 28.

201 La Cour a ainsi admis la qualité de victime de personnes mariées dont le lien conjugal était brisé et qui remettaient en cause l'interdiction légale de divorce (ACEDH, *Johnston et autres c. Irlande,* n° 9697/82, 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 21, para. 42), et celle de femmes capables de procréer qui contestaient les restrictions légales dans le domaine de l'avortement (ACEDH, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande,* n° 14234/88; 14235/88, 29 octobre 1992, série A n° 246-A, para. 44); voir aussi l'arrêt *Marckx c. Belgique,* n° 6833/74, 13 juin 1979, série A n° 31, para. 27, concernant la législation belge sur le statut des mères non mariées et de leurs enfants, et ACEDH (GC), *Burden c. Royaume-Uni,* n° 13378/05, 29 avril 2008, concernant la qualité de victime d'une personne âgée qui contestait la législation britannique en matière d'impôts successoraux.

202 Garlicki (2009) p. 244; Auer (1983) p. 9, n° 12.

203 Relevons que ce critère conduit à une conception très étroite de la juridiction constitutionnelle qui exclut le modèle britannique basé sur le *Human Rights Act* (ci-dessous D.III.1.b). Il nous semble plus approprié de suivre les auteurs anglo-saxons et d'adopter une vision plus large de la juridiction constitutionnelle qui distingue, selon l'étendue du pouvoir de décision du juge, entre le *«strong»* et le *«weak judicial review»* (voir Tushnet [2008]).

204 Avant-projet de rapport au Comité des Ministres, du 24 février 1950, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, vol. III, La Haye 1975, p. 277; Malinverni (1998) p. 71.

205 Pour des études générales concernant l'exécution des arrêts de la Cour, voir p. ex. Ruedin (2009); Lambert (1999); Lambert Abdelgawad (2008).

pour un requérant qui a eu gain de cause à Strasbourg de demander au Tribunal fédéral de réviser l'arrêt jugé contraire à la Convention (bb.). La jurisprudence de la Cour européenne a, à son tour, encadré la procédure de révision et augmenté son effet utile. Cette évolution a également conduit au renforcement de l'effectivité des arrêts européens (cc.). Le pouvoir de décision de la Cour de Strasbourg se rapproche ainsi de plus en plus de celui d'une Cour constitutionnelle nationale.

aa. Principes de droit conventionnel

De la nature déclaratoire des arrêts de la Cour découle le principe selon lequel les Etats ont la liberté de choisir les moyens pour s'y conformer. La Cour a le pouvoir de constater la présence d'une violation de la Convention, mais pas celui de prescrire aux Etats les mesures qu'ils doivent prendre au niveau de l'exécution[206]. Le caractère obligatoire[207] des arrêts européens impose toutefois des limites à la liberté du choix de moyens. L'Etat défendeur est appelé «non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à prendre des mesures (...) afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences, l'objectif étant de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention»[208]. La Cour exprime ainsi l'importance qu'elle accorde à la *restitutio in integrum.* En particulier, le versement d'une satisfaction équitable (article 41 CEDH)[209] ne libère pas forcément l'Etat de son obligation de prendre des mesures individuelles appropriées en vue d'assurer une restitution intégrale. Lorsqu'il n'existe qu'un seul moyen pour atteindre le but de la *restitutio in integrum,* la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat s'estompe, réduisant à néant la marge de manœuvre de l'Etat. Dans de telles circonstances, la Cour n'a pas hésité à prescrire aux Etats un comportement précis[210].

Dans certaines constellations, la réouverture de la procédure nationale est le moyen le plus approprié pour atteindre l'objectif de la *restitutio in integrum.* Comme l'indique la Cour, tel est par exemple le cas lorsque le requérant a été condamné pénalement suite à une procédure entachée de violations procédurales[211]. La révision d'un jugement peut aussi s'avérer la meilleure forme de répa-

206 Voir, p. ex. ACEDH, *Nasri c. France,* n° 19465/92, 13 juillet 1995, série A n° 320-B, para. 50.

207 Art. 46 para. 1 CEDH.

208 Voir p. ex. ACEDH (GC), *Verein Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 85.

209 Sur le versement d'une satisfaction équitable de l'Art. 41 CEDH (Art. 50 aCEDH), voir DANNEMANN (1994).

210 Voir p. ex. ACEDH (GC), *Assanidzé c. Géorgie,* n° 71503/01, 8 avril 2004, Rec. 2004-II.

211 Voir p. ex. ACEDH (GC) *Sejdovic c. Italie,* n° 56581/00, 1er mars 2006, para. 126. Quant au Comité des Ministres, il s'est prononcé en faveur de la réouverture de procédure dans les cas visés

ration pour lever l'interdiction de publier un article de presse jugée contraire à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ou pour revenir sur une mesure d'éloignement d'un étranger qui viole la protection de la vie familiale (art. 8 CEDH).

bb. La procédure de révision en droit suisse

L'article 122 LTF, ainsi que d'autres dispositions sur la procédure fédérale[212], permettent de remettre en cause l'autorité de chose jugée d'un arrêt fédéral afin de rétablir un état conforme à la Convention suite à un constat de violation par la Cour européenne des droits de l'homme[213].

Le législateur suisse a conçu la voie de la révision consécutive à un arrêt de la Cour comme un moyen exceptionnel et subsidiaire. Elle n'est ouverte que si la réouverture de la procédure nationale est nécessaire pour remédier aux effets de la violation et que l'indemnisation n'est pas de nature à atteindre cet objectif[214]. Comme la doctrine n'a pas tardé à le souligner, il existe une tension entre la solution suisse et celle adoptée par les auteurs de la Convention[215]. Selon l'approche helvétique, la compensation financière est le remède prioritaire, alors que l'article 41 CEDH part de la prémisse inverse et réserve l'indemnisation aux cas où le droit interne ne permet pas de remédier à la violation de la Convention. Selon les cas, le Tribunal fédéral a opté pour une interprétation plus ou moins restrictive de la condition de la nécessité[216]. Comme nous le verrons, la jurisprudence récente de la Cour a cependant indiqué que seule une ouverture large de la procédure de révision était conforme à la Convention.

Indépendamment de l'interprétation plus ou moins large des conditions prévues à l'article 122 LTF, l'introduction de la procédure de révision a été une étape significative pour la juridiction constitutionnelle suisse. Elle s'applique en effet sans égard à la source de la violation du droit conventionnel. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans un arrêt du 24 août 1998, lorsque l'effet contraire à la Convention résulte directement d'une loi fédérale, la procédure

---

dans la Recommandation Rec(2000)2 du 19 janvier 2000 sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (voir RUEDIN [2009] p. 162 ss, nº 330 ss).

212 Voir art. 66 al. 2 let. d de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021), art. 229 al. 4 de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0). art. 200 al. 1 let. f de la loi fédérale sur la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1), art. 45 de la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.32), art. 31 de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral du 4 octobre 2002 (RS 173.71).

213 Sur la procédure de révision en droit suisse, voir HOTTELIER (2001); HOTTELIER/MOCK/PUECHAVY (2005) p. 237 ss; DONZALLAZ (2008) p. 1683 ss; VON WERDT, *ad Art. 122 LTF*, in: Seiler/von Werdt/Güngerich (2007) p. 519 ss; FERRARI, *ad Art. 122 LTF*, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari et al. (2009) p. 1197 ss.

214 Art. 122 let. b et c LTF.

215 HOTTELIER (2001) p. 759 ss; HÄFLIGER/SCHÜRMANN (1999) p. 430.

216 Pour un aperçu et une critique de la jurisprudence, voir HOTTELIER (2001) p. 760 ss; ID. (2008a) p. 232 s.

de révision doit conduire au refus d'appliquer la disposition légale en question pour que la Suisse puisse respecter la nature obligatoire des arrêts européens[217]. A l'appui de cette conclusion, les juges fédéraux ont indiqué que la non-application d'une loi fédérale contraire à la Convention était compatible avec la clause d'immunité. Comme ils l'ont confirmé une année plus tard dans l'arrêt *PKK,* l'article 190 Cst. n'est en effet pas une règle de conflit. Par contre, la disposition légale sur la révision est de cette nature et tranche en faveur de la Convention:

> «Sur ce point, l'article 139a OJ constitue une norme spéciale qui, en raison de son sens et de son objectif, interdit au juge de continuer à appliquer une loi quand un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ou une décision du Comité des Ministres l'a jugée contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.»

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral a posé les jalons pour le contrôle de conventionalité des lois affirmé sans équivoque dans la cause *PKK.* En effet, si l'on admet la compétence d'un tribunal de laisser inappliquée une loi fédérale afin de rétablir un état conforme à la Convention, il ne reste plus qu'une étape à franchir pour permettre au juge constitutionnel d'intervenir en amont, dans l'intention de prévenir des violations de la Convention[218]. L'introduction du contrôle de conventionalité dans l'ordre juridique helvétique n'est donc pas uniquement l'œuvre du Tribunal fédéral mais résulte de l'interaction entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif.

La non-application d'une loi fédérale contraire à la Convention, en amont comme en aval d'un arrêt européen, est d'autant plus indiquée que l'inexécution de ce dernier peut, à certaines conditions, donner lieu à un deuxième constat de violation. La Suisse en a fait l'expérience en 2009, lorsque la Cour de Strasbourg a conclu que le refus du Tribunal fédéral de procéder à la révision d'un arrêt jugé contraire à la liberté d'expression garantie par l'article 10 CEDH enfreignait une nouvelle fois cette disposition[219]. Cette jurisprudence audacieuse montre la volonté de la Cour de jouer un rôle plus actif pendant la phase d'exécution nationale des jugements européens. Elle conduit au renforcement des effets juridiques des arrêts de Strasbourg et de l'effectivité de la procédure de révision suisse.

cc. Le renforcement de l'effectivité

La conclusion selon laquelle le refus de réviser est susceptible de constituer une deuxième violation de la Convention suppose d'une part que la Cour soit

---

217 ATF 124 II 480, p. 487 *Erben P.;* L'affaire *Emonet* (ci-dessus C.II.1.b.bb) est un autre exemple où la révision a conduit à l'inapplication d'une loi fédérale, voir TF, arrêt non publié, 5F_6/2008, 18 juillet 2008.

218 Voir SCHERRER (2001) p. 199.

219 Pour un commentaire de l'arrêt de chambre, voir HERTIG RANDALL/RUEDIN (2008); pour une analyse de l'arrêt de Grande Chambre, HERTIG RANDALL/RUEDIN (2010a et b).

compétente pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts et, d'autre part, que le juge national doive conférer à la procédure de révision son plein effet utile.

Dans le système de la Convention, tout d'abord, la surveillance de l'exécution des arrêts européens incombe à un organe politique, le Comité des Ministres, et non à l'instance judiciaire du Conseil de l'Europe[220]. Selon la jurisprudence établie de la Cour, celle-ci est cependant compétente pour statuer sur des faits nouveaux qu'elle n'a pas eu l'occasion de trancher lors de la première requête[221]. Dans les cas où le requérant demande la réouverture de la procédure nationale à la suite d'un arrêt européen, la Cour admet la présence de faits nouveaux lorsque la révision a conduit à la modification de la situation du requérant. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une prohibition de tenir certains propos est atténuée[222] ou si la durée d'une interdiction du territoire prononcée à vie est remplacée par une mesure limitée dans le temps[223]. Le refus de procéder à la révision, lequel n'altère pas la situation du requérant, peut à certaines conditions également être constitutif de faits nouveaux. Il en va ainsi lorsque la violation de la Convention est de nature continue. Dans ce cas, le simple fait qu'elle perdure justifie la compétence de la Cour pour statuer sur la période postérieure à son premier arrêt[224]. En l'absence d'une violation continue, les juges de Strasbourg ont admis leur compétence pour statuer sur une seconde requête lorsque des motifs nouveaux ont été invoqués à l'appui du refus de réviser[225]. Appréhendées dans leur ensemble, ces constellations conduisent à la conclusion que la surveillance de l'exécution des arrêts européens incombe prioritairement, mais de loin pas exclusivement, au Comité des Ministres.

La Cour démontre ensuite, dans l'arrêt de Grande Chambre rendu en 2009 dans l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken c. Suisse,* sa volonté de conférer aux procédures de réouverture nationales leur plein effet utile[226]. Elle y pose tout d'abord le principe que les conditions de recevabilité prévues par la loi nationale doivent être appliquées avec souplesse et ne pas être excessivement formalistes. Une demande très sommaire, qui se contente d'exiger la révision d'un arrêt national pour le motif que la Cour l'avait jugé contraire à un droit conven-

---

220 Voir Art. 46 para. 2 CEDH.

221 Pour l'interprétation de la notion de «faits nouveaux» dans la jurisprudence, voir HERTIG RANDALL/RUEDIN (2008) p. 654 ss.

222 Voir DCEDH, *Hertel c. Suisse,* n° 53440/99, 17 janvier 2002, Rec. 2002-1.

223 Voir ACEDH, *Emre c. Suisse,* n° 43034/04, 22 mai 2008; TF, arrêt non publié, 2F_11/2008, 6 juillet 2009. A noter que le requérant a déposé une nouvelle requête, actuellement pendante, devant la Cour européenne des droits de l'homme. Comparer avec ACEDH, *Mehemi c. France (n° 2),* n° 53470/99, 10 avril 2003, Rec. 2003-IV.

224 Voir p. ex. DCEDH, *Hertel c. Suisse,* n° 53440/99, 17 janvier 2002, Rec. 2002-1.

225 ACEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 65; comme le relève BESSON (2010) p. 177, la jurisprudence de la Cour va au-delà du Protocole 14 qui confère au Comité des Ministres, et non aux individus, la légitimation active pour intenter un recours en manquement à la Cour en cas d'inexécution d'un arrêt européen.

226 Pour une analyse plus approfondie, voir HERTIG RANDALL/RUEDIN (2008); ID. (2010a et 2010b).

tionnel, est suffisante[227]. Ensuite, contrairement au libellé de l'article 122 LTF, l'argument selon lequel la révision n'est pas le seul moyen pour remédier à la violation de la Convention ne permet pas de justifier un refus de réviser[228]. Il suffit en effet que la révision puisse constituer «un aspect *important* de l'exécution des arrêts de la Cour»[229]. Qui plus est, la Cour exige que la voie de la révision soit effectivement utile pour remédier *in casu* à la violation de la Convention. Dans les cas où la simple annulation de l'arrêt ne permet pas d'atteindre cet objectif, les juges de Strasbourg semblent exiger que l'autorité soit dotée d'un pouvoir d'injonction[230].

Ces principes jurisprudentiels conduisent à l'élargissement du champ d'application de la procédure de révision. Celle-ci n'est plus un moyen extraordinaire, mais devient la voie prioritaire pour les particuliers qui ont obtenu gain de cause à Strasbourg. Lorsque le requérant fait usage de cette voie, le juge national est tenu de procéder à la révision de son arrêt de façon quasi-automatique, sous peine d'un nouveau constat de violation. En d'autres termes, les arrêts européens conduisent indirectement, mais inéluctablement, à l'annulation des jugements nationaux déclarés contraires à la Convention. Ils sont dotés d'un «effet cassatoire indirect»[231]. Le pouvoir de décision du juge européen ne se distingue ainsi plus fondamentalement de celui du juge constitutionnel national. Pour la Suisse, l'efficacité du mécanisme de surveillance instauré sous l'égide de la Convention fait de celle-ci une composante essentielle du bloc de fondamentalité. La CEDH n'est cependant pas la seule source des droits et libertés fondamentaux d'origine internationale qui se superposent à la Constitution fédérale.

2. *Les droits et libertés fondamentaux de l'Union européenne*

a. *Pertinence pour la Suisse*

Les droits et libertés fondamentaux protégés dans l'ordre juridique de l'Union européenne pourraient-ils être pertinents pour le juge constitutionnel helvétique, alors que la Suisse a choisi de rester à l'écart de l'intégration européenne? La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[232] n'est-elle pas

---

227 ACEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 94.

228 La jurisprudence récente du Tribunal fédéral va dans ce sens; TF, arrêt non publié, 1F_1/2007, 30 juin 2007, consid. 3.2. Les juges de Mon-Repos y ont admis une demande de révision qui a eu pour but une expertise ADN en relevant qu'il est « à cet égard sans importance que le requérant puisse également obtenir une telle mesure par une autre procédure», faisant ainsi abstraction de la condition de nécessité prévue à l'article 122 LTF; pour un commentaire, voir HOTTELIER (2008a).

229 ACEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 90.

230 ACEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 97.

231 Opinion dissidente du juge Malinverni, ACEDH (GC), *Verein g. Tierfabriken (VgT) c. Suisse (n° 2),* n° 32772/02, 30 juin 2009, para. 28.

232 Ci-après «CJUE»; ancienne Cour de Justice de la Communauté européenne («CJCE»).

une simple source d'inspiration à laquelle se réfèrent les tribunaux helvétiques à leur guise dans le domaine des droits fondamentaux[233]? Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette question dans un arrêt du 19 décembre 2003[234]. Après avoir retracé dans les grandes lignes les sources, l'évolution et le système de protection des libertés individuelles dans l'Union européenne, les juges de Mon-Repos rappellent que la CJUE a comblé le vide dans les Traités fondateurs en reconnaissant les droits fondamentaux comme des principes généraux du droit, dont elle assure le respect. S'inspirant des «traditions constitutionnelles communes aux Etats membres»[235] et des conventions internationales de protection des droits de l'homme[236], la jurisprudence de la CJUE a reconnu un grand nombre de droits comme principes généraux. En tant que source d'inspiration privilégiée des juges de Luxembourg, la CEDH a joué un rôle central dans le processus de création prétorienne d'un catalogue de droits fondamentaux[237], qui s'imposent dans le champ d'application du droit de l'Union européenne également aux Etats membres[238]. Ceux-ci sont ainsi tenus de respecter la Convention à un double titre: d'une part, ils sont, comme la Suisse, liés directement en tant qu'Etats parties à la Convention; d'autre part, la CEDH les lie indirectement, en tant que source d'inspiration des droits fondamentaux de l'Union européenne[239].

---

233 Voir p. ex. ATF 123 I 152, p. 165 s. *G. und Mitbeteiligte* et ATF 125 I 21, p. 29 *Grüne Bewegung Uri* sur l'admission des quotas en faveur des femmes, se référant à CJCE, *Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen,* aff. C-450/93, 17 octobre 1995, Rec. 1995, I-3051 ss et, dans le second arrêt, à CJCE, *Hellmut Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen,* aff. C-409/95, 11 novembre 1997, Rec. 1997, I-6363; ATF 124 I 55, p. 74 *Evangelische Volkspartei Freiburg (EVP),* se référant dans un obiter dictum à CJCE, *Parti écologiste «Les Verts» contre Parlement européen,* aff. 294/91, 23 avril 1986, Rec. 1986, 1339; ATF 128 I 280, p. 282 *X.* se référant à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pour l'interprétation de l'activité de puissance publique; ATF 125 I 276, p. 278 ss, *X.* se référant pour l'interprétation de la portée de la liberté économique et la loi fédérale sur le marché intérieur à la jurisprudence de la CJCE.

234 ATF 130 II 113 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

235 CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,* aff. 11/70, 17 décembre 1970, Rec. 1970, 1135, point 4.

236 CJCE, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes,* aff. 4/73, 14 mai 1974, Rec. 1974, 491, point 13.

237 Voir p. ex. CJCE, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,* aff. 222/84, 13 mai 1986, Rec. 1986, 1651, point 18.

238 CJCE, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft,* aff. 5/88, 13 juillet 1989, Rec. 1989, 2609, point 17; CJCE, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres (ERT),* aff. C-260/89, 18 juin 1991, Rec. 1991, I-2925, point 42.

239 Cf. art. 6 para. 3 du Traité sur l'Union européenne. La double validité – directe et indirecte – de la CEDH au sein des Etats européens a pour conséquence que deux juridictions internationales, la Cour de Strasbourg et celle de Luxembourg veillent au respect des droits conventionnels. Comme la pratique l'a montré, des interprétations divergentes du même droit ne sont pas exclues. Les Etats membres de l'Union européenne pourraient donc dans une même affaire être confrontés à deux jugements contradictoires (voir à ce sujet HERTIG RANDALL [2007] p. 520 avec des exemples).

Selon le Tribunal fédéral, les principes généraux de droit «n'entrent en principe pas dans l'acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à reprendre»[240]. Le juge suisse applique donc «directement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme»[241] sans être lié par «les arrêts de la Cour de justice dont la solution repose sur la prise en compte de droits fondamentaux»[242]. «Cette réserve n'est cependant pas fondée» poursuit le Tribunal fédéral,

> «lorsque la Cour de justice recourt aux droits fondamentaux pour interpréter une norme contenant une notion de droit communautaire au sens de l'art. 16 al. 2 ALCP [Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999[243]]. En ce cas, les droits fondamentaux concernés se confondent en effet avec la notion de droit communautaire qu'ils servent à éclairer et l'interprétation qui en découle doit, en principe, être considérée comme faisant partie de l'acquis communautaire que la Suisse s'est engagée à reprendre, sous réserve que la jurisprudence en cause soit antérieure à la date de signature de l'Accord[244].»

Comme l'indique le Tribunal fédéral, les droits fondamentaux communautaires (codifiés depuis 2000 par la Charte de l'Union européenne)[245] sont susceptibles de s'appliquer dans l'ordre juridique helvétique par le biais de l'Accord bilatéral de 1999 qui a pour vocation de garantir la libre circulation des personnes dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne.

b. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)

Entrée en vigueur le 1er juin 2002, l'ALCP contribue à l'européanisation des droits fondamentaux à un double titre. D'une part, bien que sa finalité soit essentiellement économique[246], les droits qu'il consacre n'ont pas une portée exclusivement instrumentale mais protègent également les personnes en tant que telles. Dans cet ordre d'idées, la CJUE a décrit la libre circulation des personnes comme un «droit fondamental»[247]. L'interdiction de la discrimination en raison

---

240 ATF 130 II 113, p. 123 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

241 ATF 130 II 113, p. 123 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

242 ATF 130 II 113, p. 124 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

243 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes; RS 0.142.112.681.

244 ATF 130 II 113, p. 124 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

245 La Charte a été adoptée le 7 décembre 2000 à Nice en tant que déclaration politique; elle a été légèrement modifiée et une nouvelle fois proclamée le 12 décembre 2007 à Strasbourg. La Charte a acquis valeur juridique avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (cf. Art. 6 para. 1 du Traité sur l'Union européenne [TUE, version consolidée]); elle n'est cependant pas devenue la seule source des droits fondamentaux dans l'Union européenne mais coexiste avec les droits garantis à titre de principes généraux du droit (cf. Art. 6 para. 3 du Traité sur l'Union européenne [TUE, version consolidée]; sur la relation entre la Charte et la Convention, voir l'Art. 52 para. 3 de la Charte.

246 ATF 130 II 113 p. 121 s. *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

247 CJCE, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e.a. contre Jean-Marc Bosman e.a.*, aff. C-415/93, 15 décembre 1995, Rec. 1995, I-5076, point 129; CJCE, *Nour Eddline*

de la nationalité mérite, à notre sens, une qualification analogue. La double finalité des libertés fondamentales n'est d'ailleurs pas étrange à la tradition constitutionnelle suisse[248]. Comme nous l'avons vu[249], la plupart des droits constitutionnels protégés dans la Constitution de 1848/74 (notamment la liberté économique, la liberté d'établissement, et l'interdiction de discriminations en raison de la provenance cantonale) ne se limitaient pas à protéger les particuliers mais avaient également la fonction d'assurer l'intégration de l'Etat fédéral. L'ALCP contient de plus des dispositions sur le regroupement familial et les mesures d'éloignement des ressortissants de l'Union européenne qui sont des thématiques classiques des droits fondamentaux. C'est au sujet de ces dispositions que l'interprétation de l'Accord à la lumière des droits fondamentaux de l'Union européenne prend toute son importance. Selon la jurisprudence constante de la CJUE, il convient par exemple d'interpréter des mesures restrictives de la libre circulation des personnes (notamment des mesures d'éloignement) à la lumière des garanties conventionnelles[250], en particulier de l'article 8 CEDH. En vertu de l'article 16 ALCP, la jurisprudence de la CJUE rendue avant le 21 juin 1999, date de signature de l'Accord, s'impose à la Suisse dans la mesure où elle est compatible avec la finalité plus modeste de l'intégration sectorielle poursuivie par les traités bilatéraux[251].

En l'absence d'un mécanisme de renvoi préjudiciel à la CJUE[252], l'article 16 ALCP est le seul mécanisme permettant d'assurer une application uniforme de l'Accord. Bien que l'ultime interprète de l'ALCP dans l'ordre juridique helvétique, le Tribunal fédéral, se réfère de façon systématique aux arrêts de la CJUE, la jurisprudence montre que notre Haute Cour est également encline à tenir compte des jugements européens rendus après la signature de l'Accord et à procéder à des revirements jurisprudentiels afin d'éviter des interprétations divergentes entre Mon-Repos et Luxembourg[253]. Elle a également été disposée à

El-Yassini contre Secretary of State for Home Department, aff. C-416/96, 2 mars 1999, Rec. 1999, I-1241, point 45.

248 Cf. HERTIG RANDALL (2007) p. 503 ss; KÄLIN (1992) p. 171.

249 Ci-dessus B.II.

250 Voir p. ex. CJCE, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur,* aff. 36/75, 28 octobre 1975, Rec. 1975, 1219, point 32; CJCE, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich,* aff. C-109/01, 23 septembre 2003, Rec. 2003, I 9607, point 58.

251 Cf. ATF 130 II 113, p. 119; pour l'interprétation de l'ALCP, cf. EPINEY/MOSTERS (2006); COTTIER/DIEBOLD (2009).

252 ATF 130 II 113, p. 120 s. *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration.*

253 Pour des exemples récents, voir ATF 136 II 5 *X. et Y* et ATF 136 II 65 *A., B. et C,* dans lesquels le Tribunal fédéral a suivi l'évolution des arrêts de la CJUE dans le domaine du regroupement familial en abandonnant sa jurisprudence fondée sur l'arrêt *Akrich* (CJCE, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich,* aff. C-109/01, 23 septembre 2003, Rec. 2003, I-9607) pour l'aligner sur l'arrêt *Metock* (CJCE, *Blaise Baheten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform,* aff. C-127/08, 25 juillet 2008, Rec. 2008, I-6241). Pour une critique de la jurisprudence fondée sur l'arrêt *Akrich,* voir p. ex. HERTIG RANDALL (2009) p. 71 ss.

refuser d'appliquer des lois fédérales contraires à l'ALCP[254]. Le Tribunal fédéral remplit ainsi sa fonction «européenne» malgré le fait que la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne.

3. *Les conventions universelles en matière des droits de l'homme*

Aux sources européennes des droits et libertés fondamentaux s'ajoutent les conventions universelles de protection des droits de l'homme que la Suisse a ratifiées[255]. De par leur contenu, certaines dispositions qu'elles contiennent se chevauchent avec les droits fondamentaux garantis au niveau européen et national, d'autres sont complémentaires. Comme dans le cas de la CEDH, la mise en œuvre des instruments universels relatifs aux droits de l'homme incombe en premier lieu au juge national. Leur impact dans l'ordre juridique suisse est cependant jusqu'à présent resté relativement limité. La jurisprudence relative aux deux principales conventions onusiennes de 1966, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I)[256] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)[257] illustre ce point.

---

254 Voir TF 2C_319/2009 et 2C_321/2009, *X. contre Administration fiscale cantonale du canton de Genève,* 26 janvier 2010, consid. 16.1 (publication prévue); ATF 133 V 367, p. 386 ss *Segretariato di Stato dell'economia contro C. nonché Tribunale delle assicurazioni del Cantone Ticino* qui portaient les deux sur un conflit entre une loi fédérale et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité prévu dans l'ALCP.

255 Soit, les Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC/ICESCR; ci-après «Pacte ONU I»), adhésion le 18 juin 1992; RS 0.103.1; Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP/ICCPR; ci-après «Pacte ONU II»), adhésion le 18 juin 1992; RS 0.103.2; Deuxième protocole facultatif du 15 décembre 1989 se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (PIDCP-PF2/ICCPR-OP2), adhésion le 16 juin 1994; RS 0.103.22; Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR/ICERD), adhésion le 29 novembre 1994; RS 0.104; Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CCT/CAT), ratification le 2 décembre 1986; RS 0.105; Protocole facultatif du 18 décembre 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (PF-CCT/OP-CAT), ratification le 24 septembre 2009; RS 0.105.1; Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE/CRC), ratification le 24 février 1997; RS 0.107; Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (CDE-PF-CA/OP-CRC-AC), ratification le 26 juin 2002; RS 0.107.1; Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (CDE-PF-VE/OP-CRC-SC), ratification le 19 septembre 2006; RS 0.107.2; Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF/CEDAW), ratification le 27 mars 1997; RS 0.108; Protocole facultatif du 6 octobre 1999, se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (PF-CEDEF/OP-CEDAW), ratification le 29 septembre 2008; RS 0.108.1.

256 Cf. note 255.

257 Cf. note 255.

Le Tribunal fédéral a amoindri l'effet du premier instrument en déclarant que les droits qu'il consacre ne sont en général pas directement applicables et ne peuvent donc pas être invoqués par les particuliers devant les instances judiciaires et administratives internes[258]. Cette jurisprudence contraste avec la position plus nuancée de l'organe de surveillance institué par le Pacte (le Comité des droits économiques, sociaux et culturels)[259], lequel s'est montré critique de l'approche helvétique[260]. Réduits dans une large mesure à de simples normes programmatoires, les droits consacrés par le Pacte ONU I sont privés d'efficacité dans l'ordre juridique suisse.

Le Pacte ONU II a connu un sort plus favorable, dans la mesure où ses dispositions sont directement applicables et ont été considérées, à l'instar des garanties contenues dans la CEDH, comme des droits constitutionnels. Dans la jurisprudence helvétique, le Pacte, dont le contenu se recoupe en grande partie avec celui de la CEDH, ne déploie cependant guère de portée propre. Des références jurisprudentielles à la pratique du Comité des droits de l'homme, qui a pour mission de veiller à la mise en œuvre du Pacte, sont quasi inexistantes. La pratique suisse concernant les deux Pactes de 1966 montre que le juge suisse n'a pas encore pris suffisamment conscience de sa fonction de gardien principal des garanties universelles des droits de l'homme. D'une façon plus générale, les instruments rédigés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies relatifs aux droits humains restent relativement peu connus en Suisse et manquent de visibilité.

Une première raison à ce constat est de nature temporelle. La ratification des conventions onusiennes est un phénomène relativement récent, qui a pris son plein essor dans la dernière décennie du 20e siècle. Une deuxième raison tient à la mise en œuvre des droits au niveau universel. Une minorité de conventions (comme la Convention sur les droits de l'enfant et, jusque récemment, le Pacte ONU I) ne prévoit aucun mécanisme de contrôle contentieux, ce qui réduit leur impact dans l'ordre juridique interne. La plupart des conventions onusiennes instaurent cependant de tels mécanismes. A la différence de la requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme, ils ne sont toutefois pas obligatoires. Les particuliers ne peuvent soumettre des communications individuelles aux organes de surveillance conventionnels (nommés comités et composés d'experts indépendants) que moyennant l'acceptation par l'Etat Partie de ce mécanisme. Le fait que la Suisse n'ait pas reconnu la compétence

---

258 ATF 120 Ia 1, p. 10 ss *Verband Studierender an der Universität Zürich, Robert Hurst, Christine Ritzmann und Philipp Aregger;* la jurisprudence ultérieure est moins catégorique, cf. ATF 125 III 277, p. 281 *K.*; ATF 130 I 113, p. 123 s. *A.;* ATF 133 I 156, 167 *A.X.;* ATF 135 I 161, p. 162 s. *F.* Pour un résumé de la jurisprudence, voir RHINOW/SCHEFER (2009) p. 216 s., nº 1072 ss.

259 Observation générale nº 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 14 décembre 1990, E/1991/23(SUPP), para. 5.

260 Voir les Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels au sujet de la Suisse du 7 décembre 1998, E/C.12/Add.30, para. 10.

contentieuse du Comité des droits de l'homme explique en partie l'existence effacée que mène le Pacte ONU II comparé à la Convention européenne des droits de l'homme. Jusqu'à présent, la Suisse a souscrit au mécanisme de communication individuelle pour trois conventions: en 1986 pour la Convention contre la torture (CAT)[261], en 2008 pour la Convention contre la discrimination des femmes (CEDAW)[262] et en 2003 pour la Convention contre la discrimination raciale (CERD)[263].

Les déterminations des comités se superposent, comme la jurisprudence strasbourgeoise, à celle des tribunaux suisses. A la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, les comités ne sont pas des tribunaux au sens technique du terme; dans le même ordre d'idées, leurs déterminations n'ont pas la valeur d'un jugement et sont qualifiées «d'opinions» ou de «recommandations». L'on ne saurait cependant pas attacher une importance excessive à cette différence. La qualification des comités comme organes «quasi-judiciaires» souligne ce point[264]. La procédure devant eux s'apparente en effet fortement à une procédure juridictionnelle[265]. Les comités remplissent de plus la même fonction que la Cour européenne, celle de statuer, en tant qu'interprètes ultimes, sur le respect des droits conventionnels et d'offrir ainsi aux particuliers une protection subsidiaire à l'encontre de leurs propres Etats. Il serait dès lors souhaitable que le droit interne facilite la mise en œuvre d'une constatation par un suivi institutionnel, comme il en existe un, avec la procédure de révision, pour les arrêts de Strasbourg[266].

La moindre effectivité juridique des communications individuelles comparées aux requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme n'ôte pas aux procédures devant les comités leur pertinence pratique. Même lorsque les contenus d'un instrument universel et européen se chevauchent, le droit de communication individuelle peut constituer aux yeux des particuliers une réelle alternative à la saisine de la Cour de Strasbourg. Le Comité contre la torture est par exemple régulièrement appelé à se prononcer sur la conformité de mesures relatives à l'éloignement des étrangers avec l'interdiction prévue à l'article 3 al. 1 CAT d'expulser, de refouler ou d'extrader «une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture (...)»[267], bien que le principe de non-refoulement soit également garanti dans la jurisprudence des instances de Strasbourg[268]. Jusqu'à présent, il a reçu

261 Cf. note 255.
262 Cf. note 255.
263 Cf. note 255. A noter que la Suisse a formulé une réserve à l'Art. 4 CERD.
264 Cf. KÄLIN/KÜNZLI (2008) p. 236.
265 KÄLIN/KÜNZLI (2008) p. 236 contra: Commission suisse de recours en matière d'asile, décision nº 14, 1998, *JAAC* 1999 nº 11, p. 101 ss.
266 Cf. HOTTELIER (2008a) p. 233 ss.
267 Pour un aperçu de la jurisprudence du Comité contre la torture, cf. CHETAIL (2006).
268 Pour une comparaison de la CAT et de la CEDH dans le domaine du non-refoulement, voir HERTIG RANDALL (2008) para. 3 ss (avec d'autres références y citées); relevons que l'interdic-

plus de 60 communications à l'encontre de la Suisse dont cinq ont donné lieu à une constatation de violation[269]. Une de ces dernières affaires montre que la contrariété à la CAT peut avoir son origine dans une loi fédérale[270]. En d'autres termes, le Comité contre la torture peut exercer, comme la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle concret de conventionalité des lois.

III. Défis de coordination

Comme l'exemple du principe de non-refoulement le montre, la multiplication des conventions relatives aux droits de l'homme à l'échelle universelle et européenne conduit, d'un point de vue matériel, régulièrement à des chevauchements[271]. Les dispositions de droit international se superposent de surcroît à des garanties analogues ou semblables prévues dans la Constitution nationale. Dans l'Etat fédéral suisse, s'y ajoutent les constitutions cantonales.

Face à la multiplication des sources de droits individuels et des instances de surveillance, un rôle important du juge constitutionnel national consiste en la coordination des différentes composantes du bloc de fondamentalité (1). Au défi d'établir la cohérence entre les divers échelons de la constitution au sens large s'ajoute celui d'arbitrer des conflits entre des normes de nature constitutionnelle, d'une part, et d'autres normes internationales, d'autre part (2).

---

tion du refoulement découle aussi des articles 6 et 7 du Pacte ONU II, de l'ALCP et de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 (RS 0.142.30). La portée de cette dernière disposition est plus large que l'interdiction découlant de l'article 3 CAT et des autres conventions protectrices des droits de l'homme; par contre, le principe de non-refoulement a une portée absolue dans ces derniers traités alors que tel n'est pas le cas selon la Convention de 1951.

269 Jusqu'en 2006, le nombre de communications individuelles adressées au Comité contre la torture était de 57, cf. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation du Protocole facultatif du 6 octobre 1999 relatif à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (OP-CEDAW) du 29 novembre 2006, FF 2006 9253, p. 9281. Le Comité contre la torture a conclu à une violation dans les affaires *Balabou Mutombo c. Suisse,* Comm. n° 13/1993, 27 avril 1994, qui constitue la toute première communication individuelle accueillie par le Comité pour violation de l'article 3 CAT; *Ismail Alan c. Suisse,* Comm. n° 21/1995, 31 janvier 1995; *Seid Mortesa Aemei c. Suisse,* Comm. n° 34/1995, 9 mai 1997; *V.L. c. Suisse,* Comm. n° 262/2005, 22 janvier 2007; *Jean Patrick Iya c. Suisse,* Comm. n° 299/2006, 16 novembre 2007.

270 Voir *Jean Patrick Iya c. Suisse,* Comm. n° 299/2006, 16 novembre 2007. L'affaire concernait le renvoi d'un requérant d'asile congolais qui avait été frappé d'une décision de non-entrée en matière pour non remise des papiers d'identité dans le délai de 48 heures prévu dans la loi sur l'asile (LAsi) du 26 juin 1998, RS 142.31. L'application de cette loi avait eu pour conséquence, comme le relève le Comité, que les autorités internes n'avaient à aucun moment examiné le fond de la demande d'asile alors que le requérant avait démontré qu'il courrait un risque sérieux d'être exposé à la torture dans son pays d'accueil; pour une analyse, cf. HERTIG RANDALL (2008).

271 Pour les sources internationales du principe de non-refoulement, voir note 268.

1. Coordination des différentes composantes du bloc de fondamentalité

Nous l'avons vu, le juge constitutionnel national n'a plus toujours le dernier mot en matière de droits fondamentaux. Il serait toutefois erroné d'en conclure que son rôle est devenu secondaire. Le défi d'harmoniser les différentes composantes du bloc de fondamentalité est une tâche exigeante qui va bien au-delà d'un simple suivi mécanique de la jurisprudence des organes internationaux. A cet égard, rappelons que le juge constitutionnel suisse reste, en vertu du principe de la subsidiarité de la protection internationale des droits de l'homme, le principal gardien des droits et libertés individuels sur le territoire helvétique. Ce principe trouve son expression tant sur le plan procédural[272] que sur le plan matériel.

Pour respecter l'idée de la subsidiarité sous l'angle procédural, le juge constitutionnel suisse doit constamment harmoniser l'interprétation des dispositions procédurales nationales avec la jurisprudence européenne et internationale pour éviter que la voie menant à Strasbourg ou aux organes de contrôle des traités onusiens ne soit plus largement ouverte que celle de Mon-Repos[273]. Les différences quant au champ d'application et quant aux exceptions admissibles entre la garantie constitutionnelle de l'accès au juge (article 29a Cst.) et l'article 6 CEDH montrent que la tâche d'harmonisation judiciaire peut s'avérer complexe.

D'un point de vue matériel, le principe de faveur vise à établir la priorité entre les droits issus de différentes sources[274]. Il commande l'application du droit qui confère la protection la plus étendue dans un cas particulier. D'une apparente simplicité, la mise en œuvre du principe de la faveur n'est pas facile. Elle requiert du juge constitutionnel des connaissances approfondies des différents systèmes de protection des droits fondamentaux et la capacité d'analyser leurs jurisprudences dans une perspective comparative. Qui plus est, il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle est la solution la plus favorable dans une situation concrète, car les droits protégés par la même source ou par des sources différentes peuvent entrer en conflit les uns avec les autres. Avant d'approfondir ce problème, relevons que l'esprit du principe de faveur exige plus du juge constitutionnel national qu'éviter des «condamnations» à Strasbourg. En particulier lorsque la Cour européenne des droits de l'homme rejette une requête en soulignant que l'Etat membre a une grande marge d'appréciation à défaut d'un consensus européen dans le domaine concerné[275], la simple transposition de cette jurisprudence au niveau interne risque de conduire à un nivellement par le

272 Ci-dessus C.II.1.a. pour la CEDH.
273 Ci-dessus C.II.1.e.bb.
274 Art. 53 CEDH; pour une analyse, cf. HOTTELIER (2007).
275 Sur la théorie dite de la marge d'appréciation laissée aux Etats membres, voir p. ex. DE SALVIA (2000); CALLEWAERT (2000); KASTANAS (1996).

bas de la protection des droits fondamentaux au niveau national ou d'empêcher les droits constitutionnels nationaux de développer leur effet utile.

L'approche inverse, consistant à accorder une protection maximale à un droit garanti dans la CEDH afin d'éviter tout risque de se voir désavouer à Strasbourg, n'est pas exempte de problèmes non plus. Elle risque de ne pas accorder un poids suffisant aux intérêts publics ou aux droits des tiers, qui militent en faveur de la restriction du droit concerné. Au niveau national, des arrêts cantonaux «indûment maximalistes» peuvent en général être portés devant le Tribunal fédéral. Comme la voie à la Cour européenne des droits de l'homme n'est ouverte qu'aux particuliers et non à l'Etat, un arrêt analogue des juges fédéraux ne peut cependant être revu à Strasbourg que lorsqu'il porte sur un conflit de deux droits garantis par la Convention[276]. Une victime de propos diffamatoires, par exemple, peut saisir la Cour d'une requête faisant valoir que le jugement national a accordé une protection excessive à la liberté d'expression (article 10 CEDH) au détriment de la réputation de la cible du discours, protégée par l'article 8 CEDH[277]. Par contre, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, les membres d'un groupe qui a fait l'objet de propos racistes n'auraient probablement pas la qualité de victime à défaut d'être suffisamment individualisés[278]. Bien que la jurisprudence strasbourgeoise souligne que le discours de haine n'est pas protégé par la liberté d'expression[279], un jugement du Tribunal fédéral qui admettrait à tort un recours contre une condamnation fondée sur l'article 261bis du Code pénal suisse ne pourrait plus être porté à Strasbourg. Il ne serait pourtant pas conforme aux droits fondamentaux des victimes, protégés entre autre par la CERD[280].

En guise de conclusion, le processus d'internationalisation conduit à une nouvelle fonction de la juridiction constitutionnelle, celle d'harmoniser les différents échelons du bloc de fondamentalité et d'assurer la cohérence globale entre les normes de nature constitutionnelle. Ce faisant, le juge constitutionnel doit de plus veiller à trouver des solutions qui s'inscrivent autant que possible dans le contexte national[281].

---

276 Sur cette problématique, voir LAWSON (2009).

277 Voir p. ex. ACEDH, *Caroline von Hannover c. Allemagne,* n° 59320/00, 24 juin 2004, Rec. 2004-VI.

278 Cf. LAWSON (2009) p. 37 (avec des références jurisprudentielles).

279 Voir p. ex. ACEDH (GC), *Lehideux et Isorni c. France,* n° 24662/94, 23 septembre 1998, Rec. 1998-VII.

280 Le Comité contre la discrimination raciale ne pourrait pour l'instant pas statuer sur ce problème, étant donné que la Suisse a fait une réserve à l'article 4 CERD.

281 Dans ce sens, voir l'arrêt *Görgülü* de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfGE, 2 BvR 1481/04, 14 octobre 2004, para. 58).

2. *Coordination entre le bloc de fondamentalité et d'autres normes de droit international*

La mission d'harmonisation du juge constitutionnel ne se limite pas à concilier des droits fondamentaux protégés par la même source ou par des sources différentes. Il peut de surcroît être appelé à établir la cohérence entre des normes faisant partie du bloc de fondamentalité et les autres règles de droit international. Le risque de ce type de conflits augmente en raison de la prolifération des normes internationales et la tendance vers une coopération interétatique de plus en plus ample au sein d'organisations supra- et internationales. La collaboration institutionnalisée entre les Etats a conduit à l'émergence d'un grand nombre de régimes internationaux spécialisés qui se chevauchent et dont certains sont dotés de leur propre organe de surveillance. La coexistence et concurrence entre ces régimes entraînent un risque de «fragmentation»[282] de l'ordre juridique international. Pour garantir une unité minimale, une partie de la doctrine s'inspire du constitutionnalisme[283] et préconise entre autre une plus forte hiérarchisation matérielle des sources de l'ordre juridique international. Le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne sert souvent de source d'inspiration. Il montre que des conflits entre le bloc de fondamentalité et d'autres règles (en l'espèce les actes adoptés par les organes de l'Union européenne) ne peuvent pas être résolus uniquement sur la base d'une hiérarchie formelle entre les sources. En effet, la reconnaissance et la protection effective des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne se sont développées à travers le dialogue entre la CJUE d'une part et les cours constitutionnelles nationales ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part. En particulier la jurisprudence des Cours constitutionnelles allemande[284] et italienne[285] sur le rapport entre le droit européen et le droit national a eu un fort effet de catalyseur sur la création prétorienne des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Tout en acceptant la règle selon laquelle le droit de l'Union européenne l'emporte sur tout le droit national dans son principe, plusieurs cours suprêmes l'ont assortie de quelques réserves visant à sauvegarder le contenu essentiel des

---

282 Voir le Rapport de la Commission du droit international du 2 mai 2006 «Fragmentation du droit international. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», accessible sous *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/611/75/PDF/G0661175.pdf?OpenElement*, état au 2 mars 2010.

283 Pour un aperçu des différentes théories concernant la constitutionnalisation du droit international en général ou des divers régimes internationaux, voir p. ex. BESSON (2009b); pour une étude récente, cf. KLABBERS/PETERS/ULFSTEIN (2009).

284 Cf. BVerfGE 37, 271 *(Solange I)*; BVerfGE 73, 339 *(Solange II)*; BVerfGE 89, 155 *(Maastricht-Urteil)*; BVerfGE 102, 147 *(Bananenmarktordnung)*; BVerfGE 123, 267 *(Lissabon-Urteil)*.

285 Cf. Cour constitutionnelle italienne, *Frontini*, Foro italiano 1974, I, p. 314 [traduction française in RTDE 1974, p. 148 ss]; Cour constitutionnelle italienne, *Granital*, Giurisprudenza costitutionale 1984, vol. I, p. 1084 ss [traduction française in *RTDE* 1985, p. 414 ss]; Cour constitutionnelle italienne, *Fragd*, Giurisprudenza costitutionale 1989, vol. I, p. 1001 ss.

droits fondamentaux protégés dans les constitutions nationales[286]. La garantie des droits et libertés individuels était donc perçue comme une condition nécessaire à l'acceptation de la primauté du droit de l'Union européenne.

Il est intéressant de noter que la CJUE a adopté une démarche semblable à celle des cours constitutionnelles nationales dans les rapports entre le droit européen et le droit international. Dans le fameux arrêt *Kadi*[287], qui portait, comme l'arrêt *Nada*[288] du Tribunal fédéral sur les sanctions prises à l'encontre des personnes figurant sur les fameuses listes noires adoptées dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, elle a fait prévaloir les droits fondamentaux de l'Union européenne face aux résolutions du Conseil de sécurité. La CJUE a choisi cette solution malgré le fait que l'article 103 de la Charte des Nations Unies accorde en cas de conflit la primauté aux obligations découlant de la Charte par rapport à celles découlant d'autres traités. Le Tribunal fédéral, quant à lui, avait rejeté le grief fondé sur la violation des droits fondamentaux protégés dans la Constitution, relevant qu'il était tenu, en vertu de l'article 190 Cst., d'appliquer le droit international. Pour le surplus, il s'était inspiré du jugement du Tribunal de première instance dans l'affaire *Kadi*[289]. Contrairement à l'arrêt de la CJUE, celui rendu en première instance avait confirmé la primauté des actes onusiens, sous réserve des normes faisant partie du *ius cogens*.

Les conclusions divergentes auxquelles sont arrivées la CJUE, d'une part, et le Tribunal de première instance et le Tribunal fédéral, d'autre part, montrent que l'arbitrage de conflits entre les droits fondamentaux et le droit international n'est pas aisé. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé dans l'arrêt *Bosphorus*[290], il convient de concilier l'impératif de protéger les droits individuels avec les objectifs poursuivis par la coopération interétatique. Dans le cas des résolutions du Conseil de sécurité, le fonctionnement du système de garantie de la sécurité collective est en jeu. Outre les deux approches choisies, la solution «nationaliste» de la CJUE consistant à affirmer la primauté des droits fondamentaux de son propre ordre juridique, et la solution minimaliste qui accorde la primauté uniquement aux droits faisant partie du *ius cogens*, une troisième stratégie, inspirée de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour euro-

---

286 Cette tendance semble se généraliser. Voir par ex. Conseil constitutionnel de la République française, Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 (Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information); Cour constitutionnelle tchèque, Pl. ÚS 19/08 (Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství [arrêt sur le traité de Lisbonne I].

287 CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes,* aff. C-402/05 P et C-415/05 P, 3 septembre 2008, Rec. 2008, I-6351; pour une analyse, voir p. ex. BESSON (2009a); HIEBER (2010).

288 ATF 133 II 450 *Nada.*

289 TPICE, *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes,* aff. T–315/01, 21 septembre 2005, Rec. 2005, II-3649.

290 Ci-dessus C.II.1.d.

péenne des droits de l'homme[291], serait à notre sens plus satisfaisante. Elle consisterait à réduire la réserve en faveur des droits fondamentaux nationaux au respect de leur essence. Pour établir une protection plus étendue du droit fondamental en question, il conviendrait d'examiner dans une perspective comparative si sa prééminence se justifie dans un cas de conflit donné sur la base des traités européens et universels des droits de l'homme[292]. La jurisprudence d'autres cours constitutionnelles pourrait également offrir des points de repère. Cette analyse conduirait le juge constitutionnel pour le moins à sanctionner des violations manifestes des droits fondamentaux tout en réduisant le danger inhérent à la mise en œuvre décentralisée de ces droits. Pour ne pas miner la coopération internationale, il serait envisageable, selon les cas, de fixer aux autorités nationales un délai pour remédier au problème par la voie de la négociation avant que l'effet cassatoire ne déploie ses effets. En s'engageant sur cette voie, le juge constitutionnel suisse rejoindrait de multiples autres membres d'une communauté d'architectes et d'interprètes[293] d'une constitution émergente de l'ordre juridique international.

IV. Synthèse

La juridiction constitutionnelle suisse s'exerce dans un contexte contemporain marqué par la «fin de l'exclusivité constitutionnelle des Etats»[294]. Dans le domaine des droits de l'homme, les normes internationales de nature constitutionnelle imprègnent, complètent et doublent les garanties constitutionnelles nationales, formant ensemble le «bloc de fondamentalité» dont le juge constitutionnel assure le respect. A la prolifération de sources de droits de l'homme s'ajoute la multiplication des organes de contrôle. L'emprise du droit international, et des gardiens internationaux, sur la juridiction constitutionnelle a été décrite par certains auteurs en termes de «rationalisation (...) de l'ordre constitutionnel» (...) «comme celle de l'activité du gardien constitutionnel»[295], de «mise sous tutelle progressive des juridictions suprêmes nationales»[296] ou du «champ constitutionnel» national[297]. Autrement dit, le juge constitutionnel n'a plus le dernier mot sur l'appréciation des actes nationaux, et les normes conventionnelles concurrencent la Constitution nationale comme norme de référence

291 Ci-dessus C.II.1.d.

292 Concernant la Charte des Nations Unies, qui est à son tour souvent décrite comme un texte de nature constitutionnelle (cf. FASSBENDER [2009]) il convient de relever que la protection des droits de l'homme figure parmi les buts de l'organisation (art. 1 para. 3) et de la coopération des Etats (art. 55 para. 3).

293 Nous nous sommes inspirés de l'expression *«Gemeinschaft der Verfassungsinterpreten»* (HÄBERLE).

294 MALINVERNI (1998) p. 20; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 486, n° 1364.

295 BURGORGUE-LARSEN (2001) p. 32 (les italiques dans l'original ont été supprimées).

296 MALINVERNI (1998) p. 62.

297 BURGORGUE-LARSEN (2001) p. 31.

par excellence dans la procédure de contrôle de constitutionnalité. Faut-il en conclure que le juge constitutionnel national est réduit à l'impuissance et voit son rôle amoindri à celui de juge d'un «Oberlandesgericht Schweiz»[298]? A notre sens, une telle conclusion met l'accent trop fortement sur une hiérarchie formelle et omet de saisir l'interaction entre les différentes sources et acteurs. En effet, «si l'encadrement du champ constitutionnel est évident, si le contrôle européen est prégnant, il s'insère au bout du compte dans un ensemble systémique global marqué par le dialogue, par une interaction institutionnelle et matérielle constante, révélatrice d'un puissant syncrétisme juridique»[299].

Le dialogue et l'élargissement de la perspective au-delà du droit constitutionnel national permettent au juge constitutionnel de veiller à la cohérence globale des normes faisant partie du bloc de fondamentalité, de garantir leur respect à l'encontre du pouvoir étatique et de sanctionner leurs violations manifestes par le droit international. Cette mission suppose cependant que le juge constitutionnel se conçoive comme le garant de toutes les normes de nature constitutionnelle, indépendamment de leur source nationale ou internationale. L'expérience fédéraliste de la Suisse, accoutumée à la coexistence de normes constitutionnelles de différents niveaux, facilite une telle approche. Comme les arrêts concernant la reconnaissance des libertés non écrites le montrent[300], les juges fédéraux ont déjà l'habitude de tourner leur regard «vers le bas» et de s'inspirer de la pratique des cantons. L'internationalisation du droit constitutionnel implique qu'ils sont appelés à regarder également «vers le haut» et à examiner les différentes sources et jurisprudences internationales dans une perspective comparative.

Malgré l'expérience du fédéralisme, une telle approche n'a pas encore été entièrement intégrée en Suisse. Cette affirmation vaut en particulier pour les conventions universelles relatives à la protection des droits de l'homme qui ne laissent à présent qu'une empreinte relativement faible dans la jurisprudence nationale. Elle est partiellement vraie également pour la Convention européenne des droits de l'homme. Alors que la crainte d'une «condamnation» par la Cour de Strasbourg a conduit le Tribunal fédéral à progressivement introduire le contrôle de conventionalité des lois fédérales, la clause d'immunité continue à exercer une influence indirecte sur la jurisprudence. Son maintien favorise de plus une distinction artificielle entre les droits fondamentaux selon leur source et une perception erronée que les droits de l'homme protégés au niveau international sont différents des droits constitutionnels nationaux. Tant la Constitution fédérale que la Convention en pâtissent. La première parce qu'elle dévalorisée en tant que garante de la liberté individuelle aux yeux des individus qui cherchent à contester une violation d'un droit fondamental par une loi fédérale;

298 Cette question a été posée par SCHUBARTH (1999).
299 BURGORGUE-LARSEN (2001) p. 64.
300 Ci-dessus B.III et IV.

la deuxième parce qu'elle risque d'être stigmatisée aux yeux du public comme un droit étranger imposé lorsqu'elle fait échec à la volonté du législateur helvétique. L'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois favoriserait une approche plus cohérente et plus transparente; elle permettrait au juge constitutionnel de remplir son rôle de gardien des libertés individuelles indépendamment de leurs sources au lieu de se contenter d'une délégation partielle de l'exercice de la juridiction constitutionnelle à la Cour européenne des droits de l'homme[301]. Comme le chapitre suivant le montrera, d'autres Etats attachés historiquement, comme la Suisse, à la primauté du pouvoir législatif se sont engagés sur cette voie.

D. La juridiction constitutionnelle suisse dans une perspective comparative

Produit de l'histoire, le droit constitutionnel ne se prête pas à l'exportation. La spécificité de chaque ordre juridique n'exclut cependant pas le recours au droit constitutionnel comparé en tant que source d'inspiration. L'histoire constitutionnelle suisse est illustrative à cet égard. Les architectes de notre ordre constitutionnel n'ont pas hésité à rechercher des modèles dans les constitutions des Etats-Unis et de la France, et de les adapter aux circonstances suisses. Des institutions considérées de nos jours comme typiquement helvétiques, notamment la démocratie directe, le fédéralisme et le gouvernement collégial, doivent en partie leur existence à l'influence du droit constitutionnel comparé[302].

Depuis le 19e siècle, l'analyse comparative a également nourri le débat autour de la juridiction constitutionnelle suisse. Dubs, père de la clause d'immunité, avait, par exemple, analysé le modèle américain pour rejeter son adoption en Suisse[303]. Les Etats-Unis, berceau de la juridiction constitutionnelle, sont restés l'objet de comparaison préféré des adeptes et détracteurs du contrôle judiciaire des lois[304], suivis de l'Allemagne[305].

D'une façon plus générale, l'exemple allemand a été un point de référence important pour la juridiction constitutionnelle sur le continent européen. Il a servi comme source d'inspiration pour la juridiction constitutionnelle des Etats en voie de transition. Tel a été le cas pour l'Espagne et le Portugal, dans les années septante, et pour les Etats postcommunistes dans les années 1990. De

301 Cf. SCHWEIZER (2007) p. 31, qui relève que la Suisse «connaît une juridiction constitutionnelle déléguée à la Cour européenne des droits de l'homme» (traduit par l'auteur).

302 Le succès de ces institutions dépend bien entendu de leur compatibilité avec les spécificités helvétiques. Concernant les instruments de la démocratie directe, par exemple, il a été relevé, à juste titre, que la démocratie d'assemblée était ancrée dans les traditions et mentalités des communautés agricoles. (cf. HIS [1920] p. 172 ss; THÜRER [2005a] p. 489).

303 Voir SCHERRER (2001) p. 28 s.

304 Voir p. ex. SCHINDLER (1925); SOLYOM (1923); RAPPARD (1934); ROUSSY (1969); HOTTELIER (2003).

305 Pour une étude récente, voir FISCHBACHER (2006).

même que l'Allemagne après la Deuxième Guerre Mondiale[306], ces Etats ont généralement opté pour la création de cours constitutionnelles spécialisées, qui se situent en dehors de la juridiction ordinaire, et exercent le contrôle de constitutionnalité des lois selon le modèle kelsénien du contrôle concentré[307].

Comme l'indique un auteur opposé à l'abolition de la clause d'immunité, la juridiction constitutionnelle a été introduite en Allemagne et dans les nouvelles démocraties pendant des périodes de rupture[308], et dans le but d'assurer la transition d'un régime totalitaire vers un système démocratique fondé sur les principes de l'Etat de droit. La juridiction constitutionnelle a eu plus de peine à s'implanter dans des pays européens marqués par une longue continuité politique[309] comme la Suisse. Ce constat illustre un phénomène plus général: d'importantes réformes constitutionnelles ont des difficultés à aboutir en dehors des périodes de rupture[310]. De plus, le besoin de prévoir des garde-fous institutionnels pour protéger l'Etat de droit et la démocratie est perçu comme moins urgent dans des Etats qui n'ont pas fait l'expérience douloureuse d'un régime totalitaire. Dans ces derniers, la continuité constitutionnelle et l'absence d'un héritage totalitaire ont favorisé le maintien de la doctrine de la suprématie parlementaire, qui était dominante au 19e siècle sur le continent européen[311]. Pourtant, la doctrine helvétique a consacré peu d'analyses comparatives à la juridiction constitutionnelle dans les ordres juridiques européens qui restent attachés, comme la Suisse, à la primauté du pouvoir législatif[312]. Le présent chapitre essaiera de combler, en partie, cette lacune. Notre analyse portera sur la France (I.), les pays du Benelux (II.), le Royaume-Uni (III.) et les pays nordiques (IV.). La comparaison avec ces Etats traditionnellement sceptiques à l'égard du système du *«judicial review»* nous permettra de démontrer que l'évolution générale tend, sous l'influence du droit européen et du droit international, vers un renforcement du pouvoir judiciaire, ce qui montre que des institutions fortement ancrées dans la tradition ne sont pas immuables et peuvent s'adapter à un nouveau contexte.

---

306 La même affirmation vaut pour l'Italie.

307 GARLICKI (2009) p. 229; pour la juridiction constitutionnelle dans les pays postcommunistes, voir p. ex. VERDUSSEN (1997); LUCHTERHANDT/STARCK/WEBER (2007); BRUNNER (1993).

308 SCHUBARTH (2009) p. 371 ss; ID., «Die Schweiz braucht keine Verfassungsgerichtsbarkeit», *NZZ* 15 octobre 2009, p. 23.

309 SCHUBARTH (2001) p. 1075, nº 17; ID. (2009) p. 371; ID., «Die Schweiz braucht keine Verfassungsgerichtsbarkeit», *NZZ* 15 octobre 2009, p. 23.

310 La longueur des travaux portant sur la révision totale de la Constitution fédérale, ainsi que leur finalité limitée à la mise à jour du texte constitutionnel, illustre ce point; pour l'argument selon lequel les circonstances ne sont propices à l'adoption d'une nouvelle constitution que pendant une période très limitée après des changements révolutionnaires, cf. ACKERMAN (1992) p. 46 ss, qui désigne ce contexte spécifique comme un «moment constitutionnel» *(«constitutional moment»)* ou une «fenêtre d'opportunité» *(«window of opportunity»)*.

311 Ci-dessus B.V.2.

312 SCHUBARTH (2001) p. 1075, nº 17; ID., «Die Schweiz braucht keine Verfassungsgerichtsbarkeit», *NZZ* 15 octobre 2009, p. 23; ID. (2009) p. 371; la dernière contribution contient une brève analyse comparative dans le sens évoqué.

I. La France

1. *L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois*

«La loi est l'expression de la volonté générale.» Codifiant la vision rousseauiste de la souveraineté populaire, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 exprime l'argument principal auquel s'est heurté le contrôle de constitutionnalité des lois, non seulement en France[313], mais également dans la majorité des autres Etats européens jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale. La loi, en tant qu'œuvre de tous les citoyens qui ont le droit «de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation»[314], a symbolisé la victoire de la démocratie et de l'égalité sur la monarchie et les privilèges de l'Ancien régime. Dans le contexte spécifique de la Révolution française, le souci principal n'était pas celui de limiter le pouvoir législatif, mais de garantir son efficacité. Il fallait empêcher que les tribunaux locaux (les anciens parlements) ne fassent échec à l'œuvre des représentants du peuple pour protéger les privilèges de l'aristocratie[315]. Une conception stricte de la séparation des pouvoirs, qui limite le rôle du juge à exécuter fidèlement la loi, favorisait cet objectif. L'interprétation et la protection de la Constitution incombaient au Parlement.

2. *Evolution*

La «sacralisation»[316] de la loi, comme expression infaillible de la souveraineté nationale, ainsi que la méfiance face au pouvoir judiciaire, se sont avérées de puissants obstacles à l'instauration de la juridiction constitutionnelle. Néanmoins, le contrôle judiciaire des actes du législateur s'est développé progressivement à partir de la deuxième moitié du 20e siècle, tout d'abord à travers la création du Conseil constitutionnel chargé du contrôle préventif de la constitutionnalité des lois (a), ensuite par le contrôle de conventionalité (b) et en dernier lieu par une réforme introduite en 2008[317], qui prévoit, pour la première fois en France, un contrôle réactif de la constitutionnalité des lois (c) et renforce le contrôle judiciaire des lois soqunises au référendum (d).

---

313 Pour l'histoire de la juridiction constitutionnelle en France et l'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois, voir p. ex. MAUS (2007) p. 15 ss; FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN ET AL. (2009) p. 289 ss.

314 Art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

315 Voir p. ex. l'article 203 de la Constitution de l'an III (1795), lequel interdit aux juges de «prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou susprendre l'exécution [des lois]» Voir FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN ET AL. (2009) p. 293; FAVOREU (1990) p. 107.

316 FAVOREU/PHILIP (2005) p. 6.

317 Loi constitutionnelle n° 2008–724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

a. *Le contrôle préventif de constitutionnalité*

Contrairement à d'autres cours constitutionnelles, la création du Conseil constitutionnel en 1958 ne s'explique pas par la préoccupation principale de protéger les droits individuels. Il a été essentiellement conçu comme «instrument du parlementarisme rationnalisé»[318], ayant pour mission d'assurer un équilibre entre le Parlement et le Gouvernement et de veiller à ce que chaque organe n'empiète pas sur les compétences de l'autre[319]. Il ne pouvait dès lors être saisi que par les présidents de chaque chambre parlementaire ou par le chef d'Etat ou le chef du gouvernement. Cette limitation exprime l'intention des auteurs de la Constitution de 1958[320] «[d']éviter d'instaurer une véritable juridiction constitutionnelle, contraire à la tradition politique française»[321]. Reflet de la même préoccupation, la mission du Conseil constitutionnel a été restreinte au contrôle préalable et abstrait de la législation et des traités internationaux.

Mal accueilli en 1958[322], le Conseil constitutionnel[323] s'est transformé en une institution généralement respectée[324]. L'élargissement du droit de saisine aux parlementaires en 1974 a accru son importance. Cette réforme est intervenue uniquement trois ans après la grande décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, par laquelle ce dernier s'est érigé en protecteur des droits fondamentaux. En l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux dans le texte de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel les a incorporés parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité («le bloc de constitutionnalité») sur la base de simples mentions et renvois figurant dans le Préambule de la loi fondamentale française[325].

---

318 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 269.

319 Le souci principal était à l'époque l'usurpation des compétences par le Parlement (voir FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN ET AL. (2009) p. 309; ROUSSEAU (2008) p. 23 ss.

320 Ci-après «Cst. FR».

321 ROUSSEAU (2008) p. 23. Avant la creation du Conseil constitutionnel, le contrôle préventif était exclusivement exercé par le Conseil d'Etat par le biais d'avis consultatifs.

322 FAVOREU/GAIA/GHEVONTIAN ET AL. (2009) p. 309.

323 Pour des études sur le Conseil constitutionnel, voir p. ex. BONNARD/VERPEAUX/MAZEAUD (2007); ROUSSEAU (2008); FAVOREU/PHILIP (2005).

324 FAVOREU/PHILIP (2005) p. 7; FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 269 s.

325 A l'inverse des opinions doctrinales dominantes, le Conseil constitutionnel a conféré valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958. Celui-ci renvoie, d'une part, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et, d'autre part, au préambule de la Constitution de 1946, qui, à son tour, énonce une série de droits économiques et sociaux et fait mention, en plus de la Déclaration de 1789, des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République». Ces principes ne sont pas énoncés dans le préambule de sorte que leur concrétisation laisse au Conseil constitutionnel une très grande marge d'appréciation (voir à ce sujet FAVOREU/PHILIP [2005] p. 62 s.). Depuis 2005, la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, le bloc de constitutionnalité comprend également la Charte de l'evironnement de 2004, voir ROUSSILLON (2008) p. 63; pour une analyse détaillée des normes incorporées par renvoi dans le bloc de constitutionnalité, voir ROBLOT-TROIZIER (2007).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas uniquement servi à élargir ses compétences juridictionnelles, mais a également posé deux limites: la première concerne l'objet du contrôle. Dans une décision du 6 novembre 1962[326], confirmée en 1992[327], le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de lois approuvées par référendum (lois référendaires) pour le motif qu'elles étaient «l'expression directe de la souveraineté nationale»[328]. La seconde limite porte sur la mesure du contrôle. Dans une décision rendue le 15 janvier 1975, le Conseil a refusé d'inclure dans le bloc de constitutionnalité les traités internationaux[329], ce qui n'a pas empêché les conventions des droits de l'homme de déployer leurs effets dans l'ordre juridique français. L'approche du Conseil constitutionnel a cependant conduit à une bifurcation procédurale en fonction des normes qui servent de référence au contrôle. L'examen de la constitutionnalité est réservé aux membres du Conseil, celui dit de la conventionalité incombe aux juridictions ordinaires[330].

b. Le contrôle de conventionalité

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont comblé le vide laissé par la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975. Les deux juridictions étaient confrontées à un dilemme semblable à celui auquel devait faire face le Tribunal fédéral, à savoir celui de respecter soit la suprématie parlementaire soit le principe de la primauté du droit international, ancré dans l'article 55 de la Constitution de 1958. Comme en Suisse, la première solution a initialement prévalu[331]. En 1975, la Cour de cassation a cependant modifié sa jurisprudence et admis qu'un traité international (qui, selon la tradition moniste suivie en France, fait partie intégrante du droit interne) l'emporte en cas de conflit sur une loi nationale, qu'elle soit antérieure ou postérieure[332]. Le Conseil d'Etat est parvenu à la même conclusion en 1989[333], confirmée une année plus tard pour la CEDH[334]. En application de cette jurisprudence, les tribunaux ordinaires sont

326 C.C., Décision n° 62-20 DC., 6 novembre 1962, Rec. p. 27.

327 C.C., Décision n° 92-313 DC., 23 septembre 1992, Rec. p. 94.

328 Cf. ROBERT (1996) p. 47 s.

329 C.C., Décision n° 74-54 DC., 15 janvier 1975, Rec. p. 19: «Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil Constitutionnel lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international (...)».

330 Sur le contrôle de constitutionnalité et celui de la conventionalité, voir p. ex. DUTHEILLET DE LAMOTHE (2007).

331 Sur le statut de la CEDH en droit français, voir DUPRÉ (2001); LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER (2008); FROMONT (2005).

332 Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre,* Bull. Ch. mixte n° 4, p. 6 (concernant le droit communautaire); Cass. Crim., 27 novembre 1996, *Commandos anti-IVG,* Bull. Crim. n° 431, p. 1245 (pour la CEDH).

333 C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo,* Rec. p. 190 (pour le droit communautaire).

334 C.E., Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres,* Rec. p. 368.

habilités à refuser d'appliquer une disposition légale contraire à la Convention[335]. Le contrôle de conventionalité a, par ailleurs, été étendu aux lois référendaires depuis l'arrêt *Sarran* du 30 octobre 1998[336].

Le contrôle de conventionalité a conduit, d'un point de vue fonctionnel, à l'examen de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire. La distinction selon la source des droits fondamentaux n'a pas manqué de faire l'objet de critiques en raison de sa nature artificielle[337]. Il est difficile de comprendre pourquoi le contrôle de constitutionnalité d'une loi par le Conseil constitutionnel ne peut intervenir qu‹*a priori* et uniquement sur saisine des autorités politiques, alors que les tribunaux ordinaires peuvent exercer *a posteriori* un contrôle de conventionalité et refuser, dans un cas concret, d'appliquer la même loi à la demande d'un particulier. Comme le relèvent des critiques, la bifurcation du contrôle a conduit à la marginalisation de la Constitution par rapport à la Convention[338].

Après deux tentatives infructueuses[339], la réforme de 2008 sur la modernisation des institutions a, entre autres, eu pour objectif de revaloriser la Constitution. Elle permet au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle répressif de constitutionnalité limité à la protection des droits fondamentaux[340]. Bien que l'influence de la CEDH sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit indéniable[341], la loi de 2008 n'a pas supprimé la distinction entre le contrôle de conventionalité et celui de la constitutionnalité.

---

335 LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER (2008) p. 117.

336 GONNET (2009); RENOUX/DE VILLIERS (2000) p. 3; FLAUSS (1996) p. 19.

337 Cf. FATIN-ROUGE STÉFANINI (2007) p. 13 ss; ID. (2009) p. 269, p. 289; JAN (2001) p. 76.

338 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 269, p. 289; JAN (2001) p. 78.

339 La première tentative de réforme date de 1990, la deuxième de 1993 (voir FATIN-ROUGE STÉFANINI [2009] p. 280).

340 Voir l'article 29 de la loi constitutionnelle n° 2008–724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, qui introduit le nouvel article 61–1 dans la Constitution. Cette disposition stipule ce qui suit: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».
Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.
La loi organique n° 2009–1523 relative à l'application de l'article 61–1 de la Constitution a été adoptée le 24 novembre 2009 (n° 370). Le Conseil constitutionnel l'a déclarée conforme à la Constitution, avec trois réserves d'interprétation, voir C.C., Décision n° 2009–595 DC, 3 décembre 2009. La loi organique a été signée le 10 décembre 2009.
Pour une analyse de la réforme selon une perspective comparée, voir FATIN-ROUGE STÉFANINI (2007).

341 Le Conseil constitutionnel ne se réfère pas explicitement à la jurisprudence des instances de Strasbourg, mais applique, d'après l'auteur, la Convention de façon «furtive» (BURGORGUE-LARSEN [2001] p. 51 s.); voir également LAMBERT ABDELGAWAD/WEBER (2008) p. 129.

c. *Le contrôle répressif de constitutionnalité*

Entrée en vigueur le 10 mars 2010, la réforme de 2008 permet aux parties à l'instance de faire valoir devant le juge ordinaire, par voie d'exception, qu'une loi parlementaire est contraire aux droits fondamentaux protégés par la Constitution et de demander, en conséquence, l'abrogation de cette loi par le Conseil constitutionnel. Le tribunal devant lequel la question préjudicielle de constitutionnalité est soulevée ne peut toutefois la renvoyer directement au Conseil constitutionnel. Il doit saisir, selon le cas, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat, qui jouent un rôle de filtrage et sont les seules juridictions habilitées à effectuer le renvoi auprès du Conseil constitutionnel.

L'instauration d'un nouveau mécanisme de contrôle concentré de constitutionnalité a soulevé la question de son rapport avec le contrôle diffus de conventionalité. Face au défi de coordonner les deux mécanismes de contrôle, le législateur français a opté pour une solution qui accorde la priorité au contrôle de constitutionnalité[342]. Lorsqu'un particulier invoque simultanément la violation d'un droit conventionnel et celle d'un droit constitutionnel, le juge ordinaire doit traiter prioritairement la question préjudicielle et peut uniquement statuer sur la conventionalité de la loi après que le Conseil constitutionnel s'est prononcé. Par ce biais, le législateur français entend «garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne»[343]. La distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité reste donc une caractéristique de la juridiction constitutionnelle française. Dans la pratique, l'interprétation des dispositions constitutionnelles à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg atténue cette dichotomie[344].

d. *Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires*

Suite à la réforme sur la modernisation des institutions, une partie des lois référendaires n'échappera plus à l'examen par le Conseil constitutionnel. Le contrôle juridictionnel a en effet été considéré comme une condition indispensable à l'extension (bien modeste selon une perspective helvétique) des mécanismes de la démocratie directe. Au référendum qui peut être déclenché exclusivement «d'en haut», par le Président de la République[345], est venu s'ajouter,

342 Art. 23–2 al. 3 de la loi organique du 10 décembre 2009 (voir note 340); ce système a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009 (voir note 340), lequel a souligné que «cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne» (art. 14).

343 Ibid.

344 Voir les références sous la note 341.

345 Article 11 al. 1 Cst. FR.

avec la réforme de 2008, le «référendum d'initiative minoritaire»[346]. Ce nouvel instrument permet à un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, de présenter des propositions de loi dont l'adoption nécessite soit l'approbation du parlement, soit celle du peuple. Malgré le seuil élevé de signatures[347], qui constitue un important obstacle à l'aboutissement de l'initiative, et le fait que le peuple ne puisse pas, à lui seul, déclencher une votation populaire, les auteurs de la réforme ont considéré que les propositions de loi devaient faire l'objet d'un contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel avant d'être soumises au peuple[348]. L'objectif principal de cette solution était «de se prémunir d'une nouvelle décision d'incompétence du Conseil constitutionnel saisi d'une loi adoptée par référendum»[349], à l'image de celles rendues au sujet du référendum déclenché par le Président de la République[350]. Concernant l'étendue du contrôle des lois issues de l'initiative minoritaire, la loi de 2008 n'a pas clarifié la question de savoir si les lois issues de l'initiative minoritaire peuvent faire l'objet d'un contrôle suite à leur adoption par les citoyens, dans le cadre du nouveau contrôle réactif[351]. A noter qu'elles pourront très vraisemblablement faire l'objet d'un contrôle de conventionalité[352].

D'un point de vue suisse, la solution française paraît paradoxale parce qu'elle traite moins favorablement les référendums initiés avec le concours du peuple que les lois approuvées par les citoyens dans le cadre d'un référendum initié exclusivement «d'en haut». Alors que les lois adoptées dans une votation déclenchée par le Président de la République restent soustraites au contrôle du Conseil constitutionnel[353], celles résultant de l'initiative conjointe des citoyens et d'une minorité parlementaire sont soumises à un examen préventif obligatoire. En optant pour cette solution, le constituant français de 2008 fait plutôt preuve de scepticisme face à la démocratie directe. Dans les mots d'une commentatrice, «[e]n France, le référendum a toujours, pour des raisons historiques, suscité la crainte d'un détournement de cet instrument à des fins démagogiques, au détriment de l'intérêt général et des droits et libertés fondamentaux, ou d'une manipulation des citoyens.»[354] Cette vision de la démocratie

346 Voir l'article 4 de la loi constitutionnelle n° 2008–724 du 23 juillet 2008, ajoutant les alinéas 3 à 6 à l'article 11 Cst. FR; pour une analyse de cet instrument de démocratie directe, voir DIEMERT (2009); FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 289 ss.

347 Ce seuil équivaut à 4 millions de signatures (cf. FATIN-ROUGE STÉFANINI [2009] p. 292).

348 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 289 ss; voir le nouvel article 61 al. 1 Cst. FR, selon lequel le Conseil constitutionnel statue entre autres sur «les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum».

349 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 291.

350 Voir les références citées sous les notes 326 et 327.

351 Dans un sens plutôt affirmatif, FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 291, p. 293.

352 GONNET (2009).

353 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 294; DIÉMERT (2009) p. 65, note 27.

354 FATIN-ROUGE STÉFANINI (2009) p. 289 s.

directe contraste fortement avec la perception suisse des droits populaires[355]. Relevons à cet égard également qu'une loi adoptée par le peuple peut selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel[356] être modifiée par une loi parlementaire ordinaire[357]. Le système constitutionnel français n'offre pour ces raisons que peu d'appui à la thèse de la supériorité de la démocratie directe par rapport à la démocratie représentative[358] et à celle de l'incontrôlabilité de la volonté populaire. L'expérience française illustre par contre la tendance vers la relativisation de la suprématie parlementaire au profit du pouvoir judiciaire.

II. Les Pays du Benelux

Influencés par le système français, les pays du Benelux font partie des Etats ancrés dans la tradition de la suprématie parlementaire et privilégient une conception stricte de la séparation des pouvoirs. Toutefois, le contrôle de constitutionnalité des lois a été introduit en Belgique (1) et au Luxembourg (2) et existe, en vertu de la CEDH, *de facto,* également aux Pays-Bas (3).

1. La Belgique

a. L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois

Face au silence de la Constitution belge en vigueur à l'époque[359], le pouvoir judiciaire devait trancher la question de savoir si les actes du législateur pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité[360]. La Cour de cassation belge répondit par la négative. Une jurisprudence inaugurée en 1849 invoqua la souveraineté du parlement pour en déduire que le pouvoir législatif était seul compétent pour déterminer la constitutionnalité des lois. La doctrine, initialement favorable à l'immunité des actes du législateur, se montra de plus en plus sceptique à partir de la deuxième moitié du 20e siècle[361]. Elle contribua ainsi à l'introduction progressive du contrôle de constitutionnalité des lois dans l'ordre juridique belge. Une première étape fut franchie, comme en Suisse, par la reconnaissance jurisprudentielle du principe de l'interprétation conforme à la

355 Ce point n'est pas pris en compte par SCHUBARTH (2009) p. 375, qui estime que la jurisprudence du Conseil constitutionnel français est d'une grande pertinence pour le contrôle de constitutionnalité des lois en Suisse.

356 C.C. 89–269 D.C., 9 janvier 1990, Rec. p. 12, voir LUCHAIRE/CONAC/PRETOT (2009) p. 448 et MBONGO (2008) p. 2091.

357 Cf. AUER (1996b) p. 171; comme le mentionne cet auteur, à la lumière de cette jurisprudence, l'exclusion du contrôle de constitutionnalité pour les lois référendaires paraît paradoxale.

358 Cf. AUER (1996b) p. 171, qui relève que l'article 3 al. 1 Cst. FR met les deux formes de démocratie explicitement sur un pied d'égalité.

359 Constitution de 1831.

360 Pour une analyse de la Belgique, voir MEEÙS/VELU (1981).

361 Voir MEEÙS/VELU (1981) p. 73.

Constitution[362]. Le deuxième pas, encore timide, fut l'introduction d'un contrôle préventif dépourvu d'effet contraignant[363]. Par la suite, l'évolution du droit constitutionnel belge a suivi une logique semblable à la France, débouchant sur une bifurcation du contrôle répressif et établissant une distinction entre le contrôle de conventionalité [364] et le contrôle de constitutionnalité des lois[365].

b. Evolution

aa. Le contrôle préventif

Adoptée en 1946, la Loi portant création d'un Conseil d'Etat[366] a conféré à une de ses deux sections[367] le pouvoir d'examiner la conformité des projets législatifs avec la Constitution[368]. Cette compétence, qui s'étend de nos jours aussi au contrôle de la conventionalité[369], ne remet cependant pas en cause la suprématie parlementaire, car les avis du Conseil d'Etat sont de nature purement consultative[370]. La solution retenue par le législateur belge en 1946 était donc analogue à celle proposée devant la société suisse des juristes six ans plus tard dans le rapport du juge fédéral Panchaud[371].

Depuis son introduction dans l'ordre constitutionnel belge, la pratique a montré les limites de ce contrôle exclusivement préventif et sans effet obligatoire. La doctrine observe, en effet, que les avis du Conseil d'Etat ne sont pas systématiquement suivis[372]. De plus, le gouvernement a fait usage à plusieurs reprises de son pouvoir de qualifier un projet législatif d'urgent, ce qui a eu pour conséquence de réduire le délai imparti au Conseil d'Etat pour émettre un avis sur la constitutionnalité, ne lui laissant que quelques jours pour prendre une décision. Tel a par exemple été le cas dans le contexte de la législation en

---

362 Jugement de la Cour de cassation belge du 20 avril 1950, Pas. 1950, I. p. 560, voir De Wet (2008) p. 249 s., note 139.

363 Ci-dessous D.II.1.b.aa.

364 Ci-dessous D.II.1.b.bb.

365 Ci-dessous D.II.1.b.cc.

366 Le texte de la loi du 23 décembre 1946 est accessible via le site du Conseil d'Etat: *http://www.raadvst-consetat.be/?page=about&lang=fr* (état au 12 janvier 2010); le Conseil d'Etat a depuis lors aussi un ancrage dans la Constitution, cf. art. 160 de la Constitution belge de 2004, accessible sous *http://www.senate.be/doc/const_fr.html* (état au 12 janvier 2010), ci-après «Cst. BE». L'institution du Conseil d'Etat existe également au Luxembourg et aux Pays-Bas. Il s'agit d'un organe *sui generis* qui se situe «à la croisée des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire» (cf. Van Damme [2001]; voir aussi le Rapport du Conseil fédéral sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit du 5 mars 2010 en réponse au postulat Pfisterer 07.3360, FF 2010, 1989, qui consacre une section au contrôle juridique préventif en droit comparé).

367 D'origine française (voir note 321), le Conseil d'Etat est divisé en deux sections (voir art. 160 al. 2 de la Cst. BE): la section administrative est chargée de la juridiction administrative, la section de législation est compétente pour émettre des avis dans les cas prévus par la loi.

368 Delpérée (2000) p. 98 ss.

369 De Wet (2008) p. 283.

370 De Wet (2008) p. 283; Delpérée (2000) p. 101.

371 Ci-dessus A.

372 De Wet (2008) p. 283.

matière de la lutte contre le terrorisme[373]. Alors que le projet de loi prévoyait des mesures d'investigation et de surveillance attentatoires à la sphère privée et à l'inviolabilité du domicile, le Conseil d'Etat dut statuer dans un délai de cinq jours. Le Parlement disposa également de très peu de temps[374] pour délibérer, excluant par là un examen approfondi du projet législatif.

bb. Le contrôle de conventionalité

La jurisprudence a complété le contrôle préalable par le Conseil d'Etat par l'introduction du contrôle subséquent de conventionalité des lois[375]. Le facteur déclencheur de cette évolution fut l'exigence, articulée par la Cour de Justice de la Communauté européenne, de consacrer la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit interne. La Cour de cassation belge s'y est conformée en redéfinissant radicalement le statut du droit international dans l'ordre juridique belge dans le célèbre arrêt *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski* du 27 mai 1971[376]. Jusque-là, il était généralement reconnu que la Belgique suivait la théorie du dualisme et que des conflits entre des traités et des lois devaient être résolus en application du principe de la *lex posterior derogat legi priori.* Dans l'arrêt *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski,* par contre, les juges se sont prononcés en faveur du monisme et ont reconnu la primauté du droit international directement applicable sur les lois internes[377]. Ce dernier principe découle, d'après la Cour de cassation, du droit international lui-même[378]. En application de cette jurisprudence, tous les tribunaux ordinaires ont la compétence de refuser d'appliquer une loi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme[379] ainsi qu'à d'autres conventions de droits humains dans la mesure où leurs dispositions sont jugées comme directement applicables. Par contre, l'examen de la compatibilité des lois avec la Constitution belge reste réservé à la Cour constitutionnelle.

cc. Le contrôle répressif de constitutionnalité

Des révisions constitutionnelles, ainsi que la jurisprudence, ont contribué à introduire en Belgique, de manière progressive et après l'insertion du contrôle de

373 Un autre exemple est une loi sur la détermination de la paternité adoptée en 2006; voir De Wet (2008) p. 283.

374 Le délai était de deux mois (voir De Wet [2008] p. 284).

375 Sur le statut de la Convention en droit belge, voir Marcus-Helmons/Marcus-Helmons (2001); De Wet (2008).

376 Cass., 27 mai 1971, *Etat Belge c. S.A. Fromagerie franco-suisse Le Ski,* J.T. 1971, p. 460.

377 Delpérée (2000) p. 104; Uyttendaele (2005) p. 139.

378 «Lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le Traité doit prévaloir; la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel» (Pas., I. p. 886) (cité dans Uyttendaele [2005] p. 139).

379 De Wet (2008) p. 249.

conventionalité, le système de contrôle concentré de constitutionnalité[380]. L'année de la création de la Cour d'arbitrage belge (1980) a marqué le début de cette évolution. Initialement, le rôle de la Cour se limitait à trancher des conflits de compétence entre l'Etat fédéral, les régions et les communautés linguistiques. Une révision de la Constitution de 1988 a étendu sa mission au contrôle de la compatibilité avec un nombre restreint de droits fondamentaux, en particulier avec le principe d'égalité et la liberté d'éducation[381]. Par une interprétation extensive de ces droits, entre autres à la lumière de ceux garantis dans la CEDH, la Cour d'arbitrage a graduellement étendu son pouvoir à l'examen du respect des autres droits fondamentaux garantis par la Constitution. Le constituant a approuvé cette jurisprudence en 2003[382]. Il a toutefois refusé d'attribuer à la Cour d'arbitrage (renommée, en 2007, «Cour constitutionnelle») le pouvoir de contrôler la conventionalité des lois; cette compétence reste, comme en France, du ressort des juridictions ordinaires. Cette solution s'est avérée problématique en raison du chevauchement matériel des garanties constitutionnelles et des droits conventionnels[383]. Comme les recourants font en général valoir conjointement une violation de la disposition constitutionnelle et de son équivalent conventionnel, elle a donné lieu à des tensions entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle[384]. La première a eu tendance à invoquer son pouvoir d'examiner la conventionalité des lois pour refuser de saisir les juges constitutionnels d'une question préjudicielle sur la constitutionnalité. Une modification législative récente a pour but de remédier à ce problème. Elle pose le principe selon lequel les juridictions ordinaires sont tenues de soumettre à la Cour constitutionnelle la question de constitutionnalité avant de statuer sur la conventionalité[385].

2. *Le Luxembourg*

a. *L'exclusion initiale du contrôle de constitutionnalité des lois*

Dans une étude comparative publiée dans la *Europäische Grundrechte Zeitung* dans les années quatre-vingt, le rapporteur luxembourgeois releva l'absence d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois parlementaires[386]. En effet, face au silence de la Constitution du Grand Duché du Luxembourg du

380 Cette évolution est décrite par De Wet (2008) p. 249 s.

381 Le choix de ces droits fut inspiré par des considérations fédéralistes. La révision de 1988 transféra, en effet, la compétence en matière d'éducation de l'Etat fédéral aux communautés linguistiques, ce qui créa le risque d'une discrimination des ressortissants d'autres communautés linguistiques dans le domaine de l'éducation (voir De Wet [2008] p. 250); Uyttendaele (2005) p. 557.

382 Uyttendaele (2005) p. 557.

383 De Wet (2008) p. 251.

384 Cf. De Wet (2008) p. 251.

385 Loi modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage du 25 juin 2009, document n° 4-12/9, accessible sur le site du Sénat de Belgique, *http://www.senat.be.*

386 Liesch (1981) p. 84.

17 octobre 1868 à ce sujet, la jurisprudence avait posé la règle selon laquelle «les tribunaux sont incompétents pour décider qu'une loi est contraire à la Constitution (...), de sorte qu'ils doivent l'appliquer même si elle est inconstitutionnelle»[387]. Interprétant leur mission de façon extrêmement étroite, les tribunaux estimaient même qu'ils ne pouvaient sanctionner des violations de la Constitution par des actes infralégaux. A leur avis, cette tâche était réservée aux autorités politiques. Le rapport releva toutefois que les idées en faveur d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité commençaient à gagner du terrain. Se ralliant à cette opinion, le rapporteur estima que l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois était le seul moyen pour pallier la négligence du législateur et pour assurer une meilleure qualité de la législation.

b. Evolution

aa. Le contrôle de conventionalité

A partir des années cinquante, la jurisprudence a reconnu la primauté du droit international sur le droit interne et le pouvoir des tribunaux d'examiner la conformité de tous les actes étatiques par rapport aux dispositions internationales directement applicables[388]. Cette jurisprudence a offert une assise solide au contrôle de conventionalité des lois parlementaires.

bb. Le contrôle de constitutionnalité

Comme il est advenu dans les autres ordres juridiques examinés dans ce rapport, le contrôle de conventionalité a précédé et favorisé le contrôle de constitutionnalité des lois. Dans le cas du Luxembourg, est venu s'y ajouter le rôle catalyseur d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges européens avaient conclu en 1995 que certains membres du Conseil d'Etat luxembourgeois, qui revêt des fonctions semblables à celles de son homonyme aux Pays-Bas et en Belgique, cumulaient les fonctions consultatives et les fonctions juridictionnelles. Ils étaient donc appelés à émettre un avis sur la constitutionnalité d'un projet de loi pendant la procédure législative[389] et, par la suite, à statuer en tant que membres de la juridiction administrative suprême sur des recours fondés sur la même loi[390]. Suite à cet arrêt, une réforme du contentieux administratif a été entamée pour le rendre compatible avec l'exigence d'impartialité découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH. La création d'une Cour constitution-

387 Arrêt de la Cour supérieure de justice réunie en Cour de cassation du 26 mai 1920, Pasicrisie luxembourgeoise (Recueil de la jurisprudence luxembourgeoise), t. XI, p. 72–74, cité dans ROUSSEAUX/KUHN (2001) p. 455.

388 Cf. SPIELMANN (2001) p. 532.

389 Pour cette attribution du Conseil d'Etat, voir l'Art. 83bis de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg («Cst. LU»), accessible à l'adresse *http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/recueils/Constitution/Page_de_garde.pdf* (état au 26 janvier 2010).

390 ACEDH, *Procola c. Luxembourg,* n° 14570/89, 28 septembre 1995, série A n° 326.

nelle, justifiée par la nécessité de faire respecter la Constitution[391], s'est inscrite dans ce cadre. Instaurée par une révision de la Constitution en 1996, la Cour a pour seule vocation de contrôler la constitutionnalité des lois[392]. Des révisions subséquentes, dont la dernière date de 2007, ont introduit les droits fondamentaux dans la charte fondamentale luxembourgeoise[393] et permis, dès lors, aux juges constitutionnels de s'ériger en gardiens des droits individuels[394].

Concernant les modalités du contrôle, le constituant luxembourgeois a opté pour un système concentré. Lorsqu'il éprouve un doute sur la constitutionnalité d'une loi, le juge ordinaire doit surseoir à la procédure et saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle. La compétence de la Cour se limite d'ailleurs à décider de la constitutionnalité des lois parlementaires sur renvoi, ce qui rend sa mission beaucoup plus étroite que celle des autres cours constitutionnelles européennes. Contrairement à la pratique suisse, allemande ou espagnole, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ne peut pas statuer sur des plaintes constitutionnelles émanant de particuliers. Elle ne peut pas non plus être saisie par des autorités politiques ou des collectivités publiques pour trancher des conflits de compétence. Elle n'est pas compétente pour procéder à un contrôle abstrait de normes. Ce système aurait, en effet, entraîné le risque que la Cour constitutionnelle soit amenée à désavouer presque immédiatement l'avis du Conseil d'Etat sur la constitutionnalité d'un projet législatif[395]. En résumé, de par sa mission étroite, son mode de saisine et de contrôle limités, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a été conçue comme une juridiction très spécialisée qui se situe en dehors de la juridiction ordinaire et a pour seule fonction de contrôler la constitutionnalité des lois parlementaires.

---

391 Le rapport de la commission des institutions et de la révision de la Constitution du 20 juin 1997, Doc. Parl. n° 4218, session ordinaire 1996–1997, indiqua, comme motifs pour la création d'une Cour constitutionnelle, la nécessité que «le pouvoir législatif, même légitimé par le peuple souverain, respecte impérativement les principes retenus par le pouvoir constituant; la Cour constitutionnelle devient ainsi l'instrument juridique capable d'atténuer la rigueur de la règle majoritaire» (cité selon ROUSSEAUX/KUHN [2001] p. 457); pour les motifs de la création de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, voir le rapport du professeur DELPÉRÉE présenté au Parlement luxembourgeois en septembre 1994, Doc. Parl. n° 3914, session ordinaire 1994–1995, publié dans DELPÉRÉE (1995) p. 11–38.

392 Art. 95ter Cst. LU; pour des contributions sur la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, voir p. ex. ROUSSEAUX/KUHN (2001) et les références doctrinales accessibles à l'adresse *http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/recueils/Constitution/Doctrine.pdf* (état au 26 janvier 2010).

393 Le Titre II de la Constitution luxembourgeoise contient désormais un catalogue complet de droits fondamentaux.

394 Voir la préface de la Constitution luxembourgeoise, accessible à l'adresse *http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/recueils/Constitution/Page_de_garde.pdf* (état au 12 janvier 2010).

395 ROUSSEAUX/KUHN (2001) p. 470.

3. *Les Pays-Bas*

a. *L'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois*

A l'instar de la Suisse, les Pays-Bas sont un rare exemple d'un ordre juridique contemporain qui exclut explicitement le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois[396]. Introduit en 1848, l'article 115 de la Constitution de 1814 déclarait les lois inviolables. Bien que controversée lors de son adoption, la clause d'immunité devint, par la suite, un pilier de la juridiction constitutionnelle néerlandaise. Sa teneur actuelle, qui rend le contenu de la règle plus explicite, fut adoptée lors de la révision totale de la Constitution en 1983[397]: l'article 120 de la Constitution dispose que «[l]e juge ne porte pas de jugement sur la constitutionnalité des lois et des traités.»[398].

La Cour suprême néerlandaise *(Hoge Raad)* a interprété la notion de loi au sens de ladite disposition de façon étroite. Comme en Suisse, l'immunité ne s'étend qu'aux lois au sens formel[399]. Dans un jugement rendu en 1989, le *Hoge Raad* a cependant refusé de suivre la thèse avancée par un tribunal inférieur selon laquelle l'article 120 de la Constitution n'excluait que le contrôle par rapport aux dispositions constitutionnelles écrites et permettait d'examiner la compatibilité des lois avec des principes généraux du droit (en l'espèce la sécurité juridique)[400]. Les juges suprêmes ont estimé qu'une telle interprétation était incompatible avec la volonté du Constituant et avec le rôle traditionnel du juge dans l'ordre juridique néerlandais. D'après cette conception, l'interprète ultime de la Constitution était le pouvoir élu par le peuple, et non les tribunaux. Le *Hoge Raad* a toutefois laissé entendre qu'une révision de la clause d'immunité était souhaitable. Il a relevé que le besoin de protéger les droits individuels par la voie judiciaire était devenu plus accru depuis 1983, dès lors que le Constituant avait refusé d'abolir la clause d'immunité.

b. *Evolution*

Malgré le refus de la Cour suprême néerlandaise de relativiser la portée de la clause d'immunité, cette dernière a subi quelques tempéraments qui sont identiques à ceux que connaît l'ordre juridique belge. Il s'agit de l'introduction d'un mécanisme de contrôle préventif (aa.) et de l'examen de la conventionalité (bb.). La question de savoir si le constituant néerlandais suivra le constituant belge et consentira à l'abolition de la clause d'immunité est en ce moment ouverte. Une révision constitutionnelle est en cours (cc.).

---

396 Sur les Pays-Bas, voir ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006); KORTMANN/BOVEND'EERT (2000); SIMONS (1978); DE WET (2008); ALKEMA (2006).

397 Ci-après «Cst. NE».

398 La traduction française de la Constitution de 1983, encore en vigueur aujourd'hui, est accessible à l'adresse *http://mjp.univ-perp.fr/constit/pb1983.htm* (état au 13 janvier 2010).

399 ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 400.

400 Jugement du 14 avril 1989, résumé en anglais dans ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 402 s.

aa. Le contrôle préventif

Comme en Belgique et au Luxembourg, la Constitution néerlandaise prévoit que le Conseil d'Etat «est consulté sur les projets de loi (...)»[401] et émet dans ce cadre des avis consultatifs sur la compatibilité des projets législatifs avec la Constitution et le droit international. Ce mécanisme se heurte à la même difficulté aussi bien aux Pays-Bas qu'en Belgique: le gouvernement se sent parfois libre de s'écarter des avis du Conseil d'Etat et adopte une approche minimaliste face aux libertés individuelles[402]. Comme en Belgique, l'insuffisance d'un contrôle préventif par un organe consultatif s'est fait sentir dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Bien que le Conseil d'Etat ait énoncé des réserves, le parlement a suivi le gouvernement et a adopté des mesures législatives qui ont sensiblement renforcé les mesures de surveillance policières et remettent en cause la garantie du *habeas corpus*[403].

bb. Le contrôle de conventionalité

A l'instar de son pendant helvétique, l'article 120 Cst. NE immunise non seulement les lois, mais également les traités internationaux. Cependant, à l'inverse de la Suisse, la relation entre les deux actes immunisés n'a pas été définie par la jurisprudence, mais par le constituant. Adopté en 1953, l'article 94 Cst. NE consacre le principe de la primauté du droit international et confère spécifiquement le pouvoir au juge de contrôler la conformité des lois avec les dispositions des traités internationaux qui sont directement applicables[404]. Cette clause est le fondement de l'examen judiciaire des lois à la lumière des conventions internationales des droits de l'homme consacrant des droits civils et politiques, qui sont considérés comme directement applicables. Comme dans les autres Etats européens, c'est la CEDH qui revêt en pratique la plus grande importance. Elle a graduellement altéré la perception du rôle du juge, introduisant, *de facto,* dans l'ordre juridique néerlandais, le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. L'habilitation expresse de contrôler la conventionalité des lois n'a eu, dans un premier temps, que peu d'effets. Jusqu'en 1980 environ, le *Hoge Raad* faisait preuve d'une forte retenue et niait systématiquement la violation d'un droit conventionnel. Par la suite, il a exercé son pouvoir de contrôle de façon

401 Art. 73 al. 1 Cst. NE, (cité selon la traduction française accessible à l'adresse *http://mjp.univ-perp.fr/constit/pb1983.htm* (état au 4 mars 2010).

402 De Wet (2008) p. 275.

403 La législation a été adoptée le 23 mai 2006, voir *http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/05/dutch-parliament-approves-anti.php* (état au 13 janvier 2010); pour un résumé de la législation, voir De Wet (2008) p. 275, avec des références aux projets législatifs dans la note 323.

404 L'Art. 94 Cst. NE prévoit que «Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun.» A propos de cette clause, voir De Wet (2008) p. 240 s.; Adams/Van Der Schyff (2006) p. 400 s.; Zwaak (2001) p. 599; Simons (1978) p. 451.

effective[405], mais sans excès de zèle[406]. Comme en Suisse, la CEDH a donc, de façon indirecte, conduit au contrôle de constitutionnalité des lois. A l'instar de leurs collègues helvétiques, les auteurs néerlandais favorables à une réforme de la clause d'immunité ne manquent pas de relever le «manque de logique»[407] d'un système qui traite différemment les droits fondamentaux selon qu'ils sont protégés dans la Convention ou dans la Constitution.

cc. Tentatives de réforme

Nonobstant la consécration expresse du contrôle de conventionalité, la clause d'immunité néerlandaise ne suscite pas moins de controverses et de débats que l'article 190 de la Constitution helvétique. Les principaux arguments avancés à l'encontre de l'abolition de l'article 120 de la Constitution néerlandaise reposent, comme en Suisse, sur le principe de la séparation des pouvoirs et de la démocratie[408], ainsi que sur des craintes d'une politisation de la justice[409]. Un autre point commun aux situations suisse et néerlandaise consiste dans l'échec de tous les projets de réformes, qui ne cessent pourtant de revenir sur le tapis politique. Dans les deux ordres juridiques, des réformes sont actuellement en cours. Elles sont plus avancées aux Pays-Bas qu'en Suisse. Les deux chambres du parlement néerlandais ont accepté une proposition de révision constitutionnelle qui permettrait d'examiner la compatibilité des lois avec les droits fondamentaux[410]. La solution retenue prévoit les mêmes modalités de contrôle (concret et diffus) que celles qui régissent le contrôle de conventionalité. Malgré son approbation par le parlement, l'aboutissement de cette réforme reste incertain. L'entrée en vigueur des révisions constitutionnelles est soumise à l'approbation des deux chambres du parlement en deux lectures. La seconde interviendra après la dissolution du parlement actuel et exigera une majorité de deux tiers dans les deux chambres[411].

III. Le Royaume-Uni

La suprématie du législateur est une caractéristique essentielle du système constitutionnel du Royaume-Uni. La doctrine dite de la souveraineté du Parle-

405 Selon GAUL (1998) p. 16, de 1980 à 1986, le *Hoge Raad* a conclu à une violation de la CEDH dans 35 cas et à une violation du Pacte ONU II dans deux affaires; pour l'importance croissante de la Convention à partir des années 80, voir aussi ZWAAK (2001) p. 595.

406 Voir DE WET (2008) p. 241.

407 ALKEMA (2006) p. 334; dans ce sens aussi ZWAAK (2001) p. 598.

408 Aux Pays-Bas, l'argument démocratique joue un rôle moins important que le principe de la séparation des pouvoirs, à l'inverse de la Suisse.

409 Les arguments principaux sont résumés dans GAUL (1998) p. 18; BESSELINK (2004) p. 107 s. et ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 405.

410 Pour le contenu de la réforme, voir VAN DER SCHYFF (2010) p. 281 ss.

411 Voir l'Art. 137 Cst. NE.

ment, ainsi que la tradition dualiste de ce pays, ont pendant longtemps été considérées comme des obstacles insurmontables au contrôle judiciaire des lois. L'adoption de la Loi sur les droits de l'homme *(Human Rights Act)* en 1998[412] a cependant permis de trouver une solution pragmatique qui a considérablement renforcé le rôle du juge par rapport aux deux autres pouvoirs. D'une façon plus générale, le *Human Rights Act* a introduit des changements profonds dans le droit public britannique. Nous allons examiner plus en détail cette «révolution»[413], qui est non seulement l'œuvre du législateur, mais aussi celle de la doctrine et de la jurisprudence. Elle montre à quel point même des théories et des concepts fortement ancrés dans la tradition constitutionnelle depuis des siècles peuvent évoluer et s'adapter.

1. La doctrine traditionnelle de la souveraineté du Parlement

En Suisse, ainsi que dans les autres ordres juridiques examinés jusqu'à présent dans ce rapport, le contrôle de constitutionnalité des lois peut être introduit par une révision de la Constitution. Au Royaume-Uni, qui est un des rares pays qui n'est pas doté de constitution écrite, la situation est plus complexe, car la souveraineté du parlement implique qu'il n'existe aucun acte formellement ou matériellement supérieur aux lois parlementaires dans l'ordre juridique britannique. Pour expliciter ce point, il est nécessaire de se référer au contenu de cette doctrine.

a. Le contenu

La souveraineté parlementaire peut être résumée en trois principes[414]: premièrement, le parlement est omnipotent dans le sens qu'il peut légiférer sur tous les sujets. Deuxièmement, aucun parlement ne peut lier ses successeurs. Il ne peut donc pas adopter une loi qui ne pourrait être modifiée par un parlement futur. En d'autres termes, le respect de la constitution britannique au sens matériel implique l'impossibilité d'adopter une constitution au sens formel qui servirait de norme de référence pour le contrôle des actes parlementaires. Une hiérarchie entre les normes parlementaires fondée sur des critères matériels est également

412 Pour la génèse de l'*Human Rights Act,* voir p. ex. BLACKBURN (1999); pour d'autres ouvrages sur cette loi, voir CLEMENTS/THOMAS (2005); FELDMAN (2002) p. 80 ss; HOFFMAN/ROWE (2010); KAVANAGH (2009); LEIGH/MASTERMANN (2008); LOVELAND (2009); WADHAM (2009); YOUNG (2009).

413 BLACKBURN (2001) p. 935.

414 L'énoncé traditionnel de la doctrine de la souveraineté parlementaire est attribué à ALBERT V. DICEY, qui, dans son ouvrage *Introduction to the Study oft the Law oft the Constitution* (1885), soutient que: «Parliament (...) has (...) the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament. Parliament is not bound by its predecessor.»

étrangère à la conception traditionnelle de la souveraineté du Parlement[415]. Comme toutes les lois parlementaires ont le même statut, les conflits sont résolus en application stricte du principe de la *lex posterior*. En adoptant une norme postérieure incompatible avec une norme antérieure, le parlement est présumé avoir voulu abroger la norme antérieure *(doctrine of implied repeal)*. Dans le même ordre d'idées, une loi parlementaire l'emporte sur les droits individuels qui ont leur fondement dans la jurisprudence *(common law)*. La liberté individuelle est ainsi protégée, d'après les auteurs traditionnels, dans la mesure où elle n'est pas limitée par la loi[416]. Troisièmement, en vertu de la souveraineté parlementaire, aucune autorité ne peut remettre en question un acte du Parlement. Il s'ensuit que les tribunaux ne sont pas habilités à invalider ou à refuser d'appliquer une loi.

b. Conséquences pour le rôle du juge

D'une façon plus générale, la doctrine classique de la souveraineté parlementaire assigne au juge un rôle clairement subordonné à celui du législateur. Selon la conception traditionnelle, le pouvoir judiciaire tire sa légitimité de la volonté du Parlement[417]. Son rôle consiste à veiller au respect des actes parlementaires en recherchant l'intention du législateur historique[418] et nullement à les remettre en question. Cette vision du juge est liée à une conception stricte de la séparation des pouvoirs, qui établit une nette distinction entre l'application et la création du droit, ainsi qu'entre le domaine politique et le domaine judiciaire.

L'ancrage de la légitimité du juge dans la volonté parlementaire a également pour conséquence de fortement circonscrire le contrôle judiciaire des actes infralégaux. Dans la mesure où le Parlement a délégué une tâche à l'administration et lui laisse une marge de manœuvre, les ouvrages classiques de droit administratif stipulent qu'il a souhaité laisser aux autorités publiques, et non aux juges, la liberté de choisir les moyens pour l'accomplir[419]. Par conséquent, les tribunaux peuvent seulement intervenir lorsque l'autorité publique sort clairement du cadre que lui a tracé la volonté du Parlement pour sanctionner des excès ou abus de pouvoirs *(ultra vires review)*. Tel est le cas lorsqu'une autorité adopte un comportement manifestement déraisonnable. Le pouvoir de cognition du juge est ainsi fortement restreint. Il doit se borner à vérifier si l'autorité a respecté les conditions découlant du *«Wednesbury reasonableness test»*. Dénommé ainsi d'après le nom de l'arrêt qui l'a consacré, ce principe permet d'invalider uniquement une décision qui serait «absurde à tel point qu'aucune

415 «No domestic principles of law are held out as possessing a fundamental moral claim, on human rights or any other ground, which might have the effect of challenging or overriding the application of some other legal rule (...).» (BLACKBURN [2001] p. 947).

416 Voir BLACKBURN (2001) p. 948.

417 Sur le fondement de la légitimité du juge, voir ELLIOTT (2001 a).

418 BLACKBURN (2001) p. 963.

419 Voir à ce sujet IRVINE OF LAIRG (1996) p. 60.

autorité raisonnable n'aurait jamais pu la prendre»[420]. D'après la doctrine traditionnelle, le test de l'irrationalité est clairement distinct et moins exigent que le principe de la proportionnalité parce qu'il n'exige ni le choix du moyen le moins restrictif, ni une adéquation entre moyens et buts[421]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aboutit d'ailleurs à la même conclusion[422].

2. *Le statut du droit international en droit interne*

Dans d'autres ordres juridiques, nous l'avons vu, le contrôle de constitutionnalité des lois a, *de facto,* été introduit par le biais du contrôle de conventionalité. Cette voie n'était cependant pas ouverte au Royaume-Uni en raison de sa longue tradition dualiste. A défaut d'avoir été transformée en droit interne par une loi du Parlement, la Convention ne déployait pas d'effet dans l'ordre juridique britannique. Toutefois, celui-ci n'a pu se soustraire à l'emprise croissante du droit international. En particulier l'influence du droit communautaire et de la CEDH a favorisé un lent processus par lequel la doctrine et la jurisprudence ont tempéré, adapté et en partie reformulé la doctrine classique de la souveraineté parlementaire (3.a). Cette évolution a culminé dans l'adoption du *Human Rights Act* de 1998 (3.b) et dans la création d'une Cour suprême qui remplace, depuis octobre 2009, la section judiciaire de la Chambre des Lords, comme plus haute instance de recours. Le *Human Rights Act* a donné lieu, à son tour, à de nouveaux développements jurisprudentiels et doctrinaux qui apportent des redéfinitions de la doctrine classique (3.c).

3. *Evolution*

a. *Doctrine et jurisprudence avant le Human Rights Act*

Les premiers tempéraments à la tradition dualiste et à la doctrine de la souveraineté parlementaire remontent à l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne, plus particulièrement à la doctrine de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire sur tout le droit interne, y compris les lois du Parlement. Le Royaume-Uni a fait face à ce défi par l'adoption du *European Communities Act* de 1972. Celui-ci respecte la souveraineté parlementaire dans la mesure où

---

420 «a conclusion so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it», *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wendnesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, p. 234 (Lord Greene).

421 Voir *Brind and Others vs. Secretary of State for the Home Department,* All ER 720 [1991] AC 696 (Lord Ackner). Pour le rapport entre le principe de proportionnalité et le *«Wednesbury unreasonableness test»* voir p. ex. De Burca (1998).

422 Pour un exemple montrant que le critère d'irrationalité ne satisfait pas les exigences de la proportionnalité, voir ACEDH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni,* nº 33985/96 et 33986/96, 27 septembre 1999, Rec. 1999-VI.

il est, d'un point de vue formel, une loi ordinaire qui pourrait être abrogée par une loi postérieure. D'un point de vue matériel, il est d'une telle importance que son abrogation paraît une option peu réaliste. La doctrine a tenu compte du statut particulier du *European Communities Act* en déclarant que son abrogation implicite est exclue[423].

L'effet direct et la primauté du droit communautaire ont renforcé le statut de la CEDH dans l'ordre juridique britannique. Comme nous l'avons vu, la Convention est la source d'inspiration privilégiée des droits fondamentaux protégés dans l'ordre juridique communautaire en tant que principes généraux du droit qui doivent être respectés par les Etats membres dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union européenne. En d'autres termes, de par leur incorporation indirecte dans le droit communautaire, les droits protégés dans la Convention bénéficiaient de l'effet direct et de la primauté au sein du Royaume-Uni. Il apparaissait donc paradoxal que la CEDH soit privée de son effectivité en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne, obligeant les particuliers à faire valoir leurs droits directement à Strasbourg[424].

La doctrine et la jurisprudence ont cherché à atténuer ces problèmes par une stratégie bien connue, celle de l'interprétation conforme à la Convention. Cette méthode, qui postule que le Parlement est présumé avoir l'intention de respecter la CEDH, a permis d'harmoniser les lois du Parlement avec la Convention[425]. Bien que formellement compatible avec la souveraineté parlementaire et limitée à la clarification de termes jugés ambigus[426], l'interprétation conforme a altéré la perception du rôle du juge, l'incitant à abandonner son rôle traditionnel d'exégète littéral des lois parlementaires[427].

Une autre stratégie d'harmonisation du droit interne avec la Convention consistait en l'adaptation du *«Wednesbury reasonabless test»*. Lorsqu'une autorité portait atteinte à un droit fondamental dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il convenait de soumettre son acte à un examen plus strict *(anxious scrutiny)*[428]. La jurisprudence a cependant refusé de contrôler les actes de l'ad-

---

423 Pour l'impact du *EC-Communities Act* sur la doctrine traditionnelle de la souveraineté parlementaire, voir p. ex. ARMSTRONG (2003) p. 330 ss.

424 Voir à ce sujet le discours de Lord Slynn devant la Chambre des Lords du 26 novembre 1992: «Every time the European Court [of Justice] recognises a principle set out in the Convention as being part of Community law, it must be enforced in the UK courts in relation to Community law matters, but not in domestic law. So the Convention becomes in part a part of our law through the back door because we have to apply the Convention in respect of Community law matters as part of Community law.» (HL Deb., 26 novembre 1992, cols. 1095 s, cite dans BLACKBURN [2001] p. 958).

425 BLACKBURN (2001) p. 950; voir p. ex. *Brind* (note 421) (Lord Bridge of Harwich).

426 BLACKBURN (2001) p. 950.

427 Cf. BESSON (2008) p. 49.

428 Voir p. ex. *Brind* (note 421): «In a field which concerns a fundamental human right (...) close scrutiny must be given to the reasons provided as justification for interference with that right» (Lord Ackner). Pour l'application plus stricte du critère de l'irrationalité dans le contexte des droits de l'homme, voir IRVINE OF LAIRG (1996) p. 63 s.; ELLIOTT (2001 b) p. 99.

ministration à la lumière de la Convention par le biais de l'interprétation conforme pour le motif que cette méthode conduirait à l'incorporation de la CEDH dans l'ordre juridique britannique de manière détournée[429]. L'intervention du législateur était donc nécessaire pour conférer à la Convention son effet utile au sein de l'ordre juridique britannique. Sous le slogan «ramener les droits à la maison» *(«Bringing Rights Home»)*[430], le gouvernement britannique soumit au Parlement en octobre 1997 un projet de loi qui devint, une année plus tard, le fameux *Human Rights Act* de 1998. Dans son message, il releva que le *statu quo* n'avait pas fait ses preuves[431] pour plusieurs raisons. D'une part, les garanties conventionnelles étaient perçues comme des droits étrangers, en dépit du fait que le Royaume-Uni avait été parmi les principaux auteurs de la Convention[432]. D'autre part, en l'absence de remèdes au niveau national, la Cour européenne devait statuer sur des requêtes sans connaître la position des tribunaux britanniques. Ceux-ci n'étaient ainsi pas en mesure d'entamer un dialogue avec la Cour, de la rendre attentive aux sensibilités nationales et de contribuer au développement de la jurisprudence européenne[433]. D'une façon plus générale, l'incorporation de la Convention serait favorable à l'osmose entre le droit britannique et les droits conventionnels[434]. Elle apporterait de plus une solution au problème évoqué par Lord Browne-Wilkinson, formulé en terme de question: *«Why cannot we enable our courts to administer what the European Court of Human Rights does many months, many years, many hundreds of pounds later?»*[435]

b. Le Human Rights Act

L'adoption du *Human Rights Act* («HRA») s'inscrit dans la même logique que celle du *European Communities Act.* En tant que loi ordinaire, elle est compatible avec la souveraineté du Parlement, mais ne peut pas être abrogée de façon implicite. Entré en vigueur le 2 octobre 2000, le *Human Rights Act* incorpore les droits conventionnels dans l'ordre juridique du Royaume-Uni. La CEDH devient ainsi le premier catalogue de droits fondamentaux dans l'ordre juridique britannique (art. 1 HRA)[436]. Le respect des droits conventionnels s'impose à toutes les autorités publiques, à l'exception du Parlement (art. 6 al. 3

429 *Brind* (note 421) (Lord Bridge of Harwich).

430 Voir le message *(White Paper)* accessible à l'adresse *http://www.archive.official-documents.co.uk/document/hoffice/rights/chap1.htm* (état au 15 janvier 2010).

431 Message (note 430) n° 1.15.

432 Message (note 430) n°s 1.2 et 1.14.

433 Message (note 430) n°s 1.14 et 1.18.

434 Message (note 430) n° 1.14.

435 Cité selon BLACKBURN (2001) p. 958; voir aussi le message (note 430).

436 BLACKBURN (2001) p. 961, qui relève qu'au Royaume-Uni, contrairement à d'autres Etats membres, l'incorporation de la Convention n'a pas eu pour seul effet de renforcer le catalogue de droits fondamentaux existants, mais a également doté le système des premiers droits individuels invoquables en justice par les particuliers.

HRA). Cette concession à la souveraineté parlementaire n'est pas la seule contenue dans la loi. Cependant, cela ne change rien au fait que le *Human Rights Act* renforce considérablement le statut de la Convention en droit interne, en prévoyant un système de contrôle tant préventif que répressif. La combinaison de ces deux modes de contrôle constitue une des principales caractéristiques de la loi de 1998[437].

aa. Le contrôle préventif

Les auteurs du *Human Rights Act* sont partis de l'idée que les droits fondamentaux ne pouvaient être garantis de façon effective par la voie judiciaire seule et qu'il était nécessaire de prévoir des mécanismes de contrôle par les acteurs politiques intervenant en amont. Ce type d'examen n'aurait pas seulement pour but de prévenir des violations des droits fondamentaux dans un cas concret, mais, de façon plus générale, de responsabiliser les acteurs politiques et de favoriser l'émergence d'une culture politique respectueuse des droits individuels *(«rights culture»)*[438].

Deux mécanismes de contrôle préventif visent à atteindre ces objectifs. Le premier consiste en une obligation faite au gouvernement de se prononcer sur la compatibilité de chaque projet législatif avec la Convention avant la deuxième lecture par le Parlement (art. 19 HRA). Le second intervient à un stade ultérieur de la procédure législative et consiste en un contrôle par une commission parlementaire spécifiquement créée à cet effet en 2001. Comme son nom l'indique, le *Joint Committee on Human Rights* («JCHR») est une commission mixte composée d'un nombre égal de députés de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes[439]. Ce mode de composition vise à réduire le caractère partisan de la démocratie majoritaire britannique et à contrecarrer la forte discipline de partis politiques caractéristique du système politique de Westminster. La représentation égalitaire des deux Chambres empêche en général que le parti au pouvoir soit également dominant dans le JCHR[440].

La création de la commission mixte n'a pas été anodine, car elle a remis en cause la conviction traditionnelle selon laquelle le Parlement dans son ensemble est le principal gardien des droits fondamentaux[441]. Cette mission incombe, dans la pratique, depuis 2001, au JCHR et à un expert juridique employé à plein temps pour assister cette commission[442]. Le rôle du JCHR n'est pas uniquement préventif, mais aussi réactif. Il ne se limite pas à l'examen des projets législa-

437 HIEBERT (2006) p. 2 ss.

438 HIEBERT (2006) p. 4; selon BLACKBURN (2001) p. 992, le *Human Rights Act* a eu un impact révolutionnaire sur la procédure législative.

439 Sur le JCHR et son activité, voir HIEBERT (2006); LESTER (2002).

440 HIEBERT (2006) p. 16.

441 HIEBERT (2006) p. 14, qui relève que la création d'une commission spéciale analogue avait été refusée en 1977.

442 Pour une description des fonctions du JCHR, voir HIEBERT (2006) p. 21 ss.

tifs, mais s'étend également à la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la suite donnée aux jugements nationaux constatant une violation d'un droit fondamental.

La pratique met en exergue l'interdépendance et la complémentarité des deux mécanismes de contrôle préventif. L'examen systématique par le JCHR a pour effet de rendre le contrôle par le gouvernement plus efficace. Sachant qu'ils peuvent être appelés à justifier leurs déclarations de compatibilité devant la commission mixte, les ministres sont incités à ne pas les émettre à la légère. Depuis 2002, les déclarations ministérielles sont accompagnées d'une motivation sommaire[443]. Nonobstant, le gouvernement fait preuve de beaucoup moins de scepticisme face aux projets législatifs que le JCHR[444], lequel n'hésite pas à demander des explications complémentaires au ministre en charge du projet législatif. L'interaction entre les deux organes de contrôle est propice à une *«rights culture»*. Elle ne rend cependant pas superflu un contrôle judiciaire répressif. Cette conviction a aussi été celle des auteurs de la loi de 1998.

bb. Le contrôle répressif

L'innovation majeure du *Human Rights Act* est de permettre aux particuliers de faire valoir des violations des droits fondamentaux garantis dans la CEDH devant les tribunaux britanniques. A l'instar de toutes les autorités d'application du droit, ceux-ci sont tenus d'interpréter le droit interne en conformité avec la Convention (art. 3 HRA) et la jurisprudence des organes de Strasbourg (art. 2 HRA). Contrairement à la situation en place avant le *Human Rights Act,* l'interprétation conforme s'applique maintenant de façon générale et pas uniquement lorsqu'il convient de clarifier des termes ambigus[445]. Elle trouve cependant sa limite dans la volonté claire et expresse du Parlement.

Lorsque l'interprétation conforme ne permet pas de résoudre le conflit avec la Convention, le *Human Rights Act* prévoit un régime distinct pour les lois ordinaires et les actes infralégaux. Les juges peuvent invalider les seconds, mais sont tenus d'appliquer les premières par souci du respect de la souveraineté parlementaire. Les juridictions supérieures[446] ont cependant la faculté de rendre une «déclaration d'incompatibilité» constatant la contrariété de la loi à un droit conventionnel (art. 4 HRA). Le parlement est ainsi invité à effectuer les modifications législatives nécessaires. Compte tenu de la lenteur de la procédure législative ordinaire, le *Human Rights Act* confère à certaines conditions au ministre compétent la faculté de modifier les dispositions légales contraires à la Conven-

443 Voir LESTER (2002) p. 20.

444 En 2006, HIEBERT indique que le gouvernement n'a prononcé que deux déclarations d'incompatibilité, alors que le JCHR émet souvent des doutes sur la compatibilité d'un projet législatif avec les droits fondamentaux et exige des explications complémentaires de la part des ministres (HIEBERT [2006] p. 18 s.).

445 BLACKBURN (2001) p. 962.

446 Cf. Art. 4 al. 5 HRA.

tion par voie d'ordonnance dans le cadre d'une procédure sommaire *(«fast track procedure»)*[447]. Selon le degré d'urgence, le Parlement doit approuver ces amendements par une résolution, soit avant, soit après leur entrée en vigueur.

La pratique montre que les tribunaux ont effectivement recours aux déclarations d'incompatibilité et que celles-ci sont généralement suivies d'effets. De décembre 2000 à juillet 2007, les instances judiciaires ont prononcé des déclarations d'incompatibilité dans vingt-quatre affaires. Dans six cas, elles ont été annulées sur recours. Dans les dix-huit autres cas, des mesures législatives avaient été prises ou étaient en discussion dans les affaires où elles s'imposaient[448]. A ce jour, il n'existe, à notre connaissance, aucun cas dans lequel le Parlement a refusé de remédier à une violation d'un droit conventionnel, suite à une déclaration d'incompatibilité. La pratique semble donc confirmer le pronostic avancé par les auteurs du *Human Rights Act,* selon lequel *«Parliament may, not must, and generally will, legislate»*[449].

En l'absence d'une obligation juridique de donner suite à une déclaration d'incompatibilité, la Cour européenne des droits de l'homme a cependant considéré que ce remède n'est pas une voie de recours suffisamment effective au sens de l'article 35 par. 1 de la Convention. Cette appréciation pourrait être revue à l'avenir, lorsque «la Cour sera amenée à constater l'existence d'une pratique longue et bien établie consistant, pour les ministres, à donner effet aux déclarations d'incompatibilité des tribunaux et à conclure à l'effectivité de cette procédure.»[450] Avant une telle constatation, un particulier qui saisit directement la Cour au lieu de solliciter une déclaration d'incompatibilité au niveau interne ne verra pas sa requête déclarée irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes. Par conséquent, le système prévu par le *Human Rights Act* n'est pour le moins à présent pas entièrement conforme à l'idée de la subsidiarité de la Convention.

cc. Interaction et complémentarité des différents modes de contrôle

Nous avons déjà relevé la complémentarité entre les deux mécanismes de contrôle préventif. Ce constat a cependant une portée plus générale. Il décrit également, de façon adéquate, le rapport entre l'examen préalable et le contrôle judiciaire répressif. Les droits fondamentaux sont ainsi garantis par un système

---

447 Art. 10 HRA.

448 Voir la statistique en annexe au 31e rapport annuel de la commission mixte de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes «Monitoring the Government's Response to Human Rights Judgments», HL Paper 173, HC 1078, publié le 7 octobre 2008, accessible à l'adresse http*://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/173/173.pdf* (état au 5 mars 2010). Des statistiques moins récentes sont résumées dans ACEDH (GC), *Burden c. Royaume-Uni,* nº 13378/05, 29 avril 2008, para. 24 (sélectionné pour publication).

449 Propos de Lord Irvine, à l'époque Lord Chancellor, au cours des débats parlementaires, 582 Parl. Deb. H.C. (6th ser.) (1997) 1228–1229, cité dans HIEBERT (2006) p. 4, note 11.

450 ACEDH, *Burden and Burden c. Royaume-Uni,* nº 13378/05, 12 décembre 2006, para. 39; confirmée par la Grande Chambre (note 448) (para. 43).

de «tension dialectique»[451] entre trois contrôleurs représentant les trois pouvoirs classiques de l'Etat.

Un exemple permet d'illustrer ces propos. Il concerne la loi sur la sécurité et la lutte contre le terrorisme et la criminalité *(Antiterrorism, Crime and Security Act* 2001) adoptée deux mois après les attentats du 11 september 2001[452]. L'aspect le plus notoire de cette loi est la possibilité de mettre en détention les personnes soupçonnées d'être des terroristes internationaux pour une durée indéterminée. Comme cette mesure est clairement contraire aux garanties de *habeas corpus* de l'article 5 CEDH, le gouvernement britannique avait prévu de faire usage de la possibilité de déroger à cette disposition en application de l'article 15 CEDH. La dérogation à la Convention, ainsi que d'autres mesures prévues dans la loi, ont suscité la critique du JCHR, lequel a souligné son rôle de «gardien parlementaire» des droits fondamentaux[453]. Suite à l'avis de la commission mixte, le gouvernement a modifié le projet sur certains points. Il a retenu, par exemple, une définition plus étroite de la notion de «terroriste», mais a maintenu sa position sur la nécessité d'une dérogation à la Convention. L'appel du JCHR aux parlementaires à considérer l'effet corrosif des dérogations aux garanties de droits de l'homme et à mener la lutte contre le terrorisme en respectant les garanties de l'Etat de droit est resté sans effet. Dans un climat politique marqué par des préoccupations sécuritaires et un sentiment d'urgence, la loi a été adoptée dans un délai extrêmement court, qui n'a guère laissé de temps pour un débat critique.

Or, quatre années plus tard, le pouvoir judiciaire a corrigé les défaillances du législateur. Par un arrêt du 16 décembre 2004[454], la section judiciaire de la Chambre des Lords a déclaré que la dérogation à la Convention n'était pas compatible avec les conditions prévues à l'article 15 CEDH. Les *Law Lords* n'ont pas remis en cause l'appréciation du gouvernement selon laquelle le risque d'attentat terroriste était un «danger public menaçant la vie de la nation»[455]. Leur critique s'est dirigée contre la nature discriminatoire de la loi. Celle-ci ne prévoyait, en effet, la possibilité de détention indéfinie que pour des étrangers et non pour les ressortissants britanniques. Faisant suite à la déclaration d'incompatibilité prononcée par la Chambre des Lords, le Parlement a abrogé la disposition litigieuse en 2005. Comme le relève un commentateur britannique, l'arrêt du 16 décembre 2004 est d'une importance fondamentale pour la juridiction constitutionnelle au Royaume-Uni. *«It explodes the myth, fostered by centuries of complacency regarding the virtues of an unwritten Constitution and a sovereign Parliament, that Britain is uniquely immune to the risks posed*

---

451 HIEBERT (2006) p. 5.

452 La loi fut adoptée le 19 novembre 2001 et entra en vigueur le 14 décembre 2001.

453 Pour un résumé de la critique du JCHR, voir LESTER (2002) p. 9 ss; HIEBERT (2006) p. 27 ss.

454 *A v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68; pour un commentaire de cet arrêt, cf. FELDMAN (2005); ELLIOTT (2006).

455 Art. 15 par. 1 CEDH.

by a constitutional architecture in which the incomplete separation of powers could allow for domination by an omnicompetent legislature controlled by a powerful executive.»[456]

c. *Tendances doctrinales après le Human Rights Act*

Comme nous l'avons vu, la doctrine et la jurisprudence ont facilité l'incorporation de la Convention dans l'ordre juridique britannique. Le *Human Rights Act,* à son tour, n'a pas manqué d'influencer la pratique des tribunaux et les théories doctrinales, lesquelles ont fait face au défi de réduire l'écart entre la théorie classique de la souveraineté du Parlement et la réalité d'un contrôle judiciaire des lois. Quatre développements méritent d'être mentionnés.

Le premier concerne le renforcement du pouvoir de cognition du juge par l'intégration du principe de la proportionnalité dans l'ordre juridique britannique. Considéré avant le *Human Rights Act* comme un principe étranger au droit public britannique[457], la jurisprudence a maintenant recours à l'examen de la proportionnalité, non seulement dans le champ d'application du *Human Rights Act,* mais également pour examiner des restrictions des droits fondamentaux protégés par la *common law*[458]. Une partie de la doctrine relève, par ailleurs, que le principe de la proportionnalité et le *«Wednesbury reasonabless test»* ne sont pas radicalement différents, mais présentent des points communs étant donné que les tribunaux peuvent contrôler leur respect avec un pouvoir de cognition plus ou moins restreint[459]. Mettant l'accent sur les affinités entre le critère d'irrationalité et celui de la proportionnalité, ce courant doctrinal conclut qu'ils peuvent en réalité être considérés comme l'expression d'un seul principe, ce qui favorise l'acceptation et l'ancrage effectif de la proportionnalité dans l'ordre juridique britannique.

Le deuxième développement consiste dans la hiérarchisation émergente des lois sur la base de leur contenu. Les lois que le juriste continental qualifiera de constitution au sens matériel sont ainsi désignées de «lois constitutionnelles» *(«constitutional statutes»)*[460]. Bien que formellement des lois ordinaires, ces lois bénéficient d'un statut privilégié. En raison de leur contenu, ces lois ne sont pas sujettes à la doctrine du *«implied repeal»*[461]. Font entre autres partie des lois constitutionnelles, en plus de l'*EC-Communities Act* et du *Human Rights Act,* les lois sur la décentralisation en faveur de l'Ecosse, du Pays-de-Galle et de l'Irlande de Nord.

---

456 ELLIOTT (2006) p. 565.

457 A part l'influence du *Human Rights Act,* il convient de mentionner celui du droit communautaire; pour une analyse, voir DE BURCA (1993).

458 Voir *R (Daly) v. Secretary for State for the Home Department* [2001] UKHL 26 [2001] 2 AC 532 p. 32; FORDHAM (2002).

459 Voir ELLIOTT (2001b); ID. (2002).

460 Voir p. ex. LAWS (2008).

461 Pour la doctrine de l'abrogation implicite, voir ci-dessus D.III.1.a.

Une troisième évolution va dans le sens d'un renforcement des droits ancrés dans la *common law.* La jurisprudence tend, en effet, vers la reconnaissance de certains droits fondamentaux comme des garanties protégées par la *common law,* et les qualifie, en raison de leur importance particulière, de «droits constitutionnels» *(constitutional rights)*[462]. Une partie de la doctrine, à son tour, postule que les tribunaux ne devraient pas se limiter à déclarer des lois incompatibles avec les droits conventionnels incorporés par le *Human Rights Act,* mais devraient également pouvoir constater qu'une loi parlementaire est incompatible avec les droits fondamentaux découlant de la *common law*[463]. En d'autres termes, l'incorporation des droits fondamentaux européens favorise le renforcement du statut et de l'effet des droits fondamentaux jurisprudentiels d'origine nationale.

Le dernier développement est étroitement lié au précédent. Il touche au fondement même de la légitimité du pouvoir judiciaire. Alors que le contrôle judiciaire repose, selon la théorie classique, sur la volonté réelle du Parlement, ou, dans une version adaptée, sur la volonté présumée des parlementaires[464], un courant doctrinal plus progressiste postule que le pouvoir du juge découle de la *common law*[465], qui tire sa légitimité des principes de l'Etat de droit *(rule of law)*[466]. Ce débat doctrinal a une importante incidence pratique. Selon la doctrine orthodoxe, l'abrogation du *Human Rights Act* (qui exprimerait la volonté du Parlement de soustraire les lois au contrôle juridictionnel) priverait l'examen judiciaire de constitutionnalité des lois de son fondement. D'après la seconde doctrine, le pouvoir d'émettre des déclarations d'incompatibilité fait dorénavant partie de la *common law*[467]. Selon cette conception, la souveraineté parlementaire est elle-même un principe de *common law,* dont le contenu et les contours peuvent évoluer à travers la jurisprudence[468].

IV. Les pays nordiques

1. Aperçu

Une étude comparative des pays attachés à la suprématie parlementaire serait incomplète si nous omettions d'évoquer les pays nordiques. En raison des affi-

---

462 Pour un aperçu de la jurisprudence, voir JENKINS (2009) p. 182 ss.

463 JENKINS (2009).

464 L'idée étant que le Parlement était présumé avoir voulu légiférer en conformité avec les droits de l'homme; pour des adhérents de cette théorie, voir ELLIOTT (1999, 2001 a); FORSYTH/ELLIOTT (2003); FORSYTH (1996).

465 Pour des auteurs se ralliant à ce courant, voir CRAIG (1998); ALLAN (2002); pour une discussion des deux courants, voir p. ex. ARMSTRONG (2003), ALLAN (2002) et les contributions publiées dans FORSYTH (2000) qui reproduit une partie des contributions doctrinales citées dans cette note et dans la précédente.

466 Voir ARMSTRONG (2003) p. 337.

467 BESSON (2008) p. 41.

468 Dans ce sens ARMSTRONG (2003) p. 336 s.

nités et influences réciproques entre leurs systèmes constitutionnels et politiques[469], il se justifie de les traiter de manière regroupée en vue d'une analyse comparative. Un premier trait commun bien connu des pays nordiques est leur attachement à l'Etat social. Ils se caractérisent de plus, comme le Royaume-Uni, par une longue continuité constitutionnelle[470] et une approche dualiste face au droit international. A l'instar de la souveraineté parlementaire britannique, la suprématie du pouvoir législatif est fortement ancrée dans la tradition constitutionnelle. Le mythe d'une démocratie spécifiquement nordique, qui tire ses origines de l'âge des Vikings, est devenu un aspect important de l'identité nationale après la Seconde Guerre Mondiale[471].

En ce qui concerne le système de juridiction constitutionnelle en place dans les différents pays nordiques, un premier aperçu fait émerger plus de différences que de convergences. Alors que le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois est depuis longtemps admis en Norvège[472], au Danemark[473] et en Islande[474], il n'a été introduit en Suède qu'en 1979[475] et en Finlande qu'en 2000[476], avec une importante limite: dans ces deux pays, le juge peut sanctionner uniquement des violations *manifestes* de la Constitution[477]. Cette restriction du pouvoir de cognition du juge n'est pourtant pas une spécificité suédoise ni finlandaise. Elle explicite une tradition commune aux pays nordiques, à savoir la forte déférence des tribunaux face au pouvoir législatif[478]. En effet, en raison

469 Cf. HELGADÓTTIR (2006) p. 8.

470 Cette caractéristique est particulièrement marquée en Norvège. Adoptée en 1814, sa Constitution est la plus ancienne charte fondamentale écrite encore en vigueur en Europe (voir MØSE [2001] p. 638; HELGADÓTTIR [2006] p. 6).

471 Pour une analyse critique de la démocratie nordique, voir JAKOBSEN (2009) p. 223 ss; le même auteur relève à la page 227 que cette vision a été critiquée, par des observateurs étrangers, qui l'ont qualifiée d'«utopie idyllique» (citant D. A. RUSTOW, «Lawyers [ed.] [1958]», *The American Political Science Review* 1960, p. 559–560, p. 560).

472 Cf. SAND (2009) p. 160 s.; WIKLUND (2008) p. 178.

473 MORS (2002) p. 42 ss, p. 61; WIND (2009) p. 285.

474 HELGADÓTTIR (2006) p. 193.

475 Cf. WIKLUND (2008) p. 186; NERGELIUS (2009) p. 145 ss; MOELLER (2004) p. 195; pour une étude approfondie de la juridiction administrative et constitutionnelle en Suède, voir MOELLER (2004).

476 OJANEN (2009) p. 2009; FOLLESDAL/WIND (2009) p. 132.

477 L'article 106 de la Constitution finlandaise intitulé «Primauté de la Constitution» dispose que «[t]oute juridiction est tenue d'accorder la primauté à la Constitution, si l'application d'une disposition d'une loi au cas soumis à son examen est en évidente contradiction avec la Constitution.» (cité selon la traduction disponible sur le site du ministère de la justice finlandais, *http://www.om.fi/21910.htm,* état au 7 février 2010); l'article 14 du chapitre 11 de l'Instrument du gouvernement (qui est une des quatre lois fondamentales formant la Constitution suédoise) contient une disposition semblable, avec la différence que la restriction du pouvoir de cognition des juges ne s'applique pas seulement aux lois au sens formel, mais également aux ordonnances du gouvernement; le texte est disponible en anglais sur le site du Parlement, *http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_6307.aspx* (état au 7 février 2010).

478 Pour le Danemark, voir p. ex. MORS (2002) p. 81 ss; pour la Suède, MOELLER (2004) p. 123 s., p. 193 ss; pour tous les pays nordiques, voir les contributions publiées dans le *Nordic Journal of Human Rights* n° 2, 2009.

de la retenue des juges, l'examen de la constitutionnalité des lois est resté pendant longtemps une possibilité théorique, même dans les pays qui admettent le *«judicial review»* dans son principe. La responsabilité principale d'assurer le respect de la Constitution et des traités internationaux incombe ainsi, en premier lieu, au Parlement, à une commission parlementaire ou à un autre organe chargé d'exercer un examen préventif au sein de la procédure législative[479].

2. *La tradition de la déférence judiciaire*

La tradition nordique de la retenue judiciaire *(«judicial restraint»)* pourrait-elle servir de modèle à la Suisse et justifier l'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois, comme le suggère un ancien juge au Tribunal fédéral?[480] Pour répondre à cette question, il faut s'interroger sur les raisons qui expliquent la réticence singulière des tribunaux nordiques à désavouer le législateur. La doctrine a identifié plusieurs facteurs qui ont contribué à l'attitude déférentielle des juges. Certains de ces facteurs se retrouvent également en Suisse; d'autres, par contre, sont entièrement étrangers à la culture politique helvétique.

Un premier facteur tient à la perception des pays nordiques comme des Etats nations homogènes[481]. Au niveau organisationnel et institutionnel, cette vision est reflétée dans la forme unitaire de l'Etat et dans le monocamérisme parlementaire. Ce contexte a été favorable à la réception de l'idée française qui postule que le Parlement représente et exprime la volonté générale à laquelle le pouvoir judiciaire ne saurait s'opposer[482]. Le contraste avec la diversité, comme valeur fondatrice de la Suisse[483], et la structure fédérative de notre pays, mérite d'être souligné.

Un deuxième facteur, par contre, n'est pas étranger au système politique helvétique et caractérise également les Pays-Bas. Il s'agit du système politique consensuel et inclusif qui favorise la négociation et la quête d'un compromis[484]. Etant donné que le législateur est censé tenir compte des intérêts légitimes de

---

479 En Finlande, l'examen préventif est principalement exercé par une commission parlementaire chargée des affaires constitutionnelles qui jouit d'une grande autorité, cf. OJANEN (2009) p. 204 ss; en Suède, des projets de lois peuvent être soumis au Conseil de la législation, composé de juges ainsi que d'anciens juges de la Cour suprême et de la Cour administrative suprême; le Conseil n'est cependant qu'un organe consultatif et sa saisine n'est que facultative; une réforme en cours a cependant pour objectif de renforcer le statut du Conseil et d'assurer le contrôle de tous les projets législatifs (sur le Conseil, cf. NERGELIUS [2009] p. 142 ss; WIKLUND [2008] p. 209; CAMERON [2001] p. 841); pour le contrôle préventif par le Parlement en Norvège, voir WIKLUND (2008) p. 210.

480 Dans ce sens SCHUBARTH (2003) p. 173.

481 FOLLESDAL/WIND (2009) p. 137.

482 Ibid.

483 Voir le Préambule et l'art. 2 al. 2 Cst.

484 FOLLESDAL/WIND (2009) p. 138; à la différence de la Suisse, la recherche du consensus dans les pays nordiques s'explique, en grande partie, par l'influence des syndicats (cf. LUNDSTRÖM [2009] p. 243).

tous les acteurs concernés, l'intervention du juge est considérée comme superflue, voire nocive au bien-être général[485].

Un troisième facteur, qui ne trouve pas d'équivalent en Suisse, est l'attachement à l'Etat social et, dans le domaine juridique, l'héritage de l'école du réalisme scandinave[486]. La pensée réaliste a contribué fortement à légitimer la construction de l'Etat social dans la période après la Seconde Guerre Mondiale. Elle se caractérise par le relativisme moral, ainsi que par une vision instrumentale et progressiste du droit. Le non-cognitivisme et la fonction réformatrice du droit ont conduit à une hostilité face aux droits fondamentaux et au pouvoir judiciaire. La crainte dominante était que la protection juridictionnelle des droits et libertés individuels (en particulier de la garantie de la propriété) ne fasse échec à la réalisation de la politique sociale, comme cela avait été le cas aux Etats-Unis pendant la période du *«New Deal»*[487]. Au niveau institutionnel, les adhérents du réalisme social défendaient la suprématie du législateur[488], qui était l'organe légitimé et destiné à réaliser les intérêts collectifs. Cette théorie a influencé l'(auto)perception du rôle des juges. La mission des tribunaux était essentiellement réduite à la réalisation de la volonté parlementaire par le biais de l'interprétation historique et littérale des lois.

En conclusion, la tradition scandinave de la retenue judicaire s'est développée dans un contexte politique, social et idéologique sensiblement différent du contexte suisse et ne pourrait guère être transposée à la Confédération helvétique pour justifier le maintien de la clause d'immunité. Comme nous le relèverons plus tard[489], le seul facteur qui est commun aux pays nordiques et à la Suisse – la culture politique consensuelle – ne justifie pas de l'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois. A cela s'ajoute que l'attitude déférentielle des juges dans les pays nordiques est en pleine évolution. Il en va de même de leur tradition dualiste qui a, comme au Royaume-Uni, pendant longtemps limité l'effet du droit international dans les ordres juridiques internes.

---

485 FOLLESDAL/WIND (2009) p. 139.

486 FOLLESDAL/WIND (2009) p. 138; WIKLUND (2008) p. 169; SCHAUMBURG-MÜLLER (2009) p. 182; LUNDSTRÖM (2009) p. 246 ss, qui contient un exposé des traits principaux du réalisme scandinave.

487 Voir en particulier le fameux arrêt *Lochner v. New York,* 198 U.S. 45 (1905). Cet arrêt a inauguré une jurisprudence néolibérale de la Cour suprême («le lochnerisme») qui a systématiquement conduit à l'annulation des mesures de politique sociale en application de la liberté contractuelle. Pour une étude de l'influence de la jurisprudence américaine sur les pays nordiques, cf. HELGADÓTTIR (2006); cet auteur relève que la Cour suprême norvégienne a suivi la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis postérieure au «lochnerisme», laquelle a accordé une position privilégiée aux libertés idéales face aux droits économiques (HELGADÓTTIR [2006]) p. 252; sur ce sujet, voir aussi SAND [2009] p. 161 s.); pour la Suède, voir MOELLER (2004) p. 195 et CAMERON (2001) p. 838, lequel relève que l'hostilité du parti social-démocrate suédois face au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois tournait essentiellement autour de la garantie de la propriété.

488 Voir SCHAUMBURG-MÜLLER (2009) p. 171 s.

489 Ci-dessous E.I.2.e.

3. *Evolution*

A l'instar des autres pays européens, les Etats nordiques n'ont pu se soustraire à l'emprise croissante du droit international. Le législateur et le constituant ont relevé ce défi et ont adopté des mesures visant à harmoniser les différents échelons du bloc de fondamentalité. Ces changements constitutionnels et législatifs, eux-mêmes favorisés par la jurisprudence[490], ont conduit, à leur tour, à une valorisation de la fonction du juge, l'incitant à jouer un rôle plus actif face aux autres pouvoirs.

a. *Changements constitutionnels et législatifs*

Trois types de réformes ont modifié le rôle du juge constitutionnel. Tout d'abord, des révisions constitutionnelles ont conduit à l'adoption ou à la mise à jour de catalogues de droits fondamentaux, à la lumière des conventions internationales des droits de l'homme[491]. Cette évolution a, d'une part, permis d'atténuer le scepticisme traditionnel face aux droits fondamentaux. D'autre part, elle a fourni au juge constitutionnel une assise solide pour veiller au respect de ces droits.

De plus, les parlements de tous les pays scandinaves ont successivement adopté, à partir de l'année 1990, des lois incorporant la CEDH et d'autres traités internationaux dans l'ordre juridique national[492]. Comme le *Human Rights Act* britannique, ces lois n'ont pas, d'un point de vue formel, de statut supralégal[493]. Dans plusieurs Etats, la doctrine estime cependant qu'elles bénéficient d'un statut quasi-constitutionnel en raison de leur contenu[494]. En Norvège, cette conclusion s'appuie sur l'article 3 de la loi d'incorporation, laquelle prévoit que les droits conventionnels l'emportent sur des dispositions légales qui leur sont contraires[495].

---

490 La doctrine a, par exemple, critiqué et contribué à assouplir le dualisme traditionnel concernant le rapport entre le droit international et le droit interne; cf. WIKLUND (2008) p. 187.

491 En Suède, une des quatre lois constitutionnelles (l'Instrument de gouvernement) a été révisée en 1974 et contient dorénavant dans son chapitre 2 un catalogue de droits fondamentaux (CAMERON [2001] p. 834; WIKLUND [2008] p. 186). En Norvège, le constituant a adopté en 1994 le nouvel article 110c qui impose aux autorités étatiques le devoir de respecter et de garantir les droits de l'homme et prévoit l'adoption de dispositions légales visant à incorporer ces droits dans l'ordre juridique interne (cf. MØSE [2001] p. 628, p. 634 s.). En Islande, les dispositions constitutionnelles sur la protection des droits fondamentaux ont été mises à jour à la lumière des conventions internationales en 1995 (cf. GAUKSDÓTTIR [2001] p. 402; HELGADÓTTIR [2009] p. 239), la même année, la Constitution finlandaise a fait l'objet d'une révision (ROSAS [2001] p. 289).

492 Les lois respectives ont été adoptées en 1990 (Finlande, voir ROSAS [2001] p. 294); 1992 (Danemark, voir GERMER [2001] p. 260); 1994 (Suède, voir WIKLUND [2008] p. 182; CAMERON [2001] p. 838; et Islande, voir GAUKSDÓTTIR [2001] p. 400), 1999 (Norvège, voir SAND [2009] p. 163; MØSE [2001] p. 628; la loi norvégienne incorpore, à part la CEDH, également les deux Pactes des Nations Unies de 1966).

493 ROSAS (2001) p. 295; CAMERON (2001) p. 839.

494 ROSAS (2001) p. 296; GAUKSDÓTTIR (2001) p. 402 s.

495 WIKLUND (2008) p. 188; MØSE (2001) p. 636.

Finalement, rappelons que le constituant a introduit le contrôle de constitutionnalité des lois dans les deux pays nordiques où il faisait défaut, en Suède et en Finlande, tout en limitant le pouvoir de cognition du juge aux violations manifestes des droits fondamentaux. L'impératif de la retenue judiciaire s'applique indépendamment de la source constitutionnelle ou conventionnelle des droits qui servent comme mesure de contrôle[496]. Toutefois, une tendance vers le renforcement du pouvoir judiciaire se dessine dans la majorité des pays nordiques[497].

b. Vers un renforcement du pouvoir de cognition du juge

L'évolution vers une attitude moins déférentielle des tribunaux a tiré son origine dans la nécessité d'harmoniser le droit national avec le droit européen et international. Cet impératif a conduit les juges à aller au-delà de l'interprétation grammaticale et historique et à rendre les normes internes compatibles avec la Convention par le biais de l'interprétation conforme[498]. Ce lent cheminement vers un renforcement du pouvoir judiciaire a culminé dans des premiers arrêts sanctionnant une violation d'un droit fondamental[499]. Néanmoins, la doctrine s'accorde sur le fait que les tribunaux nordiques continuent à exercer le contrôle de constitutionnalité avec prudence[500]. L'idée que la responsabilité principale du respect de la Constitution incombe, en premier lieu, au Parlement, reste dominante et a conduit au renforcement des mécanismes de contrôle pendant la phase législative[501]. Ces derniers ne s'avèrent cependant pas suffisants pour remédier de façon effective à des violations des droits fondamentaux au niveau national. La forte restriction du pouvoir de cognition judiciaire est ainsi consi-

496 CAMERON (2001) p. 839.

497 Concernant l'Islande, HELGADÓTTIR (2009) p. 192 relève que les tribunaux exercent le contrôle de constitutionnalité «sans hésitation et de façon ouverte» sans qu'on puisse considérer leur pratique comme activiste; cette jurisprudence ne semble pas donner lieu à des controverses dans le public; pour les autres pays, le renforcement du pouvoir judiciaire est moins marqué; voir pour la Suède, NERGELIUS (2009) p. 149 ss, p. 158 s., pour la Finlande, OJANEN (2009) p. 207, notant que «la tendance a inévitablement été vers un rôle plus fort du pouvoir judiciaire», tout en précisant que les juges exercent leur contrôle «sur la toile de fond de la retenue judiciaire» (traduit par l'auteur); pour le Danemark voir HELGADÓTTIR (2006) p. 241, MORS (2002) p. 175 s. et, pour une appréciation plus critique, WIND (2009) p. 285, la dernière auteure se montrant plus sceptique quant à l'existence d'une tendance vers le renforcement du pouvoir de cognition des juges que les deux auteurs précédents; pour la Norvège, voir SAND (2009) p. 168 s., et, pour la prise en compte de la CEDH par les tribunaux norvégiens, WIKLUND (2008) p. 203 ss.

498 GAUKSDÓTTIR (2001) p. 401; ROSAS (2001) p. 296; HELGADÓTTIR (2006) p. 243; WIKLUND (2008) p. 208.

499 Pour le Danemark, voir MORS (2002) p. 129 ss, qui analyse de façon détaillée le premier arrêt de la Cour suprême danoise (rendu en 1999) sanctionnant l'inconstitutionnalité d'une loi; pour la Suède, MOELLER (2004) p. 195, qui relève que les trois premiers arrêts constatant une violation de la Constitution et du droit de l'Union européenne datent de 1996; pour la Norvège, voir SAND (2009) p. 166 s.

500 Voir les références citées sous la note 497.

501 En Suède, par exemple, le Conseil en matière de législation joue un rôle plus actif depuis 2000 (cf. NERGELIUS [2009] p. 144), et une réforme en cours vise à renforcer son statut.

dérée comme étant incompatible avec la subsidiarité de la garantie internationale des droits de l'homme[502].

Qui plus est, les restrictions constitutionnelles du pouvoir de cognition n'entrent pas en ligne de compte dans le cadre du champ d'application du droit de l'Union européenne[503]. En raison du chevauchement des droits fondamentaux de l'Union européenne et de ceux garantis dans la CEDH, un traitement différent des mêmes droits selon leur source paraît inadéquat. Ces raisons ont amené la Finlande et la Suède à initier des réformes actuellement en cours visant à abolir la limitation constitutionnelle du pouvoir de cognition du juge[504].

V. Synthèse

Dans le présent chapitre, nous avons examiné l'influence du droit international sur la juridiction constitutionnelle de dix pays qui partagent le scepticisme suisse face au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Dans tous ces Etats, la suprématie du pouvoir législatif et une conception stricte de la séparation des pouvoirs ont été fortement ancrées dans la tradition constitutionnelle. La vision française de la loi comme l'expression de la volonté générale, la théorie britannique de la souveraineté du Parlement et celle d'une démocratie typiquement scandinave ne sont dans ces Etats pas moins centrales que la démocratie directe en Suisse et font partie de l'identité constitutionnelle de chaque pays.

Toutefois, les ordres juridiques examinés ont fait preuve d'une remarquable capacité d'adaptation en conciliant leurs traditions constitutionnelles avec le contexte international modifié. Dans tous ces Etats, l'évolution tend vers un renforcement du pouvoir du juge constitutionnel. Dans les pays monistes, le contrôle de conventionalité s'est fermement imposé, agissant, d'un point de vue fonctionnel, comme un substitut du contrôle de constitutionnalité des lois. La jurisprudence *PKK* du Tribunal fédéral fait ainsi partie d'une évolution jurisprudentielle commune à d'autres pays européens. Dans les Etats dualistes, l'incorporation de la Convention dans l'ordre juridique interne a fourni au pouvoir judiciaire un fondement stable pour l'examen de la compatibilité des actes étatiques avec la CEDH. Dans ces deux catégories d'Etats, l'émergence du contrôle de conventionalité a contribué à la remise en cause ou, comme le montre l'exemple du Royaume-Uni, à l'adaptation du «concept traditionnel de l'intouchabilité des lois parlementaires»[505].

---

502 MOELLER (2004) p. 123.
503 Cf. CAMERON (2001) p. 840.
504 Pour la Finlande, voir OJANEN (2009) p. 204; pour la Suède, NERGELIUS (2009) p. 159; MOELLER (2004) p. 203.
505 GARLICKI (2009) p. 246.

Expression du phénomène plus général de l'européanisation et de l'internationalisation du droit national, le contrôle de conventionalité a conduit à la revalorisation des constitutions nationales. Ce mouvement présente une dimension matérielle et procédurale. La première consiste en l'adoption ou la mise à jour de catalogues de droits fondamentaux au niveau national. A l'instar du constituant helvétique en 1999, plusieurs pays nordiques, ainsi que le Luxembourg et la Belgique, ont adopté cette démarche. La seconde est complémentaire à la première. Elle a concerné l'introduction ou le renforcement du contrôle de constitutionnalité des lois parlementaires. Ces réformes ont abouti en France, au Luxembourg, en Belgique, au Royaume-Uni[506], ainsi qu'en Suède et en Finlande. Dans ces deux derniers pays, de nouveaux travaux sont en cours. Leur but est de renforcer le pouvoir de cognition du juge constitutionnel. Des réformes ont également été initiées aux Pays-Bas, qui est le seul Etat, parmi les pays examinés, dont la Constitution contient une clause d'immunité en faveur des lois parlementaires. Comme le montrent les arguments avancés en France, les révisions constitutionnelles ont été inspirées par le souci d'assurer la visibilité et l'effectivité des droits fondamentaux protégés dans la Constitution nationale. L'objectif de mettre fin au traitement différent d'un même droit en fonction de sa source, constitutionnelle ou conventionnelle, a été un facteur important aux Pays-Bas.

La tendance vers l'assimilation des droits individuels provenant de sources différentes s'est également dessinée dans les pays nordiques. La doctrine et la jurisprudence y accordent aux lois incorporant les droits conventionnels un statut supralégal ou quasi-constitutionnel, en dépit de leur statut formel de loi ordinaire. L'accent est ainsi mis sur l'importance des normes, plutôt que sur leur source. Le fait de qualifier le *Human Rights Act* britannique de «loi constitutionnelle» va dans le même sens.

L'exemple de la loi britannique est cependant unique dans la mesure où le *Human Rights Act* a eu pour effet de doter le pays, pour la première fois dans l'histoire, d'un catalogue de droits fondamentaux. L'argument en faveur de l'incorporation selon lequel il fallait «ramener les droits à la maison» montre la double nature de la Convention. Les droits qu'elles protègent font à la fois partie du droit international et du droit national.

L'osmose entre le droit constitutionnel national et international caractérise également les pays comme la France et la Belgique, qui confient le contrôle de conventionalité et le contrôle de constitutionnalité à des juridictions différentes. L'interprétation des droits fondamentaux nationaux s'inspire en effet de la jurisprudence des instances de Strasbourg.

Les développements décrits jusqu'à présent montrent la forte interaction et l'interdépendance entre des droits appartenant, selon une vision classique, à des ordres juridiques différents. Ils ont conduit à l'émergence d'un bloc de fon-

506 Avec la particularité que les arrêts n'ont qu'un effet constatatoire et non cassatoire.

damentalité qui sert de référence au contrôle juridictionnel de tous les actes étatiques, y compris les lois parlementaires.

Il est intéressant de noter que le renforcement du pouvoir judiciaire face au pouvoir législatif s'est produit malgré l'existence d'un contrôle préalable par des commissions parlementaires ou des organes spécialisés, comme le Conseil d'Etat dans les pays du Benelux et en France. Les deux mécanismes de contrôle s'avèrent plutôt complémentaires et leur renforcement est allé de pair. En d'autres termes, assurer le respect du droit supérieur est une tâche complexe qui nécessite des interventions par des organes différents, à des moments différents. Tant le législateur que le juge constitutionnel ont leur rôle à jouer. C'est un des arguments qui plaide en faveur de la légitimité et de l'opportunité du contrôle juridictionnel des lois.

E. Légitimité et opportunité de la juridiction constitutionnelle

Le contrôle de constitutionnalité des lois s'est progressivement répandu sur le continent européen, même dans des Etats attachés, comme la Suisse, à la suprématie du législateur. Cette évolution est-elle un «phénomène de mode»[507] que notre pays risque de suivre sans bonnes raisons? La réponse à cette question tourne autour de la légitimité et de l'opportunité de la juridiction constitutionnelle[508]. Notre argumentation en faveur du contrôle judiciaire des lois fédérales sera simple. Nous ferons essentiellement valoir qu'il se justifie, dans le contexte contemporain, pour les mêmes raisons que l'examen juridictionnel des lois cantonales[509]. Nous aborderons la problématique de la légitimité et de l'opportunité de la juridiction constitutionnelle en cinq parties. La première commencera par examiner l'objection principale à l'encontre du *«judicial review»,* qui insiste sur l'incompatibilité entre le contrôle juridictionnel, d'une part, et le principe démocratique, d'autre part. Notre objectif sera de démontrer qu'il n'existe pas d'antinomie entre la démocratie et la juridiction constitutionnelle. Tout au contraire, le juge constitutionnel peut être considéré comme un garant d'une société démocratique (I). Dans la deuxième et la troisième partie, nous arguerons que des considérations d'ordre fédéraliste (II) et la protection des droits fondamentaux (III) militent en faveur d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales. Dans la quatrième partie, nous analyserons un autre argument clé avancé à l'encontre du contrôle *judiciaire* de constitutionnalité des lois qui est étroitement lié au reproche de la nature non démocratique de l'intervention du

507 Dans ce sens SCHUBART (2009) p. 376 au sujet de l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois au Luxembourg.

508 Pour un aperçu des arguments le plus souvent avancés en faveur et en défaveur du contrôle judiciaire des lois en Suisse, voir le Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne 1973.

509 Ci-dessus B.II.–IV.

juge. Il consiste à souligner qu'à la différence de l'opinion du juge Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*[510], la suprématie de la Constitution sur les lois ordinaires n'implique nullement que le contrôle de constitutionnalité doive être confié à une autorité judiciaire. A l'inverse de l'approche américaine, la conviction que cette fonction doit rester l'apanage du législateur est très répandue en Suisse. Il convient donc de se poser la question de savoir qui, du juge ou du législateur, est plus apte et légitime à remplir le rôle de gardien de la Constitution (IV). Après avoir réfuté le point de vue que le contrôle de constitutionnalité des lois doit rester le monopole du législateur, nous traiterons dans la cinquième partie de ce chapitre de deux autres objections à l'encontre de la juridiction constitutionnelle. Elles concernent la crainte d'un «gouvernement des juges» (V.1), d'une part, et l'appréhension d'une politisation de la justice (V.2) d'autre part. Notre étude ne se limitera pas à des considérations purement théoriques. Elle s'efforcera de tenir compte du contexte constitutionnel et politique helvétique ainsi que des apports de l'analyse comparative. A cet égard, il nous semble important de souligner d'emblée que la Suisse a une longue tradition du contrôle de constitutionnalité des lois cantonales, ce qui nous permet de mieux anticiper les effets de son extension aux lois fédérales. Cette situation distingue la Suisse de la plupart des autres Etats que notre étude a examinés dans le chapitre précédent.

I. La fonction démocratique

La plupart des études sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité portent sur le fameux caractère anti-majoritaire de l'intervention juge[511]: comment peut-on admettre que le pouvoir judiciaire fasse échec à un acte approuvé directement ou indirectement par la majorité du peuple? La juridiction constitutionnelle n'est-elle pas une entorse à la démocratie? Il n'est souvent pas assez tenu compte du fait que cette question dépend de la conception que l'on a de la démocratie et du sens que l'on donne à ce terme. Pour comprendre l'attrait d'un régime démocratique, il convient de s'interroger sur les valeurs qui sont à sa source. En effet, comme toute institution, la démocratie a besoin d'une justification[512].

---

510 Voir l'extrait cité tout au début de ce rapport.

511 Voir la fameuse expression anglaise «counter-majoritarian difficulty» de BICKEL (1962). Cet auteur décrit le problème comme suit: «The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force (...) [This] is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic (...)» (BICKEL [1962] p. 16 s.). Comme le relève FRIEDMAN (1993) p. 578, ce problème s'est mué en obsession académique aux Etats-Unis; pour un représentant du courant selon lequel la juridiction constitutionnelle est illégitime en raison de sa nature anti-majoritaire, voir WALDRON (1999); pour une critique, voir KAVANAGH (2003); ZÜRN (2007) p. 141 ss.

512 RHINOW (1984) p. 137, relève à juste titre que la démocratie est souvent présentée comme une «formule magique» qui n'a pas besoin d'être justifiée.

1. Les valeurs à la base de la démocratie

Il est notoire qu'il n'existe pas une, mais un grand nombre de définitions et justifications de la démocratie[513]. En Suisse, l'idée de la démocratie en tant que système de gouvernement par le peuple et pour le peuple est très présente. A cet égard, un *caveat* s'impose. La mise en exergue du peuple comme entité qui se gouverne elle-même comporte le risque de réification[514]. Le peuple est perçu comme une fin en soi, alors que la société politique doit être justifiée à partir des individus qui en font partie.

Compris dans ce sens, le gouvernement *par* le peuple met en avant la dimension procédurale de la démocratie. Elle reflète la conviction que les particuliers doivent pouvoir participer sur un pied d'égalité aux décisions qui les concernent. En tant qu'êtres autonomes qui sont une fin en soi, ils ne sont pas juste les destinataires des lois, mais également leurs auteurs[515]. Fondée sur l'égalité, l'autonomie et la dignité de la personne humaine, la participation au processus politique a une valeur intrinsèque. Toutefois, elle constitue également une activité téléologique[516] et a une valeur instrumentale[517]. Les citoyens participent au processus démocratique dans le but d'avoir une influence sur le résultat. En tant que gouvernement *pour* le peuple, la démocratie est considérée comme un système politique qui est le plus apte à conduire à des résultats justes et acceptables pour toutes les personnes concernées[518].

La mise en commun des deux éléments a conduit à la perception que le gouvernement *par* le peuple garantit nécessairement le gouvernement *pour* le peuple, ou, articulé dans les termes rousseauistes, que la loi, en tant qu'expression de la volonté générale, tend toujours au bien commun. Elle conduit au plus grand bien de tous, qui sont la liberté et l'égalité[519]. Rousseau lui-même a cependant relevé que cet idéal démocratique «n'a jamais existé (...) et n'existera jamais»[520], et qu'il correspond plus au monde des dieux qu'à celui des hommes[521]. De même, parlant de la volonté générale, il relève que «[d]e lui-même, le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelque-

---

513 Pour un aperçu, voir p. ex. RHINOW (1984) p. 137 ss; pour un bref aperçu, SVENSSON (2009).

514 Cf. RHINOW (1984) p. 169 ss.

515 ROUSSEAU (1992) Livre II, chapitre VI, p. 63: «Le Peuple soumis aux lois en doit être l'auteur».

516 KAVANAGH (2003) p. 463.

517 Sur la valeur tant intrinsèque qu'instrumentale de la participation au processus politique, cf. HONOHAN (2009) p. 84; KAVANAGH (2003).

518 MÜLLER (2009) p. 46.

519 ROUSSEAU (1992) Livre II, chapitre XI, p. 76 pour la liberté et l'égalité comme le plus grand bien de tous; pour une interprétation de Rousseau selon laquelle la protection des droits fondamentaux sont une partie intégrante de la République, cf. MÜLLER (2009) p. 33 ss.

520 ROUSSEAU (1992) Livre III, chapitre IV, p. 95 et Livre IV, chapitre III, p. 139.

521 ROUSSEAU (1992) Livre II, chapitre VII, p. 65.

fois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche (...)»[522]. Ainsi, Rousseau voyait la forme la plus aboutie de démocratie au sein de petites communautés[523] où les citoyens se gouvernaient en assemblées, et où d'autres conditions étaient réalisées, comme l'absence de grandes disparités de fortunes[524], et l'information suffisante des participants[525], dont la volonté était guidée par la raison[526]. Il ressort également du *Contrat social* que la démocratie ne se réduit pas à la décision majoritaire selon le penseur genevois. Il estimait, en effet, que «(...) plus les délibérations [étaient] importantes et graves, plus l'avis qui l'emport[ait] [devait] approcher l'unanimité»[527].

Comme le relèvent les adhérents de la démocratie délibérative[528], une décision prise à la majorité ne garantit pas un résultat juste mais répond à l'exigence pratique de devoir mettre fin à un débat à un moment donné[529]. Elle est donc faillible et doit pouvoir être remise en question. Le degré de légitimité d'une décision majoritaire dépend, d'une part, de sa genèse[530]. Elle exige ainsi plus que la simple agrégation des préférences individuelles[531] et repose sur l'idée que la raison ne peut se réaliser qu'à travers le débat. La démocratie n'est donc pas «décisionniste» mais réflexive et discursive[532]. La «République de la raison»[533] suppose des procédures ouvertes et inclusives qui confèrent aux individus une chance égale d'articuler leurs arguments en public, dans une perspective généralisable, et qui les exposent à une diversité de points de vue. D'autre part, une décision prise à la majorité implique, indépendamment de sa genèse, que certains groupes ou personnes seront minorisés. Le principe majoritaire ne réalise donc pas l'auto-détermination de tous les citoyens et l'identité des gouvernants et des gouvernés, mais reste l'exercice du pouvoir d'une partie des citoyens sur les autres[534]. Comme des majorités sont formées facilement[535], et chacun sait qu'il pourra faire partie d'une minorité, le principe majoritaire

522 Rousseau (1992) Livre II, chapitre VI, p. 64.
523 Rousseau (1992) Livre III, chapitre XV, p. 125.
524 Rousseau (1992) Livre III, chapitre IV, p. 96.
525 Dans ce sens Rousseau (1992) Livre II, chapitre III, p. 55.
526 Rousseau (1992) Livre II, chapitre VI, p. 64.
527 Rousseau (1992) Livre IV, chapitre II, p. 138.
528 Pour une étude récente de la légitimité de la juridiction constitutionnelle à la lumière de la démocratie délibérative, voir Zürn (2007).
529 Cf. Müller (1993) p. 149, 152.
530 Cf. Müller (2009) p. 46.
531 Dans ce sens, Rousseau (1992) Livre II, chapitre III, p. 54 a relevé que la volonté générale n'est pas identique à la volonté de tous.
532 Habermas (2001) p. 767; comme le relève Sunstein (1994–1995) p. 740 une vision discursive de la démocratie est également compatible avec des théories libérales et républicaines de la démocratie; pour une vision républicaine, cf. Pettit (2001) p. 201; pour une vision libérale, Rawls (1993) p. 216 ss (qui met en exergue la «raison publique»).
533 Pettit (2001) p. 188, traduit par l'auteur.
534 Kälin (1987) p. 140; Rhinow (1984) p. 164, 170.
535 Comme le souligne Rhinow (1984) p. 173 s., en réalité les décisions prises à la majorité émanent d'une minorité de la population.

n'est acceptable du point de vue de l'individu que s'il existe des limites au pouvoir de la majorité qui sont destinées à sauvegarder les valeurs à la base de la démocratie elle-même, la liberté et l'égalité des personnes. Pour cette raison, le principe majoritaire n'est légitime que dans les limites tracées par l'ordre constitutionnel, qui reflète le consensus de base d'une société sur les droits et valeurs qui ne sont pas à la libre disposition de la majorité[536]. Selon les termes du Conseil constitutionnel, la loi votée par le législateur «n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»[537], laquelle jouit d'une légitimité démocratique supérieure à celle des lois ordinaires.

Ces brèves considérations démontrent que la démocratie ne peut être réduite au pouvoir absolu de la majorité, mais suppose des conditions procédurales et des limites qui rendent une décision majoritaire *acceptable.* Comme l'exprime Poiares Maduro, un défi majeur d'une démocratie constitutionnelle consiste à répondre tant à la peur du plus petit nombre qu'à celle du grand nombre. Il faut assurer que la minorité ne gouverne pas la majorité, tout en garantissant que la majorité n'abusera pas de son pouvoir sur la minorité[538]. Nous nous efforcerons de démontrer dans les sections suivantes que la juridiction constitutionnelle constitue, moins qu'un obstacle à la réalisation de la démocratie, une institution qui enrichit cette dernière et la protège.

2. *Le rôle de la juridiction constitutionnelle*

a. *La protection d'un processus politique ouvert et équitable*

La tendance à personnifier le peuple, à le considérer comme une entité réelle dotée d'une volonté déterminée[539], fait abstraction du fait que la démocratie ne peut exister en dehors du droit[540]. En tant qu'organe de l'Etat, le peuple existe par le droit, qui en définit la composition, les compétences et règle les procédures à travers lesquelles l'opinion publique se forme et s'exprime[541]. D'après le professeur Rhinow, le droit est «le cadre, l'objet et le résultat du processus démocratique (...)»[542].

---

536 MÜLLER (2009) p. 35.

537 C.C., Décision n° 85–197, 23 août 1985 *Nouvelle Calédonie.*

538 POIARES MADURO (2003) p. 86.

539 RHINOW (1984) p. 172 s.

540 Voir la fameuse citation de Sir I. Jennings: «On the surface it seemed reasonable: let the people decide. It was in fact ridiculous, because the people cannot decide until somebody decides who are the people» (JENNINGS [1958] p. 56).

541 La pratique montre qu'il existe une grande variété de systèmes électoraux qui sont compatibles avec la démocratie. Le principe majoritaire est un concept indéterminé qui doit être concrétisé pour devenir opérationnel (voir MÜLLER [1993] p. 150). Il se prête donc à différentes interprétations et n'est pas aussi absolu et évident que les critiques de la nature «anti-majoritaire» du contrôle de constitutionnalité des lois font entendre.

542 RHINOW (1984) p. 135, traduit par l'auteur.

Dans la mesure où la juridiction constitutionnelle garantit le respect du cadre procédural tracé par la Constitution et veille au caractère ouvert et équitable du processus démocratique, elle protège la démocratie et ne va pas à son encontre[543]. Cette défense de la juridiction constitutionnelle a été vigoureusement articulée aux Etats-Unis par John Hart Ely[544]. Cet auteur souligne le risque que ceux qui détiennent le pouvoir en abusent pour consolider leur position. La majorité tend en effet à exclure les groupes qui lui sont opposés du processus politique ou à diminuer leurs chances de participation, par exemple par le biais du découpage des circonscriptions électorales ou par des entraves aux libertés de communication[545]. Pour cette raison, Ely insiste sur le fait que le respect des règles du jeu ne peut être confié au gouvernement ou à la majorité parlementaire mais doit être confié à une autorité indépendante – le juge constitutionnel – qui joue le rôle d'arbitre.

Protéger le cadre constitutionnel de la démocratie et veiller aux conditions nécessaires à la libre formation de l'opinion publique est une fonction traditionnelle de la juridiction constitutionnelle suisse[546]. Le Tribunal fédéral peut cependant, à l'heure actuelle, uniquement remplir ce rôle de gardien à l'égard des cantons de manière intégrale. Rappelons qu'il n'existe aucune voie de droit pour contester l'intervention irrégulière du Conseil fédéral dans une campagne. De même, des lois fédérales qui contiennent des clauses de délégation excessivement larges et qui soustraient par ce biais des matières au référendum ne peuvent pas être censurées[547]. Le même problème se poserait si l'Assemblée fédérale annulait, de façon injustifiée, une initiative populaire à laquelle une majorité parlementaire serait opposée ou adoptait une loi qui ne serait pas conforme aux droits politiques consacrés à l'article 34 Cst. Les différents principes qui découlent de cette garantie constitutionnelle mettent en exergue que la démocratie a besoin d'un cadre constitutionnel et légal qui rend possible la libre formation et l'expression fidèle de la volonté populaire et lui pose à la fois des limites. Ils montrent également que la mission du juge de veiller au respect du cadre constitutionnel nécessaire au bon fonctionnement de la démocratie ne se limite pas au contrôle de règles techniques et formelles (comme celles concernant la composition correcte du corps électoral). L'application des principes déduits de la liberté de vote, qui sont eux-mêmes une création prétorienne, implique également un rôle créateur du pouvoir judiciaire et des jugements de valeur. D'une façon plus générale, «des chances de participation égales et des

543 Cf. MÜLLER (1981) p. 73; HALLER (1978) p. 504 ss; RHINOW (1988) p. 38.

544 ELY (1980); pour un résumé de la théorie de Ely, cf. ZÜRN (2007) p. 41 ss; KÄLIN (1987) p. 106 ss.

545 Dans ce sens, ROUSSEAU (1992) Livre IV, chapitre 1er, p. 135 se réfère au «droit du citoyen d'opiner, de proposer, de diviser, de discuter, *que le gouvernement a toujours grand soin de ne laisser qu'à ses membres*» (souligné par l'auteur).

546 Ci-dessus B.IV.

547 Cf. RHINOW (1988) p. 43.

moyens de communication libres ne constituent pas uniquement des formalités, mais également des valeurs matérielles essentielles (...)»[548]. Laisser ces jugements aux uniques mains de la majorité du moment l'érige en juge dans sa propre cause et lui permet de porter atteinte aux conditions nécessaires à la démocratie. Comme le souligne le professeur Kälin, garantir *à long terme* le caractère équitable et ouvert du processus démocratique revêt plus d'importance que de protéger la décision d'une majorité détenant temporairement le pouvoir[549]. Comme nous l'avons vu, cet objectif requiert plus que la garantie des procédures comprises dans un sens strict. Cette conviction ressort également de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui souligne l'importance des libertés idéelles pour le bon fonctionnement de la démocratie[550]. Rejoignant en l'espèce Ely[551], notre Haute Cour a également renforcé la nature inclusive et représentative de la démocratie en déclarant inconstitutionnelle l'exclusion des femmes du corps électoral[552].

b. La protection des conditions sociales d'une société démocratique

Le lien entre les droits politiques, le discours, les associations, réunions et manifestations politiques, d'une part, et le fonctionnement du processus démocratique, d'autre part, est évident. Il existe cependant de façon plus ou moins prononcée pour d'autres droits fondamentaux. La censure de l'art, le contrôle excessif de la sphère privée et du secteur économique, des procédures judiciaires inéquitables, pour donner quelques exemples, sont des mesures typiques d'un régime totalitaire, qui tente d'étouffer la société civile et d'anéantir les multiples fora discursifs nécessaires à une démocratie délibérative[553]. Compris dans ce sens, la démocratie et les droits fondamentaux – l'autonomie politique et l'autonomie individuelle – sont étroitement liés, se conditionnant et se limitant réciproquement[554].

D'une façon plus générale, les droits fondamentaux et la juridiction constitutionnelle contribuent à la réalisation des valeurs et conditions sociales qui sous-tendent une société démocratique. Celle-ci se caractérise, dans les mots de la Cour européenne des droits de l'homme, par l'esprit d'ouverture, la tolérance, le pluralisme[555], qui sauvegardent sa vitalité et la préserve de la pétrifica-

---

548 KÄLIN (1987) p. 108, traduit par l'auteur.

549 KÄLIN (1987) p. 110.

550 Voir le fameux ATF 96 I 586, p. 592 *Aleinick.*

551 Ely approuvait la jurisprudence de la Cour suprême au sujet de la déségrégation comme étant nécessaire à la protection du processus démocratique; cf. ELY (1980) p. 135 ss.

552 ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner.*

553 Pour la nécessité de multiples sphères de délibération, voir p. ex. HONOHAN (2009) p. 100.

554 Ce lien est mis en exergue par HABERMAS (2001); pour le fondement commun des droits fondamentaux et de la démocratie, voir aussi RHINOW/SCHEFER (2009) p. 552, n° 2874.

555 Cf. ACEDH (Cour pleinière), *Handyside c. Royaume-Uni,* n° 5493/72, 7 décembre 1976, série A n° 24, para. 49; pour une analyse du concept de «société démocratique» dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg; voir également LECUYER (2008) p. 905 ss.

tion[556]. Une société démocratique implique également la capacité de faire preuve d'une certaine retenue et d'être prêt au dialogue. Il serait sans doute naïf de penser que le juge constitutionnel soit en mesure, à lui seul, de créer et de maintenir ces conditions sociales. Si les Etats sortant d'une dictature ont opté pour des cours constitutionnelles fortes, c'est pourtant dans l'idée qu'un contrepoids au pouvoir de la majorité peut, dans une mesure limitée certes, protéger les conditions sociales nécessaires à une société démocratique. Alors que le respect des décisions de la majorité est la règle dans une démocratie, l'intervention exceptionnelle du juge constitutionnel permet de lui rappeler qu'elle n'est pas toute-puissante, qu'elle n'exerce son pouvoir que dans les limites fixées par la Constitution. La conviction erronée que la majorité est infaillible[557] et omnipotente risque, en effet, de miner la culture politique et les valeurs de base qui caractérisent une société démocratique. Aucune société politique n'est à l'abri de ces dérives[558], raison pour laquelle il convient de rester «éternellement vigilant»[559]. L'ancrage des droits fondamentaux au niveau supra-étatique, et leur protection par le juge international, illustrent cette conviction.

c. *La protection des minorités*

«[L]a démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement (...)»[560]. Celui-ci consiste d'abord, nous l'avons vu, dans la protection des minorités contre l'exclusion et la marginalisation dans le processus politique. La protection des libertés de communication à l'encontre de la majorité poursuit cet objectif. D'après le Tribunal fédéral, dans une démocratie, «la majorité ne peut prétendre réduire la minorité au silence»[561]. Le droit à la critique est une condition importante pour garantir la réversibilité des décisions prises à la majorité[562]. Pour que les décisions prises à la majorité soient légitimes aux

556 Ce risque est relevé par MÜLLER (1981) p. 78.

557 Pour une critique de l'infaillibilité de la majorité, voir p. ex. RHINOW (1984) p. 184 ss.; dans ce sens aussi ROUSSEAU (1992) Livre II, chapitre III intitulé «si la volonté générale peut errer»; la conviction que la majorité est infaillible a été ébranlée par les expériences historiques. L'exemple le plus paradigmatique est l'accession – légale – d'Hitler au pouvoir en Allemagne; la période du maccarthysme aux Etats-Unis est une autre illustration, moins spectaculaire, de ce phénomène.

558 Voir KÄGI (1945) p. 184; voir aussi THÜRER (2005a) p. 48; SPESCHA (2006) p. 183 s. avec d'autres références.

559 L'expression est empruntée à l'opinion dissidente du juge Holmes dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Abrams et al. v. United States,* 250 U.S. 616, qui porte sur la liberté d'expression (traduit par l'auteur).

560 ACEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni,* n° 7601/76; 7806/77, 13 août 1981, série A n° 44, para. 63. Parmi les critiques les plus connues de la tyrannie de la majorité se trouve celle d'Alexis Tocqueville dans son ouvrage «De la démocratie en Amérique».

561 ATF 101 Ia 252, p. 258 *Ernst.*

562 Cf. PETTIT (2001) p. 183 qui met en exergue l'importance de la contestabilité des décisions prises dans une démocratie.

yeux des personnes minorisées, la minorité d'aujourd'hui doit pouvoir avoir une chance de faire partie de la majorité de demain[563]. Cette condition n'est cependant pas remplie pour des minorités dites structurelles. En font partie les personnes qui appartiennent «à un groupe déterminé qui, dans l'histoire et dans la réalité sociale actuelle, a fait l'objet d'exclusion et a été traité comme étant inférieur (...)»[564] en raison d'un «critère de distinction qui constitue un élément essentiel, inséparable ou difficilement séparable, de l'identité de[s] personne[s] en question»[565].

L'expérience historique a amplement démontré les tendances conformistes dans toute société qui conduisent à l'exclusion et à la stigmatisation des personnes perçues comme étant différentes de la majorité. C'est également au cours de l'histoire que les critères qui sont à la base des préjugés et de l'avilissement ont été concrétisés: comme le montrent les dispositions constitutionnelles sur l'interdiction des discriminations, il s'agit surtout de la race, de l'origine ethnique ou nationale, de la langue, du sexe, de l'orientation sexuelle, du handicap et de la religion. Reflétant les expériences historiques d'injustice, les conventions en matière de droits de l'homme proscrivent les inégalités de traitement fondées sur ces mêmes critères[566].

En tant que minorités structurelles, les membres de certains de ces groupes risquent d'être systématiquement marginalisés et n'ont que très peu de chances d'améliorer leur statut à travers le processus politique. Dans ces constellations, la question de la légitimité des décisions majoritaires se pose tout particulièrement. Comme l'expérience des Etats multiethniques le montre, ce mode de prise de décision n'est en effet acceptable qu'à condition qu'aucun groupe ne fasse de façon permanente partie de la minorité. Le problème de la légitimité se pose avec une acuité particulière lorsque les membres du groupe minorisé sont, comme actuellement les étrangers (qui forment environ 20 pour cent de la population suisse), et par le passé les femmes ou les noirs, exclus de la communauté politique. Dans ce cas, l'idée à la base de la démocratie selon laquelle les personnes peuvent se considérer comme étant à la fois auteurs et destinataires des lois n'est clairement pas remplie[567].

Pour les groupes exclus ou marginalisés, la juridiction constitutionnelle remplit une fonction compensatrice et protectrice. L'accès au prétoire offre à leurs

---

563 RHINOW (1984) p. 250; MÜLLER (1993) p. 152.

564 ATF 129 I 232 = SJ 2003 I 513, p. 520 *Union démocratique du Centre de la Ville de Zurich.*

565 Ibid.

566 Les conventions des droits de l'homme contiennent systématiquement une clause qui interdit les discriminations accessoires en précisant que les droits qu'ils consacrent reviennent à toute personne indépendamment du «sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (art. 14 CEDH; cf. également, *inter alia,* art. 2 para. 2 PIDESC, art. 2 para. 1 PIDCP).

567 Cf. TANQUEREL (2005) p. 250 s.

membres un forum pour articuler leurs intérêts[568] et s'opposer aux traitements discriminatoires dont ils sont la cible. Leur protection nécessite le courage du juge constitutionnel de désavouer la majorité. Comme nous l'avons vu à titre d'exemple, la section judiciaire de la Chambre des Lords n'a pas esquivé son «devoir à l'impopularité»[569] et n'a pas hésité à émettre une déclaration d'incompatibilité au sujet d'une loi qui, au nom de la lutte anti-terroriste, permettait la détention indéfinie des étrangers tandis que les citoyens britanniques soupçonnés d'activités terroristes étaient à l'abri d'une telle mesure. Le Tribunal fédéral en a fait de même dans ses fameux arrêts au sujet de la naturalisation dans lesquels il a insisté sur l'interdiction des discriminations en raison de l'origine[570], de la religion[571] et du handicap[572].

Comme ils sont souvent représentatifs du groupe majoritaire, les juges n'ont, malgré leur statut d'indépendance, pas toujours le recul nécessaire pour protéger des groupes minoritaires. Dans ces conditions, le contrôle additionnel par une instance qui se situe en dehors de la communauté politique en question prend toute son importance. Dans cet esprit, le juge international joue le même rôle à l'égard des instances nationales que celles-ci remplissent dans les Etats fédéraux face aux entités fédérées. Souvenons-nous des paroles des professeurs Fleiner et Giacometti[573], selon lesquelles les ressortissants des cantons peuvent s'adresser au Tribunal fédéral «lorsque dans l'étroitesse du contexte cantonal, la passion politique est à la barre»[574]. L'étroitesse évoquée par Fleiner et Giacometti peut être caractéristique non seulement du contexte cantonal mais également du contexte national, ce qui rend nécessaire l'accès à un prétoire international qui est éloigné de la passion politique et peut, de l'extérieur, porter un

568 Cf. THÜRER (2005a) p. 432 s.; HONOHAN (2009) p. 98; KAVANAGH (2003) p. 483.

569 MÜLLER (1981) p. 94; voir aussi le fameux arrêt *The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu*, 6 juin 1995, 1995 (3) SA 391 (CC) de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud au sujet de la constitutionnalité de la peine de mort. A l'argument selon lequel la majorité de la population était favorable à la peine capitale, les juges sud-africains rétorquent de la manière suivante: «If public opinion were to be decisive there would be no need for constitutional adjudication. The protection of rights could then be left to Parliament, which has a mandate from the public, and is answerable to the public for the way its mandate is exercised, but this would be a return to parliamentary sovereignty, and a retreat from the new legal order established by the 1993 Constitution. By the same token the issue of the constitutionality of capital punishment cannot be referred to a referendum, in which a majority view would prevail over the wishes of any minority. The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled to claim this protection include the social outcasts and marginalized people of our society».
En Suisse, le Tribunal fédéral a contribué à la protection des groupes impopulaires par sa riche jurisprudence concrétisant, par des règles précises, la liberté personnelle des détenus (cf. MÜLLER [1982] p. 38 et note 155).

570 ATF 129 I 217 *Emmen*.

571 ATF 134 I 49 *Buchs*.

572 ATF 135 I 49 *X*.

573 Ci-dessus B.III.

574 FLEINER/GIACOMETTI (1978) p. 898 s., traduit librement par l'auteur.

regard plus détaché sur le respect des droits fondamentaux. Ce rôle justifie la supériorité de la Cour européenne des droits de l'homme face aux instances nationales ainsi que la nature obligatoire de ses jugements.

Relevons qu'une démocratie qui est respectueuse des minorités est ancrée dans la tradition helvétique. Le bicamérisme, la représentation équitable des différentes régions et communautés linguistiques au sein des autorités fédérales, l'élection proportionnelle des députés du Conseil national et la culture politique consensuelle reflètent la conviction que la démocratie ne se réduit pas au gouvernement par la majorité, mais doit dans la mesure du possible être inclusive et tenir compte des intérêts des minorités. Les instruments de la démocratie directe peuvent servir les mêmes objectifs. Ces multiples contrepoids politiques peuvent être considérés comme une partie intégrante de la démocratie consensuelle helvétique et non comme une limite extérieure[575]. Dans ce sens, les cours constitutionnelles ont été décrites comme une «troisième chambre délibérative»[576]. Une vision consensuelle de la démocratie a beaucoup moins de difficultés à intégrer la juridiction constitutionnelle comme un contrepoids supplémentaire au pouvoir de la majorité qu'une conception purement majoritaire de la démocratie[577]. De plus, une culture politique marquée par la quête de compromis favorise l'interaction et la communication, et non l'affrontement entre les différents pouvoirs étatiques[578].

Ajoutons à cet argument que la culture politique consensuelle ne rend pas la juridiction constitutionnelle superflue. Il faut se garder de surestimer le principe de concordance et de penser qu'il permet d'intégrer tous les intérêts pertinents[579]. La prise en compte des intérêts est nécessairement sélective et favorise des groupes d'intérêts suffisamment organisés (comme les représentants des milieux professionnels) ou institutionnalisés, comme les cantons. Des minorités qui ne satisfont pas à ces conditions manquent souvent également de capacités financières et organisationnelles pour pouvoir protéger leurs intérêts par le recours aux instruments de la démocratie directe[580]. Pour ces raisons, la concordance et la juridiction constitutionnelle sont des mécanismes complémentaires, dans la mesure où le juge constitutionnel veille essentiellement à la protection des minorités qui ne sont pas institutionnalisées, contrairement par exemple aux cantons.

---

575 Pour une argumentation plus générale relevant les affinités entre les contrepoids politiques et la juridiction constitutionnelle, cf. FREEMAN (1990–1991) p. 354.

576 Cf. ÖHLINGER (2008) p. 453, tout en relevant que cette caractérisation ne doit pas être comprise dans le sens que le juge constitutionnel constituerait un organe politique; pour les spécificités du pouvoir judiciaire, voir ci-dessous E.IV.

577 Pour une telle vision, qui considère le fédéralisme et le bicamérisme comme étant incompatibles avec la démocratie, cf. BELLAMY (2009) p. 120.

578 JAKOBSEN (2009) p. 241.

579 RHINOW (1984) p. 241 s.

580 Pour les limites du référendum en tant que moyen de protection des minorités structurelles, voir aussi REICH (2008) p. 997.

d. La protection contre des intérêts particuliers

Par la protection des minorités, le juge constitutionnel exerce une fonction correctrice. Il intervient dans des cas où la prise de décision majoritaire n'est pas suffisamment inclusive et représentative et donc trop éloignée de l'idéal démocratique. A l'inverse des minorités, qui ne sont pas suffisamment représentées, certains groupes risquent d'avoir une influence excessive. Dans ces conditions, la loi ne peut pas être considérée comme l'expression de la volonté générale qui «tend toujours à l'utilité publique»[581]. Rousseau avait déjà relevé le besoin de se prémunir contre des «brigues, des associations partielles»[582] afin que «le peuple ne se trompe point»[583]. De nos jours, la théorie dite du *«public choice»* met en exergue que des groupes composés de nombreuses personnes (comme les consommateurs) ont plus de difficulté à s'organiser et à articuler leurs intérêts que des petits groupes (notamment un nombre restreint de producteurs) qui espèrent tirer un avantage considérable d'une certaine législation[584]. Compte tenu de la connexité entre la procédure et son résultat, un juge constitutionnel qui ne décèle aucun intérêt public justifiant une restriction de la liberté économique, ou parvient à la conclusion qu'une loi prévoit soit des mesures clairement disproportionnées, soit des inégalités qui ne reposent pas sur des critères objectifs, corrige indirectement des déficiences du processus démocratique[585]. De tels cas sont certes rares, mais non inexistants[586]. Ils appellent l'intervention du juge pour «reconstruire les conditions de la légitimité d'une procédure législative démocratique»[587] à la lumière de la volonté générale[588].

e. La correction d'autres déficiences de la procédure législative

A part la sur- ou la sous-représentation de certains groupes, il existe d'autres déficiences de la procédure législative qui justifient de prévoir un contrôle par une institution indépendante. Comme le chapitre consacré à l'étude du droit comparé l'a montré, il arrive que le Parlement soit appelé à adopter des lois sans avoir le temps nécessaire pour un débat digne de ce nom. La législation en matière de «lutte anti-terroriste» en est un exemple notoire[589]. Cette dernière met en exergue que l'absence de discussion, et le sentiment général d'urgence,

---

581 Rousseau (1992) Livre II, chapitre III, p. 54; Rousseau relève le risque de l'influence des intérêts privés comme suit: «Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques, et l'abus des lois par le gouvernement est un mal moindre que la corruption du législateur, suite infaillible des vues particulières» (ID., Livre III chapitre IV, p. 95).

582 Rousseau (1992) Livre II, chapitre III, p. 55.

583 Rousseau (1992) Livre II, chapitre III, p. 55.

584 Olson (1998); Poiares Maduro (2003) p. 87.

585 Dans ce sens Öhlinger (2008) p. 450 ss.

586 Pour des exemples jurisprudentiels concernant les lois cantonales, voir Auer/Malinverni/Hottelier (2006b) p. 100, n° 216.

587 Öhlinger (2008) p. 451, traduit librement par l'auteur.

588 Öhlinger (2008) p. 451.

589 Ci-dessus D.II.1.b.aa. (Belgique), D.II.3.b.aa (Pays-Bas) et D.III.3.b.cc. (Royaume-Uni).

créent des conditions peu propices au respect des droits fondamentaux. Dans un tel contexte, l'intervention du juge constitutionnel sanctionne en réalité plutôt le gouvernement que le parlement, dont l'action se limite dans une grande mesure à approuver le projet législatif qui lui est soumis. A part les cas d'urgence, il existe une tendance générale selon laquelle l'influence de l'exécutif augmente au détriment du législateur. Elle s'explique par le fait que la législation n'augmente pas seulement d'un point de vue quantitatif mais porte, en outre, sur des problèmes de plus en plus techniques et complexes[590]. Les lois deviennent plus expérimentales[591], ce qui accroît la difficulté de prévoir leurs effets sur les personnes concernées *ex ante*. Des atteintes aux droits fondamentaux se révèlent souvent plus tard, au stade de l'application de la loi[592]. Dans ces conditions, la protection effective des particuliers nécessite l'intervention du juge. La spécialisation croissante de la législation conduit à la même conclusion. Comme les lois portent de plus en plus fréquemment sur des domaines spécifiques, l'idée que leur nature générale et abstraite, en tant qu'expression de l'égalité, est également une garante suffisante des droits et libertés de chacun, perd en pertinence[593]. Elle devient également moins plausible dans la mesure où la société devient de moins en moins homogène de sorte que même une loi qui a un champ d'application général peut avoir des effets très différents selon les destinataires[594]. Face à la complexité de la législation, le juge constitutionnel dispose d'un avantage par rapport aux autres pouvoirs, et en particulier au peuple. Il peut se concentrer sur la question de la constitutionnalité et répondre de façon ciblée, en refusant d'appliquer la disposition litigieuse. Le citoyen qui est appelé à se prononcer sur un acte législatif aux urnes doit procéder à une évaluation complexe d'opportunité et de constitutionnalité[595] tout en faisant face à un choix binaire[596]: voter pour ou contre l'acte dans son entier. Même à supposer que la contrariété d'un aspect de la loi à la Constitution soit thématisée pendant la campagne et que le citoyen ait pu se former une conviction à ce sujet, il est

590 Cf. ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 410; KÄLIN (1987) p. 143.

591 KASTANAS (1993) p. 50.

592 Voir p. ex. RHINOW (1988) p. 40; RHINOW/SCHEFER (2009) p. 2875.

593 Cf. MÜLLER (1982) p. 115; d'une façon plus générale, l'idée selon laquelle la décision majoritaire garantit les intérêts de tous d'une façon convenable repose sur la prémisse que les effets négatifs de la législation sont répartis de façon relativement équitable, ce qui n'est pas toujours réalisé (cf. POIARES MADURO [2003] p. 89); DWORKIN considère pour cette raison qu'une démocratie n'exige pas uniquement la participation égale de tous les citoyens dans le processus démocratique mais en plus que la décision reflète un respect égal des intérêts de tous *(«equal concern for the interests of all»)*; cf. DWORKIN (1996) p. 24 ss.

594 Dans cet ordre d'idées, deux auteurs scandinaves relèvent que le multiculturalisme a ébranlé la vision d'un peuple homogène et favorise le renforcement du rôle de juge (cf. FOLLESDAL/WIND [2009] p. 141; voir aussi MÜLLER [1993] p. 151).

595 MÜLLER (1993) p. 174 relève à juste titre que c'est astreindre le peuple à un exercice exigeant que de lui demander de clarifier des questions complexes de constitutionnalité en sus de trancher des questions politiques. Voir aussi AUBERT (1991) p. 175 s., n° 423.

596 EULE (1989–1990) p. 1520.

tout sauf certain qu'il sera enclin à censurer la disposition inconstitutionnelle en rejetant l'acte dans son entier (dont il approuve peut-être beaucoup d'aspects). Relevons dans ce contexte également que le référendum est généralement lancé pour d'autres raisons que des controverses sur la constitutionnalité d'une loi. Considérer que l'absence d'une votation populaire correspond à un jugement positif sur la compatibilité d'un acte avec la Constitution est très éloigné de la réalité.

II. La fonction fédérative

Nous l'avons vu, l'introduction au 19e siècle de la juridiction constitutionnelle à l'égard des actes cantonaux était principalement due à des préoccupations d'ordre fédéraliste. La fonction fédérative justifie de nos jours également le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales. Pour tenir compte du contexte contemporain, nous allons comprendre l'idée fédérale dans un sens large. Elle ne se limite pas à l'Etat national mais permet de saisir le phénomène du constitutionnalisme sur divers échelons *(«multilayered constitutionalism»)*. En effet, la coordination de différents niveaux de gouvernance est au cœur du fédéralisme. Elle suppose un équilibre subtil entre l'unité et la diversité. Il convient d'assurer l'intégration des parties composantes au sein d'une nouvelle structure tout en garantissant leur autonomie.

1. La protection de la diversité

Face au défi d'assurer la viabilité d'un nouvel Etat fondé par l'association d'Etats souverains, le constituant de 1848/74a mis l'accent sur la fonction intégrative au détriment de la protection des entités fédérées. Le droit constitutionnel suisse contemporain reflète encore cette vision, étant donné que le juge constitutionnel peut uniquement sanctionner l'usurpation de compétences fédérales par les cantons, alors que l'empiètement de la Fédération sur les tâches des cantons échappe à son contrôle en vertu de l'article 190 Cst. Cette asymétrie paraît difficile à justifier sur le plan théorique. Relevons à cet égard que la protection de l'autonomie des cantons répond également à des préoccupations démocratiques. La marge de manœuvre laissée aux entités fédérées leur permet d'opter pour des solutions adaptées aux circonstances cantonales et respectueuses des majorités locales, qui risquent d'être minorisées au niveau national. La protection de l'autonomie communale s'inscrit dans la même logique. Le lien entre le fédéralisme et la démocratie montre, une fois de plus, que la démocratie helvétique ne se réduit pas au gouvernement de «la» majorité sur «la» minorité et que les majorités – et minorités – sont toujours définies en fonction des frontières politiques existantes[597]. L'existence de minorités étant inévitable, leur

597 Cf. Poiares Maduro (2003) p. 81.

protection devrait être assurée par les droits fondamentaux indépendamment de la *politie* – fédérale, cantonale, ou communale – à laquelle elles appartiennent.

Sur le plan pratique, la nécessité de protéger l'autonomie cantonale n'est pas la préoccupation principale des défenseurs du contrôle judiciaire des lois fédérales. En effet, l'expérience d'autres Etats fédéraux créés, comme la Suisse, «par le bas», ainsi que celle de l'Union européenne ont montré que les cours constitutionnelles adoptent en général une attitude déférentielle envers le législateur fédéral et ne s'opposent que très rarement à des tendances centripètes[598]. Plusieurs facteurs permettent d'expliquer la réserve du juge constitutionnel: d'une part, l'enchevêtrement croissant des tâches entre les différents échelons de l'Etat fédéral rendent la délimitation des compétences difficiles; d'autre part, les tendances centripètes sont allées de pair avec le renforcement des mécanismes de participation des entités fédérées à la politique fédérale et l'évolution vers un fédéralisme coopératif. Par le biais de la participation, la consultation et la coopération, les cantons peuvent exprimer leur opposition à des projets législatifs jugés trop centralisateurs, qui n'ont que peu de chances d'aboutir dans la réalité politique suisse. De plus, ces mécanismes ont pour effet de compenser la perte d'autonomie et de généralement rendre les solutions adoptées au niveau fédéral acceptables pour les cantons. Il n'empêche que le contrôle judiciaire des lois fédérales offrirait une protection supplémentaire à l'autonomie des cantons qui reste, en Suisse, un moyen important pour protéger la diversité et les minorités traditionnelles.

2. *L'intégration de la diversité*

La fonction d'intégration fournit plusieurs arguments en faveur de l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales. Tout d'abord, il est peu cohérent, et difficile à expliquer aux citoyens, que le législateur fédéral puisse impunément adopter des dispositions légales que le Tribunal fédéral a jugées contraires à la Constitution dans l'exercice de sa juridiction constitutionnelle à l'égard des cantons[599]. Comme une *politie* fédérale nécessite également une communauté de valeurs, une harmonisation s'impose non seulement dans une dimension horizontale (entre les différents cantons) mais également dans une dimension verticale (entre les différents échelons de l'Etat fédéral). Pour cette raison, l'évolution a tendu dans les Etats fédéraux à soumettre tant la fédération que les entités fédérées aux mêmes standards et à la même instance de contrôle.

---

598 Cf. KÄLIN (1998) p. 323, 325; pour une critique de l'interprétation extensive des compétences de l'Union européenne par la CJUE, voir le fameux arrêt *Maastricht* de la Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 89, 155; quant à la Cour suprême des Etats-Unis, elle a pendant très longtemps interprété de façon très expansive les compétences du Congrès sur la base de la clause dite du commerce interétatique (article I, section 8, clause 3 de la Constitution des Etats-Unis); une ligne jurisprudentielle plus restrictive a cependant été inaugurée par l'arrêt *United States v. Alfonso Lopez, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995).

599 Cf. CAVELTI/BIRRI (1998) p. 160 ss.

Aux Etats-Unis, par exemple, le *Bill of Rights* ne s'appliquait initialement qu'à l'égard des autorités fédérales. Son champ d'application fut par la suite étendu par la Cour suprême aux Etats fédérés[600]. En Suisse, la reconnaissance des droits fondamentaux non écrits s'explique entre autres également par le souci de notre juridiction suprême d'harmoniser les droits fondamentaux applicables aux divers échelons de l'Etat fédéral d'un point de vue matériel et de veiller à leur respect tant à l'égard des actes cantonaux que fédéraux. L'absence de contrôle judiciaire des lois fédérales paraît difficilement justifiable de ce point de vue.

Ensuite, un argument analogue en faveur de l'internationalisation du juge constitutionnel peut se faire dans une perspective européenne et internationale. Sans avoir pour vocation l'uniformisation des pratiques nationales, la garantie supra-étatique des droits de l'homme a non seulement pour mission de protéger les particuliers, mais aussi de contribuer à l'émergence d'une communauté de valeurs au-delà des frontières étatiques. Dans cet esprit, le Préambule de la CEDH se réfère à l'objectif du Conseil de l'Europe de créer «une union plus étroite entre ses membres», non comme but en soi mais pour consolider la démocratie et, par ce biais, la paix sur le continent européen. Dans un monde de plus en plus interdépendant, la protection des droits fondamentaux dans le but de garantir la paix est un objectif important de la communauté internationale[601]. Comme nous l'avons déjà évoqué, le contrôle exercé par les instances internationales, et en particulier celui de la Cour européenne des droits de l'homme, se justifie ainsi par les mêmes considérations que la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral à l'égard des cantons[602]. En effet, la fonction intégrative et pacificatrice des droits fondamentaux est bien connue en Suisse. Rappelons que la protection des droits individuels avait entre autres pour objectif d'apaiser les conflits d'ordre confessionnel et de contribuer à l'intégration politique et économique du pays[603]. Ce défi existe également aujourd'hui en Suisse. Par rapport au 19e siècle, les clivages qui existent entre des groupes linguistiques et confessionnels traditionnels sont cependant devenus moins forts. La difficulté principale est l'intégration de la «nouvelle diversité», issue de l'immigration. Comme la «nouvelle diversité» n'est en grande partie pas représentée dans notre système politique, le prétoire est le lieu principal où ses membres peuvent

600 Cf. HOTTELIER (1995) p. 61 ss. Au sein de l'Union européenne, qui est également une entité fédérative, une évolution analogue a conduit la CJUE à contrôler le respect des droits fondamentaux de l'Union européenne par les Etats membres lorsque ceux-ci agissent dans le champ d'application du droit communautaire. Cf. ci-dessus C.II.2.a.

601 Dans cet ordre d'idées, le Préambule de la CEDH se réfère aux «libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde» et celui du statut du Conseil de l'Europe (STE 001) à la «consolidation de la paix fondée sur la justice et la coopération internationale».

602 Pour la fonction intégrative de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir KÄLIN (1989) p. 529 ss.

603 Ci-dessus B.II.

se faire entendre et défendre leurs droits, également à l'égard des atteintes provenant du législateur national. En résumé, l'argument reposant sur la fonction intégrative et pacificatrice de la juridiction constitutionnelle renforce et complète celui de la protection des minorités, présenté plus haut.

III. La fonction libérale

Nous avons déjà mis en exergue l'interdépendance entre la démocratie et les droits fondamentaux, ainsi que leur fondement commun dans la dignité humaine. Pour éviter que ces droits ne soient pas seulement perçus d'une façon instrumentale, en tant que moyens pour réaliser la démocratie, mais comme une fin en soi, la fonction libérale de la juridiction constitutionnelle mérite une mention à part. Rappelons que le juge constitutionnel protège les droits fondamentaux à l'encontre des lois cantonales depuis plus d'un siècle. Il ne dispose pas de ce pouvoir face aux lois fédérales. A la lumière du transfert progressif des compétences du niveau cantonal au niveau fédéral, cette situation n'est pas satisfaisante[604]. Comme nous l'avons déjà évoqué, les droits fondamentaux posent, en tant que critères élémentaires de justice, une limite au principe majoritaire et protègent les intérêts de chaque individu[605]. L'ancrage de ces droits dans la Constitution leur confère une légitimité plus forte que le droit ordinaire. Dans la mesure où ils sont protégés aux divers échelons du «bloc de fondamentalité», ils se fondent sur un consensus qui va au-delà d'une société politique donnée[606]. Comme les droits fondamentaux sont des réponses à des expériences persistantes de souffrances et d'injustices qui ont marqué l'histoire humaine, ils reflètent de plus un consensus diachronique[607]. La solidité de ce consensus fait des droits fondamentaux des valeurs de base d'une société politique. A ce titre, ils forment des normes de référence pour guider et évaluer l'activité des organes étatiques et exercent une fonction stabilisatrice.

A cet égard, les détracteurs de la juridiction constitutionnelle font valoir que les droits fondamentaux, à l'instar d'autres dispositions constitutionnelles et conventionnelles, sont très vagues et se prêtent à différentes interprétations. Dans ces conditions, le contrôle judiciaire des lois a pour effet de substituer l'interprétation d'une minorité, qui est dépourvue de légitimité démocratique, à celle du Parlement et du peuple[608]. Par ce biais, le juge constitutionnel exerce essentiellement un rôle politique et crée du droit au lieu de l'appliquer.

---

604 Voir p. ex. le message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 514 s.

605 ÖHLINGER (2008) p. 451.

606 Dans ce sens SCHEFER (2001) p. 120 ss. au sujet du noyau des droits fondamentaux.

607 MÜLLER (1982) p. 38; SCHEFER (2001) p. 120 ss.

608 Pour un résumé de cette position, voir NEF (1950) qui ne l'approuve pas.

A l'encontre de cette argumentation relevons que les frontières entre la création et l'application du droit, et entre droit et politique sont floues[609]. En raison de la texture ouverte de toute notion[610], le caractère général et abstrait des normes et leur vocation de régir des cas futurs qui ne sont pas tous prévisibles[611], l'application d'une norme dans un cas concret est à la fois un acte créateur qui implique un jugement de valeur, et dans cette mesure «politique». Ce dernier terme est par ailleurs, comme le souligne le professeur Biaggini, difficile à saisir[612]. Comme elle est inhérente au langage, la nature indéterminée des textes normatifs n'est pas une spécificité de la Constitution. Il est vrai que la texture ouverte des dispositions constitutionnelles (en particulier des droits fondamentaux) est en règle générale plus prononcée que celle de normes relevant d'autres domaines du droit[613] sans qu'on puisse cependant en faire une règle absolue. L'interdiction générale d'extrader ou d'expulser des citoyens suisses[614], par exemple, la prohibition de refouler toute personne dans un Etat où elle risque la torture[615], et les dispositions en matière de privation de liberté[616], sont des normes relativement précises. A l'inverse, les dispositions sur la protection de la personnalité du Code civil[617], le principe de la bonne foi[618], ainsi que les articles en matière de responsabilité civile[619] sont des exemples de normes qui doivent dans une grande mesure être concrétisées par la jurisprudence. A la lumière de ces observations, une séparation rigide entre la fonction du juge et celle du législateur est artificielle. Les deux pouvoirs ont leur rôle à jouer dans la protection et la concrétisation des dispositions constitutionnelles, en fonction de leurs aptitudes institutionnelles[620]. Concernant le pouvoir judi-

---

609 Pour une critique de la dichotomie entre création et application du droit par la doctrine suisse, voir surtout RHINOW (1979); pour une critique de la distinction entre droit et politique, voir AUER (1983) p. 6 s., n° 6 ss, qui relève à juste titre que la fonction judiciaire en général, et non seulement celle de la juridiction constitutionnelle, a des aspects politiques; ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 408; KÄLIN (1987) p. 162 s.; HALLER (2005) p. 7; pour une critique des deux distinctions, voir déjà KELSEN (1931) p. 15: «L'opinion selon laquelle seule l'action de légiférer, et non la justice en tant que telle, est politique est aussi erronée que celle selon laquelle seule l'action de légiférer constitue un acte créateur de droit, alors que la juridiction se limiterait à un acte d'application» (traduit librement par l'auteur).

610 HART (1994) p. 155 ss.

611 En ce qui concerne les capacités limitées d'anticiper des évolutions et constellations futures, cf. CHIARIELLO (2009) p. 372.

612 BIAGGINI (1991) p. 200.

613 MOOR (2008) p. 217; TSCHANNEN (2001) p. 151, n° 3.

614 Art. 25 al. 1 Cst.

615 Art. 25 al. 3 Cst.

616 Art. 31 Cst.

617 Art. 28 ss CC.

618 Art. 2 al. 1er CC.

619 Art. 41 du Code des obligations.

620 Pour le pouvoir judiciaire, il convient donc d'étayer l'affirmation du juge Marshall citée dans l'introduction de ce travail selon laquelle «[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is».

ciaire, la question de l'aptitude ne peut par ailleurs pas être réduite au degré de précision d'une norme[621].

IV. L'aptitude institutionnelle

Les opposants au contrôle judiciaire des lois partent de l'idée que le législateur est le seul organe apte et légitime pour veiller au respect de la Constitution. Dans les sections précédentes, nous avons mis en exergue que la procédure législative ainsi que les contrepoids politiques au pouvoir de la majorité ne fournissent pas, dans le contexte contemporain, des garanties suffisantes pour assurer le bon fonctionnement de la démocratie elle-même et le respect des droits fondamentaux. Comme tout pouvoir, celui de la majorité nécessite également un contre-pouvoir. Un garde-fou est d'autant plus important que le rôle de la majorité agit, dans un conflit avec des minorités, en tant que juge et partie[622]. Comme le montre l'exemple du Royaume-Uni, la simple existence du contrôle externe favorise une culture de droits *(«rights culture»)* au sein du Parlement et renforce le contrôle de constitutionnalité pendant la phase législative. En d'autres termes, assurer le respect de la Constitution ne se réduit pas à un jeu à somme nulle[623]. Il ne s'agit pas d'une prérogative qu'on enlève à un organe pour l'attribuer à l'autre, mais d'une tâche qui peut être exercée dans une relation de coopération. Dans cet esprit, le professeur Müller décrit le principe de la séparation des pouvoirs (compris dans le sens d'un système de *«checks and balances»)* comme une «chance discursive»[624]. L'interaction, et la tension entre les différents pouvoirs, forcent chaque institution à prendre en compte la perspective de l'autre et assurent aux divers groupes de la société une chance équitable de voir leurs intérêts pris en compte[625]. La force du Tribunal est, d'une part, sa capacité à examiner des lois dans une perspective à plus long terme et de façon plus indépendante des constellations politiques actuelles[626], et d'autre part, d'offrir un forum où les intérêts marginalisés dans la procédure législative peuvent s'articuler. En particulier, les intérêts de «la plus petite minorité, de l'individu»[627] risquent d'être perdus de vue dans la réalité politique, car le législateur pense dans une perspective plus générale et moins axée sur le cas individuel[628].

---

621 Pour une critique de cette vision, cf. COTTIER/HERTIG (2000) p. 27.
622 KÄLIN (1987) p. 141.
623 RHINOW (1988) p. 37.
624 MÜLLER (2009) p. 47.
625 MÜLLER (2009) p. 48 s.
626 MÜLLER (1993) p. 173.
627 ÖHLINGER (2008) p. 451.
628 KÄLIN (1987) p. 146.

Nonobstant, le juge constitutionnel doit tenir compte du fait que son rôle est seulement correctif[629] et que la tâche de concilier les différents intérêts sociaux incombe en premier lieu au législateur. Le pouvoir de cognition différencié du Tribunal fédéral montre que le pouvoir judiciaire est capable d'une telle autolimitation[630]. Notre Haute Cour laisse ainsi l'évaluation des données scientifiques, et la détermination de l'intérêt public, en général au pouvoir législatif[631]. De même, elle s'impose une retenue certaine lors de l'examen de la proportionnalité quand la réglementation porte sur un domaine technique et est le fruit d'un compromis laborieusement élaboré en concertation des milieux concernés[632]. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral souligne qu'il incombe au législateur en cas de conflits entre droits fondamentaux de concrétiser les différents aspects qui s'opposent «par une pesée et une coordination appropriées»[633].

Cette jurisprudence montre que le pouvoir législatif joue un rôle important dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Il n'empêche qu'il ne peut assumer cette tâche seul. En effet, comme l'histoire constitutionnelle suisse l'a montré, la concrétisation des droits fondamentaux ne peut se faire en dehors des cas d'application[634], faute de quoi leur nature de droits subjectifs reste privée d'effet. Dans cet esprit, le constituant de 1848 avait conféré aux particuliers la possibilité d'adresser des plaintes aux autorités politiques pour pouvoir faire valoir la violation de leurs droits par des actes cantonaux. Rappelons que cette tâche fut transférée par la suite au Tribunal fédéral, en raison de la charge excessive de travail occasionnée par l'activité juridictionnelle, et pour le motif que le contenu et les contours des droits fondamentaux s'étaient suffisamment consolidés pour pouvoir être appliqués par le juge[635]. Le Conseil fédéral estima ainsi en 1911 que le pouvoir judiciaire était plus apte qu'une autorité politique à continuer de développer les droits fondamentaux qu'une autorité politique, qui n'exerce le rôle juridictionnel que très occasionnellement et dont le centre de préoccupation porte sur d'autres domaines[636].

---

629 Cf. FOLLESDAL (2009) p. 300: «Judicial review is a safety mechanism, not a replacement for democratic deliberation».

630 Dans ce sens aussi RHINOW (1988) p. 40.

631 Voir p. ex. ATF 128 I 295, p. 309 ss *Association suisse des annonceurs et consorts,* concernant l'interdiction de la publicité pour des produits de tabac et certaines boissons alcoolisées sur le domaine public; cf. ATF 133 I 110, 121 et 124 ss *Slatkine et Pétroz,* pour l'interdiction de la fumée passive.

632 Cf. ATF 103 Ia 272, p. 278 *Barber;* voir AUBERT (1988) p. 27.

633 ATF 133 I 110, p. 121 *Slatkine et Pétroz;* voir aussi ATF 131 III 480, p. 490 *Kreis,* dans lequel le Tribunal fédéral a relevé que l'arrêt de l'instance inférieure a accordé d'emblée une portée prioritaire aux libertés des médias et d'opinion, sans envisager si l'application de l'Art. 25 LDA permettrait de mettre en œuvre l'équilibre qu'a voulu consacrer le législateur entre les intérêts en présence.

634 Pour la nécessité de concrétiser les droits fondamentaux, voir ESSER (1990) p. 75 ss; HUBER (1971) p. 341; SCHEFER (2001) p. 78 s.

635 Ci-dessus B.I.

636 FF 1911 III p. 251 s.; cité dans MÜLLER (1982) p. 58.

Bien que le gouvernement helvétique de l'époque ait probablement sous-estimé la nature évolutive des droits fondamentaux et le rôle créateur du juge, ses arguments gardent leur pertinence. Permettre au juge constitutionnel au 21e siècle de statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales ne lui donnerait pas carte blanche. L'activité du juge constitutionnel serait canalisée par une jurisprudence et une méthodologie juridique façonnées sur plus de cent ans. L'obligation de motiver les jugements[637], et celle de veiller à la cohérence du raisonnement et de l'ordre juridique dans son ensemble[638], posent une limite additionnelle à la liberté du juge. Ces diverses cautèles[639], ainsi que son indépendance, distinguent le pouvoir judiciaire d'un organe politique qui, exposé directement aux courants politiques, a plus tendance à trancher en fonction de considérations d'opportunité et dans une perspective à plus court terme qu'un tribunal[640]. Les différences qui viennent d'être évoquées ne doivent pas être comprises dans le sens que la méthode juridique prédétermine le jugement et conduit à un seul résultat «scientifiquement juste»[641]. Comme la plupart des droits fondamentaux ne sont pas des règles mais des principes[642], leur mise en œuvre requiert en général une pesée des intérêts dans un cas concret. Cette méthode a cependant l'avantage de permettre au juge de prendre en compte les circonstances du cas d'espèce et de garantir la justice individuelle, ce que la procédure législative, par son approche générale et abstraite, n'est pas en mesure de faire[643].

La nature de principes n'est pas le seul trait distinctif des droits fondamentaux. Au fur et à mesure qu'on s'approche de leur noyau, ils prennent la caractéristique de règles qui circonscrivent la marge d'appréciation du juge. Ces règles ont été forgées de façon progressive, par l'expérience historique et l'application récurrente des droits fondamentaux à des problèmes semblables[644]. Elles prennent toute leur importance dans des situations dites «pathologiques»[645] (notamment en temps de crise), quand le pouvoir législatif a tendance à répondre aux préoccupations sécuritaires de ses électeurs par des limitations excessives des droits indi-

637 Cf. KASTANAS (1993) p. 49.

638 Pour la quête de la cohérence comme une caractéristique de l'argumentation juridique, voir MACCORMICK (1978); DWORKIN (1986); POIARES MADURO (2007) p. 10.

639 HALLER (2005) p. 14 parle de façon éloquente d'une «verfahrensmässig kanalisierte Reduktion von Subjektivität».

640 Cf. MÜLLER (1993) p. 172 s.

641 Pour une critique d'une telle vision, voir MÜLLER (1981) p. 84 ss; ID. (2004) p. 61 ss.

642 Selon le degré de précision de la norme et de la marge de manœuvre laissée à l'organe d'application, la doctrine distingue, d'une part, entre des principes, et des règles, d'autre part; pour la distinction dans le domaine des droits fondamentaux, voir SCHEFER (2001) p. 74 ss avec de nombreuses références; comme relevé dans la section précédente, certains droits fondamentaux sont relativement précis et ressemblent plutôt à des règles qu'à des principes.

643 Cf. MÜLLER (1982) p. 116 ss.

644 Cf. SCHEFER (2001) p. 78.

645 La terminologie est empruntée à l'analyse de BLASI (1985) portant sur la liberté d'expression.

viduels[646]. Dans un tel contexte, les précédents jurisprudentiels et les règles qu'ils ont façonnées augmentent les chances que le juge constitutionnel soit un gardien plus effectif des droits fondamentaux et des valeurs qui forment le consensus de base de la société que le législateur[647].

La solidité du consensus qui est à la base de l'ordre constitutionnel n'implique pas qu'il soit statique. Il doit constamment être confirmé, forgé et actualisé afin d'évoluer avec la société[648]. La méthode jurisprudentielle a l'avantage de permettre au juge d'avancer de façon continue, par petits pas, pour adapter les droits fondamentaux à l'évolution du contexte social et assurer qu'ils gardent leur pertinence face à de nouvelles atteintes[649]. Dans l'accomplissement de cette tâche, le juge n'est pas infaillible, ce qui justifie une certaine retenue face au législateur. L'annulation d'une loi ne doit pas se faire à la légère et nécessite une motivation détaillée[650], pour que le raisonnement judiciaire puisse à son tour être soumis à un examen critique des autres pouvoirs et de la société[651]. En tant qu'«institutions délibératives par définition»[652], les tribunaux sont en mesure de contribuer à la démocratie discursive, en nourrissant le débat démocratique avec des arguments[653]. Tout en restant indépendants, ils doivent rester ouverts à la critique et réceptifs aux arguments articulés dans d'autres fora, y compris au Parlement[654]. Les références dans la jurisprudence du Tribunal fédéral aux travaux parlementaires montrent qu'une telle vision dialectique des rap-

---

646 Comme déjà évoqué à plusieurs reprises, la législation en matière de la «lutte anti-terroriste» illustre ce risque.

647 A part l'arrêt de la Chambre des Lords (ci-dessus D.III.3.b.cc), mentionnons également l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006) par lequel la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré inconstitutionnelle la législation instaurant des commissions militaires spéciales pour juger des personnes détenues pour être soupçonnées d'activités terroristes, et ACEDH, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, 28 février 2008 (sélectionné pour la publication); tout en reconnaissant le risque important que représente le terrorisme, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, dans cet arrêt, le caractère absolue de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants dans le cadre des mesures d'éloignement. Elle a explicitement rejeté l'argument du tiers intervenant en relevant qu'«il n'est pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité d'un Etat est engagée sur le terrain de l'article 3 (...)» (para. 138).

648 Cf. CHIARIELLO (2009) p. 408 ss qui relève que la Constitution a vocation à durer, ce qui rend nécessaire l'actualisation de son sens par le biais de la concrétisation judiciaire; voir aussi MOOR (2008) 216 s.

649 KÄLIN (1987) p. 146.

650 ÖHLINGER (2008) p. 455; voir aussi DWORKIN (2009) et sa critique de l'approche «minimaliste» défendue par SUNSTEIN (pour un résumé du débat, cf. ci-dessus, note 3).

651 CHIARIELLO (2009) p. 419 s.

652 ÖHLINGER (2008) p. 452, traduit par l'auteur; dans ce sens aussi RHINOW (1988) p. 40; KASTANAS (1993) p. 50.

653 DWORKIN (1996) p. 345; ADAMS/VAN DER SCHYFF (2006) p. 411; FREEMAN (1990–1991) p. 366.

654 ÖHLINGER (2008) p. 456; pour la difficulté du rôle du juge, consistant à concilier la tension entre l'indépendance judiciaire, d'une part, et le devoir de rester ouvert à la critique, d'autre part, voir MÜLLER (2007) p. 1449 ss; TSCHENTSCHER (2006) p. 2; CHIARIELLO (2009) p. 381.

ports entre les divers pouvoirs n'est pas utopique. A l'inverse, le législateur[655] et le constituant[656] n'hésitent pas à codifier des règles d'origine jurisprudentielle. Le fait que le juge constitutionnel ait le dernier mot dans une affaire donnée ne clôt pas le débat. Sans perdre de vue ces réflexions, il convient d'analyser la crainte d'un gouvernement des juges.

V. Autres arguments

1. Le gouvernement des juges

En Suisse, la méfiance envers l'influence excessive d'une élite des juges reste forte. Il n'empêche que ces préoccupations sont souvent articulées d'une façon très générale sans reposer sur une vision réaliste de la fonction du juge et du contexte dans lequel il opère[657]. Pour étayer cet argument, il est utile de rappeler que l'expression «gouvernement des juges» doit son origine à la fameuse étude de la juridiction constitutionnelle américaine. Publié en 1921[658], l'ouvrage d'Edouard Lambert fait une critique virulente de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis qui faisait systématiquement échec à la législation sociale. Cette jurisprudence (connue d'après l'arrêt qui l'a inauguré comme «lochnérisme») a été discréditée aux Etats-Unis et abandonnée depuis longtemps. Il n'empêche qu'elle continue à nourrir des craintes qu'une poignée de juges n'impose ses préférences idéologiques à la majorité et ne fasse obstruction au progrès social. A notre sens, ces préoccupations ne se justifient pas dans le contexte suisse.

Tout d'abord, il est hasardeux de transposer l'expérience américaine telle quelle à la Suisse. Comme nous l'avons relevé dans la partie consacrée à l'étude de droit comparé, l'expérience des pays attachés traditionnellement à la primauté du législateur est plus pertinente pour l'ordre constitutionnel suisse que celle des Etats-Unis, comme le soulignent d'ailleurs les opposants à la juridiction constitutionnelle eux-mêmes[659]. Dans les ordres juridiques examinés qui ont introduit le contrôle judiciaire des lois, les craintes d'un «gouvernement des juges» ne se sont, à notre connaissance, pas matérialisées. Cette affirmation vaut en particulier pour les pays nordiques, dans lesquels l'ouvrage de Lambert a par ailleurs eu une grande résonance. Comme nous l'avons vu, le contrôle judiciaire des lois continue à y être exercé de façon déférentielle. Cet exemple montre que le rôle et le pouvoir du juge dépendent du contexte dans lequel ce

655 Voir KÄLIN (1987) p. 149; KELLER (1983) p. 301 ss.

656 La Constitution de 1999 a codifié les droits fondamentaux que le Tribunal fédéral avait reconnus comme garanties non écrites; pour une liste, voir HALLER (2005) p. 11, note 25.

657 Pour une critique de la crainte d'un gouvernement des juges, voir aussi NEF (1950) p. 212a ss; TORNAY (2008) p. 371 ss.

658 LAMBERT (2005).

659 Ci-dessus D.

dernier opère. Afin d'évaluer le risque d'un «gouvernement des juges» en Suisse, l'on ne peut donc pas se contenter d'évoquer l'expérience américaine uniquement[660]. Un regard sur l'histoire constitutionnelle helvétique s'impose. Il sera d'autant plus instructif que la Suisse a une longue tradition du contrôle de constitutionnalité des lois cantonales, ce qui la distingue des autres ordres juridiques que nous avons examinés dans ce rapport. Comme le relèvent les défenseurs helvétiques de la juridiction constitutionnelle, les arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral annule une disposition légale cantonale sont rares[661]. Dans la majorité écrasante des cas, le contrôle judiciaire finit par lever le doute sur la constitutionnalité d'une loi, ce qui renforce la légitimité du législateur[662]. Contrairement aux Etats-Unis, la liberté économique et la garantie de la propriété n'ont jamais été interprétées en Suisse comme des droits quasi-absolus qui font systématiquement échec à la politique sociale. Dès lors, il nous paraît peu vraisemblable que l'extension de la juridiction constitutionnelle des lois cantonales aux lois fédérales change profondément l'approche des juges fédéraux et confirme les craintes d'une «juristocratie»[663].

Ensuite, relevons que l'appréhension d'un gouvernement des juges ne se justifie à notre sens pas non plus parce que le contrôle de constitutionnalité des lois conférerait au juge le dernier mot. Le constat de l'absence d'un «gardien des gardiens» repose sur une vision trop formaliste. Il est juste qu'il n'existe, sous réserve du pouvoir constituant de plus en plus limité par l'exigence de respecter les droits de l'homme, aucun pouvoir institutionnalisé qui ait le droit de corriger le juge constitutionnel. L'on peut cependant répondre à la question *«quis custodes custodiet»* qu'aucune juridiction constitutionnelle ne peut à long terme aller systématiquement à l'encontre de la société[664]. L'abandon du lochnérisme aux Etats-Unis en est le meilleur exemple. Le juge constitutionnel a, certes, quelquefois le «devoir d'être impopulaire» pour remplir sa mission, mais cette impopularité ne peut être permanente sans saper la légitimité «du pouvoir le moins dangereux»[665]. Pour assurer l'exécution de ses arrêts, le juge constitutionnel n'a en effet aucun autre moyen à sa disposition que la force de ses arguments. La nécessité de convaincre implique qu'il exerce sa fonction en réalité dans un dialogue avec la société civile et avec les autres pouvoirs[666]. A cela s'ajoute le fait que l'internationalisation de la juridiction constitutionnelle a conduit à la concurrence entre les diverses instances de contrôle, nationales, européennes et

660 Mais voir le Rapport final du groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne 1973, p. 464.

661 Voir à ce sujet l'étude de KÄLIN/RIEDER (1998).

662 Cf. RHINOW (1988) p. 38; KÄLIN (1987) p. 41 s.

663 Pour un reproche d'une «aristocratie judiciaire», cf. WALDRON (1999) p. 248, traduit par l'auteur.

664 Cf. KÄLIN (1987) p. 151.

665 L'expression est empruntée au titre de l'ouvrage de BICKEL (1962).

666 Dans ce sens aussi KÄLIN (1987) p. 150 ss; FRIEDMAN (1993).

internationales. Ce système pluraliste, marqué par l'influence réciproque entre les différentes juridictions, est propice à «une autolimitation du pouvoir juridictionnel: par cette disposition des choses, les risques d'abus de pouvoir d'un juge sont tempérés par les pouvoirs accordés aux autres juges»[667].

2. *Politisation des juges*

Une autre objection à l'encontre du contrôle juridictionnel des lois insiste sur le risque de la politisation de la justice. Cette appréhension reflète l'idée d'une séparation nette entre des questions juridiques et des questions politiques. D'après cette vision, la juridiction constitutionnelle est une activité essentiellement politique et a pour effet que le juge empiète sur les compétences du législateur. Cet argument a déjà fait l'objet d'une critique pour le motif que la dissociation entre droit et politique est impossible. Relevons encore que le reproche d'une politisation du pouvoir judiciaire n'est que l'autre face de la médaille du devoir d'impopularité du juge et de sa mission de protéger les minorités. Avec du recul, des jugements décriés comme «politiques» au moment où ils ont été rendus font partie de notre acquis constitutionnel quelques années plus tard et sont portés par un consensus social[668]. Le chemin parcouru entre l'arrêt *Belilos* de la Cour européenne des droits de l'homme[669] et l'adoption de la garantie générale de l'accès au juge[670] en est une belle illustration.

Alors que le reproche de la «politisation» semble inévitable, l'expérience acquise avec les cantons montre qu'il n'est ni fondamentalement nouveau, ni ingérable. Quant à la préoccupation selon laquelle l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales augmenterait la politisation de l'élection des juges fédéraux, elle ne milite pas contre la juridiction constitutionnelle en tant que telle. Comme le professeur Nef l'a relevé devant la Société suisse des juristes en 1950, le remède consiste dans le renforcement de l'indépendance des juges[671]. L'on peut en effet déjà se demander à l'heure actuelle si le régime en vigueur est adapté à la fonction d'une Cour suprême chargée d'exercer la juridiction constitutionnelle, même limitée. Alors que la désignation des juges par le Parlement est relativement fréquente, la solution suisse frappe, dans une perspective comparative, par la brève durée du mandat des juges fédéraux et la possibilité d'une reconduction[672]. Bien que les juges fédéraux soient en général réélus sans discussion, ce système ne permet pas d'exclure des pressions et mises en garde occasionnelles, qui pourraient conduire à un effet d'autocensure

667 De Aranjo (2009) p. 364.
668 Chiariello (2009) p. 382.
669 ACEDH (Cour plénière) *Belilos c. Suisse*, nº 10328/83, 29 avril 1988, série A nº 132.
670 Art. 29a Cst.
671 Pour un examen des différentes solutions envisageables, cf. Nef (1950) p. 290a.
672 Aubert (1988) p. 22.

des candidats[673]. Ce problème se présenterait avec plus d'acuité si le Tribunal fédéral avait la compétence de sanctionner des actes de l'organe chargé de son élection[674].

F. Propositions de réforme

Dans le dernier chapitre de ce rapport, il nous reste à tirer les conclusions de notre étude et à formuler des propositions de réforme. Celles-ci ne portent pas uniquement sur l'extension du contrôle judiciaire aux lois fédérales (I) mais concernent deux autres domaines. En raison de l'internationalisation du droit constitutionnel et de l'emprise croissante du droit international sur le droit interne, il convient d'envisager l'extension de l'objet du contrôle au droit constitutionnel (II) et au droit international (III). Nous ne reviendrons plus sur les propositions qui ont déjà apparu en filigrane dans notre rapport. Il s'agit notamment de la nécessité de renforcer l'indépendance des juges fédéraux et d'assurer le contrôle judiciaire des interventions du Conseil fédéral dans les campagnes précédant une votation.

Le choix des options que nous allons considérer et les solutions que nous retiendrons découleront d'une double prémisse: d'une part, il convient de privilégier des modèles qui, dans la mesure du possible, s'inscrivent dans la continuité de la juridiction constitutionnelle suisse[675]. Dans cet ordre d'idées, nous partirons du principe que le Tribunal fédéral restera l'autorité judiciaire suprême chargée de l'exercice de la juridiction constitutionnelle et n'envisagerons pas la création d'une Cour constitutionnelle spéciale. D'autre part, nos propositions seront guidées par le souci de présenter des solutions qui tiennent compte du contexte international dans lequel s'inscrit la juridiction constitutionnelle suisse. Il faut en particulier assurer le respect de la subsidiarité tant substantielle que procédurale des échelons internationaux du bloc de fondamentalité.

I. Le contrôle des lois féderales

L'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales[676] nécessite plusieurs clarifications. Serait-il judicieux d'opter pour le contrôle concret ou

673 Cf. KIENER (2001) p. 258 avec deux exemples; voir aussi RASELLI (2006) p. 40 s.; pour une critique du système actuel, voir aussi EICHENBERGER (1960) p. 229.

674 Cf. KIENER (2001) p. 257.

675 Cf. aussi KÄLIN (1998) p. 320.

676 Nous partirons de l'idée que l'extension porte sur toutes les lois fédérales, indépendamment du fait qu'elles aient été ou non approuvées par le corps électoral. En effet, les propositions consistant à maintenir l'immunité des lois confirmées en votation populaire ont été critiquées depuis longtemps (voir p. ex. AUBERT [1988] p. 24) et ne sont plus d'actualité dans le discours politique.

le contrôle abstrait, voire une combinaison des deux systèmes? (1). A qui revient la compétence de sanctionner des lois inconstitutionnelles, à une ou à plusieurs autorités? (2). Par rapport à quelles normes faut-il évaluer les lois fédérales (3)? Et enfin, quels seraient le pouvoir d'examen (4) et le pouvoir de décision (5) de l'autorité de contrôle?

1. Contrôle abstrait et contrôle concret

Le contrôle concret est généralement considéré comme étant plus respectueux à l'égard du législateur que le contrôle abstrait. Selon les termes de Tocqueville, lorsqu'un tribunal refuse d'appliquer une loi dans un cas d'espèce, «la loi ne se trouve blessée que par hasard»[677]. Lorsqu'il est par contre tenu d'exercer un contrôle de constitutionnalité en dehors de toute application, il s'en prend directement à la règle elle-même et fait «le procès au législateur».

La doctrine n'a pas manqué de relever que l'opposition entre ces deux modes de contrôle est exagérée[678]. Tout d'abord, un tribunal qui examine abstraitement une norme ne pourra guère juger de sa constitutionnalité sans envisager les différents cas d'application de la règle. A l'inverse, le contrôle incident d'une norme peut déployer des effets plus généraux. Tel est le cas lorsqu'aucun cas d'application futur de la loi conforme à la Constitution n'est envisageable[679]. Ensuite, le Tribunal fédéral est soucieux de ne pas trop brutalement désavouer le législateur dans le cadre du contrôle abstrait des actes normatifs cantonaux. L'annulation de la règle incriminée intervient ainsi uniquement *in extremis,* lorsque la norme en question se soustrait à toute interprétation conforme à la Constitution[680].

Des différences entre les deux types de contrôle subsistent néanmoins. Contrairement au contrôle concret, le contrôle abstrait ne peut pour des raisons évidentes de sécurité juridique généralement être déclenché que dans un délai limité suite à la promulgation de la loi. Il intervient donc à un moment où la pratique n'a pas encore pu révéler d'éventuels défauts de la règle[681]. Le contrôle abstrait ne permet pas non plus de tenir compte de l'évolution de la société et de la jurisprudence en ce sens qu'une règle jugée initialement conforme à la Constitution peut, plus tard, être considérée comme inconstitutionnelle[682]. Comme l'a montré l'expérience de la France, un système limité au contrôle abs-

677 Cité dans FLEINER (1934) p. 24a.

678 Voir p. ex. AUBERT (1988) p. 23 ss.

679 En d'autres termes, l'inconstitutionnalité ne découle pas de l'application de la norme à un cas spécial qui n'avait pas été anticipé lors de l'adoption de la loi (pour cette constellation, cf. KÄLIN [1998] p. 321).

680 Cf. KÄLIN (1994) p. 198 s.; AUER (1983) p. 84, n° 147; pour un exemple récent dans lequel le contrôle abstrait a conduit à l'annulation de plusieurs dispositions incriminées, ATF 136 I 87 *Demokratische Juristinnen und Juristen Zürich.*

681 Voir p. ex. KASTANAS (1993) p. 56.

682 KASTANAS (1993) p. 56; KÄLIN (1994) p. 199.

trait laisse échapper un nombre considérable de normes inconstitutionnelles. Pour cette raison, le constituant français a introduit un contrôle concret en 2008[683]. Dans la même veine, la doctrine récente s'accorde à dire que l'introduction du contrôle judiciaire des lois fédérales devrait au moins permettre le contrôle concret[684]. Savoir s'il faut, en plus, adopter la même solution que pour les lois cantonales et prévoir un examen abstrait ne fait pas l'unanimité en doctrine. A notre sens, l'opinion consistant à limiter l'exercice de la juridiction constitutionnelle au contrôle concret[685] mérite d'être approuvée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le contrôle abstrait n'est pas fermement ancré dans la tradition constitutionnelle suisse. Les ordonnances fédérales, par exemple, ne peuvent être contrôlées que par voie incidente[686]. Si le contrôle abstrait existe pour les lois cantonales, cela tient à des raisons essentiellement fédéralistes[687]. Ensuite, l'argument de la sécurité juridique a moins de poids dans un système qui combine le contrôle concret et le contrôle abstrait, étant donné qu'une loi jugée inconstitutionnelle en dehors de tout cas d'application peut être réexaminée par la suite à titre préjudiciel. Il est vrai que le contrôle abstrait permet un examen plus rapide, renforçant ainsi la sécurité juridique. Le contrôle concret présente toutefois des avantages non négligeables face au contrôle abstrait. En effet, l'écoulement du temps 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 le contexte politique aura évolué[688]. Par ailleurs, les critiques consistant à qualifier l'examen d'une loi fédérale de simple prolongement du processus politique s'estompe en cas de contrôle concret[689]. Dans un système étranger au contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, cet avantage a suffi-

683 Ci-dessus D.I.2.c.

684 Cf. les commentaires de MALINVERNI (1997); AUER (1998); KÄLIN (1998) au sujet de la proposition du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice (cf. FF 1997 I 519 ss); le rapport «Modèles de juridiction constitutionnelle» de HELMUT STEINBERGER pour la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), CDL-JU(1991) 001 mentionne également qu'un système de contrôle concret s'impose plus qu'un système de contrôle abstrait (voir point B.1.). Les initiatives parlementaires Studer (05.445) et Müller-Hemmi (07.476) préconisent les deux un système de contrôle concret.

685 Voir p. ex. AUER (1998) p. 49; KÄLIN (1998) p. 316 s., p. 321 s.; HÄNER (2006) p. 503; WALTER (2002) p. 136 s.; voir aussi le message du Conseil fédéral concernant la réforme de la justice, FF 1997 I 521 s.; contra, MALINVERNI (1997) p. 437 s.; HANGARTNER (1995) p. 1017 est également plutôt favorable au contrôle abstrait.

686 Dans l'hypothèse où le constituant adopte le système du contrôle abstrait des lois fédérales, il conviendrait à notre sens pour des raisons de cohérence de prévoir le même système pour les ordonnances.

687 KÄLIN (1998) p. 320.

688 Lorsque le contrôle concret porte sur le premier cas d'application de la loi, cet avantage sera moins prononcé (cf. AUBERT [1988] p. 23; KASTANAS [1993] p. 57).

689 Dans cet ordre d'idées, la doctrine allemande relève que le contrôle abstrait présente un risque de politisation plus grand que le contrôle concret, cf. GRIMM (1995) p. 173 ss; HÄBERLE (2001) p. 328; relevons que ce danger se présente d'autant plus lorsque le contrôle abstrait peut être déclenché par la minorité parlementaire, comme c'est le cas en Allemagne et en France.

samment d'importance pour justifier l'exclusion d'un contrôle abstrait[690] même si celui-ci est plus conforme à la subsidiarité de la protection internationale des droits de l'homme[691]. Comme nous l'avons vu, il existe en effet des constellations dans lesquelles les juges européens sont compétents pour statuer sur une violation de la Convention en dehors d'un cas d'application[692]. Elles sont cependant peu fréquentes et n'ont pas eu suffisamment de poids pour conduire les autres Etats examinés dans ce rapport à opter pour un contrôle abstrait.

2. *Contrôle diffus ou contrôle concentré*

Alors que le contrôle abstrait revient nécessairement à une autorité unique, le contrôle concret peut soit être exercé par plusieurs, voire toutes les autorités d'application du droit, soit être confié à un seul tribunal. Le *judicial review* à l'américaine est le modèle type du contrôle diffus ou dispersé. En Europe, c'est le contrôle concentré, d'inspiration kelsénienne, qui domine[693]. Il s'est imposé dans les Etats qui ont introduit la juridiction constitutionnelle à l'issue d'une période totalitaire[694]. Parmi les réformes récentes achevées ou en cours, seul le législateur néerlandais a opté pour un système diffus[695]. En France, en Belgique et au Luxembourg, le constituant a donné la préférence à un système concentré[696].

A l'appui de cette solution, la doctrine relève qu'un système qui confie à la Cour suprême le monopole d'invalider ou de refuser d'appliquer une loi est à la fois conforme à la sécurité juridique et plus respectueux à l'égard du législateur[697]. En effet, le contrôle concentré permet d'éviter la coexistence de décisions contradictoires qui pourraient, dans un Etat fédéral comme la Suisse, conduire à l'éclatement de la législation fédérale[698]. Il n'est cependant pas sans

690 Une partie de la doctrine estime que le contrôle abstrait se justifie surtout pour des litiges concernant le partage de compétence entre la Confédération et les cantons pour le motif que l'empiètement d'une loi fédérale sur les attributions cantonales se manifeste d'emblée alors que les violations des droits fondamentaux se révèlent souvent plus tard (cf. HANGARTNER [1995] p. 1017; MALINVERNI [1997] p. 438; contra, KÄLIN [1998] p. 326 s.). Ce dernier auteur relève à juste titre que l'extension de la juridiction constitutionnelle s'impose plus pour assurer la protection des droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit que pour la garantie de l'autonomie cantonale; pour cette raison, il ne se justifie pas de prévoir un contrôle plus étendu (combinant le contrôle concret avec le contrôle abstrait) pour le second type de litige que pour le premier.

691 Dans ce sens, HANGARTNER (1995) p. 1016 s. et MALINVERNI (1997) p. 437 s.

692 Ci-dessus C.II.1.e.bb.

693 Pour les fondements théoriques du contrôle concentré selon Kelsen, cf. KASTANAS (1993) p. 53.

694 C'est par exemple le cas de l'Allemagne, de l'Italie et de l'Espagne et des pays de l'Europe centrale et orientale; pour une étude comparative, cf. FATIN-ROUGE STÉFANINI (2007).

695 D.II.3.cc.

696 D.I.2.c (France); D.II.1.b.cc (Belgique) et D.II.2.b.bb (Luxembourg).

697 Cf. GRIMM (1995) p. 171.

698 AUBERT (1988) p. 20.

inconvénients. Le contrôle concentré 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 de célérité découlant de l'article 6 para. 1 CEDH[699]. A cela s'ajoute que le contrôle diffus s'inscrit mieux dans la tradition de la juridiction constitutionnelle suisse que le contrôle concentré[700]. Bien que l'examen judiciaire d'une loi fédérale soit plus délicat que celui d'un acte normatif infralégal, nous estimons que l'expérience du contrôle diffus des ordonnances du Conseil fédéral ne laisse aucunement présager un excès de zèle de la part des tribunaux inférieurs dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle face au législateur fédéral[701]. Contrairement au 19e siècle, quand les auteurs de la Constitution appréhendaient l'effet désintégrateur d'un système qui permettrait aux autorités cantonales d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales[702], l'Etat fédéral nous semble aujourd'hui suffisamment consolidé pour justifier le choix d'un système diffus. Rappelons encore que le contrôle concentré, confié à une cour constitutionnelle spécialisée se situant en dehors de la procédure ordinaire, s'impose plus dans les Etats en voie de transition démocratique où le sens des dispositions de la Constitution reste à concrétiser que dans les pays à tradition de jurisprudence constitutionnelle[703].

En dernier lieu, il faut relever que les solutions française, belge et luxembourgeoise n'empêchent pas des appréciations divergentes d'une loi en raison de la distinction entre le contrôle de la constitutionnalité (exercé de façon concentrée) et le contrôle de conventionalité (qui incombe aux juridictions ordinaires). Rappelons qu'en Suisse, le contrôle diffus de conventionalité existe également. Pour respecter la jurisprudence *PKK* du Tribunal fédéral, les tribunaux cantonaux doivent refuser d'appliquer une loi fédérale contraire à la Convention[704]. Si l'on devait opter pour un contrôle concentré des lois, il serait à notre sens judicieux d'assurer que l'examen porte sur la conformité avec

699 Voir p. ex. ACEDH, *Klein c. Allemagne,* n° 33379/96, 27 juillet 2000; pour l'influence de la CEDH sur la juridiction constitutionnelle d'un point de vue procédural, voir ci-dessus C.II.1.e.aa.

700 AUER (1998) p. 49 s.; pour un autre auteur favorable au contrôle diffus, cf. HALLER (1995) p. 187.

701 AUER (1998) p. 50; HANGARTNER (1995) p. 1017 qui favorise cependant le système concentré.

702 Rappelons que cette crainte était l'une des raisons ayant conduit à l'adoption de la clause d'immunité, voir ci-dessus B.V.2.

703 Cf. GRIMM (1995) p. 175; GARLICKI (2009) p. 231.

704 Dans ce sens, THÜRER (2005a) p. 100; SCHWEIZER (2007) p. 37; pour un exemple d'un contrôle diffus de conventionnalité d'une loi fédérale, voir l'arrêt du Tribunal administratif du Canton de Genève dans l'affaire *Emonet* exposée ci-dessus, C.II.1.b.bb. Les juges genevois ont en effet refusé d'appliquer les dispositions du Code civil suisse en matière d'adoption en estimant qu'elles portaient atteinte à la protection de la vie familiale, protégée par l'article 8 CEDH (ATA/368/2002 du 25 juin 2002, consid. 11).

toutes les normes de référence, indépendamment de leur source nationale ou internationale.

3. *Mesure du contrôle*

Par rapport à quelles dispositions de la Constitution[705] devrait-on examiner les lois fédérales? Faudrait-il, en vue de ménager le législateur fédéral, opter pour une solution plus restrictive par rapport à celle prévue pour les actes normatifs cantonaux? Serait-il judicieux de limiter le contrôle des lois fédérales au problème du partage de compétences entre la Confédération et les cantons (comme l'a proposé le Conseil fédéral dans le contexte de la réforme RPT)[706], ou au respect des droits fondamentaux[707], à l'exemple des solutions adoptées au Luxembourg, en France, et dans le projet de réforme des Pays-Bas[708]?

La solution consistant à limiter le contrôle judiciaire des lois aux seuls litiges fédératifs n'est, à notre sens, pas opportune. Comme l'a relevé la doctrine, il est difficile de justifier en quoi des préoccupations d'ordre fédéraliste devraient être privilégiées par rapport à la protection des droits fondamentaux[709]. L'exemple de la Belgique montre par ailleurs qu'une telle limitation n'a pas vocation à durer[710]. Restreindre le contrôle des lois fédérales aux questions du partage de compétence fait complètement abstraction de l'importance quantitative et qualitative des droits fondamentaux dans le cadre de la juridiction constitutionnelle. L'internationalisation du droit constitutionnel et des organes de contrôle n'a fait qu'accentuer ce trait. Rappelons que c'est la protection internationale des droits de l'homme qui joue un rôle catalyseur dans le débat en faveur de l'extension de la juridiction constitutionnelle au niveau national, tant en Suisse qu'ailleurs.

Bien que le contrôle de constitutionnalité des lois s'impose avant tout pour garantir le respect des droits fondamentaux, une limitation à ce seul domaine

---

705 Nous limiterons nos considérations à la Constitution fédérale en partant de l'idée que le droit international s'impose en tant que mesure du contrôle en vertu du principe *pacta sunt servanda.* A noter toutefois que la question de savoir si la mesure de contrôle s'étend au droit international dans son ensemble ou aux seules dispositions directement applicables a fait l'objet de controverses dans le cadre de la réforme de la justice; pour un résumé, cf. ZIMMERLI (1998) p. 276.

706 Voir le projet d'arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), ainsi que le message s'y référant, FF 2002 2326–2328.

707 Cette solution a été favorisée en Suisse par le Conseil national dans le cadre de la discussion au sujet de la réforme de la justice, cf. BO 1999 CN 1011–1021, 9 juin 1999; cf ZIMMERLI (1998) p. 276; MAHON, *ad Art. 190 Cst.,* in: AUBERT/MAHON (2003) p. 1456. A noter que par droits fondamentaux, on entend les seuls droits constitutionnels compris dans le catalogue des Art. 7 à 36 Cst. Partant, les garanties telles que la primauté du droit fédéral (Art. 49 al. 1 Cst.), le principe de la légalité (Art. 5 al. 1 et 127 al. 1 Cst.), la séparation des pouvoirs et l'interdiction de double imposition (Art. 127 al. 3 Cst.) ne constituent pas des droits fondamentaux au sens du présent rapport *(contra,* voir AUER [2007] p. 170).

708 Ci-dessus D.II.3.b.cc (Pays-Bas); D.I.2.c (France) et D.II.2.b.bb (Luxembourg).

709 Pour une critique, cf. MÜLLER (2002).

710 Ci-dessus D.II.1.b.bb.

ne nous paraît pas non plus indiquée. Il serait par exemple regrettable que le juge constitutionnel ne puisse pas statuer sur le grief de la séparation des pouvoirs et veiller à ce que le législateur ne viole pas les droits populaires en se dépouillant de la plus grande partie de ses attributions législatives par le biais de clauses de délégation législative excessivement larges[711]. Pour permettre à la juridiction constitutionnelle de remplir ses fonctions traditionnelles[712], il faudrait que les normes de référence comprennent les droits constitutionnels tels qu'ils ont été concrétisés par la jurisprudence dans le cadre de l'ancien recours de droit public et tels qu'ils évolueront par le biais du recours constitutionnel subsidiaire[713].

A l'occasion de la réforme de la justice, le constituant[714] et le législateur[715] ont élargi la mesure du contrôle juridictionnel à toute la Constitution, sans distinction entre les dispositions qui accordent des droits et les autres[716]. Ceci soulève la question de savoir s'il faudrait soumettre les lois fédérales à ce régime ou s'il serait préférable de restreindre leur examen au respect des droits constitutionnels[717], comme l'avait proposé le Conseil fédéral à l'occasion de la réforme de la justice.

La première solution a le mérite de souligner que «la Constitution fédérale forme un tout»[718]. En tant que norme supérieure aux lois ordinaires, son respect s'impose au législateur dans son intégralité. La seconde solution a par contre l'avantage d'être ancrée dans la tradition. Le rôle classique du juge constitution-

---

711 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 548.

712 Ci-dessus B.II.–IV.

713 Les droits constitutionnels mentionnés à l'art. 116 LTF comprennent non seulement les droits fondamentaux énumérés aux art. 7 à 36 Cst. mais également les garanties qui ont une portée subjective, dont notamment le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), le principe de la séparation des pouvoirs, le principe de légalité (art. 5 al. 1 et. 127 al. 1 Cst.), l'interdiction de la double imposition (art. 127 al. 3), l'égalité entre les confédérés (art. 37 al. 2 Cst.) (FRÉSARD [2009] *ad Art. 116*, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari et al. [2009] p. 1166, n° 6).
L'extension du contrôle judiciaire aux lois fédérales commanderait d'interpréter l'art. 3 Cst. ou l'art. 49 al. 1 Cst. comme conférant aux particuliers le droit constitutionnel de s'opposer à des usurpations de compétences cantonales par la Confédération.

714 Art. 189 al. 1 let. a Cst.

715 Au sens de l'art. 95 let. a LTF, la violation du droit fédéral inclut aussi la violation de la Constitution fédérale, et ce pour les trois recours unifiés.

716 FF 2001 4132.

717 Voir art. 178 du projet CF, FF 1997 I 652–653: En rapport avec un acte d'application, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des droits constitutionnels ou le droit international (al. 1). A la demande d'un canton, le Tribunal fédéral examine, en rapport avec un acte d'application, si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des compétences cantonales garanties par la constitution (al. 2). Il décide dans quelle mesure la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale doit être appliqué (al. 3). Pour le surplus, ni le Tribunal fédéral ni aucune autre autorité ne peuvent refuser d'appliquer une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou le droit international (al. 4). Voir aussi le nouvel article 189bis al. 1 Cst. proposé par l'initiative parlementaire Studer (05.445). L'initiative parlementaire Müller-Hemmi (07.476) par contre semble opter en faveur d'un contrôle des lois fédérales par rapport à la Constitution dans son intégralité.

718 AUBERT (1988) p. 26 (étant entendu que cette citation prédate la réforme de la justice).

nel ne s'étend pas à la mission générale de veiller au respect de la Constitution. Les fonctions traditionnelles de la juridiction constitutionnelle helvétique sont plus circonscrites et se limitent à la «garantie des éléments essentiels d'un ordre démocratique, fédéral et fondé sur les principes de l'Etat de droit»[719]. La réforme de la justice a cependant montré que la vision classique de la juridiction constitutionnelle n'est pas immuable de sorte qu'un traitement différent des lois cantonales et des lois fédérales ne s'impose pas.

Il est à notre sens peu probable que l'extension de la mesure de contrôle à toute la Constitution conduise à une limitation excessive de la marge de manœuvre du législateur fédéral. Tout d'abord, il est douteux que des normes purement programmatiques, fixant par hypothèse les objectifs généraux de la Confédération[720], soient considérées comme étant justiciables[721]. Ensuite, la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le principe de la proportionnalité, dont la justiciabilité est admise[722], montre le souci de notre Haute Cour de ne pas limiter excessivement la marge de manœuvre du législateur cantonal. Tout en admettant que le recours en matière de droit public permet au recourant d'invoquer la violation du droit fédéral général, y compris les principes constitutionnels «directement et indépendamment d'un droit fondamental»[723], les juges fédéraux n'examinent la violation du principe de la proportionnalité que sous l'angle de l'arbitraire[724]. S'il est vrai que le champ d'application de ce principe ne se limite pas à l'examen des restrictions des droits fondamentaux, sa pertinence est plus limitée en dehors de ces cas de figure[725]. Selon les juges de Mon-Repos, le législateur cantonal bénéficie, dans la mesure où il n'est pas limité par les droits fondamentaux, d'une marge de manœuvre que le juge constitutionnel est tenu de respecter[726]. Un pouvoir d'appréciation étendu serait assurément aussi accordé au législateur fédéral.

Au vu de ces arguments, l'extension de la mesure de contrôle à toute la Constitution n'entraînerait à notre sens pas une politisation excessive de la justice et serait conforme à l'idée de la supériorité des dispositions constitutionnelles sur les lois ordinaires. Il ne faudrait cependant pas tomber dans la logique du «soit tout, soit rien». Il existe certes de bonnes raisons d'étendre la mesure du contrôle à toute la Constitution, mais une restriction aux seuls droits constitutionnels ne serait pas une solution inadéquate car elle permettrait au juge constitutionnel de remplir ses fonctions traditionnelles.

---

719 MÜLLER (1981) p. 68; ci-dessus B.III.

720 Voir en particulier l'article 2 Cst.

721 La question de savoir quelles normes sont justiciables n'est pas aisée; voir à ce sujet AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 696 s., nº 1958 ss.

722 Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 695, nº 1955.

723 TF, arrêt non publié, 2D_136/2008, 28 janvier 2009, consid. 4.

724 ATF 134 I 53 p. 158 *X.*; TF, arrêt non publié, 2D_136/2008, 28 janvier 2009.

725 ATF 134 I 53 p. 157 *X.*

726 ATF 134 I 53 p. 157 *X.*

4. *Pouvoir de cognition*

Les craintes d'un «gouvernement des juges» justifient-elles de limiter le pouvoir de cognition? En d'autres termes, serait-il judicieux d'opter pour les solutions suédoise et finlandaise, qui permettent aux tribunaux de sanctionner uniquement des violations manifestes de la Constitution et de la Convention? Une réponse négative s'impose à notre sens déjà en raison de l'expérience faite dans les deux pays nordiques. Rappelons que la codification de la déférence judiciaire est critiquée tant en Finlande qu'en Suède et a donné lieu à des propositions de réforme[727]. Une restriction générale du pouvoir de cognition du juge constitutionnel n'est de plus pas conforme à l'idée de la subsidiarité de la protection internationale des droits de l'homme, étant donné que la Cour européenne ne s'impose pas une telle retenue. Les juges de Strasbourg adoptent une approche nuancée et soumettent les mesures nationales qui restreignent un droit conventionnel à un examen plus ou moins strict en fonction d'une série de facteurs[728]. La jurisprudence du Tribunal fédéral connaît également depuis longtemps un pouvoir de cognition différencié[729]. De plus, comme nous l'avons déjà relevé, notre Haute Cour n'a pas, jusqu'à présent, fait preuve d'un activisme excessif[730]. L'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales ne nécessite pour cette raison pas de cautèles spéciales.

5. *Pouvoir de décision*

Une dernière question à trancher porte sur l'effet d'un jugement d'inconstitutionnalité. Si l'on opte, comme nous l'avons proposé, en faveur d'un contrôle concret et diffus des lois fédérales, seules deux alternatives sont envisageables[731]: le juge constitutionnel peut se voir conférer soit le pouvoir de refuser d'appliquer la norme inconstitutionnelle, soit celui, plus restreint, de rendre un jugement constatatoire et d'inviter le législateur à modifier la règle. La première solution correspond au système américain du *judicial review* et au contrôle diffus exercé à l'égard des lois cantonales et des ordonnances fédérales, le second au modèle adopté par le *Human Rights Act* britannique.

La solution adoptée au Royaume-Uni a eu un certain écho en Suisse parce qu'elle a l'avantage de ménager le législateur[732]. Dans le contexte helvétique, elle présente à notre sens plus d'inconvénients que d'avantages. Contrairement au Royaume-Uni, conférer au juge suisse le pouvoir de constater le caractère inconstitutionnel d'une loi fédérale ne présenterait guère d'effet novateur. Pre-

---

727 Ci-dessus D.IV.3.b.

728 Voir les références citées dans la note 275.

729 Cf. AUER (1983) p. 247 ss.

730 Ci-dessus E.V.1.

731 En effet, l'annulation de la norme n'est envisageable que dans le cadre d'un contrôle abstrait ou lorsque le constituant a opté pour le contrôle concret et concentré.

732 Cf. MÜLLER (2000) p. 128.

mièrement, rappelons que l'article 190 Cst. est déjà interprété comme un *«Anwendungsgebot»* et non un *«Prüfungsverbot»* en Suisse. Il n'y aurait donc un progrès que dans la mesure où la solution britannique prévoyait l'obligation des juges d'examiner la conformité d'une loi avec les droits fondamentaux *(«Prüfungsgebot»)*. Deuxièmement, en vertu de la jurisprudence portant sur la relation entre une loi fédérale et le droit international, l'inapplication d'une loi fédérale contraire à une norme conventionnelle ou une autre règle de droit international est déjà connue en Suisse. Tel n'est pas le cas au Royaume-Uni. D'une façon plus générale, avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, le rôle du juge constitutionnel britannique face au législateur, voire même au pouvoir exécutif, était beaucoup plus effacé qu'en Suisse[733].

Rappelons au surplus que le système britannique repose sur l'idée que le Parlement, bien que formellement libre de procéder ou non à la révision d'une loi, donnera une suite positive aux déclarations d'incompatibilité. Cette hypothèse a été confirmée dans la pratique[734]. Nous ne sommes pas convaincus qu'il en irait de même en Suisse. En effet, en raison du système électoral majoritaire, et la forte discipline de partis, le gouvernement britannique exerce une influence beaucoup plus grande sur le parlement que dans notre pays, où le référendum législatif ajoute un facteur supplémentaire d'imprévisibilité[735]. De plus, le *Human Rights Act* tient compte de la lenteur de la procédure législative ordinaire et permet au gouvernement d'établir un état conforme aux droits fondamentaux dans une procédure sommaire. Cette solution nous paraît plus compatible avec un système accoutumé à la prépondérance du pouvoir exécutif qu'avec le système politique suisse.

Indépendamment du contexte différent dans lequel opèrent le juge constitutionnel britannique et son homologue suisse, le système prévu par le *Human Rights Act* présente un autre inconvénient. Comme nous l'avons vu, il ne prévoit pas, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de voie de recours effective au sens de l'article 35 para. 1 CEDH[736].

Pour toutes ces raisons, nous estimons que l'extension de la juridiction constitutionnelle aux lois fédérales n'aurait que peu de sens si le juge était démuni du pouvoir de refuser d'appliquer une loi jugée inconstitutionnelle. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, qui consiste à rendre des jugements déclaratoires *(«Appellentscheide»)* dans les cas où l'inapplication d'une règle entraînerait des conséquences trop brutales, tient suffisamment compte de la séparation des pouvoirs[737]. A l'instar du pouvoir de cognition, une approche nuan-

733 Ci-dessus D.III.1.b.

734 Ci-dessus D.III.3.b.bb.

735 PAPADOPOULOS (1994) p. 286.

736 Ci-dessus D.III.3.b.cc.

737 Voir le fameux arrêt *Hegetschweiler*, ATF 110 Ia 7. Pour un exemple récent, voir ATF 136 II 120 *X.*, dans lequel la limitation du pouvoir de décision du Tribunal fédéral nous paraît cependant excessive.

cée, qui permet de tenir compte des spécificités du cas d'espèce, nous paraît plus appropriée qu'une restriction générale du pouvoir de décision du juge constitutionnel. Création prétorienne, la figure des «jugements d'appel» n'a à notre sens pas besoin d'être codifiée[738].

II. Le contrôle du droit constitutionnel

La juridiction constitutionnelle vise, selon la conception traditionnelle, à garantir le respect de la Constitution, la norme suprême de l'ordre juridique national. En l'absence d'une hiérarchie formelle parmi les normes constitutionnelles[739], la Charte fondamentale de l'Etat ne peut être que la mesure du contrôle, et non son objet. La possibilité de réviser la Constitution en tout temps[740] assure la supériorité du pouvoir constituant face aux pouvoirs constitués, y compris le juge constitutionnel. Ce paradigme est profondément ancré dans la culture constitutionnelle helvétique. Bien que la doctrine ait débattu de l'existence de limites matérielles autonomes à la révision de la Constitution au cours du 20e siècle[741], l'idée de principes constitutionnels intangibles ne l'a jamais emporté sur la conviction que le constituant actuel ne doit pas lier le constituant de demain.

Comme précedemment évoqué dans ce rapport, l'internationalisation du droit constitutionnel, et de ses gardiens, a remis en cause la vision classique de l'omnipotence du pouvoir constituant[742]. En raison de la nature flexible de la Constitution fédérale, et du rôle central que joue la démocratie directe dans la procédure de révision, le risque de conflits entre des normes constitutionnelles et internationales se pose avec une acuité particulière dans notre pays et ne cessera de s'accroître pour deux raisons. La première tient au développement tant quantitatif que qualitatif du droit international; la seconde réside dans l'acceptation et l'aboutissement, de plus en plus fréquents, d'initiatives populaires contraires au droit international, en particulier aux droits de l'homme[743], qui risquent de conduire à des constats de violation par la Cour de Strasbourg[744]. Dans ces circonstances, le défi consiste à trouver une solution au conflit, articulé, d'une façon trop simpliste, en termes d'opposition entre la démocratie di-

738 Mais voir la proposition du Conseil fédéral dans le cadre de la réforme de la justice, qui prévoyait que le Tribunal fédéral décide dans quelle mesure une loi contraire à la Constitution ou au droit international doit être appliquée (ci-dessus note 717).

739 Un exemple bien connu d'une constitution qui prévoit des clauses intangibles est la Loi fondamentale allemande (voir les articles 79 al. 3 et 19 al. 2).

740 Cf. Art. 192 al. 1 Cst.: «La Constitution peut être révisée *en tout temps,* totalement ou partiellement.» (italiques ajoutées par l'auteur).

741 Voir les références mentionnées dans Reich (2008) p. 1000 note 74; pour une étude récente admettant l'existence de limites autonomes, voir Schefer (2001).

742 Ci-dessus C.II.1.c.

743 Voir les exemples cités dans la note 73 du rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2119.

744 Ci-dessus C.II.1.c.

recte, d'une part, et le droit international et les principes de l'Etat de droit, d'autre part. Les acteurs politiques[745] et la doctrine n'ont pas manqué de le relever et ont formulé un grand éventail de propositions[746]. Celles-ci partent du constat que la solution actuelle, basée sur la prééminence des règles impératives du droit international[747], compris dans un sens plutôt étroit, est insatisfaisante. Il n'est pas facile de systématiser les idées avancées, vu le nombre d'options envisageables, et l'interdépendance des différentes questions matérielles et procédurales. Pour présenter et discuter les diverses propositions de façon synthétique, nous distinguerons entre celles qui visent à renforcer le contrôle préventif de la validité des initiatives populaires (1), et celles qui préfèrent agir au niveau de l'application du droit et favorisent le contrôle réactif des dispositions constitutionnelles (2).

1. Les propositions doctrinales

a. Le contrôle préventif

Les réflexions visant à renforcer le contrôle préventif des initiatives populaires portent essentiellement sur les conditions matérielles de validité des initiatives populaires (aa.) ainsi que sur le moment et l'autorité de contrôle (bb.).

aa. Les conditions matérielles de validité des initiatives populaires

Pour atténuer les conflits potentiels entre le droit constitutionnel et le droit international, différentes propositions ont été faites en vue d'élargir les limites matérielles à la révision de la Constitution. Une approche préconise une interprétation extensive des règles impératives du droit international[748], soit en considérant qu'il s'agit d'une notion autonome du droit constitutionnel suisse, soit en se fondant sur le droit international lui-même. Compris comme une notion autonome, les règles impératives du droit international sont par exemple étendues à d'autres garanties élémentaires de la dignité humaine qui sont également protégées dans la Constitution fédérale[749]. Les auteurs qui préfèrent une interprétation hétéro-

745 Voir l'initiative parlementaire Vischer (07.447) qui propose de réviser la Constitution fédérale dans le sens «qu'une initiative populaire est déclarée nulle lorsque, sur le fond, elle contrevient aux dispositions du droit international public régissant les droits fondamentaux et les garanties de procédure».

746 Pour un aperçu des principales propositions doctrinales, voir le rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2115 ss.

747 Art. 193 4 Cst., art. 194 al. 2 Cst. et art. 139 al. 3 Cst.

748 Contra HÄFELIN/HALLER/KELLER (2008) p. 518, nº 1756a.

749 RHINOW/SCHEFER (2009) p. 724, nº 3605; pour un autre auteur favorable à une interprétation autonome, selon laquelle la notion de «règles impératives de droit international» ne coïncide pas nécessairement avec le concept international de *ius cogens,* voir THÜRER (2005a) p. 72 et les éditeurs dans *RDS* (2007) I p. 429 ss; BIAGGINI (1999) p. 728; ID. (2007) p. 632, nº 13; dans ce sens aussi le rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2117: «Comme les règles impératives du droit international sont

nome et qui comprennent la notion de «règles impératives» comme correspondant au concept international du *ius cogens,* relèvent, notamment, que le *ius cogens* au niveau universel n'exclut pas l'existence de normes impératives au niveau régional qui englobent un nombre plus ou moins large[750], voire l'ensemble des dispositions de la CEDH[751]. D'autres auteurs aboutissent au même résultat mais considèrent que les règles de la Convention constituent des normes qui sont *de facto* impératives, soit en raison de la nature obligatoire des arrêts de la Cour[752], soit au motif que la CEDH est devenue *de facto* non dénonçable[753]. L'impossibilité – factuelle ou juridique – de dénoncer un traité est également le critère déterminant pour les auteurs qui proposent d'invalider des initiatives populaires en raison de leur inexécutabilité[754]. Un autre courant doctrinal estime qu'il faut soustraire, par une révision de la Constitution, au vote les traités d'une importance vitale pour la Suisse[755]. Selon la conception la plus extensive, qui insiste sur le principe *pacta sunt servanda,* les règles impératives du droit international comprennent le droit international dans son ensemble[756].

bb. Le moment et l'autorité de contrôle

Parmi les auteurs qui favorisent un renforcement du contrôle préventif, certains ont proposé de trancher la validité matérielle des initiatives populaires en amont, avant la phase de récolte des signatures, et non uniquement suite à leur aboutissement[757]. Ces propositions se basent essentiellement sur deux idées: d'une part, il est d'un point de vue politique plus difficile d'invalider une initiative qui a déjà reçu le soutien de milliers de citoyens; d'autre part, l'intervention en amont épargne aux initiants l'effort de récolter des signatures pour une initiative qui sera, dans tous les cas, invalidée par la suite.

Parmi les auteurs qui préfèrent s'en tenir à un examen préventif intervenant après l'aboutissement de l'initiative, les avis divergent sur la question de savoir

---

une notion de droit interne (voir art. 139, al. 2, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.), une interprétation plus large pourrait toutefois également être envisagée. Dans le message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral a exposé qu'il incombait à la jurisprudence de clarifier au maximum la portée de cette notion en tenant compte de la doctrine.»

750 KÜNZLI (2009) p. 65 note 83, considère par exemple que l'interdiction de la peine de mort fait partie d'un *ius cogens* régional.

751 Voir p. ex. ZIMMERMANN (2007); HANGARTNER, *ad Art. 139 (neu),* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. (2008) p. 2164 s., n° 32, considérant la CEDH comme un «ordre public européen».

752 Cf. HOTTELIER (2009) p. 266.

753 HANGARTNER, *ad Art. 139 (neu),* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. (2008) p. 2163, n° 30, p. 2165, n° 32; l'invalidation des traités *de facto* ou *de iure* non dénonçables est préconisée par WILDHABER (1996).

754 Voir p. ex. NAY (2007).

755 KELLER/LANTER/FISCHER (2008).

756 Voir p. ex. EPINEY (1994) p. 560 s.

757 Pour des propositions récentes, voir GRIFFEL (2009) et l'initiative parlementaire Moret (09.521).

si cette tâche doit rester l'apanage de l'Assemblée fédérale, ou si elle doit être confiée exclusivement à une autre autorité (en particulier le Tribunal fédéral[758]), ou s'il convient de l'ériger en une responsabilité partagée du Parlement et des juges fédéraux. Dans la dernière hypothèse, les options envisagées sont de nouveau multiples: on pourrait par exemple ouvrir le recours au Tribunal fédéral aux particuliers, soit contre toute décision du Parlement portant sur la validité d'une initiative, soit uniquement en cas d'invalidation. Une autre possibilité consisterait à prévoir une procédure de renvoi de l'Assemblée fédérale au Tribunal fédéral qui pourrait être déclenchée soit par une décision majoritaire des deux chambres, soit par une minorité parlementaire dans le cas où le Parlement aurait des doutes quant à la validité d'une initiative[759].

b. Le contrôle réactif

Les auteurs favorisant un contrôle réactif des dispositions constitutionnelles n'ont pas l'embarras du choix entre les différentes options procédurales[760]. Ils font valoir qu'un contrôle judiciaire préalable n'a pas d'ancrage dans la tradition de la juridiction constitutionnelle suisse[761] et que le Parlement n'est institutionnellement pas apte à effectuer un contrôle fondé sur des critères juridiques plus nuancés que celui du respect des règles impératives du droit international[762]. Enfin, ils relèvent que la teneur de la Constitution et la volonté du constituant historique s'opposent à une interprétation autonome et expansive du concept de «règles impératives du droit international»[763] et insistent sur la difficulté de définir et codifier des limites plus larges[764]. En l'absence d'une révision des motifs d'invalidation, les initiatives qui sont conformes au *ius cogens* doivent être déclarées valides et soumises au vote. Leur acceptation par le peuple et les cantons n'implique cependant pas que la nouvelle disposition constitutionnelle l'emporte toujours sur le droit international qui lui est contraire, la question de la validité d'un projet de révision étant différente de celle de l'application de l'article

758 Dans ce sens TORNAY (2008) p. 136; pour des auteurs qui préfèrent une autre solution institutionnelle, voir KELLER/LANTER/FISCHER (2008) p. 151 s., qui proposent la création d'un conseil ou d'une commission de droit international, composé par des experts, dont des spécialistes de droit international.

759 Voir la proposition faite par le Conseil fédéral dans le cadre de la réforme des droits populaires, FF 1997 I 490; pour un résumé, voir TORNAY (2008) p. 137 ss.

760 Pour les auteurs favorables au contrôle réactif, voir AUER/TORNAY (2007); TORNAY (2008) p. 139 ss; AUER (2008); KÜNZLI (2009) p. 70 ss; BENOIT (2009); KIENER/KRÜSI (2009) p. 250 ss; GRODECKI (2010); KIENER/KÄLIN (2007) p. 21; KÄLIN (1993) p. 256, note 125; dans ce sens aussi CHIARIELLO (2009) p. 393.

761 AUER (2008).

762 Cf. TORNAY (2008) p. 143; dans ce sens aussi AUER (2008) et BIAGGINI (2007) p. 634, nº 17.

763 TORNAY (2008) p. 142 s.; AUER/TORNAY (2007) p. 744; KÜNZLI (2009) p. 65; GRODECKI (2010) p. 61.

764 Voir p. ex. TORNAY (2008) p. 143.

constitutionnel qui en est issu[765]. Cette problématique est régie par l'article 190 Cst., en vertu duquel les autorités sont tenues d'appliquer non seulement les lois fédérales mais également le droit international[766]. En cas de conflit, la disposition constitutionnelle doit céder le pas. Le principe de la primauté du droit international (art. 5 al. 4 Cst.) milite en faveur de la même solution[767].

Pour certains adhérents du contrôle réactif, l'obligation d'appliquer le droit international se limite aux traités internationaux des droits de l'homme, en application analogique de la jurisprudence *PKK*[768]. L'importance matérielle de ces droits, et leur corolaire procédural, le droit à un recours effectif au niveau national[769], militent en faveur de cette approche. Le refus d'appliquer une disposition constitutionnelle contraire à une garantie conventionnelle s'impose, en outre, pour des raisons pragmatiques. Il évite aux juges fédéraux de devoir rendre des arrêts qu'ils seront tenus de réviser suite à un constat de violation jugé au niveau européen[770]. D'autres auteurs vont plus loin et estiment que les traités internationaux l'emportent, indépendamment de leur contenu, essentiellement dans deux hypothèses[771]: soit les autorités n'ont pas réussi à trouver une solution au niveau international par la voie de la négociation, soit la votation populaire ne peut pas être considérée comme un mandat clair de dénoncer le traité[772]. Critiquant l'opinion de la doctrine traditionnelle, ils estiment que l'on ne saurait interpréter l'acceptation d'une initiative populaire contraire au droit international comme exprimant implicitement la volonté du peuple de mettre fin aux engagements internationaux concernés. Un mandat de dénoncia-

765 KÜNZLI (2009) p. 71; cette interprétation est critiquée par les auteurs qui considèrent les articles 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. comme une *lex specialis* par rapport aux articles 5 al. 4 Cst. et 190 Cst. (voir p.ex. ZIMMERMANN [2007] p. 756).

766 Voir ATF 133 II 450, p. 460 *Nada.*

767 Il n'est pas inutile de rappeler que l'article 190 Cst. ne porte, contrairement à l'article 5 al. 4 Cst., pas sur la hiérarchie des normes mais reflète le principe de séparation des pouvoirs. Suite à l'extension de l'immunité des traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale à tout le droit international, la justification traditionnelle a moins de poids face à un autre objectif, celui de protéger la crédibilité internationale de la Suisse (ci-dessus, note 80).

768 BENOÎT (2009); dans ce sens aussi GRODECKI (2010) et AUER/TORNAY (2007); TORNAY (2008); MÜLLER (2010).

769 Art. 13 CEDH; la Cour européenne des droits de l'homme a relevé à ce sujet de cette disposition qu'«il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention» (ACEDH, *Conka c. Belgique,* n° 51564/99, 5 février 2002, Rec. 2002-I, para. 83).

770 Cf. MÜLLER (2010) p. 4 note 6; pour la procédure de révision prévue à l'article 122 LTF, voir ci-dessus C.II.1.f.bb.

771 Pour une approche plus nuancée, voir KÄLIN (1993) p. 255 ss.

772 Cf. KÜNZLI (2009); KIENER/KRÜSI (2009).

tion devrait soit ressortir clairement de la question soumise au peuple, soit découler du principe de l'unité de la matière[773].

Comme la justification du contrôle réactif repose essentiellement sur l'article 190 Cst., les adhérents de cette solution estiment qu'une révision de la Constitution n'est pas nécessaire. Un représentant de ce courant doctrinal s'est néanmoins prononcé en faveur d'une modification constitutionnelle[774]. Sa proposition vise à introduire simultanément le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et l'examen de la conformité des dispositions constitutionnelles, selon le système diffus.

La solution «pragmatique»[775] préconisant un contrôle réactif des dispositions constitutionnelles s'est heurtée à la critique tant du camp «classique», favorable au *statu quo,* qu'à celle des auteurs «progressistes», qui préfèrent le renforcement du contrôle préalable[776]. Selon le courant «classique», le refus d'appliquer une norme constitutionnelle n'entre pas en ligne de compte lorsque celle-ci est postérieure aux règles internationales qui lui sont contraires. Le conflit de normes devrait être tranché sur la base de la règle de la *lex posterior*[777], par l'application analogique du raisonnement concernant la portée de l'immunité des lois fédérales. Celles-ci doivent, selon la doctrine majoritaire, céder si elles sont contraires à des dispositions constitutionnelles ultérieures. Proches de cette solution sont les opinions doctrinales qui postulent de résoudre le conflit en s'inspirant de la jurisprudence *Schubert*[778]. Selon cette approche, la disposition constitutionnelle l'emporterait si le constituant a sciemment et volontairement dérogé au droit international.

D'après les «progressistes», soumettre au peuple des initiatives qui ne pourront jamais être appliquées induit les votants en erreur et sape la légitimité de la démocratie directe. A ce dernier argument, les représentants du «pragmatisme» rétorquent, d'une part, que les difficultés de la mise en œuvre pourraient être thématisées pendant la campagne, et d'autre part, que l'invalidation d'une initiative populaire avant le scrutin limite davantage la démocratie directe parce qu'il ne permet pas au processus politique de trouver une solution et prive les citoyens de la possibilité de rejeter une initiative contraire au droit internatio-

773 Ce principe permettrait la dénonciation du traité lorsque le contenu de l'initiative et celui du traité se recoupent presque intégralement (cf. KÜNZLI [2009] p. 68 s.; KIENER/KRÜSI [2009] p. 249 s.; REICH [2008] p. 1013).

774 AUER (2008).

775 Nous utilisons le terme «pragmatique» en suivant la terminologie de AUER/TORNAY (2007); précisons qu'il ne doit pas être compris comme décrivant une solution qui ne se fonde pas sur des considérations juridiques.

776 La terminologie pour décrire les deux autres principaux courants doctrinaux provient également de AUER/TORNAY (2007); pour un aperçu des arguments, voir BENOIT (2009) p. 461 ss; KÜNZLI (2009) p. 70 ss et le rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne du 5 mars 2010, FF 2010 2067, p. 2109 ss.

777 Voir p. ex. HANGARTNER, *ad Art. 190,* in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer et al. (2008) p. 2810, n° 33.

778 Voir p. ex. NOBS (2006) p. 362 ss.

nal[779]. Le taux de succès des initiatives se situant à 9.5%[780], une telle issue est loin d'être improbable.

2. *Discussion*

Comme ce bref aperçu des propositions doctrinales le démontre, les rapports entre démocratie directe et droit international sont complexes et controversés. Pour cette raison, au lieu de retenir dans ce rapport une solution unique, nécessairement simplificatrice et schématique, nous allons à présent développer quelques pistes de réflexion qui se concentreront sur les avantages et les inconvénients des deux principaux types de contrôle évoqués (les examens préventif et réactif) (a), ainsi que sur l'étendue des limites matérielles à la révision de la Constitution (b).

a. Le type de contrôle

L'adoption d'une nouvelle disposition constitutionnelle est un long processus non seulement juridique mais aussi politique, qu'il convient d'encadrer, selon le stade de la procédure, de façon plus ou moins stricte par le droit[781]. L'esprit du juriste, attaché à la cohérence et hanté par la perspective de conflits, y est moins sensible que celui des politologues. Pour tenir compte du rôle que joue l'initiative populaire dans le système politique helvétique, il ne faudrait pas céder à la tentation d'intervenir trop en amont et de trancher la question de la validité avant la phase de la récolte des signatures. L'initiative populaire permet en effet d'articuler des malaises, de susciter la discussion publique, et de rendre les autorités sensibles aux préoccupations de la population[782]. Elle déploie ces fonctions indépendamment d'une éventuelle invalidation par l'Assemblée fédérale suite à la récolte des signatures ou de difficultés dans sa mise en œuvre. Rien n'empêche les autorités de répondre aux préoccupations des initiants par des mesures conformes au droit international et à l'ordre constitutionnel suisse. L'influence indirecte des initiatives populaires sur le système politique helvétique est en effet bien connue[783]. Pour ce motif, le résultat d'un contrôle avant la récolte des signatures ne devrait pas avoir un caractère obligatoire mais uniquement consultatif.

La question de savoir s'il faut renforcer le contrôle préventif des initiatives populaires suite à leur aboutissement ou miser sur le contrôle réactif est plus

---

779 Cf. KIENER/KRÜSI (2009) p. 253.

780 REICH (2008) p. 987.

781 Voir l'étude de REICH (2008).

782 Voir p. ex. RHINOW/SCHEFER (2009) p. 422 s., n° 2196 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006a) p. 258 s., n° 769 ss.

783 Cf. REICH (2008) p. 987, avec de multiples références à des contributions émanant des sciences politiques. Selon cet auteur, un tiers des initiatives a conduit à des mesures législatives qui répondaient aux préoccupations centrales des initiants.

délicate. Une intervention en amont a le désavantage de soustraire au processus politique toutes les initiatives jugées non conformes aux critères matériels, alors que seule une minorité d'entre elles aurait trouvé grâce aux yeux du peuple et des cantons. L'on pourrait de plus retenir, en faveur d'un contrôle judiciaire exclusivement réactif, que l'examen des dispositions constitutionnelles au niveau de leur application est conforme à notre proposition de soumettre les lois fédérales uniquement au contrôle concret. Cet argument fait cependant abstraction d'une importante différence entre les initiatives populaires et les lois fédérales. Contrairement aux secondes, les premières sont déjà soumises à un contrôle préventif automatique avec effet obligatoire, qui est exercé par l'Assemblée fédérale, c'est-à-dire un organe *autre* que leur auteur. Autrement dit, la juridiction constitutionnelle, comprise dans un sens fonctionnel[784], existe déjà à l'égard des initiatives populaires mais non à l'égard des lois fédérales[785]. Pour cette raison, il est difficile de comprendre du point de vue des citoyens qu'une disposition constitutionnelle issue d'une initiative déclarée valide par l'Assemblée fédérale car jugée conforme aux règles impératives du droit international avant la votation soit par la suite privée d'effets même si l'impossibilité de la mise en œuvre est thématisée pendant la campagne.

Il est vrai que des systèmes qui combinent le contrôle préalable (qui est nécessairement abstrait) et le contrôle réactif concret peuvent également conduire au résultat qu'une norme jugée initialement conforme au droit supérieur soit remise en question à l'occasion d'un cas d'application, soit parce que l'inconstitutionnalité ne s'est révélée que plus tard, soit parce que la jurisprudence a évolué, soit parce que le juge international (dont le contrôle est toujours réactif, et en général concret) a désavoué les juges nationaux. Cependant, le contrôle préalable et le contrôle concret d'actes législatifs s'exercent d'ordinaire[786] par rapport aux mêmes normes de référence. Un jugement de conformité a pour cette raison en général l'effet de lever des doutes quant à la constitutionnalité de l'acte au moins pour une certaine durée. Tel n'est pas le cas pour les initiatives populaires qui sont jugées conformes aux règles impératives du droit international *ex ante* mais ne sont pas appliquées au motif qu'elles sont manifestement contraires à un cercle considérablement plus large de normes internationales servant de référence au contrôle subséquent. Il s'agit là effectivement d'une «singularité constitutionnelle»[787]. Ajoutons à cet argument que la distinction entre les règles impératives de droit international et d'autres règles du droit international (en particulier les droits de l'homme) n'est pas aisée et ne s'impose de loin pas à l'esprit du non-juriste. Pour ces motifs, il nous semble préférable

784 Ci-dessus B.I.

785 Cf. AUER (1983) p. 7, n° 8 selon lequel la notion de juridiction constitutionnelle implique un contrôle par un organe autre que son auteur, ce qui exclut de qualifier ainsi les diverses formes d'auto-contrôle exercées pendant la phase législative.

786 Mais voir pour les initiatives populaires cantonales ci-dessous note 789.

787 AUER/TORNAY (2007) p. 746.

de renforcer l'examen préventif des initiatives populaires malgré les inconvénients de ce type de contrôle. Cette préférence ne s'explique pas par l'obsession du juriste d'aboutir à une solution cohérente mais surtout par le souci de sauvegarder la crédibilité de la démocratie directe et l'effectivité des droits populaires[788]. En dernier lieu, relevons que le contrôle judiciaire préventif dans le contexte de la démocratie directe n'est pas complètement étrange à la tradition constitutionnelle helvétique, étant donné que le Tribunal fédéral statue déjà en tant qu'instance de recours sur la validité des initiatives populaires cantonales et communales.

b. L'étendue des limites matérielles à la révision de la Constitution

Nous l'avons vu, les opinions divergent fortement sur l'étendue des bornes à la révisibilité de la Constitution fédérale et les critères pour les déterminer. La majorité des propositions avancées reflètent l'idée que ni la primauté (d'application) du droit international, ni la souveraineté populaire ne devraient être érigées en des principes absolus. Il existe cependant moins de clarté concernant les critères pour déterminer les limites. A cet égard, il convient à notre sens d'opter pour des solutions basées à la fois sur des facteurs juridiques et matériels. Le premier critère nous conduit à écarter des propositions qui se basent essentiellement sur des considérations d'opportunité politique, comme la question de savoir si un traité est d'une importance vitale pour la Suisse. Le caractère *de iure* non dénonçable d'un traité ne remplit pas le second critère[789]. Les propositions selon lesquelles les droits de l'homme posent des limites au pouvoir constituant sont à notre sens conformes aux deux critères et se situent par ailleurs «dans le droit fil de la réflexion qui a abouti à la reconnaissance de la primauté absolue du *jus cogens*»[790], décrit par le Conseil fédéral comme «principe revêtant un caractère *constitutionnel* quant au *fond*»[791]. La densification croissante du droit international des droits de l'homme, et l'interaction qu'il entretient avec le droit national, plaide en faveur d'une conception des normes internationales de nature constitutionnelle qui va au-delà du *ius cogens*. Rappelons que la jurisprudence *PKK* du Tribunal fédéral est un indice en faveur d'une hiérarchisation matérielle plus affinée qui se justifie par la non-réciprocité et la

788 Dans cet ordre d'idées, la doctrine critique la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les droits populaires ne confèrent pas aux citoyens le droit à ce qu'une initiative populaire cantonale contraire au droit supérieur ne soit pas soumise au vote au motif que le recours en matière de droit public permet de contester la légalité de l'acte issu de l'initiative (cf. TORNAY [2008] p. 100 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [2006a] p. 285, nº 841).

789 Pour une critique de ce critère, voir KELLER/LANTER/FISCHER (2008) p. 147 s.

790 BENOIT (2009) p. 471; voir le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 454, qui relève que les normes faisant partie du *ius cogens* sont «indispensables à la cohabitation pacifique de l'humanité ou à une existence digne de l'homme».

791 FF 1997 I 454 souligné par l'auteur.

nature objective des droits de l'homme[792] ainsi que les conséquences découlant des violations de ces droits. Comme la doctrine l'a relevé au sujet du *ius cogens,* l'engagement de la responsabilité internationale de la Suisse n'est pas une option ouverte lorsque le préjudice occasionné est grave et difficile à réparer[793]. Cette condition est en général remplie pour les droits fondamentaux[794], ce qui justifie leur sauvegarde au niveau international, à l'encontre de tous les pouvoirs étatiques.

Comment mieux circonscrire les droits fondamentaux, et surtout leur contenu, qui ne sont pas à la libre disposition du pouvoir constituant national? Notre proposition irait dans le sens d'inclure les droits, voire leur composantes, qui font partie de «l'ordre public européen»[795] et de préciser que la CEDH et les traditions constitutionnelles des Etats européens serviront de sources d'inspiration. Cette solution, qui est inspirée par la création prétorienne des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne[796], est suffisamment ouverte pour tenir compte de la nature évolutive des droits de l'homme et n'exclut pas de prendre en considération d'autres sources internationales des droits fondamentaux que la CEDH. Simultanément, elle exige, par la référence à «l'ordre public européen», l'existence d'un consensus qualifié et fait appel aux «principes, qui selon la jurisprudence européenne sont inhérents à la société démocratique: pluralisme, prééminence du droit, respect de la dignité humaine et non-discrimination»[797].

La mention de la CEDH et des traditions constitutionnelles des Etats européens a pour vocation d'exprimer que la distinction classique entre les limites autonomes et hétéronomes à la révision de la Constitution est artificielle, compte tenu de la forte interaction entre les différents échelons du bloc de fondamentalité. L'autorité helvétique qui sera appelée à statuer sur la validité d'une révision constitutionnelle accordera une importance particulière à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, considérée comme l'expression la plus aboutie de l'ordre public européen[798]. Elle analysera cependant aussi la jurisprudence nationale pour mettre en exergue «la compatibilité systé-

---

792 Ci-dessus C.II.1.b.aa.

793 Cf. COTTIER/HERTIG (2000) p. 20 avec d'autres références.

794 Cf. KÄLIN (1993) p. 256; le préjudice ne devrait pas être évalué dans un perspective exclusivement individuelle mais compte tenu du lien qui existe entre les droits fondamentaux et la démocratie. Des mesures de surveillance excessives, ou des restrictions injustifiées aux libertés de communication, par exemple, causent à l'individu un préjudice moindre que des violations de l'interdiction de la torture ou des privations de liberté injustifiées mais portent atteinte aux conditions d'une société démocratique.

795 Pour la notion d'ordre public européen, voir THOMA (2007); PICHERAL (2001); ID. (2008) avec d'autres références.

796 Ci-dessus C.II.2. Pour une autre approche inspirée de l'Union européenne, cf. MORET (2010).

797 PICHERAL (2008) p. 720.

798 Pour la CEDH en tant qu'ordre public européen, voir FROWEIN (1992); KÄLIN (1989); THOMA (2007) p. 22 ss.

mique»[799], c'est-à-dire l'identité des valeurs essentielles[800] qui sont à la base de l'ordre constitutionnel national et de l'ordre public européen[801]. Le droit constitutionnel comparé pourra fournir des repères supplémentaires[802]. Cette méthode n'est pas nouvelle. Elle se rapproche de celle qu'a historiquement employée le Tribunal fédéral pour reconnaître des droits fondamentaux non écrits[803]. L'intervention des juges fédéraux serait également indiquée pour statuer, d'office ou sur recours, sur la validité des initiatives populaires. Cette compétence devrait être confiée à une formation spéciale du Tribunal fédéral, dont les membres pourraient par exemple être spécifiquement désignés par l'Assemblée fédérale lors de l'élection des juges fédéraux. Il reste à examiner si le défi de concilier le droit international et le droit constitutionnel justifie d'attribuer encore une autre compétence au juge constitutionnel helvétique, celle de contrôler la constitutionnalité des actes internationaux.

III. Le contrôle du droit international

Pour assurer la compatibilité des traités internationaux avec la Constitution, un nombre considérable d'ordres juridiques étrangers connaissent un système de contrôle judiciaire préventif[804]. Dans les Etats voisins qui ont prévu ce type de contrôle, notamment la France et l'Allemagne, il joue surtout un rôle pour évaluer la constitutionnalité des traités adoptés dans le contexte de l'intégration européenne[805]. En Suisse, le contrôle judiciaire préventif des traités n'a jusqu'à

---

799 Poiares Maduro (2007) p. 17, traduit par l'auteur.

800 Poiares Maduro (2007) p. 17.

801 Une telle approche a été choisie par Lord Hofmann dans l'arrêt *A v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 68, résumé ci-dessus, D.III.3.b.cc: «The technical issue in this appeal is whether such a power can be justified on the ground that there exists a «war or other public emergency threatening the life of the nation» within the meaning of article 15 of the European Convention on Human Rights. But I would not like anyone to think that we are concerned with some special doctrine of European law. Freedom from arbitrary arrest and detention *is a quintessentially British liberty,* enjoyed by the inhabitants of this country when most of the population of Europe could be thrown into prison at the whim of their rulers. It was incorporated into the European Convention in order to entrench the same liberty in countries which had recently been under Nazi occupation. The United Kingdom subscribed to the Convention because it set out the rights which British subjects enjoyed under the common law.» (para. 88, souligné par l'auteur).

802 Le recours au droit comparé pour concrétiser la notion d'ordre public européen est préconisé par une partie de la doctrine dans un autre contexte, celui du droit international privé (cf. Thoma [2007] p. 26 s.).

803 Ci-dessus B.III.

804 Voir l'aperçu donné dans le rapport du Conseil fédéral sur le renforcement du contrôle préventif de la confirmité au droit du 5 mars 2010, FF 2010 1989; pour les Etats de l'Europe occidentale, voir Weber (2007) p. 333, 369 s.

805 Pour des arrêts récents portant sur le Traité de Lisbonne, voir p. ex. pour l'Allemagne, BVerfGE 123, 267; pour la France, C.C., Décision n° 2007–560 DC; pour la République tchèque, Pl. ÚS 19/98; pour une compilation des arrêts des Cours suprêmes concernant l'intégration européenne, voir Oppenheimer (1994); ID. (2003).

présent suscité que peu d'intérêt[806]. La réponse helvétique au défi de l'internationalisation a consisté dans le renforcement de la légitimation démocratique des traités internationaux, par le biais des mécanismes de la démocratie directe[807]. Le refus injustifié de soumettre un traité au référendum facultatif ou obligatoire ne peut cependant pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire[808]. Bien que l'examen juridictionnel préventif ne soit pas ancré dans la tradition constitutionnelle suisse, il constitue, dans un contexte marqué par l'augmentation quantitative et qualitative des normes internationales, un mécanisme intéressant pour protéger les droits populaires. Il poursuit, par ailleurs, le même objectif que le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales à la lumière du principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs[809]. Cela dit, nous ne sommes pas convaincue de la nécessité, ni même de l'opportunité, de prévoir un contrôle préventif plus étendu, portant sur la compatibilité avec les droits fondamentaux, voire avec toute la Constitution. Comparé au contrôle de constitutionnalité des lois, l'examen judiciaire préalable des traités joue un rôle mineur dans les Etats qui connaissent ce système[810], et porte, comme indiqué *supra,* essentiellement sur les traités modifiant les traités fondateurs de l'Union européenne[811]. A notre connaissance, il n'existe guère de précédents dans lesquels des cours constitutionnelles européennes auraient estimé que la ratification d'un traité se heurte de façon définitive au respect des droits fondamentaux[812]. Face à ce constat, un

806 HALLER (1995) p. 185 note 20 et p. 192, et SCHWEIZER, in: SCHWEIZER (1995) p. 206, envisagent un contrôle préventif des traités sans se prononcer clairement en sa faveur; le Conseil fédéral aborde la problématique dans son rapport sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit du 5 mars 2010, FF 2010 1989 mais se prononce en général à l'encontre d'un contrôle judiciaire préalable.

807 Pour une étude de la légitimation démocratique des traités internationaux, voir p. ex. ZELLWEGER (2001).

808 La nécessité d'un contrôle judiciaire des règles de compétence concernant la conclusion des traités internationaux est mise en exergue par COTTIER (2001) p. 23 ss. Cet auteur ne postule pas un contrôle préventif mais fait des propositions dans l'ordre constitutionnel existant, fondées sur l'applicabilité directe des traités.

809 Quant aux modalités du contrôle, le recours serait dirigé contre l'arrêté de l'Assemblée fédérale portant approbation du traité international.

810 Avec l'exception de l'Allemagne, cf. WEBER (2007) p. 334.

811 Voir les références citées dans la note 806.

812 Plusieurs cours constitutionnelles nationales ont exprimé des réserves concernant la constitutionnalité de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen; voir p. ex. BVerfGE 113, 273 (dans lequel la Cour constitutionnelle a relevé que les autorités devaient exercer leur marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la décision-cadre de manière conforme à la protection constitutionnelle contre l'extradition et étaient tenues, dans certains cas, de procéder à une pesée des intérêts); arrêt de la Cour constitutionnelle polonaise, P 1/05, OTK ZU 2005, A, n° 4, pos. 42, selon lequel l'extradition des nationaux nécessitent une révision de la Constitution; voir aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle chypriote n° 294/2005 du 7 novembre 2005. Cet exemple s'inscrit cependant dans l'intégration européenne et ne concerne pas un traité international qui peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire préalable (voir à ce sujet pour la France *http://www.senat.fr/rap/l02–126/l02–1266.html,* état au 5 mai 2010); pour une analyse de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, cf. PÉRIGNON/DAUCÉ (2007).

système de contrôle préventif complet risque de prolonger et politiser[813] inutilement la procédure de ratification des traités. Les modalités de ce type de contrôle ne seraient par ailleurs pas faciles à régler. En effet, les ordres juridiques qui connaissent un contrôle préventif des traités confèrent en général la qualité pour agir exclusivement à des organes de l'Etat ou à une minorité parlementaire[814]. Ce système ne trouve pas d'ancrage dans la tradition helvétique. Relevons en dernier lieu que le contrôle préventif ne serait guère praticable pour les traités conclus en la forme simplifiée par le Conseil fédéral et ne permet pas d'examiner le droit international secondaire, c'est-à-dire un acte juridique d'une organisation internationale qui s'impose aux Etats parties. Pour toutes ces raisons, il nous semble opportun de limiter le contrôle juridictionnel dans la phase précédant la ratification du traité au respect des droits politiques.

La renonciation à un contrôle préventif de constitutionnalité n'a pas pour conséquence que le droit international puisse impunément violer les droits fondamentaux. L'obligation d'appliquer le droit international (art. 190 Cst.) et la primauté du droit international (art. 5 al. 4 Cst.) doivent rester les principes directeurs afin d'assurer la crédibilité internationale de la Suisse sans pour autant avoir une portée absolue. Dans son message relatif à l'EEE, le Conseil fédéral s'était montré favorable à une conception des rapports entre le droit international et le droit national qui reflète une certaine justice matérielle. S'inspirant de la jurisprudence de plusieurs cours suprêmes européennes[815], il a envisagé d'assouplir le principe de la primauté (d'application) du droit international «lorsque des principes fondamentaux ou l'essence même des droits fondamentaux sont affectés»[816]. Rappelons que la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme milite également en faveur de l'inapplication du droit international contraire aux droits conventionnels[817]. Elle réduit sensiblement la portée pratique de la réserve en faveur de l'essence des droits fondamentaux nationaux. Etant donné que la plupart de ces droits sont également protégés par des conventions internationales, la contrariété entre un acte international, d'une part, et un droit fondamental, d'autre part, constituera en général également un

813 Relevons que le risque de politisation est plus grand pour le contrôle préalable (et nécessairement abstrait) de constitutionnalité des traités internationaux que pour l'examen concret de constitutionnalité des lois fédérales. La première raison de ce constat tient aux modalités du contrôle (voir ci-dessus, F.I.1.), la seconde concerne les conséquences d'un jugement d'inconstitutionnalité. Alors que le Parlement peut modifier une loi fédérale de façon unilatérale pour la rendre conforme à la Constitution, le contenu d'un traité international ne peut être altéré que par la voie de la négociation avec les autres parties contractantes. Pour les traités multilatéraux, cette démarche n'est souvent pas praticable.

814 Voir WEBER (2007) p. 333 pour l'Allemagne, la France, l'Espagne, le Portugal et l'Irlande et les rapports sur ces pays dans l'ouvrage de STARCK/WEBER (2007).

815 Voir surtout la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, ci-dessus note 284.

816 Message relatif à l'EEE, FF 1992 IV 87; pour des auteurs favorables à ce point de vue, voir COTTIER/HERTIG (2000) p. 22 ss; SCHEFER (2001) p. 176; BENOIT (2009); THÜRER (2009) p. 230 s.

817 Ci-dessus C.II.1.d.

conflit entre deux normes internationales auquel le principe *pacta sunt servanda* et l'article 190 Cst. n'apportent pas de réponse[818]. L'inapplication d'un acte international permet dans cette constellation de préserver les valeurs essentielles à la base du constitutionnalisme moderne, protégées de nos jours aux différents échelons du bloc de fondamentalité.

G. Conclusion finale

I. Propos finaux

Avant de conclure le présent rapport sous forme de thèses, nous aimerions donner la parole à Jakob Dubs, le père de la clause d'immunité, mais qui par la suite était devenu un de ses premiers détracteurs[819]. Sa crainte selon laquelle «le pouvoir judiciaire ne s'élève pas au-dessus du pouvoir législatif (...)»[820] avait en effet cédé à une autre préoccupation, celle de la toute-puissance du législateur. Dubs releva à cet égard, en 1878, que «l'avenir abandonnera l'omnipotence des assemblées législatives qui s'est développée dans les Etats modernes de la même façon que notre époque a rejeté celle des gouvernements»[821]. Depuis lors, plus d'un siècle s'est écoulé, le contexte international dans lequel opère la juridiction constitutionnelle suisse a fortement évolué. N'avons-nous pas laissé suffisamment de temps au temps pour embrasser l'avenir envisagé par Dubs?

II. Thèses

1. La juridiction constitutionnelle suisse opère dans un contexte contemporain marqué par l'européanisation du droit et, plus généralement, son internationalisation. En vertu de cette évolution, deux éléments essentiels de la juridiction constitutionnelle – la notion de Constitution et l'organe de contrôle – se sont progressivement émancipés de l'Etat. Dans le domaine des droits de l'homme, des normes conventionnelles ancrées aux niveaux européen et universel imprègnent et surplombent les garanties contenues dans les constitutions nationales et constituent les normes de référence par excellence dans la procédure de contrôle de constitutionnalité. Ces diverses

818 Cf. COTTIER/HERTIG (2000) p. 25; ACHERMANN (2001) p. 83; comme le relève le dernier auteur, le Tribunal fédéral a indiqué que l'article 8 CEDH pourrait l'emporter sur l'obligation découlant d'un traité d'extradition pour le moins lorsque l'Etat contractant est également partie à la Convention (voir ATF 122 II 485 *S.* considérants non publiés 5 ss; 123 II 279, p. 284 *H.*; 126 II 324 *Glouchkov).*

819 Cf. OETER (1990) p. 563 s.

820 Ci-dessus B.V.2.

821 «Die Allmacht der gesetzgebenden Versammlungen, die sich in den modernen Staaten zu entwickeln gewusst hat, wird von der Zukunft ebenso gut verurteilt werden wie von unserer Zeit die frühere Allmacht der Regierungen» (DUBS [1878] p. 92, cité dans FLEINER [1934] p. 22a).

normes, bien qu'appartenant à l'ordre juridique international, sont de nature constitutionnelle par leur contenu et leur fonctions. Elles composent ensemble une constitution échelonnée, désignée, dans le présent rapport, comme «bloc de fondamentalité» dont le juge constitutionnel suisse assure le respect en coopération avec les organes internationaux de contrôle, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme.

2. Le fait que le juge constitutionnel suisse ne soit plus le seul et ultime gardien du «bloc de fondamentalité» ne le rend pas moins indispensable. En vertu du principe de subsidiarité, il joue le rôle prioritaire dans l'exercice de la juridiction constitutionnelle sur le territoire helvétique et assure la coordination et l'harmonisation des différentes composantes dudit bloc. Par conséquent, le juge constitutionnel suisse ne peut plus se concevoir exclusivement comme le gardien du droit constitutionnel étatique mais remplit une fonction internationale et européenne. Ce rôle a une dimension tant matérielle que procédurale. La première exige que le juge constitutionnel examine les différentes sources et jurisprudences internationales dans une perspective comparative et veille à trouver des solutions qui s'inscrivent le mieux possible dans le contexte national. La seconde requiert que les compétences du juge constitutionnel ne soient pas plus restreintes que celles des organes de contrôle internationaux.
3. Sous l'emprise de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'effectivité de plus en plus poussée des arrêts de Strasbourg, le Tribunal fédéral a progressivement assumé cette fonction internationale et européenne. Reconnaissant l'importance particulière des conventions protectrices des droits de l'homme, il a relativisé la portée de la clause d'immunité dans sa jurisprudence *PKK* en admettant le contrôle de conventionalité des lois fédérales. Le maintien de l'article 190 Cst. continue cependant à exercer une influence indirecte sur la jurisprudence fédérale et a conduit à une distinction artificielle entre les droits fondamentaux selon leur source. L'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois fédérales favoriserait une approche plus cohérente et transparente. Elle aurait également le mérite de revaloriser la Constitution fédérale et de souligner que les droits fondamentaux protégés à l'échelle internationale, européenne et nationale ont vocation à former un tout. Compte tenu de l'interaction entre la jurisprudence des divers organes (juridictionnels), l'interdépendance entre les droits fondamentaux issus de sources différentes n'est pas une fiction mais une réalité.
4. Une analyse comparative montre que l'européanisation et l'internationalisation du droit constitutionnel a conduit au renforcement du pouvoir judiciaire même dans des Etats traditionnellement attachés, comme la Suisse, à la primauté du pouvoir législatif. Les ordres juridiques examinés ont fait preuve d'une remarquable flexibilité en adaptant leurs traditions constitutionnelles au contexte international modifié. Dans les pays monistes

comme la France et les pays du Benelux, le contrôle de conventionalité s'est fermement imposé, agissant, d'un point de vue fonctionnel, comme un substitut au contrôle de constitutionnalité des lois. La jurisprudence *PKK* du Tribunal fédéral fait ainsi partie d'une évolution jurisprudentielle commune à d'autres pays européens. Dans les pays dualistes, notamment le Royaume-Uni et les Etats scandinaves, l'adoption de lois incorporant la CEDH dans l'ordre juridique interne a eu des conséquences semblables. Le contrôle de conventionalité a, à son tour, favorisé la revalorisation de la Constitution nationale et l'introduction, ou le renforcement, du contrôle de constitutionnalité des lois.

5. Par rapport à la plupart des autres ordres juridiques analysés, l'introduction du contrôle judiciaire des lois fédérales serait moins novatrice en Suisse en raison de la longue tradition helvétique en matière de juridiction constitutionnelle à l'égard des cantons. L'expérience plus que centenaire de l'examen juridictionnel des lois cantonales permet de mieux évaluer les conséquences de son extension aux lois fédérales et de dissiper les craintes d'un gouvernement des juges.
6. Le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales tiendrait compte du contexte modifié dans lequel opère la juridiction constitutionnelle, permettant, en particulier, de compenser la perte de protection juridictionnelle due au transfert progressif de compétences du niveau cantonal au niveau fédéral.
7. D'une façon plus générale, le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales se justifie pour les mêmes raisons que celui des lois cantonales. Les fonctions démocratique, fédérative et libérale de la juridiction constitutionnelle reflètent la conviction commune selon laquelle des décisions majoritaires sont seulement légitimes si elles sont respectueuses des droits des minorités. Pour ce motif, elles doivent respecter le cadre tracé par l'ordre constitutionnel, qui reflète le consensus de base d'une société politique.
8. Comme tout pouvoir, celui exercé par la majorité des citoyens appelle un contre-pouvoir. Pour cette raison, la concrétisation des droits et dispositions constitutionnels ne peut pas être laissée au législateur seul mais nécessite la collaboration et une tension dialectique entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Celui-ci ne se substitue pas au pouvoir législatif mais exerce une fonction corrective. Par rapport aux autorités politiques, l'avantage du Tribunal est d'offrir un forum où les intérêts marginalisés au cours de la procédure législative peuvent s'articuler; grâce à son indépendance et les diverses cautèles découlant du raisonnement juridique (notamment l'obligation de motivation et le respect des précédents), le juge constitutionnel peut examiner la constitutionnalité des lois dans une perspective à plus long terme qu'une autorité politique exposée directement aux courants politiques dominants du moment. Il constitue dès lors un garant important de la continuité des droits et valeurs constitutionnels et rem-

plit une fonction stabilisatrice. La méthode jurisprudentielle lui permet à la fois d'avancer de façon continue, par petits pas, et d'actualiser le sens des dispositions constitutionnelles en fonction de l'évolution du contexte social, assurant ainsi qu'elles gardent leur pertinence.

9. Axé sur l'examen de cas individuels, le contrôle juridictionnel concret des lois permet de détecter et de censurer des atteintes aux droits fondamentaux que le législateur n'avait pas prévues *ex ante,* ce qui fait du juge et du pouvoir législatif des gardiens complémentaires de la Constitution. Assurer le respect du droit supérieur est une tâche complexe qui nécessite l'intervention d'organes différents, à des moments différents. Pour ce motif, le contrôle préventif exercé pendant la phase législative ne rend pas le contrôle juridictionnel superflu. A l'inverse, l'analyse comparative a montré que l'introduction du contrôle judiciaire des lois favorise le renforcement des mécanismes de contrôle préalable non juridictionnels.
10. Quant aux modalités du contrôle juridictionnel des lois, nous avons privilégié un système concret et diffus qui s'inscrit, à notre sens, dans la continuité de la juridiction constitutionnelle helvétique. Des aménagements spéciaux quant à la mesure du contrôle, au pouvoir d'examen et au pouvoir de décision ne seraient pas nécessaires. Par contre, il serait indiqué de renforcer l'indépendance des juges fédéraux. Les faiblesses du système actuel, caractérisé par la courte durée des mandats et la possibilité de reconduction, se feraient sentir avec plus d'acuité si les juges de Mon-Repos avaient la compétence de censurer les actes de l'organe chargé de leur réélection.
11. A l'aune de l'internationalisation du droit, un rôle important de la juridiction constitutionnelle consiste à concilier le droit international et le droit constitutionnel. Ce défi appelle des solutions plus nuancées que celles fondées soit sur la primauté absolue du droit international, soit sur la prééminence de la Constitution sur l'intégralité du droit international exception faite du *ius cogens.* L'approche que nous avons préconisée repose sur une hiérarchisation matérielle qui reflète essentiellement la densification normative des droits de l'homme au niveau international, et surtout au niveau européen. Selon cette conception, le juge constitutionnel suivrait la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et refuserait d'appliquer des actes internationaux manifestement contraires aux droits conventionnels, et, subsidiairement, à l'essence d'un droit fondamental national. A l'inverse, les droits fondamentaux qui font partie de l'ordre public européen l'emporteraient sur le droit constitutionnel national. Entre les options de renforcer soit le contrôle préalable des initiatives populaires, soit le contrôle subséquent des dispositions constitutionnelles, la première solution nous paraît plus respectueuse des droits populaires même si l'introduction d'un contrôle judiciaire des initiatives populaires ne sera pas pour demain.

«Tempora mutantur et nos mutamur in illis.»

Bibliographie

ACHERMANN ALBERTO, «Der Vorrang der Völkerrechts im schweizerischen Recht», in: Thomas Cottier et al. (éd.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht: Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berne 2001, p. 33–92.

ACKERMAN BRUCE A., The Future of Liberal Revolution, New Haven, etc. 1992.

ADAMS MAURICE, VAN DER SCHYFF GERHARD, «Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands. A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?», ZaöRV 2006, p. 399–413.

AEMISEGGER HEINZ, »Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz», Jusletter 20 juillet 2009.

ALKEMA EVERT ALBERT, «Constitutional law», in: Jeroen M. J. Chorus et al. (éd.), Introduction to Dutch Law, 4e éd., Alphen aan den Rijn 2006, p. 301–342.

ALLAN TREVOR R. S., «The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Enquiry», Cambridge Law Journal 2002, p. 87–125.

ALSTON, PHILIP, «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann», EJIL 2002 p. 815–844.

ARMSTRONG KENNETH A., «United Kingdom – Divided on Sovereignty?», in: Neil Walker (éd.), Sovereignty in Transition, Oxford 2003, p. 327–350.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, Bâle, etc. 1991.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, «Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales: méthodes, organisation, procédure», in: Elisabeth Kopp et al. (éd.), Constitutionnalité et contrôle judiciaire, Zurich 1988, p. 13–33.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, etc. 2003.

AUER ANDREAS, «Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates: Völkerrechtswidrige Volksinitiativen als Anlass zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit», NZZ du 10 septembre 2008.

AUER ANDREAS, «Le recours constitutionnel – terra incognita», in: Bénédict Foëx et al. (éd.), Les recours au Tribunal fédéral, Genève, etc. 2007, p. 157–180.

AUER ANDREAS, «Der Richter und das Bundesgesetz: Variationen zu einem gestörten Verhältnis», ZGRG 2001, p. 161–168.

AUER ANDREAS, «Réforme de la justice: limitations d'accès au Tribunal fédéral et contrôle des lois fédérales», Plädoyer 3/1998, p. 45–51.

AUER ANDREAS, «Juge suprême et juge constitutionnel: la double casquette du Tribunal fédéral et la réforme de la Justice», Plädoyer 3/1996, p. 57–61, (1996a).

AUER ANDREAS, «La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire: rapport de synthèse», in: Commission européenne pour la démocratie par le droit, Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Strasbourg 1996, p. 167–184, (1996b).

AUER ANDREAS, «Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit», JöR 1992, p. 111–129.

AUER ANDREAS, «Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit», RSDIE 1991, p. 203–221.

AUER ANDREAS, «Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse», ZBl 1990, p. 14–25.

AUER ANDREAS, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle, etc. 1983.

AUER ANDREAS, HOTTELIER MICHEL, MALINVERNI GIORGIO, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2e éd., Berne 2006, (2006a).

AUER ANDREAS, HOTTELIER MICHEL, MALINVERNI GIORGIO, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2e éd., Berne 2006, (2006b).

AUER ANDREAS, TORNAY BÉNÉDICTE, «Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative ‹Pour des naturalisations démocratiques›», PJA 2007, p. 740–747.

BAMFORTH NICHOLAS, LEYLAND PETER (éd.), Public Law in a Multi-Layered Constitution, Oxford, etc. 2003.

BELLAMY RICHARD, «The Republic of Reasons: Public Reasoning, Depoliticization, and Non-Domination», in: Samantha Besson et al. (éd.), Legal Republicanism, Oxford 2009, p. 102–120.

BENOIT ANNE, «Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?», RDS I 2009, p. 455–472.

BESSELINK LEONARD F.M. (éd.), Constitutional Law of the Netherlands: An Introduction With Texts, Cases And Materials, Nijmegen 2004.

BESSON SAMANTHA, «Les effets de l'exécution des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse», in: Stephan Breitenmoser et al. (éd.), La CEDH et la Suisse, St.-Gall 2010, p. 125–199.

BESSON SAMANTHA, «European Legal Pluralism after Kadi», European Constitutional Law Review 2009, p. 237–264, (2009a).

BESSON SAMANTHA, «Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy», in: Jeffrey L. Dunoff et al. (éd.), Ruling the World?, Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge 2009, p. 381–407, (2009b).

BESSON SAMANTHA, «The Reception Process in Ireland and the United Kingdom», in: Helen Keller et al. (éd.), A Europe of Rights: the Impact of ECHR on the National Legal Systems, Oxford 2008, p. 31–106.

BIAGGINI GIOVANNI, BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007.

BIAGGINI GIOVANNI, «Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?», RDS I 2000, p. 445–576.

BIAGGINI GIOVANNI, «Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft», PJA 1999, p. 722–729.

BIAGGINI GIOVANNI, «Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre», in: Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St.-Gall 1998, p. 957–979.

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bâle, etc. 1991.

BICKEL ALEXANDER M., The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Indianapolis 1962.

BLACKBURN ROBERT, «The United Kingdom», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 935–1008.

BLACKBURN ROBERT, Towards a Constitutional Bill of Rights for the United Kingdom: Commentary and Documents, Londres, etc. 1999.

BLASI VINCENT, «The Pathological Perspective and the First Amendment», Columbia Law Review 1985, p. 449–514.

BONNARD MARYVONNE, VERPEAUX MICHEL, MAZEAUD PIERRE, Le Conseil constitutionnel, Paris 2007.

BRUNNER GEORG, «Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa», ZaöRV 1993, p. 819–870.

BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, «L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme», Revue Belge de Droit constitutionnel, 2001, p. 31–64.

CAGIANUT FRANCIS, «Die Bedeutung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten für den Schweizer Richter», in: Yvo Hangartner et al. (éd.), Völkerrecht im Dienste des Menschen: Festschrift für Hans Haug, Berne, etc. 1986, p. 47–55.

CALLEWAERT JOHAN, «Quel avenir pour la marge d'appréciation?», in: Paul Mahoney et al. (éd.), Protection des droits de l'Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne, etc. 2000, p. 147–166.

CAMERON IAIN, «Sweden», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 833–853.

CAVELTI ULRICH, BIRRI JÜRG, «Die Kantone – Prügelknaben der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit?», in: Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St.-Gall, etc. 1998, p. 155–170.

CHETAIL VINCENT, «Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers: dix ans de jurisprudence (1994–2004)», RSDIE 2006, p. 63–104.

CHIARIELLO ELISABETH, Der Richter als Verfassungsgeber? Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte, Zurich, etc. 2009.

CLEMENTS LUKE, THOMAS PHILIP A. (éd.), The Human Rights Act: A Success Story?, Oxford, etc. 2005.

CORBOZ BERNARD, WURZBURGER ALAIN, FERRARI PIERRE ET AL., Commentaire de la LTF, Berne 2009.

COTTIER THOMAS, «Einleitung und Synthesen», in: Thomas Cottier et al. (éd.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht: Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berne 2001, p. 1–31.

COTTIER THOMAS, ACHERMANN ALBERTO, WÜGER DANIEL ET AL., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht: Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berne 2001.

COTTIER THOMAS, DIEBOLD NICOLAS, «Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen», Jusletter 2 février 2009.

COTTIER THOMAS, FOLTEA MARINA, «Constitutional Function of the WTO and Regional Trade Agreements», in: Lorand Bartels et al. (éd.), Regional Trade Agreements and the WTO Legal System, Oxford 2006, p. 43–76.

COTTIER THOMAS, HERTIG MAYA, «The Prospects of 21st Century Constitutionalism», Max Planck UNYB 2003, p. 261–327.

COTTIER THOMAS, HERTIG MAYA, «Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen», in: Ulrich Zimmerli (éd.), Berner Tage für juristische Praxis [BTJP] 1999:, Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berne 2000, p. 1–34.

COTTIER THOMAS, MERKT BENOÎT, «La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieure suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique», in: Piermarco Zen-Ruffinen et al. (éd.), De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle, etc. 1996, p. 449–471.

CRAIG PAUL, «Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review», Cambridge Law Journal 1998, p. 63–90.

DE ARANJO CHRISTOPHE, Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme – étude comparée: France-Allemagne, Bruxelles 2009.

DE BURCA GRAÍNNE, «Wednesbury Unreasonableness and Proportionality», in: Mads Andenas (éd.), The Common Law of Europe and the Public Law of the UK, Londres 1998.

DE BURCA GRAÍNNE, «The Influence of European Legal Concepts on UK Law: Proportionality and Wednesbury Unreasonableness», European Public Law 1993, p. 561–587.

DE JONCHEERE THEODOR, Der Rechtsschutz in Verfassungsstreitigkeiten durch die politischen Bundesbehörden, Zurich 1958.

DE SALVIA MICHELE, «Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation?», in: Paul Mahoney et al. (éd.), Protection des droits de l'Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne, etc. 2000, p. 373–385.

DE WET ERIKA, «The Reception Process in the Netherlands and Belgium», in: Helen Keller et al. (éd.), A Europe of Rights: the Impact of ECHR on the National Legal Systems, Oxford 2008, p. 229–309.

DANNEMANN GERHARD, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art. 50 EMRK, Cologne, etc. 1994.

DELPÉRÉE FRANCIS, Le droit constitutionnel de la Belgique, Bruxelles, etc. 2000.

DELPÉRÉE FRANCIS, «Le contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg», Annales du Droit luxembourgeois, Bruxelles 1995, p. 11–38.

DICEY ALBERT, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Londres 1885.

DIÉMERT STÉPHANE, «Le référendum législatif minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution», Revue française de droit constitutionnel 2009, p. 55–97.

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral. Commentaire, Berne 2008.

DUBS JAKOB, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 1878.

DUPRÉ CATHERINE, «France», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 313–333, (2001).

DUTHEILLET DE LAMOTHE OLIVIER, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité «, in: Renaud Denoix de Saint Marc (dir.), Juger l'administration, administrer la justice – Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Paris 2007.

DWORKIN RONALD, «Looking for Cass Sunstein», The New York Review of Books, avril 2009.

DWORKIN RONALD, Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge 1996.

DWORKIN RONALD, Law's Empire, Londres 1986.

EICHENBERGER KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berne 1960.

EHRENZELLER BERNHARD, MASTRONARDI PHILIPPE, SCHWEIZER RAINER J. ET AL. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2e éd., Zurich, etc. 2008.

ELLIOTT MARK, «Detention Without Trial and the ‹War on Terror›», International Journal of Constitutional Law 2006, p. 553–566.

ELLIOTT MARK, The Constitutional Foundations of Judicial Review, Oxford, etc. 2001, (2001 a).

ELLIOTT MARK, «The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review», Cambridge Law Journal 2001, p. 301–336, (2001 b).

ELLIOTT MARK, «The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law», Cambridge Law Journal 1999, p. 129–158.

ELY JOHN HART, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge Mass., etc. 1980.

EPINEY ASTRID, «Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips: ein Diskussionsbeitrag zur Stellung des Völkerrechts im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht», ZBl 1994, p. 537–561.

EPINEY ASTRID, MOSTERS ROBERT, «Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes» in: Astrid Epiney et al. (éd.), Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen». Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zurich 2006, p. 57–73.

ESSER JOSEF, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4e éd., Tübingen 1990.

EULE JULIAN N., «Judicial Review of Direct Democracy», Yale Law Journal 1990, p. 1503–1590.

FASSBENDER BARDO, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, Leiden, etc. 2009.

FATIN-ROUGE STEFANINI MARTHE, «Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions: entre audace et modération», Revue française de droit constitutionnel 2009, p. 269–298.

FATIN-ROUGE STEFANINI MARTHE, «La question préjudicielle de constitutionnalité en droit comparé. Etudes rassemblées», AIJC 2007, p. 11–66.

FAVOREU LOUIS, «Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des Cours constitutionnelles», in: Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis – Au carrefour des droits, Paris 2002, p. 35–45.

FAVOREU LOUIS, «La notion de Cour constitutionnelle», in: Piermarco Zen-Ruffinen et al. (éd.), De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle, etc. 1996, p. 15–28.

FAVOREU LOUIS, «American and European Models of Constitutional Justice», in: David S. Clark (éd.), Comparative and Private International Law – Essay in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday, Berlin 1990, p. 105–120.

FAVOREU LOUIS, GAÏA PATRICK, GHEVONTIAN RICHARD ET AL., Droit constitutionnel, 12e éd., Paris 2009.

FAVOREU LOUIS, PHILIP LOÏC, Le Conseil Constitutionnel, 7e éd., Paris 2005.

FELDMAN DAVID, «United Kingdom: House of Lords on Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 in A. and others v. Secretary of State for the Home Department and X and another v. Secretary of State for the Home Department, Decision of 16 December 2004», European Constitutional Law Review 2005, p. 531–552.

FELDMAN DAVID, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, 2e éd., Oxford 2002.

FISCHBACHER ALAIN, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Zurich, etc. 2006.

FLAUSS JEAN-FRANCOIS, «Communication introductive», in: Conseil de l'Europe (éd.), Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, actes du Séminaire UniDem organisé à Strasbourg les 23 et 24 juin 1995, Strasbourg 1996, p. 13–38.

FLEINER FRITZ, «Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze durch den Richter», RDS II 1934, p. 1a–35a.

FLEINER FRITZ, GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1978.

FLEINER THOMAS, «Sprachenfreiheit», in: Detlef Merten et al. (éd.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, vol. VII/2, Heidelberg, etc. 2007, p. 405–442.

FOLLESDAL ANDREAS, «Why the European Court of Human Rights might be Democratically Legitimate – A Modest Defense», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 289–303.

FOLLESDAL ANDREAS, WIND MARLENE, «Introduction – Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 131–141.

FORDHAM MICHAEL QC, «Common Law Proportionality», Judicial Review 2002, p. 110–123.

FORSYTH CHRISTOPHER (éd.), Judicial Review and the Constitution, Oxford 2000.

FORSYTH CHRISTOPHER, «Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review», Cambridge Law Journal 1996, p. 122–140.

FORSYTH CHRISTOPHER, ELLIOTT MARK, «The Legitimacy of Judicial Review», Public Law 2003, p. 286–307.

FREEMAN SAMUEL, «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», Law and Philosophy 1990, p. 327–370.

FRIEDMAN BARRY, «Dialogue and Judicial Review», Michigan Law Review 1993, p. 577–682.

FROMONT MICHEL, «La notion de justice constitutionnelle et le droit français», in: Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris 2007, p. 149–163.

FROMONT MICHEL, «Le Juge français et la Cour européenne des droits de l'homme», in: Jürgen Bröhmer et al. (éd.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Cologne, etc. 2005, p. 965–977.

FROWEIN JOCHEN A., «The European Convention on Human Rights as the Public Order of Europe», in: Collected Courses of the Academy of European Law, vol. I.2 (1990), Dordrecht, etc. 1992, p. 267–358.

GARLICKI LECH, «La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/ développements récents», Revue française de droit constitutionnel 2009, p. 227–246.

GAUKSDÓTTIR GUDRUN, «Iceland», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 399–422.

GAUL WOLFGANG, «Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat: Die Unentbehrlichkeit des höchsten Richters», Walter Hallstein-Institut (éd.), WHI-Paper 1/1998.

GERBER PHILIPPE, «Le recours constitutionnel subsidiaire: un dérivé du recours unifié», in: Ruth Reusser et al. (éd.), L'atelier du droit: mélanges en l'honneur de Heinrich Koller à l'occasion de son 65ème anniversaire, Bâle 2006, p. 245–254.

GERMER PETER, «Denmark», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the ECHR and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 259–276.

GIACOMETTI ZACCARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes: Die staatsrechtliche Beschwerde, Zurich 1933.

GONNET EMMANUEL, «Le référendum d'initiative populaire», 2009, (accessible sous *http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/21960/le-referendum-initiative-populaire.php,* état au 28 février 2010).

GRIFFEL ALAIN, «Vom Umgang mit verfassungswidrigen Initiativen», NZZ du 9 décembre 2009.

GRIMM DIETER, «Probleme einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland», in: Rainer Schweizer (éd.), Reform der Bundesgerichtsbarkeit, Zurich 1995, p. 161–174.

GRODECKI STÉPHANE, «Construction de minarets: une interdiction inapplicable», Plädoyer 1/2010, p. 56–61.

HÄBERLE PETER, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit», in: Peter Badura et al. (éd.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, vol. I, Tübingen 2001, p. 311–331.

HABERMAS JÜRGEN, «Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?», Political Theory 2001, p. 766–781.

HÄFELIN, ULRICH, HALLER, WALTER, KELLER, HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7e éd., Zurich 2008.

HÄFLIGER ARTHUR, SCHÜRMANN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, Berne 1999.

HALLER WALTER, «Verfassungsfortbildung durch Richterrecht», RDS I 2005 p. 5–21.

HALLER WALTER, «Art. 113», in: Jean-François Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle, etc. 1987–1996, p. 1–43.

HALLER WALTER, Ausbau der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Rainer J. Schweizer (éd.), Reform der Bundesgerichtbarkeit, Studientagung an der Universität St. Gallen vom 29./30. September 1994, Zurich 1995, p. 177–193.

HALLER WALTER, «Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?», RDS I 1978, p. 501–528.

HALLER WALTER, KÖLZ ALFRED, GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 4e éd., Bâle, etc. 2008.

HÄNER ISABELLE, «Gerichtliche Überprüfung von Volksentscheiden», in: Roger Zäch et al. (éd.), Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich, etc. 2006, p. 491–504.

HANGARTNER YVO, «Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit», PJA 1995, p. 1013–1023.

HART HERBERT L.A., Le concept du droit, Bruxelles 1994.

HELGADÓTTIR RAGNHILDUR, «Status Presens – Judicial Review in Iceland», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 185–193.

HELGADÓTTIR RAGNHILDUR, The Influence Of American Theories On Judicial Review In Nordic Constitutional Law, Leiden 2006.

HENNINGER JULIEN, Marbury v. Madison – Un arrêt fondateur, mal fondé, Strasbourg 2005.

HERTIG RANDALL MAYA, «The Europeanisation of Fundamental Rights Protection in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back», in: Henk Snijders et al. (éd.), Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law, Munich 2009, p. 53–77.

HERTIG RANDALL MAYA, «La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme», Jusletter 28 avril 2008.

HERTIG RANDALL MAYA, «Der Schutz von Grundrechten und individuellen Freiheiten in der Europäischen Union aus schweizerischer Sicht», RDS I 2007, p. 487–527.

HERTIG RANDALL MAYA, RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, «›Judicial Activism› et exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. – Arrêt de Grande chambre Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (nº 2) du 30 juin 2009», RTDH 2010, p. 421–443 (2010a).

HERTIG RANDALL MAYA, RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, «Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Commentaire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre) Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (nº 2) du 30 juin 2009», PJA 2010, p. 116–119, (2010b).

HERTIG RANDALL MAYA, RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, «L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse du 4 octobre 2007», PJA 2008, p. 651–664.

HIEBERT JANET L., «Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a Culture of Rights?», International Journal of Constitutional Law 2006, p. 1–38.

HIEBER THOMAS, «Wie weit reicht der Menschenrechtsschutz gegen UN-Resolutionen? – Die Sicht des EuGH und des Bundesgerichts im Vergleich», Jusletter 12 avril 2010.

HIS EDUARD, Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, vol. III: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Bâle 1938.

HIS EDUARD, Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, vol. I: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte: 1798 bis 1813, Bâle 1920.

HOBE STEPHAN, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz: eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation, Berlin 1998.

HOFFMAN DAVID, ROWE JOHN, Human rights in the UK: an introduction to the Human Rights Act 1998, 3e éd., Harlow 2010.

HONOHAN ISEULT, «Republicans, Rights, and Constitutions: Is Judicial Review Compatible with Republican Self-Government?», in: Samantha Besson et al. (éd.), Legal Republicanism, Oxford 2009, p. 83–101.

HOTTELIER, MICHEL, »Démocratie contre droits de l'homme?», in: Droits de l'homme en évolution: mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas, Bruxelles, etc 2009, p. 251–268.

HOTTELIER MICHEL, «Protection de la vie privée à l'égard de mesures étatiques», PJA 2008, p. 228–237, (2008a).

HOTTELIER MICHEL, «Le système suisse de justice constitutionnelle», in: Francisco Fernandez Segado (coord.), Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Madrid 2008, p. 841–866, (2008b).

HOTTELIER, MICHEL, «Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale», Jusletter 6 octobre 2008, (2008c).

HOTTELIER MICHEL, «Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme», in: Andreas Auer et al. (éd.), Les droits de l'homme et la constitution, études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Genève, etc. 2007, p. 171–196.

HOTTELIER MICHEL, «Entre tradition et modernité: le recours constitutionnel subsidiaire», in: François Bellanger et al. (éd.), Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Zurich 2006, p. 71–102.

HOTTELIER MICHEL, «Suisse – Table ronde: justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe?», AIJC 2004, p. 341–361.

HOTTELIER MICHEL, «La justice constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse», in: Francisco Fernandez Segado (éd.), The Spanish Constitution in the European Constitutional Context, Madrid 2003, p. 983–1002.

HOTTELIER MICHEL, «La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme», RTDH 2001, p. 743–764.

HOTTELIER MICHEL, Le Bill of Rights et son application aux Etats américains – Etudes de droit constitutionnel des Etats-Unis, avec des éléments comparatifs de droit suisse, Bâle, etc. 1995.

HOTTELIER MICHEL, MOCK HANSPETER, PUECHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2005.

HUBER HANS, «Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts», in: Kurt Eichenberger et al. (éd.), Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerecht – Ausgewählte Aufsätze 1950–1970 – Zum 70. Geburtstag des Verfassers, Berne 1971, p. 329–348.

IMBODEN MAX, Staat und Recht: ausgewählte Schriften und Vorträge, Berne, etc. 1971.

IMBODEN MAX, Bundesrecht bricht kantonales Recht: ein Beitrag zur Lehre vom Bundesstaat unter Verarbeitung der schweizerischen Staatsrechtspraxis, Aarau 1940.

IRVINE OF LAIRG, «Judges and Decision-Makers: The Theory and Practice of Wednesbury Review», Public Law 1996, p. 59–78.

JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, Le juge national face au droit européen, Bâle, etc. 1993.

JAKOBSEN UFFE, «The Conception of ‹Nordic Democracy› and European Judicial Integration», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 221–241.

JAN PASCAL, «Le Conseil constitutionnel», Pouvoirs 2001, p. 71–86.

JENKINS DAVID, «Common Law Declarations of Unconstitutionality», International Journal of Constitutional Law 2009, p. 183–214.

JENNINGS IVOR, The Approach to Self-Government, Cambridge 1958.

JOMINI ANDRÉ, «Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle», Les cahiers du Conseil constitutionnel français 2005, p. 133–141.

KÄGI WERNER, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zurich 1945.

KÄLIN WALTER, «Verfassungsgerichtsbarkeit», in: Daniel Thürer et al. (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 1071–1082.

KÄLIN WALTER, «L'accès à la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral», in: Tribunal fédéral (éd.), Réforme de la justice: Symposium international du 13 juin 1998 au Tribunal fédéral, Lausanne 1998, p. 313–328.

KÄLIN WALTER, «Integration by constitutional review: the case of the Swiss Federal Tribunal», in: Roland Bieber et al. (éd.), L'espace constitutionel européen, Zurich 1995, p. 209–223, (1995a).

KÄLIN WALTER, «Justizreform», PJA 1995, p. 1004–1012, (1995b).

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994.

KÄLIN WALTER, «Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht: das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen», PJA 1993, p. 243–257.

KÄLIN WALTER, «EG und Grundrechte: Chance oder Gefahr für die individuellen Freiheiten?», in: Ewald R. Weibel et al. (éd.), Schweizerische Identität und Europäische Integration, Berne, etc. 1992, p. 165–178.

KÄLIN WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration», in: Walter Haller et al. (éd.), Im Dienst an der Gemeinschaft – Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Bâle, etc. 1989, p. 529–538.

KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1987.

KÄLIN WALTER, KÜNZLI JÖRG, Unierseller Menschenrechtsschutz, 2e éd., Bâle, etc. 2008.

KÄLIN WALTER, RIEDER ANDREAS, «Im Spannungsfeld von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie», NZZ du18 septembre 1998.

KARLEN PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz: die wesentlichen Neuerungen und was sie bedeuten, Bâle, etc. 2006.

KASTANAS ELIAS, Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1996.

KASTANAS ELIAS, Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce, Bâle, etc. 1993.

KAVANAGH AILEEN, Constitutional Review under the UK Human Rights Act, Cambridge 2009.

KAVANAGH AILEEN, «Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron», Law and Philosophy 2003, p. 1–35.

KELLER HELEN, Rezeption des Völkerrechts, Berlin, etc. 2003.

KELLER HELEN, LANTER MARKUS, FISCHER ANDREAS, «Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung», ZBl 2008, p. 121–154.

KELLER MARTIN, «Einflüsse des Bundesgerichts auf die Bundesgesetzgebung», in: Jean-François Aubert et al. (éd.), Mélanges André Grisel: recueil de travaux offert à André Grisel, Neuchâtel 1983, p. 301–319.

KELSEN HANS, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlin 1931.

KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Berne 2001.

KIENER REGINA, KÄLIN WALTER, Grundrechte, Berne 2007.

KIENER REGINA, KRÜSI MELANIE, «Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen», ZBl 2009, p. 237–257.

KLABBERS JAN, PETERS ANNE, ULFSTEIN GEIR, The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009.

KNAPP BLAISE, «L'article 113 al. 3 Cst., l'interprétation des lois fédérales et le Tribunal fédéral», in: Jean-François Perrin (dir.), Les règles d'interprétation: principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989, p. 197–206.

KÖLZ ALFRED, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, vol. I, Berne, etc. 2006.

KORTMANN CONSTANTIJN A.J.M., BOVEND'EERT PAUL P.T., Dutch Constitutional Law, The Hague, etc. 2000.

KÜNZLI JÖRG E., «Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen», RDS I 2009, p. 47–75.

LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 2e éd., Strasbourg 2008.

LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, WEBER ANNE, «The Reception Process in France and Germany», in: Helen Keller et al. (éd.), A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford 2008, p. 107–164.

LAMBERT EDOUARD, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris 2005 [1921].

LAMBERT ELISABETH, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruxelles 1999.

LANTER MARKUS, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK): die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege, Zurich 2008.

LAWS JOHN, «Constitutional Guarantees», Statute Law Review 2008, p. 1–10.

LAWSON RICK, «Beyond the Call of Duty? Domestic Courts and the Standards of the European Court of Human Rights», in: Henk Snijders et al. (éd.), Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law, Munich 2009, p. 21–38.

LÉCUYER YANNICK, «Société démocratique», in: Joël Andriantsimbazovina et al. (éd.), Dictionnaire des droits de l'homme, Paris 2008, p. 905–909.

LEIGH IAN, MASTERMANN ROGER, Making Rights Real: The Human Rights Act in its First Decade, Oxford 2008.

LESTER ANTHONY, «Parliamentary Scrutiny of Legislation under the Human Rights Act 1998», Victoria University of Welligton Law Review 2002, p. 1–26.

LIESCH LEON, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Luxemburg», EuGRZ 1981, p. 84–87.

LOMBARDINI CARLO, CAMBI ALESSANDRA, «Le contrôle de la constitutionnalité des normes en droit suisse», in: Walter J. Ganshof van der Meersch (éd.), Présence du droit public et des droits de l'homme: mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles 1992, p. 339–356.

LOVELAND IAN, Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: a Critical Introduction, 5e éd., Oxford 2009.

LUCHAIRE FRANÇOIS, CONAC GERARD, PRÉTOT XAVIER (éd.), La Constitution de la République française – Analyses et commentaires, 3e éd., Paris 2009.

LUCHTERHANDT OTTO, STARCK CHRISTIAN, WEBER ALBRECHT (éd.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Baden-Baden 2007.

LUNDSTRÖM MATS, «Value Relativism, Procedural Democracy and Opinion Representation – Reflections on three conceptual underpinnings of Swedish anti-constitutionalism», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 242–259.

MACCORMICK DONALD NEIL, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978.

MALINVERNI GIORGIO, «L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant», RDS II 1998, p. 1–137.

MALINVERNI GIORGIO, «Nuove competenze per il Tribunale federale in materia costituzionale?», in: Carlo Luigi Caimi et al. (dir.), Il Ticino e il diritto: raccolta di studi pubblicati in occasione delle Giornate dei giuristi svizzeri 1997, Lugano 1997, p. 435–451.

MARANTELLI VERA, «Beziehungen zwischen dem Schweizerischen Bundesgericht und den übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechungsorganen, einschliesslich der diesbezüglichen Interferenz des Handelns der europäischen Rechtsprechungsorgane», EUGRZ 2004, p. 30–42.

MARCUS-HELMONS SILVIO, MARCUS-HELMONS PHILIPPE, «Belgium», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 167–190.

MARTENET VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle, etc. 1999.

MAUS DIDIER, «Les origines: avant 1958, l'impossible contrôle de constitutionnalité», in: Michel Verpeaux et al. (dir.), Le Conseil constitutionnel, Paris 2007, p. 15–31.

MBONGO PASCAL, «Droit au juge et prééminence du droit – Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité», Recueil Dalloz 2008, p. 2089–2096.

MEEÙS ALBERT, VELU JACQUES, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Belgien», EuGRZ 1981, p. 66–76.

MICHEL NICOLAS, «Die Verfassung im Gefüge globaler und regionaler Ordnungsstrukturen», in: Daniel Thürer et al. (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 63–75.

MOELLER SVEND, Kontrollen im öffentlichen Recht und Demokratiegebot in Schweden – eine Besonderheit in Europa, Münster 2004.

MOOR PIERRE, «Réflexions autour du concept de constitution», RDS I 2008, p. 207–227.

MORET SÉBASTIEN, «Verfassungsrevision und Grundrechtsschutz in Europa», Jusletter 26 avril 2010.

MORS WOLFF-MICHAEL, Verfassungsgerichtsbarkeit in Dänemark: über das Verhältnis der Legislative zur Judikative, Baden-Baden 2002.

MØSE ERIK, «Norway», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 625–655.

MOSIMANN HANS-JAKOB, «Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Anwendungsbereich und Verhältnis zur füheren staatsrechtlichen Beschwerde», ZBl 2007, p. 597–610.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?», Jusletter 1er mars 2010.

MÜLLER JÖRG PAUL, Die demokratische Verfassung: von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2e éd., Zurich 2009.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Die Kunst des Richtens: Perspektiven des menschlichen Urteils bei Luzius Wildhaber, Hans-Georg Gadamer und Donald Davidson», in: Stephan Breitenmoser et al. (éd.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich 2007, p. 1449–1468.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Verfassungsgerichtsbarkeit in Bewegung», Jusletter 24 juin 2002.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Verfassung und Gesetz: zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB», recht 2000, p. 119–128.

MÜLLER JÖRG PAUL, Demokratische Gerechtigkeit: eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung, Munich 1993.

MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Berne 1982.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», in: VVDStRL 1981, p. 53–98.

NAY GIUSEP, «Sollen Volksinitiativen ungültig sein, wenn sie nur gegen nichtzwingendes Völkerrecht verstossen?», Plädoyer 3/2007, p. 29.

NEF HANS, «Sinn und Schutz verfassungsmässiger Verwaltung im Bunde», RDS II 1950, p. 133a–346a.

NERGELIUS JOAKIM, «Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 142–159.

NOBS ROGER, Volksinitiative und Völkerrecht: eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Zurich, etc. 2006.

OETER STEFAN, «Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zur Entstehung und gegenwärtigen Bedeutung der des Art. 113 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung», ZaöRV 1990, p. 545–598.

ÖHLINGER THEO, «Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung», in: Konrad Arnold et al. (éd.), Recht, Politik, Wirtschaft, dynamische Perspektiven: Festschrift für Norbert Wimmer, Vienne 2008, p. 443–460.

ÖHLINGER THEO, Verfassungsrecht, 5e éd., Vienne 2003.

OJANEN TUOMAS, «From Constitutional Periphery towards the Center – Transformations of Judicial Review in Finland», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 194–207.

OLSON, MANCUR, The Logic of Collective Action, Cambridge Mass. 1998.

OPPENHEIMER ANDREW (ÉD.), The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases, vol. I, Cambridge 1994.

OPPENHEIMER ANDREW (ÉD.), The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases, vol. II, Cambridge 2003.

PANCHAUD ANDRE, «Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral», RDS II 1950, p. 1a–131a.

PAPADOPOULOS YANNIS, «Synthèse et pespective», in: Yannis Papadopoulos (éd.), Elites politiques et peuple en Suisse: analyse des votations fédérales: 1970–1987, Lausanne 1994, p. 277–302.

PÉRIGNON ISABELLE, DAUCÉ CONSTANCE, «The European Arrest Warrant: a Growing Success Story», ERA Forum 2007, p. 203–214.

PERNICE INGOLF, KANITZ RALF, «Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe», Walter Hallstein-Institut (éd.), WHI Paper 7/2004.

PETERS ANNE, PAGOTTO ISABELLA, «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz», Ius.full 2004, p. 54–65.

PETERSMANN ERNST-ULRICH, «Constitutionalism and WTO Law: From a State-Centered Approach Towards a Human Rights Approach in International Economic Law», in: Daniel L.M. Kennedy et al. (éd.), The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec, Cambridge, etc. 2002, p. 32–67 (2002a).

PETERSMANN ERNST-ULRICH, «Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston», EJIL 2002, p. 845–851 (2002b).

PETERSMANN ERNST-ULRICH, Constitutional Functions and Constitutional Problems of Intenational Economic Law, Fribourg 1991.

PETTIT PHILIP, Republicanism. A Theory of Freedom and Government, Oxford 2001.

PFISTER ALOIS, «Was heisst ‹massgebend›? Bermerkungen zu Art. 113 der Bundesverfassung», in: Bernard Corboz (éd.), Mélanges Robert Patry à l'occasion de son 65e anniversaire, Lausanne 1988, p. 391–410.

PICHERAL CAROLINE, L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, Paris 2001.

PICHERAL, CAROLINE, «Ordre public européen» in: Joël Andriantsimbazovina et al. (éd.), Dictionnaire des droits de l'homme, Paris 2008, p. 719–722.

POIARES MADURO MIGUEL, «Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism», European Journal of Legal Studies 2007, p. 1–21

POIARES MADURO MIGUEL, «Europe and the Constitution: what if this is as good as it gets?», in: J.H.H Weiler et al. (éd.), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge, etc. 2003 p. 74–102

RAPPARD WILLIAM EMMANUEL, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse», RDS II 1934, p. 36a–146a.

RASELLI NICCOLÒ, «Bundesrichterwahlen und richterliche Unabhängigkeit», in: Beatrice Luginbühl et al. (éd.), Diskriminierung und Integration – (Rechts-)Geschichten in einem sozialen System. Zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Theres Fögen, Zurich 2006, p. 33–44.

RAWLS JOHN, Political Liberalism, New York 1993.

RENOUX THIERRY S., DE VILLIERS MICHEL, Code constitutionnel 2001: commenté et annoté, 2e éd., Paris 2000.

REICH, JOHANNES, «Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konfliktfall», ZaöRV 2008, p. 979–1025.

RHINOW RENÉ, «Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht: ja oder nein?», in: Elisabeth Kopp et al. (éd.), Constitutionnalité et contrôle judiciaire, Zurich 1988, p. 35–46.

RHINOW RENÉ, «Grundprobleme der schweizerischen Demokratie», RDS II 1984 p. 111–273.

RHINOW RENÉ, Rechtsetzung und Methodik: Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Bâle, etc. 1979.

RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., Bâle 2009.

ROBERT JACQUES, «La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en France», in: Commission européenne pour la démocratie par le droit, Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Strasbourg 1996, p. 39–49.

ROBLOT-TROIZIER AGNES, Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française: recherches sur la constitutionnalité par renvoi, Paris 2007.

ROSAS ALLAN, «Finland», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 289–312.

ROSSINELLI MICHEL, Les libertés non écrites: contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel, Genève 1987.

ROUSSEAU DOMINIQUE, Droit du contentieux constitutionnel, 8e éd., Paris 2008.

ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Du contrat social, Paris 1992 [1762].

ROUSSEAUX ERIC, KUHN NICOLE, «La Cour constitutionnelle luxembourgeoise: dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale», Revue internationale de droit comparé 2001, p. 453–482.

ROUSSILLON HENRY, Le Conseil constitutionnel, 6e éd., Paris 2008.

ROUSSY JEAN, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse: étude de droit américain, question de droit suisse, Lausanne 1969.

RUBIO LLORENTE FRANCISCO, «Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe», AIJC 1996, p. 11–29.

RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme, Bâle, etc. 2009.

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, 3e éd., Berne 1982.

SAND INGER-JOHANNE, «Judicial Review in Norway under Recent Conditions of European Law and International Human Rights Law – A Comment», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 160–169.

SCHAUMBURG-MÜLLER STEN, «Parliamentary Precedence in Denmark – A Jurisprudential Assessment», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 170–184.

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berne 2001.

SCHERRER THOMAS, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, St.-Gall 2001.

SCHINDLER DIETRICH, «Der Weg vom ‹geschlossenen› zum ‹offenen› Verfassungsstaat», in: Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St.-Gall, etc. 1998, p. 1027–1041.

SCHINDLER DIETRICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz», RDS I 1925, p. 19–62.

SCHUBARTH MARTIN, «Mehr Gerechtigkeit durch Verfassungsgerichtsbarkeit?», in: Walter Barfuss et al. (éd.), Gedanken zur Gerechtigkeit: Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag, Berne 2009, p. 367–391.

SCHUBARTH MARTIN, «Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz», RDS I 2003, p. 169–184.

SCHUBARTH MARTIN, «Bundesgericht», in: Daniel Thürer et al. (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 1071–1082.

SCHUBARTH MARTIN, «Schweizerisches Bundesgericht oder Oberlandesgericht Schweiz?», in: Peter Forstmoser et al., Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999 p. 821–831.

SCHUBARTH MARTIN, «Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus», RSJ 1997, p. 385–392.

SCHWEIZER RAINER J., «Zusammenwirken im Grundrechtsschutz durch den Europarat und durch die Europäische Union: Auswirkungen in einem assoziierten Staat», in: Christoph A. Spenlé (éd.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung: Spannungen und gegenseitige Befruchtung, Bâle 2007, p. 29–44.

SCHWEIZER RAINER J., «Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz», in: Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Reorganisation der Bundesrechtspflege-Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St.-Gall 2006, p. 211–255.

SCHWEIZER RAINER J.(éd.), Reform der Bundesgerichtbarkeit, Studientagung an der Universität St. Gallen vom 29./30. September 1994, Zurich 1995.

SEILER HANSJÖRG, «Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz; Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zum Völkerrecht, EG und EWR», RSJ 1992, p. 377–387.

SEILER HANSJÖRG, VON WERDT NICOLAS, GÜNGERICH ANDREAS, Bundesgerichtsgesetz (BGG): Bundesgesetz über das Bundesgericht, Berne 2007.

SIMONS DAVID, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Niederlanden», EuGRZ 1978, p. 450–458.

SOLYOM GEORGES, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse: étude sur le contrôle judiciaire de l'acte législatif, Genève, etc. 1923.

SPESCHA MARC, «Absolute Demokratie – gefährdeter Rechtsstaat. Demokratiepraktische und staatsethische Überlegungen aus Anlass aktueller Gesetzesrevisionen im Bürger-, Asyl- und Ausländerrecht», PJA 2006, p. 181–194.

SPIELMANN DEAN, «Luxembourg», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 531–557.

STARCK CHRISTIAN, WEBER ALBRECHT (ÉD.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, vol. I, 2e éd., Baden-Baden 2007.

SUDRE FRÉDÉRIC, Droit européen et international des droits de l'homme, 9e éd., Paris 2008.

SUNSTEIN CASS R., A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before, Princeton 2009.

SUNSTEIN CASS R., «Burkean Minimalism», Michigan Law Review 2006–2007, p. 353–408.

SUNSTEIN CASS R., One Case At A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge Mass. 1999.

SUNSTEIN CASS R., «Rights and Their Critics», Notre Dame Law Review 1994–1995, p. 727–768.

SVENSSON PALLE, «Conceptions of Democracy and Judicial Review», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 208–220.

TANQUEREL THIERRY, «Le juge, la démocratie et l'étranger», in: Eric Widmer (dir.), Théorie et pratique de la démocratie: essais en l'honneur du Professeur Yves Fricker, Paris 2005, p. 233–258.

THOMA IOANNA, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public, Hambourg 2007.

THÜRER DANIEL, Völkerrecht als Fortschritt und Chance, Grundidee Gerechtigkeit, vol. II, Zurich, etc. 2009.

THÜRER DANIEL, «Verfassungsrechtlicher Status der Grundrechte», in: Detlef Merten et al. (éd.), Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg, etc. 2007, p. 31–58.

THÜRER DANIEL, Kosmopolitisches Staatsrecht. Grundidee Gerechtigkeit, vol. I, Zurich, etc. 2005, (2005a).

THÜRER DANIEL (éd.), EMRK: Neuere Entwicklungen, Zurich, etc., (2005b).

THURNHEER DANIELA, «The Reception Process in Austria and Switzerland», in: Helen Keller et al. (éd.), A Europe of Rights: the Impact of ECHR on the National Legal Systems, Oxford 2008, p. 311–391.

TOMUSCHAT CHRISTIAN, «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen», VVDStRL 1978, p. 7–63.

TORNAY BENEDICTE, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Genève 2008.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd., Berne 2007.

TSCHANNEN PIERRE, «Verfassungsauslegung», in: Daniel Thürer et al. (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 149–177.

TSCHENTSCHER AXEL, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen 2006.

TUSHNET MARK, Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton 2008.

ULFSTEIN, GEIR, «Institutions and Competences», in: Jan Klabbers et al., The Constitutionalization of International Law, Oxford 2009, p. 45–78.

UYTTENDAELE MARC, Précis de droit constitutionnel belge: regards sur un système institutionnel paradoxal, 3e éd., Bruxelles 2005.

VAN DAMME MARNIX, «The Council of State: Institution on the Junction of Three Traditional Powers of the State», in: Johan Van De Lanotte et al. (éd.), The Principle of Equality: a South African and a Belgian perspective, Anvers, etc. 2001, p. 71–88.

VAN DER SCHYFF, GERHARD, «Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?», Geman Law Journal 2010 p. 275–290.

VERDUSSEN MARC DIR., La justice constitutionnelle en Europe centrale, Bruxelles, etc. 1997.

VOGT GUSTAV, «Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika», RDS II 1890, p. 566–586.

WADHAM JOHN, MOUNTFIELD HELEN, GALLAGHER CAOILFHIONN ET AL., Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998, 5e éd., Oxford 2009.

WALDRON JEREMY, Law and Disagreement, Oxford 1999.

WALTER HANS PETER, «Justizreform», in: Peter Gauch et al. (éd.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zurich, etc. 2002, p. 129–148.

WEBER ALBRECHT, «Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa», in: Christian Starck et al., Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, vol. I, 2e éd., Baden-Baden 2007, p. 313–376.

WIKLUND OLDA, «The Reception Process in Sweden and Norway», in: Helen Keller et. al. (éd.), A Europe of Rights: the Impact of ECHR on the National Legal Systems, Oxford 2008, p. 229–309.

WILDHABER LUZIUS, «The Role of Comparative Law in the Case Law of the European Court of Human Rights», in: Jürgen Bröhmer et al. (éd.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Cologne, etc. 2005, p. 1101–1107.

WILDHABER LUZIUS, «Eine verfassungrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?», EuGRZ 2002, p. 569–574.

WILDHABER LUZIUS, «Neues zur Gültigkeit von Initiativen», in: Piermarco Zen-Ruffinen et al. (éd.), De la Constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle, etc. 1996, p. 293–299.

WIND MARLENE, «When Parliament comes first – The Danish Concept of Democracy meets the European Union», Nordic Journal of Human Rights 2009, p. 272–288.

WÜGER DANIEL, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Berne 2005.

YOUNG ALISON L., Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act, Oxford 2009.

ZELLWEGER VALENTIN, «Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts», in: Thomas Cottier et al. (éd.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht: Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Berne 2001, p. 251–416.

ZIMMERLI ULRICH, «Verfassungsgerichtsbarkeit», RDS I 2002, p. 445–458.

ZIMMERLI ULRICH, «Juridiction constitutionnelle: point de vue du parlement», in: Tribunal fédéral (éd.), Réforme de la justice: Symposium international du 13 juin 1998 au Tribunal fédéral, Lausanne 1998, p. 269–282.

ZIMMERMANN ROBERT Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses, Lausanne 1987.

ZIMMERMANN TRISTAN, «Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?», PJA 2007, p. 748–760.

ZÜRN CHRISTOPHER F., Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review, New York, etc. 2007.

ZWAAK LEO F., «Netherlands», in: Robert Blackburn et al. (éd.), Fundamental Rights in Europe: the European Convention of Human Rights and its Member States, 1950–2000, Oxford 2001, p. 595–624.