

AVIS DE DROIT

CONCERNANT LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU RESPECT
DES PRINCIPES DU FEDERALISME SUISSE

par

FELIX UHLMANN, PROF. DR., LL.M., AVOCAT
PROFESSEUR A L'UNIVERSITE DE ZURICH
CONSULTANT POUR LE BUREAU D'AVOCATS WENGER PLATTNER

sur mandat de la

CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX (CdC)

Date : 18 juillet 2016

Sommaire

A.	INTRODUCTION, MANDAT	7
B.	JUSTICIABILITE DES PRINCIPES DU FEDERALISME	9
1.	Principes	9
2.	Compétences relevant du droit fédéral	9
	<i>a) Compétences de la Confédération : une question de droit</i>	9
	<i>b) Marge de manœuvre du législateur fédéral</i>	10
3.	Principe de subsidiarité	11
4.	Fidélité confédérale (principe de l'exercice des compétences avec bienveillance)	13
5.	Protection de l'autonomie des cantons	14
6.	Consultation des cantons	15
7.	Participation à la politique extérieure	16
8.	Appréciation	17
C.	POSSIBILITES DE PROCÉDER DE LEGE LATA AU CONTROLE DES PRINCIPES QUI REGISSENT LE FEDERALISME	18
1.	Immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.)	18
2.	Action de droit public	19
	<i>a) Fondements</i>	19
	<i>b) Pratique</i>	20
	<i>c) Revendication et jugement</i>	21
3.	Action en revendication d'autonomie engagée par un canton ?	22
4.	Recours de particuliers ?	23
5.	Appréciation de lege lata	24
D.	POSSIBILITES DE PROCEDER DE LEGE FERENDA AU CONTROLE DES PRINCIPES QUI REGISSENT LE FEDERALISME	25
1.	Cadre imposé par le droit constitutionnel	25

a) <i>Portée de l'art. 190 Cst. et d'autres dispositions de la Constitution fédérale</i>	25
b) <i>Portée de l'art. 189, al. 4 Cst.</i>	27
2. Action de droit public	28
a) <i>Obligation de constater l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale</i>	28
b) <i>Simplifier les procédures ?</i>	29
3. Procédure de recours	30
a) <i>Recours dirigés contre des actes normatifs</i>	30
b) <i>Recours des cantons en matière de droit public</i>	31
c) <i>Appréciation</i>	32
4. Autres contrôles envisageables	33
a) <i>Organe auxiliaire mixte de l'Assemblée fédérale</i>	33
b) <i>Tribunal fédéral</i>	34
5. Appréciation de la situation de lege ferenda	35
E. POSSIBILITES DE PROCEDER DE CONSTITUTIONE FERENDA AU CONTROLE DES PRINCIPES RÉGISSANT LE FÉDÉRALISME	36
1. Abroger l'art. 190 Cst	36
2. Modifier l'art.190 Cst. en faveur des cantons	37
F. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS	39

Bibliographie

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zurich 2007 (commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse)

BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2^e édition, Zurich/St-Gall 2015 (zit. AUTOR, Staatsrecht, § ... N. ...)

BUNDESRAT, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBI 1997 I 1 ff., zit. Botschaft neue BV), Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale

ders., Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001 (BBI 2001, 2291 ff., zit. Botschaft NFA), Message du 14 novembre 2001 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons

ders., Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (BBI 2010, 2187 ff., zit. Bericht präventive Rechtskontrolle), Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010

ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.), Monitoringbericht Föderalismus 2011–2013, Solothurn 2014 (zit. Monitoringbericht), Fondation ch pour la collaboration confédérale, Monitoring du fédéralisme 2011-2013, Soleure 2014

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008

EGLI PATRICIA, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Habil., Zürich 2010 (zit. Bundestreue), fidélité confédérale

dies., Der Schutz der Autonomie der Kantone: Rechtsvergleichende Aspekte, ZSR 2011 I, S. 365 ff. (zit. Autonomie), autonomie

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar, Art. ... N. ...)

GEISER THOMAS/MÜNCH PETER/UHLMANN FELIX/GELZER PHILIPP (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, Prozessieren vor Bundesgericht, Rz. ...)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

HANGARTER YVO, Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2012, S. 1213 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015

KAUFMANN MATTHIAS, Der öffentlichrechtliche Anspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner Rolle im Prozessrecht, Diss., Zürich 2015

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

MARTENET VINCENT, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse de doctorat, Bâle 1999

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK-BGG, Art. ... N. ...)

RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007 I, S. 47 ff.

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, Bundesgerichtsgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. BEARBEITER, Stämpflis Handkommentar BGG, Art. ... N. ...)

SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014

UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Aufhebung von Art. 190 BV, in: Jusletter 12. September 2011

WALDMANN BERNHARD, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Bernhard Waldmann/Peter Hänni/Eva Maria Belser (Hrsg.), Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke, Bern 2011, S. 153 ff. (zit. Angelegenheiten)

ders., Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substantiellen Föderalismus? Newsletter IFF 4/2015 (zit. Subsidiarität), subsidiarité

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK-BV, Art. ... N. ...)

WALDMANN BERNHARD/BORTER EMANUEL, Rechtsprechung zum Schweizerischen Föderalismus, in: ch Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.), Monitoringbericht Föderalismus 2011–2013, Solothurn 2014, S. 39 ff. (zit. Monitoringbericht), Jurisprudence en matière de fédéralisme suisse, Fondation ch pour la collaboration confédérale, Monitoring du fédéralisme 2011-2013, Soleure 2014, p. 38 ss.

A. INTRODUCTION, MANDAT

- 1 Le 20 juin 2014, l'Assemblée plénière de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) a approuvé le premier rapport pluriannuel *Monitoring du fédéralisme 2011-2013*, dans lequel il est recommandé « d'instaurer une juridiction constitutionnelle pour les lois fédérales » (*Monitoring du fédéralisme*, p. 68). Ainsi, l'essence du fédéralisme ne peut être préservée que si le respect des principes qui le sous-tendent et sont inscrits dans la Constitution, peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Conformément à l'article 190 Cst., les autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales. Or, « la Confédération et les cantons ne sont pas égaux au regard de l'applicabilité desdites lois : la Confédération peut sanctionner les cantons en recourant au Tribunal fédéral lorsque leur législation enfreint le droit fédéral. Mais à l'inverse, les cantons ne sont pas autorisés à recourir auprès du Tribunal fédéral lorsque le législateur fédéral ne respecte pas la répartition constitutionnelle des compétences. Une juridiction constitutionnelle permettrait d'y remédier » (*Monitoring du fédéralisme*, p. 68).
- 2 Ces quinze dernières années, il a été demandé à plusieurs reprises que la juridiction constitutionnelle s'applique aux lois fédérales ; sans succès (avis rendu par le Conseil fédéral le 11 février 2015 sur la motion 14.4038 déposée par Andrea Caroni « Défense du fédéralisme. Juridiction constitutionnelle limitée en faveur des cantons »). Lors de la réforme de la justice (nouvelle Constitution fédérale en 1999), il avait été proposé que le Tribunal fédéral ait la compétence de contrôler les lois fédérales ; cette proposition a été abandonnée dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences. Un projet de même teneur avait été inclus par le Conseil fédéral dans son message sur la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) ; la proposition a elle aussi été rejetée par les Chambres fédérales. Dans un rapport du 12 août 2011, la Commission des affaires juridiques du Conseil national avait suggéré l'abrogation de l'art. 190 Cst. (rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur les initiatives parlementaires 05.445 et 07.476 relatives à la juridiction constitutionnelle, FF 2011, 6707 ss.) ; la proposition a finalement été rejetée, en raison notamment de l'opposition du Conseil des États. Le Conseil fédéral s'était prononcé en faveur de l'abrogation dudit article. Cependant, dans l'avis qu'il a rendu le 11 février 2015 concernant la motion Caroni 14.4038, il en demande le rejet estimant qu'il « apparaît prématuré et sans doute vain de remettre sur le tapis la question de la portée de la juridiction

constitutionnelle ». Il a par ailleurs refusé que l'extension de la juridiction constitutionnelle se limite aux voies de recours à la disposition des cantons, estimant qu'elle devrait aussi viser les moyens de garantir les droits fondamentaux des citoyens.

- 3 En décembre 2015, la CdC a demandé un avis de droit au soussigné et lui en a formellement confié le mandat en janvier 2016, après un premier entretien oral.

L'objectif du présent rapport est d'exposer les aménagements à envisager pour introduire un contrôle juridictionnel du respect des principes du fédéralisme. Sur le fond, il y a lieu d'identifier les dispositions de la Constitution fédérale qui pourraient se prêter à un contrôle. Sur le plan de la procédure, il s'agit de vérifier s'il existe aujourd'hui déjà des possibilités de contrôle en vertu de la loi en vigueur (*de lege lata*) et lesquelles seraient envisageables en vue de la loi future (*de lege ferenda*) et de la *constitutione ferenda*. Une modification de la Constitution porterait essentiellement sur l'art. 190. Ainsi, les lois fédérales pourraient être contrôlées et éventuellement sanctionnées par le Tribunal fédéral. Le rapport présentera les avantages et les défauts des différentes options. Il s'agira également d'exposer les moyens de recours et les voies de droit (action, plainte, etc.) et d'énoncer les mécanismes de contrôle par le Tribunal fédéral et, le cas échéant, par une instance parlementaire. Si tant est que cela soit possible et pertinent, des solutions concrètes d'amendement (modification légale ou constitutionnelle) seront proposées.

Une première ébauche a été remise à la CdC le 5 avril 2016. À la suite de l'entretien du 23 mai, le rapport a été remanié, puis discuté le 30 juin avec les professeurs et docteurs en droit Judith Wyttenbach et Bernhard Waldmann. En voici le résultat.

B. JUSTICIABILITE DES PRINCIPES DU FEDERALISME

1. Principes

4 Les rapports entre la Confédération et les cantons sont régis par l'art. 42 et suivants de la Constitution fédérale. L'organisation de l'État fédéral est définie par ces articles, auxquels il convient d'ajouter les art. 3 et 5a Cst. et d'autres dispositions (art. 55 Cst.). Une *mission fondamentale de la Constitution fédérale* est d'établir les compétences communes (JAAG, Staatsrecht, § 12 n. 1). Le *droit public suisse se distingue par une structure qui reflète l'organisation fédérale du pays* (EGLI, Autonomie, p. 365 avec des renvois au rapport Wahlen).

5 Il s'agira, dans un premier temps, d'identifier les principes de cette structure qui peuvent être considérés comme *justiciables* (c'est-à-dire relevant du contrôle des tribunaux), dans un second temps, de vérifier si un principe identifié comme tel peut être effectivement *appliqué*. La situation juridique sera examinée sous les angles *de lege lata*, *de lege ferenda* et *de constitutione ferenda*.

2. Compétences relevant du droit fédéral

a) *Compétences de la Confédération : une question de droit*

6 Conformément à l'art. 42 Cst., « la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution ». Selon BIAGGINI (BSK-BV, art. 42, n. 2), cette disposition n'a *pratiquement aucune signification propre*. Cependant, elle renforce l'un des fondements du fédéralisme suisse, inscrit à l'art. 3 Cst., selon lequel « la Confédération ne peut agir sans en être habilitée par la Constitution fédérale ». Il est aussi reconnu que la définition de nouvelles compétences par la Confédération doit passer par une révision constitutionnelle. Il ne saurait être question de droit coutumier, ni de combler une lacune juridique (SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, art. 42, n. 10). Un transfert volontaire de compétences des cantons à la Confédération est irrecevable (HÄFELIN/HALLER/KELLER, n. 1062 s.).

Ainsi, la Confédération doit s'en tenir aux compétences que lui confèrent les articles 42 et 3 Cst. Le domaine réservé des cantons *reproduit* en quelque sorte les compétences de la Confédération, comme il est dit en page 2326 du message RPT : « Les compétences cantonales qui sont garanties par la Constitution peuvent découler de la définition des différentes attributions dont bénéficie la Confédération ».

7 La répartition des compétences est une *norme légale* qui n'est soumise dans le cas des lois fédérales à aucune sanction juridictionnelle (art. 190 Cst.), mais peut tout à fait être l'objet d'un contrôle juridique. L'art. 141, al. 2, let. a de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (loi sur le Parlement, LParl, RS 171.10) exige que tout message du Conseil fédéral accompagnant un projet d'acte rappelle « les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et ses relations avec le droit européen » (Rapport sur le contrôle préventif de la conformité du droit, p. 2006) et place donc la question de la compétence fédérale en première position des considérants qui sous-tendent un projet d'acte. En ce qui concerne le contrôle préventif de la *conformité au droit* des projets d'acte, le Conseil fédéral relève que « les questions typiques qui se posent à ce stade portent sur le respect du partage des compétences entre la Confédération et les cantons » (Rapport sur le contrôle préventif de la conformité du droit, p. 2009, seule mention). De nombreux avis de droit de l'Office fédéral de la justice traitent de cette question. Le Tribunal fédéral examine à intervalles réguliers les compétences de la Confédération en dehors du champ d'application de l'art. 190 Cst., lorsqu'il s'agit, par exemple, de définir ce qu'est une *compétence fédérale* au sens de l'art. 78, al. 2 Cst. (ATF 139 II 271 ss. concernant la légitimité à recourir des associations de protection de la nature et du patrimoine contre les permis de construire délivrés pour les résidences secondaires).

La justiciabilité de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons ne fait, par conséquent, aucun doute. Il s'agit d'une *règle*, et non d'un simple principe. L'examen de la répartition des compétences doit se faire à l'aune des règles de compétence de la Confédération, en appliquant les méthodes d'interprétation usuelles (HÄFELIN/HALLER/KELLER, n. 1075 ; DONZALLAZ, n° 4608).

b) *Marge de manœuvre du législateur fédéral*

8 Le fait que des questions de compétence puissent être justiciables n'exclut pas que le législateur fédéral en exercice ait une certaine *marge d'appréciation*. Le Tribunal fédéral s'impose une réserve par rapport au législateur et au constituant fédéraux (et cantonaux) : *Si une solution législative dépend en grande partie d'appréciations politiques et si le législateur dispose de ce fait d'une marge de manœuvre relativement large, le Tribunal fédéral n'a pas à se substituer, ni pour les procédures d'action, ni pour les procédures de plainte, à l'appréciation du législateur ou du constituant* (ATF 125 II 152, 166). Comme on le voit, certaines

règles de compétences de la Confédération sont, en raison de leur nature, formulées de manière très abstraite, la marge de manœuvre de la Confédération est donc considérable.

- 9 À l'instar du pouvoir d'appréciation des autorités administratives, cette marge de manœuvre n'est ni sans limites, ni au-dessus des lois, c'est-à-dire que la Confédération n'est pas entièrement libre d'en faire usage comme elle l'entend. Au contraire, d'autres principes constitutionnels s'imposent, dont la portée et la justiciabilité seront analysées ci-après (cf. ch. 10 ss.). Ces principes ont en effet une *fonction de garde-fou dans l'interprétation* des compétences relevant du droit fédéral (EGLI, St. Galler Kommentar, art. 46, n. 31 en rapport avec l'art. 46, al. 3 et l'art. 47, al. 2 Cst. ; idem WALDMANN, Angelegenheiten, p. 185 s. en rapport avec le principe de la fidélité confédérale). On peut supposer qu'un tribunal accorde en la matière une marge d'appréciation au législateur fédéral, qui l'autorise à décider en première instance si une tâche donnée relève de la Confédération ou des cantons, si une mesure de droit fédéral justifie vraiment une ingérence dans l'autonomie cantonale ou si la Confédération exerce ses compétences avec la bienveillance voulue. Le non-respect avéré de ces principes est, selon moi, justiciable, par analogie avec le pouvoir d'appréciation d'une autorité administrative qui, dès lors qu'il est exercé de manière abusive ou enfreint les limites légales, devient une question de droit et relève donc d'une juridiction.

3. Principe de subsidiarité

- 10 Conformément à l'art. 5a Cst., « l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité ». L'art. 43a, al. 1 Cst. dispose que « la Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération ». Ces deux dispositions ont été ajoutées à la Constitution lors de la réforme de la péréquation financière (message concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons [RPT] du 14 novembre 2001, FF 2001). Leur portée est controversée (BIAGGINI, BSK-BV, art. 5a, n. 16 ss.; WALDMANN, Angelegenheiten, p. 178 s.). Le Conseil fédéral et le Parlement les ont déclarées *non justiciables* (message RPT concernant l'art. 5a Cst. ; BO 2002 consid. 830, une décision surprenante car il y a confusion entre nature et mise en œuvre ; BO 2002 p. 850 et 853 plus clair ; BO 2003 n. 957 ; concernant la genèse voir SCHWEIZER/MÜLLER, St. Galler Kommentar, art. 5a, n. 3 ss.). Dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 5a Cst.

« n'est rien de plus qu'une maxime politique » (ATF 138 I 378 ss., 395 consid. 8.4 ; voir aussi RICHLI, p. 78 ss.).

- 11 Ces observations sont pertinentes dès lors qu'elles se limitent à la répartition constitutionnelle des tâches entre la Confédération et les cantons. Le principe de subsidiarité n'engage pas le *constituant*, tout au moins pas dans le sens d'un droit juridiquement applicable (sinon, il faudrait vérifier si les initiatives populaires sont compatibles avec le principe de subsidiarité, cf. art. 193 Cst.). Les art. 5a et 43a Cst. prescrivent certes une maxime politique sur la manière dont le constituant devrait répartir les tâches, sans toutefois primer d'autres dispositions contraires de la Constitution fédérale. Cela n'interdit pas au constituant de se prononcer sur la compatibilité d'une telle disposition avec le principe de subsidiarité.
- 12 Le rapport entre le principe de subsidiarité et le *législateur* n'est pas aussi clair. Le législateur est lié au droit constitutionnel en vigueur, les possibilités de correction sont limitées. Une concrétisation est tout à fait envisageable dans le cas du principe de subsidiarité, un contrôle juridictionnel de son application ne semble pas exclu (BIAGGINI, BSK-BV, art. 5a, n. 29 ; JAAG, Staatsrecht, § 12 n. 10, est plus réservé et parle de « *Klugheitsregel* » en référence à RICHLI). Il est expliqué que le principe de subsidiarité *peut conduire à des revendications isolées* (WALDMANN, subsidiarité, p. 9). À cela s'ajoute le fait que l'application du principe de subsidiarité ne peut pas être vérifiée de manière abstraite, mais toujours en lien avec d'autres dispositions constitutionnelles (BIAGGINI, BSK-BV, art. 5a n. 29). Tel est l'angle d'approche du législateur. Replacé dans le contexte d'autres règles constitutionnelles, le principe de subsidiarité a une portée juridique, puisqu'il peut orienter leur interprétation dans une certaine direction. Il est donc logique que la compétence attribuée à la Confédération soit comprise de manière plus large lorsqu'il y a un évident besoin d'uniformisation, et de manière plus étroite lorsque les cantons peuvent exécuter leurs tâches sans difficulté. C'est ainsi que le principe de subsidiarité peut avoir, partiellement du moins, une portée juridique.
- 13 Il reste à savoir si les autorités s'en tiennent à cette interprétation. Dans le message du 28 novembre 2014 relatif à la loi sur les horaires d'ouverture des magasins (FF 2015, 737 ss.), le Conseil fédéral a estimé qu'il faut définir un standard minimum national pour le principe de subsidiarité. « Le cadre général minimal prévu sert la création d'un espace économique unique et la possibilité de prévoir des heures d'ouverture plus longues tient compte de la diversité des intérêts cantonaux. » Le renvoi à l'intérêt de l'espace économique unique paraît très abstrait

et le principe de subsidiarité ne permet pas d'expliquer pourquoi la capacité d'adaptation des cantons ne devrait s'exercer que dans un sens. De mon point de vue, cet exemple illustre la crainte d'un *contournement insidieux de l'obligation de motiver*, au détriment des cantons (BIAGGINI, BSK-BV, art. 43a, n. 25).

4. Fidélité confédérale (principe de l'exercice des compétences avec bienveillance)

14 Conformément à l'art. 44, al. 2, 1^e phrase Cst., la Confédération et les cantons « se doivent respect et assistance ». Cette disposition est considérée comme le fondement du principe de la fidélité confédérale, WALDMANN, BSK-BV, art. 44, n. 8). Ce principe était pertinent bien avant la révision totale de la Constitution fédérale en 1999 et il est compris aujourd'hui aussi comme un principe constitutionnel non écrit (EGLI, *Bundestreu*e, n° 479 s. ; 560 s., 571).

15 Le principe de la fidélité confédérale comporte plusieurs aspects, par exemple le respect, l'interdiction des collectivités publiques de se comporter entre elles de manière contradictoire et abusive, l'interdiction d'abuser de leurs compétences ou l'obligation d'exercer leurs compétences avec bienveillance et de se prêter assistance (SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar*, art. 44, n. 9 s.).

16 L'obligation *d'exercer les compétences avec bienveillance* nous intéresse au premier chef. Le Tribunal fédéral s'est exprimé sur ce principe dans l'ATF 125 II 152 ss., concernant une plainte déposée par le canton de St-Gall en rapport avec une ordonnance du Conseil fédéral sur les automates de jeu d'argent. Le Tribunal fédéral a rejeté l'argument du canton qui estime que la Confédération doit continuer *d'accorder au canton un avantage économique dont il jouissait jusqu'ici – au sens de la garantie des droits acquis* (ATF 125 II 152 ss., 164). Il estime qu'on ne peut pas parler de comportement contradictoire de la Confédération (TF, loc. cit.). Voici ce qu'il dit de la nature juridique de la fidélité confédérale (ATF 125 II 152 ss., 163 s.) :

Du point de vue du droit, le devoir de respect évolue à l'intérieur des limites que sont la Constitution et la loi ; il n'en résulte notamment aucune obligation légale d'une action positive de l'un en faveur de l'autre, dès lors que cela n'est pas prévu légalement. [...] Le principe n'est autre qu'une forme particulière de l'obligation qu'a la collectivité publique de s'abstenir de toute action abusive et contradictoire à l'encontre de ses citoyens certes, mais aussi dans ses relations réciproques.

17 Par conséquent, on peut douter du caractère justiciable du principe de l'exercice des compétences avec bienveillance ; le Tribunal fédéral constate dans un autre

arrêt que ce *principe est dépourvu de valeur juridique propre* (ATF 125 II 152 ss., 163). Il n'interviendrait que si l'abus de droit est avéré (WALDMANN/KRAEMER, BSK-BV, art. 44, n. 10 en lien avec n. 19 ; idem HÄFELIN/HALLER/KELLER, n. 1110 s.). Il suffit aussi de se référer au principe de l'interprétation d'autres dispositions (WALDMANN, *Angelegenheiten*, p. 185 s. ; WALDMANN/KRAEMER, BSK-BV, art. 44, n. 10). Dans le passage cité, le Tribunal fédéral ne dit pas que le principe en question est dépourvu de valeur juridique, mais uniquement qu'il n'a pas de valeur juridique *propre*.

5. Protection de l'autonomie des cantons

18 L'art. 46, al. 3 Cst. dispose que la Confédération « laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités ». La Confédération est également tenue de respecter l'autonomie des cantons (art. 47 Cst. ; cf également EGLI, *Autonomie*, p. 366 ss. à propos de l'autonomie). Elle leur laisse « suffisamment de tâches et respecte leur autonomie d'organisation » (art. 47, al. 2, 1^e phrase Cst.).

19 Ces deux dispositions peuvent s'inscrire dans la continuité de l'idée de la subsidiarité ou de la fidélité confédérale. Elles obligent la Confédération à une certaine retenue dans l'exercice d'une compétence. L'art. 46 Cst. s'intitule « Mise en œuvre du droit fédéral », l'art. 47 Cst. « Autonomie des cantons ». La marge de manœuvre dans le cadre de l'application du droit est étroitement liée à l'autonomie des cantons (WALDMANN/BORTER, BSK-BV, art. 46, n. 39).

20 L'obligation qu'a la Confédération de tenir compte des cantons peut être comprise comme une *obligation légale à caractère de principe*, qui peut déboucher sur des revendications légales isolées [des cantons] (WALDMANN/BORTER, BSK-BV, art. 46, n. 41). Le Tribunal fédéral utilise lui aussi des formulations qui vont au-delà d'une simple maxime (ATF 128 I 254 ss., 265 consid. 3.8.2, TF, arrêt 1A.73/2002 du 6 octobre 2003, consid. 3.1 ; ATF 135 II 94 ss., 103 consid. 6.2), tout du moins lorsqu'il y a ingérence dans l'autonomie d'organisation des cantons :

L'ingérence dans l'autonomie d'organisation des cantons n'est admise que si elle est nécessaire et adéquate, et permet aux cantons d'appliquer correctement le droit fédéral. Cela suppose de prendre en considération, d'une part l'obligation de la Confédération de veiller à ce que les cantons puissent accomplir leurs tâches, de l'autre la souveraineté en matière d'organisation et de procédure dont jouissent les cantons.

Le législateur fédéral est légalement tenu de respecter cette prescription (BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, art. 47, n. 9). Mais il arrive que la mise en œuvre pratique échoue (art. 190 Cst.) et que le constituant soit amené à statuer, comme pour le principe de subsidiarité (BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, art. 47, n. 9). À noter que la pondération des divers aspects *se fait souvent au détriment de la marge de manœuvre des cantons* (EGLI, St. Galler Kommentar, art. 46, n. 31, exemples à l'appui).

6. Consultation des cantons

21 L'art. 45, al. 2 Cst. dispose que [la Confédération] « informe les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée ; elle les consulte lorsque leurs intérêts sont touchés. » Cette disposition va au-delà de l'obligation générale de consultation (art. 147 Cst.) (KNAPP/SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, art. 45, n. 11). Elle est précisée dans diverses dispositions de la loi sur la consultation (art. 2, al. 1 ; art. 3, al. 1 let. c ; art. 3, al. 3 ; art. 4, al. 2 let. a Loi fédérale sur la procédure de consultation, 18 mars 2005, Loi sur la consultation, LCo, RS 172.061) et de son ordonnance (art. 5, al. 1 ; art. 18, al. 1, 2^e phrase Ordonnance sur la procédure de consultation, 17 août 2005, OCo, RS 172.061.1). Enfin, « lorsqu'un projet de la Confédération touche à des intérêts cantonaux ou communaux essentiels », les cantons doivent être associés de manière appropriée, avant la procédure de consultation (art.15a Ordonnance sur le gouvernement et l'organisation de l'administration, 25 novembre 1998, OLOGA, RS 172.010.1, version du 11 mars 2016, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2016 [AS 2016 929]).

22 La justiciabilité de ces dispositions est rarement vérifiée. On pourrait tout à fait envisager que les cantons exigent d'être informés. Mais force est de constater que la Confédération dispose d'une très grande latitude dans la manière dont elle entend associer les cantons ; elle est libre de suivre ou non les avis exprimés par les cantons (cf. art. 18, al. 1 phrase 2 OCo). Une information lacunaire, voire inexistante pourrait être considérée comme une violation desdites dispositions. L'association des cantons est une question de *procédure* qui pourrait être soumise aux tribunaux comme une simple question de droit matériel, à l'instar du droit individuel d'être entendu. Par conséquent, l'application de l'art. 45, al. 2 Cst. et des concrétisations dans les lois et les dispositions afférentes pourrait relever à juste titre des tribunaux.

7. Participation à la politique extérieure

- 23 En vertu de l'art. 54, al. 3 Cst., la Confédération « tient compte des compétences des cantons et sauvegarde leurs intérêts » en politique extérieure. Si leurs compétences sont touchées, les cantons sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure de la Confédération ; elle les informe en temps utile et de manière détaillée (art. 55 Cst.). D'autres dispositions figurent dans la loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération du 22 décembre 1999 (LFPC, RS 138.1).
- 24 Il est important d'associer les cantons suffisamment tôt, car c'est un projet de loi "fini" qui est mis en consultation, auquel la réponse ne peut être en principe que "oui" ou "non" (PFISTERER, St. Galler Kommentar, art. 55, n. 5). Par ailleurs, les traités internationaux jouissent non seulement de la protection de l'art. 190 Cst., mais doivent être respectés une fois signés, les erreurs de procédure nationale n'étant pas opposables à l'État étranger (ATF 142 II 35 ss., 38 s. consid. 3.2).
- 25 Par conséquent, avant la conclusion d'un accord international (ou avant toute décision de politique extérieure), les cantons doivent pouvoir faire valoir leurs droits de participation face à la Confédération. Les droits de participation sont réputés être de "véritables droits" (WALDMANN, BSK-BV, art. 55, n. 14 et de nombreuses autres remarques, voir aussi point de vue divergent du Conseil fédéral). Ils sont un *droit de chaque canton* (PFISTERER, St. Galler Kommentar, titre précédant l'art. 55, n. 18 ss. ; EPINEY, BSK-BV, art. 54, n. 46 en lien avec art. 54, al. 3 Cst. : ... *caractère individuel de chaque canton*). Il s'agit, aux art. 54, al. 3 Cst. et 55 Cst., de *droits justiciables des cantons, opposables par action en vertu de l'art. 120 LTF* (KAUFMANN, p. 58, note de bas de page 122 ; cf. en détail sur le sujet WALDMANN, *Angelegenheiten*, p. 205 ss.). À notre connaissance, il n'existe pas de pratique judiciaire sur ces questions.
- 26 Il convient d'approuver les avis de la doctrine. Ce sont, à mon avis, des *droits de procédure* justiciables. Comme pour les compétences de la Confédération, différentes dispositions accordent certes une certaine marge de manœuvre à la Confédération (« intérêts essentiels », « en temps utile et de manière détaillée », etc.), mais il ne faut pas en abuser pour autant.

La question de la participation ne doit pas être confondue avec celle de la *décision matérielle* des autorités fédérales. Si la Confédération est tenue d'associer les cantons, elle n'a pas l'obligation pour autant de prendre en considération leur avis, même s'il est unanime. La Confédération entend

les arguments des cantons et elle les examine, *mais cette contrainte n'a qu'une portée normative restreinte* (EPINEY, BSK-BV, art. 54, n. 44).

8. **Appréciation**

27 Les commentaires ci-dessus montrent que le respect des principes fédéralistes est *justiciable sur des aspects essentiels*. La détermination du périmètre des différentes compétences fédérales est une question de droit récurrente.

28 La Confédération dispose d'une certaine latitude pour évaluer les compétences fédérales. Indépendamment de la mise en œuvre juridique, cette marge de manœuvre n'est pas illimitée et le Parlement ne décide pas comme bon lui semble. La Confédération doit tenir compte du principe de subsidiarité (art. 5a et art. 43a, al. 1 Cst.), du principe de modération dans l'exercice des compétences (art. 44, al. 2, phrase 1 Cst.), de la marge de manœuvre des cantons (art. 46, al. 3 Cst.) et de l'autonomie d'organisation (art. 47, al. 2, phrase 1 Cst.). Ces principes ont en effet une fonction de « garde-fou dans l'interprétation des compétences relevant du droit fédéral » (cf. ch. 9). Ils sont immédiatement justiciables si la Confédération abuse de sa marge de manœuvre.

29 En outre, la Confédération informe les cantons de ses projets en temps utile et de manière détaillée, et elle les consulte (art. 45, al. 2 Cst.). Elle tient compte des compétences des cantons en ce qui concerne les affaires étrangères et elle s'assure de leur participation (art. 54, al. 3 et art. 55 Cst.). Les droits de participation des cantons sont justiciables selon moi, même si la Confédération n'a pas à tenir compte de l'avis des cantons pour prendre sa décision.

C. POSSIBILITES DE PROCÉDER DE LEGE LATA AU CONTROLE DES PRINCIPES QUI REGISSENT LE FEDERALISME

1. Immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.)

30 L'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.) est sans conteste l'obstacle majeur au contrôle des principes du fédéralisme par les tribunaux. Il est donc justifié d'examiner cette disposition de près, avant de se pencher sur les différentes voies de recours (principes constitutionnels art. 189 Cst. cf. infra, ch. D.1.b) ss.).

31 Conformément à l'art. 190 Cst., « le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international ». Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère cette disposition comme une *immunité des lois*, non comme une *immunité d'examen* (voir condensé HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, art. 190, n. 11 et les références citées). Dans l'ATF 140 I 305 ss., 310, on peut lire :

Conformément à l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. L'application des lois fédérales ne peut donc être refusée ni dans le cadre du contrôle abstrait des normes, ni dans le cadre de leur contrôle concret. Il s'agit d'une immunité des lois et non d'une immunité d'examen, et celui-ci peut être justifié pour vérifier l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale à titre préjudiciel. Si elle est constatée, la loi est néanmoins appliquée, le Tribunal fédéral pouvant seulement inviter le législateur à modifier la disposition controversée...

32 Dans d'autres cas, cependant, le Tribunal fédéral renvoie sans autre commentaire à l'art. 190 Cst. (condensé HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, art. 190, n. 11). Le Tribunal fédéral n'a pas précisé non plus quand le contrôle de constitutionnalité d'une loi fédérale est "justifié". Sont déterminantes les *circonstances au cas par cas* (TF, jugement 2C_1145/2013 et 2C_1146/2013 du 20 septembre 2014, consid. 1.6).

Un contrôle par le Tribunal fédéral s'imposerait dès lors qu'un plaignant pourrait tirer parti d'une modification éventuelle par le législateur, même si la plainte devait être rejetée dans le cas concret. C'est le cas, par exemple, d'un détenu contraint de travailler après avoir atteint l'âge AVS (ATF 139 I 180 ss., 185) ou de l'absence de voies de recours dans le domaine de l'asile (ATF 137 I 128 ss.). Le Tribunal fédéral fera preuve de retenue là où plusieurs possibilités s'ouvrent au législateur pour faire cesser une inconstitutionnalité (ATF 139 I 257 ss., 259 s.).

consid. 4.1 concernant l'égalité des droits ; ATF 136 II 120 ss., 131 consid. 3.5.3).

- 33 Les *ordonnances du Conseil fédéral* ne sont en principe pas protégées par l'art. 190 Cst. Le Tribunal fédéral s'assure que le Conseil fédéral n'a pas outrepassé les limites que lui impose la loi (ATF 141 II 169, 172 s.). Si le législateur accorde au Conseil fédéral une marge de manœuvre réglementaire très large, celle-ci est, en vertu de l'art. 190 Cst, contraignante pour le Tribunal fédéral. Il doit se limiter à contrôler si l'ordonnance dépasse manifestement le cadre de la délégation légale ou si elle enfreint la loi ou la Constitution pour d'autres raisons (TF, jugement 8C_547/2014 du 15 octobre 2014 consid. 4.1 ; jugement 6B_722/2013 du 14 janvier 2014 consid. 3.2 s.).
- 34 À ce jour, le Tribunal fédéral n'a jamais reconnu l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale par violation des principes fédéralistes et invité le législateur à la modifier. Il faut dire qu'il n'a pas été saisi d'une telle demande. Par conséquent, les incertitudes sont considérables sur ce point. Une clarification serait souhaitable de la part du Tribunal fédéral, du moins pour les cas dans lesquels les parties ont formulé une demande dans ce sens ou qu'un contrôle par le Tribunal fédéral est dans leur intérêt.

2. Action de droit public

a) *Fondements*

- 35 Selon l'art. 189, al. 2 Cst., le Tribunal fédéral connaît les « différends entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons ». Les conflits de compétences entre autorités fédérales et autorités cantonales peuvent faire l'objet d'une action de droit public, en vertu de l'art. 120, al. 1, let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (loi sur le Tribunal fédéral, LTF, RS 173.110). Il peut être fait valoir, par exemple, qu'une ordonnance du Conseil fédéral viole la compétence d'un canton (ATF 130 I 156 ss. ; ATF 125 II 152 ss.).
- 36 Les différends sont tranchés sur action de la collectivité concernée, pour autant qu'une loi fédérale ne prévoit pas une procédure de décision (art. 120, al. 2 LTF) ; en cas de doute, l'action et la plainte doivent être déposées en même temps (SPÜHLER et al., art. 120, n. 15 ; GELZER, Prozessieren vor Bundesgericht, n° 7.2 ; cas litigieux voir ATF 136 IV 139 ss.). En vertu de l'art. 120, al.3 LTF, la procédure est régie par la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre

1947 (PCF, RS 273). Le Tribunal fédéral examine les faits et les questions juridiques (ATF 131 I 266 ss., 269 consid. 2.3 ; ATF 130 I 156 ss., 159 s. consid. 1.3 ; ATF 129 I 419 ss. 421 consid. 1) ; il s'impose une certaine retenue sur les questions techniques et sur les appréciations (DONZALLAZ, n° 4605 ; point de vue critique chez KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, n° 1820).

L'action peut porter sur un point quelconque, sans que sa définition soit néanmoins un préalable (WALDMANN, BSK-BGG, art. 120, n. 11) ; elle est envisageable même si elle est liée à une décision concrète ne pouvant pas être portée devant le Tribunal fédéral (ATF 130 I 156 ss., 159 consid. 1.2). En principe, aucun délai n'est prévu pour intenter une action (ATF 131 I 266 ss., 268 consid. 2 ; ATF 130 I 156 ss., 159 consid. 1.2 ; JAAG, Staatsrecht, § 15, n. 50), car l'intérêt public est opposable au respect d'un délai (SEILER, Stämpflis Handkommentar LTF, art. 120, n. 13). Le conflit doit cependant être actuel (ATF 129 I 419 ss., 421 consid. 1). En règle générale, la Confédération et les cantons sont représentés par les exécutifs (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, n° 1801).

b) Pratique

- 37 Les actions des cantons contre la Confédération pour violation des principes fédéralistes sont néanmoins *rare*s (cf. entre autres JAAG, Staatsrecht, § 15, n. 46 ; sur les chiffres 2007-2013 GELZER, in : Prozessieren vor Bundesgericht, n° 7.1). Peu étudiées, les raisons tiennent vraisemblablement au fait que l'article 190 Cst. est considéré comme un obstacle juridique ou du moins pratique (idem WALDMANN/BORTER, Monitoring du fédéralisme, p. 39 ; Monitoring du fédéralisme, p. 66). L'action devant le Tribunal fédéral est aussi une procédure très lourde, d'autant que le Tribunal fédéral est rarement la première (et unique) instance. Par ailleurs, la Confédération et les cantons doivent régler autant que possible leurs différends par la négociation ou par la médiation (art. 44, al. 3 Cst. ; dans le même sens, voir aussi WALDMANN/BORTER, Monitoring du fédéralisme, p. 39 ; Monitoring du fédéralisme, p. 66) ; les négociations ou les tentatives de conciliation ne sont pas cependant, selon la doctrine dominante, une condition à l'ouverture de l'action (BIAGGINI, art. 44, n. 10). Il est concevable enfin que la "substance normative" accordée aux principes fédéralistes soit simplement insuffisante (WALDMANN/BORTER, Monitoring du fédéralisme, p.39, Monitoring du fédéralisme, p. 66).
- 38 D'aucuns sont d'avis que les cantons ne pourraient même pas invoquer la violation, par une loi fédérale, de la répartition des compétences de la Constitution (cf.

RHINOW et al., p. 577) ou qu'il serait interdit aux cantons d'intenter une action en lien avec des lois fédérales contraires à la répartition des compétences (cf. condensé WALDMANN, BSK-BGG, art. 120, n. 11, quand bien même les auteurs cités n'abordent que brièvement la question). Cette approche est peu probante en ce qui concerne l'art. 190 Cst. ; l'art. 189, al. 4 Cst. ne l'est guère plus (incontestabilité des actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral), car il n'exclut pas une action, l'art. 120 LTF devant être considéré comme une exception légale, sans quoi la contestation des ordonnances du Conseil fédéral serait difficilement explicable (cf. dans cette direction le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 12 août 2011 sur les initiatives parlementaires 05.445 et 07.476 relatives à la juridiction constitutionnelle, FF 2011, 6707 ss., 6721 et les références citées ; cf. point 55). Le Tribunal fédéral s'est penché sur la constitutionnalité des lois fédérales dans d'autres circonstances, afin de donner au législateur fédéral la possibilité d'opérer des modifications. On ne comprend donc pas pourquoi une telle "invitation" s'adresserait aux seuls citoyens et non aux cantons (idem WALDMANN, BSK-BGG, art. 120, n. 11 ; BIAGGINI, art. 189, n. 21 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, n° 1806 ; presque à l'identique KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, n° 1184 ; cf. aussi en détail WALDMANN, *Angelegenheiten*, p. 203, s'agissant des décisions de politique extérieure).

39 Dès lors que les infractions sont justiciables, une décision en appel au Tribunal fédéral semble opportune, pour autant que l'amendement subséquent de la loi fédérale rétablisse le bon ordre constitutionnel et que le canton à l'origine de l'action en profite (intérêt actuel).

c) *Revendication et jugement*

40 Compte tenu des observations ci-dessus, il devrait être possible pour un canton, indépendamment de l'art. 190 Cst., d'introduire une demande en constatation de l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale et d'amener ainsi le Tribunal fédéral à "inviter" le législateur à effectuer une correction. Les actions en constatation sont admises dans le cadre d'une action de droit public (SPÜHLER et al., art. 120, n. 14). Le Tribunal fédéral ne traiterait pas des litiges théoriques ne présentant aucun intérêt pratique (ATF 140 IV 74 ss., 77 ; ATF 136 I 274 ss., 276).

41 L'action de droit public n'est pas limitée cependant à une simple action en constatation. Des actions en annulation d'un acte anticonstitutionnel sont envisageables en dehors du champ d'application de l'art. 190 Cst. ; ces conclusions formatrices et condamnatoires évincent en règle générale les pures conclusions

en constatation de droit (exemple ATF 125 II 152 ss., 157 s. et 159 s. consid. 2). S'il était amené à annuler des ordonnances, le Tribunal tiendrait compte probablement aussi des points de vue de la sécurité du droit (cf. – dans un autre contexte – ATF 138 I 61 ss., 94 s. consid. 8.7) et il trouverait une solution adéquate.

42 Des questions de procédure se posent lorsque les cantons font valoir que la Confédération n'a pas respecté leurs *droits de procédure* et ne les a pas suffisamment consultés (art. 45, al. 3 et art. 55 Cst. ; ch. 21 ss.). Indépendamment de la restriction de l'art. 190 Cst., les tribunaux suisses ont fait preuve jusqu'ici de retenue dans l'annulation d'actes généraux et abstraits consécutive à des erreurs de méthode ou de procédure (MÜLLER/UHLMANN, n. 52). Si l'on regarde ce qui se fait à l'étranger, il serait tout à fait pensable d'annuler des actes législatifs en raison d'une infraction à l'obligation de consulter (pour les États-Unis, cf. par exemple KEITH WERHAN, *Principles of Administrative Law*, St. Paul 2008, p. 158 ss. concernant l'activité législative de rang inférieur) ou une erreur dans la méthode (pour l'Allemagne, cf. MÜLLER/UHLMANN, n. 49 ss.). Aucune pratique comparable n'existe visiblement en Suisse. En cas d'infraction à l'art. 55 Cst., il faudrait tenir compte d'une autre difficulté, à savoir que les accords internationaux ne pourraient pas être annulés en raison d'erreurs de procédure internes à un pays (cf. ch. 24). Émises *une fois* l'acte juridique *édicte*, ces réserves n'excluent pas que les cantons puissent exiger, par une action, des *possibilités de participation immédiate* (droit à l'information, par exemple).

3. Action en revendication d'autonomie engagée par un canton ?

43 En vertu de l'art. 120, al. 2 LTF, l'action est irrecevable si une autre loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur une telle contestation. Un canton pourrait (et devrait) recourir le cas échéant (cf. en détail – délimitation difficile à opérer KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, n° 1810 ss.). C'est le cas, par exemple, quand un canton se dispute avec la Confédération au sujet d'une subvention. Le canton est alors considéré comme *destinataire matériel de la décision* ; il est touché dans ses intérêts patrimoniaux et est donc légitimé à recourir (TF, jugement 2C_461/2011 du 9 novembre 2011, consid. 1 ; jugement 2A.529/2005 du 20 avril 2006, consid. 1). On ne peut pas exclure que dans une telle procédure, le canton fasse valoir, à titre préjudiciel, que la Confédération a outrepassé ses compétences.

44 Les cantons n'ont cependant aucune "revendication d'autonomie" générale face à la Confédération, comme cela est le cas pour « les communes et les autres

collectivités de droit public qui invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale » (art. 89, al. 2, let. c LTF). Cela semble logique à la lumière de l'action de droit public, puisque l'action permet aux cantons, dans un système bipartite, d'être à "armes égales" avec la Confédération. En tant qu'instrument de compétence juridictionnelle originelle, l'action a pour conséquence que le litige est porté devant le Tribunal fédéral, *seule instance* compétente, ce qui semble légitime compte tenu des rapports entre la Confédération et les cantons (WALDMANN, BSK-BV, art. 120, n. 9 ; point de vue semblable dans message RPT, p. 2326). En ce qui concerne l'action en revendication (d'autonomie), il s'agit souvent d'une décision contestable, ce qui signifie que la Confédération ou une autorité tierce ont déjà pris une décision. Cela peut paraître sensé dans certaines circonstances (voir art. 120, al. 2 LTF), mais reste néanmoins inapproprié dans les relations entre la Confédération et les cantons. Une possibilité de recours des cantons implique une subordination à la Confédération.

45 Une autre question qui se pose est celle des *contestations* que les cantons peuvent émettre dans une procédure à l'encontre de la Confédération. Dans le point de vue soutenu ici, les principes fédéralistes justiciables sont, indépendamment de la procédure applicable, un motif d'action ou de recours valable. L'art. 190 Cst. empêche le Tribunal fédéral d'annuler une loi fédérale et les actes juridiques qui s'y rapportent ; il n'empêche pas de constater que la loi fédérale n'est pas conforme à la Constitution de l'avis du Tribunal fédéral.

4. Recours de particuliers ?

46 Le Tribunal fédéral admet depuis longtemps que *le droit fédéral prime le droit cantonal* (art. 49, al. 1 Cst.), que les particuliers peuvent faire valoir comme un droit constitutionnel (en lien avec l'abrogation de l'art. 190 Cst. UHLMANN/HOFSTETTER, n° 30). On peut se demander à l'inverse si des particuliers peuvent invoquer des principes fédéralistes dès lors que la Confédération outre passe ses compétences. Dans un arrêt du 15 mars 2012, le Tribunal fédéral a rejeté la contestation des recourantes fondée sur l'art. 44, al. 1 Cst., sans que l'on puisse dire si cela tient avant tout à la justiciabilité incertaine de la disposition (TF, jugement 1C_348/2011 du 15 mars 2012, consid. 7 : « Quoi qu'il en soit, il est douteux que les recourantes puissent, dans ce contexte, déduire un droit directement applicable de cette disposition... »). En tout état de cause, les contestations de particuliers jouent un rôle négligeable dans la pratique.

47 À mon avis, elles ne seraient pas pour autant exclues. En fin de compte, les particuliers pourraient faire valoir une violation de *l'autonomie communale*, pour autant qu'ils soient légitimés à engager d'autres recours de droit public et que la collectivité publique concernée n'ait pas rejeté expressément l'exercice du droit (cf. entre autres TF, jugement 1C_495/2011 du 14 mars 2012, consid. 1 et les références citées). Enfin, *l'intérêt digne de protection n'a pas besoin de coïncider avec l'intérêt protégé par les normes que le recourant juge enfreintes* (ATF 141 II 50 ss., 52 consid. 2.1). Par conséquent, il n'y a aucune raison selon moi d'exclure catégoriquement le grief de violation des principes fédéralistes s'agissant du recours d'un particulier.

5. **Appréciation de lege lata**

48 Il est surprenant de constater que les actions de droit public intentées pour protéger les principes fédéralistes sont très rares. Vu de l'étranger, il est étonnant que le Tribunal fédéral soit saisi aussi peu souvent de litiges fédéraux (BIAGGINI, art. 44, n. 10). Dans le point de vue soutenu ici, les principes fédéralistes ne manquent pourtant pas de la substance juridique nécessaire et l'art. 190 Cst. ne constitue pas un obstacle à tel point insurmontable que chaque action devant le Tribunal fédéral semble d'emblée vouée à l'échec. Le fait est que l'action de droit public est peu utilisée et que les possibilités ne sont pas suffisamment exploitées devant le Tribunal fédéral, bien qu'elle semble adéquate pour éclairer les cas de conflits fédéraux.

49 Cette retenue s'explique peut-être par la *sous-estimation* de l'action de droit public. On pourrait aussi penser que la tradition qui consiste à régler les conflits à l'amiable entre la Confédération et les cantons au lieu de recourir au tribunaux (art. 44, al. 3 Cst.) - ce qui est en soi louable - fait de l'action une *ultima ratio*. Du reste, et c'est là un indice, il n'existe pas de procédure juridique concertée des cantons contre la Confédération. La pratique du Tribunal fédéral montre d'ailleurs que pour l'essentiel, ce sont les cantons individuellement qui ont agi contre la Confédération par voie légale.

D. POSSIBILITES DE PROCEDER DE LEGE FERENDA AU CONTROLE DES PRINCIPES QUI REGISSENT LE FEDERALISME

1. Cadre imposé par le droit constitutionnel

a) *Portée de l'art. 190 Cst. et d'autres dispositions de la Constitution fédérale*

50 Si des modifications législatives sont de nature à améliorer le réexamen des principes qui régissent le fédéralisme, on veillera tout d'abord à déterminer dans quelle mesure l'art. 190 Cst. et d'autres normes constitutionnelles s'opposent aux modifications envisagées. Il s'agira, en d'autres termes, de déterminer la latitude dont bénéficie le législateur.

51 D'emblée, il apparaît clairement que le Tribunal fédéral (ou toute autre autorité d'examen) n'a pas la compétence de refuser l'application d'une loi fédérale. C'est ce qui ressort notamment du libellé de l'art. 190 Cst.

52 Sous l'angle du droit constitutionnel, il devrait être possible d'instaurer un *contrôle obligatoire* de la conformité des lois fédérales à la Constitution par le Tribunal fédéral (ci-après TF). Aujourd'hui déjà, celui-ci contrôle partiellement la constitutionnalité des lois fédérales et, au besoin, invite le législateur fédéral à apporter aux textes les modifications nécessaires. Cette pratique fait l'unanimité. *Aussi le législateur fédéral non seulement pourrait, mais encore, devrait astreindre le TF – lorsqu'il est appelé à trancher des différends – à constater formellement toute violation de la Constitution fédérale ou du droit international par une loi fédérale et à en informer le législateur* (HANGARTNER/LOOSER, St. Galler Kommentar, art. 190, n. 11). En réalité, on ne voit pas pourquoi le TF peut, de son propre chef, contrôler la constitutionnalité de lois fédérales mais ne pourrait pas y être contraint par le législateur fédéral. Lorsque celui-ci demande qu'un tel contrôle soit prévu dans la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), cette démarche apparaît comme visant à la fois un élargissement et une clarification de la jurisprudence du TF. À mon sens, pour être licite, une telle réglementation n'a pas besoin d'une base constitutionnelle.

53 Les *avis de droit* que rend le Tribunal fédéral ont un caractère plus incertain. Dans le contexte de l'instauration d'un contrôle préventif de la conformité au droit des lois fédérales, le Conseil fédéral a émis l'opinion selon laquelle il serait nécessaire de modifier la Constitution fédérale si l'on entendait charger le Tribunal fédéral d'examiner, dans le cadre de la procédure législative, la constitutionnalité et la conformité au droit international des normes à adopter. « Compte tenu de la

portée politique de cette nouvelle compétence et de la teneur de l'art. 190 Cst., le Conseil fédéral estime que cette compétence devrait plutôt être consacrée dans la Constitution » (rapport du Conseil fédéral sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, p. 2054-2055 ; ce point est laissé en suspens par HANGARTNER/LOOSER, in St. Galler Kommentar, art. 190, n. 9).

Les recommandations formulées par le Tribunal fédéral ne changent rien au fait que *l'Assemblée fédérale est compétente en dernier ressort*. Aussi, le Tribunal fédéral continue-t-il d'appliquer le droit fédéral ainsi que le prévoit l'art 190 Cst. Les réserves d'ordre constitutionnel peuvent être justifiées par la remarque selon laquelle l'examen de la conformité au droit serait, en l'occurrence, une innovation, puisqu'il est de règle que le Tribunal fédéral "dise le droit" (art. 188, al. 1 Cst.) sans formuler de recommandations. On ne saurait cependant perdre de vue que la Constitution fédérale prévoit que le législateur fédéral peut conférer d'autres compétences au Tribunal fédéral (art. 189, al. 3 Cst.) – toutefois, peut-être uniquement en matière de jurisprudence (lorsqu'il est appelé à trancher des différends).

Historiquement parlant, il est intéressant de savoir qu'au 19^e siècle, le Conseil fédéral invitait encore à intervalles réguliers le Tribunal fédéral à s'exprimer sur des points de droit et des projets législatifs (cf., notamment, p. 5 du Rapport du 4 mars 1881 du Tribunal fédéral suisse à la Haute Assemblée fédérale sur sa gestion en 1880). Si, aujourd'hui, de telles sollicitations n'ont plus cours, cela est dû dans une plus large mesure au développement enregistré par l'administration fédérale et à la charge à laquelle le Tribunal fédéral doit faire face qu'à des préoccupations d'ordre constitutionnel (en ce qui concerne la situation juridique, cf. l'art. 106 ss. Cst. du 29 mai 1874).

Aussi, selon moi, de nombreux éléments plaident-ils en faveur de l'admissibilité de recommandations du Tribunal fédéral concernant la constitutionnalité des lois fédérales, si tant est que le législateur fédéral entende conférer une telle mission au Tribunal fédéral. Lors de l'analyse des modèles qui vont suivre, il y aura cependant lieu de ne pas perdre de vue l'insécurité qui règne sur le plan du droit constitutionnel.

- 54 Sous l'angle constitutionnel, *la création éventuelle d'un organe mixte* suscite des interrogations particulières (cf. infra 75 s.). Si l'on entend faire de celui-ci un organe purement auxiliaire de l'Assemblée fédérale, sa création n'exige pas de modification de la Constitution. Si, en revanche, on estime que cette création revient à transférer au nouvel organe des compétences étatiques essentielles, il

s'imposera de modifier la Constitution. En l'occurrence, la situation juridique reste à élucider.

b) Portée de l'art. 189, al. 4 Cst.

55 Outre les points susmentionnés, l'art. 189, al. 4 Cst. est également source d'insécurité sur le plan constitutionnel. Il dispose en effet que « les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral » et que « les exceptions sont déterminées par la loi ». La genèse de cette disposition et la manière dont celle-ci est appliquée aujourd'hui ont donné lieu à controverse (cf. HALLER, St. Galler Kommentar, art. 189, n. 60 ; SEFEROVIC, BSK-BV, art. 189, n. 59 ; concernant la genèse, v. aussi ATF 129 II 193 ss., 203 s., consid. 4.2.1).

56 Tout d'abord, il n'est pas contesté que l'art. 189, al. 4 Cst. ne fait pas obstacle à l'action de droit public au sens de l'art. 120 LTF. Dans le cadre d'une telle action, il est possible d'attaquer, par exemple, une ordonnance du Conseil fédéral (cf. HALLER, St. Galler Kommentar, art. 189, n. 59 ; SEFEROVIC, BSK-BV, art. 189, n. 63 ; BIAGGINI, art. 189, n. 21 ; cf. aussi ch. 34 supra).

57 Autre point incontesté : l'art. 189, al. 4 Cst. n'exclut que l'action directe et abstraite. Si, dans un cas d'application concret, le Tribunal fédéral est appelé à contrôler à titre préjudiciel un acte du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale, l'art. 189, al. 4 Cst. n'est pas applicable (cf. HALLER, St. Galler Kommentar, art. 189, n. 59 ; SEFEROVIC, BSK-BV, art. 189, n. 60). De ce qui précède, on peut inférer que toute extension des motifs de contestation que peuvent invoquer les cantons lors du contrôle concret des normes est exclue du champ d'application de l'art. 189, al. 4 Cst. En revanche, d'un point de vue constitutionnel, une telle extension peut être introduite sans problèmes par le législateur.

58 Dans quelle mesure le législateur est-il fondé à instaurer des *motifs généraux de recours* attaquant directement un acte législatif de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral ? La réponse à cette question est entachée d'incertitudes. On peut se demander si, en l'occurrence, il ne s'agirait pas d'une "exception" au sens de l'art. 189, al. 4, 2^e phrase Cst. D'un point de vue quantitatif, on peut, à juste titre, considérer qu'il s'agit d'une exception puisqu'il est prévisible que les cantons continueront de n'user que rarement de cette voie de droit. Au surplus, il est difficilement admissible que les cantons continuent de disposer du droit général d'intenter action mais qu'il faille modifier la Constitution pour leur conférer un droit général de recours. À mon sens, l'art. 189, al. 4 Cst. ne fait pas obstacle à de

telles réformes (BIAGGINI, art. 189 n. 21 semble moins affirmatif à ce sujet). Il y aura cependant lieu de prendre en compte ces incertitudes lorsque l'on statuera sur la procédure à suivre en la matière.

2. Action de droit public

a) *Obligation de constater l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale*

59 Selon l'avis exprimé ici, il est parfaitement concevable et même indiqué que le Tribunal fédéral, statuant sur la plainte d'un canton dans le cadre d'une procédure d'action, constate qu'une loi fédérale est inconstitutionnelle et enjoigne au législateur de remédier à ce défaut. Dans l'hypothèse où l'on voudrait pérenniser cette pratique, on pourrait envisager de compléter la LTF par une disposition ayant la teneur suivante :

art. 120, al. 2^{bis} LTF

Le Tribunal fédéral statuant sur la plainte d'un canton constate l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale.

Une telle intervention (minimale) permet, d'ores et déjà, au Tribunal fédéral de procéder aux constatations pertinentes lors de plaintes de particuliers ou d'y renoncer en l'absence d'intérêts légitimes. De même, en cas d'adjonction d'un al. 2^{bis} à l'art. 120 LTF, le Tribunal fédéral n'aurait pas à trancher de différend "théorique" entre la Confédération et les cantons, mais pourrait exiger que l'inconstitutionnalité constatée garde toute sa pertinence pratique aux yeux du canton plaignant.

60 La disposition proposée ci-dessus ne réglerait pas la question suivante : en cas de *plainte* d'un canton également, le Tribunal fédéral devrait-il ou non rendre une décision en constatation ? Une telle extension de compétence semble aller de soi puisque l'intérêt qu'a le canton à obtenir une telle décision peut être comparable, que celle-ci soit rendue dans le cadre d'une procédure de recours ou dans celui d'une procédure d'action. Toutefois, une telle occurrence est si rare (cf. supra, ch. 43 ss.) qu'elle peut être réglée sans problèmes par la jurisprudence.

61 Dans le cadre de la proposition susmentionnée, une autre question ne serait pas abordée : le Tribunal fédéral a-t-il la compétence de constater l'inconstitutionnalité *des instruments internationaux* ?

L'ampleur des modifications à apporter aux dispositions législatives dépend, selon moi, de la forme que pourrait prendre la protection juridique dans le domaine des affaires étrangères (pour une estimation de cette ampleur *de lege lata*, cf. WALDMANN, *Angelegenheiten*, p. 203). Une chose est sûre : il est manifestement plus difficile de corriger un traité déjà conclu que de modifier une loi fédérale (cf. *supra*, ch. 42).

b) Simplifier les procédures ?

62 Il ne s'impose pas d'apporter d'autres modifications à l'art. 120 LTF. À la lumière des lois de procédure assez récentes, on peut toutefois, à juste titre, se demander si certaines dispositions de la Procédure civile fédérale (PCF) ne sont pas dépassées. Les actualiser exigerait toutefois que l'on ait une vue d'ensemble des différents litiges au sens de l'art. 120 LTF et que l'on se livre à une analyse de la PCF, ce qui sort – et de beaucoup – du cadre délimité par les préoccupations des cantons, dont il est question ici. En tout état de cause, il est envisageable de simplifier à grands traits la procédure en prévoyant qu'il est loisible aux juges d'instruction de sauter différentes étapes de la procédure telle que prévue par la PCF. Dès lors, l'art. 120 LTF pourrait avoir la nouvelle teneur suivante :

art. 120 LTF

³ La procédure d'action est régie par la PCF. *Le ou la juge d'instruction peut, d'office ou à la demande d'une partie, limiter la procédure à un simple échange de mémoires suivi de débats oraux.*

En fait, lors de litiges auxquels donne lieu une attribution de compétence, il ne devrait souvent pas être nécessaire d'ouvrir une *procédure préparatoire* au sens de l'art. 34 s. PCF. Du reste, il est d'ores et déjà loisible au juge délégué de faire abstraction des débats préparatoires si les parties y *consentent* (art. 35, al. 4 PCF). En pareilles occurrences, il devrait être rare que les faits soient contestés. Si tant est qu'ils le soient, le libellé de l'art 120, al. 3, 2^e phrase LTF n'exclut pas des mesures probatoires plus détaillées. Des débats oraux semblent efficaces puisqu'ils permettent d'empêcher l'introduction – qu'elle soit inopinée ou non – de requêtes supplémentaires et offrent la possibilité de clarifier des points en suspens. De même, il n'est pas exclu que les débats finaux permettent à la Confédération et aux cantons de parvenir à un compromis, résultat que l'oralité a tendance à favoriser.

3. Procédure de recours

63 En lieu et place de la procédure d'action selon l'art.120 LTF, on pourrait envisager d'étendre les droits de recours des cantons aux actes normatifs de la Confédération. En l'espèce, cette extension peut prendre la forme tant *d'un contrôle abstrait des normes d'actes législatifs fédéraux que celle d'un recours d'autorités cantonales*. Le contrôle abstrait soulève certaines questions d'ordre constitutionnel (cf. supra, ch.58).

a) Recours dirigés contre des actes normatifs

64 S'agissant du *contrôle abstrait des dispositions d'actes normatifs fédéraux*, il serait impératif de compléter l'art. 82 LTF comme il suit :

art. 82 LTF

[...]

a^{bis} Contre les actes normatifs de la Confédération qui sont attaqués par un canton ;

[...]

La notion d'acte normatif utilisée ici dans le cas de la Confédération a le même sens que celle qui vaut pour les cantons. Elle désigne donc les lois, les ordonnances et les ordonnances administratives (uniquement celles qui produisent effet à l'extérieur de l'administration et qu'il n'est pas possible ou qu'il serait excessif d'attaquer une à une). Les constitutions cantonales, parce qu'elles sont garanties par l'Assemblée fédérale (art. 51, al. 2 Cst. en lien avec l'art. 172, al. 2 Cst.), ne peuvent pas être attaquées de manière abstraite devant le Tribunal fédéral. Une exception similaire devrait également valoir pour les dispositions de la Constitution fédérale sur la validité desquelles l'Assemblée fédérale est aussi appelée à statuer (cf. art. 173, al. 1, let. f Cst.).

65 À la lumière de l'art. 190 Cst., il semble aller de soi qu'en cas de recours d'un canton, le Tribunal fédéral n'a que la compétence de constater l'inconstitutionnalité. Il n'apparaît pas impératif de modifier l'art. 89 LTF (qualité pour recourir) puisque le Tribunal fédéral peut, dans certaines conditions, d'ores et déjà reconnaître aux cantons la qualité pour recourir au sens de l'art. 89, al. 1 LTF et que la Constitution fédérale (art. 189, al. 2) statue expressément que le Tribunal fédéral est compétent pour connaître des différends entre la Confédération et les cantons.

66 Pour le surplus, les dispositions concernant le recours contre les actes normatifs sont applicables. Il faudrait toutefois apporter une correction mineure d'ordre linguistique à l'art. 101 LTF. À l'instar de ce qui vaut pour l'action, on pourrait envisager d'intégrer à l'art. 107 LTF une disposition qui confère *expressis verbis* au Tribunal fédéral la compétence de constater l'inconstitutionnalité des actes normatifs. Enfin, il n'y a pas lieu de compléter l'art. 87 LTF (autorités précédentes en cas de recours contre un acte normatif).

b) Recours des cantons en matière de droit public

67 Outre la possibilité de contester un acte normatif, on pourrait introduire un recours de *droit public des cantons* en s'inspirant de l'art. 89, al. 2, let. a LTF (recours des autorités administratives de la Confédération) et de l'art. 89, al. 2, let. c LTF (recours pour violation de l'autonomie communale). Ce moyen de droit pourrait être utilisé pour contester des prononcés du Tribunal administratif fédéral, des tribunaux des cantons qui ont formé recours, enfin des tribunaux d'autres cantons. Le motif de recours devrait porter sur les "garanties" que la Constitution fédérale octroie aux cantons (cf. art. 89, al. 2, let. c LTF) ou le recours devrait être dirigé contre des actes susceptibles de *violier les compétences des cantons* (cf. art. 82, al. 2, let. a LTF).

68 Pour résoudre le problème susmentionné, il suffirait d'une simple adaptation de la LTF, qui pourrait avoir la teneur suivante :

art. 89, al. 2 LTF

[...]

a^{bis} les cantons, en tant qu'ils invoquent une violation des compétences qui leur sont garanties par la Constitution fédérale ;

[...]

Au surplus, cette formulation aurait l'avantage d'englober toutes les "garanties" proprement dites. En outre, à mon avis, elle ferait de l'ensemble des dispositions de la Constitution fédérale, qui sont attaquables devant une autorité judiciaire, autant de motifs de recours éventuels (v. la formulation similaire figurant à l'art. 189, al. 2 P-Cst. publié dans le cadre du rapport faisant état des principaux problèmes rencontrés dans la préparation et l'organisation d'Expo 01 (cf. FF 2001 2423 ss., 2428). Selon cette formulation large, il devrait, par principe, être possible de recourir contre toute décision d'une autorité précédente, conformément à l'art. 86 LTF. En règle générale, un canton ne devrait pas pouvoir participer à la procédure en cause, de sorte que le préalable au sens de l'art. 89, al. 1, let. a

LTF serait respecté. Il importerait de garantir que les cantons – à l’instar des départements et des unités de l’administration fédérale au sens de l’art. 89, al. 2, let. a LTF – soient informés des décisions qui les concernent, cela en tout cas, lorsque l’on part du principe que chaque canton a qualité pour recourir également contre les jugements rendus dans d’autres cantons. En fin de compte, une conception large de la qualité pour recourir (tous les cantons contre l’ensemble des décisions rendues par les autorités précédant le Tribunal fédéral) débouche sur un ensemble très complexe des motifs de recours reconnus.

c) *Appréciation*

69 L’avantage que présentent le recours contre des actes normatifs de la Confédération de même que le recours d’autorités cantonales est de permettre d’appliquer la procédure de recours en matière de droit public, procédure qui est "bien rodée". Par ailleurs, elle nécessite moins de démarches qu’une procédure au sens de la PCF.

70 Toutefois, elle présente aussi des inconvénients. Ainsi, les cantons ne sont plus "à armes égales" avec la Confédération. À l’instar des communes et des particuliers, ils ont la qualité de "sujets de droit". Ils renoncent également aux avantages manifestes que présente l’action de droit public, à savoir l’appréciation libre des faits par le Tribunal fédéral et l’uniformité des délais. Dans le cas du recours en matière de droit public, l’acte normatif attaqué a déjà été adopté ou la décision déjà arrêtée. Il ne doit pas forcément en être de même dans le cas de l’action de droit public puisque celle-ci peut être intentée même en l’absence d’une contestation sur un point précis. Enfin, l’instauration de droits de recours soulève une multitude de questions de procédure qui sont en suspens. Évoquées brièvement ci-devant à titre de vue d’ensemble, elles devraient être approfondies s’il était décidé de leur apporter une réponse circonstanciée.

71 Un élargissement des possibilités de recours risque également d’*amoindrir la portée* de l’action de droit public ; à l’heure actuelle, l’art. 120, al. 2 LTF ne permet de former recours contre une décision contestée que si une loi fédérale habilite une autorité à rendre une décision sur les contestations en cause. Force est de supposer que dans l’hypothèse où l’on élargirait les possibilités de recours, le Tribunal fédéral s’opposerait à ce que l’on puisse tenter des actions parallèles. Si tel n’était pas le cas, on pourrait assister à des confusions entre voie de re-

cours et voie d'action. À l'heure actuelle déjà, il n'est pas toujours simple de délimiter ce qui relève de l'une et de l'autre ; on peut donc s'attendre à ce que ces difficultés s'accroissent sous l'effet de l'élargissement des possibilités de recours.

72 En résumé, on peut affirmer qu'un élargissement des possibilités de recours ne devrait ouvrir aux cantons que peu de perspectives nouvelles qui n'existent déjà dans le cadre de l'action de droit public. Ces nouvelles possibilités complexifient la procédure et sèment de nouveaux doutes sans que la protection juridique des cantons en soit sensiblement améliorée. À mon avis, l'action de droit public est le moyen de droit le plus idoine.

4. **Autres contrôles envisageables**

73 Dans son rapport du 5 mars 2010 sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit (FF 2010 1989 ss.), le Conseil fédéral présente exhaustivement – à la lumière de considérations relevant du droit comparé – les organes propres à assurer un tel contrôle. Ceux qui devraient présenter de l'intérêt pour les cantons sont notamment un « Contrôle fédéral des projets d'actes législatifs », organe indépendant (cf. rapport susmentionné, p. 2048 s.), une « Délégation parlementaire pour les questions constitutionnelles » (cf. rapport susmentionné, p. 2049 s.) ou un « Organe auxiliaire mixte de l'Assemblée fédérale » (cf. rapport susmentionné, p. 2050 s.), enfin une autorité judiciaire, à savoir le Tribunal fédéral (cf. rapport susmentionné, p. 2051 ss.). Ainsi que nous l'avons exposé, l'option « Tribunal fédéral » soulève également des questions sur le plan constitutionnel (cf. supra, ch. 53 ss.). En tout état de cause, la compétence de statuer en dernier ressort continuera d'appartenir au Parlement.

74 À mon sens, ce sont principalement *l'institutionnalisation d'un organe auxiliaire mixte* de l'Assemblée fédérale ou le *recours au Tribunal fédéral* qui se traduiraient par un véritable renforcement des principes du fédéralisme, limité toutefois au stade du contrôle préventif.

a) **Organe auxiliaire mixte de l'Assemblée fédérale**

75 Concernant l'organe auxiliaire mixte, le Conseil fédéral relève ce qui suit (rapport sur le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, p. 2050) :

« Cet organe pourrait, par exemple, se composer d'un membre du Conseil des États et d'un du Conseil national, d'un juge du Tribunal fédéral, d'un représentant de la doctrine et d'un des cantons. Pourraient être associés aux délibérations le chef du DFJP et des représentants de l'OFJ ou d'autres offices. L'organe en question aurait pour tâche d'examiner, sur demande, si des projets d'actes

législatifs, les propositions d'amendement qui les concernent ou les autres modifications déjà arrêtées sont compatibles avec la Constitution et le droit international. Les avis qu'il rendrait n'auraient pas de portée impérative [...] Cet organe auxiliaire pourrait être rattaché administrativement aux Services du Parlement ».

La réglementation nécessaire pourrait être intégrée dans la Loi sur le Parlement. Par analogie avec l'art. 141, al. 1 Cst. (référendum facultatif), l'organe concerné pourrait être convoqué à la demande de huit cantons. Il examinerait si les principes régissant le fédéralisme sont respectés. Il y aurait lieu de se demander si l'organe en question ne pourrait pas être convoqué également par un nombre prédéfini de membres et, dans l'affirmative, de déterminer les questions constitutionnelles supplémentaires qui devraient lui être soumises. Un autre point mériterait d'être clarifié : à quel moment faut-il convoquer ledit organe ? Selon nous, après l'adoption du message du Conseil fédéral et lorsque le projet a subi de notables modifications, dans le cadre de la procédure parlementaire.

76 Il est capital que l'organe en question dispose de l'indispensable légitimité d'agir de telle sorte que ses supputations soient aussi prises en compte par le Parlement. Il est probable que cela dépende également de différents facteurs non juridiques. Ainsi, il serait assurément indispensable que le Parlement considère l'organe auxiliaire non pas comme "un juge étranger" mais comme le groupe d'experts à son service. Il y aurait lieu de prêter une grande attention à la composition de la délégation des deux Chambres au sein de l'organe en question. Il faut également ne pas perdre de vue l'insécurité affectant certains points sous l'angle constitutionnel (cf. supra, ch. 54).

b) Tribunal fédéral

77 Le Tribunal fédéral a l'habitude de statuer sur des questions d'ordre constitutionnel. Il en a, du reste, indubitablement l'autorité requise (voir aussi le Rapport concernant le renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit, FF 2010, 2052 ss.). Sa saisine de même que les délais à observer peuvent être réglés selon les normes qui valent pour un organe mixte.

78 La retenue à observer à l'égard de cette solution découle probablement du fait qu'en règle générale le Tribunal fédéral ne formule pas de "recommandations". Cependant, aujourd'hui déjà, il "invite" le législateur à mettre un terme à une situation qui serait inconstitutionnelle. S'il advient que de telles conclusions ne soient suivies d'effet que dans une mesure restreinte, il n'y a toutefois aucun risque que l'instrument que constitue la recommandation tombe en désuétude

parce que le Parlement ne suivrait pas chaque recommandation du Tribunal fédéral. Il y a tout à fait lieu de prendre en considération les interventions du Tribunal fédéral lorsqu'elles sont correctement pondérées et compatibles avec l'art. 190 Cst. et d'autres dispositions constitutionnelles, selon le point de vue exprimé dans le présent avis de droit.

5. **Appréciation de la situation de *lege ferenda***

79 L'exposé des possibilités qui s'offrent *de lege ferenda* montre qu'il est parfaitement possible d'améliorer le contrôle judiciaire des principes régissant le fédéralisme en Suisse. Pour donner davantage de poids à l'action de droit public – si tant est que cela soit nécessaire – il suffit d'apporter quelques corrections ponctuelles. De même, l'instauration de possibilités supplémentaires de recours en faveur des cantons peut, à mon sens, très bien se faire dans le cadre de la LTF en vigueur, cela quand bien même, selon moi, il est préférable de chercher à produire un effet identique, voire meilleur, en renforçant l'importance de l'action de droit public. De nouvelles procédures de recours débouchent inéluctablement sur de l'insécurité juridique.

80 Si l'on envisageait d'apporter de notables modifications au régime en vigueur, il conviendrait d'examiner dans les détails les modalités de l'instauration d'un organe auxiliaire mixte de l'Assemblée fédérale ou du Tribunal fédéral. L'un et l'autre pourraient contrôler si les principes régissant le fédéralisme sont respectés et améliorer ainsi notablement la position des cantons. Encore faudrait-il – et c'est là un élément décisif – que les appréciations portées par l'un ou l'autre organe dans le cadre du processus politique acquièrent l'importance qu'elles méritent. Il ne faut pas perdre de vue que l'instauration d'un organe mixte, en particulier, soulève des questions d'ordre constitutionnel.

E. POSSIBILITES DE PROCEDER DE CONSTITUTIONE FERENDA AU CONTROLE DES PRINCIPES RÉGISSANT LE FÉDÉRALISME

81 Si la sauvegarde des principes régissant le fédéralisme passe également par des modifications de la Constitution, ce constat ouvre un large champ de réformes éventuelles. Si l'on entend instaurer une juridiction constitutionnelle intégrale, il s'agira tout d'abord de résoudre différents problèmes de procédure concernant plus précisément la déclaration de nullité de lois fédérales. Plusieurs possibilités s'offrent dans ce contexte : un contrôle préventif et répressif des normes, une juridiction constitutionnelle diffuse ou concentrée, un contrôle abstrait ou concret des normes, une juridiction constitutionnelle exercée par le tribunal suprême ou par une instance constitutionnelle ad hoc ou encore par une juridiction constitutionnelle saisie d'un recours ou agissant à la lumière d'un dossier émanant d'instances inférieures (voir Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 513 ss. ; voir aussi le Message concernant la réforme de la péréquation financière p. 2326 ss.). Pour les besoins des cantons, il n'apparaît pas opportun d'analyser toutes les variantes. Il suffit d'une analyse en lien avec l'art. 190 Cst.

1. Abroger l'art. 190 Cst

82 L'abrogation de l'art. 190 Cst. aurait essentiellement pour effet de permettre aux cantons d'engager une procédure pour violation des principes fédéralistes par la Confédération. Il n'est pas clairement établi que cette procédure puisse être introduite sans modification législative à la faveur d'une action de droit public, cela immédiatement après l'adoption d'une loi fédérale (cf. rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 12 août 2011 concernant les initiatives parlementaires 05.445 et 07.476 relatives à la juridiction constitutionnelle (FF 2011, 6995 ss., 7000 et les références citées). J'estime toutefois qu'une telle action peut être introduite (cf. supra, ch. 38). Autre point frappé par l'incertitude : les effets exercés sur la qualité des particuliers pour former recours, eux qui pourraient faire valoir que dorénavant les outrepassements de compétences commis par la Confédération, à l'instar de ce qui vaut pour les cantons (art. 49, al. 1 Cst.), peuvent être invoqués comme relevant du droit constitutionnel. Un autre point souffre d'incertitude : quelles seraient les incidences sur la qualité pour recourir des particuliers, eux qui, dorénavant, pourraient attaquer les outrepassements de compétences de la Confédération et, par analogie, des cantons (cf. art 49, al. 1 Cst.) en invoquant qu'il s'agit là d'un droit garanti par la Constitution (cf. UHLMANN/HOFSTETTER, n° 30). Abstraction faite de ces questions, l'abrogation de

l'art. 190 Cst. renforcerait de *manière très notable* la position des cantons par rapport à la Confédération. Ce serait là un véritable « changement de paradigme » (cf. UHLMANN/HOFSTETTER, n° 29).

2. Modifier l'art.190 Cst. en faveur des cantons

83 Il y a lieu de se demander s'il ne serait pas judicieux d'étendre la juridiction constitutionnelle à la seule protection des principes fédéralistes. Le Conseil fédéral avait approuvé cette adaptation au titre de la RPT (voir le message relatif à la RPT, p. 2326 ss.) mais l'avait refusée en ces termes dans sa réponse du 11 février 2015 à la motion 14.4038 déposée par Andrea Caroni :

Le Conseil fédéral estime d'ailleurs que l'extension de cette dernière (la juridiction constitutionnelle) aux normes fédérales ne devrait pas se limiter aux voies de recours à la disposition des cantons, mais qu'elle devrait aussi viser les moyens de garantir les droits fondamentaux des citoyens. Les cantons ont de nombreuses possibilités d'influer politiquement sur les projets législatifs, notamment en participant aux procédures de consultation, en faisant intervenir leurs représentants et leurs soutiens au Parlement et, en dernier ressort, en demandant l'organisation d'un référendum.

À mon avis, ce changement d'opinion du Conseil fédéral n'est pas convaincant. Les particuliers, parce qu'ils peuvent faire valoir en justice le grief de violation de la CEDH, jouissent d'une large protection de leurs droits fondamentaux même s'il subsiste, à n'en point douter, certaines lacunes (liberté économique, garantie de la propriété, protection contre l'arbitraire, et principe général d'égalité). *L'art. 190 Cst. déploie de pleins effets à l'égard des cantons – à la différence de ce qui vaut pour la protection des droits fondamentaux des particuliers ; ceux-ci ne peuvent se prévaloir d'une "protection juridictionnelle internationale, à titre de mesure de remplacement"* (HANGARTNER, p. 1217). En outre, l'examen des lois fédérales à la lumière de la CEDH, s'il ne constitue assurément pas un contrôle complet de la constitutionnalité de celles-ci, n'en est pas moins un instrument important de protection du droit, dont les cantons ne disposent pas actuellement.

84 Un autre argument avancé par le Conseil fédéral mérite une appréciation critique : les cantons auraient la possibilité de s'exprimer à suffisance dans le cadre du processus politique. Cette opinion est réfutée catégoriquement dans un récent article de droit comparé dont l'auteur considère que le fédéralisme est *l'élément de la Constitution fédérale en vigueur qui est, de préférence et le plus souvent, menacé* (cf. en détail EGLI, Autonomie, p. 365).

85 Cela étant, il existe incontestablement de bonnes raisons de restreindre la portée de l'art. 190 Cst. uniquement en ce qui concerne les relations avec les cantons. Sur le plan de la technique législative plusieurs solutions se présentent. Il est, par exemple, parfaitement envisageable d'apporter directement à l'art. 190 Cst. le correctif nécessaire. Il s'agirait d'ajouter à cette disposition un al. 2 ayant la teneur suivante :

Art. 190 al. 2 Cst.

² L'al. 1 n'est pas applicable en cas de différends entre la Confédération et les cantons.

Ce nouvel alinéa renverrait par analogie à l'art. 189, al. 2 Cst. Par ailleurs, il établirait d'une manière suffisamment claire que, ce faisant, le constituant a voulu introduire une exception à l'application de l'art. 189, al. 4 Cst. et permettre aux cantons de contester des lois fédérales devant le Tribunal fédéral. Les détails pourraient être réglés par une modification des dispositions concernant l'action de droit public (voir le message relatif à la RPT, p. 2326 s.).

86 Dans le contexte de l'introduction de la RPT, le Conseil fédéral a proposé la modification constitutionnelle ci-après (FF 2001 2415 ss., 2419 ; voir message relatif à la RPT, p. 2326 ss.) :

Art. 189, al. 2 Cst

Il connaît des différends :

- a. entre la Confédération et les cantons, *y compris pour violation des compétences garanties aux cantons par une loi fédérale.*

Cette variante semble équivalente à la proposition initiale sur des points essentiels. À l'instar de l'adjonction d'un alinéa 2 à l'art. 190 ou de la suppression intégrale de l'art. 190, elle contribuerait à renforcer notablement le poids des cantons. Elle aurait cependant une portée quelque peu restreinte puisque les traités internationaux continueraient de s'appliquer (cf. supra, ch. 61). La formule « violation des compétences garanties aux cantons par la Constitution fédérale » peut, à mon avis, être prise au sens de violation des dispositions "justiciables" de la Constitution fédérale, dont il a été question ci-dessus au ch. 10 et suivants.

F. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

87 À mon sens, il existe de bonnes raisons d'étoffer le contrôle juridictionnel du respect des principes fédéralistes. Il y a 15 ans déjà, le Conseil fédéral a relevé que le droit en vigueur ne permettait pas aux cantons et à la Confédération de "lutter à armes égales" : « La Confédération peut aujourd'hui citer les cantons devant le Tribunal fédéral lorsque leur législation viole le droit fédéral. À l'inverse les cantons ne peuvent pas se plaindre auprès du « Tribunal fédéral d'une inobservation par la Confédération des règles constitutionnelles de répartition des compétences ». (cf. message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, p. 517). Cette problématique subsiste avec la même intensité et menace de porter atteinte à la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, telle qu'elle est statué par la Constitution (voir aussi EGLI, *Autonomie*, p. 365). « L'essence du fédéralisme ne peut être sauvegardée qu'à la condition que le respect des principes qui fondent l'État fédéral soit également contrôlable par une autorité juridictionnelle » (WALDMANN/BORTER, *Monitoring du fédéralisme*, p. 39).

88 Le respect des principes fédéralistes *ne souffre pas des dispositions matérielles de la Constitution fédérale* qui, pour une part essentielle, peuvent être attaquées devant une autorité juridictionnelle. En l'occurrence, l'obstacle majeur est la *maxime de l'applicabilité des lois fédérales* (art. 190 Cst.). Toutefois, celle-ci n'exclut pas un contrôle par le Tribunal fédéral. Quant aux cantons, il leur appartient d'examiner *de lege lata* s'ils entendent user de cet instrument plus souvent et de manière plus ciblée.

89 À mon avis, c'est du *point de vue politique* qu'il faut décider de réviser ou non l'art. 190 Cst. L'expérience accumulée ces vingt dernières années permet de douter qu'une telle révision recueille l'aval de majorités. Si tel devait néanmoins être le cas, il se poserait une multitude de questions qui pourraient déborder du cadre strict des rapports de droit entre la Confédération et les cantons. Par ailleurs, il est clair qu'une telle révision prendrait plusieurs années.

Il existe de solides arguments en faveur tant de l'abrogation que de la modification de l'art. 190 Cst. S'agissant de cette dernière, il semble parfaitement approprié d'étendre la juridiction constitutionnelle en faveur des cantons mais non des particuliers.

90 Si l'on fait abstraction (pour le moment) des modifications envisagées sur le plan constitutionnel, il faut, à mon avis *user dans une plus large mesure de l'action de*

droit public. Les cantons estiment qu'il est préférable de recourir à ladite action au lieu de faire usage d'une voie de recours (nouvellement instaurée).

Au cas où le nombre des actions de droit public viendrait à augmenter, il y aurait lieu de déterminer si le recours à celles-ci peut être assuré avec ou sans *modification du degré législatif* ou si, éventuellement, la voie constitutionnelle et la voie législative ne devraient pas être suivies parallèlement. Du point de vue juridique, la réglementation en vigueur est suffisamment libérale pour que le Tribunal fédéral puisse, d'ores et déjà, sinon sanctionner, du moins constater les outrepassements de compétences commis par la Confédération. À l'heure actuelle, en l'absence d'un nombre suffisant de précédents, il est toutefois impossible de faire des pronostics fiables. En tout état de cause, il n'apparaît pour l'heure pas impérieux de procéder à des modifications législatives. Il est plus judicieux, en effet, d'attendre que le Tribunal fédéral ait rendu plusieurs arrêts pour pouvoir remédier de manière ciblée aux éventuels points faibles constatés.

Il se pourrait même que le souci de modifier, dans les plus brefs délais, les dispositions législatives en cause se révèle contre-productif, dans l'hypothèse où le législateur rejeterait les propositions de modification qui lui sont soumises. Certes, techniquement parlant, un tel refus, n'entraînerait aucune modification du droit en vigueur. Toutefois, on ne saurait exclure que cette décision soit pour le moins interprétée comme le signal adressé par le législateur au Tribunal fédéral et indiquant à ce dernier qu'il n'est pas souhaitable que les conflits de compétences entre la Confédération et les cantons soient réglés par la voie judiciaire.

Inversement, on peut faire valoir que le législateur se heurte parfois à des difficultés lorsqu'il s'agit de modifier la pratique judiciaire une fois qu'elle a été établie (par exemple, contrôle du respect de l'interdiction de l'arbitraire devant le Tribunal fédéral, contrôle de l'appréciation par le Tribunal administratif fédéral). Cette situation plaide en faveur d'une clarification préalable des dispositions législatives applicables. Dans l'ensemble, toutefois, ces inconvénients me semblent peu vraisemblables. Aussi me semble-t-il plus recommandable – du moins d'un point de vue juridique – d'intenter plus souvent action devant le Tribunal fédéral sans qu'il soit nécessaire de modifier la législation à cet effet. Naturellement, sous l'angle politique, il peut à suffisance se justifier de suivre une autre voie d'autant qu'absolument rien ne s'y oppose sur le plan juridique.

91 Par mesure de clarté, il y aurait lieu de suivre la voie législative si l'on entendait instaurer une nouvelle procédure (organe mixte, expertise du Tribunal fédéral) en sus de l'action de droit public. Les possibilités évoquées ici constituent une

"terra incognita" sur le plan juridique. Elles soulèvent également des questions d'ordre constitutionnel. Toutefois, c'est d'abord sous l'angle politique que leur opportunité devrait être appréciée. L'appréciation de l'opportunité s'accompagne d'une évaluation politique. Il s'agit de déterminer si de telles procédures engagées dans le cadre du processus politique recueillent un taux d'acceptation suffisant pour entraîner une véritable amélioration de la protection.

Prof. Dr. Felix Uhlmann