

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 69 (1950)

Heft: 3

Artikel: Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral

Autor: Panchaud, André

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896031>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 22.02.2026

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

Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral

Rapport présenté par

André Panchaud, docteur en droit,
juge au Tribunal fédéral

Introduction

(qui peut servir aussi de conclusion)

*« Le pouvoir se légitime lorsqu'il
s'exerce conformément au droit. »*

Le sujet de ce rapport a été défini en ces termes par le comité de la Société suisse des Juristes :

« Pourquoi faut-il et comment pourrait-on assurer, en matière fédérale, le respect de la constitution par le législateur et le respect de la loi par l'administration ? »

En réunissant ces deux notions de la constitutionnalité et de la légalité, on a donné à notre étude une ampleur inquiétante. Obligé d'en faire néanmoins le tour, dans le peu de temps dont nous disposons, nous devons nous contenter souvent d'une indication là où il faudrait développer, recourir à l'argument d'autorité là où le lecteur attendrait une démonstration, rester tranchant là où des nuances seraient à leur place.

A première vue notre sujet a quelque apparence de disparate. Comment envisager dans une même perspective l'œuvre du législateur et l'activité de l'administration, la juridiction constitutionnelle et la justice administrative ? Une idée fondamentale est pourtant commune à l'ensemble des institutions que nous prenons dans notre champ visuel :

le pouvoir est limité par le droit. Par le droit matériel, c'est le rôle de la loi; par le droit formel, c'est le sens des procédures de contrôle.

*

Assemblée à Lausanne en 1943, la Société suisse des Juristes examinait le problème du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. A ce débat déjà est apparue la contradiction entre le pouvoir que le peuple exerce chez nous par le referendum et le pouvoir dont il était question de doter le juge. Si dans les périodes de crise et de guerre que nous avons vécues dès lors, le besoin d'un contrôle de constitutionnalité n'a été qu'en croissant, un fait nouveau s'est produit pourtant le 11 septembre 1949: l'extension du referendum facultatif ou obligatoire à la législation d'urgence. Or c'était de ce côté là que les plaintes étaient surtout dirigées. La solution démocratique, marquant un point, a fait reculer d'autant les chances d'une solution judiciaire. Notre étude devra tenir compte de cette circonstance.

Il reste la législation du Conseil fédéral ou de ses services: ordonnances issues de la délégation du parlement ou des pouvoirs extraordinaires, fondées sur la compétence constitutionnelle propre ou sur l'état de nécessité. Il reste aussi les règlements; par quoi nous entendons les arrêtés d'exécution des organes administratifs. Toute une législation, dont on mesurera l'extension par ce seul rappel des chiffres: en 1947, l'Assemblée fédérale a pris une seule loi, 3 arrêtés de portée générale et 3 arrêtés législatifs urgents; tandis que le Conseil fédéral édictait, lui, 176 ordonnances, et ses services, 91. C'est là, on en conviendra, que le contrôle de constitutionnalité apparaît surtout nécessaire et, il faut le dire, nettement insuffisant en droit positif. L'art. 113, al. 3, Cst. ne s'oppose évidemment en aucune façon à un tel contrôle, fût-il judiciaire. Et les droits populaires non plus; bien au contraire, puisqu'il ne s'agira souvent que de les sauvegarder.

Après les actes législatifs et réglementaires, voici les innombrables décisions de cas concrets que prend l'administration. Et dans des matières qui, de plus en plus, atteignent directement la liberté de l'homme et prennent parfois la portée de jugements de droit civil. Là un contrôle de constitutionnalité s'impose aussi. Et en même temps un contrôle de légalité. Les deux notions se rapprochent singulièrement, pour se couvrir parfois.

Depuis la loi de 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire (aujourd'hui incorporée dans l'organisation judiciaire) le Tribunal fédéral fait fonction de cour administrative fédérale. Sa compétence est cependant limitée aux attributions que, selon la formule énumérative, la loi lui assigne expressément. Pour le surplus, il n'y a pas de contrôle judiciaire. Or ce surplus a pris une importance énorme, due au développement de l'administration. Le moment est certainement venu de reconsidérer l'œuvre de 1928 et, tenant compte des expériences faites, de fonder sur des bases nouvelles les possibilités de recours au juge de l'administration.

Que ce soit à l'égard du législateur ou vis-à-vis de l'administration, nous tiendrons à bien marquer que l'intervention judiciaire a cependant ses bornes, que les organes du pouvoir exécutif doivent garder leurs responsabilités propres et surtout que les voies du contrôle politique, bien loin d'être diminuées, ont besoin d'être le plus souvent renforcées.

En passant, et à diverses reprises, nous devons signaler combien l'exception d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, présentée devant le juge ordinaire, n'est qu'une protection, sinon illusoire, au moins peu efficace. Il convient d'y parer en organisant des voies judiciaires moins occasionnelles et moins indirectes.

*

Tout au cours de ce rapport, nous mettrons en évidence un certain nombre d'institutions désirables, propres à ren-

forcer les garanties de la constitutionnalité et de la légalité. Mais nous tenterons de limiter nos ambitions à des institutions aisément réalisables.

Ainsi, pour le contrôle de la constitutionnalité des lois et arrêtés de l'Assemblée fédérale, c'est le préavis d'un collège constitutionnel, dans la phase d'élaboration de la loi, qui retiendra notre faveur. Quant aux ordonnances du Conseil fédéral et de ses services, l'extension du recours de droit public nous paraîtra surtout digne d'approbation.

Face à l'administration, un contrôle préalable de la légalité des règlements s'impose comme première mesure : une commission de rédaction, composée de juristes, nous semblera pouvoir y contribuer efficacement. De son côté, le contrôle des décisions de l'administration serait certainement amélioré par une revision des attributions de juridiction administrative du Tribunal fédéral et par une meilleure participation des spécialistes à la procédure. Et c'est encore le recours de droit public qui nous paraîtra devoir couronner le système de protection des droits constitutionnels des citoyens contre les actes de l'administration.

Enfin, dans un chapitre final nous signalerons l'importance que revêt la responsabilité civile de la Confédération, en tant que moyen propre à garantir la légalité de l'administration.

Ce ne sont pas là des réformes de structure. D'autres que nous en ont proposé et en proposeront encore. Ce que nous retenons ne fera pas sauter le cadre de notre droit public traditionnel et ne heurtera pas les idées politiques fondamentales de notre pays.

Pour réaliser les réformes que nous suggérons, il n'y a pas un mot à changer à la Constitution. Trois lois seulement à compléter : la loi sur l'organisation de l'administration fédérale, la loi sur l'organisation judiciaire et la loi sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires.

Nos contemporains de 1950 ne sont certainement pas hantés seulement par le souci d'un gouvernement d'opportunité et d'une administration dirigée sur l'immédiate utilité. Ils croient encore au principe de la primauté du droit, c'est-à-dire à la valeur de la norme préalable, abstraite, durable et fondée en éthique. Ils partageront sans doute notre préoccupation de mieux assurer les principes de la constitutionnalité et de la légalité dans l'œuvre des organes de l'Etat.

Forger le droit aujourd'hui, c'est tenir compte des expériences d'hier. C'est surtout organiser les normes qui nous régiront demain. Or demain, comme hier, comme toujours, il faudra protéger le citoyen contre le pouvoir qu'il reconnaît à l'Etat. Plus encore, certainement, qu'hier ou qu'avant-hier. Car l'Etat sera fort, très fort. Or le seul contre-poids de la force, c'est le droit.

31 mars 1950.

Première partie

La limitation du pouvoir

*« Le pouvoir arrête
le pouvoir. »*

I. — La nécessité d'une limitation du pouvoir

C'est le problème de tous les temps d'organiser la limitation de la puissance des organes de l'Etat. Sans cesse ceux qui ont porté leurs regards sur les phénomènes de la vie politique ont été frappés par cette constatation que le pouvoir de l'Etat, entraîné par sa force vive, tend à l'omnipotence¹.

Aussi bien n'y a-t-il pas un penseur de la science politique et du droit public qui n'ait été préoccupé par les moyens de limiter le pouvoir².

La limitation du pouvoir s'impose tout particulièrement en Suisse.

Notre vie politique suisse est dominée par trois constantes, qui sont : le fédéralisme, la démocratie et la liberté de l'homme.

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XI ch. 4 : « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. »

² Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XI ch. 4 : « ...Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. » — Citons encore, après les ouvrages classiques du droit constitutionnel contemporain, comme Carré de Malberg et Jean Dabin, parmi les auteurs les plus récents : Marcel Waline, *L'individualisme et le droit*, 1945, p. 397 ss. ; Bertrand de Jouvenel, *Du Pouvoir*, 1945, notamment livre sixième ; Maurice Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, 1948, notamment p. 169 ss. ; Dom Nicolas Perrier, *Cité chrétienne*, 1949, notamment p. 202 ; Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris 1949 ; Emile Mireaux, *Philosophie du libéralisme*, Paris 1950, p. 7. — Werner Kaegi dans « Die Schweiz hält durch », *Volksumfrage der Neuen helvetischen Gesellschaft* 1948 ; Andreas Brunner, *Rechtsstaat gegen Totalstaat*, 1948.

Qu'il n'y ait pas de malentendu sur le sens à donner à ces constantes. Aucune d'elles ne peut représenter un absolu. Chacune implique au contraire un point d'équilibre à réaliser. Affirmer le fédéralisme, c'est prétendre à une juste répartition du pouvoir entre l'Etat fédératif et les cantons. Se réclamer de la démocratie, c'est vouloir une certaine intervention du corps populaire dans les affaires de l'Etat, tout en laissant une suffisante possibilité d'action autonome aux organes du gouvernement. Proclamer la liberté de l'homme enfin, c'est surtout indiquer la mesure restreinte en laquelle l'intérêt supérieur demande à l'individu les sacrifices nécessaires.

Une fois défini le champ du fédéralisme, de la démocratie et de la liberté — ce qui ne rentre pas dans cette étude — la norme ainsi posée fait dans la vie politique du pays l'objet d'une lutte, d'une épreuve de force. Et, dans cette lutte, par la nature des choses, la puissance de l'Etat tend à prendre position contre le fédéralisme, contre la démocratie et contre la liberté de l'homme. Cela chaque fois au détriment du canton, du citoyen, de l'être humain. Des deux partis opposés, celui qui est naturellement fort, c'est l'Etat, celui qui est naturellement faible, c'est le canton ou l'individu.

Dès lors, le combat est inégal. Si on laissait aller les choses, il n'y aurait rapidement plus de fédéralisme, plus de démocratie, plus de liberté humaine. Tel serait le sort d'un Etat basé sur la force, dont les dictatures récentes nous ont donné des manifestations spectaculaires.

Sans cependant sortir de notre pays, rappelons quelques phénomènes connus. Usant de sa force, la Confédération a perçu et percevait encore un impôt direct qui excède sa compétence constitutionnelle: atteinte au fédéralisme. L'Assemblée fédérale a recouru à la clause d'urgence, à l'état de nécessité; elle a aussi, dans une large mesure, délégué son pouvoir de légiférer au Conseil fédéral, privant par là les citoyens de leur droit de referendum: atteinte à la démocratie. Enfin, toute la législation fédérale de crise constitue

une atteinte à la liberté humaine, plus grande que celle prévue par la Constitution.

En nous défendant — ce qui ne serait pas notre rôle — de porter un jugement critique sur ces différentes mesures, sur leur nécessité et leur opportunité, nous devons constater que les pouvoirs fédéraux ont par là fait usage de leur puissance contre les cantons, contre le citoyen, contre l'homme.

De là à recourir à cette force sans nécessité absolue, il n'y a qu'un pas. Avant même que l'abus soit, la simple possibilité d'un abus du pouvoir de la part du plus fort crée chez le faible un sentiment d'insécurité. C'est le malaise bien connu des minorités vis-à-vis de la majorité. C'est le malaise de l'homme vis-à-vis de l'Etat, du canton vis-à-vis de la Confédération.

Il faut voir maintenant comment on peut limiter le pouvoir de celui qui est le plus fort.

II. — Les procédés de limitation du pouvoir

1^o Le procédé politique et le procédé juridique

Marquons ici d'emblée une distinction qui s'impose à l'esprit et qui réapparaîtra sous diverses formes dans le cours de notre rapport. C'est celle entre le politique et le juridique. Tout particulièrement elle se justifie lorsqu'il s'agit de la limitation du pouvoir. Car il y a une limitation politique, comme il y a une limitation juridique.

Ainsi, quand la Constitution pose une norme de compétence au profit de la Confédération, quand une loi définit les restrictions légales de la propriété, le détenteur du pouvoir est limité par une norme juridique. En revanche, quand le Conseil national, dans l'exercice de sa fonction législative, se voit opposer le veto du Conseil des Etats, ou l'Assemblée fédérale celui du peuple, le détenteur du pouvoir est limité par un mécanisme politique. C'est donc une première constatation qu'il faut faire: il n'y a pas de limitation du pouvoir que par le droit.

Si le but à atteindre est de limiter le pouvoir, il ne s'ensuit pas nécessairement que le seul moyen ou le moyen le plus propre à y parvenir soit toujours l'établissement de normes juridiques et d'instances juridictionnelles. Dans bien des cas les voies politiques seront plus efficaces que celles proprement juridiques.

En réalité, c'est par une habile combinaison du procédé politique et du procédé juridique qu'on réalisera le mieux une salubre limitation de la puissance de l'Etat.

De même, les excès d'un être quelconque doué de raison pourront être évités, ou bien par un contrôle constant d'un autre être doué de raison : c'est le procédé politique ; ou bien par l'injonction préalable d'une limite à ne pas franchir, avec la menace d'une sanction : c'est le procédé juridique.

2^o Le pouvoir limité par les voies politiques

Celui qui a du pouvoir, disait Montesquieu, va jusqu'à ce qu'un autre détenteur du pouvoir ne l'arrête. D'où l'importance, la nécessité d'une pluralité d'organes qui détiennent le pouvoir. Ici on ne fait pas allusion seulement à l'équilibre des trois ordres théoriques, qui sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire. C'est déjà au sein même de chacun de ces ordres qu'un contrôle réciproque des forces doit s'opérer.

Auteur d'un ouvrage remarqué, qui a paru récemment³, M. Andreas Brunner a bien montré le dilemme de l'Etat totalitaire opposé à l'Etat qu'on appellerait équilibré. Dans le premier, tous les pouvoirs sont, sinon réunis en une seule main, du moins hiérarchisés avec un seul organe de dernière décision. Dans l'Etat équilibré, au contraire, le pouvoir est réparti entre plusieurs détenteurs ; il y a pluralité des organes de dernière décision : un parlement retient un roi, le peuple retient une assemblée élue, un sénat retient une chambre, un juge retient un fonctionnaire de police, un législateur retient un juge.

Dans ce sens, la Confédération suisse est et ne peut être qu'un Etat équilibré, où le pouvoir de dernière décision

³ Andreas Brunner, *Rechtsstaat gegen Totalstaat*, 1948.

se trouve réparti. On sait combien l'autorité du Conseil fédéral est limitée par les voies constitutionnelles du rapport de gestion ou du budget. Il y a là un contrôle politique. De même dans l'élection périodique des assemblées, conseils et tribunaux. De même aussi dans le rapport de forces entre la souveraineté fédérale et la souveraineté cantonale.

Ce n'est du reste pas pour répondre à une simple vue de l'esprit, ni même dans le seul but d'organiser une limitation du pouvoir, qu'il existe dans un pays équilibré une pluralité de détenteurs de la puissance de l'Etat. La vie elle-même est multiple. Elle est faite d'intérêts, d'idéaux et de passions contradictoires. La société n'est possible que si l'on réalise un équilibre entre les forces opposées. La division du pouvoir entre plusieurs détenteurs se légitime donc pleinement dans la mesure où elle fait d'eux les interprètes de ces forces naturelles.

Le danger, naturellement, est que l'opposition des organes, l'intervention des vetos réciproques n'aboutissent à la paralysie de la vie publique. L'art de la politique est donc de coordonner les forces agissant en sens divers et d'utiliser leur résultante pour le bien commun.

3^o Le pouvoir limité par le droit

Toutefois, quel que soit le mérite des organes politiques, il peut arriver que leur volonté dévie, que les regards soient détournés des véritables intérêts du pays. Il convient donc que le droit soit là pour guider les organes politiques, les maintenir dans une bonne direction générale. Comme la boussole pour le navigateur, la conscience pour l'être moral. S'il était dégagé de tout contrôle juridique, l'organe politique serait enclin à ne rechercher que l'immédiatement utile ou que l'opportun. Sa règle de conduite serait modifiable au gré des événements. Le particulier ressentirait les effets de l'inégalité, voire de l'arbitraire.

Non seulement le droit indique la direction générale dans laquelle doivent agir les organes de l'Etat, mais encore et surtout il a un effet de limitation, de freinage, d'arrêt.

Car il trace à l'avance les limites du champ dans lequel les organes politiques peuvent se mouvoir. Il arrête les frontières au delà desquelles les détenteurs de la puissance de l'Etat ne sauraient s'aventurer. Il se dresse en protecteur des valeurs politiques suprêmes: le fédéralisme, la démocratie, la liberté individuelle.

Nous avons indiqué plus haut qu'en face du pouvoir de l'Etat, qui représente la force, il y a l'être humain, le citoyen, le canton, qui sont les corps faibles. Or, il se trouve qu'une des fonctions naturelles du droit est de mettre à la disposition de celui qui est socialement faible une force d'appoint: ainsi il pourra envisager la lutte contre celui qui est socialement fort. Que deviendrait dans la vie privée le pupille, l'enfant ou le créancier, s'ils n'avaient pas à leur disposition la force du droit? Les institutions juridiques sont un moyen de bannir de la société humaine la règle bestiale de la loi du plus fort.

Comment du reste l'Etat ne se soumettrait-il pas lui-même au droit? Il est celui qui façonne le droit et qui l'exprime en règles positives: la constitution, les lois. Le droit positif peut énoncer une norme imposée directement au pouvoir de l'Etat, par exemple une règle de compétence: par définition, elle doit avoir sa pleine valeur juridique et sa sanction à l'égard des organes de l'Etat. D'autres fois le droit positif s'adresse avant tout au citoyen, par exemple par les restrictions à la propriété dans l'intérêt général; mais là encore l'Etat ne peut être que lié par la norme qu'il édicte; s'il demande au nom de la loi, il ne peut pas prétendre à plus que ce qu'il a inscrit lui-même dans sa loi.

C'est un fait que le droit est apte à limiter l'exercice du pouvoir de l'Etat. Ainsi quand j'actionne l'Etat en exécution d'un contrat ou en responsabilité civile, quand un fonctionnaire agit pour recevoir ses prestations d'assurance, quand un quelconque citoyen procède devant une juridiction administrative; quand aussi un parlement s'abstient d'une mesure législative qu'il reconnaît être contraire à la constitution; quand un organe du fisc décide un impôt con-

formément à la loi: dans tous ces cas et dans bien d'autres encore le droit limite effectivement le pouvoir.

Les théoriciens peuvent avoir discuté pour savoir si l'Etat est maître du droit, ou au contraire le droit maître de l'Etat. Selon la première doctrine, le droit accepte de se limiter lui-même et, une fois posée la norme de droit positif qui restreint sa puissance, il se trouve lié par elle: c'est la doctrine de l'auto-limitation⁴. A cette doctrine s'oppose celle qui veut le droit supérieur à l'Etat, c'est-à-dire issu d'une source extérieure à lui. Selon cette seconde doctrine, l'Etat n'est que l'interprète d'un droit qui s'impose à lui et, à ce titre, il ne peut que subir sa propre limitation⁵.

Nous n'entendons pas prendre parti ici dans cette controverse. Il nous suffit de constater que le droit est propre à limiter l'activité des organes de l'Etat.

C'est du reste une très vieille expérience. *Ubi societas, ibi ius*, dit un adage de tous les temps. Chaque fois que les organes de l'Etat ont voulu s'affranchir des règles du droit, on a abouti à la dictature, au totalitarisme. Si autrefois le prince se différenciait du tyran, c'est parce que le premier obéissait à la loi et gouvernait conformément au droit. En Angleterre le roi faisait un pacte avec ses sujets et, par là, se soumettait au droit. En Suisse même, le pouvoir fédéral de 1848 a commencé par promulguer une constitution à laquelle il s'engageait à rester fidèle.

Bertrand de Jouvenel va jusqu'à dire: «Le pouvoir se légitime lorsqu'il s'exerce conformément au droit⁶.»

⁴ En France, Carré de Malberg, *Contribution à la doctrine générale de l'Etat*, I 1920, p. 241; Marcel Waline, *L'individualisme et le droit*, 1945, p. 404; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 99-101. En Allemagne les positivistes étatistes, comme Ihering et Jellinek.

⁵ Notamment, Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, III 1930, p. 599 ss.; Jean Dabin, *Doctrine générale de l'Etat*, 1939. — De même, naturellement, les penseurs des différentes observances du droit naturel.

⁶ B. de Jouvenel, *Du Pouvoir*, 1945, p. 448. Les thomistes disaient déjà: «ubi non principant leges non est politia».

III. — Le droit et l'Etat

1^o L'Etat soumis au droit

Qu'on l'appelle Etat soumis au droit, Etat limité par le droit ou Etat de droit (Rechtsstaat), il y a là une forme de législation politique qui s'impose à chacun, s'il n'est pas saisi par le démon de la dictature. De nombreux auteurs ont donné, à des points de vue du reste très différents, des définitions diverses de cet Etat de droit⁷.

Nous en tenant à une approximation qui suffira pour notre démonstration, nous dirons qu'il y a Etat de droit lorsque les organes de l'Etat eux-mêmes sont soumis à des normes juridiques, tant de forme que de fond. On peut aller plus loin; on peut demander que ces normes juridiques, auxquelles obéissent les organes de l'Etat, réalisent un minimum des exigences que posent, suivant les conceptions philosophiques, la raison humaine, l'ordre divin ou les nécessités sociales. Werner Ruck, par exemple, dans l'ouvrage cité, récapitule ces exigences comme suit, pour ce qui concerne la Suisse: la séparation des pouvoirs avec une prépondérance du législatif, la constitutionnalité des lois, la liberté de l'administration, l'indépendance des juges, l'égalité des citoyens devant la loi, l'interdiction du déni de justice, l'exclusion des tribunaux d'exception, le libre accès aux tribunaux, le droit d'être entendu, la juridiction de droit public, la juridiction de droit administratif,

⁷ W. Burckhardt, L'Etat et le droit, Zeitschrift für schweizerisches Recht 1931 p. 137 a ss.; Dietrich Schindler, Recht und Staat, ZSR 1931 p. 219 a ss.; Fleiner (traduction Eisenmann), Les principes généraux du droit administratif allemand, 1933, p. 87 ss.; Dietrich Schindler, Über den Rechtsstaat, Festgabe für Max Huber, 1934; Jean Dabin, Doctrine générale de l'Etat, 1939, p. 128 ss.; Albert Picot, L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal, ZSR 1944 p. 201 a ss.; Werner Kägi, dans «Die Schweiz hält durch», Volksumfrage der NHG, 1948; Erwin Ruck, Freiheit und Rechtsstaat dans Recueil des Facultés de droit 1948; Andreas Brunner, Rechtsstaat gegen Totalstaat, 1948; Dom Nicolas Perrier, Cité chrétienne, 1949, p. 135 ss.

le principe de l'impunité à défaut de loi pénale, ainsi que la liberté individuelle sous ses diverses formes.

Quelle que soit la conception de l'Etat de droit, celui-ci s'exprime par la loi. Et la loi oblige aussi bien les gouvernants que les gouvernés.

2° Mais l'emprise du droit positif sur l'Etat a ses limites

Dans ce rapport, consacré au respect du droit par les organes de l'Etat, on aura l'occasion, à plusieurs reprises, de montrer les réserves qui s'imposent au droit quand il prétend agir sur le fonctionnement des organes de l'Etat. Il n'est pas inutile d'en esquisser dès maintenant quelques aspects.

a) La soumission de l'Etat au droit doit être restreinte à ce qui est nécessaire pour atteindre le but final recherché. Si, comme nous le prétendons, ce but est essentiellement une libération des corps faibles vis-à-vis des excès du pouvoir de l'Etat, il y a évidemment danger à introduire trop largement le procédé juridique à cette fin. En effet l'expérience a montré que, par une déformation du sens même de la législation, plus on a légiféré, plus aussi on a porté atteinte à la liberté de l'homme en renforçant les pouvoirs de l'Etat. Timeo Danaos et dona ferentes. Le citoyen a tout lieu de craindre la loi, même quand elle se propose de lui apporter les présents de la liberté.

b) De plus, si le droit est parfois une boussole il est aussi par sa nature même une entrave. Le droit retient, le droit arrête. Une jurisprudence pourra casser un acte du gouvernement, mais elle ne pourra faire un nouvel acte à sa place. Effet paralysant du droit, indispensable pour la sauvegarde des valeurs suprêmes, mais effet paralysant quand même.

Le droit dépasse donc sa fonction quand il impose aux organes de l'Etat plus de retenue que ce qui est nécessaire. Quelle que soit donc l'intervention du droit dans le gouvernement du pays et dans son administration, une part d'autonomie devra rester toujours à l'organe politique. Le texte de loi peut éviter des erreurs, il ne peut faire avancer

un pays vers sa destinée; seuls le peuvent les hommes qui gouvernent.

La part d'autonomie de l'organe gouvernemental sera, on le devine déjà, particulièrement large pour l'assemblée législative vis-à-vis de la constitution. Elle sera beaucoup plus restreinte, on l'aperçoit aussi, pour l'administration proprement dite, laquelle est soumise non seulement aux impératifs de la constitution, mais à ceux des lois et des règlements.

Où est la démarcation entre ce qui appartient au droit et ce qui doit lui être indifférent? Cet examen, dans son ampleur, échappe naturellement à notre entreprise. Tout au plus marquerons-nous, ici et là, quelques excès ou quelques insuffisances de l'emprise du juridique sur le politique dans l'état actuel des choses. En particulier, nous devons relever l'importance de confier à la constitution, à la loi ou au règlement ce qui appartient naturellement à chacun des trois modes d'expression du droit; mais rien de plus.

c) Voici encore un autre obstacle au libre développement de la norme juridique appliquée à l'Etat. Le droit est interprété par des juristes. Il suppose une juridiction, un juge.

Or le juge a une fonction bien précise dans la vie sociale. Par fidélité à un idéal de sécurité juridique, qui est indispensable pour le justiciable, le juge doit se garder d'infirmier par des solutions d'espèces une règle claire, simple et bien connue. Par souci de l'égalité et par crainte de l'arbitraire, il doit parfois méconnaître certaines inégalités que la vie fait apparaître. Préoccupé d'entendre toujours l'autre son de cloche et de ne statuer qu'en connaissance de cause, il doit souvent retenir une décision que l'on s'impatiente de connaître. Bref, par son constant besoin de ramener l'individuel au général, le juge joue dans la vie politique et sociale son rôle nécessaire, qui est de rappeler les principes.

Mais, juger ce n'est pas gouverner. Et un pays, s'il a besoin de juges, a aussi besoin d'un gouvernement préoccupé d'apporter des solutions immédiates aux conflits journaliers des intérêts.

Où tracerons-nous la ligne de partage entre le contrôle par le juge et le contrôle par un organe politique? C'est l'objet de notre étude.

Ces quelques réserves sur l'aptitude du droit à diriger l'Etat devaient être faites ici. Elles ne diminuent en rien notre position de départ qui est celle d'un Etat soumis au droit.

3^o Le rôle de la loi dans l'Etat

Les caractères de la loi — ce terme étant pris dans son sens le plus général — sont éminemment propres à agir sur la vie publique d'un Etat.

La loi est préalablement établie: elle permet au citoyen de savoir à l'avance quel sera le sens général des actes du gouvernement et de l'administration; en cela elle est un élément de paix sociale.

La loi est issue du peuple: en votant sur la constitution et sur les lois, en élisant l'assemblée législative, les citoyens forgent eux-mêmes, dans le sens de leurs aspirations politiques, les normes qui régiront leurs rapports avec l'Etat.

La loi est une règle stable: elle crée un climat de confiance et de sécurité.

La loi est une norme abstraite: elle met les citoyens sur un plan d'égalité; toutes conditions égales d'ailleurs; elle empêche l'arbitraire, générateur de violence.

La loi est issue de l'éthique: dominée par un idéal de justice, elle tend à soumettre la vie publique à un ordre moral.

A tous ces points de vue la loi demande que nul dans la cité n'échappe à ses injonctions et à ses prohibitions: ni les citoyens, ni l'Etat lui-même.

Or notre époque est caractérisée par une double contradiction. Celle du citoyen: il n'aime pas la loi et il aime légiférer. Et la contradiction de l'Etat: il tente de se libérer de la tutelle juridique et il prétend que les citoyens y soient soumis.

Il faudra tôt ou tard résoudre ces contradictions. Ce sera le retour à la loi; à la loi juste.

Et avant tout, à la constitution.

Deuxième partie

La constitutionnalité«*Lutler pour sa constitution.*»

Chapitre premier

La constitution. La constitutionnalité**I. — Le sens de la constitution***1^o La constitution, loi suprême*

Les auteurs du droit public s'accordent généralement pour faire de la constitution le procédé juridique par excellence en vue de la limitation du pouvoir¹.

Tout en organisant les grandes institutions de l'Etat, la constitution arrête la compétence des organes instaurés et, par là, restreint le degré de puissance de chacun d'eux.

Sans doute, en France, les lois constitutionnelles de la Troisième République ne faisaient-elles rien de plus; mais, la Déclaration des droits de l'homme de la Révolution française était considérée un peu comme un droit constitutionnel non écrit. Par son préambule, la Constitution française de 1946 va maintenant plus loin, puisqu'elle comporte, sous une forme renouvelée, une déclaration des droits de l'homme et de la mission générale de l'Etat. C'est là le deuxième aspect de la constitution: non contente de limiter la compétence de chacun des organes institués, elle envisage le pouvoir de l'Etat dans sa totalité et elle en pose les bornes eu égard aux droits des citoyens.

¹ Ainsi: Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1929, p. 260 ss.; Henry Puget, dans Encyclopédie française, 1935, X p. 10, 63; Julien Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, Paris 1947, p. 265 ss.; Emile Mireaux, Philosophie du libéralisme, Paris 1950, p. 129-130.

Se plaçant ainsi au-dessus du législateur, la constitution dirige et restreint à la fois les initiatives de celui-ci : elle prescrit un statut de règles matérielles auxquelles par avance les lois ne sauraient être soustraites.

Ainsi la constitution, vis-à-vis du législateur, tantôt comporte une interdiction de légiférer, tantôt signifie l'interdiction de légiférer dans un certain sens.

On est d'accord aussi, quand il s'agit de justifier la valeur suprême de la norme constitutionnelle — du moins chez les auteurs qui ne sont pas enracinés dans le positivisme — de remonter plus haut que la simple volonté d'un pouvoir constituant et de rattacher les principes constitutionnels aux impératifs d'ordre et de justice qui sont à la base de la civilisation.

Dans un ouvrage qui pourrait être cité ici en entier, le professeur Werner Kägi de Zurich² analyse comme suit la notion permanente de la constitution dans un Etat moderne.

a) La constitution est un aménagement des organes de l'Etat. Là où il y aurait anarchie, elle crée un ordre; à ce titre, elle légitime les pouvoirs de l'Etat. Ici on peut rappeler le mot de Tocqueville, parlant des détenteurs du pouvoir: «Hors de la constitution ils ne sont rien.» b) La constitution fixe encore les limites du pouvoir de l'Etat, obéissant elle-même à des valeurs qui s'imposent à elle; ce sont les droits de l'homme de la Révolution française; c'est l'«arrêt du pouvoir» de Montesquieu. M. Kägi rapporte ce passage de Dicey³: "Each man's individual rights are far less the result of our constitution than the basis on which the constitution is founded." c) La constitution, à un troisième point de vue, fait de l'homme un citoyen, et non pas un sujet. M. William Rappard disait dans le même sens: «Le propre d'une démocratie libre, c'est que tout individu y est, par définition et par mission, quelque peu homme

² Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945.

³ Dicey, dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th edit., p. XXXVII, 199.

d'Etat⁴.» d) Enfin, dernier aspect qui domine tous les autres, la constitution est par sa nature même une norme juridique durable: formellement, elle est soumise à un système de revision plus rigide que les lois ordinaires; au fond, elle crée une permanence dans les institutions et les lois de l'Etat; l'idée de constitution s'oppose donc à la doctrine du «décisionisme» de Carl Schmitt, le théoricien juriste du national-socialisme. M. Kägi cite à cet égard un mot de Maurice Hauriou, parlant de la constitution: «Les institutions qui représentent dans le droit comme dans l'histoire la garantie de la durée, de la continuité et du réel.»

D'un mot, disons que la constitution est, ou au moins doit être la conscience juridique du pays.

2^o La Constitution suisse, loi suprême et pacte confédéral

La Constitution suisse répond à toutes les exigences d'une constitution, telle qu'on vient de la définir⁵.

Elle organise les grandes institutions de l'Etat et elle en arrête la compétence.

En créant les organes, la Constitution suisse assigne encore des limites à leur pouvoir. C'est le jeu de la compétence fédérale, par opposition à celle des cantons. Mais c'est aussi l'affirmation des droits populaires, des prérogatives cantonales et des libertés des citoyens. Par là, la Constitution suisse s'élève à un plan supérieur à celui de la loi. Elle proclame des principes inaliénables et permanents, touchant à la fois aux impératifs de la conscience humaine et à la raison d'être de notre pays. Les besoins de l'homme peuvent changer, ces principes demeurent. Les moyens dont dispose le législateur pour assurer la vie en société s'adapteront aux circonstances mouvantes du réel; le légis-

⁴ W. Rappard, *L'individu et l'Etat*, p. 534.

⁵ André Siegfried a vu juste quand il a écrit de la Suisse (*La Suisse, démocratie témoin*, 1948): «Les facteurs positifs de l'unité sont ailleurs (que dans la culture ou la nature). Le principal est un attachement indéfectible à des institutions communes, à une certaine conception de l'association politique.»

lateur n'en est pas moins tenu de respecter les vérités politiques fondamentales.

Mais ce qui caractérise de plus la Constitution suisse, c'est qu'elle continue à jouer le rôle d'un pacte confédéral⁶. On n'y insistera jamais assez.

La Constitution suisse est l'expression d'un accord de volonté consacré sous sa forme actuelle en 1848, puis en 1874. Un accord de volonté entre les 22 cantons, portant engagement réciproque des majorités vis-à-vis des minorités, de la Confédération vis-à-vis des cantons, des détenteurs du pouvoir vis-à-vis des citoyens, en un mot de l'Etat vis-à-vis de l'homme.

Ainsi envisagée, la fidélité à la Constitution n'est pas autre chose que la fidélité confédérale. L'infidélité serait un manquement à une parole donnée.

Ailleurs qu'en Suisse, la chose politique est plus simple. On ignore généralement la sphère de compétence d'Etats cantonaux, et le referendum législatif n'est pas considéré comme l'attribut essentiel de la liberté politique. Chez nous, les exigences d'un pays qui veut être fédéraliste et qui veut sauvegarder les droits populaires rendent la tâche du législateur parfois extraordinairement compliquée et difficile⁷.

«La liberté n'est pas un don gratuit.» Telle était l'heureuse formule par laquelle la Ligue du Gotthard a introduit, en hiver 1949-1950, une série de conférences et d'entretiens sur les problèmes du pays. S'il est vrai que la constitution est la garante d'une liberté tenue pour un bien suprême, les sacrifices nécessaires ne sauraient être refusés. Tantôt peut-être on devra accepter un certain ralentissement de la procédure législative, tantôt on renoncera à une mesure pourtant profitable. Ce sera le prix de la liberté.

⁶ William Rappard, ZSR 1934 p. 144 a; Dubs, cité par Rappard, ibidem; D. Schindler, Über den Rechtsstaat, Festgabe für Max Huber, 1934; Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1949, p. 30 ss.

⁷ Faisant allusion à certains sacrifices imposés par le respect de la Constitution, la Cour suprême des Etats-Unis a dit dans un arrêt: «a part of the price of our federal system».

Un peuple libre lutte pour sa constitution, comme pour son territoire.

II. — La constitutionnalité de la constitution elle-même

La première condition toutefois pour qu'on puisse exiger le respect de notre Constitution, c'est que celle-ci corresponde à ce qu'on doit attendre d'une constitution. En d'autres mots, il faut que la loi supérieure du pays ne soit pas seulement une constitution au sens formel, de par son mode d'adoption, mais qu'elle soit, de plus, et dans toutes ses parties, une constitution quant à sa matière elle-même.

a) Or la Constitution suisse a été chargée de textes hétérogènes qui ne relèvent certes pas tous de la loi suprême. Souvent, à la faveur d'une initiative constitutionnelle — à défaut du procédé de l'initiative législative, qui serait grandement désirable — ont été introduites dans la Constitution certaines règles bonnes à figurer dans une législation ordinaire, sinon dans des ordonnances sanitaires ou des règlements de police (abatage du bétail, subventions scolaires, interdiction de l'absinthe, réglementation des débits de boissons et des maisons de jeux, etc.).

b) D'autres textes encore sont l'expression d'une attitude purement politique, qui eut un jour sa justification, mais dont l'actualité, en tant que règle constitutionnelle, paraît aujourd'hui dépassée (interdiction de la peine de mort, articles touchant les couvents ou les jésuites, etc.).

c) Quelques textes enfin ont reçu une précision dans le concret qui les a rendus inaptes à supporter l'épreuve du temps (par exemple la définition de la liberté du commerce et de l'industrie jusqu'en 1947, et même, à certains égards, les articles économiques de 1947). On a parfois paru oublier qu'un article constitutionnel ne peut pas être construit sur l'opportunité du moment. Bertrand de Jouvenel fait remarquer⁸ que le conflit du New Deal aux Etats-Unis n'a

⁸ Bertrand de Jouvenel, *Du Pouvoir*, 1945, p. 466.

éclaté que parce que la Cour suprême était le défenseur, contre l'opportunité politique, de règles inscrites dans la constitution, mais qui étaient elles aussi d'opportunité politique.

Cela étant, une épuration de la Constitution est désirable.

Tous les articles figurant dans la Constitution, mais qui par leur nature ou par leur rédaction ne ressortissent pas à l'essence de celle-ci, devraient en être bannis. Il n'est pas besoin pour cela d'une revision totale. Une revision partielle suffirait.

Ramenée à un énoncé des principes fondamentaux, qui y figurent déjà, notre Constitution pourrait redevenir l'« arche sainte » qui inspire le respect et dont l'autorité ne se discute pas.

En attendant cette épuration souhaitée, nous pensons qu'un organe de contrôle, quel qu'il soit, ne peut que s'en tenir aux principes proprement constitutionnels. Il doit négliger les autres, parce que, bien qu'inscrits formellement dans la Constitution, ils échappent matériellement à sa valeur de loi suprême.

III. — Le contrôle de la constitutionnalité en général

1^o La norme constitutionnelle doit être sanctionnée

La Constitution française de 1791 proclamait avec un bel optimisme : « L'Assemblée nationale constituante remet le dépôt de la Constitution à la fidélité du corps législatif, du Roi et des juges, à la vigilance des pères de familles, des épouses et des mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français. »

On est rapidement revenu de cette confiance en la vertu civique. Tant que les hommes seront hommes, la norme dépouillée de sanction sera inscrite sur le sable.

Pour les citoyens, pour les cantons et pour les communes, le refus d'obéir à une injonction constitutionnelle est sanctionné par la voie administrative ou judiciaire; c'est l'exé-

cution forcée. Mais à l'égard des autorités fédérales, il n'en est pas exactement ainsi. Sauf des exceptions qu'on décrira, les autorités fédérales et le législateur fédéral en particulier ne sont trop souvent pas obligés, sous menace d'une sanction juridique, de se conformer aux injonctions constitutionnelles. Leur devoir reste un devoir moral et sans sanction.

Le constituant de 1874, participant du reste à l'esprit général du 19^e siècle, était parti de l'idée que le droit qu'il posait n'était pas menacé par les organes de l'Etat fédéral. Aussi n'a-t-il pas organisé les moyens de le défendre de ce côté-là. Or l'expérience a montré que la menace existe. Elle était inévitable dès le moment, du reste imprécis, où la législation et l'administration de l'Etat fédéral sont devenues prépondérantes.

Une question domine tout le domaine de la sanction : celle-ci sera-t-elle une sanction proprement juridique, ce qui implique normalement l'instauration d'une juridiction qui dit où est le droit ? Ou bien la sanction sera-t-elle organisée sur le plan politique, c'est-à-dire par le contrôle mutuel des détenteurs du pouvoir, ceux-ci n'étant pas absolument liés par une règle juridique préétablie ?

2^o La conformité à la constitution, de forme et de fond

Un acte — loi, arrêté, règlement ou décision —, émanant d'un organe fédéral, est conforme à la constitution si les conditions suivantes sont réalisées, savoir :

a) La matière traitée doit être tout entière comprise dans une des sphères de compétence que la Constitution reconnaît à la Confédération ; ainsi le prélèvement actuel d'un impôt fédéral direct est aujourd'hui inconstitutionnel.

b) L'autorité qui a pris la mesure doit être l'autorité constitutionnellement compétente ; ainsi est inconstitutionnelle l'ordonnance législative du Conseil fédéral qui excéderait le pouvoir législatif délégué.

c) La voie suivie doit être celle fixée par la constitution ; ainsi est inconstitutionnel l'arrêté fédéral de portée générale

qui est soustrait au referendum préalable lorsqu'il n'y aurait pas urgence.

d) Enfin, les dispositions prises doivent répondre quant au fond aux exigences de la constitution, notamment quant aux libertés de l'homme (égalité devant la loi, liberté du commerce et de l'industrie, garantie du juge naturel, etc.); ainsi est inconstitutionnelle une disposition légale qui créerait, sans motif raisonnablement admissible, une différence de traitement entre deux catégories de contribuables.

3° La conformité à la constitution dans l'interprétation

Aussi bien quand elle pose des règles de compétence que quand elle fixe une norme de procédure ou proclame certains principes de liberté, la Constitution recourt nécessairement à des expressions susceptibles d'interprétations diverses. Qu'on songe seulement à des termes, dits termes vagues, comme le « bien-être général », la « sécurité économique », l'« intérêt général », l'« économie menacée » (art. 31bis Cst.).

Le Tribunal fédéral, dans l'exercice de sa juridiction constitutionnelle à l'endroit de la législation cantonale, a adopté une attitude retenue, laissant le maximum de liberté d'interprétation à l'autorité parlementaire du canton : « Le Tribunal fédéral doit adopter l'interprétation de l'autorité cantonale autant qu'elle ne s'avère pas arbitraire, insoutenable⁹. » L'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales — s'il est créé — s'en tiendrait-il à un examen de portée aussi limitée ? Ce serait, à notre avis, ramener à trop peu de chose un tel contrôle.

Mais l'organe chargé de l'examen de la constitutionnalité jouirait-il au contraire d'une entière liberté d'appréciation et d'interprétation ? Donnerait-il, dans les cas particuliers, des définitions concrètes de ce qu'il faut entendre par le « bien-être général » et d'autres notions analogues ? Deux dangers opposés menaceraient alors les interprètes constitutionnels.

⁹ RO 74 I 117, JT 1948 I 607.

Ou bien l'on aurait une jurisprudence constitutionnelle changeante et ondoyante au gré des cas concrets et des événements; les juges constitutionnels feraient de l'opportunité et de la politique; on parlerait alors non sans raison du gouvernement des juges.

Ou bien nos interprètes constitutionnels auraient une jurisprudence ferme; ils imposeraient des normes concrètes là où le constituant est resté dans l'abstrait; ils résoudraient des cas spéciaux quand le constituant s'est borné à énoncer des principes généraux et souples. Une telle méthode peut sans doute se révéler parfois utile, sinon indispensable¹⁰. Mais, elle doit rester exceptionnelle, car elle tend, par voie de jurisprudence, à faire passer la constitution au rang de loi ordinaire, avec l'inconvénient qu'une revision en sera plus difficile. Autrement dit, l'on ferait jouer au juge gardien de la constitution le rôle inverse de celui qu'exprime la formule du gouvernement des juges: on dénoncerait son incapacité à saisir les exigences des temps nouveaux.

L'interprétation de la constitution, quel que soit l'organe chargé d'en assurer la garde, doit donc rester assez souple pour tenir compte de l'évolution de la vie du pays et assez ferme pour maintenir les principes essentiels. Plus peut-être que pour une loi, l'interprète s'attachera moins à la lettre de la règle constitutionnelle, à la volonté exprimée par les constituants, qu'au but objectivement discernable de la norme, dans l'esprit général de la constitution. Ce but pouvant du reste être différent aujourd'hui de ce qu'il était en 1874 ou en 1848¹¹.

¹⁰ Ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de double imposition, fondée sur l'art. 46 Cst., et, dans une certaine mesure, la jurisprudence en matière d'égalité devant la loi.

¹¹ C'est en recourant à une méthode d'interprétation particulièrement libre que M. le conseiller fédéral Celio a pu, le 15 mars 1950, justifier devant le Conseil national la constitutionnalité du projet d'arrêté sur le statut des transports automobiles: l'art. 36 Cst. remet à la Confédération «les postes et les télégraphes»; ce qui, à l'époque (1874), devait signifier tous les moyens de transports et de communications qui ne sont pas les chemins de fer (art. 26);

Reprenons ici la métaphore d'un grand juriste américain¹²: la vraie interprétation de la constitution consiste à la considérer non pas comme l'ancre qui immobilise le vaisseau, mais comme la voile qui en favorise l'heureuse navigation.

4^o La législation, objet du contrôle de la constitutionnalité

Tous les actes de l'Assemblée fédérale et tous ceux du Conseil fédéral, qu'il s'agisse d'actes législatifs ou de décisions de cas concrets, pourraient, en principe, faire l'objet d'un contrôle de leur constitutionnalité.

Laissons immédiatement de côté les décisions de cas concrets du Conseil fédéral ou de ses organes subordonnés, c'est-à-dire les décisions de l'administration. Car, à leur égard, le contrôle de la constitutionnalité peut être organisé en même temps, de la même façon et, s'il y a lieu, devant la même juridiction que le contrôle de la légalité. Nous renvoyons à cet égard à ce qui sera dit ci-dessous, dans la troisième partie.

Il en est de même pour les règlements (qu'on les appelle arrêtés, ordonnances, règlements, circulaires, directions ou instructions) du Conseil fédéral ou de ses organes subordonnés qui sont sur un plan inférieur à celui de la loi, savoir les règlements d'administration interne et les règlements d'exécution ou d'application des lois. Pour eux également, l'examen de la constitutionnalité se confond avec celui de leur légalité. Nous renvoyons aussi à ce qui sera dit dans la troisième partie.

D'autre part, en ce qui concerne les arrêtés simples de l'Assemblée fédérale, il ne semble pas qu'un contrôle de leur constitutionnalité réponde à un besoin.

donc aussi, aujourd'hui, le téléphone, la radiophonie et les transports automobiles.

¹² James Montgomery-Beck, dans son ouvrage sur la constitution des Etats-Unis que cite Hans Huber dans Suisse contemporaine, 1943, p. 322-323.

En définitive, l'étude du contrôle de la constitutionnalité, envisagée comme telle, ne portera que sur les actes législatifs proprement dits. Mais il conviendra de distinguer deux espèces d'actes législatifs, selon leur source, savoir:

- a) les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale de l'Assemblée fédérale;
- b) les ordonnances législatives du Conseil fédéral.

Cette distinction nous est imposée, on le verra, par l'art. 113, al. 3, de la Constitution.

Mais auparavant, il n'est pas inutile de rappeler encore comment est conçu, hors de notre pays, le contrôle de la constitutionnalité des lois.

IV. — Le grief de l'inconstitutionnalité à l'étranger

1^o Etats-Unis d'Amérique: le contrôle par les tribunaux

L'exemple américain est classique. Par une jurisprudence instaurée en 1803, le juge des Etats-Unis refuse d'appliquer la loi s'il la tient pour inconstitutionnelle. Il casse la mesure prise en application d'une telle loi.

Les juristes suisses connaissent aussi bien les motifs de cette jurisprudence que son fonctionnement¹³. On est en présence d'un contrôle postérieur, exercé par n'importe quel tribunal.

Mentionnons seulement les deux étapes récentes du contrôle constitutionnel aux Etats-Unis:

a) Le conflit du New Deal. En 1936 et 1937 la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré inconstitutionnelles des lois par lesquelles le Congrès, suivant la politique du pré-

¹³ G. Vogt, ZSR 1880 p. 566—586; D. Schindler, ZSR 1925 p. 18-62; Fritz Fleiner, ZSR 1934 p. 1 a ss.; W. Rappard, ZSR 1934 p. 36 a. — Nicolo Biert, Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes durch den Richter, thèse 1933; G. Solym, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse, thèse 1923; Rud. H. Großman, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, thèse Zurich 1948.

sident Roosevelt qualifiée de New Deal, entendait remédier à la crise économique et réglementer les relations du capital et du travail. Une réforme judiciaire fut alors proposée, pour limiter les pouvoirs des juges (nommés à vie) de la Cour suprême, mais le Sénat la fit échouer. En 1941, le conflit était cependant résolu : ensuite de quelques démissions, la Cour suprême fut composée dès lors de sept juges (sur neuf) nommés par le président Roosevelt. Mais un conflit analogue peut surgir à nouveau.

b) Les mesures de nécessité. Durant la dernière guerre le Président a exercé des pouvoirs extraordinaires, fondés sur l'état de nécessité (national emergency), pouvoirs qu'il tirait soit de la constitution directement, soit de délégations du Congrès. Or la Cour suprême n'a jamais hésité à contrôler la constitutionnalité et des pouvoirs constitutionnels propres et des pouvoirs délégués du Président ; c'est-à-dire, dans les deux éventualités, à vérifier si les conditions de l'état de nécessité étaient bien réalisées. Chaque fois du reste la Cour a retenu une interprétation assez extensive de l'état de nécessité ; non sans affirmer aussi que le pouvoir de déroger à la constitution cesse dès que la péril national a disparu, alors même que l'état de guerre n'a pas pris fin¹⁴.

2^o Angleterre : le contrôle par les tribunaux

L'Angleterre, qui vit sans constitution, connaît cependant la protection judiciaire des droits essentiels du citoyen : «habeas corpus», «ultra vires», etc.

L'Emergency Powers Act de 1939 a accordé au gouvernement de très larges pouvoirs extraordinaires. Mais les Defence Regulations ainsi décrétés pouvaient être soumis aux cours de justice par la voie dite de l'«ultra vires». C'est ainsi qu'une partie du décret portant contrôle de l'industrie a été annulée¹⁵.

¹⁴ Revue du droit public et de la science politique, Paris 1946/52, p. 449 ss.

¹⁵ André Gervais, dans Revue du droit public, Paris 1946/52, p. 592.

3^o Autriche: la Cour constitutionnelle

Les juristes suisses connaissent la Cour de juridiction constitutionnelle d'Autriche (Verfassungsgerichtshof) par la monographie qu'a présentée le professeur Hans Kelsen dans la Revue de droit suisse¹⁶.

Créée par la Constitution autrichienne du 1^{er} octobre 1920, cette Cour constitutionnelle, qui a subi une éclipse, fonctionne à nouveau depuis 1945.

La cour se compose de 14 membres. Elle est un tribunal sui generis, hors du cadre de l'administration judiciaire. Pour en être membre, il faut avoir fait des études de droit et de sciences politiques et avoir exercé pendant dix ans au moins une profession exigeant des études complètes dans ces matières. Les membres d'un gouvernement central ou régional, ceux des chambres législatives ainsi que les agents des partis politiques ne sont pas éligibles. C'est, depuis 1929, le président fédéral qui élit les juges, sur propositions qui sont faites par le gouvernement et les chambres: six membres doivent être choisis parmi les professeurs d'universités. Tous sont élus à vie, avec une limite d'âge à 70 ans. Ils continuent, à côté de leurs fonctions à la Cour, à exercer leur magistrature dans un tribunal, à occuper leur chaire universitaire ou à pratiquer le barreau.

En plus d'une compétence comme cour des conflits et comme tribunal électoral supérieur, la Cour constitutionnelle autrichienne examine comme tribunal unique la constitutionnalité des lois et la légalité des ordonnances. A cet effet, elle statue d'office ou sur requête d'un tribunal suprême ordinaire. D'autre part, la Cour constitutionnelle prononce sur les recours des particuliers concernant les droits garantis par la constitution, ce à l'occasion d'un acte administratif. Si la Cour juge qu'une loi est contraire à la constitution, elle l'abroge, mais sans effet rétroactif. Enfin, advient-il de ce fait un hiatus dans la législation, elle fixe un délai, jusqu'à un an, au terme duquel la loi cessera de

¹⁶ ZSR 1923 p. 173 ss.

déployer ses effets. Le contrôle de la Cour constitutionnelle autrichienne est donc tant préalable que postérieur.

4^o Yougoslavie : le Présidium de l'Assemblée populaire

La Constitution de la République fédérative populaire de Yougoslavie, du 31 janvier 1946¹⁷, s'impose en principe au parlement, comme loi supérieure de l'Etat. Toutefois aucun contrôle de constitutionnalité n'est exercé sur les lois fédérales prises par l'Assemblée populaire (parlement bicaméral). Le Présidium de l'Assemblée populaire (au maximum 38 membres), élu par cette assemblée, contrôle d'une part les lois particulières des républiques fédérées, au point de vue de leur conformité à la constitution et aux lois fédérales, et d'autre part les règlements et décisions du gouvernement, à ce même point de vue.

5^o Belgique : le Conseil d'Etat

La loi belge du 23 décembre 1946¹⁸ portant création d'un Conseil d'Etat confère à ce corps les attributions consultatives suivantes :

« Art. 2. — La section de législation donne un avis motivé sur le texte de tous projets, propositions de loi et amendements à ces projets et propositions dont elle est saisie par le président de l'une des deux Chambres législatives.

» Hors les cas d'urgence, et les projets de lois budgétaires exceptés, les ministres soumettent à l'avis motivé de la section le texte de tous avant-projets de lois ou d'arrêtés d'exécution, organiques et réglementaires. L'avis est annexé à l'exposé des motifs des projets de lois, ainsi qu'aux rapports faits au Roi.

» Les ministres peuvent demander l'avis motivé de la section sur toutes propositions de lois, sur tous projets de décrets, ainsi que sur tous amendements à des projets ou propositions de lois. »

¹⁷ Publiée dans *Revue du droit public*, Paris 1946/52.

¹⁸ Publiée dans *Revue du droit public*, Paris 1948/54.

Le système belge comporte donc un contrôle préalable de la législation, par un organe de juridiction administrative, avec un effet purement consultatif¹⁹.

6^o France: le Comité constitutionnel

a) Pour la législation qui émane de l'Assemblée nationale, la Constitution française de 1946²⁰ a créé un contrôle de constitutionnalité, par le moyen du «Comité constitutionnel». C'est là un organe politique, non judiciaire. Son contrôle est préalable.

Le Comité constitutionnel reçoit les projets de lois après l'Assemblée nationale et les examine du point de vue de leur constitutionnalité. En cas de réponse négative, et si l'Assemblée nationale persiste dans son point de vue, on introduit une procédure de revision constitutionnelle. Ce qui aboutit, résultat surprenant, à adapter la constitution à la loi, alors que le problème serait plutôt de faire fléchir la loi devant la constitution²¹.

¹⁹ Nous ne pourrions, pour la France, attribuer le même rôle au Conseil d'Etat, puisque ce corps a, depuis fort longtemps déjà, perdu par désuétude la fonction consultative pour la législation proprement dite, qui lui appartient en droit (et qu'il a conservée pour la législation réglementaire, comme on le verra plus loin).

²⁰ Publiée dans *Revue du droit public*, Paris 1946/52, p. 580 ss., et dans Maur. Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris 1948.

²¹ «Art. 91. — Le Comité constitutionnel est présidé par le Président de la République.

» Il comprend le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle, à la représentation proportionnelle des groupes, et choisis en dehors de ses membres, trois membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République.

» Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une revision de la constitution.

» Art. 92. — Dans le délai de promulgation de la loi, le Comité est saisi par une demande émanant conjointement du Président de la République et du Président du Conseil de la République, le Conseil ayant statué à la majorité absolue des membres le composant.

Mais on ne peut faire allusion au Comité constitutionnel français sans signaler que son examen ne porte pas sur le respect des principes inscrits dans le préambule de la constitution, c'est-à-dire les principes consacrant les droits de l'homme et la mission fondamentale de l'Etat²². Le contrôle ne s'exerce que quant à l'organisation et à la compétence des institutions de l'Etat (Titres I^{er} à X Cst.). D'autre part, le Comité constitutionnel français a une composition politique qui ne diffère guère de celle de l'Assemblée nationale, de sorte qu'il paraît d'avance exclu qu'il se mette en opposition avec elle²³. Il semble qu'il est appelé plutôt à jouer entre les deux Chambres un rôle d'organe conciliateur²⁴.

b) Quant à l'exception d'inconstitutionnalité en justice, elle ne paraît pas reconnue en droit positif, sinon par quel-

» Le Comité examine la loi, s'efforce de provoquer un accord entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République et, s'il n'y parvient pas, statue dans les cinq jours de sa saisine. Ce délai est ramené à deux jours en cas d'urgence.

» Il n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des titres premier à X de la présente constitution.

» Art. 93. — La loi, qui de l'avis du Comité, implique une révision de la constitution, est renvoyée à l'Assemblée nationale pour nouvelle délibération.

» Si le Parlement maintient son premier vote, la loi ne peut être promulguée avant que la constitution n'ait été révisée dans les formes prévues à l'art. 90.

» Si la loi est jugée conforme aux dispositions des titres premier à X de la présente constitution, elle est promulguée dans le délai prévu à l'art. 36, celui-ci étant prolongé de la durée des délais prévus à l'art. 92 ci-dessus.»

²² Sur ce point, Robert Pelloux, *Le préambule de la constitution* du 27 octobre 1946 dans *Revue du droit public*, Paris 1947/53, p. 346 ss.; Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris 1949, p. 14 ss.

²³ Maurice Duverger, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris 1948, p. 374.

²⁴ Aug. Soulier, *La délibération du Comité constitutionnel* du 18 juin 1948, dans *Revue du droit public*, Paris 1949/55, p. 195 ss.

ques décisions judiciaires isolées; elle a fait cependant l'objet d'un vigoureux effort de la doctrine²⁵.

Depuis la Constitution de 1946, l'opinion a été reprise qu'une exception d'inconstitutionnalité peut être présentée, notamment fondée sur le préambule de la constitution. Le tribunal de la Seine a rendu un arrêt dans ce sens²⁶.

Enfin, en ce qui concerne la législation extraordinaire des décrets-lois, émanant du pouvoir exécutif, elle est soumise en principe à un certain examen qui peut se rapprocher d'un contrôle de constitutionnalité: l'examen par le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Mais, en fait, nous apprend M. Waline²⁷, le Conseil d'Etat refuse de contrôler la constitutionnalité des décrets-lois, bien qu'il voie en ceux-ci des actes administratifs, parce que cela le contraindrait à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi d'habilitation.

7^o Italie: la Cour constitutionnelle

Organisée par la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947²⁸, la Cour constitutionnelle (Corte costituzionale) est supérieure aux trois autres pouvoirs,

²⁵ A. Blondel, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, 1928; Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1929, p. 266 ss.; Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, III 1930 p. 709 ss. — Contra: Carré de Malberg, Théorie générale de l'Etat, I 1920 p. 225 ss., II p. 609; Paul Duez, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France (comment il convient de poser la question) dans Mélanges Hauriou, 1929.

²⁶ Robert Pelloux, Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, dans Revue du droit public, Paris 1947/53, p. 395-396 (l'auteur cite dans le même sens Marcel Prélôt, Précis de droit constitutionnel, p. 335). — En outre: Georges Ripert, Le déclin du droit, Paris 1949, p. 15-16.

²⁷ Marcel Waline, Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1950, p. 127.

²⁸ Publiée dans Revue du droit public, Paris 1948/54, p. 388 ss. — Cf. Michele Petrucci, La Corte costituzionale, dans Commentario sistematico alla Costituzione italiana (Calamandrei e Levi), Florence 1950.

législatif, exécutif et judiciaire. Les 15 juges constitutionnels de cette cour sont nommés, cinq par le président de la République, cinq par les deux Chambres réunies et cinq par les autorités judiciaires suprêmes. Tous doivent être obligatoirement choisis parmi les magistrats supérieurs (éventuellement en retraite), les professeurs ordinaires de droit et les avocats ayant 20 ans de pratique.

La Cour connaît des conflits concernant la constitutionnalité des lois et décrets législatifs. Elle n'est saisie que lorsque l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée devant un tribunal civil, pénal ou administratif. La Cour connaît encore des conflits de compétence entre l'Etat et les « régions ».

Si la Cour décide qu'une loi est inconstitutionnelle, cette loi cesse immédiatement de déployer ses effets envers quiconque, sous réserve de mesures transitoires à arrêter de cas en cas.

Le système italien combine donc la voie de l'exception avec un effet abrogatoire sur la loi elle-même.

8^o Allemagne : la Cour constitutionnelle

La Constitution (Grundgesetz) de la République fédérale allemande, adoptée à Bonn le 8 mai 1949, a créé, à côté de la Cour suprême de juridiction ordinaire, une Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht).

La Cour se compose pour partie de juges fédéraux et pour partie d'autres membres. Elle est élue moitié par la Diète fédérale, moitié par le Conseil fédéral. Il y a incompatibilité avec les charges de membre d'une des chambres du gouvernement, comme aussi avec les charges correspondantes des « pays ». Selon l'art. 93 de la constitution, la Cour constitutionnelle allemande connaît notamment : a) des conflits portant sur la compétence des organes supérieurs de l'Etat ; b) des contestations quant à la constitutionnalité de la législation fédérale ou de celle des « pays » ; des contestations quant à la conformité de la législation des « pays » avec celle de l'Etat fédéral ; c) des contestations

quant aux rapports de l'Etat fédéral et des «pays»; d) des autres conflits de droit public entre l'Etat fédéral et les «pays», entre les «pays» eux-mêmes ou à l'intérieur d'un «pays».

Le contrôle de constitutionnalité est, ici encore, judiciaire. Il fonctionne par voie d'action et semble-t-il aussi par voie d'exception.

Chapitre II^e

La législation de l'Assemblée fédérale

I. — Evolution et état de la question

1^o L'art. 113 de la Constitution

a) Les auteurs de la Constitution fédérale suisse ont clairement manifesté leur volonté d'exclure toute *exception* fondée sur un grief d'inconstitutionnalité, dès que la législation de l'Assemblée fédérale est en cause.

C'est ainsi que l'art. 113 al. 3 Cst. prescrit²⁹: «Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale.»

Dans le même sens, à propos de la juridiction administrative, l'art. 114 bis al. 3 prescrit:

«La cour administrative appliquera la législation fédérale et les traités approuvés par l'Assemblée fédérale.»

b) De l'art. 113 Cst., spécialement du rapprochement de l'al. 1 ch. 3 et de l'al. 3, il faut encore déduire que le citoyen n'a pas, par voie d'*action*, un recours au Tribunal fédéral pour une éventuelle violation de ses droits constitutionnels par la législation de l'Assemblée fédérale. C'est ainsi que, organisant le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels par le législateur, la loi d'organisa-

²⁹ Dans ses termes exprès cette disposition ne vaut que pour la juridiction de droit public du Tribunal fédéral. Mais l'interprétation en a étendu la portée à sa juridiction civile et pénale.

tion judiciaire (art. 84) n'a envisagé que le grief dirigé contre les actes cantonaux, non celui contre les actes fédéraux.

En présence de l'art. 113 Cst., le gardien de la Constitution est donc en Suisse l'Assemblée fédérale elle-même, avec le contrôle éventuel du peuple par le referendum. Mais si cette assemblée faillit à sa mission, s'il vient à surgir un désaccord entre la loi et la Constitution, la solution est dans la suprématie de la loi. Autrement dit, le législateur fédéral peut déroger à la Constitution et il y a des modifications constitutionnelles indirectes qui échappent ainsi à la volonté du pouvoir constituant.

M. William Rappard, faisant un historique détaillé de la genèse de notre art. 113 al. 3 Cst.³⁰, a montré que l'intention du constituant de 1874 était bien nette. On a refusé de suivre l'exemple américain. On n'a pas voulu «subordonner le législatif au judiciaire». On a intentionnellement fait de l'Assemblée fédérale «l'autorité suprême de la Confédération», selon la formule de l'art. 71 Cst.

2^o Tentatives d'instaurer un contrôle de la constitutionnalité par la voie judiciaire

a) Dans son rapport à la Société suisse des juristes en 1934³¹, le professeur Fritz Fleiner résumait les critiques qui peuvent être adressées à cette maxime de notre droit public qu'exprime l'art. 113 al. 3 Cst., selon laquelle les citoyens et les cantons sont dépourvus de protection judiciaire à l'endroit de la législation de l'Assemblée fédérale qui dérogerait à la Constitution. Il rappelait la motion de Rabours en 1923 et la motion Scherer en 1925 qui toutes deux tendaient à un contrôle judiciaire de la constitutionnalité et furent rejetées.

Il n'en reste pas moins, ajoutait-il, que le désaccord est de plus en plus accentué entre la législation fédérale et la

³⁰ Dans son rapport à la Société suisse des juristes en 1934, ZSR 1934 p. 113 a ss.

³¹ ZSR 1934 p. 1 a ss.

Constitution (abus de la clause d'urgence, appropriation de compétence inconstitutionnelle, violation des droits individuels); et pourtant l'obéissance est demandée à une loi même inconstitutionnelle, même excédant les limites de la souveraineté fédérale. Il en résulte un affaiblissement de la confiance dans la valeur de la Constitution elle-même et dans le sens du droit qui est à la base de l'Etat.

Fritz Fleiner concluait son rapport en préconisant un contrôle judiciaire de la constitutionnalité; mais par voie d'action seulement, c'est-à-dire sous la forme d'un recours de droit public devant le Tribunal fédéral. En outre il suggérerait qu'une consultation préalable pût être demandée au Tribunal fédéral, en cours d'élaboration d'une loi, tant par le Conseil fédéral que par les Chambres; cette consultation ayant éventuellement un effet obligatoire de veto.

b) En 1936 une *initiative populaire*, appuyée par 58 690 citoyens, fut déposée en vue de l'institution en Suisse d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral³².

On se souvient de l'échec de cette initiative en votation du peuple et des cantons, le 22 janvier 1939. Echec significatif, puisque, sur 488 000 suffrages valables, 141 000 ont

³² L'art. 113 nouveau proposé aurait eu la teneur suivante:

«Le Tribunal fédéral connaît en outre:

...

- »3) des réclamations des particuliers pour violation de concordats ou de traités par des actes législatifs ou administratifs cantonaux;
- »4) des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens par des lois et arrêtés fédéraux, ainsi que par des actes législatifs ou administratifs cantonaux. Le recours peut aussi être dirigé contre des ordonnances fédérales, sous réserve de la juridiction administrative du Tribunal fédéral.

»Dans tous les cas, le Tribunal fédéral appliquera les traités ratifiés par l'Assemblée fédérale, de même que les lois et arrêtés fédéraux acceptés en votation populaire.

»Dans sa juridiction civile et pénale, le Tribunal fédéral appliquera en outre les autres dispositions de la législation fédérale.»

été pour l'adoption et 347 000 pour le rejet de la demande d'initiative; tous les cantons étaient rejetants.

Dans son rapport à l'Assemblée fédérale, du 17 septembre 1937, sur cette initiative populaire³³, le Conseil fédéral avait pris nettement une position négative.

Il est difficile de dire, expose le Conseil fédéral, quand la Constitution a été violée. Le plus souvent, la solution dépendra d'une appréciation personnelle et subjective. — Sans doute plusieurs actes législatifs, pris alors que la Confédération se trouvait dans un état de nécessité, ont-ils inévitablement entraîné des mesures qui dérogeaient à la Constitution; mais il serait intolérable que de telles mesures fussent cassées par un organe juridictionnel. D'autre part, il ne serait pas possible de laisser à une cour judiciaire la faculté d'apprécier si un état de nécessité est réalisé, car l'idée qu'on se fait de la nécessité dans un cas donné dépend essentiellement de l'opinion qu'on a sur l'opportunité de la mesure envisagée. — De même, quand il s'agit de déterminer l'étendue de la compétence de la Confédération pour légiférer dans une certaine matière. Le contrôle de cette compétence par un organe juridictionnel équivaldrait à un contrôle des mesures prises; or celles-ci ne doivent relever que de l'organe législatif. — A l'inverse des normes législatives, qui peuvent être appliquées «telles quelles», les normes constitutionnelles demandent généralement à être appréciées; leur interprétation équivaut à un jugement de valeur; l'interprète de la constitution doit se mettre à la place du législateur et peser, après lui, les intérêts en présence, qui justifient ou non la loi promulguée; or, une telle fonction n'appartient pas au juge, mais au détenteur du pouvoir législatif. — Une division des responsabilités législatives entre l'Assemblée fédérale et un tribunal paralyserait l'activité créatrice de la première. — Si le Tribunal fédéral, élu de l'Assemblée fédérale, est chargé d'une mission de contrôle de cette assemblée, on peut craindre une intervention de la politique dans les élections judiciaires,

³³ FF 1937 III p. 5 ss.

des frictions entre les deux corps. — Il n'est pas désirable que les discussions politiques soient poursuivies jusque dans les délibérations du Tribunal fédéral, et l'autorité de ce corps judiciaire, si on lui attribue une compétence de contrôle constitutionnel, risquerait de pâtir, au détriment de ce bien précieux entre tous qui est la confiance dans les tribunaux. — Enfin, la sécurité juridique est compromise si, après promulgation d'une loi, une disposition de celle-ci se trouve cassée pour cause d'inconstitutionnalité.

3^o Nouvelles revendications en faveur d'un contrôle de la constitutionnalité des lois

Malgré l'échec de 1939, si caractéristique qu'il eût été, il restait permis d'en appeler du peuple mal informé au peuple mieux informé.

Des voix de plus en plus nombreuses se font entendre aujourd'hui pour l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité. L'effort pour un rétablissement des voies constitutionnelles doit être, pense-t-on, doublé d'une garantie que ces voies ne seront à l'avenir pas éludées. Le retour à une saine répartition de la compétence législative entre la Confédération et les cantons demande l'instauration d'une sanction au profit du principe fédéraliste. Enfin le terme de la guerre et des mesures extraordinaires doit avoir pour corollaire une protection judiciaire du particulier contre les éventuels excès de pouvoir de l'Etat.

a) Dans une récente étude³⁴, M. le professeur Hans Nef soutient vigoureusement la thèse du contrôle judiciaire de constitutionnalité, au moins en ce qui concerne l'application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst.).

Il y a un grave danger, dit-il, que le législateur ne vienne limiter la liberté économique des art. 31 ss. Cst. dans une plus grande mesure que celle actuellement prescrite par la Constitution. Ce danger existe pour cette liberté-là plus

³⁴ H. Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbe-freiheit, dans Recueil des Facultés de droit, 1948.

que pour toute autre. Seul un recours au juge peut assurer une suffisante garantie que la volonté du constituant sera respectée. Pour apprécier dans des circonstances concrètes, par exemple dans le cadre de l'art. 31^{bis} al. 3 Cst., si l'«intérêt général» justifie une dérogation, s'«il faut» déroger, si des branches économiques ou professions sont «menacées dans leur existence», si l'économie d'une région est «menacée», si un cartel a des effets «nuisibles», si un groupement est «analogue» à un cartel, le juge peut seul offrir les garanties d'impartialité nécessaires; seul il peut décider librement entre des interprétations différentes qu'impliquent ces termes vagues. Le Tribunal fédéral, ajoute l'auteur, comme juge constitutionnel des actes cantonaux, a fait la preuve que dans l'interprétation des principes fondamentaux il pouvait maîtriser même des problèmes appartenant à la politique économique. La compétence du législateur fédéral est devenue si large et les atteintes possibles à la liberté si nombreuses et si graves qu'il est nécessaire d'instituer un organe judiciaire de protection.

b) M. le professeur Ruck, de son côté³⁵, critique les effets de l'art. 113 al. 3 Cst. Seul le juge, et non l'autorité politique, est bien placé, dit-il, pour veiller à ce que la Constitution soit respectée et qu'il n'y soit pas dérogé; car pareille tâche demande une indépendance absolue vis-à-vis des revendications politiques. Au surplus, ce qui est contraire à la loi suprême du pays n'est plus du droit.

c) Pour M. le professeur Giacometti³⁶ l'art. 113 al. 3 Cst. est une concession malheureuse faite à l'idée démocratique au détriment de l'Etat de droit. C'est abusivement que l'Assemblée fédérale bénéficie en fait d'un plein pouvoir de modifier, s'il lui plaît, les normes constitutionnelles. L'accroissement considérable des tâches de la Confédération exige

³⁵ Ruck, Schweiz. Staatsrecht, 1939, p. 138; Schweiz. Verwaltungsrecht 1939, p. 169; Freiheit und Rechtsstaat, dans Recueil des Facultés de droit, 1948, p. 85-86.

³⁶ Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1949, p. 932-933.

impérieusement qu'une garantie soit organisée contre les atteintes du parlement aux libertés individuelles, au droit de referendum populaire et à la souveraineté cantonale. On serait dans l'illusion en pensant que l'Assemblée fédérale elle-même, voire l'opinion publique, peuvent réellement jouer le rôle de gardiens de la Constitution. Ce qu'on doit au moins obtenir c'est le contrôle judiciaire par voie d'exception.

d) M. Andréas Brunner³⁷, dans sa thèse récente, insiste aussi avec force pour un contrôle de la constitutionnalité. Il suggère, solution originale, que le veto d'inconstitutionnalité puisse être exercé par une majorité des tribunaux cantonaux supérieurs.

e) Le groupement politico-économique dit «Alliance des indépendants» (Landesring der Unabhängigen) a annoncé dans les journaux à fin 1949 qu'il se proposait de lancer une nouvelle initiative populaire pour l'instauration d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Selon une communication qui nous a été faite récemment, son projet, qui n'est pas encore publié, partira des principes suivants: — un complément à l'art. 113 al. 1 Cst., savoir: le recours de droit public au Tribunal fédéral contre les lois fédérales, arrêtés fédéraux, ordonnances fédérales et toutes décisions de l'administration fédérale, pour violation des droits constitutionnels;

— la suppression de l'art. 113 al. 3 Cst., savoir: la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux;

— une exception aux deux règles précédentes: les lois fédérales et arrêtés fédéraux acceptés en votation populaire lieraient le Tribunal fédéral et tous tribunaux; toutefois, avant la votation populaire, un avis devrait être demandé au Tribunal fédéral sur la question de constitutionnalité; cet avis serait rendu public; s'il est négatif, le projet ne pourrait être accepté que par la majorité du peuple et des cantons; — une disposition transitoire, portant délai de trois ans.

³⁷ A. Brunner, *Rechtsstaat gegen Totalstaat*, 1948, II p. 191 ss.

II. — Droit désirable

1^o Les objections à retenir contre le contrôle judiciaire

Quand on envisage, comme nous le faisons ici, la seule législation de l'Assemblée fédérale, il subsiste — tout bien pesé — contre le contrôle judiciaire de très sérieuses objections, qui permettent de douter du bénéfice que notre droit public en retirerait.

a) Faisant allusion au fait que c'est l'Assemblée fédérale qui fixe le nombre des juges et qui élit le Tribunal fédéral pour six ans, le Conseil fédéral, dans son rapport du 17 septembre 1937³⁸, émettait l'avis que « ces faits ne s'accommodent pas du rôle qui serait dévolu » à ce tribunal si on le chargeait du contrôle de l'activité législative. C'est certain. La nomination à vie ne résoudrait pas la difficulté; on l'a vu aux Etats-Unis. Quant à une cour constitutionnelle distincte, à l'instar de celle de certains pays, elle ne paraît pas réalisable chez nous; on ne voit guère le fonctionnement possible de ce quatrième pouvoir, avec une puissance prépondérante par rapport aux trois autres.

b) Certes l'interprétation de la constitution, quand est fixée une compétence ou une voie à suivre, peut rester sur le terrain proprement juridique. En revanche l'interprétation des termes généraux et abstraits, dans la définition des droits des particuliers (par exemple à l'art. 31^{bis} Cst.), ne manquera pas de faire surgir au prétoire des débats nettement politiques. Pourquoi alors un tribunal aurait-il mieux qualité pour arrêter une politique que l'Assemblée fédérale elle-même? Au surplus, il semble mauvais que, par la voie de l'interprétation, la norme constitutionnelle, abstraite par définition, soit prolongée sur le plan concret et empêche à l'avenir une souple application du principe.

c) Exercé par voie d'exception, le moyen fondé sur l'inconstitutionnalité n'est guère efficace. Ce n'est qu'un jugement au hasard des circonstances (*Zufallsrechtsprechung*)

³⁸ FF 1937 III p. 26.

qui dira si la loi est valable ou non. Et encore le parlement n'est-il pas obligé de la modifier. Mais voici qui va diminuer encore considérablement la portée du moyen exceptionnel. Dans bien des matières, les tribunaux n'ont même pas qualité pour juger au fond; si par exemple la cause ressortit à l'autorité administrative; de sorte que l'exception leur échappe du même coup. De plus, dans les matières qui appartiennent aux tribunaux, il n'y a pas nécessairement pourvoi possible au Tribunal fédéral, à moins d'organiser un recours extraordinaire à cette fin. Enfin, il est évident que le système de l'exception est générateur d'insécurité juridique en arrêtant, après l'entrée en vigueur d'une loi, les possibilités de son application sur un point particulier et à l'égard du seul justiciable plaignant.

d) Exercé par voie d'action au contraire, le recours en inconstitutionnalité présente un danger certain. Supposons que l'Assemblée fédérale vienne de voter une loi qui lui paraît répondre à une nécessité inéluctable et qui lui paraît satisfaire des intérêts économiques vitaux. Si elle a jugé cette loi conforme à la Constitution, supportera-t-elle que son œuvre soit immédiatement paralysée par le veto d'une cour judiciaire qui serait d'un autre avis? N'y aurait-il pas des réactions énergiques du parlement et peut-être passionnées de l'opinion publique? Nos autorités et notre peuple sont-ils prêts à s'imposer, pour une telle éventualité, la discipline nécessaire?

e) De toute façon le contrôle de la législation fédérale par la voie judiciaire comporte une contradiction avec le large pouvoir conféré au peuple par nos institutions. Le peuple suisse participe à l'œuvre législative, soit déjà qu'il élise périodiquement ses députés au Conseil national, soit surtout qu'il exerce son droit de referendum. Fritz Fleiner et les auteurs de l'initiative de 1936 n'ont pu échapper à cette contradiction qu'en excluant du contrôle judiciaire une loi qui aurait subi l'épreuve du plébiscite référendaire. Il restait, selon eux, à contrôler les lois pour lesquelles le

referendum n'avait pas été demandé et surtout — c'est là que l'intervention du pouvoir judiciaire leur paraissait utile — la législation qui, par la voie de l'urgence, échappait à un droit de regard du peuple.

Mais, précisément à propos de la législation dite d'urgence, un fait nouveau s'est produit le 11 septembre 1949: l'adoption de l'art. 89^{bis} Cst., issu de l'initiative pour le retour à la démocratie directe. En vertu de cette disposition nouvelle un droit de referendum, voire de referendum obligatoire, est assuré même pour la législation promulguée par la voie de l'urgence. Dès lors le contrôle judiciaire proprement dit paraît condamné. L'accent est mis sur le contrôle populaire avec une telle vigueur que l'intervention d'un tribunal semble vaine. A moins d'accepter par avance le péril du conflit ouvert entre le peuple et le juge.

S'il est vrai, comme on l'a dit, qu'aux Etats-Unis le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois oppose des barrières aux innovations téméraires et précipitées, qu'il fait gagner du temps et permet la réflexion; s'il est vrai que grâce à cette institution les législateurs et les hommes d'Etat hésitent à dépasser leurs pouvoirs légaux, que les transformations graduelles et inévitables sont plutôt le résultat de nécessités nouvelles et acceptées que d'une impatience fiévreuse; s'il est vrai que l'institution empêche l'adoption de mesures réclamées à grands cris par une majorité passagère mais qui auront cessé de plaire longtemps avant qu'on ait surmonté la barrière qu'oppose la constitution³⁹; si tout cela est vrai, il faut convenir que dans notre pays le referendum — procédé politique — est apte, dans une large mesure, à remplir une telle fonction.

2^o Le contrôle politique actuel

Certains disent: la constitutionnalité des lois se contrôle par les voies politiques, et cela doit suffire.

³⁹ James Bryce, cité par Berthélemy (Henri Galland, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Paris 1932).

a) Sans doute le Conseil fédéral, autorité compétente pour arrêter les projets de loi (art. 102 ch. 4 Cst.), en examine-t-il préalablement la constitutionnalité. De nombreux messages du Conseil fédéral, à l'appui de projets de lois, exposent le point de vue constitutionnel, tant au regard de la compétence de la Confédération pour prendre les mesures envisagées, qu'au regard de la conformité du texte législatif avec les garanties constitutionnelles.

b) Sans doute aussi l'Assemblée fédérale est-elle le gardien par excellence de la Constitution. Elle n'a du reste pas d'autre pouvoir, pas d'autre droit légitime de légiférer que celui qui lui est octroyé et défini par la Constitution. Ce n'est pas en vain que les députés prennent par serment l'engagement d'«observer et de maintenir fidèlement la Constitution»⁴⁰.

⁴⁰ L'opinion que les membres de l'Assemblée fédérale se font de leur rôle de gardiens de la Constitution est fort variable. — Ainsi le 2 avril 1946, à propos d'un projet d'arrêté sur le régime du sucre (Bull. Stén. CN 1946 p. 165, 179, 187), un conseiller national déclarait: «Bei derart landeswichtigen Fragen sollten wir uns nicht über formale Fragen streiten, sondern bei Anerkennung der Notwendigkeit die erforderlichen Maßnahmen beschließen... und da darf man sich nicht hinter formal-juristischen Bedenken verschanzen.» Le lendemain un second député reprenait: «Des juristes à la conscience roide ne veulent rien savoir d'un arrêté qu'ils considèrent comme une violation de la Constitution... A côté de la Constitution, il y a la vie d'un peuple et cette vie, il faut l'adapter à l'horloge du temps et non au cadre rigide d'un texte suranné. Celui qui œuvre dans l'intérêt supérieur du pays est fidèle à la Constitution. C'est la lettre qui tue et l'esprit qui vivifie... Puisque vous êtes d'accord sur le but à atteindre, votons donc l'arrêté que nous discutons et laissons dame Constitution tranquille... Assez de paroles, assez de promesses, assez de scrupules juridiques. Nous voulons, aujourd'hui, des actes, des réalisations!» — En revanche, un autre conseiller national était d'un avis fort différent (2 avril 1946): «Il est une opinion selon laquelle le parlement n'est pas tenu d'être très difficile dans la justification constitutionnelle de ses lois et arrêtés fédéraux, puisque la Suisse ne connaît pas de contrôle juridictionnel de la législation fédérale. J'éprouve un sentiment exactement contraire à celui-là. Le parlement est le gardien de la Consti-

Chacune des deux chambres législatives, le Conseil national d'un côté, le Conseil des Etats de l'autre peut opposer son veto à un projet de loi qu'elle jugerait inconstitutionnel. La composition du Conseil des Etats en particulier est propre à faire échec à des propositions qui tendraient à rompre l'équilibre fédéraliste voulu par la Constitution⁴¹.

A propos du rôle de l'Assemblée fédérale comme gardien de la Constitution, il ne faut pas oublier que les circonstances se sont singulièrement modifiées depuis 1874. Non seulement la Constitution elle-même a été dénaturée à certains égards par des textes hétérogènes que nous avons signalés plus haut⁴². Mais de plus, et surtout, la législation fédérale connaît maintenant un développement qu'elle n'avait pas alors. L'on pouvait à l'époque attendre de l'Assemblée fédérale, ferme représentant de la doctrine politique de la majorité qui avait fait la Constitution, qu'elle reste fidèle à cette œuvre. Si l'on pensait qu'il y avait lieu de se méfier des cantons ou de certains d'entre eux, et si l'on entendait se servir du pouvoir judiciaire pour contrôler les lois cantonales, on ne supposait pas qu'il fût nécessaire d'instaurer une juridiction pour les lois de l'Assemblée législative elle-même.

Or l'épreuve du temps a montré que, forte de son pouvoir, l'Assemblée fédérale s'est à plusieurs reprises écartée des principes constitutionnels⁴³.

c) Sans doute aussi le peuple lui-même, par l'exercice du referendum, a-t-il la faculté de contrôler l'usage que l'Assemblée fédérale fait de son pouvoir législatif et de

tution. Il doit veiller avec un soin jaloux à ce qu'elle soit respectée, sinon ce sont les fondements de l'Etat démocratique qui seraient ébranlés. On nous reproche de nous cantonner dans le formalisme juridique. Je réponds que la Suisse a le précieux privilège d'être un Rechtsstaat et que c'est un honneur de le défendre.»

⁴¹ Signalons ici l'opposition du Conseil des Etats à l'impôt fédéral direct, en 1949.

⁴² Ci-dessus p. 21a.

⁴³ Voir notamment Giacometti, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*, dans *Festgabe für Fleiner*, 1937.

s'opposer à une loi jugée inconstitutionnelle. Mais cela suppose naturellement que l'opinion publique aura été orientée.

D'où l'importance des guides de l'opinion publique que constituent les journaux, les revues et les associations, en tant au moins qu'ils sont dégagés de tout intérêt matériel.

D'où aussi l'intérêt que présenterait toute institution organisant un examen préalable de la constitutionnalité dans la période de préparation des lois.

3^o Propositions récentes

Il apparaît en effet que les plus sérieuses des objections adressées au contrôle judiciaire de la constitutionnalité peuvent être éliminées si l'on organise ce contrôle, non pas après la promulgation de la loi, mais bien dans la phase de l'élaboration de celle-ci⁴⁴.

Ceci a tout d'abord l'avantage que ni l'Assemblée fédérale, ni l'opinion publique, ni le peuple n'ont encore pris position lorsque l'organe de contrôle constitutionnel se prononce. Un autre bénéfice est que, en cas de détermination négative de cet organe, il n'est pas créé un hiatus dans la législation.

a) Proposition de M. A. Im Hof

Un membre éminent et respecté de la Société suisse des Juristes, M. A. Im Hof, ancien conseiller d'Etat à Bâle, a formulé en 1948⁴⁵ une proposition que nous résumons ici.

M. Im Hof exprime préliminairement l'avis que c'est dans la phase de l'élaboration de la loi que doit être tranché le débat sur la constitutionnalité. Si, à cette occasion, une divergence surgit entre l'Assemblée fédérale et le tribunal constitutionnel, une revision de la constitution devra être introduite et le pouvoir constituant, peuple et cantons, fera alors fonction de juge suprême. A cet égard, la proposition

⁴⁴ Dans ce sens aussi un article de tête des «Neue Zürcher Nachrichten» (organe catholique) du 4 novembre 1949.

⁴⁵ Dans un mémoire dactylographié, daté d'octobre 1948, adressé au comité de la Société suisse des Juristes.

de M. Im Hof se rapproche de la solution du Comité constitutionnel français.

La cour constitutionnelle qu'envisage M. Im Hof serait un organisme à créer, distinct du Tribunal fédéral. Composée de 9 membres, parmi lesquels 3 juges fédéraux, elle ne serait réunie que lorsque les cas le demanderaient. Pour saisir la cour constitutionnelle, il faudrait une requête faite par un huitième des membres du Conseil national ou du Conseil des Etats, ou bien formée par un canton ou encore 1000 citoyens. Que la cour constitutionnelle vienne à prononcer l'inconstitutionnalité d'un projet de loi, elle serait alors tenue de rédiger, avec sa sentence, une disposition modificatrice de la Constitution, qui pourrait servir de fondement à la loi envisagée. L'Assemblée fédérale, si elle persiste dans son projet, devrait alors soumettre au vote du peuple et des cantons la revision constitutionnelle projetée. Ce ne serait qu'en cas de vote affirmatif sur la revision constitutionnelle que le projet de loi pourrait être repris.

L'auteur de cette proposition relève avec pertinence qu'elle a pour effet d'éviter que la législation ne crée un droit constitutionnel implicite. A ceux qui objecteraient les longueurs de la procédure, l'auteur répond qu'un modeste et du reste éventuel supplément de durée dans l'élaboration des lois peut bien être le prix d'une saine et efficace garantie des droits constitutionnels.

b) Proposition de M. Hans Marti

Avocat bernois et privat-docent à l'Université, M. Hans Marti a présenté le 25 mars 1949 à l'Assemblée générale de l'association «Droit constitutionnel et droits individuels» (Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte) une conférence sous le titre: «Der Schutz der Verfassung»⁴⁶.

⁴⁶ Cette conférence a été publiée dans la ZBJV 1949 p. 193 ss.
— Dans le même sens et du même auteur, un article du «Bund», n° 124, du 15 mars 1950.

Il y relève avec raison que les propositions publiées jusqu'ici en vue du contrôle de la constitutionnalité se sont bornées à des tentatives de mettre l'Assemblée fédérale sous la tutelle d'un tribunal, du reste à sa nomination. Or on peut, dit-il, échapper aux difficultés de réalisation de telles propositions, en recourant à un examen préalable de la constitutionnalité, non pas des lois, mais bien des projets de lois.

Voici donc sa proposition.

Le Conseil fédéral devrait soumettre tous ses projets de lois (ou d'arrêtés de portée générale) à un corps indépendant de l'administration qui se prononcerait, avec un effet purement consultatif et non obligatoire, sur la question de constitutionnalité. Pour créer un tel corps consultatif, il ne serait pas même nécessaire de modifier la Constitution, puisque celle-ci prévoit, à son art. 104, que «le Conseil fédéral et ses départements sont autorisés à appeler des experts pour des objets spéciaux».

S'il est bien composé, l'organe de consultation du Conseil fédéral pourrait jouir d'une autorité morale suffisante pour agir sur l'Assemblée fédérale, et éventuellement sur le peuple en cas de referendum. Mais, tant l'Assemblée fédérale elle-même que le peuple, une fois orientés par l'opinion du corps consultatif, restent libres de leur décision.

Au surplus, au cours des délibérations parlementaires, l'Assemblée fédérale pourrait toujours encore consulter l'organe constitutionnel sur des points particuliers, notamment à l'occasion d'amendements.

M. Marti présente encore une variante qui se rapprocherait de la proposition de M. Im Hof et du système français. On pourrait prévoir que l'avis négatif de l'organe de contrôle constitutionnel entraînerait automatiquement une revision préalable de la constitution. Toutefois il adresse à cette variante l'objection que ce n'est alors plus la loi qui se conforme à la constitution, mais bien la constitution à la loi.

4^o Conclusion: le collège constitutionnel consultatif

a) En définitive, le collège constitutionnel consultatif, tel celui préconisé en première ligne par M. Marti, nous apparaît surtout digne d'approbation. Il présente trois avantages marquants.

En premier lieu c'est une solution conforme à notre droit public, solution qui ne bouleverse pas l'équilibre des détenteurs du pouvoir, tel qu'il a été établi et compris depuis des décennies. Grâce à sa fonction purement consultative, sans aucun effet obligatoire, le collège préconisé laisserait à l'Assemblée fédérale sa fonction d'autorité suprême de la Confédération et sa pleine responsabilité dans l'exercice du pouvoir législatif. Il respecterait aussi la volonté populaire qui s'exprime éventuellement par la voie du vote référendaire.

En second lieu, il semble que l'institution d'un collège constitutionnel peut être efficace. La voix de ce corps consultatif, entendue à temps, jouerait sans doute un rôle déterminant dans la décision du parlement, voire même dans l'orientation de l'opinion publique à l'occasion d'un referendum éventuel. Le rapport du collège constitutionnel serait publié; normalement on le trouverait joint au message du Conseil fédéral. S'il y a un avis de minorité, celui-ci devrait être connu également, avec ses motifs. Il serait aussi désirable qu'en cours de délibération des Chambres, un préavis complémentaire pût être requis.

Enfin, l'institution d'un collège constitutionnel est immédiatement réalisable. Sans modification de la Constitution, le collège peut être créé et il peut fonctionner.

Comment ce collège serait-il composé? Il saute aux yeux que tout le succès de l'institution dépend de la réponse qu'on donnera à cette question. A première vue, il semble que 9 ou 11 membres seraient nécessaires et suffisants. Le choix se porterait tout naturellement sur des personnalités indépendantes par leur situation et bénéficiant d'une substantielle connaissance et expérience de notre vie publique

et de notre droit constitutionnel. Quelques magistrats supérieurs de la Confédération, quelques anciens présidents des chambres ou anciens conseillers fédéraux, quelques professeurs d'universités nous paraîtraient former un collège digne de jouir de l'autorité désirable. La nomination pourrait appartenir au Conseil fédéral, ce qui est conforme à l'art. 104 Cst. Mais nous pensons qu'une loi de l'Assemblée fédérale devrait préalablement poser les principes qui présideraient à l'organisation du collège et qui marqueraient ses prérogatives.

Si l'on voit clairement comment peut s'exercer le contrôle de la constitutionnalité, par un tel collège consultatif, quand il s'agit de la législation ordinaire de l'Assemblée fédérale, on aperçoit aussi que ce contrôle sera tout autrement délicat, mais combien plus important encore, quand on sera en présence de la législation extraordinaire, c'est-à-dire celle d'urgence ou de nécessité.

b) La législation d'*urgence* a connu, on le sait, un développement considérable depuis quelque 30 ans⁴⁷. L'article 89^{bis} nouveau Cst., issu de la votation du 11 septembre 1949, institue maintenant pour les arrêtés fédéraux urgents un referendum ultérieur, parce que le referendum préalable n'est pas possible.

De même, comme la délibération préliminaire du collège constitutionnel ne sera pas non plus réalisable dans l'hypothèse de l'urgence, il convient que ce collège puisse donner son opinion sitôt après que l'arrêté fédéral aura été adopté. Connue des électeurs, l'opinion du collège constitutionnel pourra être d'un grand poids dans l'organisation et le fonctionnement du referendum prévu aux al. 2 et 3 de l'art. 89^{bis}.

⁴⁷ De 1920 à 1937, l'Assemblée fédérale aurait pris 132 arrêtés urgents; elle en aurait pris 80 de 1931 à 1938; cf. Schindler, dans NZZ 6 déc. 1942. — En novembre 1949, 30 arrêtés fédéraux dits urgents étaient encore en vigueur, lesquels ont été pris entre 1875 (sic) et 1949; ce renseignement est tiré d'un tableau dactylographié établi par la Chancellerie fédérale.

L'examen du collège constitutionnel portera principalement sur l'urgence, puisque celle-ci est la condition posée à la procédure extraordinaire de l'art. 89^{bis}. Sans doute la tâche du collège constitutionnel ne manquera pas à cet égard d'être difficile, tant il est vrai qu'on ne peut parfois pas dissocier l'examen de l'urgence de celui de l'opportunité de la mesure envisagée. Quoi qu'il en soit, l'examen par le collège constitutionnel pourra constituer un frein à la procédure extraordinaire de l'art. 89^{bis}, en la limitant notamment à l'urgence dans le temps⁴⁸.

De plus, dans le cas où le referendum obligatoire de l'al. 3 n'est pas organisé, le collège constitutionnel contrôlerait s'il est exact que l'arrêté ne déroge pas à la Constitution et, partant, si l'on est bien dans la prévision de l'al. 2.

Enfin, y a-t-il dérogation à la Constitution (al. 3), le collège constitutionnel devrait encore définir quelle en est la nature et la portée, de façon qu'en votation référendaire le peuple soit pleinement orienté sur l'exception qu'on lui demande d'apporter, pour une durée limitée, aux principes fondamentaux de la charte nationale.

c) En ce qui concerne la législation fondée sur l'état de *nécessité*, le fonctionnement du collège constitutionnel proposé pourrait avoir aussi un effet heureux, quoique de portée plus limitée peut-être. L'état de nécessité, rappelons-le, n'est pas défini par la Constitution⁴⁹. Lorsqu'il est réalisé, les pouvoirs fédéraux, notamment l'Assemblée fédérale, peuvent prendre toutes mesures qui s'imposent, sans être liés par la Constitution. Par définition donc, ces mesures échappent à un contrôle de constitutionnalité. Mais, ce qui peut être vérifié, c'est l'existence de l'état de nécessité. Ici encore il est parfois délicat de vouloir apprécier la nécessité,

⁴⁸ Dans le même sens Léo Schürmann, dans *Schweiz. Monatshefte*, 29^e année, 10^e livraison, janvier 1950.

⁴⁹ D'une opinion contraire, le professeur Giacometti, pour qui l'art. 89^{bis} al. 3 Cst. représente la réglementation constitutionnelle de l'état de nécessité (SJZ 15 mars 1950). Mais à tort, selon nous, et selon l'opinion dominante.

sans apprécier du même coup la mesure prise. Mais, quoi qu'on en ait pensé, l'état de nécessité proprement dit (echter Notstand), s'il est limité à l'extrême nécessité, c'est-à-dire à la mise en danger de l'Etat lui-même, supporte une analyse objective⁵⁰.

Chapitre III^e

La législation du Conseil fédéral ou de ses services

I. — Les ordonnances législatives

Abandonnant la théorie classique selon laquelle toute injonction de portée générale doit être exprimée dans une loi édictée par l'organe législatif proprement dit, l'Etat moderne reconnaît au gouvernement exécutif un large pouvoir de décréter des normes ayant valeur de loi.

⁵⁰ Notamment: John Favre, thèse Neuchâtel 1937; Rapport du Conseil fédéral du 10 mai 1938, FF 1938 I p. 729 ss.; Hans Huber, dans Suisse contemporaine, 1943, p. 319; Richard Pestalozzi, thèse Zurich 1944; Hans Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, 1944, p. 124 ss.; Kurt Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde, thèse Berne 1949, p. 82 ss.

— Le Tribunal fédéral (RO 46 I 260 cons. 3, JT 1921 I 250) a esquissé une définition de l'état de nécessité dans un arrêt qui date de 1920 (traduction): « Il ne suffit pas... que ces ordonnances aient une valeur momentanée, limitée à la durée de circonstances précises. Il faut, bien plus, que ces circonstances révèlent l'existence d'un véritable état de nécessité dans lequel se trouverait placé l'Etat, c'est-à-dire d'une situation telle que l'ordre de choses existant soit en péril — qu'il s'agisse de son existence, de sa sécurité ou d'autres intérêts vitaux — et qu'il soit impossible d'y porter remède à temps par les voies législatives ordinaires. »

— La France, essentiellement parce qu'elle ne connaît pas la procédure référendaire, ignore en général l'institution de la législation de nécessité: H. Huber, dans Suisse contemporaine, 1943, p. 325; M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1929, p. 448 ss.; L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, III 1930 p. 748.

En Suisse, de très nombreux actes législatifs — loi au sens matériel — émanent donc actuellement, non de l'Assemblée fédérale, mais du Conseil fédéral, voire de ses organes subordonnés⁵¹.

Ces actes portent le nom d'arrêtés ou d'ordonnances. On peut les appeler d'un terme générique les « ordonnances législatives » ou « ordonnances de droit » (Rechtsverordnungen).

Nous distinguons ici ces ordonnances législatives, prises par le Conseil fédéral comme législateur, des ordonnances d'exécution ou d'application, que nous appelons règlements et que le Conseil fédéral prend comme organe exécutif. Certes cette distinction est-elle souvent peu apparente en face des textes que publie le Recueil des lois, car maintes ordonnances présentent à la fois les deux aspects. Mais elle est indispensable dès qu'on veut être au clair sur ce qu'est la loi.

Les ordonnances législatives du Conseil fédéral peuvent être fondées sur l'une des quatre bases juridiques suivantes.

a) La *délégation* de compétence législative, délégation qui émane de l'Assemblée fédérale⁵²; ce sont les « ordonnances supplétives » (gesetzvertretende Verordnungen). — Par exemple l'ordonnance du 29 janvier 1909 concernant le commerce des denrées alimentaires, selon la délégation contenue à l'art. 54 de la loi fédérale du 8 décembre 1905 sur le même objet.

⁵¹ Z. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis, dans Festgabe Fleiner, 1937, p. 63 ss.; W. Oswald, Die Gewaltentrennung im schweiz. Staatsrecht, ZSR 1943 p. 403 a ss.; Paul Lachenal, La séparation des pouvoirs dans la Confédération suisse, ZSR 1943 p. 339 a ss.; Hans Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, Zurich 1944.

⁵² Certains auteurs contestent l'admissibilité d'un tel dessaisissement par le détenteur du pouvoir législatif de sa fonction naturelle propre. Cf. Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 800-801, et les citations; Marcel Bridel, ZSR 1943 p. 668 a. — La Constitution française, art. 13, interdit la délégation législative. — Le fait que la délégation permet d'éluder le referendum législatif suffit, semble-t-il, à la condamner, du point de vue constitutionnel suisse.

b) Les *pouvoirs extraordinaires*, conférés par l'Assemblée fédérale; ce sont les «ordonnances de pleins pouvoirs». — Par exemple les nombreux arrêtés pris en application de l'arrêté fédéral du 14 octobre 1933 concernant les mesures de défense économique contre l'étranger; ou bien l'abondante législation de guerre du Conseil fédéral prise en vertu de l'arrêté fédéral du 30 août 1939 sur les mesures propres à assurer la sécurité du pays et le maintien de la neutralité⁵³.

c) *La compétence constitutionnelle propre* du Conseil fédéral; ce sont les «ordonnances législatives de police» selon l'art. 102 ch. 8 à 10 Cst.⁵⁴, ou les ordonnances prévues par les art. 35 al. 3 et 41 al. 4 Cst. — Par exemple, l'arrêté du 25 août 1936 instituant des mesures pour faire respecter l'interdiction de participer aux hostilités en Espagne; l'arrêté du 25 juin 1935 relevant les droits de douane sur le sucre.

d) Le pouvoir extraconstitutionnel du Conseil fédéral d'édicter des «ordonnances de nécessité»⁵⁵. — Par exemple une mesure législative que le Conseil fédéral prendrait, même en l'absence de pleins pouvoirs, quand les Chambres ne pourraient être réunies. Le Conseil fédéral a déjà fait usage de ce pouvoir, en invoquant l'état de nécessité, par

⁵³ En novembre 1949 étaient encore en vigueur 89 arrêtés du Conseil fédéral fondés sur les pouvoirs extraordinaires du 30 août 1939; à quoi il faut ajouter les multiples ordonnances prises par les départements et services dans leur compétence subdéléguée.

⁵⁴ Z. Giacometti, SJZ 31 p. 257 ss., 369 ss.; D. Schindler, SJZ 31 p. 305 ss.; Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1949, p. 790-793; Paul Lachenal, La séparation des pouvoirs, ZSR 1943.

⁵⁵ Sur l'état de nécessité, voir ci-dessus p. 52a-53a et note. — Le pouvoir pour le Conseil fédéral de prendre des ordonnances de nécessité est contesté par Z. Giacometti, notamment dans Festgabe Fleiner 1927 p. 381 et dans SJZ 31 p. 259; il est admis en général; cf. Burckhardt, Komm. p. 666, et Ruck, Schweiz. Staatsrecht, 1929, p. 127; sic Message FF 1933 II 118, 1936 I 635. — Le Tribunal fédéral a reconnu à un gouvernement cantonal le pouvoir de prendre une ordonnance de nécessité: RO 46 I 256, JT 1921 I 250.

son arrêté du 29 août 1933 sur l'imposition des réserves de boissons distillées.

Tous ces actes législatifs sont de caractère exceptionnel. Plus que la législation ordinaire, plus encore que la législation extraordinaire des Chambres, ils ont besoin d'un contrôle de constitutionnalité, si l'on veut garantir aux citoyens et aux cantons les droits que consacre la Constitution fédérale et éviter les excès du pouvoir central.

Il n'est pas douteux que si le constituant de 1874 avait pu prévoir cette législation, en marge de celle du pouvoir législatif, en marge aussi de tout contrôle référendaire, il aurait pris des mesures pour en assurer la constitutionnalité.

Ce qui rend particulièrement indispensable un contrôle de cette législation, c'est que, dans un grand nombre de cas, elle n'émane pas du Conseil fédéral lui-même, mais de ses départements ou encore des services subordonnés, en vertu d'une délégation du Conseil fédéral, voire d'une sub-délégation⁵⁶.

On verra plus bas les conséquences de ces délégations successives⁵⁷.

II. — Le contrôle de la constitutionnalité en droit positif

1^o L'art. 113 al. 3 a contrario

L'art. 113 al. 3 (comme l'art. 114 al. 3) Cst. prévoit que le Tribunal fédéral est lié par la législation de l'Assemblée fédérale. A contrario, on doit en conclure que les tribunaux ne sont pas liés par la législation du Conseil fédéral (ou de

⁵⁶ On se rendra compte de l'importance de ces transferts de délégation par les chiffres que donne O. K. Kaufmann dans *Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 1949, p. 6-7: le Recueil des lois de 1947 contient 176 actes du Conseil fédéral (dont 31 règlements d'administration) et, de plus, 91 actes des départements et services subordonnés (31 du DFEP, 27 d'autres départements, 33 d'organes subordonnés au DFEP). Quelqu'un a dit que la loi avait ses enfants, ses petits-enfants et ses arrière-petits-enfants!

⁵⁷ Ci-dessous p. 95a-96a.

ses organes subordonnés), au moins dans la mesure où celle-ci serait contraire à la Constitution fédérale.

Il devrait résulter logiquement de cette constatation:

a) que le Tribunal fédéral peut connaître des conflits de compétence entre l'autorité fédérale (Conseil fédéral) et une autorité cantonale à l'occasion d'une ordonnance législative fédérale (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst.);

b) que le Tribunal fédéral peut connaître des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens à l'occasion de la promulgation ou de l'application d'une ordonnance législative fédérale (art. 113 al. 1 ch. 3 Cst.);

c) que le Tribunal fédéral et tous tribunaux, dans leur compétence propre, peuvent recevoir l'exception d'inconstitutionnalité soulevée à l'occasion de l'application d'une ordonnance législative fédérale dans un cas concret.

Le droit positif n'est pas allé aussi loin.

ad a) *La réclamation en solution d'un conflit de compétence* (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst.).

Sans doute, si une ordonnance fédérale lèse la compétence cantonale, telle qu'elle est garantie par la Constitution fédérale (art. 3), et qu'un canton entende s'en plaindre, ce canton peut porter son grief devant le Tribunal fédéral: la voie de procédure est instituée par l'art. 83a OJ. Ces cas sont du reste rares.

ad b) *La réclamation pour violation de droits constitutionnels* (art. 113 al. 1 ch. 3 Cst.).

Ici, le principe posé par la Constitution n'a pas reçu son application dans la loi. La voie de droit n'est pas organisée, qui permettrait de faire valoir directement contre une ordonnance fédérale le grief tiré d'une violation d'un droit constitutionnel. L'art. 84 n'ouvre le recours de droit public que contre les actes cantonaux.

N'y a-t-il pas là une lacune du droit positif? Nous reviendrons plus bas sur ce point⁵⁸.

⁵⁸ Ci-dessous p. 61a ss. et 66a ss.

ad c) L'exception d'inconstitutionnalité

En pratique, c'est donc à l'exception d'inconstitutionnalité en justice que se réduit, actuellement, la faculté d'attaquer une ordonnance législative du Conseil fédéral.

2° L'exception d'inconstitutionnalité en justice

L'exception d'inconstitutionnalité a été constamment admise comme recevable par les diverses sections du Tribunal fédéral, et cela dans une jurisprudence maintenant établie.

Le principe est celui-ci: le Tribunal fédéral, saisi d'un litige de sa compétence, est habile, d'une façon générale, à vérifier si une ordonnance du Conseil fédéral est conforme à la Constitution et aux lois.

a) Quand il s'agit d'ordonnances prises en vertu de délégation, le Tribunal fédéral examine seulement si la mesure prise sort ou non du cadre de la délégation⁵⁹. Bien entendu la constitutionnalité de l'acte de délégation ne peut être discutée, puisque c'est une disposition de l'Assemblée fédérale (art. 113 al. 3 Cst.). Par voie de conséquence, la législation du Conseil fédéral, tant qu'elle reste dans les limites des pouvoirs délégués, est couverte par l'autorité de l'Assemblée fédérale. Mais pas au delà.

b) Pour les ordonnances de pleins pouvoirs ou de pouvoirs extraordinaires, le Tribunal fédéral se borne aussi à examiner l'étendue du mandat donné par l'Assemblée fédérale⁶⁰. Il considère qu'il n'a pas la faculté de contrôler la nécessité et l'opportunité des mesures prises, pourvu

⁵⁹ RO 52 I 339, JT 1927 I 154 (denrées alimentaires); RO 57 I 44, JT 1931 I 492 (registre du commerce); RO 68 II 308, JT 1943 I 175 (rappel de jurisprudence). — Notes JT 1937 I 431 et 1943 I 185.

⁶⁰ RO 41 I 552 (cause Milloud, pleins pouvoirs de la guerre 1914-1918); RO 61 I 362, JT 1936 I 181 (grands magasins); RO 63 I 326 (dispositions pénales de la défense aérienne passive); RO 68 II 308, JT 1943 I 175 (cause Banque de Genève, pleins pouvoirs de la guerre 1939-1945). — Note H. Deschenaux, JT 1943 I 185 ss.

qu'elles soient restées dans le cadre des pleins pouvoirs accordés. Mais cet examen est par la force des choses fort restreint; ainsi la délimitation des pleins pouvoirs, selon l'arrêté fédéral du 30 août 1939, étant extrêmement générale («pour maintenir la sécurité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et pour assurer l'alimentation publique»), le Tribunal fédéral a dû constater que ces pouvoirs englobaient en fait la totalité de l'activité de l'Etat.

c) Pour les ordonnances de compétence constitutionnelle (ordonnances législatives de police et ordonnances douanières de nécessité), le Tribunal fédéral examine les limites du pouvoir accordé par la Constitution⁶¹.

d) Pour les ordonnances de nécessité enfin, nous ne connaissons pas de jurisprudence. L'examen du Tribunal fédéral concernerait l'existence de l'état de nécessité. Celui-ci doit sans doute être réalisé à la fois au moment où l'ordonnance a été prise et au moment où elle est appliquée.

Ce même pouvoir de contrôle de la constitutionnalité qui est exercé par voie d'exception par le Tribunal fédéral peut l'être, évidemment, aussi par les autres tribunaux fédéraux et par les tribunaux cantonaux⁶²; car en vertu de notre droit public la juridiction cantonale a qualité pour interpréter le droit fédéral, en première ou parfois en dernière instance.

Ce qui caractérise la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans l'examen de l'exception d'inconstitutionnalité, c'est son respect prudent de l'autorité de l'Assemblée fédérale, chaque fois qu'il s'agit de fixer le cadre d'une délégation, l'étendue des pouvoirs extraordinaires ou la portée de la compétence constitutionnelle. Le Tribunal fédéral a constamment déclaré qu'il n'interviendrait que si l'excès était

⁶¹ RO 64 I 365, JT 1939 I 341 (interdiction des hostilités en Espagne); RO 68 II 308, JT 1943 I 175 (rappel de jurisprudence).

⁶² Sic Burckhardt, Kommentar, p. 789. — Hans Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, p. 163.

manifeste. Une telle réserve a été critiquée⁶³. Toutefois elle se justifie le plus souvent. Car, comme on l'a déjà relevé, l'expérience a montré qu'il est généralement malaisé, sinon impossible, de dissocier l'examen formel de l'examen du fond, autrement dit d'apprécier séparément l'existence du cas prévu dans les pouvoirs conférés et l'opportunité de la mesure envisagée.

*3^o Observations critiques; peu d'efficacité
du contrôle par voie d'exception*

La possibilité de soulever une exception d'inconstitutionnalité peut apparaître à première vue comme une large garantie des droits constitutionnels. Mais c'est une illusion. En réalité, cette garantie est fort peu efficace; et il en serait à peu près de même si le Tribunal fédéral se montrait moins réservé dans l'examen des pouvoirs du Conseil fédéral.

En effet, pour que l'exception d'inconstitutionnalité puisse être présentée devant un tribunal, il faut que ce tribunal soit compétent sur le fond.

Or le Tribunal fédéral — ou même un autre tribunal ordinaire — n'est bien souvent pas compétent pour connaître des litiges à l'occasion desquels l'exception d'inconstitutionnalité pourrait être soulevés. Beaucoup d'actes législatifs du Conseil fédéral touchent des matières qui échappent à la juridiction ordinaire des tribunaux, du Tribunal fédéral en particulier. Et, s'il y a un recours de droit administratif, il sera le plus souvent tranché par le Conseil fédéral ou un de ses organes subordonnés dans leur compétence exclusive.

Cela est si vrai qu'on cite le cas d'un citoyen qui, après avoir vainement critiqué devant l'administration l'inconstitutionnalité d'une ordonnance, et à seule fin de pouvoir porter la question devant le Tribunal fédéral, a commis une infraction volontaire et s'est laissé condamner par les tri-

⁶³ Ainsi: Giacometti dans Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1949, p. 938 s.

bunaux, pour recourir ensuite jusqu'en dernière instance pénale.

En définitive — et l'expérience l'a confirmé — les cas seront rares où le litige ressortit, au fond, à la connaissance d'un tribunal. Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité dépend donc, pour les actes législatifs du Conseil fédéral, de cette jurisprudence de hasard (*Zufallsrechtssprechung*) dont on a déjà parlé⁶⁴.

III. — Le contrôle de la constitutionnalité en droit désirable

1^o Le recours de droit public

La Constitution, à son art. 113 al. 1 ch. 3, prescrit:

«Le Tribunal fédéral connaît en outre: ... 3^o des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens...»

Et l'organisation judiciaire, à l'art. 84 al. 1, limite ce recours comme suit:

«Le recours au Tribunal fédéral est recevable contre une décision ou un arrêté *cantonal* pour violation: a) De droits constitutionnels des citoyens.»

La loi restreint donc l'objet du recours aux actes cantonaux, alors que la Constitution ne prescrit pas cette limitation⁶⁵. Pourquoi? Parce que, nous dit-on⁶⁶, l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. a toujours été considéré comme instituant sim-

⁶⁴ Ci-dessus p. 42a.

⁶⁵ Voir à ce sujet les observations critiques de: Fritz Fleiner, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, p. 276-277 («Ein offener Widerspruch zur Bundesverfassung»), p. 443 («Gegenüber der — Staatsgewalt — des Bundes besteht ein entsprechender Rechtsschutz zur Stunde noch nicht»); Z. Giacometti, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichtes*, Zurich 1933, p. 92-95; E. Ruck, *Schweiz. Staatsrecht*, Zurich 1939, p. 134 («Diese... Regelung steht mit BV Art. 113 im Widerspruch»).

⁶⁶ W. Birchmeier, *Fiches juridiques suisses*, Tribunal fédéral II, 1945, n^o 745.

plement un contrôle de la Confédération sur les Etats qui en sont membres.

Cette explication est peu satisfaisante. Si elle suffisait, il ne faudrait pas construire sur l'alinéa 3 le refus d'examen de la constitutionnalité des lois fédérales quand il s'agit des actes des organes de la Confédération; ni sur ce même alinéa 3 a contrario, le pouvoir du Tribunal fédéral d'accueillir l'exception d'inconstitutionnalité contre les ordonnances du Conseil fédéral.

Au surplus, quelle que soit l'interprétation donnée jusqu'ici à l'art. 113 Cst., il est permis de se demander si elle ne doit pas être corrigée et si le moment n'est pas venu de compléter la loi d'organisation judiciaire.

Le recours de droit public serait alors identique à celui dirigé contre les lois ou arrêtés cantonaux. C'est-à-dire une voie double:

- ou bien le recours dirigé directement contre l'acte législatif incriminé, dans les 30 jours dès sa promulgation;
- ou bien, à l'occasion d'une décision concrète, le recours dans les 30 jours dès cette décision, dirigé indirectement contre l'acte législatif prétendument inconstitutionnel.

2^o Motion et postulat Scherer

En 1925, la motion de Rabours, qui visait à un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, venait d'être rejetée. Le conseiller aux Etats Scherer, tenant compte des objections faites, déposa alors une motion, transformée ensuite en postulat, qui visait à deux fins: d'abord le contrôle de constitutionnalité des arrêtés de l'Assemblée fédérale non soumis au referendum (arrêtés simples, arrêtés d'urgence); puis le contrôle de constitutionnalité (et de légalité) des ordonnances du Conseil fédéral. C'est ce second point qui nous intéresse ici.

Le motionnaire envisageait donc que, par la voie du recours de droit public prévu à l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst., les ordonnances du Conseil fédéral ou de ses services pussent

être soumises au Tribunal fédéral, au même titre que les lois et arrêtés des cantons.

Le rapport du Conseil fédéral⁶⁷, les explications du conseiller fédéral Häberlin et les exposés des rapporteurs de la commission du Conseil national, MM. Nietlispach et Logoz⁶⁸, sont essentiellement dirigés contre la première partie de la motion, visant à un contrôle juridictionnel des arrêtés de l'Assemblée fédérale. Quant aux ordonnances du Conseil fédéral, on a fait valoir d'une part que cette autorité était sur le même pied que le Tribunal fédéral, ce qui excluerait le contrôle du premier par le second; d'autre part, que le Tribunal fédéral aurait déjà un large pouvoir de contrôler lesdites ordonnances, par voie d'exception, dans un litige de droit commun et dans le cadre de sa compétence de juridiction administrative⁶⁹. Arguments contradictoires, évidemment.

Le postulat Scherer fut rejeté par le Conseil national le 6 mars 1930; puis par le Conseil des Etats.

Dès lors, la législation du Conseil fédéral a pris les proportions que l'on sait.

Le recours de droit public n'a toujours pas été instauré. Indépendamment du contrôle judiciaire occasionnel par voie d'exception, dont nous avons parlé, la législation du Conseil fédéral et de ses services, ne connaît donc que le contrôle politique.

3^o Le contrôle politique

Les actes législatifs du Conseil fédéral ont une tout autre genèse que ceux de l'Assemblée fédérale. Ils ne sont pas connus jusqu'à leur promulgation. Les projets ne sont pas

⁶⁷ FF 1929 I 1 ss.

⁶⁸ Bull. stén. CN 1930 p. 30 ss., 117 ss.

⁶⁹ Le Conseil fédéral a visiblement attendu l'entrée en vigueur de la loi de 1928 (JAD) pour répondre, en 1929, à la motion de 1925, devenue postulat.

publiés dans la Feuille fédérale et ils ne font l'objet d'aucun message. Les Chambres ne sont pas saisies. L'opinion publique ne peut pas présenter ses objections. Seuls sont consultés, dans certains cas, à huis clos, outre les services administratifs intéressés, des experts appelés par le Conseil fédéral ou ses départements; éventuellement encore les représentants d'organisations économiques et politiques.

Toutefois, quand il s'agit de la législation fondée sur les pouvoirs extraordinaires, le Conseil fédéral prend généralement l'avis des commissions permanentes des Chambres, dites commissions des pleins pouvoirs. De plus, il rend compte périodiquement aux Chambres; ses rapports sur l'utilisation des pouvoirs extraordinaires sont publiés dans la Feuille fédérale, de sorte que sous cette forme l'opinion publique est mise au courant, mais à titre rétrospectif.

Enfin, il faut signaler que par la voie des commissions de gestion et de quelques commissions permanentes, les Chambres fédérales peuvent exercer un certain contrôle sur la législation du Conseil fédéral, au moins *a posteriori*.

Ce contrôle politique pourrait peut-être se trouver renforcé si l'on généralisait le procédé de la consultation préalable de commissions parlementaires.

Mais le vrai remède, sur le plan politique, aux inconvénients de la législation qui émane du pouvoir gouvernemental, c'est naturellement le retour aux procédés normaux de promulgation des lois: renoncer aux délégations législatives de l'Assemblée fédérale, abroger les ordonnances prises jusqu'ici en vertu des pouvoirs extraordinaires, tant les pouvoirs fondés sur la crise économique des années 1930 à 1939 que ceux provoqués par les événements de guerre⁷⁰. Et surtout, renoncer à la délégation ou subdélégation de compétence législative du Conseil fédéral au profit de ses départements et autres organes subordonnés.

Tout ceci est-il suffisant?

⁷⁰ C'est à quoi tend la deuxième initiative pour le retour à la démocratie directe.

4^o Proposition de M. Kaufmann

Tout récemment, en 1949, M. Otto-Konstantin Kaufmann⁷¹, à l'époque privat-docent de l'Université de Yale aux Etats-Unis d'Amérique, revenait sur l'idée de la motion Scherer⁷². Il propose l'institution d'un recours en inconstitutionnalité au Tribunal fédéral contre les actes de l'administration fédérale. Mais il limiterait ce recours à la protection des droits de la personnalité, à l'exclusion notamment des droits attachés à la liberté de commerce et d'industrie.

Le problème le plus urgent, dit-il en substance, est de protéger la personnalité contre le pouvoir qu'a l'administration de prendre des ordonnances et d'user ainsi d'une très large faculté d'appréciation que lui délègue le législateur. Ce qui est par là en péril, ce sont des biens immatériels, les droits sacrés de la personne humaine; ceux consacrés par la Constitution fédérale: la liberté de croyance, de conscience et de culte, le droit à l'honneur, la liberté de la presse et la liberté de réunion, le secret de la correspondance; de même la liberté individuelle en général, que les constitutions cantonales déclarent inviolable. C'est la tâche du Tribunal fédéral de veiller à ce que ces valeurs morales subsistent. Il devrait donc lui incomber de casser les ordonnances du Conseil fédéral qui, même dans le cadre d'une délégation du pouvoir législatif, violeraient ces libertés humaines par excellence. L'art. 113 al. 3 Cst. resterait sauf, puisque le Tribunal fédéral n'aurait pas besoin pour exercer cette juridiction de revoir les lois et arrêtés fédéraux de portée générale adoptés par l'Assemblée fédérale. Mais, interprétant ces lois, plus ou moins largement ou plus ou moins rigoureusement, il ferait en sorte que la personnalité humaine ne soit pas atteinte par les ordonnances de l'autorité exécutive.

⁷¹ O. K. Kaufmann, *Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweiz. Rechtsstaat*, dans *Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 50/1949, p. 6 ss.

⁷² Ci-dessus p. 62a.

M. Kaufmann ne se prononce pas expressément sur la voie de procédure. Il semble que celle-ci, dans son idée, ne pourrait être que le recours de droit public, par analogie avec l'art. 84 OJ touchant les actes cantonaux.

*5^o Conclusion: le recours de droit public
ou le collège constitutionnel*

Nous en avons la conviction: ce n'est pas à propos des lois et arrêtés de l'Assemblée fédérale que se joue la partie du contrôle constitutionnel. C'est ici, à propos des ordonnances du Conseil fédéral.

Une solution s'impose. Ce doit être ou la voie judiciaire du recours de droit public, ou celle, plus timide, du collège constitutionnel consultatif.

a) Le recours de droit public

Nous avons montré⁷³ comment et sur quelles bases constitutionnelles (existantes) et législatives (à créer) le recours de droit public peut fonctionner.

Objectera-t-on que le contrôle des ordonnances, c'est-à-dire des actes du gouvernement, doit rester sur le plan politique? Qu'il y a lieu de laisser une pleine autonomie et une complète responsabilité au pouvoir politique? Vainement. Il est acquis depuis longtemps que, par la voie de l'exception, la constitutionnalité de ces ordonnances peut être contestée par n'importe quel tribunal. Au surplus, l'autonomie du pouvoir politique n'existe que dans les limites inscrites dans la Constitution. L'expérience a montré qu'il n'est pas impossible de distinguer entre la fonction du gouvernement et celle du juge⁷⁴.

Dira-t-on que le contrôle par les voies judiciaires ordinaires (y compris le recours de droit administratif au Tribunal fédéral) est suffisant? Evidemment non. Le Tribunal fédéral est loin d'être le juge de droit commun de toutes les

⁷³ Ci-dessus p. 56a-57a, 61a-62a.

⁷⁴ Voir la jurisprudence citée p. 56a-59a.

contestations soulevées par les ordonnances législatives. Au surplus, il paraît indiqué que l'examen du moyen soit en principe confié à la Cour de droit public du Tribunal fédéral, juridiction constitutionnelle par définition et par fonction; et non pas à divers tribunaux, au hasard de leur compétence de fond.

Convient-il de restreindre l'exercice du recours de droit public aux ordonnances portées par les organes subordonnés au Conseil fédéral (départements, divisions, directions, offices)? Nous ne le pensons pas.

b) Le Collège constitutionnel

Si la voie du recours de droit public était rejetée totalement ou partiellement, l'institution du Collège constitutionnel que nous avons présentée plus haut⁷⁵ paraîtrait se prêter particulièrement bien à l'examen préalable de la constitutionnalité des actes législatifs du Conseil fédéral⁷⁶.

Il est évident que quand des mesures ont été prises d'urgence, en vertu des pouvoirs extraordinaires, il est exclu d'envisager la consultation préalable du Collège constitutionnel. Mais rien n'empêche alors que, comme pour les arrêtés urgents de l'Assemblée fédérale, la consultation du Collège intervienne après coup, pour être communiquée à l'Assemblée fédérale.

⁷⁵ Ci-dessus p. 50a ss.

⁷⁶ Tel est aussi l'avis de Hans Marti, *Der Bund*, du 15 mars 1950, N° 124.

Troisième partie

La légalité

*«...jusqu' à l'apparence
de l'arbitraire.»*

Chapitre premier

La loi. La légalité

I. — Le principe de l'administration légale

Comme le principe de la constitutionnalité, celui de la légalité implique une limitation du pouvoir des organes de l'Etat, par l'intervention d'une règle de droit à laquelle ses organes sont soumis.

Or le droit, comme la loi qui l'exprime, a sur l'administration un double effet: négatif, en posant les bornes que le pouvoir ne saurait franchir; positif, en formulant une mission qui est assignée à l'administration, un but qu'elle doit réaliser et des moyens pour y parvenir.

Ce qui était surtout apparent dans la norme constitutionnelle, c'était son effet négatif: les règles de compétence, les droits inviolables de la personne humaine, du citoyen, de la commune et du canton. Ce n'est qu'occasionnellement — mais, semble-t-il, en empiétant sur le rôle du législateur — que la norme constitutionnelle exprime sous une forme plus concrète et plus contingente le sens de la loi à édicter (art. 54 al. 5 Cst.). Mais, d'une façon générale, la constitution laisse au législateur un très large champ d'autonomie.

Il n'en est pas de même de la loi à l'égard de l'administration. Elle aussi trace un cadre à l'intérieur duquel le pouvoir est cantonné: savoir, elle circonscrit dans certaines limites la faculté d'édicter des ordonnances et de prendre des décisions touchant les droits subjectifs ou les intérêts des particuliers. Mais la norme législative fait plus: elle

précise dans quels cas, dans quel but et avec quels moyens le pouvoir sera exercé. La doctrine moderne de l'Etat admet en effet non seulement que l'administration a une compétence limitée, mais encore qu'elle reçoit de la loi les principes directeurs de son activité. En d'autres termes, l'administration n'est pas habilitée à faire tout ce qui ne lui est pas interdit par une loi; mais bien à ne faire que ce à quoi elle est expressément ou implicitement autorisée.

Tel est le *principe de l'administration légale* (gesetzmäßige Verwaltung).

Cette intervention du droit dans l'administration correspond à un triple besoin de la vie sociale (on pensera par exemple au cas typique de l'expropriation): a) l'équilibre à réaliser entre l'intérêt public et l'intérêt privé; b) l'égalité des citoyens devant l'administration: à circonstances égales, solution égale; c) la sécurité du citoyen devant l'Etat: les circonstances étant connues, on sait d'avance dans quel sens l'administration agira.

La règle de droit qui s'impose ainsi à l'administration doit comporter une sanction: c'est le *contrôle de la légalité*. Contrôle qui demande un double examen: l'administration n'a-t-elle pas excédé son pouvoir; a-t-elle agi conformément aux injonctions du législateur?

Dans ses grandes lignes, le contrôle de la légalité consistera en une confrontation d'un acte de l'administration d'une part et de la loi d'autre part. Il convient donc de commencer par définir ce qu'est la loi.

II. — La loi

1^o Les différents actes législatifs, critères de la légalité

La légalité suppose une loi. Il faut entendre par là toute loi au sens matériel.

a) L'administration doit se conformer en tout cas au texte législatif émanant des Chambres fédérales, qu'il s'appelle *loi* ou *arrêté fédéral* de portée générale.

En ce qui concerne l'arrêté fédéral de portée générale, ce texte législatif fonde la légalité aussi bien lorsqu'il a été pris par la voie ordinaire (art. 89 Cst.) que lorsqu'il a été pris par la voie de l'urgence (art. 89^{bis} Cst.).

b) L'administration, dans son activité, est également soumise à l'ordre juridique posé par la *constitution*. C'est dire que le contrôle de la légalité comprendra également le contrôle de la constitutionnalité; en d'autres termes, au point de vue de la légalité, la constitution est aussi une loi.

Il y a une seule réserve à faire. Lorsque la loi elle-même déroge à la Constitution — liant par là les autorités judiciaires selon les art. 113 al. 3 et 114 al. 3 Cst. — l'administration peut et même doit, elle aussi, déroger dans la même mesure à la Constitution; autrement dit, l'organe administratif, en cas de désaccord entre la Constitution et la loi, est lié par la loi.

c) La législation qui émane, non pas de l'Assemblée fédérale, mais du Conseil fédéral, sera à notre avis assimilée à la loi, mais dans certains cas seulement¹: si le Conseil fédéral a pris le texte législatif ensuite d'une délégation expresse des Chambres, ou en vertu de pouvoirs extraordinaires conférés par l'Assemblée fédérale, ou sur la base d'une compétence constitutionnelle propre, ou enfin en se fondant sur l'état de nécessité. Un tel texte, appelé *ordonnance législative* ou ordonnance de droit (Rechtsverordnung), pourvu qu'il soit bien une loi quant à son contenu, s'impose au même titre que la loi formelle à l'administration et sert également de critère pour un contrôle de légalité.

d) Quant au *règlement d'application* (qui est aussi intitulé arrêté ou ordonnance), émanant du Conseil fédéral ou de ses départements, il n'est pas assimilable à la loi et ne saurait en principe pas fonder le grief d'illégalité.

Que décider alors si une décision concrète, sans violer la loi, est cependant contraire au règlement d'application? C'est le cas où l'administration ne respecte pas son propre

¹ Ci-dessus p. 53a ss.

règlement. Le grief de l'illégalité proprement dite n'est pas fondé. Mais bien, à notre avis, le grief de l'inconstitutionnalité; ce qui revient ici au même. Il est en effet contraire à l'égalité devant la loi que l'administration applique, dans un cas particulier, une norme différente de la règle générale qu'elle a elle-même posée. C'est une conséquence du principe de l'administration légale que l'autorité administrative est liée par ses propres règlements².

Il va sans dire cependant que, s'il s'avère, par une interprétation raisonnable du texte de la loi, que la disposition réglementaire exprime clairement le sens peu apparent de la loi, c'est alors le vrai grief d'illégalité qui peut être directement invoqué.

Que penser encore de deux règlements contradictoires? Cette contradiction même sera certainement un grief valable. Car en vertu des principes généraux du droit, l'administration a l'obligation de prendre des mesures générales cohérentes, logiques, et non contradictoires; cela résulte aussi de l'art. 4 Cst.

*2° Le contenu adéquat de la loi,
condition première de la légalité*

Il peut arriver que le contrôle de la légalité soit en fait rendu impossible parce que la loi n'exprime pas ce qu'elle devrait exprimer, qu'elle ne fixe pas la mesure dans laquelle le citoyen est appelé à abandonner à l'Etat une partie de sa sphère de liberté, parce qu'elle n'arrête pas avec suffisamment de précision dans quel cas, dans quel but et par quel moyen devra être exercé le pouvoir de l'organe étatique. Trop souvent nos lois contemporaines sont construites selon le type de la loi cadre ou de la loi de compétence, avec les

² RO 74 I 17, JT 1948 I 395. — Dans le même sens: Fleiner-Eisenmann, Les principes généraux du droit administratif allemand, 1933, p. 92. — Dans le même sens aussi, la jurisprudence du Conseil d'Etat français, Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel III, 1930, p. 777-778 et citations.

formules commodes: «L'administration (département, direction, office) peut..., l'administration décide...»³.

Quand la loi se dérobe ainsi à sa fonction, on verra alors fréquemment le règlement d'application prendre sa place; ou bien, sans même édicter un règlement, l'administration se borne à décider de cas en cas. La conséquence en est que le citoyen lésé, faute de pouvoir invoquer une loi, n'a plus de recours pour illégalité contre le règlement ou contre les décisions. Une loi cadre est une loi vide. C'est une loi qui ne protège pas. On est à la porte de l'arbitraire. Aristote disait déjà qu'un bon gouvernement s'exerce par des lois et qu'un mauvais gouvernement ne procède que par décrets.

Quel sera donc le contenu d'une loi si l'on veut rendre possible un efficace contrôle de la légalité des actes de l'administration?

A notre avis, la loi devra s'exprimer sur les points suivants:

a) La loi tout d'abord fixera la compétence des autorités chargées de décider et arrêtera la forme en laquelle la décision sera prise.

b) La loi définira ensuite les trois éléments nécessaires de l'acte administratif: le motif, l'objet et le but. Le motif, c'est l'antécédent, autrement dit l'ensemble des circonstances qui provoquent l'acte (par exemple l'incapacité d'un concessionnaire); l'objet, c'est l'effet juridique ou matériel produit par l'acte (par exemple le retrait de la concession); le but, c'est le résultat voulu par celui qui agit (par exemple la protection des intérêts de l'Etat et de ceux des particuliers touchés par l'exercice d'une concession).

c) Enfin, comme la légalité suppose un contrôle, la loi prescrira une voie de recours contre les actes de l'administration.

Telles sont les conditions premières de la légalité: une loi matérielle complète, qui réponde à sa fonction de loi, et une voie de recours organisée.

³ Même phénomène en France: l'«abdication du législateur»; cf. Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris 1949, p. 158.

Chapitre II^e

La légalité du règlement

I. — Le règlement, opposé à l'ordonnance législative

Les dispositions de portée générale que prend le Conseil fédéral et ses organes subordonnés sont — répétons-le — de deux natures très différentes: les ordonnances législatives (*Rechtsverordnungen*) et les règlements (*Verordnungen*)⁴.

Les premières, les ordonnances législatives, sont matériellement assimilables aux lois. Dans la deuxième partie de ce rapport, nous les avons astreintes au contrôle de la constitutionnalité, en tant que législation du Conseil fédéral. Dans le chapitre qui précède, nous les avons d'autre part mises sur le même pied que la loi pour le contrôle de la légalité; c'est-à-dire que nous en avons fait le critère de la légalité et non pas l'objet du contrôle.

En revanche, les règlements sont typiquement l'objet du contrôle de la légalité. On peut les définir comme étant les dispositions d'application ou d'exécution d'une loi (loi au sens matériel). La terminologie fédérale appelle ces règlements tantôt des ordonnances (état civil, registre du commerce,) tantôt des arrêtés, tantôt aussi des règlements (circulation); mais, en tant que prescriptions de portée générale visant à l'application de la loi, il faut faire rentrer aussi dans les règlements ce que l'administration appelle les circulaires, les instructions, les directives, voire même les mémoros; tous actes que le Recueil officiel ne publie pas; mais que les fonctionnaires appliquent et doivent appliquer fidèlement, sinon aveuglément.

On distingue le règlement interne, qui s'adresse aux seuls organes de l'administration, et le règlement externe, qui s'adresse au public en général. C'est ce dernier seul qui

⁴ Voir ci-dessus p. 53a ss. — Cette distinction n'est pas toujours marquée nettement par la doctrine suisse; p. ex. Hans Marti, *Das Verordnungsrecht des Bundesrates*, Zurich 1944.

nous intéresse ici. Mais il arrive fréquemment qu'un unique et même règlement soit à la fois de portée interne et de portée externe. Comme il arrive aussi que le même acte soit règlement dans certaines dispositions et loi (en vertu de délégation) dans d'autres dispositions.

On a discuté pour savoir si le pouvoir réglementaire du Conseil fédéral est fondé directement sur l'art. 102 ch. 5 Cst. («le Conseil fédéral... pourvoit à l'exécution des lois...») ou s'il doit dériver chaque fois d'une délégation du législateur («le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi et édictera les dispositions nécessaires à cette fin»). Il nous suffit de constater ici que, quel que soit son fondement juridique, le règlement n'entend pas poser une règle autre que celle de la loi; mais il l'exprime avec plus de détails et il en organise l'exécution. Comme on l'a dit, le règlement ne peut que «penser jusqu'au bout ce qui a été voulu dans la loi», ou que «vouloir ce que la loi veut, tout ce qu'elle veut, mais pas plus».

II. — Le contrôle de la légalité par la voie hiérarchique et politique

1^o Le contrôle hiérarchique; la délégation de compétence réglementaire

Le contrôle hiérarchique est celui qu'exercent les organes supérieurs de l'administration, notamment le Conseil fédéral lui-même, sur l'activité de leurs services subordonnés⁵. Contrôle peu efficace de toute façon, puisqu'il n'intervient qu'une fois les textes arrêtés et publiés.

Au surplus le contrôle hiérarchique suppose que le Conseil fédéral, seul habilité en principe à édicter les règlements d'application, a préalablement délégué sa compétence réglementaire aux départements ou à des services. On sait

⁵ Art. 102 ch. 2 Cst.: «Il (le Conseil fédéral) veille à l'observation de la constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération...; il prend, de son chef ou sur plainte, les mesures nécessaires pour les faire observer...»

que pareille délégation de compétence a été, ces dernières années au moins, très largement pratiquée. Or le procédé de la délégation de compétence réglementaire a des inconvénients sérieux, sur lesquels nous reviendrons⁶.

*2^o Le contrôle politique
par les chambres et par l'opinion publique*

Avant de nous attacher au contrôle juridictionnel de l'administration, il faut encore signaler le contrôle politique. Comme les ordonnances législatives, avec lesquelles ils sont parfois amalgamés en des textes uniques, les règlements restent inconnus de l'opinion publique jusqu'à leur promulgation⁷.

Toutefois, par l'examen de la gestion (art. 85 ch. 11 et 102 ch. 16 Cst.), les Chambres ont un droit de regard sur l'ensemble des règlements du Conseil fédéral. Cela est particulièrement effectif pour les actes pris selon des pleins pouvoirs de guerre: l'arrêté fédéral du 30 août 1939 prescrit que le Conseil fédéral présente à l'Assemblée fédérale un rapport sur les mesures qu'il aura prises en vertu des pleins pouvoirs conférés. Mais le contrôle des Chambres s'étend aussi évidemment aux autres dispositions réglementaires du Conseil fédéral.

Sans se faire des illusions sur les possibilités pratiques d'une commission de gestion, il est permis de penser que la surveillance de la légalité des dispositions réglementaires du Conseil fédéral n'est pas complètement inefficace, fût-ce à titre préventif.

De même, l'opinion publique peut jouer, par une critique éclairée, un rôle du même genre.

⁶ Ci-dessous p. 65a-66a, 95a-96a.

⁷ Ci-dessus p. 63a s.

III. — Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement

1^o Le contrôle actuel par voie d'exception en justice; sa portée restreinte

En l'état actuel du droit, l'exception d'illégalité d'un règlement peut être soulevée devant un tribunal de droit commun⁸. Que ce soit un tribunal de première ou de dernière instance, une cour cantonale ou une cour fédérale⁹. Cela résulte du principe général, selon lequel la loi l'emporte sur toute autre disposition contraire de l'administration. Peu importe aussi que le tribunal appartienne à la juridiction civile, pénale ou administrative.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral accueille l'exception d'illégalité (généralement sous la forme de l'exception d'inconstitutionnalité) devant sa Cour civile¹⁰, devant sa Cour de cassation pénale¹¹ ainsi que devant sa Chambre de droit administratif¹².

Exercé à titre accessoire par une juridiction de droit commun, le contrôle de la légalité des règlements a forcément une portée très restreinte.

D'abord parce qu'il intervient après l'entrée en vigueur du règlement. Puis, parce que le prononcé de justice ne vaut que dans le litige et pour le justiciable en cause.

Enfin et surtout parce que le tribunal ne peut se prononcer que dans la mesure où il a, sur le fond de la cause, la compétence de droit commun; c'est, encore une fois ici, la jurisprudence de hasard.

Nous avons déjà montré plus haut¹³ le caractère pré-

⁸ Hans Marti, Das Verordnungsrecht des Bundesrates, 1944, p. 150 ss., et citations.

⁹ Hans Marti, p. 163; Burckhardt, Kommentar, p. 789 (pour l'exception d'inconstitutionnalité).

¹⁰ RO 68 II 308, JT 1943 I 175.

¹¹ RO 64 I 365, JT 1939 I 341.

¹² Arrêts non publiés, mentionnés RO 68 II 322, JT 1943 I 184.

¹³ Ci-dessus p. 60a-61a.

caire du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs du Conseil fédéral par la voie de l'exception en justice. Ce que nous avons dit vaut tout aussi bien pour le contrôle de la légalité des règlements par la voie exceptionnelle.

Sans doute, dans une procédure administrative, devant le Conseil fédéral ou l'un de ses services, l'exception d'illegalité, comprenant celle d'inconstitutionnalité, peut-elle être présentée et est-elle en principe recevable. Mais, est-ce donner beaucoup de garantie au justiciable que d'instituer comme juge de la légalité d'un règlement l'auteur lui-même de cette prescription administrative? Quant à l'organe subordonné, si c'est lui qui statue — parfois définitivement —, il ne peut être que lié par un règlement, même illégal ou inconstitutionnel, qu'aurait pris son supérieur hiérarchique¹⁴.

2^o La juridiction de droit public

a) Citons pour mémoire l'actuelle réclamation en solution d'un *conflit de compétence*, par laquelle un canton peut porter un règlement devant le Tribunal fédéral (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst., art. 83 OJ).

b) Nous avons vu ailleurs¹⁵ que rien ne s'opposerait à ce que, en outre, un *recours de droit public* fût prévu, dans la loi d'organisation judiciaire, contre les ordonnances législatives du Conseil fédéral ou de ses organes subordonnés. La base constitutionnelle est là: l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. (et l'art. 113 al. 3 a contrario). Il ne manque qu'un élargissement de l'art. 84 OJ, pour étendre aux ordonnances fédérales le recours de droit public actuellement aménagé contre les arrêtés cantonaux.

Ce que nous avons préconisé plus haut pour les ordonnances législatives vaut évidemment pour les règlements. A plus forte raison; puisque le règlement n'a pas valeur de

¹⁴ Fleiner-Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, p. 935 à 936.

¹⁵ Ci-dessus p. 61a ss. et les références de doctrine; p. 66a ss. En outre, ci-dessous p. 85a ss.

loi. L'objection du gouvernement des juges est ici moins que jamais à sa place; le règlement est par excellence l'acte administratif qui se prête à un contrôle juridique.

Le seul inconvénient du procédé serait celui-ci: lorsque le tribunal prononce éventuellement l'inconstitutionnalité, le règlement est déjà en vigueur; il demanderait donc une modification, après sa promulgation; ce qui n'irait pas sans créer quelquefois peut-être des à-coups fâcheux dans l'application de la loi.

L'on est ainsi amené à rechercher si un contrôle de la légalité et de la constitutionnalité ne serait pas déjà possible avant la promulgation du règlement, c'est-à-dire dans la phase de son élaboration.

IV. — Le contrôle préalable de la légalité du règlement

1^o Le contrôle préalable suppose que le Conseil fédéral renonce à déléguer sa compétence réglementaire

Nous avons déjà signalé plus haut le procédé largement utilisé de la délégation de compétence réglementaire.

Sans doute une décentralisation de l'administration permet-elle d'accélérer l'expédition des affaires et surtout de soulager les organes supérieurs. Mais les services sont innombrables et les conceptions juridiques peuvent varier. Le droit administratif demande, même en des matières diverses, une unité de doctrine et de terminologie.

D'autre part, la décentralisation du pouvoir réglementaire présente un très grave défaut: le même bureau fait son règlement et l'appliquera. La tentation est donc forte d'user du règlement pour corriger la loi ou pour organiser les pleins pouvoirs de l'organe d'exécution¹⁶.

C'est bien au Conseil fédéral lui-même, autorité d'exécution, qu'il appartient d'arrêter les normes de portée géné-

¹⁶ Sur ce dernier point, Paul Lachenal, ZSR 1943 p. 381 a ss. et 643 a. — Voir au surplus ci-dessous p. 95a-96a.

rale tendant à fixer les procédés par lesquels l'administration mettra la loi en pratique. Le principe de la légalité de l'administration s'oppose donc à la délégation du pouvoir réglementaire.

Le corollaire de cette affirmation est alors que le Conseil fédéral, pour exercer efficacement sa tâche réglementaire, doit disposer d'organes centraux techniquement formés. Des collaborateurs immédiats du Conseil fédéral doivent avoir pour fonction permanente le contrôle de la légalité et de la constitutionnalité de tous les règlements en préparation.

Avant de voir quelle pourrait être cette collaboration et comment elle pourrait fonctionner, il est nécessaire de préciser encore les exigences de fond et de forme d'un règlement.

2^o La forme et le fond du règlement, conditions de sa légalité

a) Il est évident que le règlement ne peut émaner que de l'autorité désignée dans la loi comme autorité compétente; et il ne peut être promulgué que dans les formes légales.

b) Ce qui est peut-être moins évident, ce sont les exigences de fond d'un règlement.

En premier lieu, il importe que le règlement ne viole pas des droits constitutionnels: la vérification de ce principe sera particulièrement importante pour apprécier l'application qui est faite de la norme de l'art. 4 Cst. avec tous ses développements issus de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

De plus le règlement ne saurait être en contradiction avec les injonctions matérielles de la loi. Quand celles-ci sont expresses, la vérification est relativement aisée. Mais pour ce qui est des normes implicites et de celles formulées dans des termes vagues, la tâche du vérificateur est certes beaucoup plus délicate. On n'oubliera pas ici que le règlement n'est que la prolongation de la loi et qu'il ne peut pas vouloir autre chose que ce que la loi a voulu.

Nous avons vu plus haut¹⁷ que la loi doit se prononcer sur le motif de l'acte administratif, sur son objet et sur son but. Le rédacteur du règlement a la faculté de préciser dans le concret ce motif, cet objet et ce but; mais encore devra-t-il s'abstenir d'étendre ou de restreindre la volonté du législateur. L'interprétation juridique a ses ressources mais elle a aussi ses périls.

Ici il faut insister sur le rapport qui unit le but et le motif de l'acte administratif. Dans l'exemple donné plus haut, du retrait d'une concession, le motif était l'incapacité du concessionnaire, et le but, la protection des intérêts publics ou privés. Un règlement serait illégal s'il définissait l'incapacité d'une façon qui, sans être fausse en soi, ne correspondrait pas au but.

c) Nous avons déjà vu que le contrôle de la légalité est éludé si la loi n'a pas un contenu adéquat à sa fonction. Il en est de même si le règlement ne correspond pas à ce qu'on doit en attendre.

Il arrive que, sans être en contradiction positive avec la loi, un règlement empiète néanmoins sur la fonction législative, qu'il déborde sa mission de disposition d'exécution, qu'il règle plus que ce que la loi a voulu régler. L'illégalité est flagrante.

Mais il arrive, inversement, que ce soit la loi elle-même qui déborde sur la fonction réglementaire et qu'elle contienne des dispositions qui ressortissent normalement à l'exécution¹⁸. Parce qu'inscrites, quoique à tort, dans une loi, de telles dispositions, réglementaires de par leur nature, échapperont induement à un contrôle de légalité et de constitutionnalité.

Il peut arriver enfin que le règlement ne pose pas la règle qu'il devrait poser, qu'il se borne à renvoyer l'application de la loi à des décisions d'espèce («l'administration décide...»). Cette façon de faire comporte un péril grave:

¹⁷ Ci-dessus p. 72a.

¹⁸ Même phénomène en France: les «lois-règlements»; cf. Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris 1949, p. 69 ss.

l'inégalité de traitement, l'arbitraire¹⁹. Là encore le contrôle de la légalité est compromis. Mais ce vice n'a de réelle gravité que si la juridiction administrative autonome fait défaut.

*3° Le contrôle préalable par un organe spécialisé :
la commission de rédaction*

On ne saurait vouer trop de soin à organiser le fonctionnement si important et si délicat — on vient de le voir — d'un contrôle préalable de la légalité des règlements.

Dans l'état actuel des choses, une partie des règlements fédéraux est examinée par la division de justice, mais une autre partie passe d'elle inaperçue. Dans la mesure du possible aussi, la chancellerie fédérale exerce un certain contrôle, spécialement sur la terminologie. Mais en réalité, les règlements sont avant tout l'œuvre des services eux-mêmes.

Sans doute, ne peut-on pas renoncer à demander aux services intéressés, — spécialement quand ils disposent d'une direction ou d'un secrétariat juridique formés de fonctionnaires compétents, — de préparer, avec la collaboration éventuelle d'experts, un projet de règlement qui tienne compte des nécessités de l'administration et des possibilités techniques. Mais il n'est pas admissible non plus que les règlements ainsi élaborés passent directement dans le Recueil des lois.

En France, tout projet de règlement qui sort d'un ministère, après la consultation des experts le cas échéant, est transmis au Conseil d'Etat pour préavis. Il est ensuite promulgué avec la formule traditionnelle: «Le Conseil d'Etat entendu».

Successeur des conseillers du Roi, le Conseil d'Etat français — à côté de sa compétence contentieuse, sur laquelle nous reviendrons — est l'organe juridique de consultation du gouvernement pour la «législation réglementaire». L'opinion du Conseil d'Etat n'a aucun caractère obligatoire. Il

¹⁹ Fleiner-Eisenmann, Les principes généraux du droit administratif allemand, 1933, p. 90.

ne s'y attache pas moins une très grande autorité. L'on sait que les diverses sections dites « administratives » du Conseil d'Etat correspondent aux différents ministères et sont spécialisées dans les problèmes de chacun d'eux. Grâce à un recrutement particulièrement rigoureux de ses membres (généralement ensuite de concours, parfois après une carrière administrative), grâce aussi à un contact permanent avec les ministères le Conseil d'Etat français a donné au règlement d'administration une valeur juridique et technique incomparable.

Un organe de préavis pourrait-il chez nous rendre des services analogues ?

On peut songer à la division de justice ou à la chancellerie. Nous préverrions plutôt un organisme doué d'une certaine autonomie et dépendant directement du Conseil fédéral. Nous songeons à une « *commission de rédaction des règlements* », qui recevrait, de par la loi, une mission bien déterminée ; celle de donner un préavis juridique sur chaque projet de règlement. Le préavis serait exclusivement destiné au Conseil fédéral, qu'il ne lierait pas. Présidée par le chef de la division de justice, cette commission pourrait comprendre un fonctionnaire juriste supérieur pris dans chacun des sept départements. Peut-être pourrait-on la renforcer encore en lui adjoignant deux ou trois personnalités étrangères à l'administration, mais spécialistes du droit administratif.

Pour permettre un meilleur regard de l'Assemblée fédérale sur la législation réglementaire du Conseil fédéral, il nous paraîtrait bon aussi que la commission envisagée fît annuellement un rapport au Conseil fédéral, à destination des Chambres et spécialement de leurs commissions de gestion.

Enfin, à titre transitoire, la commission proposée pourrait recevoir comme tâche de faire porter son examen systématiquement sur les principaux règlements déjà en vigueur, afin de les adapter, tout aussi bien que les règlements futurs, aux exigences de la légalité et de la constitutionnalité, telles que nous les avons décrites plus haut.

Disons, en terminant ce sujet, qu'il ne nous déplâit pas de voir une certaine symétrie entre cet organe consultatif de la légalité des règlements et le collège proposé dans la deuxième partie de notre rapport pour être, lui, l'organe consultatif de la constitutionnalité des lois. Chacun de ces deux organismes — essentiellement différents dans leur composition — est susceptible de fonctionner demain, si on le veut. Chacun peut rendre, au point de vue qui nous intéresse dans ce rapport, des services éminents et durables.

Chapitre III^e

La légalité des décisions

I. — Le contrôle de la décision

1^o La portée et la forme de la décision

Aussi bien que le règlement, la décision de cas concret prise par l'administration appelle un contrôle de sa légalité. Elle pose directement le problème délicat de la juridiction administrative.

Nous nous abstiendrons ici d'une recherche doctrinale qui consisterait à définir ce qu'il faut entendre par décision, c'est-à-dire à marquer, parmi les divers actes concrets de l'administration, ceux auxquels il faut attacher la voie du recours administratif. La doctrine française distingue entre les actes de gestion, qui échappent à un contrôle juridictionnel, et les actes d'autorité, qui y sont soumis. De même Kirchhofer²⁰ attribue à la décision susceptible de recours un caractère d'acte d'autorité.

Pratiquement, il appartient aux lois de procédure de définir la décision susceptible d'être attaquée. Comme aussi de définir la qualité des recourants éventuels.

²⁰ Emil Kirchhofer, *Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht*, 1930, p. 25.

Nous nous contenterons donc volontairement d'une approximation en retenant, comme objet du contrôle de la légalité, la décision administrative qui violerait un droit subjectif ou léserait un intérêt légitime: ainsi lorsque l'administration astreint quelqu'un au paiement d'un impôt, le prive d'une concession, lui interdit un commerce, exproprie son immeuble, lui dénie un droit de cité, le soumet à une assurance d'Etat, bref l'atteint sous une forme ou sous une autre dans sa sphère d'autonomie privée.

Plus augmente le champ d'application du droit public, plus s'amenuise parallèlement le droit civil (par exemple en matière de contrat de travail ou de bail à loyer), plus aussi grandit la portée de la décision administrative: et par conséquent le besoin d'une protection juridique.

Marquons encore l'importance des décisions administratives, en rappelant que celles qui ordonnent le paiement d'une somme d'argent sont assimilées pour leur exécution à un jugement, au sens de l'art. 80 LP (162 OJ), et que, pour les autres décisions, celles de faire ou de ne pas faire, l'administration dispose de la force publique.

Par sa forme, la décision doit être reconnaissable comme telle. Ainsi l'on ne saurait admettre que, dans un échange de correspondance entre l'administration et un particulier, l'autorité qualifiée de décision l'une des pièces de la correspondance qui n'apparaîtrait pas extérieurement différente des autres. La forme de la lettre recommandée ne suffit pas, à notre avis. Certains services de l'administration (par exemple l'Administration fédérale des contributions) ont introduit une formule portant l'intitulé «décision» et mentionnant les voies et délais de réclamation ou de recours. Une telle pratique devra être généralisée et rendue obligatoire dans toute l'administration.

2^o Le contrôle politique, hiérarchique et juridictionnel

L'ensemble des décisions de l'administration fait naturellement l'objet d'un contrôle politique de l'Assemblée fédérale, par l'examen de la gestion; ainsi que d'un contrôle

hiérarchique du Conseil fédéral. Mais la multiplicité des décisions dans le vaste domaine de l'administration rend évidemment ces deux surveillances fort peu efficaces dans la plupart des cas.

Le contrôle hiérarchique du Conseil fédéral²¹ ne s'exerce guère que sous la forme particulière du recours. Comme il s'agit là d'une véritable voie de droit, aménagée sous une forme judiciaire (par la loi d'organisation judiciaire, articles 124 ss.), nous l'examinerons en tant que voie de juridiction administrative.

C'est pourquoi le contrôle juridictionnel est le contrôle par excellence de la légalité des décisions de l'administration.

Avant d'aborder le contrôle juridictionnel proprement dit des décisions de l'administration, qui est le recours de droit administratif, marquons, encore une fois, au passage le rôle que pourrait jouer, ici aussi, le recours de droit public, comme voie de droit extraordinaire.

II. — La juridiction de droit public

a) Comme nous l'avons déjà signalé²², la réclamation en solution d'un *conflit de compétence* (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst.) est organisée en droit positif actuel (art. 83 a OJ). Par cette voie, un canton peut porter devant le Tribunal fédéral une décision du Conseil fédéral ou d'un des organes subordonnés qui empiéterait sur la sphère de compétence cantonale.

b) En revanche, comme nous l'avons déjà vu aussi, pour les ordonnances législatives²³ et pour les règlements²⁴, le *recours de droit public* n'est actuellement pas ouvert contre une décision fédérale qui violerait un droit constitutionnel. Non que l'art. 113 Cst. exclue un tel recours; bien au con-

²¹ Art. 102 ch. 2 Cst. (cité ci-dessus p. 74a note).

²² Ci-dessus p. 57a-77a.

²³ Ci-dessus p. 61a ss. et les références de doctrine.

²⁴ Ci-dessus p. 77a.

traire il paraît l'admettre (art. 113 al. 1 ch. 3; et al. 3 a contrario). Mais c'est l'art. 84 de l'organisation judiciaire qui n'est pas allé jusque là. A tort, pensons-nous.

Dans son rapport sur le postulat Scherer²⁵ le Conseil fédéral exposait qu'un tel recours n'est pas nécessaire parce que la juridiction administrative ouvre déjà une voie d'accès au Tribunal fédéral. On serait d'accord si la compétence de juridiction administrative était tout entière en mains de l'organe judiciaire. Mais cela n'est de loin pas le cas; et — on le verra plus loin — ce n'est pas réalisable complètement.

Le recours de droit public contre une décision de l'administration fédérale peut tendre à deux fins. Faire constater l'inconstitutionnalité de l'ordonnance (législative ou réglementaire) sur laquelle est fondée la décision. Ou bien encore critiquer la décision elle-même, comme violant des droits constitutionnels.

Dans l'un et l'autre cas se pose la question dite de la subsidiarité du recours de droit public. Actuellement il suffit qu'une autorité fédérale quelconque puisse être saisie, pour que le recours de droit public ne soit par recevable. Autrement dit, toute autorité fédérale est juge des droits constitutionnels.

L'art. 84 al. 2 OJ prescrit en effet: «Dans tous ces cas, le recours n'est toutefois recevable que si la prétendue violation ne peut pas être soumise par une action ou par un autre moyen de droit quelconque au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale.»

Pour que le recours de droit public ait un sens, pour que la sauvegarde des droits constitutionnels soit autant que possible concentrée devant son juge naturel, le Tribunal fédéral, pour qu'un contrôle de constitutionnalité puisse au moins s'exercer sur les décisions des organes subordonnés au Conseil fédéral — tant que ceux-ci continueront dans certaines causes à statuer sans recours —, comme aussi sur les

²⁵ FF 1929 I p. 10.

prononcés des commissions spéciales, il conviendrait donc de rectifier le principe de la subsidiarité qu'on vient de rappeler. On peut raisonnablement soutenir que le recours de droit public devrait être exclu seulement si la décision est susceptible d'être portée devant le Conseil fédéral statuant (comme on le verra plus bas) dans une cause de politique gouvernementale, ou devant le Tribunal fédéral des assurances, ou encore devant le Tribunal fédéral lui-même par une autre voie.

Précisons enfin que le recours de droit public ne serait en aucun cas en contradiction avec l'art. 113 al. 3 Cst.: le tribunal ne retiendrait pas une violation d'un droit constitutionnel si elle se trouvait justifiée par une loi ou un arrêté de portée générale de l'Assemblée fédérale.

III. — L'autorité de juridiction administrative

1^o Le système de l'administrateur-juge

Quand il s'agit d'organiser le contrôle de la légalité des décisions administratives, on distingue en doctrine²⁶ deux procédés: celui de l'administrateur-juge — c'est chez nous le Conseil fédéral —; et celui du juge administratif — c'est le Tribunal fédéral ou les tribunaux spécialisés.

Le procédé de l'administrateur-juge convient à une petite administration. Mais le développement de l'activité de l'Etat, avec une emprise toujours plus grande sur la vie privée et économique des citoyens, a tout naturellement exigé une meilleure protection juridique; c'est ce qui a été réalisé et est en train d'être réalisé dans tous les pays, par l'institution de tribunaux administratifs; ceux-ci étant ou bien organisés dans le cadre des tribunaux du droit commun, ou bien créés de toutes pièces.

²⁶ Notamment: Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris 1934, p. 93; Zwahlen, ZSR 1947 p. 105 a ss.; P. Graff, *Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse*, thèse 1943.

a) *En Suisse.* Chez nous, comme ailleurs, ce n'est pas seulement la plus grande atteinte à la liberté individuelle qui a rendu nécessaire l'institution de tribunaux administratifs; c'est encore le fait que, par son énorme extension, l'administration échappe au contrôle que les membres de l'autorité supérieure pouvaient encore réellement exercer dans les débuts de notre Etat fédératif. Aujourd'hui — le message du Conseil fédéral le relevait déjà en 1911 — les membres du Conseil fédéral ne peuvent plus consacrer le temps nécessaire à l'examen des réclamations, requêtes et recours.

Autre phénomène à relever, qui a accéléré la création des tribunaux administratifs: l'administration de l'Etat a petit à petit perdu son aspect primitif d'une administration au service d'un pouvoir politique. Si certaines procédures relèvent encore manifestement d'une mission politique du gouvernement (par exemple les affaires étrangères ou la sûreté intérieure), un plus grand nombre ne sont qu'administratives et n'ont que très indirectement et très faiblement une portée politique (administration des assurances d'Etat, des impôts, des contrôles industriels, etc.).

Enfin, à l'appui de l'institution des tribunaux administratifs, il faut noter sa portée psychologique puissante. Le message du Conseil fédéral de 1911 l'exprimait déjà en ces termes en reprenant une formule du professeur Fleiner: «Faire taire le reproche de bureaucratie et d'arbitraire si souvent adressé à l'administration²⁷.» Ou encore: «L'administration a un intérêt capital à éviter jusqu'à l'apparence de l'arbitraire et, pour maintenir son prestige, à laisser le soin de statuer à une autorité indépendante, qui appliquera une procédure respectueuse des droits de chacun²⁸.»

²⁷ FF 1912 I p. 303-304. — Dans le même sens, commentant les résultats obtenus par la juridiction administrative du Tribunal fédéral, Zwahlen, ZRS 1947 p. 147 a.

²⁸ FF 1912 I p. 302.

b) *A l'étranger.* Si l'on envisage l'évolution de la juridiction administrative dans les principaux pays, latins, germaniques et anglo-saxons, on constate une élimination de plus en plus complète du procédé de l'administrateur-juge, au profit des tribunaux administratifs²⁹.

En Angleterre et aux Etats-Unis, le principe était resté longtemps celui de la compétence du tribunal ordinaire pour les litiges où l'administration est partie. Toutefois, le procédé de l'administrateur-juge s'étant néanmoins imposé ici et là, une réaction s'est produite, tant contre la compétence des tribunaux ordinaires que contre celle de l'administrateur; et la voie a été ouverte pour la création de tribunaux administratifs³⁰.

La France a connu une évolution inverse, pour arriver du reste à un résultat assez analogue. Selon la conception française de la séparation des pouvoirs (qui n'est pas une séparation des fonctions), la compétence prépondérante était celle de l'administration, assistée d'organes consultatifs, notamment le Conseil d'Etat. Les tribunaux ordinaires n'avaient d'autre compétence que celle des litiges administratifs de droit privé, dont la notion était du reste devenue assez étroite. De ce système de l'administrateur-juge, l'on est arrivé petit à petit à celui du tribunal administratif: les organes consultatifs du contentieux de l'administration se sont transformés en juridiction de décision (Conseil d'Etat).

Quant à la Suisse, si nous voulons la situer dans l'évolution générale, citons Roger Bonnard³¹: «Cela est une des caractéristiques propres du droit administratif suisse, qui le distingue même actuellement des autres droits administratifs, d'avoir opposé des résistances plus fortes et plus durables que partout ailleurs à la suppression du procédé de l'administrateur-juge et à son remplacement

²⁹ Roger Bonnard, p. 91-92.

³⁰ Roger Bonnard, p. 127 ss.

³¹ Roger Bonnard, p. 239.

par le procédé du tribunal administratif; d'avoir ainsi conservé plus longtemps qu'ailleurs ce procédé de l'administrateur-juge et de le pratiquer encore.»

2^o Le Conseil d'Etat français

Avant d'aller plus loin dans notre exposé, un bref rappel de l'institution du Conseil d'Etat nous paraît utile, car c'est là l'institution type, et souvent citée, du tribunal administratif autonome.

Le Conseil d'Etat français³² est né de la Révolution. On a voulu à l'époque mettre fin aux conflits incessants qui, sous l'ancien régime, avaient dressé les parlements, c'est-à-dire les cours de justice, contre les administrateurs royaux; et à cet effet l'on a institué les ministres comme juges de droit commun en matière administrative. En revanche, pour assurer une justice indépendante dans certaines matières importantes, déjà dès l'an VIII l'on a institué les conseils de préfecture. Au-dessus d'eux, le Conseil d'Etat avait des attributions limitées aux impôts et aux travaux publics. Napoléon I^{er} fait du Conseil d'Etat un corps consultatif, mais il retient personnellement la juridiction. Si, pendant un temps, sous la Deuxième République, la justice est déjà déléguée au Conseil d'Etat, elle est de nouveau retenue par le gouvernement sous le Deuxième Empire. Ce n'est qu'avec la Troisième République, par une loi de 1872, que le Conseil d'Etat a reçu sa constitution définitive, qui le régit encore actuellement, avec une compétence autonome dans le contentieux administratif. Le nouveau régime de 1946 n'y changera rien, sauf que, sous une pression politique accentuée, l'autorité et le prestige du corps sont peut-être moins indiscutés que précédemment.

³² Roger Bonnard, p. 151 ss.; Encyclopédie française t. X 1935; Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1950, p. 65 ss.

A côté des sections de législation et d'administration, qui sont les organes de consultation des ministères, tant pour les règlements que pour les décisions, la section du contentieux du Conseil d'Etat joue le rôle éminent de tribunal administratif de droit commun. A défaut d'un texte attribuant spécialement la compétence à une autre juridiction, le Conseil d'Etat statue en premier et en dernier ressort sur n'importe quelle contestation administrative. C'est donc en sa faveur la clause générale. Les autres tribunaux administratifs, notamment les conseils de préfecture, lui sont subordonnés dans leur compétence propre, par la voie de l'appel ou de la cassation.

Appartient de plus au Conseil d'Etat cette partie du contentieux qui chez nous ressortit parfois aux tribunaux ordinaires, par exemple la responsabilité pour des ouvrages défectueux, les obligations contractuelles de l'Etat, les indemnités d'expropriation, les pensions des fonctionnaires. Lui compète aussi le recours dit en excès de pouvoir contre un acte de n'importe quelle autorité administrative; c'est là un recours contre l'arbitraire, qui n'est pas sans analogie avec celui que reçoit le Tribunal fédéral suisse à l'endroit des actes des administrations cantonales.

Ce qui fait la valeur du Conseil d'Etat français, c'est son recrutement. On y accède par la voie du concours, pour gravir ensuite les différents degrés que représentent les charges d'auditeurs, de maîtres des requêtes et de conseillers. A côté du concours, mais dans une moindre proportion, il y a une possibilité directe d'accès au Conseil d'Etat, notamment pour des hauts fonctionnaires de l'administration.

L'objection majeure à faire, sinon au système, au moins au fonctionnement du Conseil d'Etat français, nous dit M. Waline, c'est l'encombrement de son rôle; les causes viennent en nombre de tous les points du territoire, de la métropole et des pays d'outre-mer. Il en résulte de fâcheux retards dans les jugements; et cela malgré la division de la section du contentieux en huit sous-sections.

3^o Les autres Conseils d'Etat étrangers

a) Le Conseil d'Etat belge

Une loi du 23 décembre 1946³³ vient de créer en Belgique, pour la première fois, un Conseil d'Etat. L'institution s'inspire dans ses grandes lignes du Conseil d'Etat français. Comme lui, elle ne fait pas partie de l'ordre judiciaire.

Déjà auparavant, les tribunaux pouvaient connaître de l'exception tirée de l'illégalité des règlements dans les litiges dont ils étaient compétemment saisis. D'autre part, par l'effet d'une jurisprudence extensive de la cour de cassation, les tribunaux ordinaires ont admis leur compétence dans cette branche du contentieux administratif qui est le contentieux de l'indemnité. Mais, à côté de ces voies particulières, le seul recours praticable était celui que de nombreux textes législatifs organisaient contre les décisions des bureaux, le plus souvent par le procédé de l'administrateur-juge et dans le cadre de la hiérarchie.

Ces solutions furent reconnues incomplètes et peu satisfaisantes. Préparé dès 1930 sur le plan parlementaire et sur le plan doctrinal, le projet du Conseil d'Etat belge reçut sa réalisation à fin 1946.

Le Conseil d'Etat belge est tout à la fois : 1^o un conseil de législation, collaborant à la préparation technique des lois et règlements ; 2^o un tribunal des conflits de compétence ; 3^o un organe de préavis facultatif sur les questions et affaires administratives non litigieuses ; 4^o un tribunal du contentieux administratif.

Le Conseil d'Etat est composé de 13 à 15 conseillers, avec 7 à 10 auditeurs et un maximum de 10 assesseurs. Pour être conseiller ou assesseur, il faut avoir 35 ans accomplis, être docteur en droit, avoir pendant 10 ans au moins pratiqué le barreau ou exercé un emploi d'administration géné-

³³ Texte dans *Revue du droit public et de la science politique*, Paris 1948/54, p. 195 ss. Cf. Moureau et Simonard, *ibidem*, p. 159 ss.

rale, une fonction judiciaire ou un enseignement universitaire. Les conseillers sont désignés à vie, les assesseurs pour 5 ans; les auditeurs sont nommés après un concours.

Comme tribunal du contentieux, le Conseil d'Etat n'a pas la compétence générale, mais un certain nombre d'attributions délimitées (loi électorale, résiliation et revision des contrats conclus avant ou pendant la guerre, assistance publique). De plus, il connaît des recours pour violation de formes, pour excès ou détournement de pouvoir, tant contre les règlements que contre les décisions.

b) Le Conseil d'Etat italien

La constitution de la République italienne du 22 décembre 1947³⁴ fixe comme suit la compétence du Conseil d'Etat (Consiglio di Stato), qui existe déjà dans ce pays dès 1831 (art. 103, traduction): «Le Conseil d'Etat et les autres organismes de justice administrative ont juridiction pour la protection, devant l'administration publique, des intérêts légitimes et des droits subjectifs, dans des matières particulières prévues par la loi.»

c) La Cour administrative hongroise

En Hongrie la Cour administrative supérieure a été créée par une loi de 1896. Elle est sur pied d'égalité avec la cour suprême. Sa compétence est établie selon la formule énumérative³⁵.

d) Le Conseil d'Etat égyptien

Créé en 1946 le Conseil d'Etat égyptien a été réorganisé par une loi de 1949³⁶.

³⁴ Texte français dans Revue du droit public et de la science politique, Paris 1948/54, p. 388 ss. — Cf. Silvio Lessona, La funzione giurisdizionale, dans Commentario sistematico alla Costituzione italiana (Calamandrei e Levi), II, Florence 1950.

³⁵ Ch. Eszlary, La Cour administrative hongroise, dans Revue du droit public et de la science politique, Paris 1948/54, p. 565 ss.

³⁶ Texte français dans Revue du droit public et de la science politique, Paris 1949/55, p. 500 ss. — Cf. de Soto et M. Waline, ibidem, p. 453 ss.

Sa section du contentieux statue en instance unique de pleine juridiction, ou en instance de recours. Sa compétence, fondée sur la méthode énumérative, couvre cependant, dit M. de Soto, l'énorme majorité des litiges qui peuvent s'élever entre les autorités administratives et les administrés.

4^o L'évolution de la juridiction administrative en Suisse

Réunie à Zermatt en 1897, la Société suisse des Juristes préconisait déjà l'introduction d'une juridiction administrative indépendante de l'administration; les rapporteurs étaient le professeur G. Vogt et le conseiller d'Etat A. Chappaz³⁷.

Sur la base d'un rapport du professeur Fleiner, le Conseil fédéral déposa en 1911 un important message tendant à la revision de la Constitution (art. 114^{bis} et 103) et à l'introduction d'une juridiction administrative autonome³⁸.

En 1914, le nouvel article constitutionnel était adopté (art. 114^{bis}) et par là le principe de l'autonomie de juridiction était admis. La législation fédérale devait déterminer les contestations qui justifieraient un recours à une cour administrative fédérale, envisagée encore in abstracto. Les autres contestations devaient continuer à relever de la juridiction du Conseil fédéral.

Les années 1914 à 1928 connurent d'âpres discussions sur les deux questions cruciales: faut-il créer de toutes pièces un tribunal administratif fédéral ou bien consacrer à la juridiction administrative une chambre du Tribunal fédéral? la compétence de droit administratif du tribunal sera-t-elle générale, avec des exceptions en faveur du Conseil fédéral, ou simplement énumérative?

En 1928 est adoptée la loi sur la juridiction administrative et disciplinaire, dont les dispositions ont été reprises

³⁷ ZSR 1897 p. 821 ss. et p. 829 ss.

³⁸ FF 1912 I 291 ss.

dans la loi d'organisation judiciaire de 1943³⁹. C'est cette loi qui a institué le Tribunal fédéral comme organe de juridiction administrative, avec certaines attributions bien déterminées, selon la formule énumérative.

Parallèlement, ont été créés, en 1915, le Tribunal fédéral des assurances, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi sur l'assurance maladie et accidents, et, à diverses époques, quelques commissions fédérales de recours. Ce sont là ce que nous appelons les tribunaux administratifs spécialisés.

5^o L'actuelle répartition de la compétence

Dans l'état actuel des choses, les attributions de juridiction administrative sont réparties entre le Conseil fédéral (ou ses services), le Tribunal fédéral et les tribunaux spécialisés⁴⁰.

a) Le *Conseil fédéral* a la compétence générale. Dans une certaine mesure on peut dire que la voie juridictionnelle se couvre ici avec la voie hiérarchique. Le Conseil fédéral prononce sur recours chaque fois que la compétence n'est pas expressément conférée à une autre autorité.

Quand nous disons que le Conseil fédéral prononce, il convient encore de préciser. Tantôt c'est bien le Conseil fédéral, comme autorité suprême (art. 124 OJ). Tantôt, par délégation, c'est un département ou un service qui statue en dernier ressort. Certes, en vertu du principe posé par l'art. 103 Cst., les affaires ne peuvent être traitées par les départements ou services que «sous réserve du droit de

³⁹ Le message du 9 février 1943 à l'appui d'une nouvelle loi sur l'organisation judiciaire, FF 1943 p. 148, précise: «A l'effet d'aboutir à une réglementation cohérente et systématique, il convient de ne pas laisser coexister cette loi (du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire) avec l'organisation judiciaire révisée, mais au contraire de l'incorporer à cette dernière... sans qu'il y ait lieu cependant de soulever à nouveau des problèmes qui ont été résolus il y a 14 ans par ladite loi.»

⁴⁰ Nous laissons de côté, comme étant sans importance pratique, le recours à l'Assemblée fédérale que prévoient et organisent les art. 85, ch. 12 Cst., 125 al. 1 a et c, et 132 OJ.

recours» au Conseil fédéral. Quelle que soit l'interprétation de cette disposition constitutionnelle, le fait est là: il est arrivé que la législation et parfois les règlements aient attribué une compétence juridictionnelle suprême à des organes subordonnés⁴¹.

Le procédé de la juridiction suprême confiée à des organes subordonnés au Conseil fédéral fut largement utilisé dans la législation extraordinaire de guerre. M. Paul Lachenal a dénoncé l'abus extrême, où c'est le bureau lui-même qui, légiférant, se constitue juge de dernière instance⁴². Mais, en dehors de la législation de guerre, d'autres organes subordonnés au Conseil fédéral ont aussi reçu la juridiction suprême⁴³. L'organisation judiciaire, à son art. 124a, a du reste consacré cette pratique. On peut dire qu'elle est abusive et qu'il y a là un point important à revoir.

En vertu de l'art. 129 de l'organisation judiciaire (précédemment art. 26 JAD), le Département de justice et po-

⁴¹ Pierre Graff, *Le système de l'administrateur-juge en droit fédéral suisse*, 1943, p. 27.

⁴² Paul Lachenal, *La séparation des pouvoirs*, ZSR 1943 p. 381 a et 643 a. — Voici un cas signalé par M. Lachenal (probablement entre plusieurs que révélerait une exploration approfondie du Recueil des lois): par l'ordonnance n° 62 du 12 août 1942 (ROLF 58, 763) — qui est la fille de l'ordonnance n° 24 du Département de l'économie publique, la petite-fille de l'arrêté du Conseil fédéral du 17 octobre 1939, donc l'arrière-petite-fille de l'arrêté de l'Assemblée fédérale du 30 août 1939 sur les pouvoirs extraordinaires —, l'office de guerre pour l'alimentation légifère sur sa mission et sur les obligations des citoyens; du même coup il réglemente et donne à sa section des céréales le pouvoir d'administrer; enfin, il s'attribue à lui-même le pouvoir juridictionnel «en dernier ressort». M. E. Tobler, qui signe l'ordonnance, exerce donc, à lui seul, tout à la fois la fonction du législateur, de l'administrateur et du juge (ô Montesquieu, ô démocratie!).

⁴³ Par exemple, l'art. 15 al. 3 de la loi sur la circulation des automobiles confère un caractère définitif à la décision que prend, sur recours, le Département de justice et police en matière de retrait du permis de conduire. De même est définitive la décision que le Département des finances et douanes prend, sur recours, en matière de vérification des compteurs d'électricité (ROLF 49, 418).

lice instruit les affaires introduites par les recours au Conseil fédéral. Si le recours est dirigé contre une décision de ce département, c'est, dans la pratique, celui des postes et chemins de fer qui procède à l'instruction⁴⁴.

b) De son côté, le *Tribunal fédéral* est l'organe ordinaire de juridiction administrative autonome. Il remplit par sa Chambre de droit administratif la fonction de la «cour administrative fédérale» que prévoit l'art. 114^{bis} Cst.

Les attributions du Tribunal fédéral, comme cour administrative⁴⁵, peuvent se classer comme suit:

aa) Une clause générale (art. 97 OJ) fait du Tribunal fédéral le juge des recours en matière fiscale⁴⁶.

bb) Des clauses spéciales, figurant les unes dans la loi d'organisation judiciaire (art. 98 et 99), les autres dans divers textes législatifs, attribuent au Tribunal fédéral des compétences de recours pour certaines décisions limitativement énumérées, savoir notamment dans les matières suivantes: cautionnements de droit public, registres des brevets, dessins, modèles et marques, registre du commerce, registres d'état civil, monopole des poudres, patentes et autorisations, fondations, forces hydrauliques, maisons de jeu et loteries, assurance privée, douanes, fabriques, arts et métiers, assurance obligatoire en cas d'accidents, postes, télégraphes et téléphones, armoiries publiques, repos hebdomadaire, commerce des métaux précieux, banques et

⁴⁴ En 1949, la division de justice a instruit pour le Conseil fédéral 415 recours (230 en 1938 et 27 en 1930). Les recours de 1949 se répartissent comme suit: douanes (amendes) 139, transports automobiles 56, contrôle des prix 56, industrie horlogère 24, commerce de vins 11, exécution des peines 22, divers 107. — Il faut ajouter à ces chiffres les recours instruits par la division de police et ceux instruits par le Département des postes et chemins de fer. — Nous n'avons pas la statistique des recours jugés en dernière instance par les organes subordonnés au Conseil fédéral, dans leur compétence déléguée.

⁴⁵ Voir Geering, Fiches juridiques suisses, Tribunal fédéral VIII, 1945, n° 891.

⁴⁶ En 1949, le Tribunal fédéral a enregistré 182 recours fondés sur sa compétence en matière fiscale.

caisses d'épargne, approvisionnement du pays en marchandises indispensables, âge minimum des travailleurs, nationalité suisse, garantie des obligations des sociétés d'assurance sur la vie, navigation aérienne, statut des transports automobiles⁴⁷.

cc) Les dispositions de l'organisation judiciaire (art. 110 et 111) attribuent encore au Tribunal fédéral une compétence de pleine juridiction en instance unique — c'est-à-dire sans décision préalable de l'administration — dans certaines contestations pécuniaires et non pécuniaires⁴⁸.

c) La cour de droit public du *Tribunal fédéral* peut connaître exceptionnellement d'une décision administrative: c'est le cas du conflit de compétence (art. 113 al. 1 ch. 1 Cst. et 83a OJ), si un canton conteste la compétence de l'administration fédérale pour prendre la décision en cause⁴⁹.

d) Parmi les tribunaux spécialisés, il faut mentionner le *Tribunal fédéral des assurances*⁵⁰, créé par l'art. 122 LAMA, qui est autorité d'appel dans les contestations d'assurance obligatoire en cas d'accidents et d'assurance vieillesse et survivants, ainsi qu'autorité de recours dans les litiges en matière d'assurance militaire. D'autre part, les *Commissions fédérales de recours*⁵¹, par exemple la Commission de recours de l'administration militaire⁵², la Commission fédé-

⁴⁷ En 1949, le Tribunal fédéral a enregistré 58 recours concernant l'ensemble de ces matières; principalement touchant les registres, l'assujettissement à la loi sur les fabriques, l'assujettissement à la Caisse nationale et la nationalité.

⁴⁸ En 1949, le Tribunal fédéral a été saisi de 12 demandes rentrant dans sa juridiction unique.

⁴⁹ Le Tribunal fédéral a enregistré 2 conflits de compétence en 1949.

⁵⁰ En 1948, il a été enregistré 189 causes d'assurance accidents, 421 causes d'assurance militaire, 238 causes d'assurance vieillesse et survivants.

⁵¹ Cf. Message, FF 1925 II p. 256.

⁵² 9 recours en 1938, 280 en 1945, 43 en 1948 et 47 en 1949.

rale des recours en matière de douane⁵³ et les commissions fédérales de surveillance des régimes des allocations pour perte de salaire et de gain⁵⁴, sont de véritables tribunaux administratifs puisqu'elles statuent définitivement dans les causes de leur compétence.

6° *Le problème de la répartition désirable de la compétence*

Convient-il, pour mieux garantir la légalité de l'administration, en perfectionnant les voies de recours, d'envisager une modification de cette répartition de compétence entre le Conseil fédéral, d'une part, le Tribunal fédéral, de seconde part, et les tribunaux spécialisés, de troisième part ?

a) En tout cas il paraît inutile et inopportun de rouvrir le débat sur la *clause générale* et la *clause énumérative*. Ce qui importe surtout (faisons toutefois une réserve sur le plan psychologique), c'est le résultat auquel on arrive. Certainement chacune de ces trois autorités juridictionnelles a sa raison d'être, mais pour des litiges de natures différentes.

Le *Conseil fédéral*, supérieur hiérarchique des organes administratifs, porte la responsabilité politique de l'administration et il doit en rendre compte aux Chambres. Sa connaissance des tâches de l'administration le rend aussi particulièrement apte à trancher les conflits de principe que celle-ci provoque dans son activité. Enfin, et c'est là la caractéristique essentielle du Conseil fédéral comme juridiction supérieure, un certain nombre de conflits touchent à la politique gouvernementale, dont il doit être le seul maître.

Le *Tribunal fédéral*, de son côté, face à un litige où l'administration elle-même est partie, apparaît comme un organe parfaitement indépendant. Sa fonction propre étant de juger des contestations, il rentre bien dans sa mission générale de statuer dans les conflits de caractère administratif, aussi bien que dans ceux où sont parties les simples

⁵³ 37 recours en 1948.

⁵⁴ 135 recours en 1948.

citoyens entre eux ou les cantons entre eux. Par l'expérience acquise comme juge constitutionnel des conflits des administrations cantonales avec les particuliers et comme juge ordinaire dans la totalité de la sphère juridique, le Tribunal fédéral a des titres sérieux à rendre la justice également en matière de droit administratif.

De son côté, un *tribunal spécialisé* (commission fédérale de recours), grâce à une composition souple et variable, comptant dans son sein des hommes du métier, est un organe propre à trancher avec aisance des conflits où la technique et les connaissances particulières sont des éléments prépondérants.

On le voit, chacune des autorités envisagées a sa caractéristique. Cela doit inciter à la recherche d'une répartition des matières en rapport direct avec les avantages de l'une ou de l'autre juridiction.

b) De différents côtés l'idée est exprimée que la répartition actuelle de la compétence de juridiction administrative doit être revue. L'expérience faite depuis 1928, dit-on généralement, permet en tout cas de remettre en discussion le partage opéré alors entre la compétence du Conseil fédéral et celle du Tribunal fédéral⁵⁵.

Trois circonstances particulièrement paraissent donner raison à ceux qui demandent une revision de la juridiction administrative. La première c'est le fait que, surchargés déjà par les tâches du gouvernement et de l'administration active, les membres du Conseil fédéral n'ont pas la possi-

⁵⁵ La coexistence de diverses instances de recours présente parfois une bigarrure surprenante et coûteuse. Celui à qui l'administration reproche l'introduction en Suisse d'un bijou de contrebande doit utiliser les voies de recours suivantes: — sur l'application du tarif douanier, le recours à la Commission fédérale des douanes; — sur le principe de l'amende, le recours aux tribunaux ordinaires; — sur le montant de l'amende, le recours jusqu'au Conseil fédéral; — sur l'impôt de luxe et de chiffre d'affaires, le recours au Tribunal fédéral. Il n'est pas toujours aisé pour chaque juridiction saisie d'éviter d'être en contradiction avec les autres, tout en revendiquant sa pleine liberté de jugement.

bilité de vouer personnellement leur attention à une tâche purement juridictionnelle et qu'ils sont obligés, pour la décision à rendre, de s'en remettre au préavis des bureaux⁵⁶.

La seconde circonstance à signaler, c'est l'emprise considérable des mesures d'intervention de l'Etat dans la vie privée, spécialement comme conséquence de la crise économique et surtout de la dernière guerre. Ces mesures, on s'en rend compte, ne disparaîtront pas complètement, soit qu'on les transfère dans la législation ordinaire, soit que la législation extraordinaire elle-même subisse de nouvelles prorogations. Il en résulte pour chacun un besoin accru d'être protégé contre une administration dont les pouvoirs sont devenus considérables.

Enfin, troisième circonstance qu'on a relevée: plusieurs des craintes émises quant à la juridiction administrative exercée par un organe judiciaire ou autonome se sont révélées vaines⁵⁷.

En mars 1946, la direction du parti radical démocratique suisse demandait une réorganisation de la juridiction administrative. La même année, un postulat du conseiller national Dietschi, du 20 décembre 1946, visait à une amélioration de cette juridiction. Mains articles de journaux et de revues s'expriment dans le même sens⁵⁸. La Fédération suisse des avocats dès 1948 a invité les différents barreaux suisses à étudier le problème de la juridiction admi-

⁵⁶ Dans un projet de résolution présenté à la Fédération suisse des avocats, on lit ceci:

«Die Verwaltungsrechtspflege durch den Bundesrat kann praktisch nicht durch die oberste politische Landesbehörde ausgeübt werden. Der Bundesrat ist durch seine eigentlichen Regierungsaufgaben derart in Anspruch genommen, daß er nicht gleichzeitig Richter sein kann. Die Beschwerden werden deshalb notgedrungen durch den Verwaltungsapparat entschieden. Naturgemäß besteht hierbei die Gefahr, die Verwaltung nicht zu desavouieren. Dem Rechtsuchenden fehlt deshalb das Vertrauen in eine umfassende, neutrale Neubeurteilung. Überdies dauert das Verfahren zu lange.»

⁵⁷ Zwahlen, dans ZSR 1947 p. 147a ss.

⁵⁸ Récemment encore: Neue Zürcher Zeitung, 2 mars 1950.

nistrative et elle a désigné elle-même à cette fin une commission spéciale en vue d'une requête qui sera adressée prochainement au Conseil fédéral⁵⁹.

Le groupement politico-économique dit «Alliance des indépendants» (Landesring der Unabhängigen) projette, selon une publication dans les journaux à fin 1949, une initiative tendant à l'extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral⁶⁰. Il résulte d'une communication qui nous a été faite récemment que le projet visera à la réalisation des principes suivants: — la modification de l'art. 114^{bis} al. 1 Cst., savoir: le Tribunal fédéral, comme cour administrative, connaîtrait, en vertu d'une clause générale, de toutes les contestations administratives en matière fédérale; exception serait faite pour celles que la législation fédérale désigne expressément ou qu'elle défère à un autre tribunal; — une modification de l'art. 114^{bis} al. 3 Cst., savoir: le Tribunal fédéral serait lié par les lois et arrêtés fédéraux acceptés en votation populaire (ainsi que par les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale); — une disposition transitoire, portant délai de deux ans, pour établir par voie législative les attributions maintenues au Conseil fédéral.

Ceux qui demandent le développement de la juridiction administrative autonome entendent aussi par là que soient

⁵⁹ Dans le projet de résolution présenté à la Fédération suisse des avocats, il est dit:

«Die Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht hat den Vorteil einer parteiöffentlichen Urteilsfindung durch ein außerhalb der Verwaltung stehendes Kollegialgericht. Es ist zu bedauern, daß sie nur auf wenigen Rechtsgebieten (hauptsächlich bundesrechtliche Abgaben und Registersachen [vgl. Art. 97 ff. OG]) besteht.»

«Die Verwaltungsrechtspflege des Bundes sei umzugestalten, indem die durch den Bundesrat ausgeübte Verwaltungsrechtspflege eingeschränkt und diejenige durch das Bundesgericht ausgebaut werden soll, wobei — zufolge der Überlastung des Bundesgerichts — die Schaffung eines Bundesverwaltungsgerichts zu prüfen wäre.»

⁶⁰ Concurrément avec une initiative visant à la juridiction constitutionnelle: ci-dessus p. 41a.

renforcées les garanties de la constitutionnalité. Dans la mesure en effet où le contrôle judiciaire n'est pas complètement organisé, la juridiction administrative permet de s'assurer, par la voie de la question préjudicielle, si les ordonnances législatives ou réglementaires et si les décisions elles-mêmes sont prises en plein respect des normes constitutionnelles⁶¹.

IV. — Les critères d'un partage de compétence

1^o L'acte de gouvernement, la décision politique

a) En France⁶², la doctrine et la pratique ont dégagé une notion de l'acte «de gouvernement» qui échappe à la juridiction des tribunaux administratifs, notamment à celle du Conseil d'Etat. La base en est donnée par la loi de 1872 sur le Conseil d'Etat, qui prescrit à son art. 26: «Les ministres ont le droit de revendiquer, devant le Tribunal des conflits, les affaires portées à la section du contentieux (du Conseil d'Etat) et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif.» Le rapporteur de la loi s'exprimait comme suit: «Il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau qui menace tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que les droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque.»

⁶¹ Hans Marti, ZBJV 1949 p. 207. Dans le même sens: Rapport du Conseil fédéral sur le postulat Scherer, FF 1929 I 10. Cidessus 62a-63a.

⁶² Marcel Waline, Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1950, p. 95 ss.

On a fait rentrer dans les actes de gouvernement l'exercice du droit de grâce, certaines mesures disciplinaires, les actes diplomatiques, notamment l'interprétation des traités, les représailles, les faits de guerre et les réquisitions militaires.

Dans le même sens, mais par une disposition explicite, la récente loi égyptienne de 1949 sur le Conseil d'Etat⁶³, déclare irrecevables les recours contre les actes dits de «souveraineté», notamment ceux touchant la sécurité extérieure ou intérieure, les relations diplomatiques, les opérations militaires.

b) En Suisse, chacun sera d'accord qu'une série de décisions du Conseil fédéral ou de ses départements peuvent être comprises dans la notion générale des actes de gouvernement, ou actes de politique gouvernementale. Ces décisions doivent rester dans la compétence du Conseil fédéral et ne sauraient être soumises à la juridiction ni d'un tribunal ni d'une commission de recours. C'est ce qu'exprimait du reste le message du 27 mars 1925⁶⁴, quand il déclarait vouloir exclure de la compétence d'une cour administrative: les décisions de nature purement militaire, celles touchant la défense nationale ou rentrant dans le pouvoir disciplinaire militaire, les décisions concernant l'armement et l'habillement du soldat (art. 18 al. 3 Cst.), le renvoi des causes pénales aux autorités cantonales, les relations diplomatiques (art. 102 ch. 8 Cst.), les mesures de sécurité extérieure et intérieure (art. 102 ch. 9 et 10 Cst.), la haute surveillance sur les écoles primaires (art. 27 al. 2 et 3 Cst.), les dispositions concernant la paix religieuse (art. 51 et 52 Cst.) et les sépultures (art. 53 al. 2 Cst.), l'application des traités internationaux.

Ce sont bien là, dans l'ensemble, des actes de gouvernement, qui paraissent devoir échapper à un contrôle juridictionnel.

⁶³ Texte dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1949/55, p. 500 ss.

⁶⁴ FF 1925 II p. 206-209.

De plus, on pourrait y ajouter, au vu de la législation récente, certaines mesures sur le plan économique et social. A cet égard une distinction s'impose. Il y a une politique économique, comme il y a une politique sociale, qui ne peut relever, dans ses grandes lignes au moins, que du Conseil fédéral. Dans la mesure cependant où cette politique économique, cette politique sociale, s'est dans un certain secteur complètement exprimée par une loi (par exemple la loi d'assurance maladie et accidents, la loi d'assurance vieillesse et survivants), il appartient évidemment aux tribunaux de veiller à son application. Mais si la loi fait défaut, ou plutôt si elle est incomplète et fragmentaire, il peut être bon de laisser la matière dans la juridiction du Conseil fédéral de façon qu'il oriente l'administration dans le sens de la politique dont il est responsable⁶⁵.

La loi sur la juridiction administrative et disciplinaire, dont les dispositions ont été reprises par la loi d'organisation judiciaire, a attribué au Tribunal fédéral la compétence en matière de retrait de certaines concessions ou autorisations (patente d'agence d'émigration, diplôme de géomètre, etc., art. 99 III OJ); a contrario, quand il s'agit de l'octroi de telles concessions ou autorisations, c'est la libre décision de l'autorité administrative. On semble être parti de l'idée que si le retrait de la concession prive le bénéficiaire d'un droit subjectif, son refus initial peut être considéré, dans un sens large, comme un acte de gouvernement.

⁶⁵ Un cas limite est présenté actuellement par le projet législatif sur l'industrie horlogère. Comme l'arrêté, ce projet donne à l'administration la faculté d'interdire l'ouverture ou l'agrandissement d'une entreprise, si cela est contraire aux «intérêts généraux de l'industrie horlogère» en Suisse. On peut soutenir que, la loi s'étant exprimée, l'examen de la solution que commandent les intérêts généraux de l'industrie horlogère est susceptible d'être confié à un tribunal, éventuellement assisté d'hommes du métier. On peut soutenir aussi qu'en cette matière la loi reste intentionnellement imparfaite pour laisser au gouvernement responsable de la politique économique une marge substantielle d'autonomie.

*2^o L'opportunité, la libre appréciation
et le prétendu pouvoir discrétionnaire*

Traditionnellement on distingue deux aspects de l'acte d'administration: sa légalité et son opportunité⁶⁶.

Dans la mesure où l'administration est tenue à la loi, il y aurait ce qu'on appelle la «compétence liée» et, pour le surplus, le «pouvoir discrétionnaire» ou, comme on dit en Suisse, la «libre appréciation» (freies Ermessen).

Le message du 27 mars 1925⁶⁷ voit là un critère de distinction entre ce qui peut ressortir au contrôle judiciaire, la légalité, et ce qui doit lui échapper, l'opportunité. Parlant des matières où l'autorité administrative «a le droit de statuer totalement ou essentiellement en vertu de son pouvoir discrétionnaire», le rédacteur du message affirme: «Dans le système de l'énumération... c'est le Conseil fédéral qui est compétent pour en connaître.»

Il nous paraît erroné d'admettre que, même dans certaines matières limitées, l'administration pourrait agir en étant dégagée de toute obligation juridique. Quel que soit le domaine où elle intervient, quelle que soit la décision qu'elle a à prendre, l'administration, pensons-nous, ne peut et ne doit que se conformer à la loi dans sa lettre ou dans son esprit. Le droit ne se borne pas à limiter négativement l'activité de l'administrateur; il lui impose une règle positive de justice à réaliser⁶⁸.

⁶⁶ Fleiner-Eisenmann, Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris 1933, p. 162 ss.; Roger Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Paris 1934, p. 56 ss.; Georges Werner, dans Festgabe für Fleiner, 1937; Pierre Graff, Le système de l'administrateur-juge, p. 47, 89; Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif, 1943, p. 227 ss. — En outre, Jakob Wackernagel, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dans Recueil des Facultés de droit, 1948, dont les opinions sont particulièrement nuancées.

⁶⁷ FF 1925 II p. 205-211.

⁶⁸ Citons ici Burckhardt, L'Etat et le droit, ZSR 1931 p. 199a: «On peut bien dire à un jardinier: aménagez-moi mon jardin, mais il faut qu'il tienne dans le carré qui est ma propriété. Le jar-

Selon Kirchhofer⁶⁹, la libre appréciation n'est pas quelque chose de propre à l'administration. Elle est connue aussi en droit civil, quand il s'agit de fixer la réparation du tort moral, ou en droit pénal quand il s'agit de choisir et de mesurer la peine dans le cadre fixé par la loi. La libre appréciation de l'organe de première décision est en réalité plus étroite que ce qu'on admet généralement. Il n'y aurait libre appréciation que lorsque plusieurs solutions apparaîtraient également possibles et égales en valeur. L'autorité supérieure de contrôle doit vérifier s'il n'y a pas eu abus ou excès dans l'exercice du pouvoir d'appréciation. Au surplus, il n'y a pas libre appréciation lorsque la loi fixe les conditions de son application ou le but à atteindre, même par des termes vagues (bonne foi, mise en danger, besoin, intérêt public). Ni lorsqu'il y a lieu d'apprécier le résultat des preuves. En revanche il peut y avoir libre appréciation quand la loi l'admet expressément (par la formule «l'autorité peut...»).

Tout en nous rangeant aux vues d'Emil Kirchhofer, nous ajouterons ceci. Tout d'abord il nous paraît d'une déplorable technique législative de donner un blanc-seing à l'administration par la formule «l'autorité peut»⁷⁰. Si cette formule est précédée d'une indication, même en termes vagues, des conditions objectives ou subjectives dans lesquelles l'intervention de l'administration est admissible, cela limite d'autant la liberté d'appréciation de l'autorité de décision. De même quand les conditions d'application de

dinier qui n'aura pas dépassé le carré aura observé la maxime du maître. Mais c'est une maxime tout empirique. Si, au contraire, le maître de jardin lui dit: faites de mon terrain carré un *beau* jardin, le jardinier ne pourra oublier un seul instant ce précepte et devra s'y conformer jusque dans les détails les plus concrets de sa tâche.» Et plus loin, p. 203a en note: «Décider n'est pas simplement jouer à pile ou face; c'est motiver, et motiver c'est ramener l'individuel au général, au principe.»

⁶⁹ Emil Kirchhofer, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR 1930. Tirage à part p. 47 ss.

⁷⁰ Ci-dessus p. 71a-72a.

la loi résultent de son esprit général ou de règles supérieures du droit, non écrites. Rappelons que, souvent, les exigences les plus fondamentales du droit ne sont pas formulées par écrit.

L'analogie avec la fixation de la peine paraît précisément propre à éclairer la question. Quelle que soit sa liberté d'appréciation, le juge de première décision, en fixant la peine, applique des notions juridiques : le degré de culpabilité, les mobiles, les antécédents, la situation personnelle (art. 63 CP), ainsi que le but général visé par la loi pénale. Néanmoins, une cour de cassation, à qui échappe la connaissance des multiples éléments de fait parfois subtils et impondérables, pour qui est impossible la délicate pesée des valeurs, est obligée, par la force des choses, de s'en remettre dans une large mesure au juge de première instance qui a vu et entendu l'accusé et qui a participé aux débats oraux. Il n'en reste pas moins que la fixation de la peine ne peut se faire que conformément au droit ; le premier juge ne décide donc pas « discrétionnairement ».

La situation n'est pas différente pour l'organe de juridiction supérieure en matière administrative. Peu importe du reste que cet organe soit le Conseil fédéral ou un tribunal autonome. Un organe supérieur ne peut, dès le moment où l'appréciation demande une certaine finesse de perception, que s'en remettre sur ce point au jugement de l'autorité de première décision. Il est ainsi inexact de vouloir opposer le domaine de la libre appréciation, celui de l'opportunité⁷¹, au domaine commandé par la légalité.

S'il y a, dans le cadre de ce qui est conforme au droit, une zone où l'appréciation de l'autorité de décision peut difficilement être contrôlée, il est cependant impossible d'en

⁷¹ Le mot allemand qui traduit opportunité, « Zweckmäßigkeit », indique bien que l'acte administratif doit être conforme à un but. Or ce but doit précisément ressortir, en termes exprès ou implicitement, de la loi écrite ou d'une façon générale de l'ordre juridique. Voir ci-dessus p. 72a.

fixer à l'avance les frontières. Celles-ci varieront avec chaque cas d'espèce litigieux⁷².

3^o *L'aspect technique des causes*

Dans le message du 27 mars 1925⁷³, on lit: « Il est permis de penser qu'une cour administrative ne devrait avoir à connaître que des questions de droit ou, du moins, des questions de nature essentiellement juridique. Mais la clause générale va beaucoup plus loin, car elle a pour effet de mettre dans la compétence de la cour administrative des litiges pour la solution desquels c'est à un point de vue technique qu'il faut se placer. » Et plus loin: « En cette matière (technique), l'administration ne statuera-t-elle pas plus justement et à moins de frais qu'un tribunal de juristes obligé d'avoir recours à des experts, surtout quand elle dispose elle-même des organes désintéressés qui peuvent lui fournir les renseignements nécessaires ? »

On ne pourra évidemment plus aujourd'hui attribuer une aussi grande importance au critère fondé sur le caractère technique des litiges. En effet, il n'y a pas de question de droit distincte d'un donné de fait, lequel ressortit toujours plus ou moins à une certaine technique. Dans tous les procès, la connaissance du fait exige que le juge ne se laisse pas rebuter par le caractère parfois très technique des contestations. Les tribunaux, dans leur activité quotidienne, font état dans une large mesure de faits touchant à la médecine dans les assurances, à la finance dans les contribu-

⁷² Ainsi l'art. 104 al. 2 OJ a tenté d'arrêter un critère en utilisant l'expression « manifestement inexact ». La pratique a démontré que ces termes devaient recevoir une application très souple et que la portée de l'examen par la Chambre de droit administratif du Tribunal fédéral pouvait différer presque de cas en cas. — Sur ce point: Wyss, dans Festgabe für Blumenstein p. 75; Plattner, ZSR 1945 p. 209 a; Fromer, ibidem, p. 430 a; Bosshardt, dans Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1947, p. 472; Fromer, dans Schweiz. Monatshefte, avril 1947.

⁷³ FF 1925 II p. 206.

tions publiques, à l'industrie dans la législation des fabriques et des brevets.

D'autre part, il est faux de supposer qu'un conflit entre l'administration et un particulier puisse être tranché selon les seules données de la technique. Celle-ci est au service du droit. Elle permet de connaître et d'apprécier les faits; elle est nécessaire aussi pour interpréter les exigences légales. Mais le problème reste toujours juridique⁷⁴.

Ce qui est vrai, c'est que dans certains domaines de l'administration, les décisions à prendre demandent une connaissance technique très spécialisée; le juge professionnel est alors obligé de recourir à des experts ou d'avoir la collaboration immédiate de professionnels. La solution préconisée dans le message de 1925, consistant à confier de telles causes au Conseil fédéral, n'est évidemment pas satisfaisante; car cette autorité dépend alors des fonctionnaires techniciens qui font ou qui inspirent le préavis... après avoir peut-être pris ou inspiré eux-mêmes la décision attaquée.

⁷⁴ M. Edm. Binet, à l'assemblée de la Société suisse des Juristes de 1943 (ZSR 1943 t. 62 p. 661 a), faisait la remarque suivante: «On ne verrait guère dans un tribunal pénal un juge se refuser à trancher un litige de nature très spéciale — disons de nature comptable — pour la raison qu'il n'a pas la compétence nécessaire, et charger l'expert-comptable de prononcer la condamnation. Le juge doit trancher.» — De son côté, Burckhardt, *l'Etat et le droit*, ZSR 1931 p. 185 a, en note:

« Il semble que dans les questions techniques l'autorité soit effectivement libre de choisir; mais cette liberté n'infirme aucunement notre thèse. L'autorité de police peut demander qu'un atelier soit suffisamment aéré; mais elle peut choisir entre plusieurs systèmes de ventilation et suivant les enseignements des sciences techniques elle choisira l'un ou l'autre. C'est une question de fait que la loi ne peut résoudre d'avance. Mais l'autorité de police ne peut, cette question technique étant éclaircie, exiger indifféremment un système efficace ou inefficace, bon marché ou coûteux, simple à manier ou compliqué. La question technique est une question de fait; elle laisse entière la question de droit, qui domine tout le débat. C'est d'elle seulement que nous parlons. »

Au surplus, il faut le dire ici nettement sur la base des expériences faites à la Chambre de droit administratif du Tribunal fédéral: même dans les matières où le côté technique semble a priori devoir l'emporter, le litige tel qu'il se présente au juge a perdu souvent son caractère de technicité: soit que le désaccord se trouve restreint aux conséquences juridiques à tirer d'un état de fait indiscuté; soit que la procédure, par les mémoires des parties et les pièces produites, permette d'éliminer toute discussion sur le problème proprement technique.

Il n'en reste pas moins que les tribunaux administratifs doivent être organisés de telle sorte que la solution des questions techniques ne soit pas un obstacle à une justice saine, impartiale et complète.

V. — Les critères du partage de compétence en action

1^o Le partage d'espèce ou le partage préalable.

La clause générale ou la clause énumérative

Sur la base de ce qui précède on peut demander, en droit désirable, que certains litiges en tout cas, notamment ceux relatifs aux actes de politique gouvernementale, soient réservés à la compétence du Conseil fédéral; que d'autres litiges, notamment ceux qui ont un caractère technique très accentué et très exclusif, soient assignés à la compétence juridictionnelle ou consultative de commissions spécialisées; qu'enfin, la généralité des autres litiges soient attribués à un tribunal administratif à compétence étendue.

Ceci posé, on voit immédiatement qu'il y a deux procédés concevables de partage de la compétence.

a) Le premier procédé est celui du *partage d'espèce* ou partage in casu. Il consiste dans un examen préjudiciel de la compétence, dans chaque conflit qui surgit, eu égard à la nature du point litigieux.

Ce mode de procéder paraît à première vue le plus propre à assurer une juste remise de chaque cause à l'organe le plus apte à en connaître.

Ce serait un peu le système du droit français, puisque le Conseil d'Etat a la compétence générale du contentieux administratif, mais que, à propos d'un litige particulier, le ministre peut toujours soulever l'exception préjudicielle «d'acte de gouvernement» et réserver au pouvoir administratif la décision définitive et sans recours; en cas de désaccord la cour des conflits statue. Telle est aussi la solution égyptienne.

Ce système peut particulièrement se justifier par la considération que des litiges analogues apparaissent tantôt comme engageant la politique gouvernementale, tantôt comme lui étant indifférents; ainsi l'expulsion des étrangers revêtira en temps troublé un caractère essentiellement politique, qu'il n'a pas en temps normal. De même, nombre de litiges dans des matières proprement techniques peuvent n'être que juridiques.

En revanche, le système d'une solution de cas en cas offre le double inconvénient d'une incertitude constante quant à l'organe de juridiction et de longueurs fâcheuses, inhérentes à la solution du conflit de compétence. Il suppose aussi une cour des conflits. Enfin et surtout maintes causes peuvent présenter des points litigieux à la fois du point de vue politique, du point de vue technique et du point de vue juridique; comment donner la prééminence à l'un d'eux?

Une variante du procédé de partage in casu consisterait dans l'organisation de voies de recours parallèles, à la fois devant le Conseil fédéral sur la question politique, devant une commission de professionnels sur la question technique et devant un tribunal administratif sur la question juridique. Mais ce système n'est pas admissible non plus: l'autorité de recours doit plutôt juger les trois questions à la fois, qui ne peuvent être dissociées; elle doit être unique pour chaque cause et statuer sur tous les aspects du litige.

b) Le second procédé — seul utilisable — est celui du *partage préalable* de la compétence, selon les matières.

Ce procédé a deux variantes: ou bien une clause énumérative au profit du tribunal (donc clause générale au point de vue de l'autorité administrative); ou bien une clause énumérative au profit de l'autorité administrative (donc clause générale au point de vue du tribunal). Le droit suisse, dès la loi de 1928, a adopté le système de la clause énumérative en faveur du Tribunal fédéral (et du reste aussi en faveur des commissions spéciales).

Qu'on formule dans un sens ou dans l'autre la clause générale, on peut le faire aussi, non pas pour l'ensemble du domaine de l'administration, mais dans des matières particulières. Ainsi le droit suisse, après avoir fait jouer la clause générale primaire en faveur du Conseil fédéral, attribue au Tribunal fédéral, par une clause générale secondaire, le recours contre les décisions en matière fiscale (art. 97 OJ), tandis que dans les autres matières il énumère les décisions susceptibles du recours judiciaire (art. 98 ss. OJ).

2° Le partage de la compétence par l'examen systématique de la législation fédérale

Il n'est pas possible, dans ce rapport, de s'exprimer avec d'autres précisions sur la répartition de la juridiction administrative en droit désirable. Il était surtout important de marquer les critères et la méthode qui doivent présider à cette répartition.

Pour aller plus avant dans cette voie, il faudrait procéder à un examen systématique de la législation, loi après loi, arrêté après arrêté, ordonnance après ordonnance. Ainsi seulement l'on verra dans quelle mesure il y a lieu de reviser l'œuvre inaugurée par la loi de 1928. En présence de chacune des matières, l'on se posera la question de savoir si le caractère politique ou le caractère technique des litiges possibles est de nature à l'emporter de telle façon sur tout autre que la juridiction du gouvernement ou d'une commission spéciale s'impose.

Une fois cet examen terminé, il y aura lieu d'en exprimer le résultat sous une forme aussi simple que possible. Que

ce soit par une ou plusieurs clauses générales en faveur de l'autorité administrative ou de l'autorité judiciaire, la question est d'importance secondaire.

VI. — Le renforcement de l'aptitude à juger

Si les pays qui connaissent le Conseil d'Etat à la française ont concentré dans les mêmes mains la fonction consultative de législation, la fonction consultative d'administration et la fonction juridictionnelle⁷⁵, c'est précisément pour accroître l'aptitude à juger des membres de ce tribunal administratif à compétence générale.

En Suisse, où il n'y a pas de Conseil d'Etat, le problème du partage de la compétence se pose différemment. Mais il n'est que plus nécessaire de donner à chaque autorité juridictionnelle la meilleure possibilité de statuer en toute liberté et en toute connaissance de cause.

1^o Le Conseil fédéral

Pour qu'il puisse vouer toute sa préoccupation aux tâches gouvernementales actives et aussi au contentieux des affaires qui ressortissent à la politique gouvernementale, il est désirable que le Conseil fédéral soit très largement soulagé dans sa fonction actuelle de juridiction administrative. L'examen de la nature des causes qui lui compétent aujourd'hui⁷⁶ permet de dire que, pour beaucoup d'entre elles, un organisme étranger au pouvoir exécutif pourrait fonctionner sans faire tort ni au justiciable, ni à l'administration, ni surtout à l'autorité et au prestige du gouvernement⁷⁷.

⁷⁵ On rappelle les trois sections du Conseil d'Etat français: la section de législation (qui préavise sur les règlements d'administration), la section d'administration (qui joue le rôle d'avocat-conseil de l'administration active) et la section du contentieux.

⁷⁶ Ci-dessus p. 97a, note 44.

⁷⁷ Ainsi les amendes douanières pourraient relever d'une juridiction pénale; les décisions en matière d'exécution des peines, d'une commission de recours.

Pour les causes de juridiction qui lui appartiennent en propre, il est judicieux de prévoir, comme le veut l'art. 129 OJ, un organe d'instruction et de préavis. Cet organe est actuellement, en règle générale, la division de justice. Dans l'éventualité où l'on créerait une « commission de rédaction des règlements », telle que nous l'avons suggérée⁷⁸, il s'imposerait de donner à cet organisme central également la charge de l'instruction et du préavis dans les causes administratives attribuées au Conseil fédéral.

D'autre part, on peut raisonnablement demander que, quand la compétence appartient au Conseil fédéral, le pouvoir de dernière décision ne soit jamais délégué à une autorité subordonnée⁷⁹. Il est indispensable que le justiciable jouisse au moins d'un recours jusqu'au Conseil fédéral lui-même.

Enfin, c'est peut-être ici le lieu d'exprimer le vœu, au nom de beaucoup de juristes suisses, que la jurisprudence du Conseil fédéral et de ses départements en matière administrative soit publiée dans des délais convenables⁸⁰.

2^o Le Tribunal fédéral

a) Dans l'idée de faciliter le Tribunal fédéral dans sa tâche juridictionnelle sur le plan de la technique et de l'opportunité, il a été proposé de créer, entre l'organe de première décision et le Tribunal fédéral, une *commission de recours intermédiaire*, savoir un organe juridictionnel d'avant-dernière instance⁸¹.

⁷⁸ Ci-dessus p. 81a ss.

⁷⁹ Ci-dessus p. 95a-96a.

⁸⁰ Le dernier volume paru de la « Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération » est celui de 1941. Le répertoire par matières n'existe pas en français depuis 1937.

⁸¹ Dans un projet de résolution pour la Fédération suisse des avocats, il est dit :

« So sehr es begrüßenswert wäre, die Generalklausel einzuführen, wird man vorerst der Enumerationsmethode treu bleiben und sich mit einer Vermehrung der an das Bundesgericht weiterzieh-

Cette proposition est séduisante, car elle permet la participation de l'homme du métier à l'œuvre judiciaire.

Mais elle provoque de sérieuses objections. Si une telle commission devait faire disparaître la compétence du chef du département comme échelon juridictionnel intermédiaire ou comme organe de décision, ce magistrat administratif serait privé de l'autorité nécessaire et du contrôle indispensable sur l'activité de ses services, tout particulièrement dans les cas litigieux. Si, au contraire, on institue la commission de recours comme un nouvel intermédiaire entre le chef du département et le Tribunal fédéral, une telle multiplication des instances pourrait nuire sérieusement à une rapide liquidation des causes.

Autre objection à la commission intermédiaire. Les professionnels les plus compétents appartiennent en fait à des milieux qui, sur le plan économique en tout cas, se trouvent souvent indirectement intéressés à la solution des litiges les plus importants. Dès lors, le Tribunal fédéral, appelé à statuer en seconde instance de recours, serait placé en face d'une décision déjà prise en la forme judiciaire; ce qui restreindrait considérablement sa liberté d'appréciation, tant au point de vue des faits que du droit. Et cela risque d'être au détriment des garanties dues au justiciable. Au détriment

baren Beschwerdefälle begnügen müssen. Wir denken insbesondere an die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Clearingsrechts, des Landwirtschaftsrechts, des Verkehrsrechts, des Fremdenpolizeirechts, wobei jedoch Ermessensfragen der Kognition des Bundesgerichts entzogen sein sollen.

Zur Verhinderung einer zu starken Vermehrung der Geschäftslast des Bundesgerichts wäre zu prüfen, ob von den Departementen Rekurskommissionen im Sinne von Art. 23 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914 als Mittelinstanzen geschaffen werden sollen. Den Departementen wäre ein Rekursrecht an das Bundesgericht einzuräumen.

Die Rekurskommissionen sollen aus außerhalb der Bundesverwaltung stehenden Mitgliedern zusammengesetzt sein und auch Ermessensfragen zu prüfen haben.

Das Bundesgericht hätte die Funktion einer zweitinstanzlichen Rekursbehörde.»

aussi de la sécurité du droit et de l'intégration du droit administratif dans l'ordre juridique en général.

Une objection du même ordre peut être adressée à la suggestion qu'en 1947 le professeur Zwahlen a formulée dans son rapport à la Société suisse des Juristes⁸² et qui tendrait à adjoindre des juges laïques à la Chambre de droit administratif du Tribunal fédéral⁸³.

b) En revanche, nous pensons que sous la forme d'une *commission consultative*, un corps de spécialistes pourrait rendre de précieux services. Une telle commission consultative existe déjà pour l'industrie horlogère⁸⁴, pour l'impôt sur les bénéfices de guerre⁸⁵, pour le commerce des vins⁸⁶. A notre avis, il n'y a pas d'objection à ce que cette institution, qui a fait ses preuves, soit étendue à d'autres branches de l'administration si le besoin s'en fait sentir.

Nous entendons que ces commissions restent facultatives. C'est-à-dire qu'elles ne fonctionnent que sur demande de l'administration ou du justiciable, et que leur opinion ne lie pas l'autorité de décision. Il serait vain de les mettre en œuvre dans n'importe quelle cause, qui ne poserait pas, sur le plan technique, de question de principe.

Enfin, selon nous, les commissions consultatives ne doivent fonctionner, comme c'est déjà le cas maintenant, que devant l'autorité administrative de décision. Et non pas devant le Tribunal fédéral; celui-ci peut toujours casser la décision, pour nouveau prononcé, s'il estime que la commission n'aurait à tort pas été consultée.

c) L'idée a été émise encore, toujours pour faciliter l'instruction des recours de droit administratif, d'instituer un

⁸² Zwahlen, ZSR 1947 p. 150 a, 163 a.

⁸³ Cette suggestion se heurte, de plus, à une objection d'ordre constitutionnel, puisqu'en vertu de l'art. 108 al. 3 Cst. les juges fédéraux doivent — condition de leur indépendance — tout leur temps à leur fonction.

⁸⁴ ACF 21. 12. 45 art. 4 al. 3; Annuaire 1949 p. 180.

⁸⁵ ABG art. 19.

⁸⁶ ACF 12. 7. 44 art. 9, 10.

barreau spécialisé⁸⁷. Il est certain que la formation et l'expérience des avocats jouent un très grand rôle dans la façon dont les causes sont instruites et, par là, jugées. Mais il ne saurait être question, chez nous, ni de renoncer au libre choix de l'avocat, ni d'interdire à la partie de présenter elle-même son recours et ses moyens.

d) En ce qui concerne la composition de la *Chambre de droit administratif* du Tribunal fédéral, nous pensons que, par le règlement interne de ce tribunal, il serait possible de lui assurer un maximum de stabilité, afin de permettre aux juges de perfectionner leur spécialisation dans les domaines de l'administration⁸⁸. Il ne faudrait cependant renoncer en aucun cas au bénéfice de juges de formation générale ni à la perméabilité des cours entre elles.

e) Enfin, nous pensons qu'on pourrait utilement examiner l'éventualité de doter la Chambre de droit administratif du Tribunal fédéral d'un certain nombre d'*auditeurs*.

Nous entendons par auditeur un fonctionnaire de rang supérieur qui fait partie du tribunal, sans cependant y avoir voix délibérative⁸⁹. Pour qu'un auditeur puisse jouer un rôle utile, il faudrait qu'à côté d'une formation juridique complète, il soit au bénéfice d'une expérience de plusieurs années dans une administration publique ou privée spécialisée. L'auditeur serait choisi et nommé par le Tribunal fédéral et exercerait auprès de lui une fonction permanente. Tel d'entre les auditeurs serait spécialisé dans les questions fiscales, tel autre dans les problèmes industriels ou dans ceux des arts et métiers. En quelque sorte experts perma-

⁸⁷ En France, il y a un barreau spécialisé à la fois pour les causes devant le Conseil d'Etat (tribunal administratif suprême) et la Cour de cassation; les avocats de ce barreau, au nombre de 60, jouissent d'un monopole.

⁸⁸ Actuellement (mars 1950), du reste, les cinq juges de cette chambre y appartiennent sans interruption depuis 1933, 1945, 1946 et 1948; ce qui représente pour quatre d'entre eux l'appartenance à la chambre depuis leur entrée au Tribunal fédéral.

⁸⁹ La Cour suprême de Suède, p. ex., est assistée de plusieurs auditeurs.

nents du Tribunal fédéral, les auditeurs auraient la tâche de présenter au juge rapporteur ou à la Chambre des avis écrits ou oraux sur les points litigieux relevant de la technique.

Tout en laissant subsister l'entière liberté de jugement des membres du Tribunal fédéral, la création des auditeurs aurait le mérite de rendre les juges tout à fait indépendants des opinions des spécialistes de l'administration, comme aussi d'éviter de longues expertises.

Assistée d'auditeurs, la Chambre de droit administratif pourrait élargir sa liberté d'examen et revoir de plus près l'appréciation de l'organe administratif, jusque dans la sphère dite de l'opportunité. Et cela même si le nombre des causes portées devant lui devait être quelque peu augmenté⁹⁰.

3^o Les commissions spéciales

Outre le Tribunal fédéral des assurances, qui exerce sa juridiction par des juges juristes, nous connaissons actuellement quelques commissions de recours statuant en dernier ressort⁹¹.

Convient-il de multiplier ces organes, tenant compte des diverses matières de l'administration ?

Le législateur de 1928 a déjà, avec raison, renoncé à un système généralisé de commissions fédérales de recours, comme il a renoncé aussi à créer un tribunal administratif à compétence universelle, à l'instar du Conseil d'Etat français.

⁹⁰ La Chambre de droit administratif connaît d'environ 300 causes annuelles; il y a en moyenne un recours admis pour deux rejetés; la durée moyenne de l'instance est de 3 mois et 25 jours. — Le Conseil fédéral, de son côté, connaît actuellement d'environ 400 causes annuelles, y compris celles de la législation extraordinaire et celles qui ressortissent normalement à sa compétence de politique gouvernementale.

⁹¹ En matière d'administration militaire, de tarif douanier, d'alcools, de blés, de transports, d'allocations pour perte de salaire et de gain. — Voir ci-dessus p. 98a-99a et notes.

Un trop grand nombre de commissions fédérales de recours nuirait sérieusement à la sécurité du droit et serait un obstacle au développement désirable du droit administratif⁹², notamment en favorisant une jurisprudence casuistique. Cependant, les commissions fédérales de recours existantes nous paraissent avoir leur raison d'être, les domaines où elles statuent étant très particuliers, avec de nombreuses décisions de minime importance et intéressant des milieux peu étendus de la population⁹³.

Le recrutement des commissions fédérales de recours se heurte en principe à la difficulté — déjà signalée pour d'autres commissions juridictionnelles — d'allier l'indépendance de jugement avec l'appartenance aux milieux professionnels intéressés. Nous pensons que, sans adopter nécessairement une formule unique, il serait bon que les commissions fussent présidées par un magistrat de carrière et que l'élément professionnel fût équilibré par une participation suffisante de juristes indépendants⁹⁴.

VII. — La procédure de la juridiction administrative

Il n'est de garantie efficace du citoyen contre l'administration que si, complétant une saine organisation des juri-

⁹² C'est aussi l'avis de Imboden, ZSR 1947 p. 67a ss., et de Zwahlen, ZSR 1947 p. 136a ss.

⁹³ Pour citer un exemple: la Commission de recours de l'administration militaire (dont la compétence est fixée par l'art. 126 de l'arr. féd. du 30 mars 1949 sur l'administration de l'armée suisse) statue principalement dans des cas concernant les prétentions relatives à la livraison et à la fourniture de chevaux, concernant la réparation de dommages dus à la négligence dans la tenue et le contrôle des comptes, concernant les prétentions relatives à la fourniture de véhicules à moteur, concernant la réparation de dommages dus au mauvais entretien ou à la perte de l'équipement personnel.

⁹⁴ La Commission de recours de l'administration militaire — qui peut servir de type — comprend 23 membres et suppléants, parmi lesquels 10 juristes (Annuaire 1949 p. 153); nombre de causes sont tranchées par une section où ne siègent que des juristes.

dictions de recours, une bonne procédure fait largement la part des droits du justiciable. A cet égard, nous vivons actuellement avec des règles de procédure un peu sommaires, qui renseignent mieux sur les pouvoirs étendus du juge que sur les moyens à disposition des plaideurs⁹⁵.

Diverses suggestions ont surgi ces dernières années pour renforcer les droits du justiciable dans les litiges qui l'opposent à l'administration⁹⁶.

a) M. Max Imboden, dans son rapport de 1947 à la Société suisse des Juristes⁹⁷, préconisait notamment:

- le droit du justiciable de prendre connaissance du dossier et de se déterminer à son sujet; ce droit comportant notamment celui d'avoir connaissance des déterminations de l'organe dont la décision est attaquée;
- dans certains cas, l'oralité des débats;
- la recevabilité des recours sans exigence de forme;
- l'admission de la preuve par témoins.

b) De son côté, M. le professeur Henri Zwahlen, également dans son rapport de 1947 à la Société suisse des Juristes⁹⁸, demandait:

- l'unification des délais, notamment dans les lois spéciales et dans les règlements des commissions fédérales de recours;

⁹⁵ La procédure devant le Tribunal fédéral, en tant que juridiction administrative, est régie par les art. 103 à 109, 90 à 96 et 29 à 40 OJ, éventuellement par la loi de procédure civile. — Devant le Conseil fédéral, ce sont les art. 127 à 131, 29 à 35, 90, 93, 95 et 96 OJ qui font règle. — Quant aux causes jugées, même en dernière instance, par les organes subordonnés au Conseil fédéral, il n'y a pas d'autres règles de procédure que celles qu'exceptionnellement la loi ou l'ordonnance sur la matière prescrirait.

⁹⁶ Nous donnons ces suggestions telles qu'elles ont été présentées et sans les soumettre à aucune critique, pour ne pas déborder le cadre de ce rapport. Disons seulement, qu'en fait, plusieurs des réformes proposées sont déjà très largement réalisées, en tout cas dans la procédure pratiquée devant le Tribunal fédéral, même si cela n'apparaît pas dans la loi.

⁹⁷ ZSR 1947 p. 87 a ss.

⁹⁸ ZSR 1947 p. 150 a ss.

- le rappel du droit de recours dans les décisions;
- l'audition du recourant;
- le droit de prendre connaissance du dossier;
- la communication au recourant de la réponse de l'administration;
- l'instauration d'un recours contre le silence ou le retard injustifié de l'administration.

c) Dans un article de revue⁹⁹ M^e Leo Fromer, avocat au barreau de Bâle, demande des modifications de la procédure en matière fiscale, savoir:

- l'obligation pour l'administration de se prononcer dans un certain délai, avec l'ouverture d'une voie de recours pour retard injustifié;
- en cas d'infraction pénale, le respect du principe de la légalité des poursuites, sans que la dénonciation puisse faire l'objet d'une monnaie d'échange dans des pourparlers;
- l'information du justiciable quant aux voies et délais de recours;
- la possibilité pour le recourant de compléter ultérieurement ses moyens;
- l'octroi au justiciable de délais semblables à ceux dont jouit l'administration;
- le rétablissement d'office de l'état de fait;
- éventuellement la *reformatio in melius*;
- l'interdiction de la *reformatio in peius*¹⁰⁰;
- l'élargissement de l'examen par l'autorité de recours dans les questions dites d'appréciation, et la modification de l'art. 104 al. 2 O.J.;
- le droit du justiciable aux dépens.

d) Enfin, dans un récent projet de résolution pour la Fédération suisse des avocats, il est demandé:

- le renforcement des garanties de procédure de la partie;

⁹⁹ Schweiz. Monatshefte, avril 1947.

¹⁰⁰ Sur la *reformatio in peius*: Fromer, dans SJZ 1945 p. 135 ss.; Früh, dans SJZ 1947 p. 133 ss., et les citations de ces deux articles.

- tant devant l'autorité administrative de décision que devant la ou les autorités de recours, le droit à la consultation du dossier;
- le droit à l'assistance d'un mandataire;
- le droit à une procédure contradictoire.

Chapitre IV^e

La responsabilité civile

Organiser une voie de recours contre l'acte illégal de l'administration, c'est permettre que cet acte soit annulé et, s'il y a lieu, remplacé par un autre acte, conforme au droit.

Mais, par cet acte illégal, un dommage peut avoir été causé. La juridiction administrative n'en aménage pas la réparation. C'est l'action civile en responsabilité qui doit y pourvoir.

Or, sauf de très rares exceptions¹⁰¹, la Confédération ne répond pas du dommage causé par les actes fautifs de ses agents.

La loi fédérale du 9 décembre 1850, fondée sur l'art. 117 Cst., loi cette année centenaire, n'organise que la responsabilité personnelle de l'agent. En fait les actions en responsabilité sont rares. Ce qui ne veut probablement pas dire qu'il n'y ait pas de dommages fautivement causés; cela signifie plutôt que la solvabilité des fonctionnaires est insuffisante à couvrir la lésion¹⁰².

Un tel régime de responsabilité est désuet. Il ne correspond pas à l'évolution actuelle du droit public¹⁰³. Depuis

¹⁰¹ Ainsi, quand le droit d'ouvrir action contre un membre d'une autorité ou un fonctionnaire supérieur élu par l'Assemblée fédérale a été refusé par cette assemblée. Ou encore, dans le domaine particulier des postes et chemins de fer. Ou aussi en matière de dommage causé par l'Etat comme sujet de droit privé (ouvrage). Ou en cas d'exercices militaires.

¹⁰² Les cas suivants sont récemment parvenus à notre connaissance: une femme et des enfants se voient privés de leur soutien de famille, parce qu'un soldat en service actif à la frontière aurait, par imprudence, tué leur époux et père, présumé contrebandier; — un commerçant perd son bénéfice sur un stock considérable de marchandises, parce qu'un agent de la Confédération l'aurait séquestré, dit-on, sans motifs légaux.

¹⁰³ H. Zwahlen, Fiches juridiques suisses, 1942, n° 354; Roger Secretan, JT 1933 I p. 130 ss.; Paul Reichlin, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 1935 p. 65 ss.

le siècle dernier, le Conseil d'Etat français a introduit, par voie jurisprudentielle, la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses agents, en faisant la distinction de la faute de service, qui engage l'Etat, et de la faute personnelle, qui n'engage que l'agent. Depuis des décennies maints cantons suisses ont, pour ce qui les concerne, introduit par voie législative leur propre obligation à indemnité pour les fautes de leurs fonctionnaires¹⁰⁴.

En droit fédéral une solution législative s'impose. M. Tell Perrin a déposé en 1945 sur le bureau du Conseil national une motion tendant à la revision de la loi de 1850 dans le sens que nous indiquons ici¹⁰⁵. L'objet est à l'étude à la division de justice du Département de justice et police. On a des raisons de penser qu'il y sera donné une solution satisfaisante.

En attendant, il y a là peut-être un des plus graves manquements à la réalisation du principe de la légalité dans l'administration.

¹⁰⁴ Ainsi la loi vaudoise du 29 novembre 1904 (mod. 17 décembre 1947) sur la responsabilité de l'Etat et des communes à raison des actes de leurs fonctionnaires ou employés. — De même, la plupart des cantons connaissent la responsabilité de l'Etat, concurremment ou non avec celle du fonctionnaire.

¹⁰⁵ La motion Tell Perrin a la teneur suivante: «Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il serait opportun de reviser la loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération, pour l'harmoniser avec les conceptions juridiques actuelles, et tout spécialement en vue d'instituer la responsabilité de la Confédération en cas d'acte illicite commis par un fonctionnaire.»

Vue d'ensemble des voies de contrôle

Colonne de gauche: les institutions existantes.

Colonne du milieu: les institutions selon nous désirables (en plus de celles existantes).

Colonne de droite: autres propositions mentionnées.

Constitutionnalité

A. — Lois et arrêtés de portée générale de l'Assemblée fédérale

I. — Contrôle lors de l'élaboration

(Comité constitutionnel français):

Conseil fédéral

Collège constitutionnel

Tribunal fédéral

Cour constitutionnelle

II. — Contrôle après promulgation

(Tribunal fédéral pour les lois cantonales):

Peuple

(art. 113 al. 3 Cst.)

Tribunal fédéral

Cour constitutionnelle

III. — Contrôle par voie d'exception

(Tribunal fédéral pour les lois cantonales, Cour suprême des Etats-Unis):

(art. 113 al. 3 Cst.)

Tribunal fédéral

Cour constitutionnelle

Tous tribunaux

B. — Ordonnances législatives du Conseil fédéral ou de ses services

I. — Contrôle lors de l'élaboration:

Juristes des services

Collège constitutionnel

Division de justice

II. — Contrôle après promulgation

(Tribunal fédéral pour les ordonnances cantonales):

Tribunal fédéral:

conflit de compétence

Tribunal fédéral:

recours de droit public

III. — Contrôle par voie d'exception:

1^o Dans une instance de juridiction administrative

(Conseil d'Etat français, section du contentieux):

Conseil fédéral

ou service

ou *Tribunal fédéral*

chambre de droit administratif

ou *commission spéciale*

ou *Tribunal fédéral des assurances*

(revision
de la
compétence)

Tribunal fédéral

Tribunal

administratif

fédéral

2^o Dans une instance de droit commun:

Tous tribunaux

Légalité

(et constitutionnalité)

C. — Règlements (ordonnances d'exécution) du Conseil fédéral ou de ses services

I. — Contrôle lors de l'élaboration
(Conseil d'Etat français, section de législation):

Juristes des services
Division de justice

Commission de rédaction

II. — Contrôle après promulgation
(Tribunal fédéral pour les règlements cantonaux):

Tribunal fédéral:
conflit de compétence

Tribunal fédéral:
recours de droit public

III. — Contrôle par voie d'exception:

1^o Dans une instance de juridiction administrative
(Conseil d'Etat français, section du contentieux):

Conseil fédéral
ou *service*
ou *Tribunal fédéral*
chambre de droit administratif
ou *commission spéciale*
ou *Tribunal fédéral des assurances*

(revision
de la
compétence)

Tribunal fédéral
chambre de droit
administratif
Tribunal
administratif
fédéral

2^o Dans une instance de droit commun:

Tous tribunaux

D. — Décisions

I. — Contrôle lors de l'élaboration
(Conseil d'Etat français, section administrative):

Juristes des services
Division de justice

II. — Contrôle après notification
(Conseil d'Etat français, section du contentieux):

Conseil fédéral
ou *service*
ou *Tribunal fédéral*
chambre de droit administratif
ou *Commission spéciale*
ou *Tribunal fédéral des assurances*
ou *Tribunal fédéral*
conflit de compétence

(revision
de la
compétence)

Tribunal fédéral
recours de
droit public

Tribunal fédéral
chambre de droit
administratif
Tribunal
administratif
fédéral

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i> (qui peut servir aussi de conclusion) . . .	1a
---	----

Première partie

La limitation du pouvoir

I. La nécessité d'une limitation du pouvoir	6a
II. Les procédés de limitation du pouvoir	8a
1 ^o Le procédé politique et le procédé juridique	8a
2 ^o Le pouvoir limité par les voies politiques	9a
3 ^o Le pouvoir limité par le droit	10a
III. Le droit et l'Etat	13a
1 ^o L'Etat soumis au droit	13a
2 ^o Mais l'emprise du droit positif sur l'Etat a ses limites	14a
3 ^o Le rôle de la loi dans l'Etat	16a

Deuxième partie

La constitutionnalité*Chapitre premier: La constitution. La constitutionnalité*

I. Le sens de la constitution	17a
1 ^o La constitution, loi suprême	17a
2 ^o La constitution suisse, loi suprême et pacte confédéral	19a
II. La constitutionnalité de la constitution elle-même . . .	21a
III. Le contrôle de la constitutionnalité en général	22a
1 ^o La norme constitutionnelle doit être sanctionnée . .	22a
2 ^o La conformité à la constitution, de forme et de fond	23a
3 ^o La conformité à la constitution dans l'interprétation	24a
4 ^o La législation, objet du contrôle de la constitutionna- lité	26a
IV. Le grief de l'inconstitutionnalité à l'étranger	27a
1 ^o Etats-Unis d'Amérique: le contrôle par les tribunaux	27a
2 ^o Angleterre: le contrôle par les tribunaux	28a
3 ^o Autriche: la Cour constitutionnelle	29a
4 ^o Yougoslavie: le Présidium de l'Assemblée populaire	30a
5 ^o Belgique: le Conseil d'Etat	30a
6 ^o France: le Comité constitutionnel	31a
7 ^o Italie: la Cour constitutionnelle	33a
8 ^o Allemagne: la Cour constitutionnelle	34a

Chapitre II^e: La législation de l'Assemblée fédérale

I. Evolution et état de la question	35a
1 ^o L'art. 113 de la constitution	35a
2 ^o Tentatives d'instaurer un contrôle de la constitution- nalité par la voie judiciaire	36a
a) Rapport Fleiner 1934. — b) Initiative populaire 1936-1939	
3 ^o Nouvelles revendications en faveur d'un contrôle de la constitutionnalité des lois	39a
II. Droit désirable	42a
1 ^o Les objections à retenir contre le contrôle judiciaire	42a
a) Election du Tribunal fédéral. — b) Interprétation de la constitution. — c) Procédé de l'exception. — d) Procédé de l'action. — e) Importance du referen- dum populaire; art. 89 ^{bis} nouveau Cst.	
2 ^o Le contrôle politique actuel	44a
a) Le Conseil fédéral. — b) Les Chambres fédérales. — c) Le peuple	
3 ^o Propositions récentes	47a
a) M. A. Im Hof. — b) M. H. Marti	
4 ^o Conclusion: le collège constitutionnel consultatif	50a
a) Fonctionnement et composition. — b) Législation d'urgence. — c) Législation de nécessité	

*Chapitre III^e: La législation du Conseil fédéral
ou de ses services*

I. Les ordonnances législatives	53a
a) Délégation. — b) Pouvoirs extraordinaires. — c) Compétence constitutionnelle propre. — d) Nécessité	
II. Le contrôle de la constitutionnalité en droit positif	56a
1 ^o L'art. 113 al. 3 a contrario	56a
a) Conflit de compétence. — b) Recours de droit pu- blic. — c) Exception d'inconstitutionnalité	
2 ^o L'exception d'inconstitutionnalité en justice	58a
3 ^o Observations critiques; peu d'efficacité du contrôle par voie d'exception	60a
III. Le contrôle de la constitutionnalité en droit désirable	61a
1 ^o Le recours de droit public	61a
2 ^o La motion et le postulat Scherer	62a
3 ^o Le contrôle politique	63a
4 ^o La proposition de M. Kaufmann	65a
5 ^o Conclusion: le recours de droit public ou le collège constitutionnel	66a

Troisième partie

La légalité*Chapitre premier: La loi. La légalité*

I. Le principe de l'administration légale	68a
II. La loi	69a
1 ^o Les différents actes législatifs, critères de la légalité	69a
a) La loi ou l'arrêté fédéral de portée générale. —	
b) La constitution. — c) L'ordonnance législative. —	
d) Non pas: le règlement d'application	
2 ^o Le contenu adéquat de la loi, condition première de la légalité	71a

Chapitre II^e: La légalité du règlement

I. Le règlement, opposé à l'ordonnance législative	73a
II. Le contrôle de la légalité par la voie hiérarchique et politique	74a
1 ^o Le contrôle hiérarchique; la délégation de compétence réglementaire	74a
2 ^o Le contrôle politique par les Chambres et par l'opinion publique	75a
III. Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement	76a
1 ^o Le contrôle actuel par voie d'exception en justice; sa portée restreinte	76a
2 ^o La juridiction de droit public	77a
a) L'action en solution d'un conflit de compétence. — b) Le recours de droit public; l'art. 84 OJ	
IV. Le contrôle préalable de la légalité du règlement	78a
1 ^o Il suppose que le Conseil fédéral renonce à déléguer sa compétence réglementaire	78a
2 ^o La forme et le fond du règlement, conditions de sa légalité	79a
a) Compétence. — b) Fond. — c) Le règlement et la loi	
3 ^o Le contrôle préalable par un organe spécialisé: la commission de rédaction	81a

Chapitre III^e: La légalité des décisions

I. Le contrôle de la décision	83a
1 ^o La portée et la forme de la décision	83a
2 ^o Le contrôle politique, hiérarchique et juridictionnel	84a
II. La juridiction de droit public	85a
a) L'action en solution d'un conflit de compétence. — b) Le recours de droit public; l'art. 84 OJ	

et de la légalité en droit fédéral	131a
III. L'autorité de juridiction administrative	87a
1 ^o Le système de l'administrateur-juge	87a
a) En Suisse. — b) A l'étranger	
2 ^o Le Conseil d'Etat français	90a
3 ^o Les autres Conseils d'Etat étrangers	92a
a) Le Conseil d'Etat belge. — b) Le Conseil d'Etat italien. — c) La Cour administrative hongroise. — d) Le Conseil d'Etat égyptien	
4 ^o L'évolution de la juridiction administrative en Suisse	94a
5 ^o L'actuelle répartition de la compétence	95a
a) Le Conseil fédéral. — b) Le Tribunal fédéral, chambre de droit administratif. — c) Le Tribunal fé- déral, cour de droit public. — d) Les tribunaux spé- cialisés	
6 ^o Le problème de la répartition désirable de compé- tence	99a
a) Le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral et les tribu- naux spécialisés. — b) Besoin d'une revision de la compétence	
IV. Les critères d'un partage de compétence	103a
1 ^o L'acte de gouvernement, la décision politique . . .	103a
a) En France. — b) En Suisse	
2 ^o L'opportunité, la libre appréciation et le prétendu pouvoir discrétionnaire	106a
3 ^o L'aspect technique des causes	109a
V. Les critères du partage de compétence en action . . .	111a
1 ^o Le partage d'espèce ou le partage préalable. La clause générale ou la clause énumérative	111a
2 ^o Le partage de la compétence par un examen systé- matique de la législation fédérale	113a
VI. Le renforcement de l'aptitude à juger	114a
1 ^o Le Conseil fédéral	114a
2 ^o Le Tribunal fédéral	115a
a) Commission de recours intermédiaire. — b) Com- mission consultative. — c) Barreau. — d) Chambre de droit administratif. — e) Auditeurs	
3 ^o Les commissions spéciales	119a
VII. La procédure de la juridiction administrative	120a
a) Propositions de M. M. Imboden. — b) De M. H. Zwahlen. — c) De M. L. Fromer. — d) De la Fédé- ration des avocats	
<i>Chapitre IV^e: La responsabilité civile.</i>	124a
<i>Vue d'ensemble des voies de contrôle</i>	126a

