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: 138 (2019)

Artikel: Le parlementaire, ce juge qui s'ignore

Autor: Nantermod, Philippe

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1052958

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: 08.01.2026

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

Le parlementaire, ce juge qui s'ignore

Philippe Nantermod*

* Avocat, docteur en droit et conseiller national.

A. Introduction

A l'occasion de ses journées suisses de 2019, la Société suisse des juristes a invité quelques élus fédéraux pour une table ronde. Que les invités, dont le soussigné, soient eux-mêmes juristes ne relève pas que du hasard, naturellement. C'est toutefois en qualité de parlementaires que nous participons à la conférence dont le thème retenu est «Quelle justice pour la Suisse au XXIe siècle?».

Le parlementaire et le droit. Une relation naturelle dès lors que le premier «produit» le second. Une relation souvent conflictuelle aussi. Selon l'art. 163 Cst., la première compétence de l'Assemblée fédérale est d'édicter des règles de droit. Le principe de séparation des pouvoirs voudrait que l'étendue du pouvoir politique se limite au pouvoir législatif et tout au plus partiellement au pouvoir exécutif. A l'inverse, la fonction de juge est déléguée au pouvoir judiciaire.

Or, en Suisse, le champ des compétences des parlementaires fédéraux s'étend bien au-delà du strict pouvoir législatif. Les Chambres ont une fonction élective essentielle: elles désignent le Conseil fédéral, mais aussi le pouvoir judiciaire en élisant les juges fédéraux, de tous les tribunaux fédéraux, ce qui comprend le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral des brevets, ainsi que les procureurs généraux et les membres de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération.

Dans leurs tâches quotidiennes, les parlementaires fédéraux sont aussi parfois eux-mêmes des juges. Cet aspect, connu mais moins flagrant, mérite que l'on s'y attarde quelques instants. Il sera l'objet de la présente réflexion.

En principe, les parlementaires prennent leurs décisions en s'appuyant sur des considérations politiques, en pure opportunité doit-on dire. Ils forment des groupes qui ont pour ambition la réalisation d'un programme politique. Or, dans les domaines que nous analyserons ici, les élus fédéraux doivent renoncer au moins partiellement à leur habit politique pour emprunter celui du juge, et trancher non plus selon des principes d'opportunité politique, mais en appliquant le droit. Dans ces domaines, l'élu n'agit pas – ou n'est pas censé agir – comme politicien, mais comme juge, en vérifiant la conformité strictement légale des objets qui lui sont soumis.

Comme nous le verrons ci-après, il est en pratique très difficile pour le législateur d'endosser une fonction judiciaire à laquelle il n'est que peu préparé. L'exposé se compose des éléments suivants:

Table des matières

A. Introduction 355
B. Les initiatives populaires 356
1. Les limites du droit d'initiative 356
2. Les compétences du Parlement 357
3. Quelques cas pratiques récents 358

C. La justice constitutionnelle 361
1. Le principe 361
2. Cas d'application 362
D. La garantie des constitutions cantonales 364
E. L'immunité parlementaire 365
F. Les autres compétences 366
G. Conclusions 367

B. Les initiatives populaires

1. Les limites du droit d'initiative

La validité matérielle des initiatives populaires fait l'objet de nombreux débats politiques. Dès lors que l'initiative populaire a pour objet la révision de la Constitution fédérale, le citoyen dispose naturellement d'un pouvoir important, peu limité par le cadre légal. Les restrictions au contenu des initiatives populaires sont énumérées à l'art. 139 al. 3 Cst., à savoir le respect du principe de l'unité de la matière et de la forme, et le respect des règles impératives du droit international.

Ces limites ne sont apparues qu'avec la Constitution de 1999. Auparavant, les restrictions au droit d'initiative populaire étaient non écrites et furent codifiées par la «jurisprudence» des chambres fédérales, au fur et à mesure que des cas d'invalidité se présentaient. Outre des limites formelles (unité de forme, adéquation du titre, identité des différentes versions linguistiques), les initiatives doivent être réalisables, ne porter que sur une seule matière et respecter le droit international impératif.

C'est en 1956 que les Chambres fédérales invalidèrent pour la première fois une initiative populaire. A l'époque, l'initiative dite «Chevallier», du nom de son auteur qui réclamait la divisait par deux du budget militaire pour l'année suivant le dépôt du texte, a été considérée comme nulle en raison de l'impossibilité matérielle de la mettre en œuvre[1]. Cette condition «d'exécutabilité» ne figure aujourd'hui pas dans la Constitution et n'a pas été reprise dans la Constitution de 1999. La doctrine quasiment unanime estime toutefois qu'il ne serait toujours pas envisageable de soumettre au vote du peuple un texte qui ne pourrait être concrétisé dans les faits[2].

Le 16 décembre 1977, le Parlement a encore déclaré nulle l'initiative «Contre la vie chère et l'inflation» en raison de la violation de l'unité de la matière. La Constitution fédérale en vigueur prévoyait expressément que les dispositions différentes devaient faire l'objet de demandes distinctes, pour garantir une libre formation de l'opinion démocratique. Dans son message, le Conseil fédéral relevait que ce principe laissait néanmoins toujours une marge d'appré-

1 FF 1955 333 ss, relatif à l'initiative dite «Chevallier».
2 FF 1997 442, à propos de la révision totale de la Constitution fédérale; FF 2015 6485, 6492.

ciation et que l'exercice du droit d'initiative ne devait pas être entravé outre mesure[3]. Le texte en question demandait de mettre en œuvre une batterie de mesures propres notamment à développer l'économie nationale, combattre le renchérissement et le chômage, garantir le droit au logement et à la sécurité sociale ou encore d'assurer l'existence des petits commerces[4]. Le caractère hétéroclite des demandes a poussé les Chambres à invalider le texte[5].

En 1994, avec l'initiative dite «Pour une politique d'asile raisonnable», le Parlement a décidé pour la première fois d'invalider une initiative populaire pour le motif qu'elle ne respectait pas le droit international impératif, le *jus cogens*[6]. Le contenu des règles impératives du droit international fait l'objet de discussions et d'un consensus assez largement admis. Il est convenu aussi que les règles auxquelles fait référence la Constitution vont au-delà du *jus cogens* au sens strict, sans pour autant que l'ensemble des traités qui ne sont pas résiliables en droit ou en pratique en fasse partie[7].

2. Les compétences du Parlement

L'art. 173 al. 1 let. f Cst. fait écho à l'art. 139 al. 2 Cst.: l'Assemblée fédérale statue sur la validité des initiatives populaires qui ont abouti. Cette analyse concerne particulièrement le respect par l'initiative des aspects matériels mentionnés *supra*. Une grande partie des aspects formels sont traités par la Chancellerie fédérale avant la récolte de signatures. Lorsque le Conseil fédéral transmet au Parlement l'initiative populaire en vue de son traitement, il l'accompagne d'un message. Dans celui-ci figure systématiquement un chapitre relatif à la validité du texte. C'est sur cette base-là que le Parlement tranche de la validité ou non de l'initiative.

L'Assemblée fédérale défend une pratique large des conditions de recevabilité des initiatives populaires, notamment s'agissant de l'unité de la matière[8]. En pratique toutefois, et comme on le verra plus loin, le Parlement fait un usage relativement timide de son pouvoir de contrôle des initiatives populaires. Les initiatives bénéficient d'une part d'une présomption de validité qui s'applique en cas de doute. Par ailleurs, les impératifs politiques imposent une certaine retenue qui empêche le législateur de prononcer l'invalidité trop à la légère. Cette question est même si politiquement sensible qu'il n'est pas rare que les élus soient tentés d'évacuer purement et simplement la thématique de la validité des initiatives lors de leur examen, concrétisant le principe *«in dubio pro populo»*.

---

3 FF 1977 II 477, 480 ss.
4 FF 1977 II 477, 486.
5 FF 1977 III 947.
6 FF 1994 1471, message relatif à l'initiative populaire Pour une politique d'asile raisonnable».
7 FF 2015, 6485, 6491; FF 2013 8493, 8501.
8 FF 2007 5027, 5035.

Parmi les dizaines d'initiatives populaires qui ont été soumises à votation, nous en analyserons deux, récentes, qui illustrent la retenue du Parlement dans son examen.

3. Quelques cas pratiques récents

Il existe quelques cas, assez rares mais intéressants, de traitement récent d'initiatives populaires dont la question de la validité justifie que l'on s'y arrête; on en retiendra deux.

Lors du traitement de l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels», ou initiative dite de mise en œuvre, le Parlement s'est penché, sur recommandation du Conseil fédéral, sur la validité du texte au regard des règles impératives du droit international. Le projet prévoyait dans ses dispositions transitoires une méthode de coordination entre les règles de l'initiative qui exigeait l'expulsion des criminels étrangers et les règles du *jus cogens* qui l'empêche dans certaines circonstances. Et, pour y parvenir, le texte tentait d'apporter une définition restrictive de ce principe.

Dans le cas d'espèce, les Chambres ont constaté que la disposition transitoire en question était manifestement trop restrictive, limitant les règles impératives du droit international à *«l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée»*. Or, comme le relève le Conseil fédéral, les règles impératives s'étendent à d'autres domaines, ce qui est par exemple le cas des garanties de la CEDH et du Pacte ONU II qui ne souffrent d'aucune dérogation, même en cas d'extrême nécessité, ou de certaines dispositions du droit des réfugiés[9].

Le Parlement a constaté cette irrégularité et a invalidé partiellement l'initiative, en biffant uniquement la disposition controversée. Lors des débats, certains élus ont constaté que ce travail parlementaire relevait d'une mission juridique et non politique. Citons l'exemple du conseiller aux Etats Raphaël Comte qui a très justement constaté que:

> «Nous sommes une assemblée politique et nous faisons de la politique, mais dans le cadre de l'examen de la validité des initiatives populaires, nous devons en premier lieu faire un travail juridique. Nous devons appliquer la Constitution et la loi et nous ne pouvons pas invalider une initiative populaire si elle remplit les conditions de recevabilité, ou alors il faut introduire une juridiction constitutionnelle. Nous ne pouvons toutefois pas changer la pratique à la légère, et ce d'autant plus que les décisions que nous prenons en matière de recevabilité ne peuvent faire l'objet d'aucun recours auprès du Tribunal fédéral.[10]»

9 FF 2013, 8493, 8504 s.
10 BO 2014 E 1263.

Pourtant, lors du traitement des initiatives populaires, le Parlement fédéral est souvent tenté d'agir en politicien plutôt qu'en juge, alors que le constat de la validité ou de l'invalidité d'une initiative ne repose que sur des motifs juridiques. Cette tentation, selon les affinités politiques des élus, peut se concrétiser de manière positive, mais plus souvent négative. Certains n'hésitent pas à fermer les yeux sur des causes d'invalidité parfois manifestes par attachement partisan ou idéologique au texte[11]. A l'inverse, pour de mêmes motifs, d'autres proposent l'invalidation d'initiatives pour des motifs qui dépassent ceux prévus à l'art. 139 Cst. A titre d'exemple, et ils sont nombreux, citons le cas d'un conseiller aux Etats qui proposait à l'époque de déclarer invalide une initiative au motif qu'elle enfreindrait des traités internationaux dont le caractère impératif faisait manifestement défaut, par exemple celui relatif à la libre circulation des personnes[12]. Un tel élargissement des règles de validité des initiatives nous semble à tout le moins contraire à l'art. 139 Cst.

En fin de compte, en invalidant partiellement l'initiative de mise en œuvre, il apparaît que les Chambres fédérales ont correctement appliqué leur mandat constitutionnel, faisant fi des considérations partisanes pour jouer leur rôle de juge au regard du droit des initiatives populaires.

A l'inverse, l'initiative «Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage» est l'exemple d'un manquement manifeste du législateur face à ses tâches constitutionnelles.

L'initiative en question visait à introduire à l'art. 14 al. 2 Cst. la nouvelle disposition suivante:

> «Le mariage est l'union durable et réglementée par la loi d'un homme et d'une femme. Au point de vue fiscal, le mariage constitue une communauté économique. Il ne peut pas être pénalisé par rapport à d'autres modes de vie, notamment en matière d'impôts et d'assurances sociales[13]».

Cette initiative posait un problème évident d'unité de la matière. La première phrase donnait au mariage une définition constitutionnelle restrictive, à une époque où le débat sur le mariage homosexuel s'imposait largement[14]. En acceptant le texte, le peuple interdisait expressément l'adoption par les Chambres du mariage gay sans une modification constitutionnelle. La deuxième partie du texte visait des mesures de politiques fiscales et sociales, à savoir la fin de la discrimination des couples mariés devant l'impôt et l'AVS.

Il est évident que les deux questions ne traitent pas du même sujet. La première relève d'un débat de société qui oppose les valeurs libérales aux valeurs conservatrices. La seconde ne traite que d'aspects financiers et oppose les te-

---

11 Par exemple, BO 2014 N 252, Rutz Gregor.

12 BO 2014 E 1260 s, Cramer Robert.

13 FF 2013 7651.

14 A l'époque du traitement par les Chambres, dix pays européens accordaient déjà aux homosexuels le droit de se marier, BO 2015 E 60, Cramer.

nants d'une fiscalité forte et les partisans de réductions des impôts. Les deux objets ne sont liés que par le vocable «mariage» et l'on peine à voir en quoi le soutien à une mesure fiscale exigeait l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. C'est d'ailleurs sans surprise que, lors de la votation populaire, une petite majorité s'est opposée au texte en raison de ce débat sociétal, tandis que ses partisans invoquaient l'argument fiscal[15].

A notre avis, le respect du mandat confié au Parlement fédéral par l'art. 139 al. 3 Cst. exigeait au moins que celui-ci analyse cette question d'unité de la matière et déclare l'initiative partiellement ou complètement invalide.

Or, le message du Conseil fédéral fait preuve d'un silence étonnant à ce propos. L'analyse de la validité de l'initiative tient en une dizaine de lignes, et la question de l'unité de la matière est traitée comme suit, sans autre forme de procès: l'initiative «*obéit au principe de l'unité de la matière, puisqu'il existe un rapport intrinsèque entre ses différentes parties*[16]». Si l'on peut débattre de la validité de l'initiative, il est pourtant évident que la question de l'unité de la forme imposait une analyse plus profonde. A l'inverse, le message du Conseil fédéral traite exclusivement de l'aspect fiscal, ignorant totalement l'existence de la première phrase.

Au Parlement, la question s'est toutefois posée, malgré l'avis du Conseil fédéral. C'est le conseiller aux Etats Robert Cramer qui a relevé la potentielle violation du principe d'unité de la matière. Plutôt que d'analyser la problématique soulevée, ses opposants ont invoqué la suprématie du peuple à trancher de ces questions, le fait qu'elle n'introduisait pas de *nouvelle* définition du mariage au regard du Code civil ou encore l'argument – purement politique – que le peuple s'était prononcé sur l'initiative Ecopop pour laquelle il avait été admis un lien intrinsèque entre écologie et immigration[17].

A la Chambre basse, le débat eut le mérite de la franchise. Le conseiller national Yves Nidegger n'a par exemple pas cherché à camoufler la double signification de l'initiative populaire, considérant qu'il était en tout état de cause pertinent de poser une définition constitutionnelle du mariage, dans une diatribe contre son élargissement aux couples de même sexe[18]. A l'inverse, la conseillère nationale Anne Mahrer constatait que l'initiative introduisait une définition conservatrice, passéiste et rétrograde du mariage[19].

Ce genre de débat sur l'homosexualité et le droit au mariage est pour le moins étranger aux considérations exclusivement fiscales que présentaient les initiants et le Conseil fédéral dans son message, et démontre ainsi la faiblesse du prétendu lien entre le volet fiscal et sociétal de l'initiative. La situation in-

15 Scarini, Feddersen, Lanz, Analyse de la votation fédérale du 28 février 2016, gfs.bern/UNIGE, Sondage VOX du 28 février 2016, p. iii.
16 FF 2013 7623, 7626.
17 BO 2015 E 60 ss.
18 FF 2014 N 2301.
19 BO 2015 N 2302.

verse, à savoir celle où l'initiative ouvrait l'institution du mariage aux couples homosexuels tout en offrant une nouvelle déduction fiscale générale aurait probablement été appréhendée de manière différente.

Tous les arguments invoqués en plénum relèvent d'une approche politique de la question, selon que les élus étaient favorables ou défavorables au mariage pour tous ou seulement frileux face à un contrôle matériel des initiatives populaires.

On ne saurait donc écarter le fait manifeste que les Chambres ont failli à leur devoir en choisissant une approche politique plus que juridique lors de l'analyse de la question de l'unité de la forme.

C. La justice constitutionnelle

1. Le principe

La Suisse ne connaît pas de cour constitutionnelle. Les révisions constitutionnelles sont soumises à la double majorité populaire et cantonale (art. 140 Cst.) et les lois fédérales doivent être appliquées, sans contrôle juridictionnel constitutionnel (art. 190 Cst.).

Cet article 190 Cst. introduit en Suisse une règle assez particulière qui impose au Tribunal fédéral d'appliquer les lois fédérales, même si celles-ci ne respectent pas la Constitution fédérale. Ainsi, une disposition légale tout à fait hypothétique qui prévoirait un âge de la retraite différent pour les hommes et les femmes, sans s'appuyer sur une exception constitutionnelle ou une inégalité justifiée par les faits, devrait être appliquée sans contrôle de sa validité au regard de l'art. 8 Cst.

Cette particularité helvétique de l'immunité des lois fédérales est bien connue et a fait l'objet d'une littérature abondante et de multiples interventions parlementaires.

Dans le cadre de notre analyse, c'est le rôle du parlementaire qui nous intéresse. L'art. 5 al. 1 Cst. dispose que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Par ailleurs, la Confédération respecte le droit international (art. 5 al. 4 Cst.). Ce principe de légalité impose naturellement que le Parlement fédéral soit tenu, dans le cadre de ses activités de législateur, de se soumettre au droit supérieur, à savoir la Constitution et les traités internationaux. Parmi ses tâches constitutionnelles, il est d'ailleurs expressément prévu que l'Assemblée fédérale a pour mission d'assurer l'application du droit fédéral (art. 173 al. 1 let. g. Cst.).

Mis en lien avec l'art. 190 Cst., ce principe a pour conséquence directe qu'il appartient au seul Parlement, voire au peuple sous réserve du droit de référendum, de s'assurer de la conformité des lois fédérales avec le droit supérieur. Ainsi, lors de l'adoption d'une règle législative, les élus du Parlement fédéral

agissent non seulement comme politiciens, mais doivent aussi faire preuve d'une certaine objectivité juridique dès lors qu'ils mettent en œuvre la Constitution. Si la Suisse connaissait une cour constitutionnelle, cette tâche revêtirait une importance naturellement moins forte: le Parlement agirait selon des motivations essentiellement politiques, pouvant se permettre le risque de voir ses textes contredits par la juridiction constitutionnelle.

La formule prononcée par les élus lors de la prestation de serment est d'ailleurs explicite à ce propos. Le parlementaire jure – ou promet, c'est selon – «d'observer la Constitution et les lois»[20]. La LParl prévoit par ailleurs que l'Assemblée fédérale ne peut édicter de loi que si la Constitution ou la loi lui fournit une base légale suffisante, à défaut les objets doivent être soumis au référendum (art. 29 LParl).

Contrairement aux arrêtés relatifs aux initiatives populaires, le Parlement ne procède pas à une analyse formelle d'une loi fédérale en la déclarant valide ou non valide, ce qui serait d'ailleurs assez étrange. Toutefois, le Conseil fédéral doit, dans son message, exposer les bases légales ou constitutionnelles des projets de loi, et notamment leur conformité au droit supérieur et aux droits fondamentaux (art. 141 al. 2 let. a LParl).

2. Cas d'application

En pratique, cette question ne provoque que peu de débats. Les projets de loi soumis par le Conseil fédéral sont en principe conformes au droit supérieur, ce que confirment systématiquement les messages les accompagnant.

Il arrive toutefois que le Parlement modifie en profondeur des projets, rendant leur compatibilité avec le droit supérieur parfois peu évidente.

Le cas récent le plus emblématique de cette situation est certainement celui de la mise en œuvre de l'initiative populaire contre l'immigration de masse. Le 21 septembre 2016, le Conseil national a entamé les débats relatifs à la loi d'application de l'art. 121*a* Cst. qui impose une ribambelle de mesures en matière d'immigration, dont certaines sont clairement inconciliables avec le respect de l'accord relatif à la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne.

La loi proposée par le Conseil fédéral mettait en œuvre strictement le nouvel article constitutionnel, mais en faisait fi des accords internationaux. Face à cette contradiction et à l'obligation de respecter tant la Constitution que le droit international, la Commission des institutions politiques du Conseil national a proposé une modification profonde du projet en faveur d'un modèle assez subtil respectant la libre circulation des personnes mais introduisant des règles desti-

20 Art. 3 al. 4 et 5 LParl.

nées à réduire la pression migratoire, dont la plus connue est l'obligation d'annoncer les postes vacants aux ORP dans les branches touchées par le chômage.

Cette nouvelle formule a été très critiquée. D'une part, les tenants d'une application stricte de l'initiative ont dénoncé une violation des droits populaires et de la Constitution. D'autre part, les partisans de la majorité ont relevé que, face à un choix cornélien et un droit supérieur contradictoire, il n'y avait pas d'autre option que la solution médiane du compromis.

Lors du débat d'entrée en matière, la rapporteuse de commission, la conseillère nationale Cesla Amarelle, relevait ceci:

> «Il était inévitable d'entrer en contradiction soit avec un article de la Constitution, soit avec un accord international capital pour notre pays. Si la commission a opté pour l'accord international, c'est d'abord parce que les Bilatérales ont été confirmées à plusieurs reprises par le peuple – en 2000, 2005 et 2009 – et qu'elles font également pleinement partie de l'ordre juridique suisse. Ensuite, parce que le principe «pacta sunt servanda» est un principe capital pour un pays souverain. Enfin, parce qu'une violation d'accords internationaux en vigueur sans dénonciation n'est pas compatible avec notre Constitution. Le choix de la commission a donc clairement penché en faveur de la deuxième option, c'est-à-dire le maintien des Bilatérales et le respect du principe «pacta sunt servanda».
>
> A ce stade, j'aimerais souligner que la commission n'a pas eu le temps, compte tenu des délais, de traiter en profondeur de la question de la constitutionnalité (…)[21]».

Le rôle de juge constitutionnel qu'endosse le législateur suisse est ainsi battu en brèche par le caractère politique de son travail. Que l'on approuve ou non la finalité du projet retenu par les Chambres, il paraît incongru que la mise en œuvre d'une initiative constitutionnelle n'ait pas fait l'objet d'un traitement en profondeur … de sa constitutionnalité.

La solution choisie n'a pas été adoptée sans heurts. Les partisans de l'initiative ont naturellement invoqué le strict respect du texte constitutionnel, tandis que ses opposants se sont opportunément ralliés à la formule trouvée par la commission. On peut donc difficilement rattacher la position des parlementaires à une volonté de s'ériger en véritable juge constitutionnel, mais davantage comme un opportunisme juridique bien choisi.

Cet exemple illustre assez bien la situation en vigueur. Théoriquement, juridiquement, en l'absence de cour constitutionnelle, le Parlement est le garant du respect du droit supérieur, constitutionnel ou international. En pratique, les aspects juridiques constituent des motivations bien utiles pour appuyer des projets politiques dès lors qu'un doute subsiste quant à leur conformité.

---

21 BO 2016 N 1497.

D. La garantie des constitutions cantonales

Selon l'art. 51 Cst., chaque canton est tenu de se doter d'une constitution démocratique qui doit être «garantie» par l'Assemblée fédérale. Une fois garanties, les constitutions cantonales ne peuvent faire l'objet d'un contrôle constitutionnel par le Tribunal fédéral, à moins d'une modification subséquente d'une disposition du droit supérieur[22].

L'octroi de la garantie répond exclusivement à des critères strictement juridiques, avec une marge d'appréciation très restreinte[23]. La formulation négative de l'art. 51 al. 2 Cst. est assez univoque: la garantie est donnée si la constitution *«n'est pas contraire au droit fédéral»*. Ainsi, dans son analyse, le Parlement doit s'assurer qu'une interprétation conforme est possible: il suffit par exemple que la disposition permette des exceptions dans le but de respecter le droit supérieur pour que la garantie soit accordée[24].

La Confédération se montre très prudente s'agissant du refus de la garantie des constitutions cantonales. Conformément au principe démocratique, les textes en question ont fait l'objet d'une votation populaire, ont été acceptés par le peuple, et il est politiquement très difficile de décréter, pour des motifs d'ordre juridique, qu'une décision populaire souveraine est nulle sous prétexte d'une incompatibilité avec un droit supérieur aux relents technocratiques, fixé la plupart du temps par le même Parlement.

De telles situations peuvent toutefois se présenter. Par exemple, en 2006, la Confédération n'a octroyé qu'une garantie partielle à la révision constitutionnelle genevoise qui créait la Cour des comptes. La révision cantonale prévoyait que seuls les électeurs laïcs étaient éligibles en son sein, excluant les ecclésiastiques. Dans son message, le Conseil fédéral constatait qu'une telle disposition violait certains droits fondamentaux, dont la liberté religieuse et les droits politiques[25]. L'Assemblée fédérale a suivi la position du gouvernement sur cette question[26].

A l'inverse, le Parlement a octroyé la garantie à une révision constitutionnelle tessinoise qui avait fait grand bruit lors de l'adoption de l'initiative populaire tessinoise «Prima i nostri» (les nôtres d'abord). L'initiative prévoyait un catalogue de dispositions sociales et migratoires. Parmi celles-ci, la révision interdisait le licenciement d'un travailleur indigène pour le remplacer par un étranger et d'autres mesures propres à favoriser les travailleurs indigènes.

---

22 ATF 131 I 126, c. 3.1.

23 Mahon Pascal, Validité de l'initiative constitutionnelle «contre l'ouverture d'un centre ‹Islam et société› à l'Université de Fribourg: non à une formation étatique d'imams», Neuchâtel, 19 octobre 2015.

24 Par exemple, Conseil fédéral, Le Conseil fédéral propose d'octroyer la garantie fédérale aux modifications de dix constitutions cantonales, Communiqué de presse du 12 novembre 2014.

25 FF 2006 8337, 8343.

26 FF 2007 2407.

En soi, ces règles ont paru, de prime abord, contraires à l'accord de libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne, qui fixe un principe de non-discrimination à son deuxième article. Dans son analyse, le Conseil fédéral a relevé qu'après un examen attentif des nouvelles dispositions, «*celles-ci fix[aient] uniquement des buts, sans préciser des droits et des devoirs individuels ni formuler de mandat législatif concret*[27]». Il relevait que la marge de manœuvre du canton pour réaliser ces dispositions était très faible et énumérait tout ce que le Tessin ne pouvait pas faire pour réaliser l'initiative. Mais, dès lors que l'on ne pouvait exclure d'emblée une interprétation conforme au droit fédéral, le Conseil fédéral a soutenu l'octroi de la garantie, et fut suivi par les Chambres, sans opposition[28].

S'agissant de la garantie des constitutions cantonales, le législateur fédéral apparaît avoir bien saisi l'étendue de son rôle. On constatera par exemple que le même Parlement, qui adoptait des dispositions à la constitutionnalité discutable s'agissant de l'initiative sur l'immigration de masse, accorde sans opposition sa garantie à une constitution tessinoise qui soutient une solution toute différente, voire clairement contraire à la nouvelle norme adoptée par Berne. C'est peut-être d'ailleurs des considérations aussi politiques que sensibles – la souveraineté des cantons – qui poussent le Parlement fédéral à faire un usage très modéré de la censure des constitutions cantonales.

E. L'immunité parlementaire

Les membres de l'Assemblée fédérale bénéficient d'une immunité garantie par la Constitution (art. 162 Cst.) et précisée par la LParl. Elle est absolue en ce qui concerne les propos tenus devant le Parlement ou ses organes, et relative pour ce qui concerne les autres infractions réalisées dans le cadre des fonctions parlementaires. Ainsi, un député soupçonné d'avoir commis une infraction en rapport direct avec ses fonctions ou ses activités parlementaires ne peut être poursuivi qu'avec l'autorisation des commissions compétentes des deux Conseils (art. 17 al. 1 LParl).

Ce sont les commissions de l'immunité de chaque Chambre qui doivent se prononcer sur la question. Dans un premier temps, celles-ci sont appelées à vérifier que l'acte incriminé est couvert par l'immunité, puis analyser s'il existe un rapport direct entre les fonctions ou l'activité parlementaire avec l'infraction et se pencher sur la durée de validité de la protection[29]. Ces questions élucidées, la commission doit encore procéder à une pesée des intérêts institutionnels d'une part et pénaux de l'autre.

---

27 FF 2017 5481, 5487.

28 FF 2018 33.

29 Commission de l'immunité du Conseil national, 18.190 Immunité de l'ancien conseiller national Christian Miesch. Demande de levée. Rapport, 12 septembre 2018.

S'agissant de la première étape de l'analyse, il est certain que l'appréciation de la commission se fait en pure légalité. La décision repose sur une analyse juridique du cas dont dépendra ou non l'entrée en matière sur la demande.

A contrario, s'agissant de la pesée d'intérêts qui conduit à la levée ou non de l'immunité parlementaire, il est admissible que des considérations se situant en dehors du droit pénal soient prises en compte[30].

Récemment, les commissions de l'immunité se sont penchées sur le cas d'un ancien élu soupçonné de corruption pour avoir été rémunéré par un Etat étranger pour déposer une interpellation. Dans un premier temps, la commission du Conseil national a considéré que l'infraction n'était pas suffisamment grave au motif qu'une interpellation *«constitue uniquement une demande d'informations adressée au Conseil fédéral, ne saurait porter à conséquence»*. Par ailleurs, il a été relevé que l'ancien élu avait restitué l'argent une fois l'infraction commise[31]. Cette approche étonnante a été contredite par la commission du Conseil des Etats et la première commission a revu son jugement pour une approche plus juridique, en faveur de la levée de l'immunité.

Ainsi, même si la marge de manœuvre du législateur est assez large s'agissant de la levée de l'immunité parlementaire, la commission s'impose une certaine rigueur juridique dans les décisions qui sont prises en la matière. L'équité et la sécurité du droit imposent que le Parlement ne traite pas différemment ses membres qui auraient commis des actes frauduleux, selon leur appartenance politique ou régionale. Cette tâche de levée de l'immunité peut être considérée comme l'une des missions judiciaires du Parlement.

F. Les autres compétences

Le Parlement remplit encore d'autres tâches dont certaines sont liées de près ou de loin à des activités d'ordre judiciaire. Si l'élu fédéral ne se trouve pas forcément dans la position du juge quant à son pouvoir d'appréciation, ces missions méritent néanmoins d'être citées.

- Conformément à l'art. 173 al. 1 let. k Cst., l'Assemblée fédérale est compétente pour statuer sur les recours en grâce et les cas d'amnistie. Une commission des recours en grâce a été instituée, elle traite aussi des conflits de compétences entre autorités. Pour mener son activité à chef, elle peut consulter les dossiers de l'instruction, du procès et le jugement (art. 40 al. 4 LParl).
- De même, l'art. 173 al. 1 let. i Cst., c'est le Parlement fédéral qui doit statuer sur les conflits de compétences qui pourraient se poser entre les autorités fédérales suprêmes.

30 ATF 137 IV 269, c. 2.4.

31 Commission de l'immunité du Conseil national, 18.190 Immunité de l'ancien conseiller national Christian Miesch. Demande de levée. Rapport du 19 juin 2018, p. 4.

– Enfin, l'Assemblée fédérale a encore pour mission l'élection des autorités judiciaires fédérales, notamment des juges fédéraux (art. 168 Cst.).

G. Conclusions

Choisi par le peuple comme son représentant, l'élu fédéral ne s'attend pas nécessairement à devoir prendre des décisions qui seraient parfois contraires à ses convictions politiques dans leur résultat. Ainsi, la Constitution impose aux élus de gauche de valider des initiatives populaires de droite, et inversement, sans préjuger du fonds. De même, on attend des parlementaires qu'ils mettent de côté leurs convictions partisanes au moment de mettre en œuvre le droit fédéral, même si celui-ci leur interdit de proposer des mesures qui seraient contraires à l'ordre juridique supérieur mais qui figureraient dans leurs engagements politiques.

Ce mélange des genres ne va pas sans créer des problèmes, pour preuve les appels récurrents de nombreux juristes à l'adoption en Suisse d'une cour constitutionnelle qui aurait pour tâche de vérifier la validité des lois ou des initiatives populaires.

Néanmoins, une telle approche n'ayant jamais été couronnée de succès à ce jour, pour des motifs de souveraineté du corps législatif et de respect des droits populaires, la Confédération s'accommodant tant bien que mal des écarts dont fait parfois preuve le législateur à l'égard de ses missions constitutionnelles.

En principe, l'Assemblée fédérale remplit convenablement son rôle de juge là où il apparaît. Il peut toutefois arriver qu'au lieu de prendre des décisions purement motivées par le droit, le Parlement leur préfère des choix d'opportunité politique.

Résumé

La présente dissertation analyse les quelques tâches du législateur fédéral pour lesquelles une approche exclusivement juridique est requise de lui. Il n'est en effet pas rare que des élus politiques doivent endosser l'habit du juge pour trancher de certaines questions telles que la validité des initiatives populaires, la constitutionnalité des lois, le respect des constitutions cantonales du droit supérieur ou encore de l'immunité des parlementaires.

Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz analysiert einige Aufgaben des Bundesgesetzgebers, bei denen er einen streng juristischen Ansatz verfolgen muss. Es kommt nämlich nicht selten vor, dass die gewählten Mandatsträger in die Richterrolle schlüpfen müssen, um über bestimmte Fragen zu entscheiden, beispielsweise die Gültigkeit von Volksinitiativen, die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, die Konformität von Kantonsverfassungen mit dem übergeordneten Recht oder auch die Immunität von Parlamentariern.